

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE

En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

**Délivré par**

Université Toulouse 1 Capitole

**Discipline ou spécialité**

Droit public

---

**Présentée et soutenue par**

*Siranat WITTAYATAMATAT*

**Le 28 avril 2015**

**Titre**

*Les autorités de la concurrence et de la consommation : Étude comparative entre le droit français et le droit thaïlandais*

---

**JURY**

**Directrice de thèse**

*Mme. Nathalie LAVAL MADER, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole*

**Rapporteurs**

*M. Philippe BLACHÈRE, Professeur des universités, Université Lyon 3 Jean Moulin*

*M. Pierre ESPLUGAS, Professeur des universités, Université d'Auvergne*

**Membre du jury**

*Mme. Wanda MASTOR, Professeur des universités, Université Toulouse 1 Capitole*

---

**Ecole doctorale :** *Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques*

**Unité de recherche :** *Institut Maurice Hauriou*

**Directeur(s) de Thèse :** *Mme. Nathalie LAVAL MADER*





# THÈSE

En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

**Délivré par**

Université Toulouse 1 Capitole

**Discipline ou spécialité**

Droit public

---

**Présentée et soutenue par**

*Siranat WITTAYATAMATAT*

**Le 28 avril 2015**

**Titre**

*Les autorités de la concurrence et de la consommation : Étude comparative entre le droit français et le droit thaïlandais*

---

**JURY**

**Directrice de thèse**

*Mme. Nathalie LAVAL MADER, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole*

**Rapporteurs**

*M. Philippe BLACHÈR, Professeur des universités, Université Lyon 3 Jean Moulin*

*M. Pierre ESPLUGAS, Professeur des universités, Université d'Auvergne*

**Membre du jury**

*Mme. Wanda MASTOR, Professeur des universités, Université Toulouse 1 Capitole*

---

**Ecole doctorale :** *Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques*

**Unité de recherche :** *Institut Maurice Hauriou*

**Directeur(s) de Thèse :** *Mme. Nathalie LAVAL MADER*

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat. »

*Veritas vincit*

La vérité prévaut

# REMERCIEMENTS

À l'issue du travail de thèse aussi long et aventureux, j'adresse mes remerciements à ceux qui ont contribué à la réalisation de cet ouvrage. Mes remerciements s'adressent tout d'abord à ma directrice, Madame Nathalie LAVAL MADER, pour avoir dirigé mon travail. Sa grande disponibilité et son esprit ouvert ont rendu mes conditions de travail à la fois pédagogiques et amusantes lors de nos rencontres. Son concours notamment pendant la dernière phase de rédaction a été pour moi essentiel.

Je tiens ensuite à remercier les membres de jury, Madame Wanda MASTOR et mes deux rapporteurs Monsieur Pierre ESPLUGAS et Monsieur Philippe BLACHÈRE pour avoir consacré du temps à lire mon travail et pour avoir évalué mon étude.

Mes remerciements vont également à mes professeurs, Monsieur Nantawat BORAMANAND pour son ouvrage du droit des services publics, Monsieur Sakda THANITCUL, Madame Susom SUPHANIT et son défunt époux Monsieur Sutee SUPHANIT. Les ouvrages sur le droit de la concurrence et le droit de la consommation de mes trois professeurs constituent une source importante de mon travail dans la partie thaïlandaise.

Je voudrais aussi remercier Monsieur Jerawat JONGSA-NGUANDEE, chargé de mission juridique au Conseil d'État de Thaïlande, qui a autorisé l'utilisation de son œuvre sur la loi relative à la concurrence traduite en français. Ma gratitude s'adresse également à Chandler and Thong-ek Law Offices Limited en Thaïlande pour la version anglaise de la loi relative à la protection du consommateur et la loi relative à la procédure des litiges de la consommation.

Merci enfin aux Thaï-toulousains qui ont animé ma vie pendant cinq ans à Toulouse. Mon dernier remerciement s'adresse à Khwan, ma proche, pour son soutien moral infini et sans qui je ne pouvais pas même m'inscrire en doctorat.

# SOMMAIRE

## **INTRODUCTION**

### **PARTIE 1 L'approche matérielle : le champ du droit de la concurrence et de la consommation**

Titre 1 La définition du droit de la concurrence et du droit de la consommation

Chapitre 1 La formation du droit de la concurrence et de la consommation

Chapitre 2 Les objectifs du droit de la concurrence et de la consommation

Titre 2 Les acteurs du droit de la concurrence et du droit de la consommation

Chapitre 1 Les acteurs privés : sujets de droits et titulaires d'obligations

Chapitre 2 Les acteurs publics : autorité de la régulation de la concurrence et de la consommation

### **PARTIE 2 L'approche institutionnelle : la protection institutionnelle du droit de la concurrence et de la consommation**

Titre 1 Les titulaires du pouvoir de contrôle

Chapitre 1 La dichotomie classique entre les autorités administratives et les autorités  
juridictionnelles

Chapitre 2 Le champ d'intervention des acteurs institutionnels

Titre 2 Les caractéristiques du contrôle exercé par les autorités administratives et juridictionnelle

Chapitre 1 La caractérisation de la nature du contrôle

Chapitre 2 La caractérisation des étapes du contrôle

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

## **BIBLIOGRAPHIE**

## **ANNEXE**

# INTRODUCTION

*«La concurrence du marché, quand on la laisse fonctionner, protège le consommateur mieux que tous les mécanismes gouvernementaux venus successivement se superposer au marché.»*

Milton FRIEDMAN<sup>1</sup>

La Liberté du choix, 1980, Chapitre 5, Page 173

Cette citation d'un des économistes les plus influents du XX<sup>e</sup> siècle nous permet de mettre en lumière le lien étroit entre la concurrence et la consommation dans ses rapports avec l'intervention de l'État. Si ce propos néolibéral est tenu en 1980, sa fiabilité doit aujourd'hui être réévaluée, particulièrement après la crise économique de 2008.

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ne sont certes pas des domaines récents, mais force est de constater que ces droits sont aujourd'hui en plein dynamisme. Si le droit civil trouve son origine à l'époque romaine, les notions de concurrence et de consommation se sont épanouies sur la complexification du marché. Dès lors que les règles de la concurrence et de la consommation évoluent au gré du développement de la vie économique, il est donc nécessaire de connaître les contextes d'évolution de l'économie afin de comprendre la portée et l'importance du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

## **§ 1 Le contexte d'émergence du droit de la concurrence et du droit de la consommation**

L'étude du contexte commence par la recherche d'une catégorie du droit dont le droit de la concurrence et le droit de la consommation font partie. À la première vue, ces deux domaines appartiennent aux règles du droit économique. Celui-ci traduit une conjonction entre la sphère juridique et la sphère économique. Or, l'appellation du droit "*économique*" ne suffit pas à expliquer la naissance du droit de la concurrence. Il faut en fait préciser que le droit de la

---

<sup>1</sup> Milton FRIEDMAN (1912-2006), économiste américain, lauréat du prix Nobel d'économie de l'année 1976

concurrence et le droit de la consommation constituent ensemble des règles du droit du marché. La notion du droit du “*marché*” nous permet de dégager deux contextes précis.

### **A) Contexte démocratique : le lien entre libéralisme-politique et le libéralisme-économique**

Le contexte démocratique traduit la corrélation réciproque et évolutive entre la vie politique et la vie économique. Les libertés dans la sphère économique reconnaissent les droits d’entreprendre, de contracter et de s’enrichir. Trois éléments nous permettent de comprendre la portée du contexte démocratique.

#### 1° La relation entre le droit et l’économie : le rôle important de l’État dans l’économie

Comme nous l’avons évoqué, la conception du droit de la concurrence et du droit de la consommation trouve son origine dans la conjonction entre le droit et l’économie. Comment la sphère juridique qui se définit comme «*un système de règles sanctionné par le pouvoir et régissant les rapports sociaux au sein d’une société*» et la sphère économique qui est la «*science des phénomènes concernant la distribution et la consommation des richesses et des biens matériels au sein d’un groupe humain*» se rapprochent ? En effet, les liens sont la liaison entre des rapports sociaux et des rapports de vie matérielle des citoyens. Les rapports économiques coulent dans des normes juridiques.<sup>2</sup> Il s’agit alors d’une relation réciproque. Le système juridique assure la pérennité et la stabilité du système économique ainsi que l’intérêt des acteurs économiques. En contrepartie, le système économique nourrit et renforce le développement du système juridique ou plus précisément le fonctionnement des institutions de l’État.

En revanche, cette considération ne traduit pas nécessairement la libre concurrence et les droits de consommateurs. Le rapport entre le droit et l’économie fut reconnu bien avant le siècle des Lumières comme avait témoigné Colbert, ministre de Louis XIV qu’ «*Il n’y a rien de plus nécessaire dans un État que le commerce. C’est lui qui le rend florissant.*»<sup>3</sup> Mais la doctrine du colbertisme à cette époque fut attachée au mercantilisme, une politique économique qui a visé à freiner l’importation, mais dans le même temps favoriser la production nationale et l’exportation.

<sup>2</sup> Frédéric INGELAERE, *Droit public économique*, Ellipses, 2007, p. 11

<sup>3</sup> Jean-Baptiste COLBERT, *Testament politique de messire Jean Baptiste Colbert*, La Haye Chez Henry van Bulderen, 1694, p. 395

En France, la politique mercantiliste de Jean-Baptiste Colbert a marqué dans l'esprit français la politique protectionniste, centraliste et dirigiste.<sup>4</sup> La Révolution industrielle qui a débuté en Angleterre au XVIII<sup>e</sup> siècle a encore bouleversé la vie économique et sociale, mais l'État jouait encore un rôle important dans l'économie.

La relation entre le droit et l'économie entraîne des effets tant constructifs que destructifs. L'économie est devenue un moteur de croissance. En même temps, elle a été l'une des facteurs de conflit et de violence. Pour ne citer que ces exemples, face à la crise économique en 1784, la France a fini par la Révolution cinq ans après. L'abolition de l'esclavage, entraînant une perte économique importante pour les États du sud, a abouti à la Guerre civile américaine de 1861 à 1865. L'intense politique résultant de la concurrence économique en Europe a abouti à la guerre mondiale en 1914. La guerre qui s'est terminée en 1918 par la défaite d'Allemagne a donné lieu à la signature du traité de Versailles par lequel l'Allemagne s'est vue imposer plusieurs sanctions politiques et économiques. Les difficultés économiques éprouvées en Allemagne l'a encore conduite à la Seconde Guerre Mondiale.

La Seconde Guerre Mondiale marque un tournant dans l'histoire mondiale. Des États et leurs citoyens ont subi les dommages considérables à tel point qu'il a fallu concentrer tous les efforts pour ne pas y revenir. Après la Seconde Guerre, le monde est alors entré dans la Guerre froide. C'était la confrontation idéologique et politique entre deux camps : le camp occidental ou le *monde libre* avec l'économie de marché et le camp oriental ou le *bloc communiste* avec l'économie planifiée. À cette époque, les règles de la concurrence ont déjà été instituées aux États-Unis par la promulgation du *Sherman act* en 1890, mais c'est pendant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle où le droit de la concurrence et le droit de la consommation se sont véritablement développés.

## 2° La démocratisation des activités économiques : le déclin de l'État face au marché

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ne se construit que sur l'existence du marché. En effet, la sphère juridique et la sphère économique demeurent toujours liées, mais l'État cède son pouvoir de contrôle de l'économie au marché. L'influence de l'État ne disparaît pas de la vie économique, mais en recul. L'évolution de ce phénomène est différente

---

<sup>4</sup> Jacques BRASSEUL, Petite histoire des faits économiques des origines à nos jours, Armand Colin, 3<sup>e</sup> édition, 2013, p. 71

dans chaque pays. Les États-Unis dont le système économique est toujours fondé sur le marché sont le premier pays à adopter des textes de droit de la concurrence. Pendant la Guerre froide, les concepts du droit de la concurrence ainsi que les doctrines démocratiques se sont répandus dans les pays du *monde libre* notamment en Europe, au Japon et en Corée du sud.

En Europe, les principes du *Sherman act* ont été transposés dans le Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE ou Traité de Rome) en 1957. **En droit français**, il a fallu attendre les années 70s pour que les politiques économiques du pays soient orientées vers l'économie de marché avec notamment la promulgation de la loi n°77-806 du 19 juillet 1977 qui a créé la Commission de la concurrence. La libéralisation des prix a été mise en œuvre par l'ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Quant au droit de la consommation, cette branche du droit a été construite dans les années 70s suite au mouvement consumériste. Il faut ainsi remarquer que la reconnaissance de statut consommateur a eu lieu dans l'époque des trente glorieuses où la vie économique était en pleine croissance.

La forte croissance a également caractérisé le contexte économique **en Thaïlande**. Après la mise en place des plans quinquennaux du développement économique et social en 1961, la vie économique du pays a été transformée par la construction d'infrastructures, le développement industriel par les investisseurs étrangers et la création des universités dans plusieurs provinces. La croissance a suscité en même temps les problèmes de consommateurs et l'augmentation du prix de produits et services dans le marché. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont pris le départ en 1979, l'année de la promulgation de la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole du 22 avril 1979 (E.B. 2522) et de la loi relative à la protection du consommateur du 30 avril 1979 (E.B. 2522).<sup>5</sup>

Il est évident que le modèle économique doit être cohérent avec le régime politique du pays. À l'exception de la République populaire de Chine ayant adopté depuis les années 80 "*l'économie socialiste de marché*" tout en conservant son régime communiste, l'économie de marché repose essentiellement sur le régime démocratique car seul l'État de droit peut garantir la loyauté, la transparence et la sécurité juridique dans le système économique libéral.

Après quarante-cinq ans de la Guerre froide, l'économie de marché et le régime

---

<sup>5</sup> À l'attention du lecteur : le nom officiel des textes juridiques thaïlandais adopte le format qui n'indique que l'année de publication en ère bouddhique (E.B.). Quand un texte est mentionné pour la première fois, nous indiquons la date et l'année de publication en l'ère bouddhique, ce qui va disparaître des mentions ultérieures.

démocratique ont fait l'épreuve de la pérennité alors que l'économie socialiste des pays communistes s'est trouvée de moins en moins performante. La chute de l'économie planifiée de l'Union soviétique a par la suite fait tomber son régime communiste, ce qui nous revient de confirmer le lien étroit entre le droit et l'économie. L'économie de marché et la démocratie, vainqueurs de la Guerre froide, sont dès lors devenues le modèle idéal de développement.

### 3° La montée en puissance du droit de la concurrence et du droit de la consommation renforcée par l'esprit démocratique

Après la défaite de l'URSS, la paix a été assurée pendant la dernière décennie du XXe siècle. L'économie de marché fonctionnait en pleine vitesse. Les progrès technologiques notamment Internet ont augmenté les activités de production et de commercialisation. L'étendue du marché s'est alors agrandi au-delà de la frontière. Trois phénomènes dans cette période peuvent nous montrer la portée de l'esprit démocratique.

Il s'agit **d'abord** de la création en 1995 de l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC) qui vise à favoriser le commerce libre par la suppression des entraves et des discriminations. En fait, l'OMC a été transformée de l'Accord général sur les tarifs et le commerce (en anglais General agreement on tariffs and trade - GATT) signé depuis 1947. La décision de créer l'OMC a été adoptée lors de la conférence de Marrakech en 1994. La création de l'OMC traduit l'insertion de l'esprit démocratique dans la gouvernance du commerce international. L'Organisation est administrée par une Conférence ministérielle qui se réunit au moins tous les deux ans. Entre les sessions de la Conférence, un conseil général exerce les fonctions de la Conférence. Les décisions du conseil sont prises au consensus et par des votes que chaque pays compte pour une voix. L'OMC dispose également d'un Organe de règlement des différends qui tranche les conflits entre États membres.<sup>6</sup>

Nous observons **ensuite** la réorientation d'une organisation régionale. L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est ou en anglais *the Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN), un réseau de coopération fondé en 1967 dans le but initial de lutter contre le régime communiste, s'est concentrée désormais aux activités économiques. Le projet de AFTA (ASEAN Free Trade Area) a été entamé en 1992 afin de créer la zone de libre-échange en Asie du Sud-est. Le nouvel

---

<sup>6</sup> Mickael JOUBERT, «L'ouverture des économies depuis le XIX<sup>e</sup> siècle : enjeux et acteurs», in *Économie, sociologie et histoire du monde contemporain*, Alain BEITONE (dir), Armand Colin, 2013, p. 346

objectif de l'ASEAN vers le développement économique traduit ainsi l'esprit démocratique. Il s'agit d'insérer les concepts démocratiques dans la sphère économique sans toucher le régime politique de chaque État membre. L'ASEAN compte en 1992 six membres (l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, le Singapour, la Thaïlande et le Brunei), le plan de AFTA a été mis en place pour attirer la Birmanie et les pays d'Indochine. L'adhésion de ces pays à l'ASEAN juste avant l'année 2000<sup>7</sup> permet de renforcer la stabilité économique et politique notamment grâce aux 80 millions d'habitants du Viêt Nam qui ont contribué à l'élargissement du marché pour AFTA.

L'esprit démocratique s'est caractérisé **enfin** en Thaïlande. Suite au coup d'état en 1991, l'échec de la junta qui a pris sa fin en violence un an après a conduit le pays à engager une réforme institutionnelle importante. La Constitution de 1997, appelée édition citoyenne, reconnaît la libre concurrence et les droits des consommateurs. Elle a également prévu la création de plusieurs organes dont l'Organe indépendant des consommateurs.

L'esprit démocratique favorise en effet le rôle des personnes privées dans les activités économiques. Il s'est imposé pour l'extension du marché. Son périmètre ne se limite plus au territoire national, mais se répand aux pays voisins, dans la région ou encore à l'échelle mondiale. L'extension du marché traduit la multiplication des acteurs économiques qu'ils soient entreprises ou consommateurs. Ce phénomène a donné lieu à la montée en puissance des groupes d'entreprises ou des multinationales. La richesse se concentre au sein de ces entreprises au lieu de la nation tel qu'il était autrefois. À partir du XXI<sup>e</sup> siècle, le droit de la concurrence et le droit de la consommation vont se développer dans le contexte économique et social.

## **B) Contexte économique et social : la mondialisation, le développement durable et l'enrichissement du droit de la concurrence et du droit de la consommation**

Si le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont été façonnés par le contexte démocratique, c'est le contexte économique et social qui les enrichit. Le monde au XXI<sup>e</sup> siècle connaît deux problématiques majeures auxquelles le droit de la concurrence et le droit de la consommation doivent faire face : la mondialisation et le développement durable. Ces deux phénomènes montrent les effets sociaux provoqués par des activités économiques.

---

<sup>7</sup> Après le lancement de AFTA en 1992, le reste des pays de l'Asie du Sud-est ont successivement adhéré à l'ASEAN : le Viêt Nam en 1995, le Laos et la Birmanie en 1997 et le Cambodge en 1999.

### 1° La mondialisation : le développement économique ou la menace sociale

La croissance économique et le progrès technologique ont contribué à la mondialisation. Il s'agit du développement économique et technologique qui fait connecter le monde. Ce phénomène qui commence dans le domaine économique, puis social et politique résulte de la politique du libre-échange. Le mouvement est marqué par la présence des entreprises multinationales soit de façon directe, soit sous forme d'une filiale. Les mille plus grandes firmes dans le monde représentent les quatre-cinquièmes de la production industrielle mondiale. Les multinationales s'agrandissent aussi par la fusion et l'absorption. Dans la liste des 500 plus grandes firmes de la revue Fortune en 1980, 40% avaient disparu à la fin du siècle.<sup>8</sup>

La mondialisation comporte plusieurs **avantages**. La recherche de baisse de coût des produits entraîne la délocalisation des sites de production vers les pays où le coût de production est moins cher. La production de masse engagée par l'entreprise crée des emplois, diffuse la richesse et transfère des technologies aux acteurs économiques locaux pour qu'ils puissent développer leurs propres activités. La production massive répond au niveau de la consommation plus élevé. La société est incitée à dépenser et consommer plus. Le capitalisme crée alors le consumérisme. La mondialisation peut conduire à une meilleure division internationale du travail et une hausse de la productivité et du niveau de vie. Les firmes peuvent bénéficier d'une économie d'échelle pour offrir des produits à bon marché aux consommateurs. La concurrence est alors renforcée permettant le développement technologique et l'innovation.

Si la mondialisation encourage le progrès technologique et l'innovation, elle provoque aussi des **difficultés** économiques et sociales. Dans les pays développés, la délocalisation par le prétexte du "*dumping social*" entraîne la suppression d'emplois et la baisse de salaires des travailleurs peu qualifiés. Même si, selon des données, la délocalisation présente un effet limité, elle est considérée comme une cause principale du chômage.<sup>9</sup> Dans le pays en développement, l'investissement étranger repose sur la main-d'oeuvre dans les conditions de travail pénibles pour minimaliser le coût de produits. En outre, l'entrée au marché des entreprises transnationales et la

---

<sup>8</sup> J. BRASSEUL, Petite histoire des faits économiques des origines à nos jours, Armand Colin, 3<sup>e</sup> édition, 2013, p. 282

<sup>9</sup> Pierre Olivier PERL, «L'analyse économique des échanges internationaux», in *Économie, sociologie et histoire du monde contemporain*, A. BEITONE (dir), Armand Colin, 2013, p. 370

concurrence plus brutale peuvent donner lieu aux comportements illicites et complexes. **D'une part**, les grandes entreprises peuvent grossir au détriment des entreprises locales. **D'autre part**, elles peuvent fausser la concurrence et abuser le consommateur, souvent sans être poursuivies.

### 2° Le développement durable : la multiplication des objectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation

Le développement exponentiel des activités économiques et la consommation excessive durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle ont commencé à produire des conséquences néfastes dans la planète qu'ils soient les changements climatiques globaux, les pollutions, la déforestation, la menace sur la biodiversité et les ressources naturelles, la sécurité alimentaire ou encore l'épuisement du pétrole.

La préoccupation autour des sujets écologiques et environnementaux conduit tant des entreprises que des consommateurs à agir. **Du côté d'entreprise**, ce sont plutôt les innovations qui répondent aux critères environnementaux. Celles-ci peuvent être la recherche des énergies renouvelables, la valorisation des déchets industriels, le développement de la voiture hybride ou électrique, des produits issus d'un organisme génétiquement modifié (OGM) ou encore des produits bio. **Du côté de consommateur**, c'est plutôt les gestes citoyens pour montrer leur sensibilisation. Cela peut être l'utilisation des sacs biodégradables, le tri des déchets ou la consommation des produits locaux.

Nous pouvons remarquer que les actions des entreprises et des consommateurs s'insèrent de plus en plus dans les activités économiques. Les projets durables des entreprises ne sont pas mis en œuvre seulement parce qu'ils sont durables, mais aussi parce qu'ils sont vendables. Autrement dit, l'existence d'un intérêt écologique apporté par un produit ou service constitue la valeur ajoutée à tel produit ou service. Ce sont les exigences ou les goûts de consommateurs qui conduisent les entreprises à proposer des innovations afin de répondre aux nouvelles attentes de consommateurs.

### 3° La vocation plus élargie du droit de la concurrence et du droit de la consommation

Les nouvelles problématiques en ce qui concerne la mondialisation et le développement durable enrichissent le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Le progrès économique n'est pas seulement évalué en chiffre d'affaire. Il est également apprécié dans ses

effets sociaux. Les politiques économiques ne visent plus seulement le pouvoir d'achat, mais aussi d'autres intérêts tels que la préservation de l'environnement et des ressources naturelles ou la protection sanitaire des personnes et animaux. À ce stade, le droit de la concurrence et le droit de la consommation interviennent sur la base d'une double vocation.

**D'une part**, les deux domaines juridiques veillent à ce que ces nouvelles valeurs puissent rigoureusement être mises en œuvre. Il s'agit en effet de concrétiser les principes en pratiques. Par exemple, l'article XX du GATT prévoit les éléments comme *la protection de la santé et de la vie des personnes ou des animaux ou la conservation des ressources naturelles* pour justifier les mesures restreignant la libre concurrence sur la scène de l'OMC. Il peut être aussi les réglementations sur les domaines d'innovation tels que la commercialisation des produits OGM, l'installation d'éolienne et de parc photovoltaïque ou les labels «*Commerce équitable*» ou «*Bio.*» Le droit de la concurrence et le droit de la consommation éliminent alors le vide juridique dans ces domaines pour encadrer et favoriser le recours à ces nouveaux éléments qui constituent en même temps un nouveau marché.

**D'autre part**, les deux domaines juridiques veillent à la protection de la concurrence et du consommateur. Les justifications sur la protection sanitaire ou la conservation des ressources naturelles ne peuvent être évoquées et appliquées d'une façon arbitraire. La réglementation sur les produits OGM obligent les entreprises à informer les consommateurs de son contenu OGM dans leur produit. La réglementation sur les labels est destinée à prévenir la banalisation de mentions pour valoriser et augmenter le prix des produits.

Nous pouvons remarquer que ces domaines sont traités dès le départ au regard de la concurrence et de la consommation. En fait, ce sont plutôt les acteurs privés avec évidemment un objectif commercial qui jouent le rôle important dans la mondialisation et le développement durable. Alors qu'autrefois, seules les personnes publiques pouvaient construire les grandes installations ou financer les travaux de recherche, ce sont aujourd'hui les entreprises qui peuvent et même veulent investir dans ces projets. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont désormais associées à d'autres domaines comme l'environnement ou la santé.

## § 2 L'analyse étymologique des termes sur la concurrence et la consommation

Après avoir exposé l'importance et l'évolution de la concurrence et de la consommation, il convient d'analyser les termes la concurrence et la consommation. Cela permet ensuite de nuancer concernant le choix des notions dans les textes juridiques français et thaïlandais. Après l'analyse étymologique, nous pouvons d'ores et déjà procéder à une première définition du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

### **A) L'étymologie et l'utilisation du terme *concurrence***

L'étymologie du terme *concurrence* vient du latin *concurrere* étant l'infinitif présent de *concurrō*. Ce verbe consiste en *currō* avec le préfixe *con*. *Currō* signifie courir en français alors que *con* exprime l'adjonction, la réunion, le parallélisme, la simultanéité et l'identité. D'un point linguistique, la concurrence désigne le fait de courir en même temps. Celui-ci montre qu'il y a au moins deux coureurs et que la course s'effectue dans la rivalité. Si les jeux olympiques antiques furent organisés, l'un des sports disputés serait la course à pied. Issu du domaine sportif, le terme est employé dans le domaine économique.

Si nous envisageons le monde juridique anglo-saxon, on y trouve la terminologie *Competition law*. Or, le mot "Compétition" est également employé dans la langue française. Contrairement au latin, la compétition vient du verbe concourir alors qu'est créé le verbe concurrencer pour concurrence. On peut alors se demander si le choix du terme concurrence s'est fait au regard de la prise en compte du texte anglo-saxon ? La réponse est négative car le terme fut utilisé par Anne-Robert TURGOT, l'un des premiers penseurs de la concurrence, en 1757.<sup>10</sup> Cela montre que la doctrine française dispose de son propre concept, mais la différence entre concurrence et compétition n'est pas facile à décrire. L'Encyclopédie universalis exprime la différence selon laquelle «*La compétition désigne, en effet, une confrontation, circonscrite dans la durée : un cent mètres se court en x secondes, un match de tennis se déroule en cinq sets. La concurrence est la suite de compétitions à durée indéfinie.*»

Le droit de la concurrence anglo-saxon peut aussi s'intituler *Antitrust law*. Le terme "antitrust" est adopté en français, mais rarement utilisé. Le terme consiste en *trust* qui désigne la pratique de réunir plusieurs entreprises dans un secteur sous une même direction et le préfixe *anti* qui exprime l'opposition. Le droit antitrust est donc l'ensemble des règles qui s'oppose au

---

<sup>10</sup> Dans l'article «Foires» de l'*Encyclopédie* de D'Alembert et Diderot en 1757, Turgot analyse la concurrence

cartel. Celui-ci n'est qu'un comportement condamné en droit français de la concurrence.

La situation est un peu différente **en Thaïlande**. Même si le terme officiel s'appelle droit de la concurrence, le mot antitrust reste employé. Dans l'enseignement supérieur, il y existe d'ailleurs un cours à Université Chulalongkorn qui s'appelle «*Droit antitrust*» alors que le droit antitrust est une partie du cours de «*Droit des activités économiques*» à Université Thammasart. Le choix du terme est encore plus complexe dans les textes législatifs. En 1979, a été promulguée la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole, mais vingt ans plus tard, le nouveau texte est appliqué sous le nom de la loi relative à la concurrence.

La dernière remarque à propos de ce terme concerne l'intitulé de la loi de 1999. En effet, s'il est traduit de façon littérale, nous aurions le titre «*loi relative à la concurrence commerciale*» qui semble plutôt floue. Le terme concurrence suffit lui-même à donner le sens dans le domaine économique. En revanche, l'adjectif "commerciale" ajouté pourrait tromper la lecture si le droit est exclusivement appliqué au commerce, mais non à l'industrie ou à la profession libérale ? La réponse devrait être négative. Dans la pratique, les activités industrielles sont soumises à ce texte, en revanche, on pose la question s'il est applicable aux professions libres comme celles d'avocat, médecin, ingénieur dans la mesure où il existe déjà les organisations professionnelles agissant dans telle ou telle activité.

## **B) L'étymologie et l'utilisation du terme *consommation***

Il faut analyser le terme *consommation* à partir de son verbe : consommer. L'étymologie de consommer vient du latin *consumere*. Ce dernier est composé de *con* comme préfixe qui signifie avec, tous ensemble ou tout, et de *sumere* consistant en *suus*, c'est-à-dire, pour soi et *emere*, c'est-à-dire, prendre. Consommer est donc «de prendre tous ensemble pour soi.» Consommation signifie le fait de consommer et c'est le consommateur qui consomme. La notion de consommation donne deux questions.

**Premièrement**, l'objet de la consommation (ce qui est consommé) doit-il être complètement détruit ou disparu ? Sans difficulté, la réponse est positive en cas de nourriture. Mais si nous achetons une voiture, l'utilisation de voiture est-elle de la consommation (car elle n'entraîne pas la disparition de la voiture) ? La réponse serait encore oui. Bien que la conduite ne détruise pas la voiture, elle est graduellement dégradée. La consommation doit donc entraîner la

destruction de son objet, mais pas nécessairement dans une seule fois. Le problème serait encore plus compliqué si l'objet de consommation est un service.

**Deuxièmement**, que s'entend «*pour soi ?*» Si ce n'est que l'homme qui peut faire une action de consommer, peut-on considérer comme consommateur, un ingénieur qui fait fonctionner la machine dans une usine ? L'usage des biens hors cadre individuel pose la question essentielle en ce qui concerne l'étendue du droit de la consommation.

Après le point de vue linguistique, il est intéressant d'envisager l'approche juridique dans les deux pays. Le législateur français a opté via la codification pour «*le droit de la consommation.*» L'intitulé du Code nous donne un aspect très large qui vise à encadrer toute relation contractuelle si bien qu'on inclut des dispositions dans d'autres codes comme le droit de la consommation. Cet aspect étendu s'explique aussi le champ d'intervention dans toutes les étapes de contrat même avant la conclusion de la convention.

L'aspect est bien différent en Thaïlande, le législateur a adopté l'intitulé «*la protection du consommateur*» dans son texte de 1979. Repris des termes anglo-saxons de *consumer protection*, cet intitulé semble accorder la priorité à ceux ayant la qualité de consommateur et renforce la thèse de la faiblesse de ce dernier face au professionnel. En même temps, cette protection offerte au consommateur justifie, à l'inverse, l'absence générale de réglementation. Les dispositions viennent donc à titre d'exception et devraient être suffisantes, mais limitées. Reste à chaque État de chercher son propre degré d'intervention.

### § 3 Les textes principaux faisant l'objet de la recherche

Dès lors que notre thèse traite tant du droit de la concurrence que du droit de la consommation, tant en France qu'en Thaïlande, il est nécessaire d'évoquer plusieurs textes. Nous illustrons succinctement les textes principaux qui seront régulièrement abordés lors de la recherche.

**En droit de la concurrence**, les textes **en France** sont réunis dans le Livre IV du Code de commerce. Les dispositions dans le Livre IV trouvent leur origine dans plusieurs textes qu'ils soient l'ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

(NRE) ou la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) et ses décrets d'application. **En Thaïlande**, le droit de la concurrence est gouverné par la loi relative à la concurrence du 22 mars 1999 (E.B. 2542) qui institue la Commission de la concurrence comme organe de contrôle.

**En droit de la consommation, les textes français** de la consommation sont codifiés dans le Code de la consommation.<sup>11</sup> Le Code comprend non seulement les domaines concernant la consommation, mais aussi les modalités de la mise en œuvre du contrôle par les organes publics comme la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou la Commission des clauses abusives (CCA) ainsi que les actions de l'association de consommateurs. Les réformes récentes du droit de la consommation français sont la loi n°2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, son décret d'application n°2010-801 du 13 juillet 2010 relatif à la représentation des associations de défense des consommateurs et aux institutions de la consommation. Ces deux textes réorganisent la structure des autorités administratives de la consommation. Les moyens d'actions sont encore renforcés par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et son décret d'application n°2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation.

**En Thaïlande**, le texte principal du droit de la consommation est la loi relative à la protection du consommateur 1979 qui a validé les droits des consommateurs en créant l'Office de la Commission de la protection du consommateur (OCPC). Il y a en outre une série de lois qui concerne la protection de consommateur comme la loi relative aux clauses abusives du 14 novembre 1997 (E.B. 2540), la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 13 février 2008 (E.B. 2551), ces deux lois renforcent la protection de l'intérêt économique et la sécurité physique de consommateurs. Du côté contentieux, la loi relative à la procédure des litiges de la consommation du 17 février 2008 (E.B. 2551) accorde certains avantages au consommateur durant le contentieux de la consommation.

#### **§ 4 L'intérêt de l'étude du droit de la concurrence et du droit de la consommation**

---

<sup>11</sup> Le Code de la consommation a été promulgué en 1993, la partie réglementaire a ensuite été intégrée en 1997.

L'étude de notre thèse porte sur les autorités du droit de la concurrence et du droit de la consommation entre le droit français et le droit thaïlandais. L'intitulé de la recherche traduit alors trois aspects importants.

### **A) Pourquoi une étude en parallèle sur le droit de la concurrence et le droit de la consommation ?**

La concurrence et la consommation sont deux relations différentes qui se présentent dans un même système : le marché. L'étude du droit de la concurrence permet de comprendre la relation entre les entreprises qui doivent se concurrencer sur un secteur d'activité par tous les moyens possibles dans la limite de la loyauté. Une concurrence libre et loyale favorise les progrès technologiques et stratégiques pour gagner des parts de marché, ce qui constitue par la suite des avantages pour les consommateurs. L'étude du droit de la consommation permet de comprendre la relation entre le consommateur et le professionnel qui ne repose pas sur le rapport équilibré. Le droit de la consommation a alors pour objet de protéger le consommateur qui est la partie faible dans la relation économique.

Le fonctionnement du marché dépend de ces deux facteurs indispensables. La protection adéquate des consommateurs leur donne la confiance à se procurer les produits et services. Les entreprises dans un secteur concurrentiel cherchent et développent leurs produits et services pour répondre aux attentes des consommateurs. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation assurent ainsi l'intérêt des agents économiques. C'est en effet les droits qui promeuvent la croissance économique. Le droit de la concurrence encourage des entreprises à se développer alors que le droit de la consommation donne aux consommateurs la confiance dans les activités de consommation.

Le marché se compose de trois parties : les opérateurs qui offrent les produits et services sur le marché, les consommateurs qui acquièrent les biens et services pour utiliser à leur propre fin et l'État qui édicte les règles de marché. Communément appelés le droit du marché, le droit de la concurrence et le droit de la consommation traduisent l'intervention de l'État dans les activités économiques. Ces deux domaines juridiques sont en fait les deux outils de la régulation du marché qui ont tant les points communs dans les objectifs à parvenir que les points divergents dans les méthodes adoptées. L'étude conjointe de l'ensemble des règles de la concurrence et de

la consommation enrichit et approfondit la compréhension sur l'État et le marché.

### **B) Pourquoi une étude comparative entre le droit français et le droit thaïlandais ?**

La recherche se conduit d'une façon comparative. Il sera en effet intéressant et utile de connaître et d'apprécier l'ensemble des règles de la concurrence et de la consommation en France et en Thaïlande. Plus particulièrement, bien que la France et la Thaïlande soient les deux pays si lointains et si différents, elles partagent certains éléments communs. Les deux pays ont **d'abord** opté pour un système du droit romano-civiliste avec une dualité des ordres de juridiction. **Ensuite**, ils ont adopté des politiques économiques interventionnistes et se montrent toujours réticents à la libéralisation totale des secteurs. La France et la Thaïlande sont en fait les pays de l'économie de marché qui ont toujours un regard sceptique envers la libre concurrence. Elles doivent **enfin** préparer un défi commun de l'ouverture de la libre concurrence dans plusieurs secteurs compte tenu de l'influence exogène de l'Union européenne et de l'ASEAN.

L'étude comparative entre les deux pays permettra alors d'apprécier les problèmes auxquels les deux pays doivent faire face et les solutions et approches adoptées pour gérer tel ou tel problème. L'intérêt peut être tiré de la comparaison à travers deux histoires politiques différentes, deux contextes économiques différents ainsi que deux modèles juridiques différents, mais qui se rejoignent par les points communs du régime politique démocratique et de l'économie de marché. Il faudra aussi prendre en compte le contexte de la mondialisation qui renforce la coopération plus étroite notamment au niveau régional comme l'Union Européenne et la Communauté Économique de l'ASEAN prévue en 2015.

Si les textes thaïlandais dans les domaines de la concurrence et de la consommation sont influencés par les idées politiques du monde anglo-saxon, l'étude comparative donne un double éclairage. **D'un côté**, l'étude du système du pays continental comme la France permettra alors une réflexion plus globale qui sera utile pour enrichir les réformes en Thaïlande. **D'un autre côté**, la France peut apprendre les dispositifs dans les modèles juridiques particuliers appliqués en Thaïlande. L'échange des idées et des expériences n'aboutit pas à réaliser une réponse idéale, mais il permettra de trouver une solution adaptée aux contextes socio-économiques de chaque pays.

### **C) Pourquoi une étude sur les autorités comprend-elle la recherche sur les droits**

**substantiels ?**

Il faut encore préciser que notre thèse s'intéresse aux autorités responsables de l'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation. C'est-à-dire, notre travail ne se contente pas de définir les notions d'entente, d'abus ou de clauses abusives. Il s'agit en fait de trouver les caractéristiques du droit de la concurrence et du droit de la consommation à partir de plusieurs éléments : leur fondement, les domaines et acteurs concernés et les objectifs poursuivis.

La recherche dans cette partie exige un certain niveau de connaissance en détail de ces deux domaines, mais nous nous intéresserons davantage à leur structure globale. L'essentiel est de savoir comment sont appliqués le droit de la concurrence et le droit de la consommation et pas simplement quels sont le droit de la concurrence et le droit de la consommation eux-mêmes. À partir de ces caractéristiques, nous procéderons à l'étude des autorités du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Cette étude nous permettra de vérifier si les autorités, dans leur composition et leur fonctionnement, peuvent remplir les missions et parvenir aux objectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

Nous nous efforcerons dans la thèse d'apprécier comment intervient l'État dans les domaines de la concurrence et de la consommation. Dès lors que ces derniers n'ont pas de caractéristique identique, par conséquent leurs modalités d'intervention sont variées. Avant de connaître cette variété institutionnelle, il conviendra toutefois de déterminer de façon matérielle l'étendue du droit de la concurrence et de la consommation.

Le plan de la thèse se décline ainsi en deux parties :

Première partie : l'approche matérielle : le champ du droit de la concurrence et de la consommation

Deuxième partie : l'approche institutionnelle : la protection institutionnelle du droit de la concurrence et du droit de la consommation

# **PARTIE 1**

## **L'approche matérielle : le champ du droit de la concurrence et de la consommation**

Une analyse matérielle du droit de la concurrence et de la consommation est indispensable au regard de l'étude des autorités intervenantes. Compte tenu du nombre de dispositions issues des sources diverses (comme le droit de la concurrence n'existe pas seulement dans le Code de commerce ou le droit de la consommation ne vaut pas uniquement le Code de la consommation), plusieurs méthodes peuvent être proposées. Des ouvrages du droit de la concurrence et ceux du droit de la consommation adoptent un plan destiné à chaque matière, en revanche, il y en a peu qui traite ces deux matières dans un même ouvrage. La réalisation de cette thèse n'a pas pour objectif de combiner les dispositions des deux branches du droit. L'objectif est, en effet, d'analyser les éléments d'après les textes de ces deux domaines. A l'issu d'un travail rigoureux, il conviendra d'étudier en premier lieu le droit de la concurrence et de la consommation dans sa définition (Titre 1), avant de procéder en second lieu à l'analyse des acteurs concernés par ces deux droits (Titre 2).

# Titre 1

La définition du droit de  
la concurrence et du droit  
de la consommation

Comment se définit le droit de la concurrence et de la consommation ? Appelé dans son ensemble le droit du marché, le droit de la concurrence et de la consommation est né, puis élargi au cours de la création et de l'évolution du marché. Le travail de définition commence alors par la conception du droit (Chapitre 1), c'est-à-dire, les éléments qui légitiment l'institution des règles de la concurrence et de la consommation. Il convient ensuite d'analyser les objectifs visés par ces deux droits (Chapitre 2).

## **Chapitre 1**

### **La formation du droit de la concurrence et de la consommation**

---

#### Plan du chapitre

#### **Section 1 Les libertés économiques : le fondement du droit de la concurrence et de la consommation**

##### § 1 La propriété et la liberté d'entreprendre : les deux concepts fondamentaux

- A) La propriété : le principe préalable
- B) La liberté d'entreprendre

##### § 2 Le contenu et le développement des libertés économiques

- A) La liberté du commerce et de l'industrie
- B) La liberté contractuelle

#### **Section 2 Les libertés économiques : l'articulation entre le droit de la concurrence et de la consommation**

##### § 1 Les considérations économiques dans l'appréciation juridique

- A) L'analyse économique en droit de la concurrence
- B) L'analyse économique en droit de la consommation

##### § 2 Le principe d'égalité en droit de la concurrence et de la consommation

- A) L'égalité en matière économique
- B) La mise en œuvre du principe d'égalité en droit de la concurrence et de la consommation

Vu que le droit de la concurrence et de la consommation a pour objectif de contrôler les activités économiques, les règles de contrôle trouvent leur base dans les principes instituant ces activités. Si la démocratie a donné lieu à la reconnaissance de nombreuses libertés, celles de l'économie y faisaient partie. Il convient alors d'analyser les libertés économiques (Section 1) afin d'ériger le fondement du droit (Section 2)

## **Section 1 Les libertés économiques : le fondement du droit de la concurrence et de la consommation**

Qu'est-ce que les libertés économiques ? Il n'est pas facile de les définir puisqu'elles concernent les domaines économiques très étendus. Jean-Jacques BIENVENU considère que la nature des libertés économiques n'est pas identique aux libertés individuelles. Alors que ces dernières sont accordées à l'être humain, le sujet des libertés économiques est l'opérateur économique quel qu'il soit la personne, physique ou morale. Ces libertés économiques ne se construisent que par référence à un marché. Il devient le lieu d'épanouissement de ces libertés : pas de liberté économique sans un marché.<sup>12</sup>

L'examen des libertés économiques se conduit à deux niveaux. Nous commençons par l'étude du régime de la propriété et son premier dérivé, la liberté d'entreprendre (§1), puis les libertés économiques au second degré (§2).

### **§ 1 La propriété et la liberté d'entreprendre : les deux concepts fondamentaux**

L'homme, la terre et les affaires, ce sont les évolutions conceptuelles qui fondent les libertés économiques. L'homme commença à prendre la possession des choses avant de les exploiter pour son propre profit. Nous examinons d'abord la notion de la propriété (A), un concept qui construit par la suite la liberté d'entreprendre (B).

---

<sup>12</sup> Jean-Jacques BIENVENU, «Les autorités de régulation et les libertés économiques», in *Les libertés économiques*, Guillaume DRAGO et Martine LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 124

### **A) La propriété : le principe préalable**

On ne peut pas parler des libertés économiques sans évoquer le système de propriété. La propriété est en effet indissociable de l'organisation de toute société. Elle traduit une relation étroite entre l'homme et les biens. Mais la conviction qu'on peut posséder une chose n'est pas née de la nature. Il s'agit bien d'un concept culturel. Il convient d'abord d'examiner la reconnaissance de la propriété (1°) avant d'apprécier son aménagement contemporain (2°).

#### 1° La reconnaissance juridique du concept de propriété

La religion chrétienne et l'École hindouiste suggèrent que la terre appartient au Dieu ou au Roi par le droit divin. La réflexion sur la propriété a évolué tout au long de l'histoire. John LOCKE avait essayé de caractériser la propriété de l'homme à partir du travail qu'il a contribué. Le travail justifie la propriété de ce qu'on a employé. L'appropriation de la terre est justifiée par le travail de culture. Le travail n'a pas seulement fait sortir la chose de communauté d'origine, il augmente la richesse d'ensemble.<sup>13</sup>

La première reconnaissance de la propriété en France a eu lieu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>14</sup> alors qu'en Thaïlande, le premier titre de propriété indiquant le nom du propriétaire et le périmètre précis a été octroyé par le Roi Rama V en octobre 1901. La loi portant sur la délivrance du titre de propriété a été promulguée en 1908. Mais la reconnaissance de la propriété à vocation générale s'inscrit dans le Code civil français et le Code civil et commercial thaïlandais.

**En France**, les rédacteurs du Code ont présenté trois volets de la propriété. **D'abord**, elle est définie dans l'article 544 «*Le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements.*» Cela accorde au propriétaire la jouissance jusqu'à une véritable souveraineté. Le droit de disposer

---

<sup>13</sup> Rémy LIBCHABER, «La propriété, droit fondamental», in *Libertés et droit fondamentaux*, Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 788

<sup>14</sup> L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que «*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*»

permet alors la circulation des biens et le partage de ses utilités.<sup>15</sup> **Ensuite**, la jouissance est limitée par l'article 545<sup>16</sup> qui encadre la cession forcée de la propriété qui doit être fondée sur l'intérêt général moyennant une indemnisation juste et préalable. Les législateurs ont remplacé les termes *nécessité publique* apparus dans la Déclaration par ceux d'*utilité publique* parce qu'après la Révolution, la nécessité publique est devenue trop étroite pour satisfaire les besoins d'intérêt général. L'article 546<sup>17</sup> ajoute **enfin** le droit d'accession permettant au propriétaire d'avoir le droit sur tout ce que sa propriété produit et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement.

**En Thaïlande**, le Code civil et commercial ne contient pas de disposition régissant la cession de la propriété comme dans l'article 545 du Code civil français. La propriété est encadrée dans le livre 4 dans l'article 1336.<sup>18</sup> Cet article rassemble les principes contenus dans les articles 544 et 546 du Code Napoléon et tente de détailler le droit du propriétaire. Il semble pourtant que le droit du propriétaire selon l'article 1336 soit limité d'autant plus qu'on précise le périmètre de la propriété. Plus nous précisons les droits du propriétaire, plus nous refusons de manière implicite d'autres droits éventuels non-inscrits dans cet article.

La propriété est également encadrée par les textes au niveau constitutionnel. Si le droit civil dans les deux pays définit la propriété dans la relation entre les personnes privées, la Constitution définit le régime de la propriété entre les personnes privées et les personnes publiques. De même que le pouvoir public reconnaît aux citoyens le droit de propriété, de même c'est lui qui le prive. Il s'agit des questions de la protection et de l'expropriation avec l'appréciation des critères permettant la restriction et la privation des propriétés, ce qui est loin de l'intérêt de notre étude.

---

<sup>15</sup> R. LIBCHABER, «La propriété, droit fondamental», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 789

<sup>16</sup> L'article 545 du Code civil dispose que «*Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.*»

<sup>17</sup> L'article 546 dispose que «*La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession".*»

<sup>18</sup> L'article 1336 dispose que «*Soumis aux dispositions de la loi, le propriétaire a le droit d'utiliser, de céder ainsi que d'acquérir le fruit de sa propriété. Il a le droit de poursuivre et de revendiquer sa propriété de ceux n'ayant pas droit y compris d'exclure les tiers d'interférer illégalement à sa propriété.*»

Après avoir apprécié la base générale de la propriété, il convient ensuite d'apprendre le cadre contemporain de la propriété (2°)

### 2° L'aménagement contemporain du droit de propriété

Après avoir analysé le droit de propriété en principe, il convient d'examiner comment la loi régit la propriété tant en ce qui concerne les restrictions aux droits du propriétaire qu'en ce qui concerne la nouvelle étendue de la propriété.

#### *a) Les restrictions aux droits du propriétaire*

**En France**, le droit de propriété a, après l'individualisation de son concept, subi des évolutions importantes si bien que le droit de propriété n'est pas conçu tel qu'il était dans le siècle des Lumières. Si la conception de la propriété était de façon individualiste et libérale, c'est l'aspect social qui est venu déstructurer les prérogatives du propriétaire au long de la mutation socio-économique depuis la Révolution française. Les restrictions sont donc nombreuses. Dans son ensemble, il est clair que l'intérêt du propriétaire a toujours été balancé par la considération concrète de son environnement. Cette considération a aussi été transposée dans le Code civil et commercial thaïlandais.

Bien que les restrictions traditionnelles dans les codes civils français et thaïlandais résultent de l'usage au milieu rural qui n'aurait plus d'actualité, elles traduisent un impact actuel selon lequel une propriété foncière n'a jamais été conçue comme individualiste.<sup>19</sup> Les restrictions rigoureuses trouvent leur source aujourd'hui dans les règles d'urbanisme. Le mot qui s'oppose à celui de rural traduit la tendance actuelle du fait de l'urbanisation.<sup>20</sup> Les règles visant alors à l'aménagement pour assurer le niveau de vie collective touchent véritablement aux prérogatives du propriétaire.

**En Thaïlande**, comme en France, le concept d'aménagement de l'espace existe depuis très longtemps. En revanche, le droit de l'urbanisme dans le contexte contemporain paraît peu développé. L'absence de contrôle rigoureux des règles d'urbanisme provoque de nombreux

---

<sup>19</sup> R. LIBCHABER, «La propriété, droit fondamental», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 798

<sup>20</sup> Selon un rapport de l'ONU, dans les pays développés, environ 75 % de la population vivent dans les zones urbaines. D'ici à 2030, 84 % de la population des pays en développement vivront dans les zones urbaines. Voir <http://www.un.org/french/ga/istanbul5/kit2.pdf>

problèmes par exemple la perturbation permanente dans la ville de Bangkok, le développement de bidonville etc.

*b) La redéfinition de la propriété*

Nous avons pu depuis des siècles trouver la justification de devenir le propriétaire, puis nous avons admis que les prérogatives du propriétaire peuvent être limitées. Mais toutes ces réflexions restent dans le cadre de la propriété tangible qu'elle soit meuble ou immeuble. La propriété pourrait être entendue comme une chose au sens propre. Cependant, pouvons-nous considérer comme une propriété un bien intangible, mais exploitable ? Le développement économique et technologique nous permet d'y réfléchir encore une fois.

Pouvons-nous devenir propriétaire de ce qui n'est pas corporel ? Le concept n'étant pas reconnu dans l'époque romaine devient possible aujourd'hui. En prenant en compte l'évolution économique et sociale, le droit accorde un statut particulier à la propriété dite intellectuelle. La justification de la dotation suit la même logique qu'a employée John LOCKE dans le cas de la propriété corporelle. Si on peut devenir propriétaire de la terre grâce à son travail de culture, on peut aussi tirer le profit de ce qui résulte de son travail de création.

**En droit français**, les propriétés intellectuelles se divisent en deux branches : la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur, droits voisins) et la propriété industrielle (brevet, secret industriel, marque commerciale etc.). Bien que la pratique de reconnaître certains de ces domaines puisse remonter à plusieurs siècles, le terme a récemment apparu dans le texte en 1967 avec la création de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, et ne devient au courant que depuis quelques années. Les textes principaux comme le Code civil français et le Code civil et commercial thaïlandais, même si les règles de la propriété intellectuelle n'ont pas encore été érigées à l'époque de la rédaction des Codes, n'interdisent pas d'être propriétaire sur un domaine incorporel.

Le Code civil encadre le régime dans l'article 516 qui énonce que «*Tous les biens sont meubles ou immeubles.*» Des biens en droit français doivent-ils être matériels ? La réponse est négative même si l'article 516 semble catégoriser les biens en fonction de la mobilité. Nous avons déjà trouvé un justificatif dans l'article 526 du même Code qui place certains droits réels comme l'usufruit ou les servitudes dans la catégorie de l'immeuble. Pourtant, on comprend mal

la classification de la propriété intellectuelle dans l'une des deux catégories. En effet, la propriété intellectuelle est exorbitante du Code civil car elle ne se lie à aucuns biens. Il s'agit d'un droit spécifiquement créé pour son régime de gestion aussi particulier. Même si le Code n'empêche pas l'institution de la propriété intellectuelle, il ne faut pas ajouter la propriété intellectuelle dans l'univers du Code civil.

**Quant à la Thaïlande**, le Code civil et commercial définit respectivement dans les articles 137 et 138 ce que sont la chose et les biens. D'après l'article 137, la chose est définie comme l'objet corporel. L'article 138 ne prévoit pas la notion des biens mais indique qu'ils incluent la chose et l'objet incorporel susceptible d'avoir de valeur et d'être appropriable. Cette disposition ouvre la grande possibilité de classer plusieurs domaines dans la définition des biens. Les caractéristiques de la propriété intellectuelle dont les domaines reconnus sont presque identiques que ceux en droit français sont alors compatibles avec la considération de l'article 138 sans qu'on soit obligé de déterminer si elle est le meuble ou l'immeuble.

La disposition peut en revanche inspirer une fausse perception selon laquelle le droit personnel peut être considéré comme un bien qu'on peut le gérer par les dispositions prévues en Code civil et commercial. Certains juristes adoptent cette idée alors que le juge en admet dans plusieurs jurisprudences. Mais on sait bien la distinction important de ce droit de créance qu'il porte sur les personnes, non pas la chose ou les créations et qu'il ne vaut qu'à l'égard de son débiteur. On ne peut pas au sens strictement juridique «*vendre*» la créance, mais de la «*céder*.» Ce piège juridique peut entraîner une véritable méconnaissance du droit.

En tout état de cause, l'apparition de la propriété intellectuelle prouve une évolution importante en droit ainsi qu'en économie. La source des activités économiques se trouve au-delà de ceux qui sont tangibles. La validation et la mise en place par la loi permettent de garantir les bénéfices du créateur et en même temps de promouvoir le développement scientifique favorable à celui de l'économie.

Le droit de la propriété conduit à la conception d'une première liberté économique : la liberté d'entreprendre (B).

## **B) La liberté d'entreprendre**

Lorsqu'une personne peut posséder des biens, elle les dispose pour elle-même, pour survivre et puis pour prospérer. La liberté d'entreprendre est un premier dérivé du droit de propriété. Elle s'impose pour dire que l'homme est libre à exploiter ses ressources pour s'enrichir. Nous avons distingué la liberté d'entreprendre des autres libertés en suivant le principe du Professeur Pierre DELVOLVÉ. D'après lui, la liberté d'entreprendre est à la fois la plus large et la plus haute de toutes les libertés économiques. Les autres en sont des émanations ou encore des composantes. Elle est conçue comme assurant **d'une part** le libre accès au marché et **d'autre part** le libre exercice d'une activité économique au sein du marché. Un exemple de cette conception se trouve dans une ordonnance de référé du Conseil d'État dans laquelle la liberté du commerce et de l'industrie est qualifiée d'une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre.<sup>21</sup>

L'étude de cette liberté se fait de façon classique commençant **d'abord** par leur contenu (1°), et suivi **ensuite** par leur restriction (2°)

### 1° Le contenu de la liberté d'entreprendre : les divergences d'appréciation en France et en Thaïlande

Bien que la liberté d'entreprendre soit reconnue tant en France qu'en Thaïlande, la méthode adoptée n'est pas identique. Nous évoquerons alors la reconnaissance de cette liberté en droit français (a), puis en droit thaïlandais (b).

#### *a) La liberté d'entreprendre en France : une reconnaissance jurisprudentielle sans portée effective ?*

Il serait étonnant de voir que la Constitution française de 1958 est quasiment muette sur la question de l'économie. Il faut attendre jusqu'à 1982 pour que le Conseil constitutionnel évoque la liberté d'entreprendre dans la décision du 19 janvier 1982 à propos de la loi des nationalisations.<sup>22</sup> En effet, le Conseil n'a pas créé une liberté nouvelle. Il l'a seulement mise dans la juste place en faisant de la liberté d'entreprendre une liberté à valeur constitutionnelle à

<sup>21</sup> CE Ordonnance du juge des référés 12 novembre 2001, n°239840, *Commune de Montreuil-Bellay*

<sup>22</sup> CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982

caractère général et englobant d'autres libertés telles que la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté professionnelle ou la liberté de la concurrence.

La liberté d'entreprendre se conçoit en deux aspects : liberté d'établissement et liberté d'exercice d'une activité professionnelle. Néanmoins, sa portée reste à rechercher car sa reconnaissance était platonique.<sup>23</sup> Elle est une liberté qui ne se prouve pas, ne se définit pas, mais elle s'éprouve au gré des atteintes qui lui sont portées.<sup>24</sup> Depuis sa reconnaissance en 1982, des décisions justifiant l'atteinte à la liberté d'entreprendre ont été rendues.<sup>25</sup> Mais après dix-neuf ans des décisions de validation, sont venues trois décisions de censure en treize mois en citant de manière directe ou indirecte la liberté d'entreprendre.<sup>26</sup>

Malgré les décisions de censure, on ne trouve nulle part la construction positive du Conseil constitutionnel sur la liberté d'entreprendre. Le Conseil a déterminé si une loi viole la liberté d'entreprendre sans définir ce qu'est cette liberté. Tant que le travail de définition n'apparaît pas encore dans la décision. Il faut attendre jusqu'à ce que la définition positive soit mise en œuvre par le juge constitutionnel.

Guillaume DRAGO a tenté de faire une définition positive dépassant celle par «grignotage» successif.<sup>27</sup> C'est en effet la libre disposition de son bien par son propriétaire qu'on peut faire la référence à la défense de la propriété, privée et publique, et du droit de propriété à partir duquel le Conseil constitutionnel a établi le concept de la liberté d'entreprendre dans la décision de 1982. Véronique DELVOLVÉ aboutit dans sa thèse à ce que la liberté d'entreprendre soit conçue par la jurisprudence constitutionnelle comme la liberté du chef d'entreprise, dans le prolongement de la protection du droit de propriété.<sup>28</sup>

*b) La liberté d'entreprendre en Thaïlande : une reconnaissance textuelle bien construite et figée*

<sup>23</sup> Philippe TERNEYRE, «La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ?», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 15

<sup>24</sup> Guillaume DRAGO, «Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 29

<sup>25</sup> Voir dans ce sens CC, n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 et CC, n° 90-283 DC du 8 janvier 1991

<sup>26</sup> Voir dans ce sens CC, n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, CC, n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 et CC, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002

<sup>27</sup> G. DRAGO, «Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 34

<sup>28</sup> Véronique DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, Thèse Université Paris 2, 2002

Le cadre juridique de la liberté d'entreprendre en Thaïlande est bien différent de celui de la France. La liberté d'entreprendre a bien été reconnue depuis la Constitution de 1932. Les rédacteurs de la Constitution de 2007<sup>29</sup> ont entièrement conservé la disposition principale s'agissant de la liberté d'entreprendre de la Constitution de 1997.<sup>30</sup>

La liberté d'entreprendre ne se constitue pas en soi sans la reconnaissance d'autres libertés par exemple la liberté d'aller et venir qui facilite l'installation du siège de travail. La Constitution de 2007 contient aussi une disposition particulière concernant la liberté d'expression notamment la gestion de la presse. L'article 48<sup>31</sup> interdit expressément la personne détentrice d'une position politique d'être le propriétaire ou d'être l'actionnaire dans l'activité de presse qu'elle soit le journal, la radio, la télévision ou la télécommunication dans son propre nom ou pour son compte. Elle est aussi interdite de prendre acte direct ou indirect en vue de gérer l'activité dans la façon comme si elle est propriétaire ou actionnaire.

L'article 48 résulte de la crise politique pendant laquelle un grand nombre de la presse a été interféré par les politiciens. Cet article qui constitue une limitation absolue à la liberté d'entreprendre suscite alors un vif débat. Durant les travaux préparatoires, un membre du Conseil de la rédaction constitutionnelle représentant la presse régionale a constaté que la disposition entraverait le développement de la politique régionale car beaucoup de personnes détentrices dans les collectivités territoriales sont aussi le propriétaire ou l'actionnaire dans la presse de sa collectivité alors que la presse interférée est celle au niveau national.<sup>32</sup> L'interdiction est d'après lui disproportionnée. D'autres membres ont défendu cet article en citant le problème

---

<sup>29</sup> Avis aux lectures : la Constitution de la Thaïlande a encore une fois été abrogée. Au moment de la rédaction de cette thèse, l'élaboration d'une nouvelle constitution permanente est en cours. Nous précisons l'année de l'entrée en vigueur de chaque constitution dont nous parlons. La thèse se repose sur la Constitution de 2007, la constitution permanente la plus récente.

<sup>30</sup> L'article 43 de la Constitution de 2007 dispose que «*La personne peut s'engager dans une entreprise en ayant aussi l'accès à la concurrence libre et loyale.*

*La restriction ne devrait être imposée qu'en vertu de dispositions spécialement promulguées pour maintenir la sécurité et la sûreté de l'état ou de l'économie du pays, pour protéger le public au regard de l'utilité publique, maintenir l'ordre public, réguler l'engagement en métiers, la protection du consommateur, l'urbanisme, préserver les ressources naturelles ou l'environnement, l'aide sociale, prévenir le monopole ou éliminer la concurrence déloyale.»*

<sup>31</sup> L'article 48 de la Constitution dispose que «*La personne détentrice d'une position politique ne peut être ni le propriétaire ni l'actionnaire dans l'activité de presse qu'elle soit le journal, la radio, la télévision ou la télécommunication qu'elle soit dans son propre nom ou pour son compte. Elle est aussi interdite de prendre acte direct ou indirect en vue de gérer l'activité dans la façon comme si elle est propriétaire ou actionnaire.»*

<sup>32</sup> Les travaux préparatoires du Conseil de la rédaction constitutionnelle, n° 24/2550 (2007) du 13 juin 2550, p. 179

du conflit d'intérêt que la personne ne doit choisir qu'un rôle de politicien ou de journaliste. L'interdiction doit être appliquée aussi bien au niveau national qu'au niveau régional au respect du principe de l'égalité.<sup>33</sup>

Néanmoins, nous nous demandons si la disposition est efficace en pratique parce que l'interférence des politiciens se fait par la coupure de publicité dans telle ou telle presse. La revenue de la presse aujourd'hui repose sur la publicité plutôt que la vente et que le Gouvernement, les entreprises publiques et d'autres organes étatiques constituent un group publicitaire important qui fait la recette à la presse. La manipulation de la presse s'opère de manière implicite sans que les politiciens soient propriétaire ou actionnaire. Un autre membre du Conseil de la rédaction constitutionnelle a déjà fait une remarque dans ce point que l'article 48 n'interdit pas que la personne détentrice une position politique soit contractant avec la presse.<sup>34</sup>

Après avoir analysé la source et la notion de la liberté d'entreprendre, nous procéderons ensuite à sa limitation (2°).

### 2° Les restrictions à la liberté d'entreprendre : l'approche divergente dans la justification en droit français et en droit thaïlandais

Nous avons dans un premier temps pris connaissance de la divergence d'approche à la notion de la liberté d'entreprendre, la différence d'approche à la notion s'entraîne dans un second temps celle à la justification.

#### *a) La liberté d'entreprendre en France : la restriction souple et incertaine*

Comme la liberté d'entreprendre en France est reconnue sans portée effective, ses dérogations sont appréciées au cas par cas. Il n'existe donc pas de catégories de dérogations. En effet, le législateur est autorisé à porter les restrictions dans les motifs aussi divers et variés.<sup>35</sup>

Comment le Conseil constitutionnel valorise-t-il la liberté d'entreprendre ? Initialement, le Conseil a considéré que ces liberté qui ne sont ni générales ni absolues ne peuvent exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi et que seules les restrictions arbitraires ou

<sup>33</sup> Les travaux préparatoires du Conseil de la rédaction constitutionnelle, n° 24/2550 (2007) du 13 juin 2550, p. 192

<sup>34</sup> Les travaux préparatoires du Conseil de la rédaction constitutionnelle, n° 24/2550 (2007) du 13 juin 2550, p. 195

<sup>35</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004, p. 165

abusives apportées à la liberté d'entreprendre seraient contraires aux dispositions de la Déclaration de 1789. Dans les jurisprudences postérieures, ces concepts ont été cependant remplacés par une expression plus floue que les limitations apportées à la liberté d'entreprendre ne doivent pas en dénaturer la portée.<sup>36</sup> Deux ans plus tard, la formule a encore une fois été changée de celle de la dénaturation à celle de la limitation liée à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général à condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.<sup>37</sup> Or, la dénaturation et la disproportion se distinguent beaucoup. Une dénaturation se définit comme une très grosse violation de la norme de référence alors qu'une atteinte disproportionnée peut plus facilement être établie et prouvée.<sup>38</sup> On observe ici une inconstance de considération à l'égard des restrictions à la liberté d'entreprendre.

D'après les jurisprudences, nous dégagons trois remarques sur les restrictions à la liberté d'entreprendre.

*- Une liberté dite «légitimiste»<sup>39</sup>*

Les limites de la liberté d'entreprendre ne proviennent que de la loi. Seule la loi elle-même peut apporter des restrictions. Cette condition formelle entraîne des conséquences importantes.

*- Justifications à la limitation de la liberté d'entreprendre*

Les justifications paraissent nombreuses et variables. Aucun texte n'énonce des motifs permettant la limitation à la liberté d'entreprendre. C'est en effet le Conseil constitutionnel qui doit rechercher à l'issue d'un texte déféré une telle justification à la restriction. Quelles sont les valeurs doit-on protéger à l'encontre de la liberté d'entreprendre ? Cette question nous conduit aux principes dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 tels que le droit pour chacun d'obtenir un emploi, le droit syndical ou encore le droit de grève.<sup>40</sup> On regroupe les droits

<sup>36</sup> CC, n° 98-401 DC du 10 janvier 1998

<sup>37</sup> CC, n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *déjà cité*

<sup>38</sup> P. TERNEYRE, «La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ?», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 17

<sup>39</sup> Jean-Pierre CAMBY, «La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ?», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 27

<sup>40</sup> G. DRAGO, «Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 35

d'inspiration socialiste sous le nom des droits sociaux. Si le Conseil constitutionnel a déjà fait prévaloir l'objectif de la réduction du chômage sur la liberté d'entreprendre dans sa décision de 1982, les domaines des droits sociaux ne se limitent pas à ceux dans le Préambule. Ils intègrent cependant d'autres objectifs comme la culture ou la santé.<sup>41</sup> Autres objectifs d'intérêt général ont aussi été invoqués tels que la lutte contre la fraude fiscale<sup>42</sup>, le droit au repos et aux loisirs ou le principe de participation.<sup>43</sup>

*- Le principe de la proportionnalité*

En tout état de cause, la restriction doit être proportionnelle. Il ne faut pas que l'atteinte à la liberté d'entreprendre soit disproportionnée. Cette considération ne semble pas cohérente avec une décision du Conseil dans laquelle la suppression de la liberté d'entreprendre a été autorisée dans le secteur de l'archéologie préventive au profit d'un monopole accordé par la loi.<sup>44</sup>

Contrairement à la France, la jurisprudence thaïlandaise se montre plus stricte à l'égard de la limitation de la liberté d'entreprendre, mais elle rencontre en revanche le problème d'interprétation.

*b) La liberté d'entreprendre en Thaïlande : les restriction encadrée qui pose le problème d'interprétation et application*

L'article 43 de la Constitution de 2007 énonce clairement les motifs permettant de restreindre la liberté d'entreprendre.<sup>45</sup> À l'égard des restrictions énoncées, pouvons-nous dire qu'elles sont limitées ? Deux éléments peuvent nous conduire à trouver la réponse. L'un concerne le périmètre des restrictions que le juge doit chercher. Certains termes comme la sécurité de l'État ou l'ordre public sont très vagues. L'autre concerne l'application au respect des

---

<sup>41</sup> Manon ALTWEGG-BOUSSAC, «L'évolution des rapports entre la liberté d'entreprendre et les droits sociaux devant le Conseil constitutionnel», in *Libertés économiques et droits de l'homme*, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir), Presse universitaire de Paris ouest, 2011, p. 254

<sup>42</sup> CC, n° 89-268 DC du 29 décembre 1989

<sup>43</sup> CC, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000

<sup>44</sup> CC, n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001

<sup>45</sup> Ce sont la sécurité et la sûreté de l'état ou de l'économie du pays, l'utilité publique, l'ordre public, la régulation professionnelle, la protection du consommateur, l'urbanisme, préservation des ressources naturelles ou de l'environnement, l'aide sociale, prévention du monopole ou élimination de la concurrence déloyale.

autres principes constitutionnels énoncés dans l'article 29 tels que l'égalité, la nécessité et la proportionnalité.

La Cour constitutionnelle a déjà rendu deux décisions sur la liberté d'entreprendre. **Dans la décision n° 12/2552**,<sup>46</sup> la Cour constitutionnelle a censuré une disposition de l'arrêté du Conseil révolutionnaire n° 45 du 17 janvier 1972 modifiée par celle n° 252 du 16 novembre 1972.<sup>47</sup> L'article 3 de cet arrêté interdit en effet au propriétaire et au possesseur d'un endroit de restauration de vendre la nourriture et la boisson entre 1h et 5h du matin sauf qu'ils aient obtenu l'autorisation. En considérant au contexte actuel, la Cour a jugé que l'article 3 de l'arrêté ne respecte pas le principe de nécessité et constitue une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre.

**Dans la décision n° 7/2549**,<sup>48</sup> la Cour constitutionnelle a validé l'article 4 de la loi portant sur la vente aux enchères et la vente d'occasion 1932 (E.B. 2475) modifiée en 1992 (E.B. 2535). Cet article interdit l'activité de la vente aux enchères et la vente d'occasion à moins que le vendeur obtienne une autorisation de l'agent officiel. Dans le cadre d'une question prioritaire de la constitutionnalité (QPC)<sup>49</sup> réclamée par un vendeur d'occasion d'ordinateur et de pièce détachée informatique, la Cour a considéré que la loi vise à encadrer la vente aux enchères et la vente d'occasion par le biais de l'autorisation. Le vendeur autorisé ne doit pas être condamné dans les infractions des faux ou contre des biens. Il est aussi obligé de faire un inventaire sur les objets en vente. Ce devoir participe essentiellement à la prévention des infractions contre les biens notamment le patrimoine national et à la protection du consommateur. La loi déferée est un texte particulier pour le compte de l'ordre public, la régulation professionnelle et la protection du consommateur. La disposition est une restriction à la liberté d'entreprendre justifiée selon l'article 50 de la Constitution de 1997.

Ce sont les décisions QPC sur les dispositions très particulières incomparables à la dernière jurisprudence que nous allons étudier qui dessine le problème majeur dans

---

<sup>46</sup> Cour constitutionnelle, QPC n° 12/2552 du 19 août 2009

<sup>47</sup> Dans le système juridique thaïlandais, les textes de la junte, s'ils ne sont pas abrogés, demeurent toujours reconnus et applicables.

<sup>48</sup> Cour constitutionnelle, QPC n° 7/2549 du 18 avril 2006

<sup>49</sup> Le régime de la question prioritaire de la constitutionnalité (QPC) a été instauré dans la Constitution thaïlandaise depuis 1997. La partie devant la Cour de justice ou la Cour administrative peut relever la question de constitutionnalité d'une disposition de la loi applicable dans le litige.

l'interprétation du juge.

*- L'affaire «Map Ta Phut»*

Nous examinons une ordonnance de la Cour administrative suprême sur l'affaire «*Map Ta Phut.*» Map Ta Phut est une zone industrielle située dans la province de Rayong. Développée par l'Autorité de la zone industrielle de Thaïlande<sup>50</sup> depuis 1989, la zone compte jusqu'à présent 60 usines de taille massive avec l'investissement d'environ 604 318 millions de bahts (15 107 millions d'euros environ). Le développement a cependant un prix qui coûte cher. La pollution a été sentie depuis 1992 et ne cesse d'aggraver.

Dans le souci du développement durable, est imposée dans l'article 56 de la Constitution de 1997 une obligation de l'étude d'impact et de la consultation d'un organe indépendant de l'environnement. Le fonctionnement de cet organe avait alors à définir dans une loi. Or, une telle loi n'a jamais été promulguée au cours de la vie de la constitution précédente. Le Conseil de la rédaction constitutionnel comprend bien ce problème puisqu'il y a énormément des articles qui seront en vigueur par la promulgation de la loi d'application alors que ces lois ne voient jamais le jour. Le Conseil a décidé de supprimer la dernière phrase pour renforcer ces droits dès lors que la Constitution entre en vigueur. L'article 67 paragraphe 2 de la Constitution de 2007 n'exige plus la loi qui désigne le fonctionnement de cet organe indépendant de l'environnement.<sup>51</sup> L'effet de l'article 67 est immédiat.

Après l'entrée en vigueur de la Constitution de 2007, l'État notamment le Comité national de l'environnement chargé de la délivrance de permis de construire des usines continue de traiter le dossier sans prise en compte l'obligation dont il est tenu d'accomplir selon l'article 67. La pollution autour de la zone industrielle Map Ta Phut devient véritablement une crise. L'Association contre le changement climatique et les habitants affectés ont dirigé un recours

---

<sup>50</sup> L'Autorité de la zone industrielle de Thaïlande est une entreprise publique sous la tutelle du ministère de l'industrie.

<sup>51</sup> L'article 67 paragraphe 2 de la Constitution de 2007 dispose que «*L'opération du projet ou de l'activité susceptible d'affecter sévèrement aux communautés quoi qu'il s'agisse de l'environnement, de la ressource naturelle et de la santé ne peut être mise en œuvre que si une étude d'impact sur la qualité environnementale et sur la santé des communes est conduite accompagnée de la consultation publique. Est aussi obligatoire, la consultation d'un organe indépendant de l'environnement composé de représentants de secteurs privés et de représentants des établissements de l'enseignement supérieur de l'environnement.*»

contre le Comité. La décision n° 32/2552 de la Cour administrative de Rayong<sup>52</sup> oblige ce dernier à déclarer les espaces touchés la «*Zone de la pollution contrôlée*» afin de renforcer la dépollution. Après avoir obtenu le jugement favorable, les mêmes requérants poursuivent leur action. Ils ont saisi la Cour administrative centrale pour annuler les études d'impact rédigées et les autorisations délivrées par le Comité depuis le 24 août 2007, date à laquelle la Constitution entre en vigueur. Soixante-seize projets d'implantation et d'élargissement ont été attaqués.

Les requérant ont demandé une mesure provisoire, que pour la protection de l'environnement et de la santé, les projets soient suspendus. La Cour administrative centrale ordonne une injonction aux projets sauf ceux ayant été autorisés avant le 24 août 2007. Le Comité et le Gouvernement ont fait rappel à la Cour administrative suprême en évoquant plusieurs éléments dont la conséquence excessive de la suspension qui constitue véritablement un obstacle aux activités économiques du pays. Le défendeur constate au moins 288 097 millions de bahts (7 202 millions d'euros environ) des investissements affectés, au moins 37 208 millions de bahts (930 millions d'euros environ) d'une perte de revenue et au moins 47 037 emplois touchés. La Cour administrative suprême n'est pas convaincue par ces arguments. Elle affirme l'ordonnance de la Cour administrative centrale en autorisant certains projets dont leur nature ne produit aucune pollution. Enfin, 65 sur 76 des projets sont suspendus.

L'ordonnance 592/2552 de la Cour administrative suprême<sup>53</sup> était la grande affaire de l'année qui a vivement suscité le débat. Au public, l'ordonnance paraissait très bien accueillie par la préoccupation environnementale alors que le Gouvernement et les entreprises l'ont expressément critiquée qu'elle serait un frein au développement économique. Que disent les juristes ? C'était les publicistes qui haussent leur voix non seulement parce que le contentieux relève de la juridiction administrative, mais aussi qu'il s'agit de l'appréciation d'un droit à l'encontre d'un autre.

*- Remarque d'un juge*

Plus officiellement, la première réaction apparaît dès la fin de l'ordonnance. Une opinion dissidente a été jointe par Akrawit SUMAWONG, vice président de la Cour administrative suprême à l'époque faisant partie du collège de ce litige. Son opinion porte sur le problème

<sup>52</sup> Cour administrative de Rayong, décision n° 32/2552 du 3 mars 2009

<sup>53</sup> Cour administrative suprême, ordonnance n°592/2552 du 2 décembre 2009

procédural ainsi que sur l'effet extrême de l'ordonnance. Deux remarques sont à poser.

**La première** concerne l'applicabilité de l'article 67. Même si la Constitution de 2007 souhaite clairement l'effet immédiat de ses dispositions, cela rend la difficulté en pratique. L'étude impact et l'évaluation sanitaire conduites sans règle précise expose beaucoup de risques et de recours. De plus, l'organe indépendant de l'environnement ne voit pas encore le jour. On trouve ainsi que l'application stricte de cet article constitue un obstacle à l'administration.

**La seconde** concerne l'équilibre entre le droit à la protection de l'environnement dans l'article 67 et la liberté d'entreprendre dans l'article 43. Cette dernière n'est mentionnée nulle part dans l'ordonnance. D'après lui, l'acte de suspension de projets déjà autorisés affecte le droit des entreprises qui exercent la liberté d'entreprendre. Si le motif en l'espèce peut être classé comme la préservation des ressources naturelles ou de l'environnement dans l'article 43, sa base juridique doit précisément être fondée. Or, le cadre général défini dans l'article 67 ne suffit pas. Une telle approche d'interprétation ne rend pas inapplicable l'article 67. L'interprétation ne pourrait pas parfois porter sur un seul article. En effet, il faut prendre en compte les autres articles concernés afin de répondre aux objectifs de la Constitution. Dans la mesure où la Constitution reconnaît tant le droit de la commune à la protection de l'environnement que la liberté d'entreprendre, son application doit trouver un équilibre sans qu'un de ces deux principes soit ignoré.

*- Remarque d'un juriste*

La seconde réaction vient de la part de Worachet PAKEERUT, professeur de droit public à Université Thammasart. Dans une interview publiée sur internet,<sup>54</sup> il partage le point de vue d'Akrawit SUMAWONG que même si l'article 67 est applicable depuis le 24 août 2007, sa modalité doit quand même être définie par une loi. Il ajoute ainsi qu'il y a une possibilité que les autorités établissent eux-mêmes les règles provisoires pour que l'opération ne viole pas la Constitution et que la liberté d'entreprendre soit assurée. L'interprétation littérale de l'article 67 entraîne un effet pervers jusqu'à ce que personne ne puisse poursuivre son projet si quelqu'un réclame que le projet est susceptible d'affecter sévèrement aux communes quoi qu'il s'agisse de l'environnement, de la ressource naturelle et de la santé selon l'article 67. Ce qui serait, d'après

---

<sup>54</sup> Atukkit SAWAENGSAK. (2009). «*Extrême*» Critiques envers l'ordonnance de la Cour administrative suprême à propos de l'affaire *Map Ta Phut*, [En ligne]. <http://prachatai.com/journal/2009/12/27076> (le 4 janvier 2012).

lui, une interprétation extrême et injuste.

Il est possible de dire que le concept de la liberté d'entreprendre en Thaïlande est effectivement bien construit par le texte. Il nous reste alors de savoir si l'interprétation et l'application s'opèrent avec efficacité. C'est en effet l'esprit des autorités qui joue un rôle essentiel. Il est regrettable qu'une préoccupation environnementale limite totalement la liberté d'entreprendre reconnue par la nouvelle Constitution. Par l'esprit protectionniste, la liberté d'entreprendre peut toujours être improprement restreinte.

Après avoir appris les deux concepts fondamentaux, il convient d'examiner d'autres libertés économiques sous-jacentes (§2).

## **§ 2 Le contenu et le développement des libertés économiques**

La liberté d'entreprendre englobe un univers des libertés économiques sous différentes appellations : la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'établissement, la liberté de concurrence, la liberté contractuelle, la liberté de travail, le libre exercice de l'activité professionnelle etc. Nous étudions ici deux libertés essentielles en droit de la concurrence et en droit de la consommation : la liberté du commerce et de l'industrie (A) et la liberté contractuelle (B).

### **A) La liberté du commerce et de l'industrie**

Qualifiée d'un principe général du droit par le Conseil d'État,<sup>55</sup> c'est-à-dire, une source infra-législative et supra-décrétale,<sup>56</sup> la liberté du commerce et de l'industrie est l'un des principes les plus anciens et les plus controversés du droit administratif. Ce principe s'est référé tantôt à la disposition du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, jamais abrogé, tantôt à l'article 34 de la Constitution qui fait de ce principe une liberté publique.<sup>57</sup>

Le principe, né avec la volonté de s'opposer à l'intervention des personnes publiques

---

<sup>55</sup> CE 29 septembre 2003, n°221283, *Fédération nationale des géomètres-experts*

<sup>56</sup> Laurence NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 65, selon la considération du doyen Vedel

<sup>57</sup> CE 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye* et plus récemment CE 17 mai 2006, n°293110, *Cne de Wissous*

après la Révolution française, est traditionnellement considéré comme le fondement du libéralisme économique.<sup>58</sup> Évoquée par le juge administratif, la liberté du commerce et de l'industrie doit être étudiée en tenant compte de la mutation économique notamment du mouvement de libéralisation au plan supranational. L'analyse sera faite en deux aspects : le contenu de la liberté (1°), puis l'évolution du principe qui pousse à un nouveau principe de la libre concurrence (2°).

### 1° La liberté du commerce et de l'industrie : un principe à deux portées

La liberté du commerce et de l'industrie consiste à positionner la personne publique dans la vie économique. Le positionnement s'exprime en double sens : la limitation et l'intervention. **En premier lieu**, la liberté va à l'encontre des réglementations contraignant à l'exercice des activités économiques. **En second lieu**, la liberté s'oppose à l'initiative publique d'exercer elle-même les activités économiques, ce que nous discuterons dans un autre chapitre.<sup>59</sup>

En ce qui concerne l'opposition aux réglementations de personnes publiques limitant l'exercice des activités économiques, c'est un concept originel de cette liberté qui établit en principe que toute personne est libre d'exercer une activité économique. La liberté couvre tous les aspects des activités économiques qu'ils soient l'accès, l'établissement, le fonctionnement des opérateurs etc. L'étendue du champ d'application ne se limite pas seulement au commerce et à l'industrie, mais aussi aux autres professions comme les professions libérales.<sup>60</sup>

**En France**, une question peut être posée à savoir si cette notion n'est pas synonyme de la liberté d'entreprendre ? La réponse ne serait pas totalement affirmative. En effet, la portée de la liberté du commerce et de l'industrie paraît comme une même image de la liberté d'entreprendre, mais elle est différemment appréciée. Présentant des résultats identiques, les deux principes diffèrent au regard de leur fondement juridique. Alors que la liberté d'entreprendre reconnaît en général la libre disposition de biens à partir du droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie s'oppose à l'intervention de la personne publique à la vie économique. Tandis que le

---

<sup>58</sup> Didier FERRIER, «La liberté du commerce et de l'industrie», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 832

<sup>59</sup> Sur ce point, voir le A) *L'État et ses politiques de la concurrence*, p. 229 et suiv.

<sup>60</sup> CE Ass. 31 mai 2006, n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*

juge constitutionnel contrôle la constitutionnalité d'une loi, le juge administratif contrôle la légalité d'un acte de l'autorité administrative. C'est la raison pour laquelle la liberté du commerce et de l'industrie ne peut jamais être reconnue comme une valeur constitutionnelle dans la mesure où la liberté d'entreprendre a déjà été accordée la place.

La limitation de la liberté du commerce et de l'industrie est possible sous trois éléments. **D'abord**, la forme. Par sa qualité d'une liberté publique, seule la loi peut instituer une limitation. Cependant, il provoque une certaine inefficacité du principe lorsque la loi elle-même fixe un régime trop restrictif, par exemple la soumission de l'accès d'une profession à de multiples conditions<sup>61</sup> ou au contraire lorsque la loi habilite le pouvoir réglementaire à fixer des prescriptions complémentaires et les assortir de sanctions administratives.<sup>62</sup>

La limitation est **ensuite** contrôlée dans ses motifs. Ce sont des considérations exogènes de la protection de l'ordre public qui permettent au pouvoir réglementaire d'encadrer l'exercice. Celles-ci peuvent être la sécurité de la circulation,<sup>63</sup> la sécurité publique en général,<sup>64</sup> la santé des travailleurs,<sup>65</sup> ou encore la protection du cadre de vie.<sup>66</sup> En revanche, un motif purement économique (la protection de la concurrence qui sous-tend une mesure de police) n'autorise pas le pouvoir réglementaire de limiter la liberté du commerce et de l'industrie.<sup>67</sup> Mais, la limitation en vue de protéger les intérêts de consommateurs comme la mesure d'hygiène, la lutte contre la hausse de prix, ou la continuité de l'approvisionnement<sup>68</sup> est admise.

L'application de la limitation est **enfin** prise en compte notamment au regard du principe de l'égalité. Dans son arrêt du 23 juillet 2010,<sup>69</sup> le Conseil d'État a validé une disposition imposant que les guides-interprètes établis ou souhaitant s'établir en France sont soumis à un régime plus strict de contrôle des qualifications professionnelles que ceux qui, établis dans un autre État. Le Conseil a considéré que la différence de traitement trouve sa justification dans la différence de situation entre ceux établis en France qui exercent une activité habituelle et

---

<sup>61</sup> CE 8 juillet 2005, n°262182, *Monsieur X*.

<sup>62</sup> Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, p. 45

<sup>63</sup> CE 16 mai 2007, n°293842, *Syndicat des transporteurs de la région Nord*

<sup>64</sup> CE 13 juin 1990, n°91257, *SARL Chez Tantine*

<sup>65</sup> CE 20 décembre 2006, n°273814, *Sté Perpignan Échafaudage*

<sup>66</sup> CE 27 juillet 2005, n°261949, *Sté PLM affichage*

<sup>67</sup> Voir dans ce sens CE Sect. 25 janvier 1991, n°80969, *Brasseur*

<sup>68</sup> CE 21 février 1986, n°54228, *Cne de Fleury d'Aude* et CE 22 février 1956, *Estorgues*

<sup>69</sup> CE 23 juillet 2010, n°318932, *Fédération nationale des guides-interprètes*

régulière, et ceux établis dans l'un de ces États qui assurent des prestations de services temporaires et occasionnelles. La distinction repose sur le caractère stable de l'installation nécessaire à l'exercice de l'activité.<sup>70</sup>

Contrairement à la France, il n'y a pas de véritable distinction entre la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie **en Thaïlande** faute de texte de principe comme le décret d'Allarde. La notion de la liberté du commerce et de l'industrie reste fondée sur l'article 43 de la Constitution de 2007. Nous allons examiner une jurisprudence comparable à l'arrêt *Fédération nationale des guides-interprètes* du Conseil d'État précité.

Il s'agit d'une QPC envoyé de la Cour administrative suprême. Le requérant, en l'espèce, était candidat au concours d'avocat. Selon la loi portant sur l'organisation professionnelle des avocats du 10 septembre 1985 (E.B. 2528), il faut passer deux épreuves écrites, un stage et une épreuve orale afin de pouvoir s'enregistrer comme avocat. Le requérant ayant réussi dans toutes les épreuves n'avait pas pu s'enregistrer dans la profession car l'article 35 (6) de la loi déférée interdit le candidat «*ayant été condamné à l'emprisonnement dans une infraction considérée par le Conseil de l'ordre des avocats comme portant atteinte à l'honneur de la profession.*» Or, le requérant a été emprisonné dans les infractions de dénonciation calomnieuse et de témoignage mensonger. Le Conseil de l'ordre des avocats a rejeté la demande d'enregistrement. Le requérant a saisi la Cour administrative de Chiang Mai pour excès de pouvoir. Ce dernier a rejeté sa demande. Le requérant a fait appel à la Cour administrative suprême en évoquant la QPC à cet article.

Il a alors évoqué deux arguments. **D'une part**, l'interdiction à vie faite par l'article 35 (6) constitue une exception de l'accès à la profession trop restrictive et disproportionnée. **D'autre part**, l'interdiction ne respecte pas le principe d'égalité car les articles 69 et 71 de cette loi permettent à l'ex-avocat dont l'autorisation est retirée par la même cause que l'article 35 (6) de demander un enregistrement après le délai de 5 ans à compter de son retrait d'autorisation.

Les problèmes posés dans ce litige sont comparables à l'affaire *Fédération nationale des guides-interprètes* sur le point de savoir si l'interdiction est justifiée par la protection de l'ordre public, et si le cas de l'ex-avocat peut être considéré comme une situation différente à celle du

---

<sup>70</sup> Laure Clément-Wilz, Francesco Martucci et Coralie Mayeur-Carpentier, «Chronique - Droit de l'Union Européenne et droit administratif français», *RFDA* 2010, p. 377

candidat pour le premier enregistrement ? La Cour constitutionnelle, dans la décision n°2/2552,<sup>71</sup> a néanmoins jugé sur la base d'une autre argumentation.

**Sur la justification à la limitation,** la Cour a jugé que l'article 35 (6) trouve sa justification dans la nécessité de garantir la fiabilité de la profession d'avocat. De plus, cet article ne constitue pas d'interdiction absolue d'exercer la profession. Le fait d'être condamné à la prison ne disqualifie pas automatiquement le candidat à l'enregistrement. En effet, il appartient au Conseil de l'ordre des avocats de décider si l'infraction porte atteinte à l'honneur de la profession. Ce dispositif est également appliqué dans d'autres organisations professionnelles telles que l'ordre des médecins ou l'ordre des ingénieurs.

**En ce qui concerne la proportionnalité et l'égalité de traitement,** malgré les deux situations différentes, la Cour considère que le délai de suspension dans l'article 71 traduit *a contrario* l'avantage pour le nouveau candidat de pouvoir à tout moment demander l'enregistrement. En tout état de cause, les demandes dans ces deux cas seront traitées d'une façon identique et non-discriminatoire par le Conseil de l'ordre des avocats.

D'après cette décision, pouvons-nous dire que la loi a confié le pouvoir discrétionnaire trop important au Conseil de l'ordre des avocats ? Le pouvoir de considérer librement si l'infraction est suffisamment sévère afin de restreindre l'exercice des activités d'avocat affecte effectivement la liberté du commerce et de l'industrie. Il convient de se demander sur le moyen *en amont* de la passation de concours à savoir si une telle infraction condamnée lui disqualifie d'être avocat. Il convient aussi de s'interroger pourquoi la loi accorde la possibilité à seul l'ex-avocat de retourner après 5 ans tandis que son infraction était déjà jugée comme inappropriée. Ceci nous renvoie au point de départ sur le pouvoir discrétionnaire du Conseil de l'ordre des avocats qui provoquerait une insécurité juridique dans la mise en œuvre du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

La liberté du commerce et de l'industrie doit être appréhendée avec la prise en compte de l'évolution économique qui aboutit à la liberté de la concurrence (2°)

---

<sup>71</sup> Cour constitutionnelle, QPC n° 2/2552 du 4 mars 2009

## 2° La liberté de la concurrence : un principe dérivé

Développée à partir de la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de la concurrence la complète et enrichit, mais ne s'y substitue pas.<sup>72</sup> La liberté de la concurrence ou le principe de libre et égale concurrence est une nouvelle liberté économique qui résulte de l'évolution tant textuelle que jurisprudentielle. **En France**, la liberté de la concurrence trouve sa source dans l'article L410-2 du Code de commerce alors qu'**en Thaïlande**, la reconnaissance réside dans l'article 43 de la Constitution à côté de la liberté d'entreprendre. Il convient d'une façon classique d'interroger sur son contenu (a), puis sur sa limite (b)

### *a) Le contenu de la liberté de la concurrence*

Théoriquement, la liberté de la concurrence en France et en Thaïlande signifie que toute personne est libre d'exercer une activité économique, sous réserve de respecter les exigences du statut du commerçant ou plus généralement les lois de police économique.<sup>73</sup> Cette définition apparaît-elle cependant comme un duplicata de celle de la liberté du commerce et de l'industrie du décret d'Allarde de 1791 ? La réponse serait à la fois affirmative et nuancée. Par ce principe, les bénéficiaires ne jouissent pas d'opposabilité aux réglementations des personnes publiques. Ils bénéficient en effet de l'égalité assurée par l'État dans leur exercice des activités économiques. De façon concrète, c'est du devoir de l'État d'assurer la libre concurrence par voie des prescriptions et des institutions chargées de mettre en œuvre la protection de la concurrence et de sanctionner des pratiques illicites.<sup>74</sup> La compréhension du contenu de la liberté de la concurrence repose sur son évolution au cours de l'histoire.

**En France**, l'histoire de la liberté de la concurrence peut être remonté juste après la Révolution de 1789 avec le décret d'Allarde de 1791. À l'époque, la liberté de la concurrence n'est pas clairement distinguée de la liberté commerciale tandis que seul le Code pénal de Napoléon, après l'adoption de la loi du 3 décembre 1926, dispose dans l'article 419 d'un délit d'altération des prix sans manœuvre frauduleuse qui aura des conséquences en matière de

<sup>72</sup> Jean-Philippe KOVAR, «Où en est la liberté du commerce et de l'industrie», *DA*, décembre 2007, p. 7

<sup>73</sup> Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p.41

<sup>74</sup> Lucien RAPP, Nil SYMCHOWICZ et Philippe TERNEYRE, *Droit public des affaires*, Édition LAMY, 2009, art. 248, p.112

concurrence. Ce texte qui visait explicitement les ententes a cependant eu peu d'effectivité pratique car il est destiné à lutter contre l'inflation.

Il faut attendre jusqu'à la fin de la Seconde Guerre Mondiale pour que les règles spécifiques du droit de la concurrence voient le jour. Avec la promulgation de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et celle n°45-1484 de la même date relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, la France a déclaré son attachement au concept économique interventionniste. Ces textes ont été justifiés par la nécessité de rétablir la légalité républicaine sur le territoire continental notamment la contribution à la reconstruction du pays. Ils ont permis au Gouvernement d'imposer une réglementation contraignante sur les prix par voie d'arrêté.<sup>75</sup>

Ces deux ordonnances ont été complétées et modifiées par plusieurs textes.<sup>76</sup> La politique de fixation des prix était toutefois révisée par une nouvelle tendance outre-atlantique de l'École Chicago qui propose une doctrine néo-libérale dans laquelle la réglementation étatique se voit substituer par la réglementation naturelle par le marché.

Cette nouvelle doctrine s'est réalisée en France. En 1986, une loi a été votée permettant au Gouvernement de *«modifier ou abroger certaines dispositions de la législation économique relatives aux prix et à la concurrence.»*<sup>77</sup> Pour mettre en œuvre cette prérogative, le Gouvernement disposait d'un délai de six mois à partir de la publication de la loi et devait demander la ratification au Parlement avant la fin de 1986. Ce nouveau texte a été destiné à assurer aux entreprises une grande liberté de gestion et à définir un nouveau droit de la concurrence.<sup>78</sup>

Le travail a été achevé cinq mois plus tard, l'ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence montre une fin symbolique du dirigisme économique. L'ordonnance de 1945 a été abrogée et les prix des biens, produits et services

---

<sup>75</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 5

<sup>76</sup> Ce sont le décret n°53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, la loi n°63-628 du 2 juillet 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière et la loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concertation économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante. Cette dernière a introduit le contrôle dans les trois domaines cités.

<sup>77</sup> L'extrait de l'article 1 de la loi n°86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social

<sup>78</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 47

relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 a encore aménagé d'autres domaines juridique. **D'une part**, les dispositions pénales du droit de la concurrence ont été partiellement dépenalisées, ce qui constitue un recul évident du droit pénal dans le domaine économique.<sup>79</sup> **D'autre part**, la compétence du contrôle a été transférée de l'ordre administratif à l'ordre judiciaire. Ceci entraîne notamment la création du Conseil de la concurrence (Cons. Conc.).

Plusieurs textes sont venus compléter l'ordonnance de 1986.<sup>80</sup> Mais la grande réforme est intervenue en 2008. La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) crée l'Autorité de la concurrence (ADLC) qui remplace le Conseil de la concurrence. Cette loi montre encore une fois le désengagement de l'administration car elle transfère la compétence de principe du ministre de l'économie pour le contrôle des concentrations à la nouvelle autorité, ceci étant considéré comme la principale innovation de la LME.<sup>81</sup>

**Quant à la Thaïlande**, l'évolution textuelle n'éclaire pas le concept telle qu'ont adopté la France. Au début, la Thaïlande avait promulgué plusieurs textes contraignant la concurrence.<sup>82</sup> Les législations se sont justifiées par la difficulté économique avant, pendant et après la Seconde Guerre Mondiale, mais ces lois et mesures n'ont pas été abrogées même si la situation s'est améliorée. Nous pouvons remarquer une orientation excessivement interventionniste. Mais si la législation française a évolué vers le concept du libéralisme économique, celle du côté de Thaïlande semble hésitante à s'y diriger.

*- L'esprit ambigu vers la libre concurrence par une loi en 1979*

En effet, la preuve importante de ce constat est la promulgation de la loi relative à la

---

<sup>79</sup> LORY Jean, «Le rôle du juge civil dans la libre concurrence», in *La libre concurrence face aux juges*, Loïc GRARD et Bernard SAINTOURENS (dir), Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 100

<sup>80</sup> Ce sont la loi n°96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite NRE, l'ordonnance n°2004-1173 du 4 novembre 2004 qui transpose le règlement du Conseil de l'Union Européenne n°1/2003 et la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (dite loi Chatel).

<sup>81</sup> Christine VILMART, «Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée», *JCP E*, n°4, 22 janvier 2009, 1077

<sup>82</sup> Par exemple, la loi contre la vente abusive du 28 septembre 1937 (E.B. 2480), la loi sur le contrôle des marchandises pendant l'état de tension du 1<sup>er</sup> février 1945 (E.B. 2488) et la loi sur le contrôle des marchandises du 23 février 1952 (E.B. 2495).

fixation de prix et à la prévention de monopole 1979. L'intitulé de la loi semble en lui-même contradictoire. Comment la fixation de prix et la prévention de monopole ont-elles été intégrées dans une seule loi ? Deux éléments nous permettent d'apporter la réponse. **Le premier** élément relève du fait que dans cette même année, a aussi été promulguée la loi relative à la protection du consommateur. **Le second** élément se trouve dans la note d'exposé de motif de cette loi. Il considère que la loi est nécessaire *«pour veiller à la loyauté de la fixation de prix et à la prévention de monopole et de pratique restrictive.»*<sup>83</sup>

En prenant en compte ces deux facteurs, la fixation de prix et la prévention de monopole peuvent résider ensemble mais dans la mesure où la fixation est adoptée pour l'intérêt des consommateurs. Selon le législateur thaïlandais en 1979, les deux politiques participaient au bien-être des consommateurs. La libre concurrence n'était qu'un des moyens au service du consommateur.

#### *- Le progrès remarquable en 1999*

Une évolution importante s'est produite en 1999. La loi de 1979 a été abrogée, puis remplacée par deux textes législatifs : la loi relative aux prix de produits et de services du 22 mars 1999 (E.B. 2542) et la loi relative à la concurrence de la même date. Dans quel contexte et pour quel effet ces textes ont été élaborés ?

**S'agissant du contexte**, nous remarquons l'évolution socio-économique du pays passant du contrôle étatique à celui du marché. La Constitution de 1997 était une réforme constitutionnelle importante. Son article 87 incite l'État à encourager l'économie de marché.<sup>84</sup> Une nouvelle idée fondamentale implique une nouvelle application. Le législateur voit désormais

---

<sup>83</sup> La note d'exposé de motif de la loi : *«compte tenu que la disposition de la loi relative à la prévention de la vente abusive manque encore de la rigueur, insuffisante et inappropriée à assurer l'intérêt des consommateurs et à prévenir la hausse brutale et impropre du prix de produits et de services. Ainsi, la loi ne comporte ni la disposition encadrant la concertation des opérateurs afin de fixer le prix de produits et de services, ni celle de la prévention de monopole et de pratique restrictive. Aussi, faut-il abroger la loi relative à la prévention de la vente abusive de 1947 et instituer la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole pour veiller à la loyauté de la fixation de prix et à la prévention de monopole et de pratique restrictive.»*

<sup>84</sup> L'article 87 de la Constitution de 1997 dispose que *«l'État doit encourager le système économique libre via le mécanisme de marché, veiller à la concurrence loyale, protéger le consommateur et prévenir la monopolisation directe ou indirecte. Il doit aussi abroger ou s'abstenir de promulguer les textes législatifs ou réglementaires qui ne correspondent pas à la nécessité de contrôler les opérateurs économiques. L'État doit s'abstenir de créer une entreprise en concurrence dans un secteur privé à moins qu'il soit nécessaire dans la mesure de maintenir la sécurité de l'état, d'assurer l'intérêt général ou de fournir l'utilité publique.»*

la fixation de prix et la prévention de monopole en deux concepts séparés.

**S'agissant des effets**, la nouvelle disposition entraîne deux conséquences. **D'une part**, la séparation de la loi de 1979 en deux textes. La note d'exposé de motif de la loi relative aux prix de produits et de services énonce que les deux contrôles imposés par la loi de 1979 ont les objectifs voire l'application différents. Or, un seul organe assure ces deux missions. Il convient de séparer les deux missions afin de renforcer les dispositifs.<sup>85</sup>

**D'autre part**, les nouveaux textes comportent leur nouveau intitulé. Le terme *concurrence* montre un aspect plus élargi que celui de *prévention de monopole*. La nouvelle version de la loi sur le prix de produits et de services a supprimé le terme *fixation*, ce qui rend le texte moins contraignant à l'orientation vers une économie plus libérale.

En principe, la loi relative à la concurrence 1999 impose le contrôle dans les domaines comme le Code de commerce français, c'est-à-dire, l'abus de position dominante (l'article 25), les concentrations (l'article 26), l'entente (l'article 27) et la pratique restrictive de la concurrence (l'article 29). Elle comporte ainsi dans l'article 28 une disposition particulière interdisant un opérateur économique ayant une relation commerciale avec un opérateur établi hors du territoire national de faire en sorte de restreindre des possibilités pour toute personne résidant dans le territoire national souhaitant acquérir des produits et services pour la consommation de les acquérir directement des entreprises établies hors du territoire national.

Si la liberté de la concurrence est consacrée par la loi relative à la concurrence 1999, sa portée est douteuse à cause du maintien de la loi sur le prix de produits et de services. L'existence de cette dernière repose sur l'objectif de la protection du consommateur. Une question peut être posée si les prix réglementés protègent le consommateur.

#### *b) La limitation à la liberté de la concurrence*

La liberté de la concurrence, comme d'autres libertés, doit se concilier avec d'autres principes. Sa limitation peut être par voie légale ou par voie conventionnelle.

##### *- La limitation légale de la liberté de la concurrence*

La liberté de la concurrence peut être restreinte en vertu d'une disposition de la loi. Dans

---

<sup>85</sup> JO, n°116 section 22 Gor p. 23 du 31 mars 1999

ce point, **la Thaïlande et la France** trouvent leur point commun selon lequel seul le législateur peut limiter la liberté de la concurrence, bien qu'il soit possible de confier cette compétence au pouvoir réglementaire. **En revanche**, les libertés de la concurrence en Thaïlande et en France n'ont pas de même valeur. Alors qu'en Thaïlande, la liberté est de valeur constitutionnelle, celle de la France n'a qu'un rang infra-législatif.<sup>86</sup> La limitation légale se présente à deux niveaux.

**D'une part**, il s'agit de l'institution de monopole. Le monopole peut être considéré comme une situation insouhaitable dans le droit de la concurrence, mais il est créé sous certaines circonstances. Nous parlons d'abord d'une situation dite *monopole de fait* dont une entreprise, public ou privée, détient une forte puissance économique dans le marché par exemple Microsoft, entreprise privée dans le secteur informatique.<sup>87</sup> Ce qui nous intéresse est en effet le *monopole de droit* résultant de l'octroi à une entreprise en principe de nature publique de droits exclusifs.

**En France**, de nombreuses entreprises gérants des services publics bénéficient du monopole depuis l'après-guerre. L'idée de leur création ont été longtemps défendue par la nécessité de garantir la qualité et la continuité de service public. Plus particulièrement, les gestionnaires des services publics en réseau (lignes ferroviaires, câbles téléphoniques, réseau électrique etc) sont dans une situation qualifiée du *monopole naturel* qui constate que les services sont moins coûteux d'être produits par une seule entreprise que plusieurs.

Néanmoins, la raison d'être du monopole devient de plus en plus mise en cause d'une part par le progrès technologique et d'autre part par le développement économique international notamment à l'égard de l'Union Européenne. Cette dernière agit directement au régime de monopole en imposant graduellement l'ouverture des services monopolistiques.

**En Thaïlande**, la situation paraît presque identique. Beaucoup d'entreprises publiques ont été accordées par leur texte fondateur un monopole de gérer l'activité dans son domaine. Pourtant, ces entreprises monopolistiques n'exercent leur activité qu'avec un manque cruel d'efficacité. La création de monopole en Thaïlande n'aboutit pas à garantir la qualité et la continuité du service public comme l'aurait attendu le législateur thaïlandais. Avec la crise économique de 1997 et l'octroi de l'aide financière du Fonds Monétaire International (FMI) en 1998, certains établissements ont vu leur forme juridique transformer en une société anonyme

<sup>86</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, p. 433

<sup>87</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 88

afin de renforcer la performance.

La Thaïlande doit en effet faire face à la double difficulté. **D'un côté**, la qualité insuffisante de ses services publics exige l'introduction de la concurrence dans le secteur. **D'un autre côté**, les procédures de transition telles que la transformation de l'opérateur historique, la création d'autorité de régulation, l'institution des règles assurant un certain niveau de la concurrence et de l'intérêt général ne suffisent pas de garantir la pérennité du service réformé. Faute d'obligation concrète de la part de l'organe international comme la France avec l'Union européenne, le législateur thaïlandais hésite toujours lorsqu'il doit toucher le monopole des entreprises publiques.

**D'autre part**, le législateur est compétent de restreindre la liberté de la concurrence au motif d'intérêt général. **En France**, les motifs sont variés pouvant être la protection de santé publique, celle de sécurité ou morale publique, celle de l'économie ou encore celle des consommateurs. **En Thaïlande**, ces objectifs doivent être prévus dans l'article 43 paragraphe 2 de la Constitution, mais ceux-ci peuvent être interprétés de façon élargie pour justifier le dispositif.

Si le motif de la restriction se justifie, le contrôle d'une telle mesure porte essentiellement sur la proportionnalité et l'égalité de la mesure. C'est-à-dire, la mesure sera examinée si elle apporte un intérêt suffisant par rapport à la restriction et que si elle ne constitue pas une mesure discriminatoire. Le juge tant en France qu'en Thaïlande veille au respect de ces deux principes.

*- La limitation conventionnelle de la liberté de la concurrence*

En dehors de l'interdiction imposée par la loi,<sup>88</sup> la clause de non-concurrence tant en France qu'en Thaïlande peut être dictée en laissant à la cour le rôle majeur d'interprétation. D'après la jurisprudence, de nombreuses conditions doivent être prises en compte. **D'abord**, la clause doit être limitée dans le temps et l'espace. Le problème subsiste pour savoir l'étendue de limitation tolérée.

**Ensuite**, la limitation doit tenir compte de l'intérêt légitime du créancier et de la

---

<sup>88</sup> En France, certains textes interdisent l'insertion de la clause de non-concurrence comme l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965, l'article L145-47 du Code de commerce ou encore l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 31 décembre 1990.

proportionnalité. La validité de la clause de non-concurrence se fonde sur la proportionnalité avec l'intérêt de l'entreprise. Le concept est reconnu aussi bien en France qu'en Thaïlande.

**Enfin**, la licéité de la clause de non-concurrence repose sur l'existence d'une contrepartie. C'était un arrêt de 2002 qui exigeait que la clause de non-concurrence uniquement dans le contrat de travail doit inclure une contrepartie financière<sup>89</sup> versée au salarié tant qu'il respectait la clause. Toutefois, la contrepartie n'est nulle part exigée en Thaïlande.

Si la clause de non-concurrence ne satisfait pas ces trois conditions, elle fera l'objet d'une sanction. **D'une part**, le juge prononce la nullité de la clause si elle s'oppose de façon illimitée ou disproportionnée à l'intérêt légitime du créancier. **En Thaïlande**, la clause est déclarée nulle si elle porte une interdiction absolue, mais il n'y a pas encore de jurisprudence qui annonce dans ce sens.

**D'autre part**, le juge peut restreindre l'application de la clause. **En France**, c'est au cas où la clause ne permet pas au débiteur d'exercer une activité correspondre à sa formation et à son expérience professionnelle.<sup>90</sup> Par ailleurs, dans le contrat de travail le juge préfère la nullité considérée comme plus protectrice au salarié.<sup>91</sup> **En Thaïlande**, l'article 5 de la loi relative aux clauses abusives 1997 dispose qu'«*La clause est applicable dans la limite de la loyauté et de la proportionnalité.*»<sup>92</sup>

La liberté d'entreprendre se transforme en une autre liberté essentielle du droit de la consommation : la liberté contractuelle (B).

## B) La liberté contractuelle

Après l'établissement et l'exercice de l'activité, la contractualisation devient l'une des techniques principales de l'activité juridique des individus.<sup>93</sup> Toutefois, la liberté contractuelle, un principe sur lequel reposent des techniques de contrat, n'est pas encore examinée. Notre thèse

<sup>89</sup> Cass. Soc. 10 juillet 2002, *Bull.* V N°239, p. 234

<sup>90</sup> Cass. Soc. 18 septembre 2002, *Bull.* V N°272, p. 262, *déjà cité*

<sup>91</sup> Cass. Soc. 14 novembre 2007, *Bull.* V N°189

<sup>92</sup> L'article 5 paragraphe 1 dispose que «*Une clause limitant le droit ou la liberté d'entreprendre, de travail ou d'engager certains actes juridiques qui n'est pas nulle mais qu'elle met au débiteur la charge excessivement inattendue. La clause est applicable dans la limite de la loyauté et de la proportionnalité.*»

<sup>93</sup> Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, «La liberté contractuelle», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 809

tient à étudier la liberté contractuelle tant dans son contenu traditionnel (1°) que dans sa limitation contemporaine (2°).

### 1° Le contenu traditionnel de la liberté contractuelle

Plusieurs dispositions nous permettent de construire les contours de la liberté contractuelle. Si les articles dans le Code civil français et le Code civil et commercial thaïlandais valident le principe d'autonomie de la volonté (a), ceux-ci présentent aussi les limites traditionnelles (b).

#### *a) La théorie d'autonomie de volonté : le fondement de la liberté contractuelle*

Traditionnellement rattachée à la philosophie individualiste de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la théorie participait au libéralisme économique. L'homme, par sa liberté, n'est soumis à des obligations que par sa propre volonté.<sup>94</sup> **En France**, ce concept produit alors trois grands principes présents dans le Code civil. **D'abord**, la personne est libre de contracter ou non, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu du contrat. Le consentement devient donc essentiel jusqu'à ce que le formalisme reste exceptionnel et que la loi demeure supplétive de volonté. Le contrat conclu présente **ensuite** une force obligatoire. Le premier alinéa de l'article 1134 énonce clairement que «*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*» Le contrat a **enfin** un effet relatif. L'article 1119 du Code civil limite à ce qu'en général on ne puisse s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même.

**En Thaïlande**, le Code civil et commercial reconnaît également ces trois principes. L'article 151 du Code valide l'applicabilité de l'acte différent d'une disposition de la loi, mais que celle-ci ne relève pas d'ordre public.<sup>95</sup> L'article 194 confirme la force obligatoire entre le créancier et le débiteur.<sup>96</sup> L'effet relatif est implicitement reconnu. L'article 374 laisse la possibilité aux cocontractants de s'obliger à exécuter une obligation à un tiers. Selon le second alinéa du même article, le droit du tiers est établi lorsqu'il exprime au débiteur la volonté de tenir

---

<sup>94</sup> M.-L. MATHIEU-IZORCHE, «La liberté contractuelle», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 813

<sup>95</sup> L'article 151 du Code civil et commercial dispose que «*Un acte différent d'une disposition de la loi, lorsqu'il ne relève pas d'ordre public, n'est pas nul.*»

<sup>96</sup> L'article 194 du Code civil et commercial dispose que «*En vertu de l'obligation, le créancier a le droit de demander auprès du débiteur l'exécution de l'obligation.*»

le bénéfice d'un tel contrat.

*b) Les limites traditionnelles de la liberté contractuelle*

Les limites traditionnelles de la liberté contractuelle se trouvent dans le texte qui la fonde. L'article 1108 du **Code civil français** énonce depuis 1804 quatre conditions essentielles à la validité d'une convention. Ce qui sont le consentement, la capacité des parties contractants, l'objet et la matière des contrats et la cause. **Le Code civil et commercial thaïlandais** reconnaît aussi ces quatre conditions. Ce qui nous intéresse, c'est le caractère objectif de ces limites. C'est-à-dire, la restriction de la liberté contractuelle dans le droit civil se limite aux critères valant à l'égard de tous. L'appréciation se trouve autour des questions par exemple si la partie est mineur, si le contrat est enregistré ou encore si la cause est contraire à l'ordre public. Mais le droit civil ne censure aucune sévérité dans le contenu du contrat. Dès lors qu'il n'affecte pas l'ordre public, le contrat est applicable de plein droit.

Les limites traditionnelles de la liberté contractuelle dans le droit civil paraissent désormais comme les règles de convention nécessaires, mais insuffisantes dans les contextes économiques actuels. Il serait donc souhaitable de chercher le nouveau périmètre qui permet de rendre l'encadrement de contrat plus adapté (2°).

2° Les limitations contemporaines de la liberté contractuelle

L'encadrement de la convention issu du droit civil ne paraît plus adapté aux contextes économiques actuels car la réalité des affaires ne présente pas la relation contractuelle comme celle dans la période de la rédaction du Code. La disposition du droit civil en France et en Thaïlande constitue le droit commun de tous les contrats et vise à régler la relation entre les particuliers à pied égalitaire.<sup>97</sup> Or, la formation des contrats aujourd'hui s'opère souvent sur le rapport inéquilibré entre les parties. La conception des limites contemporaines consiste en deux éléments : l'apparition de l'ordre économique et social (*a*) et celle de l'équilibre contractuel (*b*).

*a) Le développement de l'ordre public économique et social*

---

<sup>97</sup> Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 205

En droit civil, la censure d'une convention pour violation de l'ordre public est toujours reconue. Mais l'ordre public est strictement interprété et limité à certaines valeurs essentielles comme l'individu, la famille ou l'État.<sup>98</sup> Si l'ordre public est entendu aussi bien dans le code que par la jurisprudence au sens étroit, la considération de l'ordre public économique et social tente d'élargir le champ du contrôle par la loi précédemment libre.

**Les jurisprudences en Thaïlande** illustrent bien l'évolution de l'ordre public vers un durcissement du contrôle du juge. Un fameux arrêt de la Cour suprême **en 1958** porte sur un contrat par lequel le défendeur avait signé et délivré un chèque au plaignant en contrepartie que celui-ci proposerait le prix un peu plus élevé que celui du défendeur dans la procédure d'adjudication d'un marché public. La Cour a jugé que le contrat était applicable. Il ne s'agissait pas de fraude dans la mesure où le pouvoir adjudicateur restait libre à attribuer le marché au défendeur ou aux autres candidats. L'objet de ce contrat n'était qu'*une politique commerciale* n'étant pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.<sup>99</sup>

Il est aujourd'hui clair que le comportement en l'espèce constitue simplement une entente illicite dans le marché public sévèrement sanctionnée par le droit de la concurrence. Néanmoins, le principe de libre concurrence n'a pas été reconnu à l'époque. Les juges ont donc essayé de lier le fait à l'ordre public sans succès car l'ordre public en droit civil ne couvrait pas l'atteinte à l'économie.

Il a fallu des efforts pour renverser la jurisprudence. La Cour suprême a eu une nouvelle occasion de statuer sur ce type d'accord **en 1976**.<sup>100</sup> Il s'agissait encore d'un chèque non-payé que le défendeur (candidat retenu du marché) avait remis en contrepartie de l'abstention ou de la soumission d'un prix élevé des entreprises concurrentes à un marché public. La Cour suprême, via son assemblée plénière, a jugé que l'objectif de ce comportement était de tromper le pouvoir adjudicateur et de fausser la concurrence libre et saine dans le marché public, ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La convention devient alors nulle et de nul effet.

Le principe a été plus clarifié avec un arrêt en 1978. Cette fois-ci, un chèque avait été

---

<sup>98</sup> M.-L. MATHIEU-IZORCHE, «La liberté contractuelle», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 820

<sup>99</sup> Cour suprême, n° 297/2501

<sup>100</sup> Cour suprême, n° 2022/2519

signé et libellé en contrepartie de la non-concurrence dans la procédure d'adjudication d'un marché public d'une entreprise publique. La Cour a confirmé la jurisprudence précédente en faisant le lien entre le statut public de l'entreprise et la nullité de l'accord.

Avec l'appartenance notamment du droit de la concurrence, la convention devient largement plus contrôlée non seulement des ententes, mais aussi la concentration économique, l'abus de la dépendance économique ou encore la pratique restrictive de concurrence. En effet, toute convention, même si le consentement des parties est valide, n'échappe pas à la nullité si elle porte atteinte à l'économie. Néanmoins, le contrôle dans l'ordre public économique et social est différent de celui de droit civil car il est plutôt subjective.

#### *b) L'équilibre contractuel*

Si la première catégorie de contrôle porte sur l'objet de la convention, la seconde se focalise essentiellement sur le contenu. L'équilibre contractuel n'apparaissait pas comme le problème à l'époque de la rédaction du Code civil à ce que Guy RAYMOND qualifie ce sujet «*impensable.*»<sup>101</sup> Les dispositions du Code civil français ainsi que du Code civil et commercial thaïlandais ont été érigées dans l'esprit libéral du principe d'autonomie de volonté comme l'a formulé GOUNOT dans sa thèse que «*La seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence; tout contrat libre est un contrat juste quel que soit le contenu.*»<sup>102</sup>

Le développement économique notamment dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle a contribué à changer le monde du contrat de celui imaginé par le législateur du Code civil. Beaucoup de contrats ne sont pas conclus entre particuliers, mais entre parties dont le rapport devient inéquilibré, par exemple, entreprise-salarié en droit de travail, professionnel-consommateur en droit de la consommation ou même entre professionnels en droit des pratiques restrictives de concurrence. Les parties s'engagent en tout cas sans que l'une des parties puisse négocier le contenu parce que les contrats sont pré-rédigés, standardisés ou contiennent des clauses incompréhensibles. Seule la disposition en droit civil dominée par le principe d'autonomie de volonté dont le lien entre les parties est un élément exclusif du contrat<sup>103</sup> ne peut pas régler ce

---

<sup>101</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 229

<sup>102</sup> Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912

<sup>103</sup> Laurence FIN-LAGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 31

problème. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une clause précise même contraire à un usage doit s'appliquer et produire son effet normal.<sup>104</sup>

C'est dans ce contexte que le concept d'équilibre contractuel intervient. Ce concept agit pour que le contenu juridique et économique soient dans un état harmonieux et proportionnel malgré l'influence de forces extérieures sur le contenu. Ce concept s'intéresse au contenu, et non au lien entre les parties contractantes. Il vise en effet d'établir une certaine qualité du contenu du contrat, gage de stabilité et de souplesse.<sup>105</sup>

Pour ce faire, la loi ne peut confier à un seul organe la compétence de dicter tel ou tel standard auquel doivent respecter les parties. Un contenu satisfaisant du contrat résulte en effet de la négociation qui s'opère en deux modalités.

*- Le regroupement des «faibles» contre des «forts»*

La logique ici est de considérer le rapport contractuel entre des parties comme une relation inégale. Au départ de ce constat, sont mises en place les mesures pour rattraper le pouvoir des "forts" par le biais de regroupement des "faibles".<sup>106</sup> C'est-à-dire, la partie plus favorite dans le contrat doit être contrôlée par le rassemblement des parties qui détiennent moins de puissance dans le rapport contractuel. C'est ainsi le cas dans le contrat de travail. **En France**, les salariés s'unissent en syndicat afin de négocier les conditions de travail avec l'employeur ou le groupement des employeurs. **En Thaïlande**, la loi relative à la relation de travail du 14 février 1975 (E.B. 2518) prévoit la possibilité pour les salariés de se grouper pour négocier les conditions dans le cadre de leur travail.

Le regroupement s'exprime aussi dans le mouvement consumériste. Si la participation syndicale vise au propre intérêt de ses membres, la manœuvre des associations de consommateurs est destinée à l'intérêt de l'ensemble de consommateurs. Le régime d'agrément est prévu tant en droit français qu'en droit thaïlandais pour que l'association puisse agir en justice. En tout état de cause, une autre mission importante de ces associations est de participer au développement du droit des consommateurs. Ce qui n'évite pas le travail de négociation avec

---

<sup>104</sup> Voir Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 6 juin 1990 N°88-15838, Non publié au bulletin et Cass. Com., 19 janvier 1967, *Bull.* III N°39

<sup>105</sup> L. FIN-LAGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 31

<sup>106</sup> M.-L. MATHIEU-IZORCHE, «La liberté contractuelle», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 826

les professionnels.

*- Le contrôle des clauses abusives*

Si la méthode classique de regroupement a été utilisée depuis longtemps, la disposition à l'encontre du principe d'autonomie de volonté n'est intervenue qu'un peu avant 1980.

D'origine américaine<sup>107</sup> et québécoise,<sup>108</sup> c'est l'influence communautaire qui a fait entrer **en France** le régime juridique des clauses abusives<sup>109</sup> dans la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.<sup>110</sup> Pour se conformer à la directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993, la France a promulgué la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 qui modifie essentiellement l'article L132-1 du Code de la consommation en lui annexant une liste de clauses qui peuvent être considérées comme abusives. Le régime des clauses abusives ont encore été modifié par la LME du 4 août 2008 et le décret d'application n°2009-302 du 18 mars 2009.

Le régime des clauses abusives en France comporte deux éléments. **D'une part**, la définition des clauses abusives dans l'article L132-1 du Code de la consommation. La version actuelle de l'article qualifie une clause comme abusive lorsqu'elle a pour objet ou pour effet de créer *un déséquilibre significatif* entre les droits et obligations des parties au contrat. La qualification des clauses abusives devient objective et se rapporte sur le contenu et non sur le contractant.<sup>111</sup> À titre exemple, une clause qui réserve «*au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre*» est déclarée abusive par l'article R132-1 du Code de la consommation.

Deux listes de clauses abusives sont **d'autre part** annexées au Code de la consommation. La liste dite noire est des clauses réputées abusives en toutes circonstances. La liste dite grise comporte des clauses susceptibles d'être déclarées abusives par le juge. Les deux listes sont

---

<sup>107</sup> L'article 2-302 de «*Uniform commercial code*» publié en 1952 permet à la Cour de refuser ou de limiter l'application de la clause dès lors que celle-ci présente un caractère déraisonnable.

<sup>108</sup> Voir l'article 1437 du Code civil québécois.

<sup>109</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 230

<sup>110</sup> Actuellement, les clauses abusives se définissent comme «*les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.*» Voir la disposition codifiée à l'article L132-1 du Code de la consommation.

<sup>111</sup> L. FIN-LAGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 137

déterminées par décret en Conseil d'État après avis de la CCA. Les clauses figurées dans la liste grise font l'objet d'une présomption simple. C'est le professionnel qui doit apporter la preuve de leur caractère non abusif contrairement à l'ancien régime où le consommateur doit démontrer le caractère abusif. La charge est donc renversée.<sup>112</sup>

**En Thaïlande**, la législation concernée est la loi relative aux clauses abusives 1997. Cette loi, rédigée à partir de propres expériences de la Thaïlande, envisage le caractère abusif en deux catégories. **D'une part**, celui de l'article 4 dans les contrats entre consommateurs et professionnels ou dans les contrats pré-rédigés ou dans le contrat de vente à réméré.<sup>113</sup> Une clause desdits contrats est abusive lorsqu'elle confère aux professionnels, au rédacteur du contrat pré-rédigé ou au vendeur *un avantage excessif*. Une telle clause est applicable dans la limite de la loyauté et de la proportionnalité. L'article 4 fait ainsi des exemples des clauses susceptibles d'être réputées comme donnant un avantage à une partie.

**D'autre part**, l'article 5 encadre la clause limitant le droit ou la liberté d'entreprendre, de travail ou d'engager certains actes juridiques qui n'est pas nulle mais qu'elle met au débiteur la charge excessivement inattendue. Une telle clause est applicable dans la limite de la loyauté et de la proportionnalité.

Le champ d'application de la loi relative aux clauses abusives 1997 devient alors plus étendu que celui en droit français. La convention contrôlée ne se limite pas à celle conclue entre consommateurs et professionnels, mais aussi à celle pré-rédigée et celle de vente à réméré nonobstant le statut des parties. L'intégration de ces deux dernières catégories s'explique par de nombreux conflits à l'origine de ces contrats. Le contrat de travail fait aussi l'objet d'application.

Nous avons examiné les libertés économiques étant le fondement du droit de la concurrence et de la consommation. La prochaine étape serait de développer l'articulation entre ces libertés et le droit de la concurrence et de la consommation (Section 2).

---

<sup>112</sup> Yves. PICOD, «Droit de la consommation», supplément de *Droit et procédures – La revue des huissiers de justice*, Encart n°2/63e année, février 2010

<sup>113</sup> La vente à réméré est une vente avec faculté, mais non obligation, de rachat par le vendeur. Voir les articles 1659 et suivants du Code civil. Cette pratique est également reconnue en droit thaïlandais par les articles 491 et suivants du Code civil et commercial.

## **Section 2 Les libertés économiques : l'articulation entre le droit de la concurrence et de la consommation**

Par rapport aux domaines classiques de droit, le droit de la concurrence et le droit de la consommation paraissent ainsi récents. De ce fait, ces deux domaines présentent des caractères particuliers et peuvent échapper à la séparation traditionnelle entre droit public et droit privé. Pourtant, ils ne deviennent pas deux branches autonomes du droit. Guy RAYMOND a qualifié le droit de la consommation d'un droit transverse<sup>114</sup> dans la mesure où ses dispositions relèvent à la fois du droit civil, du droit commercial, du droit pénal, du droit procédural judiciaire et du droit administratif. Un autre auteur considère dangereux d'isoler le droit de la concurrence des autres branches du droit car cela risque d'accorder une place que la concurrence n'a pas en principe.<sup>115</sup>

En effet, ces deux droits englobent l'ensemble des règles de toute nature (civile, pénale ou réglementaire) qui vise à protéger comme ce qu'ils indiquent la concurrence et la consommation. Ces deux droits donnent une vision nouvelle qui ne porte ni sur la nature des règles, ni sur des juridictions compétentes, mais sur le domaine concerné donc celui de l'économie. Il convient d'évoquer les éléments derrière les libertés économiques qui articulent le droit de la concurrence et le droit de la consommation. C'est d'abord l'économie qui en constitue le cœur (§1) accompagnée par le principe d'égalité (§2).

### **§ 1 Les considérations économiques dans l'appréciation juridique**

Le droit de la concurrence et de la consommation est fondé sur le concept économique. Ils sont souvent appelés *droit économique* puisqu'il rassemble et synthétise les règles applicables aux activités économiques. Ils peuvent aussi être appelés *droit du marché* dans la mesure où ces règles concernent l'encadrement et le fonctionnement du marché.

Depuis longtemps, la science juridique a été mise en relation avec d'autres disciplines telles que la science politique ou la théologie. L'association rigoureuse du droit à l'économie n'a eu lieu que dans les années 60s aux États-Unis avec l'apparition des articles de Ronald COASE

---

<sup>114</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 36

<sup>115</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 41

(The problem of social cost - 1960) et de Guido CALABRESI (Some thoughts on risk distribution and the law of torts - 1961). L'analyse économique du droit ou «*Law and economics*» en appellation américaine cherche à expliquer les phénomènes juridiques à l'aide des méthodes économiques. Elle permet **en premier lieu** de déterminer les conséquences d'un changement de la législation, par exemple la corrélation entre une augmentation du chômage et celle du salaire minimum. **En second lieu**, elle justifie l'existence des institutions du droit privé. Elle facilite **en dernier lieu** à développer un jugement éclairé sur le changement du droit ou sur le choix entre des conclusions juridiques dans un cas précis.<sup>116</sup> Cette interdisciplinarité s'insère dans plusieurs domaines du droit tels que la responsabilité et assurance, le contrat, la propriété, la solution des litiges, la criminalité y compris la concurrence et la consommation.

Nous nous demandons alors à ce stade si l'analyse économique du droit apporte une influence notable au droit de la concurrence et de la consommation ? La réponse serait négative si nous tenons compte la publication du «*Sherman Act*» aux États-Unis en 1890. Ce qui signifie que la doctrine de l'allocation efficiente des ressources selon l'École de Chicago n'était pas reconnue à l'époque.<sup>117</sup> En effet, la loi a été promulguée pour protéger les consommateurs affectés par le phénomène de monopolisation et la fixation des prix des grandes entreprises. Cette volonté signifie encore que le droit de la consommation n'a pas initié par l'analyse économique du droit.

En dépit de l'absence d'initiative, l'analyse économique du droit est l'un des éléments importants dans le développement du droit de la concurrence (A) et du droit de la consommation (B). Il faut aussi marquer le passage du concept né dans un pays du système *Common law* aux pays du système civiliste.

### **A) L'analyse économique en droit de la concurrence**

En général, le rapport entre le droit et l'économie semble plutôt difficile en ce que le droit représente l'ordre et la sécurité mais que l'économie s'intéresse à l'efficacité et tente à effacer

---

<sup>116</sup> Ejan MACKAAY, «L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Bruno DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 13

<sup>117</sup> Sakda THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.18

certaines entraves juridiques.<sup>118</sup> Mais à l'égard du droit de la concurrence qui tient essentiellement à la croissance, les doctrines économiques paraissent indispensables. L'influence de l'analyse économique en droit de la concurrence peut être examinée en trois éléments : la politique de la concurrence (1°), l'apparition du droit mou (2°) et l'application des règles de la concurrence (3°).

### 1° L'analyse économique et la politique de la concurrence

Pendant les années 1950 à 1980, le droit de la concurrence a été inspiré par le concept structuraliste défendu par l'École de Harvard. Cette dernière a considéré que le bon fonctionnement du marché était conditionné par les structures de la concurrence. L'objectif du droit de la concurrence selon cette école pluraliste est de combattre tous les comportements pouvant affecter ces structures notamment les regroupements d'entreprise et la concentration.<sup>119</sup> Pour y parvenir, l'École de Harvard adopte la recherche empirique plutôt que celle utilisant les théories économiques.<sup>120</sup> Cette politique impose l'application *per se* aux toutes les interdictions en droit de la concurrence.

L'approche de l'École de Harvard a été renversée par l'École de Chicago. Cette dernière s'accroche à l'objectif d'efficacité.<sup>121</sup> Certains comportements anticoncurrentiels peuvent être justifiés s'ils contribuent à l'efficacité économique. L'appréciation adopta par la suite la règle de raison (*Rule of reason*) afin d'éviter de sanctionner les pratiques restrictives mais nécessaires à l'efficacité d'accord.<sup>122</sup>

La préférence pour l'efficacité entraîne en droit de la concurrence les exemptions aux comportements élaborées cependant par les moyens différents. Aux États-Unis, bien que le *Sherman Act* interdise tous les comportements de nature à porter atteinte à la concurrence sans exception, le juge les apprécie en pratique avec la règle de raison. Au contraire, le droit de la

---

<sup>118</sup> Robert KOVAR, «Je t'aime moi non plus» : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 47

<sup>119</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 35

<sup>120</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 54

<sup>121</sup> David GERBER, «Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence», in *La modernisation du droit de la concurrence*, Guy CANIVET (dir), LGDJ, 2006, p. 107

<sup>122</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 11

concurrence en France et en Thaïlande prévoit expressément des justifications aux comportements.

Quant à l'abus de la position dominante en particulier, les dispositions communautaire, française et thaïlandaise tentent de contrôler le comportement de l'entreprise dans la position dominante alors que le droit américain ne prévoit aucune exception à l'abus. Le contenu de l'article 82 du traité de Rome, modèle pour la loi thaïlandaise, résulte de la conciliation politique entre les États membres car la taille du marché de plusieurs États n'est pas assez grande à tel point qu'il puisse avoir beaucoup d'opérateurs en concurrence comme aux États-Unis. La situation d'un marché oligopolistique est donc acceptable pour le bénéfice de l'économie d'échelle.<sup>123</sup>

Le changement dans la politique de règles de la concurrence provoque un bouleversement dans la nature des règles elles-mêmes. L'interprétation plus souple des règles est possible par la publication des textes à caractère flexible (2°).

### 2° L'introduction du "droit mou" (*Soft law*)

Loin d'être proche des concepts juridiques, la science économique est caractérisée par le caractère relatif et variable.<sup>124</sup> Cette particularité exige qu'un certain nombre des règles de la concurrence soient flexibles alors que l'exactitude est toujours nécessaire pour une disposition juridique.

L'exigence économique et la contrainte juridique permettent une innovation dans la nature des règles. Les autorités de concurrence américaine, européenne et française ont la faculté de publier des actes atypiques dont l'appellation se multiplie comme *Guide-line* en droit américain, ligne directrice, communication, livre blanc, livre vert etc. L'ensemble des textes sont classé dans la catégorie du "*droit mou*" ou la *Soft law* en vocabulaire anglais. Le Conseil d'État a défini le droit mou dans son étude annuelle. Il s'agit de l'ensemble des instruments dont le contenu et le mode d'élaboration présente un certain degré de formalisation apparent aux règles

---

<sup>123</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 83

<sup>124</sup> R. KOVAR, «Je t'aime moi non plus» : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 48

de droit, mais au lieu de créer par eux-mêmes les droits et obligations pour leurs destinataires ces instruments entendent modifier et orienter leurs comportements par leur adhésion.<sup>125</sup> Le droit mou n'a alors aucune valeur contraignante.<sup>126</sup>

L'introduction du "*droit mou*" dans le système du droit de la concurrence apporte des avantages importants dont celui de la facilité d'ajuster le droit de la concurrence aux évolutions des conceptions et de la situation économique.<sup>127</sup> Concernant la concentration, la Commission avait commencé par la publication d'une communication du 31 décembre 1994 en distinguant les entreprises communes concentratives et celles de nature coopérative. Cette politique s'est changée quatre ans plus tard que la distinction se fasse à nouveau entre les entreprises communes de plein exercice et celles n'assumant qu'une seule fonction économique en tant qu'auxiliaire de leurs sociétés mères. L'évolution s'est opérée par la communication du 2 mars 1998 qui remplace celle du 31 décembre 1994.

La multiplication du droit mou est source d'inquiétude chez les juristes en ce qui concerne sa valeur juridique. En principe, ces textes n'ont qu'une valeur indicative, mais cette dernière peut être variable suivant que le texte porte sur des questions de fond ou de procédure. S'il s'agit de la question de procédure, l'autorité ne peut pas écarter la ligne qu'elle a elle-même fixée.<sup>128</sup> La solution devient relative en cas de textes portant sur la question substantielle. Selon la jurisprudence européenne, l'intention des parties constitue, en principe, le critère décisif aux fins de déterminer si les lignes directrices revêtent ou non une force obligatoire.<sup>129</sup>

Quant à l'autorité, elle ne se lie pas entièrement aux textes régissant aux certaines appréciations. La marge d'appréciation est possible mais seulement en faveur des entreprises. L'accord dépassant les seuils indiqués par la communication du 27 mai 1970 concernant les accords d'importance mineure peut être considéré comme n'affectant pas le commerce entre

---

<sup>125</sup> Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, p. 61

<sup>126</sup> Laurence IDOT, «À propos de l'internalisation du droit réflexions sur la soft law en droit de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 86

<sup>127</sup> R. KOVAR, *Précit.*, p. 49

<sup>128</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 74

<sup>129</sup> CJCE 23 mars 2004, *France c/ Commission*

États membres.<sup>130</sup> Ce type de textes n'ayant pas de valeur réglementaire et constitue un élément dont les tribunaux peuvent tenir compte.

**En Thaïlande**, la Commission de la concurrence publie aussi les lignes directrices d'interprétation des articles 25 (l'abus de position dominante), 27 (l'entente) et 29 (la pratique restrictive de la concurrence), mais la valeur juridique demeure douteuse faute de pratique.

Après l'orientation de la concurrence et le droit mou, l'analyse économique accroche sa place dans l'application du droit de la concurrence (3°)

### 3° Le rôle de l'analyse économique dans l'application des règles de la concurrence

Les doctrines économiques s'imposent dans l'application des règles de la concurrence. Si le droit de la concurrence se sert pour la finalité économique, sa mise en œuvre exige évidemment l'analyse économique. Cette dernière s'insère dans plusieurs termes dont l'influence déterminante, le bilan économique, le pouvoir de marché etc. Dans la mesure où la qualification juridique s'opère par le biais des concepts économiques, la notion de certains termes en droit de la concurrence n'est pas identique à celle dans d'autres domaines de droit. Par exemple, la concentration ne traduit pas uniquement les restructurations d'entreprises comme en droit des sociétés.<sup>131</sup>

L'analyse économique joue aussi dans la procédure. La méthode la plus adaptée serait celle dite téléologique selon laquelle le juge interprète les règles au vu de sa finalité hors le cadre des textes et des travaux préparatoires.<sup>132</sup>

Néanmoins, ce phénomène fait craindre aux juristes notamment en ce qui concerne la sécurité juridique. En effet, l'insécurité juridique se lie au caractère évolutif de la science économique, ce qui contribue à l'imprécision dans les textes et dans l'interprétation. Bien que la nature imprécise des règles persiste, il convient d'en relativiser. Pour ce faire, trois éléments doivent être construits.

---

<sup>130</sup> R. KOVAR, ««Je t'aime moi non plus» : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 51

<sup>131</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 31

<sup>132</sup> A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 63

**D’abord**, les règles doivent être précises. La précision ne relève pas cependant des textes, mais à partir de l’application constituant le deuxième élément. Le schéma d’application précis intervient **ensuite** pour pallier l’obscurité textuelle. Ce concept est une particularité en droit de la concurrence comme l’a souligné Guy CANIVET que «*la sécurité juridique du droit de la concurrence réside tout autant dans la prévisibilité de la méthode d’application que dans la permanence des concepts.*»<sup>133</sup> **Enfin**, les règles et/ou les schémas de raisonnement doivent être stables en vue de bâtir la sécurité.<sup>134</sup> Ce dernier élément nous envoie à la règle du précédent ou la *Stare decisis* dans la tradition anglo-saxon. Bien que les juges français et thaïlandais ne soient pas théoriquement tenus de respecter l’interprétation des arrêts antérieurs, la force de ces derniers s’impose en droit de la concurrence.

Si l’analyse économique s’impose au droit de la concurrence en ce qui concerne le marché, l’analyse fonde aussi le développement en droit de la consommation en ce qui concerne la charge de la preuve (B).

## **B) L’analyse économique en droit de la consommation**

En droit de la concurrence, beaucoup de notions économiques, variables et relatives, sont utilisées pour la qualification dans un cas particulier. Au contraire, les conceptions économiques en droit de la consommation partent d’un domaine initialement privé, mais qui peut produire un grand impact au public. Par exemple, un jugement sur le caractère abusif d’une clause d’un contrat peut bouleverser les pratiques de contractualisation dans le futur. Plus précisément, l’analyse économique agit fondamentalement sur le principe de la responsabilité civile (1°). Sa portée contribue à la création de la responsabilité du fait des produits défectueux (2°).

### 1° L’analyse économique dans le régime de la responsabilité civile

À la lecture des textes, la responsabilité civile permet à la victime de demander à l’auteur du dommage une indemnisation pour le préjudice causé par ce dernier. Mais avec le concept juridique, le droit civil se limite à l’intervention *a posteriori* après que l’acte est commis. Apparemment, les règles de la responsabilité civile semblent avoir pour objectif d’assurer

<sup>133</sup> Guy CANIVET, «De l’efficacité de la politique de la concurrence», *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, p. 86

<sup>134</sup> A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 193

l'indemnisation à la victime. Or, la responsabilité n'est en principe engagée que si le dommage a été causé par la faute de l'auteur. En fait, les règles sur la responsabilité civile sont construites de façon à contrôler le comportement de l'auteur du dommage.<sup>135</sup> La victime ne peut pas être indemnisée tant que la faute de l'auteur n'est pas fondée. Les codes civil en France et en Thaïlande ont la politique convergente sur l'exigence de la faute.<sup>136</sup>

L'analyse économique tente à renverser l'aspect juridique. Elle constate **d'une part** que le régime actuel ne correspond pas au principe des coûts sociaux d'accidents. Les coûts sont l'ensemble des frais de prévention de la victime et de l'auteur et ceux causés par l'accident (le dommage).<sup>137</sup> L'analyse se poursuit à connaître dans quelle situation les coûts sociaux des accidents seraient moins élevés. Après le calcul, nous trouvons que le point des précautions optimales est au niveau moyen.

Le droit, au lieu de s'intéresser à l'indemnisation du dommage, devrait avoir vocation à inciter les parties concernées au niveau de précaution optimale. En cas d'accident, le responsable est celui qui est le mieux placé pour prévenir l'accident au moindre coût.<sup>138</sup> Ce concept présente une intervention *a priori* à l'effet préventif puisque les économistes préfèrent les mesures pouvant réduire des dommages à celles garantissant l'indemnisation. C'est une nouvelle approche qui répond à l'efficience et non à la faute de l'auteur.

L'analyse économique s'impose **d'autre part** au régime de la responsabilité sans faute. Nous trouverons ainsi que si l'auteur du dommage est tenu responsable sans faute, il doit porter tous les coûts d'accident. Ceux-ci l'amène automatiquement à prendre les mesures de précaution efficaces qui demeurent au niveau moyen afin de réduire ses coûts totaux.<sup>139</sup> À l'égard du droit civil, les codes des deux pays disposent certaines hypothèses où la responsabilité est fondée sans

---

<sup>135</sup>Michael FAURE, «L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 114

<sup>136</sup> Voir l'article 1382 du Code civil et l'article 420 du Code civil et commercial. Ce dernier exige que le dommage soit causé par toute personne l'ayant commis avec l'intention ou la négligence.

<sup>137</sup> M. FAURE, «L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 115

<sup>138</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 32

<sup>139</sup> M. FAURE, «L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 115

faute.<sup>140</sup> Cependant, ces dispositions tiennent à la particularité du bien qui cause le dommage et ne visent pas les produits dans le cadre de la consommation.

L'analyse économique dans la responsabilité civile se concrétise dans le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux (2°).

### 2° La responsabilité du fait des produits défectueux

La sécurité du produit est l'un des sujets fondamentaux en droit de la consommation. Traditionnellement, le droit civil impose le principe *Caveat emptor* qui signifie que l'acheteur soit vigilant.<sup>141</sup> Dès lors qu'aujourd'hui des vices sont de plus en plus non-apparents par la complexité des produits, la solution juridique de l'indemnisation *a posteriori* n'est pas selon les économistes satisfaisante. La logique économique, en préférant la prévention au remède, place les producteurs dans la meilleure position de prévenir l'accident. Si l'institution des normes de produit répond à l'objectif d'assurer la sécurité des consommateurs, s'y réside aussi l'aspect économique qui donne la charge aux producteurs considérés comme mieux placés à éviter le dommage.

La protection de la sécurité des consommateurs n'est pas complète sans la démarche de réclamation. La France ainsi que la Thaïlande ont promulgué la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux. **En France**, la loi n°98-398 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux a créé le titre IV bis du même intitulé dans le Code civil. Le producteur est responsable du dommage résultant d'un défaut de son produit en dépit de l'absence de relation contractuelle avec la victime. Le demandeur n'est pas exigé de prouver la faute du producteur, il doit seulement prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage. Le producteur est toujours responsable bien que le produit soit fabriqué

---

<sup>140</sup> Voir l'article 1386 du Code civil qui dispose que «*Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.*» Cet article est équivalent à l'article 434 du Code civil et commercial qui impose la responsabilité dans les mêmes conditions, mais au possesseur du bâtiment. Le propriétaire sera responsable dès lors que le possesseur peut prouver qu'il exerce une propre prudence afin de prévenir le dommage.

<sup>141</sup> Voir l'article 1642 du Code civil et l'article 473 du Code civil et commercial. Le vendeur selon le code thaïlandais n'est pas tenu responsable des défauts de la chose vendue lorsque des vices sont apparents et l'acheteur accepte la chose sans réserve ou que l'acheteur a déjà connu les vices lors du moment de la vente. Les deux conditions doivent être cumulées en droit français

dans le respect de règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative. Il doit prouver l'une des conditions définies dans l'article 1386-11 pour échapper à l'indemnisation.

**En Thaïlande**, la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008 encadre le régime. L'article 6 dispose expressément que la victime n'est pas exigée de prouver la faute de l'opérateur. Elle doit en effet prouver le dommage et le caractère propre de l'usage et du stockage. L'opérateur doit prouver l'une des exceptions pour échapper à la responsabilité.

Malgré certaine différence de taille, les deux pays se rejoignent dans un point que la faute n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité de l'opérateur. Cette particularité est considérée par les juristes comme une faculté pour la victime qui n'a pas d'accès aux preuves détenues par l'opérateur. Selon les économistes, cette mesure est légitime puisque l'opérateur est mieux placé pour prévenir le dommage. La règle l'incite en outre à prendre le niveau de précaution optimale pour baisser les coûts totaux d'accident. C'est donc l'analyse économique qui réside dans cette politique.

Après avoir analysé l'impact de l'analyse économiques sur le droit de la concurrence et de la consommation, il convient ainsi d'évoquer un principe juridique important dans ces deux domaines. Le principe d'égalité (§2), bien connu au sens de l'égalité juridique, fonctionne-t-il différemment en droit économique ?

## **§ 2 Le principe d'égalité en droit de la concurrence et de la consommation**

Lorsque les révolutionnaires qu'ils soient français en 1789 ou qu'ils soient thaïlandais en 1932 réclamaient le principe d'égalité, cette égalité n'avait porté que sur l'aspect juridique et politique.<sup>142</sup> Elle s'entend donc l'égalité devant la loi. Pourtant, il restait encore obscur dans quelle mesure le principe d'égalité pouvait porter sur la vie économique. En France, l'égal accès aux activités économiques a été reconnu en 1791 par le décret d'Allarde alors qu'un tel symbole

---

<sup>142</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que «*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.*» ainsi que la Déclaration du comité du peuple énonce son 4<sup>ème</sup> principe que «*Tous les citoyens sont égaux (que les élites ne soient plus privilégiées).*»

de libéralisation n'a pas eu lieu rapidement en Thaïlande car le pays disposait d'une durée trop courte entre la révolution et l'avènement de la Seconde Guerre Mondiale. En tout état de cause, le libre et égal accès aux activités économiques en Thaïlande a été officiellement reconnu par la Constitution de 1991.

À propos de l'égal accès aux activités économiques, cet aspect ne couvre pas suffisamment le principe d'égalité tel que nous souhaitons présenter. Il convient d'analyser l'égalité en matière économique (A) avant d'exposer sa mise en œuvre en droit de la concurrence et de la consommation (B).

### **A) L'égalité en matière économique**

Nous choisissons délibérément ce titre afin de le distinguer du terme *l'égalité économique*. Ayant un sens plus social que juridique, l'égalité économique est liée à l'égalité des chances entre des catégories sociales (homme-femme, milieu populaire-milieu favorisé ou pays développé-pays en développement). Même s'il y a un certain nombre de mesures qui visent à pallier l'inégalité parmi les groupes, celles-ci ne font pas l'objet de nos études.

L'égalité en matière économique permet en revanche de déterminer le contenu correspondant d'avantage au droit de la concurrence et de la consommation. Elle désigne en effet l'objectif d'assurer l'égalité entre des agents économiques des actes de la personne publique. Ayant une finalité en commun (2°), l'égalité en matière économique se distingue de l'égalité juridique dans son fondement (1°).

#### 1° L'indifférence des situations inégales au regard de l'égalité en matière économique

Dans les ouvrages de science juridique en France ou en Thaïlande, le principe d'égalité se présente en général comme l'égalité des personnes qu'elles soit physiques ou morales alors que l'égalité en matière économique peut fonctionner différemment. Aussi, faut-il considérer le concept fondamental du principe.

##### *a) Le principe général d'égalité*

**En France**, le principe d'égalité énoncé dans l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration se réalise dans l'article 6 aux termes duquel «*La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit*

*être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux.*» Il faut cependant prendre en compte que l'égalité dans la Déclaration est une égalité en droit qui ne reconnaît pas les différences de condition et notamment les inégalités sociales qui résident entre les personnes.<sup>143</sup> L'égalité restait donc formelle.

**En revanche**, cette simple égalité formelle ne permet pas de garantir l'égalité réelle. En ignorant les différences, se crée souvent une inégalité de traitement des choses ou des situations inégales.<sup>144</sup> L'assouplissement du principe est donc nécessaire pour pallier cet inconvénient. Les jurisprudences ont ainsi été orientées vers une appréciation plus concrète de l'égalité. Deux critères permettent ainsi une rupture d'égalité : *le motif d'intérêt général* en l'absence duquel le Conseil d'État a jugé qu'une administration avait méconnu le principe d'égalité<sup>145</sup> et la différence de situation dont le Conseil d'État a considéré que *«le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre citoyens placés dans une situation identique au regard des obligations qui leur sont imposées.»*<sup>146</sup> Ces deux cas doivent aussi se réunir pour permettre la différence de traitement.<sup>147</sup> Cette considération était un pas important pour le traitement concret des inégalités par la pratique des inégalités compensatoires.

En principe, une telle pratique inégalitaire est considérée comme un acte discriminatoire. La discrimination est une atteinte particulière au principe d'égalité consistant en une distinction opérée entre les personnes fondée sur les critères inadmissibles par la loi tels que origine, sexe, âge, apparence physique, handicap, orientation sexuelle appartenance raciale, religion etc.<sup>148</sup> Or il existe des situations d'inégalité réelle dans lesquelles certaines catégories sociales ont, par l'égalité formelle, de difficultés d'accéder aux services communs. Il devient donc nécessaire que certaines pratiques inégalitaires soient admises si elles ont pour objectif de la favorisation des catégories difficiles. Les pratiques sont alors qualifiées comme les discriminations positives qui tente de substituer l'égalité par la discrimination à la discrimination par l'égalité.

---

<sup>143</sup> Pierre-Henri PRÉLOT, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette supérieur, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 32

<sup>144</sup> Didier LINOTTE et Raphaël ROMI, *Droit public économique*, LexisNexis, 7<sup>e</sup> édition, 2012, p. 81

<sup>145</sup> CE 9 mars 1951, n°92004, *Sté des concerts du Conservatoire*

<sup>146</sup> Voir CE 13 juillet 1962, n°51265 et 51266, *Conseil national de l'ordre des médecins* et CE 29 avril 1966, n°60127, *Sté l'Affichage Giraudy*

<sup>147</sup> CE Ass. 6 avril 2001, n°224945, 224951, 225012, 225705, 225950, 226039, 226853 et 228837, *Pelletier*

<sup>148</sup> P.-H. PRÉLOT, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette supérieur, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 34

**En Thaïlande**, le principe d'égalité est reconnu par la Constitution. L'article 30 alinéa 3 interdit la discrimination injustifiée contre les personnes sur la base de différence dans origine, race, langue, âge, condition physique ou sanitaire, statut personnel, classe économique et sociale, conviction religieuse, éducation ou point de vue politique constitutionnel. L'alinéa 4 du même article valide la discrimination positive à la condition que les mesures soient déterminées pour éliminer l'obstacle ou pour favoriser la capacité des personnes d'exercer leurs droits et libertés.

Il faut pourtant tenir compte de l'évolution du principe d'égalité illustrée ci-dessus est fondée sur les personnes dans leur exercice des droits civils et politiques. La distinction s'opère en fonction de la situation ou du statut des personnes. Par cette logique, les personnes physiques en âges différents n'ont pas les mêmes droits, une société anonyme n'a pas les mêmes droits qu'une association ou encore les associations de différent types ont leurs droits aussi différents. Le principe est de distinguer avant de déterminer les règles applicables.

*b) La problématique de l'égalité en matière économique*

En revanche, l'égalité en matière économique se distingue de l'égalité au sens général. Interrogeant sur les personnes concernées par l'égalité en matière économique, elles se caractérisent en effet dans leur exercice des activités économiques. Par cette logique, personne physique en tant qu'auto-entrepreneur, entreprise, association sont soumis aux mêmes règles. Les personnes qu'elles soient physiques ou morales, privées ou publiques peuvent être considérées comme professionnels en droit de la consommation ainsi qu'une personne physique professionnelle peut devenir dans un autre temps consommateur. La qualification ne s'effectue pas par les caractéristiques personnelles, mais à la lumière de ses comportements économiques. C'est la raison pour laquelle nous ne considérons pas que les titulaires de l'égalité en matière économique sont les personnes, mais ils sont souvent appelés les agents économiques.

Une autre interrogation est de savoir comment désigner les règles applicables aux agents économiques issus des catégories très diverses ou y-a-t-il des facteurs qui leur permettent d'échapper aux règles généralement appliquées. L'interrogation est cruciale dans la mesure où les critères d'application de l'égalité en matière économique peuvent aussi varier tant que ses critères de qualification se diffère de ceux de l'égalité au sens général.

Il faut toutefois, avant de répondre à cette question, s'interroger sur la finalité de l'égalité en matière économique (2°)

### 2° La fin commune de l'égalité en matière économique

Si l'objectif du principe d'égalité juridique est de garantir les meilleurs exercice et protection de droits des citoyens, celui du principe d'égalité en matière économique serait de favoriser l'exercice des activités économiques. Or, l'efficacité économique ne peut être mesurée de la même façon que l'efficacité de la protection de droits des citoyens. Alors que cette dernière peut se mesurer par la comparaison des situations identiques, l'égalité en matière économique ne peut être examinée par l'approche comparative. Il est vrai que nous pouvons examiner si les emprunteurs dans chaque contrat de crédit bénéficient des mêmes traitements, cela importe peu puisque l'intérêt de l'emprunteur n'est pas à comparer ses droits avec un autre, mais de comparer avec le prêteur cocontractant dans son propre contrat. L'efficacité économique ne résulte pas de l'égalité entre des consommateurs dans le même contrat, c'est l'égalité des forces entre des cocontractants dans le contrat ou entre des agents économiques dans le marché qui assure le respect de l'égalité en matière économique. L'égalité en matière économique doit s'intéresser à l'égalité des forces plutôt que l'appréciation classique de l'égalité juridique. L'analyse de la fin de l'égalité en matière économique ne se réalise qu'à travers des différentes conceptions du principe d'égalité qui se divise en 3 aspects.

#### *a) L'égalité devant la règle de droit*

L'égalité devant la règle de droit est une première manifestation de l'égalité. Elle impose aux organes d'application de la norme de ne pas faire d'exception non-prévue dans la règle.<sup>149</sup> Cette perspective constate en principe l'universalité de la loi à laquelle sont soumis tous les citoyens avant d'accepter certaines exceptions nécessaires dont les critères de distinction sont aussi appliqués de façon égale à tous les citoyens. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que *«Pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels.»*<sup>150</sup>

<sup>149</sup> Gilles PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 25

<sup>150</sup> CC, n° 89-270 DC du 29 décembre 1989

L'égalité devant la loi fonde par la suite la légalité des actes juridiques. Selon Hans KELSEN, «*Poser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général.*»<sup>151</sup> Le juge administratif a ainsi considéré que l'acte particulier respecte l'acte général et qu'un acte individuel ne peut y déroger.<sup>152</sup> La dérogation n'est possible qu'à la condition qu'elle soit prévue par la règle elle-même.

*b) L'égalité dans la loi*

Si l'égalité devant la règle de droit ne concerne que le mode d'application de la règle, l'égalité dans la loi va ensuite concrétiser l'égalité dans le contenu. L'égalité devant la loi serait d'autant plus que l'égalité dans la règle de droit est respectée. Cette dernière est venue ajouter une deuxième interprétation d'égalité qu'il n'y a pas plus d'égalité si la loi est inégale et bien qu'elle soit égale, si elle est appliquée inégalement. L'idée du principe est alors double.

**D'une part**, la loi doit être générale. La généralité de la loi est caractérisée par ses modalités d'élaboration. Comme la loi est créée par les représentants des citoyens, elle est applicable à tous. Bien que la loi puisse instituer des privilèges, personne ne peut se voir nommément attribuer un tel privilège. Le caractère général de la loi peut assurer l'impartialité et par conséquent d'égalité. En revanche, la généralité de la loi résultant du processus législatif n'entraîne pas forcément la généralité et l'égalité du contenu.

**D'autre part**, la distinction dans la loi doit être justifiée. La reconnaissance de l'État français comme une République sociale dans l'article 2 de la Constitution lui permet d'entendre le principe d'égalité, traditionnellement libéral, dans le sens social. Cette égalité sociale impose à l'État de traiter différemment ses citoyens à la condition que la distinction soit justifiée par une différence ou l'utilité commune.<sup>153</sup> Le contrôle de l'égalité porte alors sur l'existence d'une telle différence ou de l'utilité commune. Le principe reconnaît le pouvoir d'État d'agir différemment, mais à l'inverse, l'État n'est pas obligé de traiter différemment malgré l'existence d'une différence de situation. Selon le Conseil d'État, «*Si le principe d'égalité en droit interne impose,*

<sup>151</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 190

<sup>152</sup> CE 2 novembre 1960, *Ville de Sidi-bel-Abbès*

<sup>153</sup> G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 29

*en règle générale, de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes.»<sup>154</sup>*

**En Thaïlande**, la Constitution ne définit pas l'État thaïlandais comme social. Le concept de distinction est pourtant admis de façon implicite car l'article 30 alinéa 3 fournit les bases interdites de distinction. Il est permis de penser que si la distinction se fait sur d'autres critères que ceux énoncés dans l'alinéa 3, l'égalité ne serait pas mise en cause. En tout état de cause, la distinction n'échappe pas au contrôle de la nécessité.

*c) L'égalité résultant de la règle de droit*

L'égalité peut être fondée par la règle de droit. Nous avons apprécié les deux approches de l'égalité qui la situent comme cause. L'évolution économique et sociale nous montre au contraire que ces deux positions de l'égalité ne suffisent pas à garantir l'égalité réelle. Certaines mesures qui portent atteinte au principe d'égalité peuvent être admises dès lors qu'elles sont élaborées en faveur de l'égalité elle-même. Cet aspect mettant l'égalité comme effet reconnaît que l'État peut appliquer les dispositifs pour corriger l'inégalité de fait.

Après avoir analysé les trois piliers, il convient de voir dans quelle mesure s'applique l'égalité en matière économique. Nous trouverons ainsi qu'au plan général l'égalité en matière économique, face à l'économie de marché et au principe de libre concurrence, exige l'égalité devant et dans la loi. Mais c'est le dernier aspect qui caractérise l'égalité en matière économique parce que pour assurer le libre jeu de la concurrence et la protection du consommateur, la promulgation de la règle de droit pour effet égalitaire paraît aussi indispensable (B).

**B) La mise en œuvre du principe d'égalité en droit de la concurrence et de la consommation**

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont appliqués pour mettre en œuvre l'égalité en matière économique. L'expression de l'égalité des deux branches de droit

---

<sup>154</sup> CE 20 avril 2005, n°266572, *Union des familles en Europe*

s'opère à travers les mesures visant à affirmer l'égalité en matière économique (1°) ainsi que celles visant à renforcer l'égalité des forces dans le marché (2°)

### 1° L'affirmation de l'égalité de traitement

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation reposent en principe sur l'économie de marché qui permet aux agents économiques de librement exercer des activités économiques, de concurrencer et de contracter sans contrainte inutile. Le devoir de l'État est d'assurer l'égalité de traitement en trois aspects.

#### *a) L'égal accès aux professions*

L'État assure l'égalité d'accéder aux activités économiques. Les réglementations varient dans chaque activité. La difficulté relève plutôt d'une activité au sein de laquelle les catégories de personnes ne subissent pas la même réglementation. Nous avons déjà examiné la jurisprudence **en France** ainsi qu'en Thaïlande sur ce sujet. L'arrêt *Fédération nationale des guides-interprètes*<sup>155</sup> distingue en effet les guides-interprètes qui s'établissent en France et ceux qui s'établissent dans un autre État et effectuent les prestations de manière temporaire et occasionnelle. Cette différence permet selon le Conseil d'État aux pouvoirs publics de faire soumettre les deux catégories aux réglementations différentes.

**En Thaïlande**, la décision de la Cour constitutionnelle sur l'organisation professionnelle des avocats<sup>156</sup> distingue ainsi les candidats au concours des avocats ayant été condamné dans une infraction portant atteinte à l'honneur de la profession et ceux qui sont les ex-avocats dont l'autorisation a été retirée. Le Conseil de l'ordre des avocats peut par la suite fixer les règles différentes.

#### *b) L'égal accès à la commande publique*

L'égalité de traitement s'apprécie dans la passation du contrat de la commande publique. **En France**, même si la passation d'un contrat de la commande publique est soumise aux règles

---

<sup>155</sup> CE 23 juillet 2010, n°318932, *Fédération nationale des guides-interprètes*, déjà cité

<sup>156</sup> Cour constitutionnelle, QPC n° 2/2552 du 4 mars 2009

différentes (le Code des marchés publics pour les marchés publics, la loi MURCEF<sup>157</sup> pour les délégations de service public et l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>158</sup> pour les contrats de partenariat), le principe commun est l'égalité de traitement entre les candidats, un principe reconnu comme une exigence constitutionnelle.<sup>159</sup> Le principe exige la transparence de procédure dans chaque étape. Il s'agit avant tout de la procédure de mise en concurrence correspondant au type et au montant du contrat. Une fois la procédure de mise en concurrence lancée, les candidats sont traités sur un strict pied d'égalité.<sup>160</sup> Les candidats sont soumis aux mêmes règles fixées malgré la différence entre eux. Les pouvoirs publics ne peuvent pas modifier les règles fixées sans respecter l'égalité des candidats alors que les règles elles-mêmes sont contrôlées dans le contenu pour savoir si elles créent la discrimination par exemple les pouvoirs publics ne peuvent pas indiquer la marque de produit préféré dans le marché public de fourniture.

Les candidats sont aussi égaux dans l'information. La communication d'une pièce ou d'une information à un candidat n'est pas possible puisqu'elle le met dans la situation plus avantageuse. Plus strictement, le Conseil d'État a déjà jugé qu'une société ayant assisté la collectivité adjudicatrice au moment de la préparation des documents contractuels peut disposer non seulement d'informations privilégiées, mais peut aussi influencer la rédaction du contrat dont les conditions d'attribution.<sup>161</sup>

Dans la phase d'attribution, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché que sur les critères préalablement définis. Les critères définis doivent être égalitaires et transparents que si un pouvoir adjudicateur indique qu'il n'est ni disposé, ni en mesure de vérifier l'exactitude des informations fournies par les candidats, l'égalité de traitement est écartée puisqu'un tel critère ne garantit pas la transparence et l'objectivité de la procédure.<sup>162</sup>

**En Thaïlande**, le principe d'égalité de traitement dans le contrat public s'insère mal dans le droit de la concurrence thaïlandais. **D'une part** parce que l'administration centrale, les

---

<sup>157</sup> La loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi MURCEF

<sup>158</sup> L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

<sup>159</sup> CC, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003

<sup>160</sup> L. RAPP, N. SYMCHOWICZ et P. TERNEYRE, *Droit public des affaires*, Édition LAMY, 2009, art. 2646, p.1055

<sup>161</sup> CE 29 juillet 1998, n°177952, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/Sté Genicorp*

<sup>162</sup> CJCE 4 décembre 2003, *EVNAG et Wienstrom*

administrations régionales et les collectivités locales ne sont pas soumises à la loi relative à la concurrence 1999. **D'autre part**, parce que les études du droit administratif portent plutôt sur l'aspect juridique et administratif que sur l'activité économique. Contrairement à la France, les règles applicables dans la passation du contrat public varie en fonction de l'autorité responsable. Les contrats de nature différente sont alors soumis aux mêmes textes, mais les textes reprennent principalement la disposition du règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public du 20 janvier 1992 (E.B. 2535). Celui-ci, étant applicable à l'administrations centrale et les administrations régionales, ne fixe pas de manière suffisante des règles permettant d'assurer l'égalité et la transparence de procédure. Cela octroie le pouvoir trop discrétionnaire au pouvoir adjudicateur responsable du marché et provoque par la suite un nombre très important des recours dirigés par les candidats évincés. Le nombre de recours aurait été réduit si la passation était plus encadrée et que si les règles étaient rédigées de façon claire et égalitaire.

*c) L'intervention justifiée de la personne publique*

L'égalité de traitement se heurte intrinsèquement à l'intervention économique comme l'a souligné Robert SAVY que *«l'interventionnisme est par nature discriminatoire; il consiste à traiter de manière différente les entreprises selon que leur activité est plus ou moins conforme à l'intérêt économique général. D'où une crise du principe d'égalité dont l'efficacité contentieuse diminue.»*<sup>163</sup> Mais l'intervention économique de la personne publique se justifie par la théorie de la défaillance du marché dont les agents ne peuvent pas naturellement parvenir à l'équilibre entre l'offre et la demande.<sup>164</sup> Par cette théorie, l'intervention économique se traduit en deux formes.

*- À propos des entreprises publiques*

Les entreprises publiques s'entendent comme *«tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.»*<sup>165</sup> **En France**, leur

<sup>163</sup> Robert SAVY, *Droit public économique*, Dalloz, 1977, p. 100

<sup>164</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 106

<sup>165</sup> Définition reprise de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques

raison d'être était, à l'origine, diverse dont l'exercice des activités de services publics ou dans le secteur où la potentialité des entreprises privé n'était pas satisfaisante. La situation allait au même sens **en Thaïlande** dans son développement des entreprises publiques avant la Seconde Guerre Mondiale.

L'élément difficile des entreprises publiques dans la logique de la libre concurrence réside dans la prérogative accordée par l'État telle que le monopole ou le droit exclusif. Cette dotation étant nécessaire à la réalisation des missions confiées devient une entrave au développement économique dans le secteur qui peut être aujourd'hui assuré par les entreprises privées. **En France**, les entreprises publiques demeurent soumises au droit de la concurrence dans la limite qui ne remet pas en cause ses prérogatives puisque l'article L410-1 du Code de commerce dispose que les règles de la concurrence s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques. La situation est plus sévère **en Thaïlande** car les entreprises publiques sont toutes exclues de l'application de la loi relative à la concurrence 1999.

*- À propos de l'aide publique*

L'intervention peut se faire sous la forme d'aide publique. Même si l'aide peut se constituer dans plusieurs formes (prérogative de puissance publique, monopole, subvention, prêt, garantie d'emprunt, soutien de prix, participation directe au capital etc.), la Commission européenne regroupe les aides en quatre catégories : groupe A (subventions et allègements fiscaux), groupe B (prises de participation), groupe C (prêts à taux réduit, report d'impôts), groupe D (garanties).<sup>166</sup>

Le contrôle des aides publiques s'exerce dans la dimension internationale et européenne. Nous évoquons **d'une part le système de l'OMC** défini par l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC) conclu lors de la conférence de Marrakech. Les affaires les plus connues dans la procédure de règlement de différends sont les affaires *Airbus* et *Boeing* dont l'Union européenne et les États-Unis s'accusent d'avoir versé les subventions à leur constructeur aéronautique. Dans ces deux affaires, les mesures très diverses sont caractérisées comme subventions : l'aide à la recherche, les crédits d'impôts, la mise à disposition d'infrastructures, les

---

<sup>166</sup> Commission européenne, *Sixième rapport sur les aides d'État dans le secteur des produits manufacturés et certains autres secteurs de l'Union européenne*, COM(1998) 417 final, 18 septembre 1998

incitations à la formation professionnelle, les avances remboursables, ou l'opération en capital. Il faut toutefois remarquer que la procédure au sein de l'OMC adopte l'approche micro-économique inhérente à la règle de concurrence. La qualification de «subvention» dans le cadre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires repose sur deux conditions : l'existence d'une contribution financière et celle d'un avantage.<sup>167</sup>

Nous parlerons **d'autre part du contrôle exercé dans l'Union européenne**. À l'heure actuelle, le contrôle des aides d'État constitue un régime unique. L'examen des subventions à l'exportation dans le cadre de l'OMC n'est pas comparable puisqu'il est conduit en référence à la politique commerciale et non la politique de la concurrence.<sup>168</sup> L'institution du contrôle s'explique aussi par la volonté des fondateurs de créer le marché intérieur dans lequel les conditions de concurrence soient équitables pour toutes les entreprises. Les aides d'État sont encadrées par les articles 107, 108 et 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et complétées par les règlements du Conseil. Le contrôle des aides d'État est assuré par la Commission européenne.

L'affirmation de l'égalité de traitement en droit de la concurrence est mise en lumière de façon plus concrète qu'en droit de la consommation en raison de la différence de nature de ces deux domaines du droit. Alors que la thèse principale du droit de la concurrence est de considérer les opérateurs économiques comme identiques et égaux quel que soit le statut et quelle que soit la nature, le droit de la consommation vise les relations de professionnel-consommateur qui ne peuvent être en principe identiques et égaux. La présentation est inverse dans la mise en œuvre juridique visant à renforcer l'égalité des forces (2°).

## 2° Le renforcement de l'égalité des forces

Si les règles de droit appréciant l'égalité comme source d'efficacité fondent en général l'égalité de traitement, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de règles est établi afin de créer l'égalité comme résultat. Il faut d'abord prendre en compte qu'avant l'avènement du droit de la concurrence et de la consommation, les activités économiques s'effectuaient dans le

---

<sup>167</sup> Michel BAZEX et Camille URLACHER, «Contrôle des aides publiques par l'ASMC», CCC, n°7, juillet 2011, comm. 169

<sup>168</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 105

cadre individuel du droit civil. Le marché n'est que le lieu d'échange au sens propre. Les personnes sont supposées par le droit civil comme libres et égales à créer la relation juridique. En revanche, cette hypothèse se trouve de plus en plus loin de la réalité à cause de l'évolution successive en matière économique et sociale. Un vendeur et un acheteur d'un bien peuvent être qualifiés comme professionnel et consommateur. Les entreprises n'ont plus seulement la relation envers leurs clients, mais aussi entre elles en tant qu'opérateurs économiques. Cette nouvelle considération est née à la corrélation de la notion du marché au sens économique. C'est d'ailleurs le droit de la concurrence et le droit de la consommation qui sont venus assurer la fonctionnalité du marché.

*a) Le renforcement de l'égalité des forces en droit de la concurrence*

C'est plutôt des interdictions faites aux opérateurs détenteurs le pouvoir dans le marché de ne pas faire des actes à tel point que la concurrence soit faussée. Les contrôles comprennent, **d'une part**, l'abus de position dominante qui serait un bon exemple puisque l'abus sera apprécié après que la condition préalable d'une position dominante est établie. **En droit français**, la position dominante dégagée par les jurisprudences communautaires et internes se définit comme le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs.<sup>169</sup> La domination peut en outre être exclusive par une entreprise ou collective parmi plusieurs opérateurs.

**Le législateur thaïlandais** a adopté la même ligne directrice du droit communautaire en suivant l'arrêt *Societa Italiana Vetro SpA* du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) du 10 mars 1992.<sup>170</sup> Ce qui nous paraît plus intéressant est que la position dominante est établie quelle que soit la cause. L'appréciation de l'abus ne porte pas sur la cause de domination. Ce qui signifie que l'opérateur est contrôlé même si la cause de sa puissance est licite.

<sup>169</sup> CJCE 14 février 1978, *United Brands* reprise par CJCE 13 février 1979, *Hoffmann La Roche*

<sup>170</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 86

L'opérateur puissant dans le marché est **d'autre part** contrôlé dans son comportement même celui qui est moins grave comme la concentration. Le régime du contrôle des concentrations, trait commun entre les droits de la concurrence communautaire, français et thaïlandais met en lumière le principe de préserver l'égalité des forces dans le marché. La concentration est soumise au régime de notification et autorisation. L'application est conditionnée par la qualification de l'opération, puis l'appréciation des opérateurs concernés.

Le droit de la concurrence considère la concentration d'une façon plus large qu'en droit des sociétés. **En France**, elle couvre la fusion, l'acquisition, la détention du contrôle, la création d'une entreprise commune alors qu'**en droit thaïlandais**, la création d'une entreprise commune n'entre pas dans la définition de la concentration selon l'article 26 de la loi relative à la concurrence 1999. Les opérateurs concernés sont évalués, **en droit français**, sur le critère de leur chiffre d'affaires hors taxe réalisé à l'échelle mondiale ou française avec certaines conditions particulières appliquées aux entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou ceux qui exercent son activité dans les départements d'outre-mer. **En droit thaïlandais**, l'article 26 de la loi relative à la concurrence 1999 habilite la Commission à arrêter le champ d'application du contrôle. Jusqu'à présent, ce texte ne voit pas encore le jour. Cependant, l'article 26 prévoit que l'arrêté définit le champ d'application en fonction de la part du marché, le chiffre d'affaires, le capital, les actions ou les éléments d'actifs résultant de l'opération envisagée. L'arrêté doit fixer les seuils au-dessus desquels le contrôle s'applique. C'est encore une approche téléologique qu'adopte le droit de la concurrence pour apprécier l'opération. **D'un côté**, l'approche du droit thaïlandais montre un aspect plus libéral que le droit français car l'autorité thaïlandaise s'intéresse plutôt à l'effet anticoncurrentiel de l'acte. C'est-à-dire, le droit thaïlandais ne définit pas de manière précise ce qu'est la concentration, l'article 26 de la loi relative à la concurrence 1999 dispose simplement qu' *«est interdite, la concentration susceptible de créer le monopole ou l'effet anticoncurrentiel.»* **D'un autre côté**, l'évaluation est faite sur les données estimées et diverses. Une opération peut dépasser le seuil en termes de la part du marché alors que le chiffre d'affaires se trouve inférieur au seuil fixé. L'appréciation sera très compliquée.

En conclusion, le droit de la concurrence impose plutôt les interdictions aux opérateurs puissants dans le marché. Et les comportements sont visés parce qu'ils risquent de fausser la concurrence.

*b) Le renforcement de l'égalité des forces en droit de la consommation*

L'exigence de renforcer l'égalité des forces en droit de la consommation devient plus évidente qu'en droit de la concurrence du fait que la partie en qualité de professionnel est mieux placée que la partie consommatrice. Le concept du droit commun permet au professionnel de déroger aux dispositions qui mettent à l'équilibre la relation contractuelle. Une telle clause de dérogation devient une clause de style. Dans le contrat de cautionnement passé entre un professionnel et un consommateur, en France ou en Thaïlande, il est rare que la caution simple soit conclue. La caution souscrite est presque toujours solidaire afin de renforcer les droits du créancier en supprimant le bénéfice de discussion et celui de division.

Le droit de la consommation tente alors d'atténuer des inconvénients du droit civil. La solution semble simple, c'est d'insérer les règles auxquelles les parties ne peuvent déroger. Cependant, la difficulté relève de la mise en œuvre des règles. Deux caractéristiques des règles de la consommation peuvent être évoquées.

*- À propos d'une approche concrète*

Contrairement au droit commun, le droit de la consommation a une vocation plutôt spécifique. Ce caractère vise directement à pallier l'obstacle du droit commun des obligations dont les jurisprudences sont déjà orientées vers la protection des parties faibles. Elles paraissent pourtant insuffisantes car le droit des obligations a une vocation trop générale en accordant la protection à tout contractant sans déterminer sa qualité.<sup>171</sup> Cette caractéristique est plus évidente en droit français qu'en droit thaïlandais.

Bien qu'**en droit français** nous puissions constater que les dispositions du Code de la consommation régissent de manière globale la relation entre le professionnel et le consommateur (l'information des consommateurs, la publicité, les clauses abusives etc), il n'en reste pas moins que de nombreuses obligations sont imposées à plusieurs contrats spécifiques tels que le contrat de services de communication électronique, contrat de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, contrat de transports de déménagement ou encore le contrat de crédit à la consommation.

---

<sup>171</sup> Hélène DAVO et Yves PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.15

Par ailleurs, l'approche concrète implique en elle-même que l'intervention doit être justifiée par la circonstance dans laquelle les parties au contrat sont qualifiées comme professionnel et consommateur. Autrement dit, les dispositions seront applicables lorsque la situation susceptible d'être déséquilibrée est établie. En effet, l'objet de ces contrats traduit en soi le statut professionnel. Il est peu possible qu'une personne non-professionnel soit capable d'assurer les services de communication électronique ou la fourniture d'électricité ou de gaz naturel.

L'approche concrète est pourtant moins caractérisée **en droit thaïlandais** de la consommation car la protection du consommateur dans le cadre contractuel ne s'est inscrite qu'en 1998.<sup>172</sup> La protection du consommateur étaient au début très générale. Elle s'est consacré autour de l'information, la publicité, la sécurité des produits et services etc. L'approche concrète paraît en effet dans les textes réglementaires dans les arrêtés des commissions sur les étiquettes. Ces arrêtés visent notamment à contrôler l'étiquetage d'un tel ou tel produit. Cependant, le contrôle sur les produits ne correspond pas vraiment à l'encadrement du rapport des forces car le vendeur des produits contrôlés peut avoir un statut de particulier. C'est le risque venant du caractère dangereux du produit et non le déséquilibre contractuel qui justifie l'intervention.

Après l'amendement en 1998, la Commission sur les contrats joue le rôle important pour fixer les règles appliquées à des contrats spécifiques pour répondre à l'évolution des pratiques des affaires. Le problème subsiste dans la valeur des règles. Alors qu'elles sont de valeur réglementaires, les arrêtés de la Commission limitent notamment la liberté contractuelle des parties. Cette difficulté ne paraît pas sévère puisque la liberté contractuelle en droit thaïlandais n'est pas reconnu de la valeur constitutionnelle.

*- À propos d'une approche préventive*

Le droit de la consommation adopte une approche préventive plutôt que curative. La logique du droit de la consommation va à l'encontre du droit civil des obligations qui cherche à réparer par voie contentieuse le débiteur qu'il soit consommateur ou non.<sup>173</sup> En effet, le préjudice

---

<sup>172</sup> Susom SUPHANIT, *L'évolution du droit thaïlandais de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2011, p. 11

<sup>173</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 17

que subit le consommateur peut aller de l'intérêt économique à la sécurité physique, ce qui coûte cher au consommateur si bien qu'il vaut mieux prévenir les risques.

**En droit français de la consommation**, les obligations sont imposées dès lors que les statuts de professionnel et de consommateur sont caractérisés. Ces nombreuses obligations concernent notamment l'information, la conformité, le délai de réflexion et la rétractation. Ces mesures contribuent à instituer l'égalité des forces des parties dès la formation des contrats. Ce qui est bien différent du droit thaïlandais.

**En droit thaïlandais**, même si la note d'exposé de motif de la loi relative à la protection du consommateur 1979 admet clairement que *«l'action en justice des consommateurs prend beaucoup de temps et de frais irraisonnable. De nombreux consommateurs n'ont pas de temps et de moyen suffisants à agir, et dans certains cas, ne peuvent ni cesser, ni mettre fin à l'acte dommageable»*, la loi consiste à instaurer un organe pour faciliter la démarche du consommateur s'il subit le dommage par le professionnel. Et un tel dommage est souvent occasionné par la situation du déséquilibre entre le professionnel et le consommateur. La tentative de renforcer l'égalité des forces se réalise essentiellement à travers des arrêtés de la Commission sur les contrats créée en 1998, mais l'effectivité de ces arrêtés n'est pas satisfaisante. Si nous pouvons édicter les règles appliquées dans tel ou tel contrat, la force obligatoire est réduite à cause de la valeur des textes. Les arrêtés peuvent fixer la ligne mais ne peuvent prononcer la sanction en cas de non-respect des règles. Les arrêtés sont encore muets sur l'effet de contrat en cas de violation des règles fixées.

## Conclusion du Chapitre 1

Le chapitre 1 porte fondamentalement sur les éléments de base du droit de la concurrence et le droit de la consommation. Leur identité doit être remontée jusqu'au concept de la propriété qui nous permet d'avoir, de posséder et de disposer de manière absolue des biens. Le constat selon lequel l'homme peut posséder, utiliser ou tirer tout le profit de ses biens répond inévitablement à la construction de la société. Si cette dernière contribua à la concrétisation du système de propriété, c'était encore la nécessité de vivre dans la société qui justifia les restrictions du droit de propriété.

La systématisation du droit de propriété à travers la codification a constitué un schéma de propriété plus compliqué. Le Code civil français et le Code civil et commercial thaïlandais définissent les sujets de droit (la personne qu'elle soit physique ou morale) et leur patrimoine (le droit réel dont la personne dispose sur des biens et le droit personnel que la personne s'engage auprès d'une autre). En effet, le droit civil vise à mettre en évidence le contenu des libertés économiques.

En revanche, seul le droit civil ne suffit pas à démontrer ces libertés puisque la liberté est un rapport d'une personne à l'égard des pouvoirs publics. La portée des libertés économiques traduit donc l'intervention des pouvoirs publics. L'intervention s'est traditionnellement faite dans les codes, mais aussi dans les textes de droit contemporain. C'est à ce point-là que se sont construits le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ne doivent être considérés comme un supplément au droit civil. Ces deux droits sont également basés sur les concepts de science économique en combinaison du principe d'égalité.

Nous avons étudié la formation du droit de la concurrence et du droit de la consommation à travers des libertés économiques. Tout cela constitue dans son ensemble le fondement du droit de la concurrence et du droit de la consommation. En revanche, l'étude sur les règles ne peut être complète sans chercher leurs finalités. Les objectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation seront ainsi examinés (Chapitre 2).

## **Chapitre 2**

### **Les objectifs du droit de la concurrence et de la consommation**

---

#### Plan du chapitre

##### **Section 1 L'analyse des objectifs poursuivis**

###### § 1 La diversité des valeurs protégées

- A) Le bon fonctionnement du marché : la valeur primordiale assurée
- B) Les valeurs non-économiques : les valeurs secondaires préservées

###### § 2 La diversité des niveaux d'intérêts assurés

- A) Les orientations différentes entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation
- B) La place des consommateurs en droit de la concurrence

##### **Section 2 L'impact des évolutions sociales sur le droit de la concurrence et le droit de la consommation**

###### § 1 La recherche de l'équilibre en droit de la concurrence et de la consommation

- A) L'équilibre concurrentiel
- B) L'équilibre social

###### § 2 L'investissement des notions de la concurrence et de la consommation dans d'autres domaines

- A) La concurrence et la consommation dans le développement durable
- B) La concurrence et la consommation dans le domaine de la santé

Après avoir étudié le droit de la concurrence et le droit de la consommation dans leur fondement, il convient d'examiner les objectifs de ces droits. La détermination des objectifs permet de mieux appliquer ces deux domaines de droit. L'étude commence par l'analyse des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence et de la consommation caractérisés par leur diversité (Section 1) avant d'apprécier l'évolution des modalités de protection en répondant aux divers objectifs (Section 2).

## **Section 1 L'analyse des objectifs poursuivis**

Le fondement du droit de la concurrence et du droit de la consommation est clair. Fondés sur les concepts économiques dans les contextes économiques contemporaines, ces deux domaines juridiques s'appliquent aux activités économiques, plus précisément, celles sur les marchés. Or, l'ampleur du marché est énorme. L'effet de la politique économique peut être trouvé dans d'autres domaines. Nous ne pouvons donc pas nous intéresser qu'au côté économique des règles. Celles-ci apportent en effet le caractère de diversité tant dans les valeurs qu'elles protègent (§1) que dans les niveaux d'intérêt envisagés (§2).

### **§ 1 La diversité des valeurs protégées**

Si la compréhension d'un domaine de droit nécessite l'examen des valeurs que ce droit protège, l'étude de celles-ci doit être effectuée de façon intégrale. Quant au droit de la concurrence et de la consommation, l'objet des règles est *a priori* consacré à la vie économique notamment le bon fonctionnement du marché (A). Ces droits favorisent en outre la protection des autres valeurs non-économiques (B).

#### **A) Le bon fonctionnement du marché : la valeur primordiale assurée**

Communément appelés le droit économique ou le droit du marché, le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont une vocation générale à assurer le bon fonctionnement du marché. Il convient ensuite de s'interroger sur la notion du bon

fonctionnement du marché afin de savoir dans quelle mesure ces deux branches de droit peuvent l'assurer.

Le terme du «*bon fonctionnement du marché*» nous renvoie au concept économique du marché parfaitement concurrentiel. Dans la science économique, ce type de marché se réalise lorsque les conditions suivantes sont réunies.<sup>174</sup>

- 1) Le nombre abondant des vendeurs et acheteurs.
- 2) Les produits ou services concernés sont homogènes.
- 3) Chaque vendeur et acheteur est autonome à ce qu'il n'y ait pas de coalition ou de restriction artificielle. Il faut aussi l'absence de l'intervention gouvernementale sur les prix ou la quantité du produit. L'accès et la sortie du marché s'effectuent sans difficulté.
- 4) La libre circulation des ressources.
- 5) Tous les vendeurs et acheteurs ont l'accès égal et complet sur les informations et la faculté de choisir.

D'après ces conditions, il est peu possible que le marché parfaitement concurrentiel soit créé. Une hypothèse selon laquelle les vendeurs et acheteurs agissent de manière rationnelle pour chercher l'offre et la demande correspondantes se trouve loin de la réalité. En pratique, les offreurs tentent aussi d'augmenter ses clientèles par l'élimination de ses concurrents.<sup>175</sup> L'objectif du droit du marché est donc de créer un niveau suffisant de la concurrence. Nous avons déjà pris connaissance les conditions à y parvenir. Elles sont déduites en trois volets.

**D'abord**, les pouvoirs publics doivent dans la mesure du possible s'abstenir à interférer dans le marché. **Ensuite**, les comportements des opérateurs économiques doivent être contrôlés à ce que la concurrence ne soit pas faussée. **Enfin**, la relation entre offreurs et demandeurs doit aussi être encadrée pour que les demandeurs puissent dans les conditions satisfaisantes accéder aux produits et services dans le marché.

Ces trois conditions seront essentiellement remplies par le droit de la concurrence (1°) et complétées par le droit de la consommation (2°).

### 1° Le bon fonctionnement assuré par le droit de la concurrence

<sup>174</sup> Narathip CHUTIWONGSE, *Les théories de la microéconomie*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 7<sup>e</sup> édition, 2004, p. 262-266

<sup>175</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 87

Malgré certains de ses dispositifs qui ne visent pas le marché, le but principal du droit de la concurrence est d'établir le bon fonctionnement du marché. Et c'est cet effet concurrentiel qui fonde en global le système de l'économie de marché. Sa contribution se compose en deux étapes.

*a) La fin de l'interventionnisme*

L'institution des règles de la concurrence signifie dans le premier temps la fin symbolique de l'interventionnisme. C'était le cas **en France** lorsque l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (codifié à l'article L410-2 du Code de commerce) énonce que l'ordonnance du 30 juin 1945 est abrogée et que les prix des biens, produits et services sont déterminés par le jeu de la concurrence.

Néanmoins, la domination du jeu de la concurrence n'est pas de manière absolue. Les deux alinéas suivants dans le même article laisse la possibilité à l'État d'intervenir dans le marché. Mais l'intervention est encadrée par l'exigence des circonstances particulières et les conditions d'exercer le pouvoir.

Le deuxième alinéa concerne l'intervention de l'État dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires. L'État peut réglementer les prix en vertu d'un décret en Conseil d'État après consultation de l'ADLC. En fait, l'intervention est justifiée par l'objectif de relancer la concurrence dans les périmètres au sein desquels la concurrence elle-même ne peut pas se développer.

Le dernier alinéa permet au Gouvernement de prendre des mesures contre des hausses ou des baisses excessives de prix. Ces situations doivent résulter d'une situation de crise, de circonstances exceptionnelles, d'une calamité publique ou d'une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret du Premier Ministre ou du Président est pris après consultation du Conseil national de la consommation et dont la validité des mesures ne peut excéder six mois.

Il est intéressant de comparer ces deux possibilités. Nous pouvons constater deux niveaux d'atteintes portées par les interventions. **Dans le premier cas**, l'atteinte s'avère plus grave et peut être éventuellement durable. Le texte d'intervention doit être de valeur plus importante donc le décret en Conseil d'État. En outre, dès lors que la réglementation porte directement l'atteinte au marché, la consultation auprès de l'ADLC est exigée. **Dans le second cas**, en revanche, les

prix font l'objet unique de réglementation. L'atteinte est moins grave et temporaire limitée à six mois. Un simple décret est exigé après avoir consulté le Conseil national de la consommation qui représente en parité les professionnels et les consommateurs. La disposition témoigne bien du rapport entre la consommation et le marché.

Il n'y a pourtant pas de telle disposition **en droit thaïlandais**. La reconnaissance de la libre concurrence dans la Constitution n'est pas entièrement transposée à la loi relative à la concurrence 1999 car cette loi résulte d'une séparation de la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole 1979 dont le colloraire est la loi relative aux prix de produits et de services. Il est question de savoir si la séparation traduit l'esprit du législateur de donner la priorité à la libre concurrence. La réponse serait plutôt négative puisque les deux lois sont appliquées de manière autonome. L'article 24 de la loi relative aux prix de produits et de services 1999 habilite **d'abord** la Commission centrale des prix de produits et de services avec l'agrément du Conseil des ministres à arrêter les produits ou services contrôlés. Cet acte anticipatif a pour objectif de prévenir la fixation des prix ou la pratique commerciale déloyale. Au lieu de laisser évoluer librement les prix, la Commission préfère intervenir fixer des seuils de prix.

L'alinéa deux du même article dispose **ensuite** que la Commission centrale réexamine une fois par an son arrêté. Dès lors que la situation économique ou le fait permettant d'exercer son pouvoir se bouleverse ou se termine, la Commission centrale avec l'agrément du Conseil des ministres peut modifier ou abroger son arrêté.

L'alinéa trois permet **enfin** à la Commission centrale de fixer la durée de validité de son arrêté qui ne peut excéder un an. Toutefois l'arrêté peut être renouvelé.

D'après l'article 24, nous trouvons facilement que les conditions d'intervenir de la Commission centrale sont plus flexibles par rapport à celles de l'article L410-2 du Code de commerce. L'encadrement de l'arrêté de la Commission centrale paraît aussi plus faible tant dans la consultation de l'organe intéressé que dans la durée de validité qui peut être toujours prolongée. Professeur Sakda THANITCUL, spécialisé en droit de la concurrence, considère que la loi relative aux prix de produits et de services est applicable lorsque le mécanisme du prix dans un secteur n'est pas normal alors qu'en l'état normal du marché, la loi relative à la

concurrence 1999 est applicable.<sup>176</sup> Il est encore question de savoir comment identifier une anomalie de marché.

*b) Vers le bon fonctionnement du marché*

L'ensemble des règles de la concurrence est animé par la considération du bon fonctionnement du marché.<sup>177</sup> Ce constat serait partiellement contesté par la catégorisation faite **en droit français de la concurrence**. Il s'agit des pratiques de concurrence déloyale, des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence. Même si les pratiques de concurrence déloyale et les pratiques restrictives de concurrence s'intéressent plutôt aux concurrents et partenaires économiques concernés, cela ne veut pas dire qu'elles n'ont aucune conséquence sur le marché.

À titre exemple, la clause de non-concurrence qui permet une restriction de concurrence au nom de l'intérêt particulier du créancier de l'obligation ne peut être uniquement appréciée au regard de la relation entre le créancier et le débiteur. Selon Yves SERRA, la clause de non-concurrence entraîne une restriction indirecte de la concurrence par rapport aux tiers concurrents du créancier de non-concurrence.<sup>178</sup> C'est la raison pour laquelle le contrôle de proportionnalité s'impose pour limiter la restriction excessive de concurrence. Un autre exemple provient des pratiques restrictives de concurrence. L'un des objectifs des pratiques restrictives est d'exercer la politique sur les prix. Plus précisément, les pratiques restrictives sont considérées comme l'action contre la hausse des prix de vente et pour la baisse des prix de revente. La méconnaissance de ces dispositions entraîne des conséquences néfastes pour les producteurs, les distributeurs concurrents, les consommateurs et de manière générale la concurrence.<sup>179</sup> Même si la concurrence déloyale et les pratiques restrictives de concurrence ne mettent pas d'accent sur la conséquence au marché et à la concurrence, l'existence d'effet provoqué par une telle pratique n'est pas négligable.

---

<sup>176</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 27

<sup>177</sup> Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, p. 106

<sup>178</sup> Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 55

<sup>179</sup> D. FERRIER, «Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ?», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, p. 197

En revanche, la classification des pratiques **en droit de la concurrence thaïlandais** ne pose pas beaucoup de question en pratique. Selon le législateur, les pratiques qui se définissent dans les domaines de la concurrence se limitent aux actes contenus dans la loi relative à la concurrence 1999. Les pratiques de concurrence déloyale découlant du régime de responsabilité délictuelle dans le Code civil et commercial thaïlandais ne sont pas alors considérées comme attachées au droit de la concurrence. Quant aux pratiques anticoncurrentielles et aux pratiques restrictives de concurrence, elles sont tombées dans une même section. La séparation n'est pas opérée. Les objectifs de l'ensemble de disposition sont communs de favoriser le commerce libre et loyal d'un côté et de déconcentrer les pouvoirs économiques des entreprises dans le marché, de l'autre côté. S'agissant de la déconcentration, malgré l'absence de cette considération dans la phase préparatoire, la loi met en lumière cet objectif à travers du contrôle structural dans l'article 30 sur la déconcentration d'une entreprise<sup>180</sup> et de la mesure préventive dans l'article 26 sur la concentration.<sup>181</sup>

Si le bonfonctionnement du marché est un objectif poursuivi par le droit de la concurrence, le droit de la consommation joue aussi un rôle complémentaire non-négligeable (2°).

### 2° Le bon fonctionnement complété par le droit de la consommation

Si le droit de la concurrence vise à assurer le bon fonctionnement du marché par le respect des règles applicables entre les opérateurs, le bon fonctionnement doit aussi être complété par le droit de la consommation dans la relation entre les opérateurs en tant que professionnels et consommateurs. Le système économique libéral repose essentiellement sur la fiabilité du marché. **D'un côté**, les opérateurs doivent avoir la confiance que le marché ne soit pas faussé, **d'un autre côté**, les consommateurs doivent pouvoir attendre la loyauté dans leur

---

<sup>180</sup> L'article 30 de la loi relative à la concurrence 1999 dispose que «*La Commission dispose d'un pouvoir d'ordonner, par écrit, à l'opérateur d'affaires disposant plus de 75 % de parts de marché d'interrompre, de cesser ou de modifier ses parts de marché et pour cela, la Commission peut en prévoir les règles, les moyens, les conditions et le délai à respecter.*»

<sup>181</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 33

relation contractuelle avec les professionnels. L'efficacité économique est alors établie par le cumul de ces deux conditions.

Il s'agit en effet de la transparence dans toutes les phrases des contrats de la consommation. Constituent les deux piliers principaux : le contrôle sur la publicité et les procédés de vente.

*a) La sécurité des consommateurs par la publicité*

La publicité constitue une démarche initiative dans les activités économiques car elle est le moyen d'inviter les consommateurs à s'engager dans une offre. Elle est considérée à la fois comme une œuvre d'art créée par l'agence publicitaire et comme une diffusion d'un message au public qui doit être réglementée. Le responsable de la publicité doit alors trouver l'équilibre entre l'attractivité et la vérité de l'œuvre publicitaire. Le droit de la consommation en France et en Thaïlande laisse aux acteurs la liberté de créer leur publicité. Les exceptions relèvent **d'une part** de certains produits qui pourraient toucher à la santé des consommateurs. Par exemple, des boissons alcoolisées, le tabac et plus strictement les produits alimentaires.

**D'autre part**, le droit de la consommation exerce un contrôle plus rigoureux dans le contenu de la publicité, mais l'aspect adopté est différent. Alors que le droit thaïlandais voit la publicité comme une phase distinguée d'autres étapes, le droit français la voit incorporée dans les pratiques commerciales trompeuses. Le contrôle spécifique existe alors uniquement en droit thaïlandais. La loi relative à la protection du consommateur 1979 encadre le contenu de la publicité dans l'article 22.<sup>182</sup> Essentiellement, l'article 22 peut être déduit en certaines phrases

---

<sup>182</sup> L'article 22 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 dispose que «*La publicité ne doit pas comporter le message du caractère déloyal ou celui qui peut porter préjudice à la société qu'il concerne l'origine, l'état, la qualité ou la caractéristique de produit ou de service y compris la livraison l'approvisionnement ou l'utilisation de produit ou de service.*

*Sont réputés déloyal ou pouvant porter préjudice à la société :*

*(1) Le message mensonger ou présente des informations exagérées*

*(2) Le message qui induit en erreur significative concernant le produit ou le service, qu'il fasse ou non par l'utilisation ou la référence d'une recherche statistique ou d'une chose quelconque qui n'est pas vraie ou surréelle*

*(3) Le message qui favorise de manière directe ou indirecte à la violation d'une loi ou des bonnes mœurs ou à la détérioration de la culture nationale*

*(4) Le message qui provoque le conflit ou la désunion du public*

*(5) Les autres messages fixés par arrêtés ministériels*

*Le message dans la publicité que la personne en général peut connaître son impossibilité absolue n'est pas interdit selon (1).»*

que la publicité doit correspondre à la vérité et qu'en aucun cas, elle n'amène les consommateurs à la méprise.

L'article 27 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 habilite la Commission sur la publicité à ordonner une injonction de modifier ou de supprimer le message, de cesser la diffusion ou de diffuser un message rectificatif.

**En France**, le contrôle du contenu de la publicité s'intègre dans les dispositions de pratiques commerciales trompeuses. À l'origine, la politique du droit français de la consommation s'intéressait plutôt à chaque comportement que les pratiques globales. La directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales a réformé cet aspect pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection du consommateur.<sup>183</sup> Les expressions «*publicité trompeuses*» ou «*publicité de nature à induire en erreur*» ne sont plus employées. Le Code les appelle globalement «*pratique commerciale trompeuse*.»<sup>184</sup>

Quant à la notion des pratiques commerciales, le Code ne les définit pas. Une référence est faite à la directive du 11 mai 2005 qui adopte un aspect large. La pratique comprend toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs. Les pratiques, selon le droit français, visent évidemment, mais pas seulement la publicité.<sup>185</sup>

Le caractère trompeur est caractérisé par l'article L121-1 du Code de la consommation en deux manière. **D'une part**, selon l'article L121-1 I, la pratique est trompeuse lorsqu'elle crée une *confusion* ou qu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations *fausses ou de nature à induire en erreur* ou que la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre *n'est pas clairement identifiable*.<sup>186</sup> **D'autre part**, le caractère trompeur est aussi caractérisé par

---

<sup>183</sup> Voir l'article 1<sup>er</sup> de la directive

<sup>184</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p.106

<sup>185</sup> Cass. Crim., 4 novembre 2008, N°08-80618, Non publié au bulletin et Cass. Crim., 15 décembre 2009, *Bull.* N°212

<sup>186</sup> L'article L121-1 I du Code de la consommation dispose que «*Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :*

*1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;*

l'omission selon l'article L121-1 II du même Code. C'est le cas lorsque le professionnel omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

En comparant les dispositions de la publicité trompeuse en France avec celles en Thaïlande, le niveau exigé dans le contrôle du contenu de la publicité n'est pas identique. **En droit thaïlandais**, le message doit être à l'encontre de la vérité que l'annonceur ne peut pas prouver. Mais, **le droit français** vise le caractère trompeur de la pratique commerciale. Bien qu'elle ne soit pas mensongère, la pratique est sanctionnée pour avoir de nature à induire en erreur au regard des consommateurs. En outre, le contrôle en droit français comprend également l'omission. Celle-ci ne serait pas appréciée en droit thaïlandais.

*b) La sécurité des consommateurs par les procédés de vente*

La confiance des consommateurs repose sur la fiabilité des procédés de vente. Les procédés de vente ont progressivement évolué au fil du temps car les acheteurs ne vont pas nécessairement au marché au sens propre pour chercher un produit. De plus, les procédés plus compliqués peuvent être détournés dans une forme d'escroquerie. Celle-ci étant une infraction pénale porte notamment préjudice sur les consommateurs ainsi que l'ensemble de marché.

---

*2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :*

- a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;*
- b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;*
- c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;*
- d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;*
- e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;*
- f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;*
- g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;*

*3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable.»*

- *La réglementation de la vente à distance*

Connue initialement comme la vente par correspondance, la vente à distance se développe à ce que nous l'appelions aujourd'hui le «*marketing direct.*» La technique consiste dans le renvoi à domicile un catalogue comportant les descriptions des articles avec leur prix. Avec le progrès technologique, le renseignement n'est plus nécessairement dans le support papier. Les offres sont diffusées via les moyens de communication plus variés comme nous avons entendu parler du commerce électronique. Si l'activité est suffisamment encadrée, le bon fonctionnement du marché sera assuré où la concurrence est stimulée. Il convient d'évoquer de manière historique les textes concernés.

**En France**, la directive communautaire 97/7/CE du 20 mai 1997 complétée par celle n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 fixe les règles en matière de contrats de vente à distance. Ces textes ont été transposés en droit français : la première par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 ratifiée par la loi n°2006-387 du 31 mars 2006, puis intégrée au Code de la consommation, la seconde par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005. L'article 121-16 du Code de la consommation définit la vente à distance comme «*toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance.*»

**En droit thaïlandais**, la vente par correspondance a été prise en compte dès la rédaction du Code civil et commercial qui régit dans les articles 503 et 504 la vente par description. Ceux-ci paraissent insuffisants face à l'évolution de la pratique commerciale à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Les législateurs ont promulgué deux textes importants : la loi relative à la transaction électronique du 2 décembre 2001 (E.B. 2544) et la loi relative à la vente directe et au marketing direct du 23 avril 2002 (E.B. 2545). L'article 3 de la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002 définit le marketing direct comme «*l'opération du marketing d'un produit ou d'un service sous la communication directe pour vendre le produit ou le service aux consommateurs à distance en attendant qu'ils répondent à l'offre proposée par l'opérateur.*»

Lorsque la pratique entre dans le champ d'application de la vente à distance, les consommateurs **en France et en Thaïlande** bénéficient de deux droits. **D'une part**, le consommateur dispose un droit d'être informé. Le professionnel est obligé de communiquer les

informations concernant la vente ainsi que les conditions de vente. Les informations exigées sont un peu pareilles dans les deux systèmes juridiques. Par ailleurs, **le droit français** oblige le professionnel à informer deux fois le consommateur sur l'offre avant de contracter ainsi qu'en temps utile et au plus tard le moment de livraison après avoir contracté.

**En Thaïlande**, l'article 31 de la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002 n'exige cette obligation que sur le contrat de vente. Si cette obligation n'est pas remplie, la vente n'est pas nulle mais les conditions ne s'engagent pas le consommateur.

**D'autre part**, le consommateur bénéficie également du droit de rétractation. C'est-à-dire, le droit de renoncer de manière rétroactive tout acte fait ou contrat conclu. En droit français et droit thaïlandais, le consommateur dispose de ce droit en raison de la nature de vente à distance dont l'acheteur n'a aucune occasion d'examiner le produit choisi.<sup>187</sup> Le droit de rétractation doit être exercé dans le meilleur délai et en bon état. L'article L120-20 du Code de la consommation et l'article 33 de la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002 sont en accord de fixer le délai de sept jours à partir de la réception des biens ou du service pour exercer le droit de rétractation. La question paraît difficile concernant l'état de l'article.

**La loi thaïlandaise** permet au consommateur de retourner le bien déjà utilisé uniquement en ce qu'il reste au moment de l'exercice du droit de rétractation. **Le droit français** semble muet sur cette situation. En pratique, l'expression en "*bon état*" vaut que l'article n'a jamais été servi. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré que la directive européenne ne s'oppose pas à ce qu'une indemnité compensatrice soit imposée au consommateur lorsque ce dernier a fait usage de l'article de manière incompatible avec le principe de la bonne foi. Une telle indemnité ne doit pas mettre en cause l'efficacité du droit de rétractation.<sup>188</sup>

**En outre**, la rétractation bien exercée donne lieu au remboursement. **En droit français**, le consommateur doit prendre en charge les frais de retour.<sup>189</sup> La jurisprudence communautaire considère au contraire que le consommateur a droit au remboursement complet y compris les frais d'expédition. **Le droit thaïlandais** rejoint à cette considération puisqu'il permet au

---

<sup>187</sup> Sauf les prestations de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou à une périodicité déterminée. Voir Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 25 novembre 2010, *Bull.* I N°244

<sup>188</sup> CJCE, 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*

<sup>189</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 23 juin 1993, *Bull.* I N°232

consommateur de retourner le produit soit par la récupération au domicile, soit par le renvoi postal contre le paiement des frais sur la délivrance.

- *À propos de la lutte contre l'escroquerie*

La pratique d'escroquerie concerne notamment la vente à la boule de neige en droit français comparée avec la vente directe en droit thaïlandais. **En France**, la vente à la boule de neige consiste à appâter un client en lui fournissant une marchandise à bas prix, sous condition qu'il trouve lui-même de nouveaux clients pour ce produit. Le piège réside en ce que le marché se trouve rapidement saturé, de sorte que les derniers clients recrutés en sont pour leurs frais. Le législateur a incriminé cette pratique par la loi n°53-1090 du 5 novembre 1953 interdisant les procédés de vente dits "à la boule de neige". La disposition est codifiée dans l'article L122-6 du Code de la consommation qui fixe quatre éléments constitutifs de l'infraction qu'il faut avoir une offre de vente de biens ou de prestation de services, le versement d'une contrepartie quelconque, l'espoir d'un avantage et une collecte d'adhésions ou d'inscriptions.<sup>190</sup>

**En Thaïlande**, la pratique de la vente directe a souvent été détournée en le «*Money game*» qui provoque le dommage très important à l'économie.<sup>191</sup> Le Gouvernement a promulgué l'ordonnance relative au prêt à caractère frauduleux du 17 novembre 1984 (E.B. 2527). Mais l'application de l'ordonnance n'étaient pas assez efficaces.<sup>192</sup> Cela a donné lieu à la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002. Le professionnel souhaitant exercer l'activité de la vente directe ou celle du marketing direct doit faire une demande de l'enregistrement auprès du secrétaire de la Commission de la protection du consommateur. Le secrétaire apprécie la validité des pièces notamment le projet de rémunération dont la rédaction doit respecter les conditions posées par l'article 21 de la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002 telles que la rémunération qui ne peut être liée au nombre d'adhésion, mais résulte de la vente réelle de biens ou de services ou la liberté du vendeur libre (personne intermédiaire entre le professionnel et le consommateur) de librement choisir la quantité de l'article à acheter. La rémunération doit en outre être réalisable et transparente.

---

<sup>190</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p.109

<sup>191</sup> Une affaire très fameuse était l'affaire «*Share Mae Shamoy*» entre 1977 et 1985 dont le dommage s'élève à 4 milliards de bahts (environ 100 millions d'euros).

<sup>192</sup> Susom SUPHANIT, *Le droit du marketing*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 124

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation contribuent également à la protection des valeurs non-économiques (B).

### **B) Les valeurs non-économiques : les valeurs secondaires préservées**

Après avoir examiné les valeurs économiques assurées par le droit de la concurrence et de la consommation, il convient d'évoquer les valeurs non-économiques qui constituent la contribution non-négligeable au contenu du droit de la concurrence (1°) et en droit de la consommation (2°)

#### 1° La concurrence-condition ou la concurrence-moyen

La protection des valeurs non-économiques par le droit de la concurrence résulte de l'évolution de l'objectif du droit de la concurrence. Au début, le droit de la concurrence était influencé par le concept structuraliste de l'École de Harvard qui a analysé le marché dans le cadre du paradigme Structure – Comportement – Performance (*The Structure – Conduct – Performance Paradigm* en anglais). Le droit de la concurrence dans ce concept vise à contrôler la structure du marché si bien que l'intervention directe en vue de modifier la structure du marché est possible.<sup>193</sup> La concurrence est considérée comme la *condition* à l'efficacité économique. C'est un modèle strictement attaché à la structure du marché en constatant que l'efficacité économique repose sur une structure appropriée du marché.

Ce principe de l'École de Harvard a depuis les années 80s été contesté par l'École de Chicago. Cette dernière ne condamne pas le fait d'avoir le pouvoir dans le marché, mais vise plutôt à sanctionner le comportement des opérateurs. L'École de Chicago s'oppose à l'application stricte que la sanction se décline devant certaines justifications assorties au nom de l'efficacité. La concurrence est appréciée comme un *moyen* au développement économique.

Concernant la France et la Thaïlande, les deux pays adoptent les approches différentes. **Le droit de la concurrence français**, comme en l'Union européenne, utilise le système de contrôle comportemental. C'est-à-dire, un système qui n'interdit pas *a priori* le monopole. La monopolisation dans un marché n'est pas une infraction, mais l'opérateur monopolistique doit

---

<sup>193</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 53

être contrôlé dans son comportement de ne pas abuser son pouvoir dominant.<sup>194</sup> Cela résulte d'un compromis entre les États membres pour faciliter l'adoption des dispositions. Le droit de la concurrence **en Thaïlande** est aussi le résultat d'un compromis dans la procédure législative car le comité sur le projet de loi n'avait aucun intérêt à mettre en place le contrôle structural. Ce dernier a été exigé par le comité du Sénat sous peine de rejet du projet de loi dans la phase parlementaire. La loi relative à la concurrence 1999 prévoit alors les contrôles comportementaux accompagnés d'un contrôle structural inscrit dans l'article 30.<sup>195</sup>

Le concept de la concurrence-moyen donne lieu aux justifications du comportement autorisées par le droit de la concurrence. Et c'est à certaines exceptions qui constituent les valeurs non-économiques du droit de la concurrence dans la mesure où la concurrence n'est pas considérée comme une fin en soi. **En droit de la concurrence français**, l'article L420-4 I 2° du Code de commerce exempte la sanction au travers du bilan économique. C'est une analyse qui consiste à comparer les effets positifs de l'acte en cause par rapport à ses effets négatifs. Le bilan est favorable lorsque l'acte apporte un progrès économique sans que la concurrence soit éliminée. En ce qui concerne les critères de considération, les autorités françaises, contrairement au droit communautaire, tiennent compte des valeurs variées telles que la protection du petit commerce, de la santé, de l'environnement et de l'emploi.<sup>196</sup> Le critère de la création et du maintien de l'emploi a expressément été ajouté par la loi NRE du 15 mai 2001 pour renforcer le Conseil de la concurrence à l'époque de prendre en compte le critère sur l'emploi. La version en vigueur de l'article L420-4 2° emploie une locution *y compris* afin de donner le caractère non-exhaustif aux critères de considération.<sup>197</sup> En tout état de cause, l'interprétation du bilan économique se fait de manière restrictive.

**En droit de la concurrence thaïlandais**, ces valeurs non-économiques ne sont pas clairement caractérisées. La procédure d'exemption est prévue dans l'article 35 de la loi relative

---

<sup>194</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999* (E.B. 2542), Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 63

<sup>195</sup> L'Article 30 dispose que «*La Commission dispose d'un pouvoir d'ordonner, par écrit, à l'opérateur d'affaires disposant plus de 75 % de parts de marché d'interrompre, de cesser ou de modifier ses parts de marché et pour cela, la Commission peut en prévoir les règles, les moyens, les conditions et le délai à respecter.*»

<sup>196</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 267

<sup>197</sup> L'article L420-4 2° dispose que «*Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, ...* »

à la concurrence 1999 qui place l'opérateur sous le régime d'autorisation s'il souhaite procéder à la concentration selon l'article 26 ou à l'entente telle que définie dans l'article 27 (5), (6), (7), (8), (9) et (10).<sup>198</sup>

S'agissant des critères d'autorisations, l'article 37 de la même loi fixe quatre conditions qui doivent être remplies. La Commission de la concurrence autorise la demande si la Commission estime que *«la demande est justifiée par la nécessité commerciale raisonnable et bénéfique à la promotion du commerce, ne crée pas de dommage grave à l'économie et n'affecte pas d'intérêt légitime de l'ensemble des consommateurs.»* Ces conditions concernent plutôt les valeurs économiques. La considération de la Commission porte essentiellement sur le plan économique. Il fallait donc attendre les pratiques de la Commission.

L'absence de valeur non-économique en droit de la concurrence thaïlandais peut être imputée à l'exclusion d'application faite aux organes dans l'article 4 de la loi. Ce serait par cet article que le législateur compte apporter les valeurs non-économiques par l'abstention.

Alors que les valeurs non-économiques du droit de la concurrence sont caractérisées par son absence d'application, les valeurs non-économiques du droit de la consommation traduisent simplement dans la sécurité et le bien-être des consommateurs (2°).

## 2° La sécurité et le bien-être des consommateurs

Le droit de la consommation ne vise pas seulement à protéger l'intérêt économique des consommateurs, mais aussi à assurer la sécurité physique. La protection consiste en trois étapes : la normalisation, l'étiquetage et la responsabilité du fait des produits défectueux.

### *a) À propos de la normalisation des produits*

Les rédacteurs tant du Code civil français que du Code civil et commercial thaïlandais ont pris en compte le problème de sécurité. Cela résulte dans les dispositions de la garantie des défauts de la chose vendue. Mais la responsabilité du vendeur dans les deux codes se limite aux

---

<sup>198</sup> Les ententes concernées sont la répartition géographique, la fixation de quantité de produits ou de services de chaque opérateur, la diminution de qualité de produits ou de services en maintenant ou augmentant le prix, la désignation d'une personne comme distributeur ou fournisseur exclusif, la fixation pour mettre conformes des conditions et des usages d'achat ou de vente.

défauts cachés et se consacre à la réparation plutôt que la prévention. Malgré l'institution des règles de la responsabilité du fait des produits défectueux, celle-ci reste dans le cadre de la réparation du préjudice, ce qui ne répond pas aux attentes des consommateurs qu'ils ont le droit à la sécurité de consommation. Les mesures doivent être *a priori*.

Afin de remplir cette exigence, le recours à la normalisation paraît nécessaire. Les définitions fournies par les textes français et thaïlandais contribuent à la conception des normes. Alors que le texte thaïlandais tente de décrire ce qui sont les normes dans la loi relative aux normes des produits industriels du 27 décembre 1968 (E.B. 2511), le décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation définit celle-ci comme «*une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations.*» Ce qui nous intéresse est **d'une part** l'élaboration des normes et la force obligatoire des normes **d'autre part**.

#### *- L'élaboration des normes*

Les normes sont en principe établies par les organismes élaborateurs nationaux. **En France**, l'article 2 du décret du 16 juin 2009 confie la mission de normalisation à l'Agence française de normalisation (AFNOR), une association privée dont le statut est approuvé par ce décret. La mission de l'AFNOR consiste à orienter et coordonner l'élaboration des normes nationales et la participation à l'élaboration des normes européennes et internationales. **En Thaïlande**, la mission de normalisation est divisée selon les caractéristiques de produits. Deux acteurs importants sont l'Institut des normes industrielles (INI) en général et l'Administration des aliments et médicaments (AAM) qui veille spécifiquement à la sécurité des produits alimentaires et sanitaires.<sup>199</sup> Cette dernière exerce le pouvoir de fixer les normes ainsi que de contrôler les produits concernés. Au contraire, l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) n'exerce que la mission du contrôle.

Dans le contexte du commerce international, les normes peuvent aussi être créées par les organismes de niveau supra-national. Nous connaissons bien l'Organisation internationale de

---

<sup>199</sup> Susom SUPHANIT, *Le droit du marketing*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 39

normalisation (ISO) créée en 1947. Un autre organisme à l'échelle mondiale est la Commission électrotechnique internationale (CEI) créée en 1906 chargée des domaines de l'électricité, de l'électronique et des techniques connexes. Au plan régional, il existe le Comité européen de normalisation (CEN) et le Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC) dont l'appellation fait le lien à la structure internationale. En revanche, l'idée de créer les organismes régionaux de normalisation n'intéresse pas l'ASEAN.

*- L'application des normes*

L'importance des normes à la sécurité des consommateurs est de savoir si elles sont applicables. Dans le cadre des normes émises par l'ISO et la CEI, ces normes sont facultatives. Elles sont plutôt servies comme référence dans les contrats. Elles deviennent obligatoires dès lors qu'elles sont adoptées dans des normes communautaires ou nationales.<sup>200</sup> **En Thaïlande**, les normes de l'ISO est très connues et largement appliquées notamment dans les produits industriels dont la fabrication a pour objectif de l'exportation.

**En cas des normes européennes**, les normes ne sont obligatoires que si elles font l'objet d'une transposition en droit interne. En revanche, la non-transposition pourrait être considérée comme une entrave à la libre circulation des marchandises. Les normes nationales ne doivent donc pas créer une discrimination entre les produits nationaux et produits importés. Un exemple est donné dans l'affaire «*Chocolat*» dans la quelle la CJCE condamne l'Italie d'avoir autorisé la dénomination «*chocolat pur*» à l'encontre de la directive n°2000/36/CE du 23 juin 2000.<sup>201</sup>

En cas des normes nationales, elles sont d'application volontaire en principe. **En France**, les normes nationales deviennent obligatoires par arrêté du ministre de l'industrie ou d'autres ministres intéressés. Si les normes ne sont pas obligatoires en droit, il est en fait utilisées car les opérateurs ont l'intérêt d'avoir une telle qualité fixée par la norme. La marque NF accordée par l'AFNOR sera attachée sur le produit qualifié de cette norme. Mais la marque NF ne s'engage pas de responsabilité de la part de l'AFNOR en cas de panne du produit.<sup>202</sup> La situation est un peu parail en Thaïlande. La loi relative aux normes industrielles distingue clairement les normes qui sont obligatoires et celles qui sont facultatives.

<sup>200</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 48

<sup>201</sup> CJCE 25 novembre 2010, aff. C-47/09, *Italie c/ Commission*

<sup>202</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 2 octobre 2007, *Bull. I N°315*

*b) À propos de l'étiquetage*

Dès lors que les produits sont mis en norme, l'utilisation de ceux-ci n'est pas sécurisée sans la communication des informations de produits de la part du professionnel. La prochaine étape serait alors dans la phase d'information des consommateurs. Les professionnels qu'ils soient en France ou en Thaïlande sont obligés d'informer les consommateurs. L'obligation d'informer **en droit français** trouve sa source dans l'article 1602 du Code civil aux termes duquel «*le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.*» L'engagement du vendeur avait été étendu par la jurisprudence à toute sorte de contrat.<sup>203</sup> Cette obligation a été confirmée par une disposition plus précise des articles L111-1 et L111-2 du Code de la consommation qui obligent tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services à mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.

**En Thaïlande**, l'obligation se définit inversement comme droit des consommateurs d'être informé dans l'article 4 de la loi relative à la protection du consommateur 1979. Les approches adoptées en matière d'étiquetage sont également différentes. Alors que le droit thaïlandais donne un poids important à cet élément, l'étiquetage fait partie des dispositions relatives à l'information des consommateurs.

*- La réglementation de l'étiquetage*

**En France**, il faut lire l'article L111-1 du Code de la consommation en combinaison avec l'article L214-1. Ce dernier habilite le Gouvernement à prendre des décrets en Conseil d'État pour assurer l'exécution de nombreux actes dont les modes de présentation ou les inscriptions de toute nature sur les marchandises elles-mêmes, les emballages, les factures, les documents commerciaux ou documents de promotion. Plusieurs décrets sont pris notamment celui n°84-1147 du 7 décembre 1984 concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires. Ce texte a été modifié puis codifié dans la partie réglementaire du Code de la consommation constituant le domaine le plus encadré. Les produits non-alimentaires font aussi

---

<sup>203</sup> Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 56

l'objet d'une réglementation soit par les décrets en vertu de l'article 214-1 du Code de la consommation,<sup>204</sup> soit par d'autres textes spécifiques<sup>205</sup>

**En Thaïlande**, la réglementation se fait de manière plus générale. L'article 30 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 impose que soient déclarés comme «*produit d'étiquetage réglementé*» les produits fabriqués par les usines pour vendre et ceux commandés ou importés au Royaume pour vendre. La loi habilite la Commission sur l'étiquette à arrêter un produit comme produit d'étiquetage réglementé. Jusqu'à présent une trentaine de produits en est réglementée. Le régime spécifique s'applique aux denrées alimentaires, médicaments et produits cosmétiques dans les conditions fixées par l'AAM. S'agissant particulièrement de produits alimentaires, l'information aux consommateurs des valeurs nutritionnelles est de plus en plus exigée. Dans ce cas, l'AAM demande la coopération de la part des opérateurs avant de procéder à renforcer sous forme d'un arrêté ministériel s'il estime nécessaire.<sup>206</sup>

Nous constatons ainsi deux points de comparaison.

**D'un côté**, le niveau hiérarchique des textes réglementaires sont très différents entre la France et la Thaïlande. Tandis que **le droit français** exige un décret en Conseil d'État pour réglementer l'étiquetage, un arrêté de la Commission sur l'étiquetage auprès de l'OCPC suffit à contrôler l'étiquetage d'un produit. Ceci résulte d'une différence sur la politique de protection du consommateur. Les décrets en Conseil d'État sont élaborés de manière rigoureuse en tenant compte que la promulgation impose inévitablement la charge aux professionnels.

Au contraire, les arrêtés de la Commission sur l'étiquetage **en Thaïlande** visent plutôt à répondre à un problème spontané. La mesure prise par la Commission paraît donc très spécifique en précisant le produit à contrôler par exemple l'arrêté n°16 de la Commission sur l'étiquetage déclarant le jouet roulant comme produit d'étiquetage réglementé du 13 juillet 2004. Une simple

---

<sup>204</sup> Par exemple, les textiles (le décret n°73-357 du 14 mars 1973 modifié par le décret n°88-480 du 2 mai 1988), les produits en cuir et assimilés (le décret du 18 février 1986 modifié par le décret n°89-292 du 10 mai 1989) ou les objets d'ameublement (le décret n° 86-583 du 14 mars 1986).

<sup>205</sup> Par exemple, les médicaments et spécialités pharmaceutiques (le décret n°94-19 du 5 janvier 1994), les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (le décret n°77-469 du 28 avril 1977) ou le tabac (la loi n°76-616 du 9 juillet 1976 modifiée par la loi n°91-32 du 10 janvier 1991).

<sup>206</sup> Susom SUPHANIT, *Le droit du marketing*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 50

question se pose de savoir pourquoi la Commission n'a pas adopté un aspect plus global sur l'ensemble des jouets.

**D'un autre côté**, il faut chercher la modalité adéquate d'information, en d'autres termes les renseignements que doivent obligatoirement fournir les professionnels tels que le nom et l'adresse du fabricant ou du conditionneur ou d'un vendeur, la quantité nette, la date d'expiration, l'origine du produit etc. Mais les professionnels peuvent aussi ajouter d'autres éléments comme conseil. Le nombre de mentions obligatoires augmente tant qu'il y a une nouvelle réforme.

Si la Thaïlande se heurte au caractère insuffisant de renseignement, la France confronte au contraire au nombre de renseignements trop élevé. Nous trouverons par la suite que trop d'information finit par détruire l'information<sup>207</sup> puisque les consommateurs perdent facilement l'intérêt de lire l'étiquette dont les renseignements deviennent énormes et complexes. Dans le rapport Châtel, trois principes sont préconisés pour améliorer l'étiquetage : simplicité, concision et lisibilité.<sup>208</sup>

### *c) La protection juridictionnelle des consommateurs*

Bien que le produit soit fabriqué conformément à la norme exigée, qu'il comporte des renseignements suffisants sur l'étiquette, il demeure possible que le produit cause le dommage au consommateur. Contraint sur les éléments de preuve, le consommateur peut alors faire un recours sur le fondement de la responsabilité civile du fait des produits défectueux. Nous avons déjà évoqué dans § 1 de la Section 2 du Chapitre 1<sup>er</sup> la justification économique de ce type de responsabilité. Dans cette partie, nous comparons les dispositions en prenant en compte le bien-être des consommateurs.

**La première considération** porte sur le périmètre des consommateurs concernés. **En Thaïlande**, la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008 n'appelle pas le demandeur comme consommateur mais comme victime. L'article 4 de la loi définit victime comme «*Toute personne ayant subi un dommage causé par un produit défectueux.*» Cette notion

<sup>207</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 65

<sup>208</sup> Luc CHATEL, *De la conso méfiance à la conso confiance*, Rapport au Premier Ministre de la mission parlementaire auprès du Secrétaire d'État aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur «l'information, la représentation et la protection du consommateur» (Rapport CHATEL), 2003, p. 68

est à comparer avec celle des consommateurs imposée par la loi relative à la protection du consommateur 1979 qui inclut *les personnes qui utilisent légalement un produit ou un service sans avoir à payer la contrepartie*. Selon le droit thaïlandais, la personne ayant acquis de manière illégale des biens ou services ne peut pas bénéficier de protection. Celle-ci peut encore demander la responsabilité en cas du dommage causé par un produit défectueux.<sup>209</sup> Même si la mise en œuvre de cette hypothèse peut être rare, cela montre en théorie que la protection en cas de la responsabilité du produit défectueux est plus élargie.

Cet aspect est plus évident **en droit français** car le régime n'appelle non plus le demandeur dans ce cas comme consommateur mais comme victime. Le choix d'incorporer les dispositions dans le Code civil confirme l'application générale du régime. L'article 1386-1 dispose en outre que «*Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime*» sans préciser si elle doit ou non acquérir le produit par voie légale.

**La seconde réflexion** portera sur le périmètre du dommage. Le régime vise certainement l'atteinte à la personne dont le préjudice peut être soit physique, soit moral. Cette première catégorie correspond bien à l'objectif du *bien-être* des consommateurs. Cependant, le bien-être comprend-il également la dimension économique ? **En droit thaïlandais**, l'article 4 de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008 englobe toutes les catégories de l'atteinte qu'il soit à la vie, au corps, à la santé, au moral ou encore aux biens.

**En droit français**, l'article 1386-2 du Code civil prévoit l'application du régime à la réparation du dommage résultant d'une atteinte à la personne. Pour l'atteinte au bien, le régime s'applique différemment. La réparation du dommage à un bien autre que le produit défectueux lui-même est soumise à ce régime uniquement lorsque le montant du dommage est supérieur au montant déterminé par le décret. Le décret n°2005-113 du 11 février 2005 fixe le montant de 500 euros au-dessus duquel la responsabilité du fait des produits défectueux s'applique. En effet, le texte originaire (la loi n°98-389 du 19 mai 1998) a prévu le même régime pour le dommage à la personne et à un bien. Il a ensuite été modifié par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 pour se conformer à la norme imposée par la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au

---

<sup>209</sup> Susom SUPHANIT, *L'évolution du droit thaïlandais de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2011, p. 76

rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux modifiée par celle 1999/34/CE du 10 mai 1999.

Après avoir examiné les diverses valeurs protégées par le droit de la concurrence et le droit de la consommation, la diversité se trouve également dans les niveaux d'intérêt que visent les deux branches du droit (§2).

## **§ 2 La diversité des niveaux d'intérêts assurés**

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation relèvent-ils du droit privé ou du droit public ? La question n'est pas facile à trancher tant que ces droits comportent les dimensions privées ainsi que publiques. Il est aujourd'hui incontestable que le droit de la concurrence et le droit de la consommation protègent non seulement l'intérêt individuel, mais aussi l'intérêt général. Les études dans ce paragraphe porteront sur deux phénomènes importants. Le premier concerne la différence des orientations (A) alors que le second s'intéresse au rôle des consommateurs dans ces deux domaines juridiques (B).

### **A) Les orientations différentes entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation**

L'évolution textuelle montre que les domaines d'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation sont de plus en plus élargis. Les contextes politiques et économiques ont conduit le législateur à chercher de nouveaux moyens à sanctionner les mauvais concurrents ou professionnels. Les politiques législatives ne sont pas pourtant identiques. Nous remarquons ainsi plus d'attention portée à l'acte individuel en droit de la concurrence (1°), alors qu'en droit de la consommation, la démarche se met en œuvre de plus en plus en groupe (2°).

#### 1° Du "grand droit" de la concurrence vers le "petit droit" de la concurrence

Si nous regardons encore une fois le texte fondateur du droit moderne de la concurrence, il serait étonnant de savoir que le *Sherman Act* en 1890 ne dispose que trois articles et qu'il vise

seulement deux comportements : l'entente et l'abus de position dominante. Les dispositifs étaient à l'époque destinés à lutter contre le trust, une forme d'entreprise groupant plusieurs activités de manière horizontale, comme l'acquisition des entreprises concurrentes, ou verticale, comme l'acquisition d'entreprises situées en amont ou en aval. En ce qui concerne la concentration, il a fallu attendre jusqu'à 1914 que le *Clayton Act* mette en place le contrôle sur ce comportement. D'autres actes comme la discrimination sur les prix, les ventes exclusives et les ventes liées ont également été interdits par cette loi mais seulement dans la mesure où elles restreignent substantiellement la concurrence. L'entente, l'abus de position dominante et la concentration économique constituent les trois piliers principaux en droit de la concurrence. Reste à savoir si la pratique n'affectant pas le marché peut être sanctionnée.

*a) Les pratiques restrictives de concurrence en France*

Influencé par les américains, le Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne (CEE) encadrait seulement l'entente et l'abus. La concentration était nécessaire pour que les entreprises soient capables de concurrencer les entreprises américaines. Le contrôle de concentration n'a été adopté qu'en 1989.<sup>210</sup> Cependant, la législation de ces trois pratiques n'interdit pas au législateur national de fixer ses propres règles supplémentaires. Si les pratiques anticoncurrentielles et la concentration économique de l'influence communautaire constituent *le grand droit de la concurrence*, la législation spécifique française se définit comme *le petit droit de la concurrence*. La distinction de ces deux branches se fait par l'ampleur des pratiques. Le grand droit de la concurrence vise les comportements qui portent atteinte au marché alors qu'une telle atteinte n'est pas nécessaire dans les pratiques visées par le petit droit de la concurrence. La pratique est prohibé *per se*, indépendamment de son effet sur le marché.<sup>211</sup> Ce qui relève une interrogation sur la sanction d'une pratique qui ne porte pas d'atteinte au marché.

---

<sup>210</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 56

<sup>211</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 122

En ce qui concerne le champ du petit droit de la concurrence, nous excluons les pratiques de concurrence déloyale par son caractère général du texte.<sup>212</sup> En effet, les pratiques restrictives sont spécifiquement prévues dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce en deux domaines principaux : la transparence et les pratiques restrictives de concurrence. Il s'agit des dispositions appliquées tant entre professionnels et consommateurs (obligation d'information, vente ou prestation avec primes, refus de vente ou de prestation, vente ou prestation liées etc) qu'entre professionnels (revente à perte, prix minima de revente, avantages injustifiés etc).

Notre étude n'entrera pas en détail des règles, elle tente d'analyser la présence du petit droit de la concurrence dans le Code de commerce comme celle-ci trouve aussi bien les critiques que les fondements.

#### *- Les critiques du «petit droit» de la concurrence*

Le petit droit de la concurrence est toutefois contesté dans plusieurs aspects. Les critiques viennent, **d'une part**, du contenu des dispositions qui sont **peu lisibles**. Il s'agit alors de dispositions visant les qualités très variées comme le *“consommateur”* (l'article L441-2), le *“fournisseur”* et son *“client”* (l'article L441-2), le *“vendeur”* et *“l'acheteur”* (l'article L441-3), le *“distributeur”* ou le *“prestataire de service”* (l'article L441-2-1), le *“grossiste”* ou *“l'importateur”* (l'article L441-6), la *“personne”* (les articles L442-5, L442-8 et L442-10), *“l'industriel”* (les articles 442-6 et 442-9) etc.

Le problème de lisibilité se présente également au niveau de l'acte réglementé puisque les pratiques restrictives concernent plusieurs relations commerciales. Il s'agit alors d'édicter une règle générale et impersonnelle appliquée à des situations particulières.<sup>213</sup> Plusieurs termes dans les dispositions tels que un *“avantage disproportionné”* (l'article L442-6 1°), un *“déséquilibre significatif”* (l'article L442-6 2°) ou une *“rupture brutale des relations commerciales”* (l'article L442-6 4°) nécessitent un travail d'interprétation de la part de la jurisprudence.

---

<sup>212</sup> Les pratiques de concurrence déloyale donnent lieu à la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil. les opérateurs victimes d'un procédé de conquête malhonnête peuvent demander la réparation de dommages et intérêts de la part d'un opérateur acteur d'un tel procédé.

<sup>213</sup> Malo DEPINCE, Daniel MAINGUY et Jean-Louis RESPAUD, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2010, p. 131

Une critique majeure porte, **d'autre part**, sur le concept de la responsabilité en **absence d'atteinte au marché**. À l'origine, les règles de la concurrence ont été créées afin de protéger la libre concurrence, plus précisément la structure de marché. Ce qui traduit *a contrario* que les pratiques restrictives qui affectent uniquement les partenaires dans la relation économique, comme le contrat entre distributeur et fournisseur, ne devraient être punies. L'existence du titre IV dans le Code de commerce montre alors l'esprit dirigiste qui ne devrait plus exister quant à la logique de la libre concurrence.<sup>214</sup> En pratique, le texte fait à plusieurs reprises l'objet d'une remise en cause. Le terme «*déséquilibre significatif*» selon l'article L442-6 2° a été contesté tant sur sa constitutionnalité<sup>215</sup> que sur sa conformité avec la Convention européenne de droits de l'homme.<sup>216</sup>

*- Les justificatifs du petit droit de la concurrence*

Malgré les oppositions théoriques, les pratiques restrictives de concurrence **en droit français** peuvent trouver leur justification en pratique. C'est plutôt une approche particulière et adaptée au contexte économique français pour renforcer l'effectivité du droit de la concurrence. Dans la vie économique actuelle, le marché n'est plus composé que de vendeurs et acheteurs. Le marché rassemble en effet plusieurs acteurs économiques. Souvent, dans une chaîne d'un produit se trouve en premier le producteur qui le fabrique, ensuite le fournisseur qui le transporte, puis le distributeur qui le commercialise et enfin le consommateur qui l'achète. Les pratiques restrictives de concurrence visent alors à assurer l'équilibre général du marché. C'est la raison pour laquelle le consommateur, acteur final de l'économie, est placé dans les dispositions du Code de commerce parmi d'autres acteurs.

En ce qui concerne l'atteinte au marché, même si cette condition n'est pas requise en droit des pratiques restrictives de concurrence, elle demeure consubstantielle au droit de la concurrence à ce que l'exigence peut être qualifiée de «*tautologique*.»<sup>217</sup> Les pratiques restrictives trouvent leur place entre les pratiques anticoncurrentielles et celles de la concurrence déloyale. Les pratiques restrictives se distinguent de la pratique de concurrence déloyale. Alors

---

<sup>214</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 252

<sup>215</sup> CC, n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011

<sup>216</sup> Cass. Com., 12 juillet 2011, N° 10-21551, Non publié au bulletin

<sup>217</sup> Anne-Sophie CHONÉ, *Les abus de domination Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, 2010, p. 57

que cette dernière protège principalement les concurrents, les pratiques restrictives protégeraient de manière plus rigoureuse la concurrence. Autrement dit, il y a bien une distinction entre la concurrence déloyale sanctionnée pour réparer le préjudice et la concurrence illégale qui implique une amende civile, la répression pénale et l'intervention des pouvoirs publics. Par rapport à l'abus de position dominante, les pratiques restrictives ne s'agissent pas de position dominante sur un marché, mais d'un déséquilibre structurel entre deux entreprises.<sup>218</sup> L'utilité des pratiques restrictives est de sanctionner l'entreprise qui détient seulement une domination relative dont l'exercice affecte la concurrence sans perturber le marché.

L'apparition des pratiques restrictives de concurrence se justifie à travers des pratiques dans le monde économique et de nécessité de l'État d'intervenir dans certaines relations commerciales pour renforcer la libre concurrence. Les dispositions témoignent ainsi un lien non-détachable de l'intérêt individuel d'un concurrent et de l'intérêt général du marché.

#### *b) Le petit droit de la concurrence en Thaïlande*

Contrairement à la France, le législateur thaïlandais encadre les pratiques restrictives de concurrence par l'article 29 de la loi relative à la concurrence 1999 qui dispose en général qu' «*il est interdit aux opérateurs d'affaires d'accomplir un acte qui n'est pas de la concurrence libre et équitable et qui a pour effet de détruire, d'endommager, d'exclure ou de restreindre l'exercice des activités d'un autre opérateur d'affaires ou afin d'entraver les activités d'autres opérateurs ou de causer la cessation de leurs activités.*» La volonté du législateur est d'appliquer l'article 29 dans l'hypothèse où les pratiques poursuivies n'entrent pas dans le champ des pratiques anticoncurrentielles. L'auteur des pratiques restrictives peut être sanctionné sans que son comportement porte atteinte au marché. La disposition de l'article 29 résulte d'une législation américaine «*Federal trade act*» de 1914.<sup>219</sup> C'est la raison pour laquelle l'article 29 a été rédigé de manière très large.

Le problème majeur des pratiques restrictives de concurrence en Thaïlande résulte de la disposition relativement floue de l'article 29. Selon les données du Bureau de la Commission de

---

<sup>218</sup> D. FERRIER, «Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ?», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, p. 193

<sup>219</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 195

la concurrence d'octobre 1999 à septembre 2012, la plupart de saisines (49 sur 87) relève de l'article 29. L'absence de distinction conceptuelle entre l'article 29 à d'autres pratiques notamment l'abus de position dominante (l'article 25) permettrait à la Commission de la concurrence d'apprécier d'une façon arbitraire les faits dénoncés.

Il faut alors une approche concrète pour rendre le contrôle de l'article 29 plus rigoureux. Le règlement de la Commission de la concurrence relatif à la ligne directrice sur la relation entre le distributeur et le fournisseur ou le commerçant du 4 octobre 2006 présente une liste non exhaustive des pratiques considérées restrictives dont certaines rassemblent aux règles françaises (la revente à perte, avantage disproportionné etc.) La force obligatoire de ce règlement demeure cependant redoutable.

Les dispositions et les pratiques en Thaïlande nous permettent de trouver un problème majeur de ce droit. Faute de compréhension sur les objectifs différents de pratiques, la protection de concurrents dominés face aux grands opérateurs ne peut être efficace. D'une vocation générale à l'origine, l'article 29 révèle naturellement son champ d'application. Il convient de concrétiser les règles dans la loi en considérant les décisions de la Commission de la concurrence concernées ainsi que les pratiques exercées dans le pays.

Nous avons examiné l'orientation du droit de la concurrence originellement destiné à protéger le marché qui au fur et à mesure s'intéresse de plus en plus à l'intérêt particulier des concurrents. Ce phénomène se présente à l'inverse quant au droit de la consommation (2°)

### 2° De l'approche individuelle vers l'approche collective des consommateurs en droit de la consommation

Nous avons déjà pris en compte que les règles de la consommation sont applicables dans la relation entre deux parties dont la conséquence de leur pratique se limite dans le cadre individuel. Dès lors, des actions ou des recours en droit de la consommation s'effectuent dans la large part par un consommateur victime d'une pratique illicite. L'action est mise en œuvre par l'initiative privée pour son propre compte. Cette image nous donne toute la logique du droit privé. Cependant, l'architecture du droit de la consommation contient plus d'une façade. Le deuxième volet sur l'approche collective constitue une part non-négligeable en droit de la consommation.

L'approche collective est la méthode utilisée par les associations de consommateurs. **En France**, elles sont des associations déclarées ayant donc la personnalité morale.<sup>220</sup> **En Thaïlande**, le mouvement des consommateurs est dense, mais moins formel. Les consommateurs se rassemblent plutôt sous forme de groupement ou de réseau. Ce qui est commun dans les deux pays, c'est que les associations doivent être agréées pour pouvoir agir en justice dans l'intérêt des consommateurs.

*a) L'agrément des associations de consommateurs*

**En France**, le régime d'agrément est prévu à deux niveaux : l'agrément général selon l'article R411-1 du Code de la consommation et la reconnaissance spécifique qui est le niveau d'agrément supérieur selon l'article R431-1 du même Code. **En Thaïlande**, l'article 40 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 permet à la Commission de la protection du consommateur d'agréer toute association ayant pour but de protéger les consommateurs ou de lutter contre les pratiques illicites en droit de la concurrence. Le nouveau arrêté ministériel relative à la demande et à l'agrément des associations des consommateurs a été signé le 10 août 2012. Celui-ci remplace les anciens arrêtés datés de 1997.

Ce qui nous intéresse, c'est les conditions d'agrément que posent l'article R411-1 du Code de la consommation (l'agrément général en droit français) et l'article 2 de l'arrêté du 10 août 2012 (droit thaïlandais). Si les deux articles exigent en concordance une année d'existence à compter de la déclaration ou de la création d'association ainsi que des preuves d'activités dans les affaires de consommateurs, leur dernier critère est loins d'être identique. Alors que **le droit français** demande un nombre de membres au moins égal à 10 000 adhérents pour les associations nationales ou suffisant à l'égard du cadre territorial des activités pour les associations locales, départementales ou régionales, **le droit thaïlandais** met l'accent sur la qualification de membres de la commission d'association ainsi que la proportion minimale des thaïlandais dans la commission et dans les adhérents. L'arrêté n'exige nulle part le nombre minimum d'adhérents. L'absence de ce critère peut être expliquée par le faible intérêt des consommateurs thaïlandais à participer à ce type d'association.

---

<sup>220</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.31

*b) Les conséquences de l'agrément*

Les associations agréées **en France** et **en Thaïlande** ont le droit d'agir en justice. En France, après la réforme de 2010, seules les associations avec la reconnaissance spécifique ont le droit d'être représenté dans les organes de concertation. Ce droit d'être représenté sera prochainement évoqué.<sup>221</sup>

Quant au droit d'agir en justice, il faut d'abord savoir qu'une association avec sa personnalité juridique peut agir en justice pour défendre son propre intérêt même si elle n'est pas agréée. C'est la voie particulièrement empruntée en Thaïlande. Avec l'établissement de la juridiction administrative, les associations de consommateurs thaïlandaises ont saisi à plusieurs reprises la Cour administrative pour remettre en cause l'acte administratif portant préjudice aux consommateurs tel que la conclusion d'un accord commercial international ou la privatisation des entreprises publiques.<sup>222</sup> L'agrément est nécessaire si l'association agit dans l'intérêt des consommateurs. L'action de l'association agréée en France et en Thaïlande peut être divisée en trois catégories.

Il s'agit **d'abord** l'action à l'initiative de l'association. **En France**, les associations de consommateurs agréées peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (l'article L421-1 du Code de la consommation). Elles peuvent également agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite y compris la suppression d'une clause illicite ou abusive dans les contrats concernés. Dans ce cas, elles peuvent demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés (l'article L421-6).

**En Thaïlande**, un seul article encadre l'exercice de pouvoir de l'association agréée. Comme en France, il existe en Thaïlande un dispositif permettant au pouvoir public d'agir en

---

<sup>221</sup> Sur ce sujet, voir le 2° *La démarche engagée pour renforcer la structure diffuse*, p. 346 et suiv.

<sup>222</sup> Voir Cour administrative suprême, ordonnance n°178/2550 (2007) du 30 mars 2007 et Cour administrative suprême, décision n°5/2549 (2006) du 23 mars 2006. Voir aussi le cas en France, CE 23 juillet 2012, n°353885, *Assurance emprunteur*

justice pour défendre l'intérêt général. L'article 39 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 prévoit que lorsque la Commission de la protection du consommateur sur sa propre initiative ou sur la demande d'un consommateur victime estime que l'action en justice apporte un intérêt général aux consommateurs, la Commission peut nommer un procureur ou un fonctionnaire de l'OCPC à exercer l'action devant la juridiction civile ou pénale. La mise en œuvre de l'article 39 paraît cependant très rare et compliquée.

Concernant l'action de l'association de consommateurs agréée, l'article 41 dispose largement le pouvoir d'agir en action civile, pénale ou exercer un acte dans le litige pour la protection du consommateur. S'agissant de la demande des dommages et intérêts, il faut noter un paradoxe car la version initiale de l'article 41 a autorisé l'association agréée de s'engager à l'action civile pour l'intérêt collectif des consommateurs, mais elle ne peut demander les dommages et intérêt que sur la procuration des victimes membres de l'association. La demande de réparation n'a pas été possible si la victime n'était pas membre de l'association. Cette contrainte est alors supprimée lors de la modification de la loi en 2013. Désormais, l'association peut demander les dommages et intérêts sur la procuration de la part de consommateur sans qu'il ait besoin d'être membre de l'association.

Les associations peuvent **ensuite** mener une action au soutien d'un ou plusieurs consommateurs. **En France**, l'association agréée peut intervenir dans le cadre du litige engagé par un ou plusieurs consommateurs en vue d'obtenir les dommages et intérêts des faits non constitutifs d'une infraction pénale (l'article L421-7 du Code de la consommation). Le champ d'intervention se limite à l'action civile dans le procès de responsabilité, ce qui exclut donc le recours au tribunal administratif et l'action portant sur la validité du contrat.

L'association peut également exercer une action lorsque plusieurs consommateurs ont subi un préjudice individuel causé par le fait d'un même professionnel et dont l'origine est commune. L'association agréée au plan national peut, sur mandat conclu par au moins deux consommateurs victimes, agir devant toute juridiction au nom de ces consommateurs (l'article L442-1). Cette action en représentation conjointe paraît alors comme la défense collective d'intérêts individuels plutôt que celle de l'intérêt collectif.<sup>223</sup>

---

<sup>223</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 390

**En Thaïlande**, l'intervention de l'association dans un contentieux en cours semble possible puisque l'article 41 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 ouvre la possibilité. Selon le texte, l'association agréée peut en effet intervenir dans tout litige qu'il soit porté devant la juridiction civile, pénale ou administrative. Nous devons seulement attendre les pratiques pour affirmer cette interprétation. Quant à l'action en représentation conjointe, l'association ne peut être mandatée à exercer l'action en justice. Le régime de procuration est-il équivalent à ce type d'action ? La réponse serait négative car l'objectif de l'association n'est pas d'exercer l'action dans les noms de victimes. Cette action n'est donc pas possible en Thaïlande.

Nous terminons **enfin** le sujet par l'action de groupe (en anglais la *class action*). Inspirée par le droit anglo-saxon, l'action de groupe se définit comme une procédure permettant à un groupe de victimes subissant un préjudice d'un même fait et sur le fondement juridique commun d'obtenir la réparation à travers d'un contentieux. **En France**, la procédure d'action de groupe vient d'entrer en vigueur par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et son décret d'application n°2014-1081 du 24 septembre 2014. **En Thaïlande**, le projet de loi relatif à l'action de groupe a été adopté par l'Assemblée nationale en décembre 2014. Contrairement à la France, l'action de groupe en Thaïlande peut être menée par l'association agréée ou par un groupe de personnes victimes d'un même fait. Les procédures d'action de groupe tant en France et en Thaïlande seront prochainement traitées.<sup>224</sup> Nous étudions ici les caractéristiques générales du régime qui présente tant des avantages que des risques.

**D'un côté**, l'intérêt principal de l'action de groupe est de renforcer la protection du consommateur puisque le régime permet à l'ensemble des victimes dont le préjudice peut être modeste d'obtenir la réparation. La procédure est moins coûteuse en termes de frais et de temps. La sanction des auteurs de pratiques donne suite à la prévention de la part de ces derniers.

**D'un autre côté**, l'action de groupe peut constituer une menace sur la compétitivité des entreprises suite au montant lourd de la réparation. Le régime insuffisamment encadré peut être détourné au profit des victimes qui veulent le servir comme une arme de négociation plutôt qu'un moyen légitime de demander la réparation. Le législateur doit prévenir le risque sur le plan des avocats visant à être rémunérés en fonction du dommage total condamné. Tout cela est une

---

<sup>224</sup> Sur ce sujet, voir le B) *La procédure en droit de la consommation : de la simplification à l'action de groupe*, p. 444 et suiv.

sorte de «*dérives à l'américaine*» que les législateurs français et thaïlandais s'entendent pour éviter.

La diversité des niveaux d'intérêts assurés se présente aussi dans la problématique classique concernant l'intérêt des consommateurs à l'égard du droit de la concurrence (B).

## **B) La place des consommateurs en droit de la concurrence**

La place des consommateurs dans le droit de la concurrence demeure un sujet qui mérite d'être analysé. La détermination ne permet pas seulement l'application efficace du droit de la concurrence, mais aussi de montrer la différence entre celui-ci et le droit de la consommation. Quant à ce dernier, la place des consommateurs ne peut être plus évidente qu'ils font l'objet de la protection. Toutes les règles de la consommation contribuent à la sécurité, à la protection et au bien-être des consommateurs. En revanche, l'intérêt des consommateurs est-il toujours compatible avec la préservation de la concurrence ? Notre étude s'effectue à partir de deux constats qui ne sont ni conformes, ni contradictoires : les consommateurs sont destinataires du droit de la concurrence (1°), mais leur protection ne résulte pas expressément à travers l'application du droit de la concurrence (2°).

### 1° La protection du consommateur : un objectif du droit de la concurrence

Il n'est plus contestable que le droit de la concurrence dans la mesure où il renforce la concurrence dans le marché protège l'intérêt des consommateurs. En principe, les consommateurs bénéficient du meilleur rapport qualité-prix résultant du bon fonctionnement des règles de la concurrence, que l'absence ou la limitation de cette dernière se conduisent au détriment du consommateur.<sup>225</sup> Le droit de la concurrence fait des consommateurs à ce que, selon Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, «*l'alpha et l'oméga de ce droit, celui vers lequel est orientée la compétition des entreprises, et celui qui la sanctionne par ses décisions.*»<sup>226</sup> Il convient alors de préciser dans trois niveaux les consommateurs sont pris en compte par le droit de la concurrence.

<sup>225</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 19

<sup>226</sup> Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 86

*a) La concurrence déloyale et la protection du consommateur*

En France, même si l'action en concurrence déloyale est dirigée afin de protéger les concurrents et que les consommateurs n'ont pas de qualité à agir, la jurisprudence s'oriente vers la protection de l'intérêt des consommateurs. Ainsi un acte est jugé déloyal lorsqu'il s'agit d'un concurrent ayant diffusé une publicité trompeuse ou une information tronquée.

Une directive européenne traduit ce lien entre la concurrence déloyale et le droit de la consommation. La directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales transposée par la loi Chatel du 3 janvier 2008 porte non seulement les relations entre professionnels, mais aussi celles entre professionnel et consommateur<sup>227</sup> qu'elle vise en effet «*toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un produit aux consommateurs.*» C'est la raison pour laquelle les dispositions de la loi du 3 janvier 2008 ont été intégrées dans le Code de la consommation.

Les consommateurs sont enfin pris en compte dans la caractérisation de faute. Nous pouvons donner un exemple sur la pratique d'imitation. Celle-ci consiste bien évidemment dans une imitation d'un produit ou d'un service. Mais seul le fait d'imiter ne suffit pas à caractériser la faute. Il faut également prouver qu'une telle imitation entraîne alors la confusion. Une simple copie n'est pas en elle-même déloyale.<sup>228</sup> La confusion doit résider dans l'esprit du public, donc au regard des consommateurs.

*b) Les pratiques restrictives de concurrence et la protection du consommateur*

Quant aux pratiques restrictives de concurrence, l'intérêt des consommateurs s'inscrivent de manière plus manifeste dans l'objectif des règles. L'ensemble des dispositions du Titre IV du Code de commerce vise un objectif commun : favoriser la baisse des prix et anticiper la hausse de ceux-ci. Les règles traduisent la volonté du législateur de ne plus protéger la concurrence dans l'intérêt général et les consommateurs en conséquence, mais de protéger la concurrence et les consommateurs dans l'intérêt général.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 153

<sup>228</sup> Cass. Com., 11 février 2003, N° 01-00992, Non publié au bulletin

<sup>229</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 252

Le fournisseur est un acteur sollicité par le droit des pratiques restrictives de concurrence à jouer le rôle en faveur des consommateurs. Le privilège accordé au fournisseur est attesté par la disposition de l'article L442-6 2° du Code de commerce aux termes duquel *«Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait ... De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.»*

Cet article introduit par la LME s'inspire évidemment de l'article L132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives applicables dans la relation entre professionnel et consommateur.<sup>230</sup> Si nous adoptons la logique des clauses abusives, une question serait posée concernant la légitimité d'appliquer ce dispositif dans la relation entre professionnels. Comme nous l'avons démontré, les règles des pratiques restrictives de concurrence sont créées pour assurer l'équilibre général du marché. La protection du fournisseur, acteur en amont de la chaîne économique, sera aussi favorable aux consommateurs qui sont en aval.

*c) Les pratiques anticoncurrentielles et la protection du consommateur*

En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, les consommateurs ne semblent pas pouvoir trouver leur propre place. En principe, cette partie du droit de la concurrence vise à sanctionner les comportements illicites portant atteinte au marché. Mais en pratique, l'intérêt des consommateurs est souvent évoqué dans l'appréciation de la pratique en cause. La prise en compte des consommateurs aboutit à deux conséquences.

*- Le comportement sanctionné en cas d'affectation à l'intérêt des consommateurs*

Le comportement est sanctionné en l'absence d'atteinte au marché dès lors qu'il affecte l'intérêt des consommateurs. La Commission européenne définit l'atteinte aux consommateurs comme *«un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés que ceux qui auraient autrement été appliqués ou d'une autre manière, telle que la*

---

<sup>230</sup> Jean-Louis FOURGOUX, «Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie le droit de la concurrence et le droit de la consommation en matière de clauses abusives», CCC, mars 2011, p. 13

*limitation de la qualité ou de la réduction du choix pour les consommateurs.»*<sup>231</sup> Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'a pas vocation à réparer les dommages des consommateurs, mais à les assurer que le jeu de la concurrence n'est pas faussé.<sup>232</sup> Une question se pose dans l'hypothèse où le comportement des entreprises n'affectant pas le marché est nocif pour les consommateurs. C'est en effet une question phare du droit des pratiques anticoncurrentielles. Si le bien-être des consommateurs est considéré comme une fin du droit de la concurrence, ce dernier peut en partie assurer le bien-être via le moyen du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Le droit de la concurrence doit-il être dérogé pour préserver l'intérêt des consommateurs ? La jurisprudence en affirme. Il y a certaines décisions qui sanctionnent les comportements au préjudice des consommateurs. Par exemple, dans l'affaire *Deutsche Post AG*, la Commission des communautés européennes a notamment jugé que «*l'article 82 (l'article 102 du TFUE) peut être appliqué même en l'absence d'effet direct sur la concurrence entre les entreprises d'un marché donné. Cette disposition peut également être appliquée aux situations où le comportement d'une entreprise dominante porte directement préjudice aux consommateurs.*»<sup>233</sup>

*- Le comportement justifié par l'intérêt aux consommateurs*

Le comportement, même anticoncurrentiel, est justifié par l'intérêt des consommateurs réalisé par le comportement en cause. Cette situation relève notamment de l'entente illicite dans laquelle les auteurs de pratique évoquent l'intérêt des consommateurs pour justifier leur accord. En revanche, l'intérêt des consommateurs ne figure pas expressément dans les exemptions prévues tant en droit français qu'en droit communautaire. Il se déduit d'un terme «*progrès économique*» dans l'article L420-4 du Code de commerce ou d'une phrase «*améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique*» dans l'article 101 du TFUE. Cette considération doit pourtant être interprétée de manière stricte en combinaison avec la préservation d'une partie équitable du profit qui en résulte et sans imposer à des entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas

---

<sup>231</sup> La Communication de la Commission européenne du 9 février 2009, *relative aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*

<sup>232</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 89

<sup>233</sup> Comm. CE, 25 juillet 2001, *Deutsche Post AG*, aff. COMP/C-1/36.915

indispensables pour atteindre les objectifs et sans leur donner la possibilité d'éliminer la concurrence. Les exemptions évoquant l'intérêt des consommateurs sont donc rares. Dans l'affaire *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited*, la Commission des communautés européennes a considéré que l'accord d'itinérance des deux opérateurs, malgré son effet anticoncurrentiel, leur permet «*de procéder plus tôt au lancement commercial de la 3G et de fournir des services dans une zone géographique plus vaste, pour le plus grand profit des consommateurs.*»<sup>234</sup> La pratique a été par la suite justifiée.

**Quant au droit thaïlandais** de la concurrence, la place des consommateurs n'est guère certaine. La note d'exposé de motif de la loi relative à la concurrence 1999 n'évoque nulle part l'intérêt des consommateurs à l'issue des règles du droit de la concurrence. Cependant, les consommateurs sont cités deux fois à l'intérieur du texte.

Il s'agit **d'une part** de l'article 37 relatif à la demande d'autorisation de procéder à la concentration selon l'article 26 ou à l'entente telle que définie dans l'article 27 (5), (6), (7), (8), (9) et (10). Selon l'article 37, la Commission de la concurrence autorise la pratique à la réunion des trois conditions, que la demande est justifiée par la nécessité commerciale raisonnable, que la pratique est bénéfique à la promotion du commerce, qu'elle ne crée pas de dommage grave à l'économie et qu'elle n'affecte pas d'intérêt légitime de l'ensemble des consommateurs. Les consommateurs sont expressément pris en compte.

Il s'agit **d'autre part** de l'article 40 sur l'action civile pour demander les dommages et intérêts. Le pouvoir à agir est en premier lieu confié aux victimes des comportements dans les articles 25, 26, 27, 28 et 29. En second lieu, l'article 40 autorise ainsi la Commission de la protection du consommateur et l'association de consommateurs agréée selon la loi relative à la protection du consommateur 1979 d'agir au nom de l'ensemble des consommateurs ou au nom de ses membres victimes. Cet article fait une référence directe aux organes consumériste en reconnaissant la part non-négligeable des consommateurs dans la politique de la concurrence.

Même si l'intérêt des consommateurs apparaît comme un objectif convergent du droit de la concurrence, il ne faut pas le généraliser en vue de faire du droit de la concurrence le domaine

---

<sup>234</sup> Comm. CE, 30 avril 2003, *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited*, aff. COMP/38.370

qui se consacre au profit des consommateurs. Le droit de la concurrence protège certaines valeurs qui dans certains cas ne correspondent pas à l'intérêt des consommateurs (2°).

### 2° La protection du consommateur : un objectif non-prioritaire du droit de la concurrence

Après avoir analysé le lien indissociable entre les consommateurs et le droit de la concurrence, il faut nuancer le thème en rappelant les véritables objets de protection du droit de la concurrence : la concurrence et les concurrents, et non les consommateurs. Ce constat produit des effets en trois manières.

#### *a) L'absence de lien entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation*

Certains dispositifs du droit de la concurrence ne concernent guère les consommateurs. À titre d'exemple, les règles de la concurrence anti-contractuelle, le concept par lequel un contractant s'engage vers l'autre de ne pas lui faire concurrence soit pendant la durée du contrat, soit après l'expiration du contrat ou celles concernant l'accès à certaines professions ne profitent pas toujours aux consommateurs.<sup>235</sup> La limitation de la liberté de la concurrence telle que la réglementation d'ouverture des magasins le dimanche ou les règles d'urbanisme qui empêchent l'implantation des grandes surfaces au centre ville profitent plutôt au petit commerce et à la grande distribution.

#### *b) L'intérêt des consommateurs affecté par le droit de la concurrence*

Certains dispositifs du droit de la concurrence provoquent des effets défavorables aux consommateurs. Par exemple, il existe une règle en droit des pratiques restrictives de concurrence qui interdit la pratique de la revente à perte. Il s'agit selon l'article L442-2 du Code de commerce d'une pratique de tout commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Le dispositif permet de protéger les détaillants pratiquant des prix élevés à cause de leurs faibles volumes de commandes contre ceux qui commandent des gros volumes et pratiquent les prix bas.<sup>236</sup>

Quant à l'entente sur les prix, cette pratique anticoncurrentielle peut s'effectuer en plusieurs manières dont l'échange d'informations. Théoriquement, les entreprises sont tenues

<sup>235</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 20

<sup>236</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 271

d'être indépendantes. Chacune doit disposer du pouvoir autonome de mettre en place sa politique commerciale pour que la concurrence puisse fonctionner. À ce stade, l'échange d'informations entre des entreprises réduit l'état concurrentiel du marché<sup>237</sup> puisque les opérateurs concernés peuvent plus aisément évaluer les risques et se surveiller mutuellement la situation du marché, ce qui fait de l'acte une pratique anticoncurrentielle. **En revanche**, l'échange des informations ne nuirait pas la concurrence en toute circonstance. En effet, l'échange peut dans un autre côté renforcer la transparence. Même si l'échange peut créer une transparence artificielle qui facilite les entreprises de définir leur comportement, la transparence n'est pas en soi néfaste pour la concurrence. Elle permet de faire correspondre davantage l'offre aux attentes de la demande.<sup>238</sup>

La jurisprudence communautaire prend en considération le bénéfice des consommateurs à la suite des échanges d'informations. Dans l'affaire *John Deere*, le TPICE a admis que «*la transparence (renforcée par des échanges d'informations) entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs.*»<sup>239</sup> Une autre décision a considéré qu' «*un système d'échange d'informations sur le crédit entre établissements financiers, tel que le fichier d'informations sur la solvabilité des clients en cause au principal, n'a pas, en principe, pour effet de restreindre la concurrence au pour autant que le ou les marchés concernés ne sont pas fortement concentrés, que ce système ne permet pas d'identifier les créanciers et que les conditions d'accès et d'utilisation pour les établissements financiers ne sont pas discriminatoires, en droit comme en fait.*»<sup>240</sup>

Ce point de vue de la juridiction communautaire est en revanche peu adopté par les autorités françaises. Elles tentent en effet d'assimiler tous les types d'échanges d'informations et ne recherchent pas en profondeur l'effet sensible sur le marché.<sup>241</sup>

### *c) La sanction par le droit de la concurrence malgré l'intérêt des consommateurs*

---

<sup>237</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 223

<sup>238</sup> Marie-Agnès AFCHAINED, «Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents», *JCP E*, n°9, 1 mars 2007, 1278

<sup>239</sup> TPICE 27 octobre 1994, *John Deere*, aff. COMP/38.370

<sup>240</sup> CJCE, 23 novembre 2006, aff. C-238/05, *Asnef-Equifax*

<sup>241</sup> M.-A. AFCHAINED, «Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents», *JCP E*, n°9, 1 mars 2007, 1278

Non seulement l'intérêt du droit de la concurrence peut être à l'encontre de celui des consommateurs, mais aussi la pratique n'est pas toujours justifiée par le profit des consommateurs. En effet, si l'argument de l'intérêt des consommateurs cité par les auteurs de pratique est souvent écarté, c'est parce qu'il n'existe pas véritablement un tel intérêt. Cela ne veut pas dire qu'en rapportant un propre intérêt des consommateurs, la pratique soit nécessairement exemptée. Dans l'affaire *GlaxoSmithKline*, la CJCE a condamné un accord dans le secteur pharmaceutique qui limite le commerce parallèle bien que les opérateurs en cause puissent prouver que l'accord produit les effets favorables aux consommateurs.<sup>242</sup> Cette décision illustre bien la relation complexe entre le droit de la concurrence et les consommateurs. Dans beaucoup de situations, le droit de la concurrence est orienté vers le bien-être des consommateurs à tel point que la sanction en droit de la concurrence soit exemptée au profit des consommateurs. L'arrêt *GlaxoSmithKline* est venu à la fois nuancer et affirmer. Nuancer dans le sens que l'intérêt des consommateurs ne peut pas toujours justifier la pratique anticoncurrentielle. Affirmer dans le sens que le droit de la concurrence vise à protéger le marché et les opérateurs, et non les consommateurs.

Pourquoi faut-il insister sur la priorité du marché ? La raison serait simple et porteuse qu'il est fondamental de placer le marché en avant des consommateurs, et non en arrière. Nous avons déjà discuté la dérogation des règles de concurrence pour sanctionner les opérateurs dont le comportement est nuisible aux consommateurs malgré l'absence d'atteinte au marché.<sup>243</sup>

Un litige **en Thaïlande** peut faire bien l'objet d'une comparaison. Il s'agit en effet de l'affaire des *Quatre distributeurs* (Tesco Lotus, BigC, Carrefour et Makro) qui ont été poursuivis pour leurs stratégies de prix au détriment des petits ou moyens commerçants. La Commission a considéré que même si les comportements des quatre distributeurs seraient déloyaux, cela constitue un avantage pour les consommateurs de pouvoir accéder aux produits en prix bas dans les conditions plus convenables par rapport aux petits commerçants. Les distributeurs ne sauraient être pénalement sanctionnés, en revanche ses comportements envers les commerçants et les fournisseurs doivent être encadrés.

---

<sup>242</sup> CJCE 6 octobre 2009, aff. C-501/06, C-513/06, C-515-06, C-519/06, *GlaxoSmithKline*

<sup>243</sup> Voir l'arrêt *Deutsche Post AG*, *Précit.*,

Si le cas en l'espèce se produit en France, les comportements des quatre distributeurs ne pourraient être exemptés. Au regard des pratiques restrictives de concurrence, c'est la relation entre distributeur et fournisseur qui est envisagée en premier. La loyauté dans cette relation va ensuite préserver le bénéfice des consommateurs. Mais la Commission de la concurrence n'aurait pu mettre en l'ordre les éléments d'appréciation. Sakda THANITCUL, professeur à l'Université Chulalongkorn spécialisé en droit de la concurrence, a fait deux remarques importantes concernant cette décision.

**D'une part**, il a posé une question cruciale si l'objectif de la loi relative à la concurrence 1999 comporte uniquement le volet économique (favoriser l'efficacité économique) ou si elle compte aussi les volets sociaux et politiques (protéger les PME). D'après lui, la loi thaïlandaise, comme celle du Japon, comporte les deux objectifs.

**D'autre part**, une préoccupation majeure dans ce problème est la montée en puissance des grands distributeurs que si elle n'est pas suffisamment encadrée, le marché sera retrouvé dans l'état de oligopole comme aux États-Unis dans les années 50s.<sup>244</sup> Ce sera une situation non-souhaitable pour les autorités et non-favorable aux consommateurs. À long terme, les politiques des quatre distributeurs vont mettre en cause la structure du marché ainsi que l'intérêt des consommateurs, contrairement à ce que la Commission de la concurrence avait pensé.

Avec l'analyse des objectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation ainsi exposée, nous procédons ensuite à l'analyse des développements enclenchés à partir des objectifs de ces deux domaines juridiques (Section 2).

## **Section 2 L'impact des évolutions sociales sur le droit de la concurrence et le droit de la consommation**

Nous avons pris connaissance du caractère complexe des objectifs du droit de la concurrence et de la consommation. Mais les objectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation se caractérisent aussi au travers des évolutions sociales. En effet, la concurrence

---

<sup>244</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 409

et la consommation se développent en dynamisme afin de répondre aux évolutions sociétales. Le développement est marqué par le concept de l'équilibre dans ces deux droits (§1), et par le phénomène de l'extension des logiques de la concurrence et de la consommation (§2).

### **§ 1 La recherche de l'équilibre en droit de la concurrence et de la consommation**

Si les dispositions de la loi ont une vocation à chercher une solution satisfaisant à toutes les parties concernées, le droit de la concurrence et le droit de la consommation, relevant du domaine de droit économique, doivent bien évidemment renforcer le concept de l'équilibre.

Même si le terme d'équilibre n'est mentionné dans aucun texte sauf l'article L132-1 du Code de la consommation s'agissant des clauses abusives qui parle du déséquilibre significatif, il demeure alors la finalité visée par les deux droits. En effet, l'équilibre n'est pas équivalent à l'égalité qui signifie simplement une part identique à laquelle peuvent accéder tous les acteurs économiques. Plus profondément, l'équilibre prend en compte la réalité des relations économiques dont les parties se trouvent aussi bien en coopération qu'en confrontation. Nous pouvons constater que l'objectif du droit de la concurrence et du droit de la consommation est de lutter contre la déloyauté. Or, les comportements déloyaux présentent des niveaux de gravité variables. Ceux-ci ne sont pas tous condamnés. Nous trouverons ici plusieurs déclinaisons de l'équilibre : l'équilibre entre la libre concurrence et la réglementation économique, celui entre la restriction de la concurrence et l'intérêt des consommateurs ou encore celui entre la liberté d'entreprendre et la protection du consommateur.

L'équilibre recherché par le droit de la concurrence et le droit de la consommation comporte deux aspects. La portée du droit de la concurrence et du droit de la consommation dans chaque domaine est différente l'une à l'autre. Alors que le droit de la concurrence concerne plus essentiellement l'équilibre concurrentiel (A), l'équilibre social est plus marqué dans le droit de la consommation (B).

#### **A) L'équilibre concurrentiel**

Le droit de la concurrence est-il juste un droit pour la libre concurrence ? L'équilibre est en effet l'essence du droit de la concurrence.<sup>245</sup> La présence du droit de la concurrence signifie en elle-même la promotion de l'état concurrentiel du marché, mais cela ne veut pas dire que le droit veut pousser la concurrence à l'extrême (1°). L'équilibre concurrentiel est aussi remarqué par la contribution de la part des consommateurs (2°).

### 1° L'équilibre concurrentiel et le droit de la concurrence

L'équilibre concurrentiel est un niveau de la concurrence souhaitable dans le marché. Il résulte en fait des politiques du droit de la concurrence adoptées par les autorités responsables. **En France**, l'équilibre concurrentiel est caractérisé par un double objectif.

Il s'agit, **d'une part**, de la lutte contre les déficits de concurrence. Un tel déficit traduit une situation dans laquelle la concurrence ne fonctionne pas. Ce déficit peut être le fruit d'un accord de volonté dont les parties s'entendent à éliminer ou limiter la concurrence à leur profit. Il peut être aussi l'effet découlant de la concentration économique. La fusion des entreprises étant une pratique normale dans le monde des affaires pourrait provoquer un effet néfaste sur le marché.

Les restrictions de la concurrence susvisées sont de nature à affecter la concurrence du marché. Mais la concurrence en tant que liberté peut aussi être remise en cause de manière individuelle par la conclusion d'une clause de non-concurrence qui vise à limiter l'exercice de la liberté de la concurrence au profit de l'entreprise. Ce type de restriction est cependant plus ou moins toléré au regard de l'intérêt légitime de l'employeur. Les jurisprudences françaises cherchent à déterminer si la restriction est proportionnelle à l'intérêt légitime.

Le droit de la concurrence est, **d'autre part**, destiné à lutter contre les excès pervers de la concurrence. En effet, il est démontré que les excès de concurrence peuvent conduire les opérateurs à adopter un comportement plus agressif pour attaquer leurs concurrents. Le droit de la concurrence veut **d'un côté** que les opérateurs se combattent pour acquérir la part de marché. Comme le jeu de la concurrence est libre, chacun prend le profit ainsi que le risque dans sa politique commerciale comme l'a souligné Raymond PRIEUR «*La liberté d'agir du concurrent*

---

<sup>245</sup> Yvan AUGUET, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 30

*qui cause le dommage l'emporte sur la sécurité de son rival malheureux.*<sup>246</sup> La jurisprudence admet aussi dans ce sens. La Cour d'appel de Paris a considéré que «*le principe fondamental de la liberté du commerce permet de s'attacher les clients d'un concurrent sans que soit engagée la responsabilité de l'instigateur du déplacement ainsi opéré.*»<sup>247</sup> L'ancien salarié, en l'absence de limitation contractuelle de concurrence, peut librement concurrencer son ancien employeur. Il peut en capter les clientèles à ce que le dommage concurrentiel subi par l'ancien employeur soit considéré comme licite.<sup>248</sup>

**D'un autre côté**, si nous considérons plus profondément le principe de libre concurrence, nous trouvons une contradiction qui réside dans l'influence de la liberté de la concurrence sur son existence. L'exercice de la concurrence revient à affecter la concurrence car les actes individuels des opérateurs contribuent à la remise en cause du niveau global de la concurrence sur le marché.<sup>249</sup> La concurrence porte en elle-même sa propre destruction; que la concurrence tue la concurrence.<sup>250</sup> Cette hypothèse présente un effet désagréable de la libre concurrence. Il faut en effet que la concurrence non seulement soit libre, mais aussi qu'elle soit loyale.

La libre concurrence peut ainsi conduire aux usages déloyaux du commerce. Certaines réglementations sont mises en place pour encadrer les pratiques excessives. À titre exemple, la revente à perte ou les prix abusivement bas constituent des moyens excessifs dans la lutte concurrentielle.<sup>251</sup> En outre, la publicité comparative qui ne respecte pas les exigences légales constitue un moyen excessif de développer les activités.

Les excès de concurrence ne sont pas seulement encadrés par les textes mais aussi par les jurisprudences. Le tribunal a développé la théorie de concurrence déloyale. Les actes de concurrence déloyale sont considérés comme l'exercice abusif de la liberté de concurrence. Ils sont fondé sur un article 1382 du Code civil, un article à vocation générale. Le contrôle de l'excès de concurrence s'effectue à travers d'un régime simple de droit commun; la responsabilité civile.

---

<sup>246</sup> Raymond PRIEUR, «Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché», *RTD Com.*, 1960, p. 521

<sup>247</sup> CA Paris, 9 juin 1999

<sup>248</sup> Y. AUGUET, «Transfert de clientèle et loyauté de la concurrence développée par d'anciens salariés», *D.* 2000, p. 325

<sup>249</sup> Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 6

<sup>250</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 3

<sup>251</sup> Y. AUGUET, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 37

**Quant au droit de la concurrence thaïlandais**, ce droit est sans doute destiné à lutter contre le déficit de concurrence. En revanche, la contribution à lutter contre les effets pervers de concurrence paraît beaucoup moins évidente par rapport à celle du côté déficitaire. Cette ignorance est marquée **d'une part** par la focalisation textuelle sur la prévention de la restriction concurrentielle notamment par l'utilisation d'un intitulé «*la prévention de monopole*» comme le titre des dispositions de contrôle en droit de la concurrence. **D'autre part**, malgré l'existence du régime de la responsabilité civile, la jurisprudence thaïlandaise ne fait aucune distinction entre la concurrence déloyale et d'autres actes à la responsabilité délictuelle. Les actes de concurrence déloyale sont considérés comme les autres responsabilité délictuelle. L'absence serait plus confirmée dans l'affaire des *Quatre distributeurs* dans laquelle les pratiques déloyales sont tolérées au profit des consommateurs en dépit du dommage concurrentiel subi par des petits commerçants. La politique destructrice des grands distributeurs qui provoque la disparition des PME serait alors une bonne illustration de fameuse formule que «*la concurrence tue la concurrence.*»

## 2° L'équilibre concurrentiel et le droit de la consommation

Il convient d'envisager dans quelle mesure le droit de la consommation participe à la réalisation de l'équilibre concurrentiel. **En France**, les consommateurs, dans la relation complexe, apportent des effets tant positifs que négatifs sur l'équilibre concurrentiel. Dans la lutte contre le déficit concurrentiel, les consommateurs jouent un rôle plutôt en contradiction avec l'état de concurrence. Dans certaines hypothèses où la concurrence est restreinte, le déficit concurrentiel peut être justifié par le progrès économique y compris la gain des consommateurs. Dans d'autres hypothèses, toujours au nom de la protection des consommateurs, les excès de concurrence sont admis.

Les consommateurs jouent aussi un rôle plus important dans la lutte contre l'effet pervers de concurrence. En effet, les consommateurs servent de référence pour déterminer une pratique de la concurrence déloyale telle que la confusion causée par l'imitation du produit ou service.<sup>252</sup> Les consommateurs sont pris en considération car les pratiques de concurrence déloyales doivent

---

<sup>252</sup> J. CALAIS-AULOY, «Concurrence déloyale et protection du consommateur», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 61

directement prendre effet sur eux que ce soit la confusion entraînée parmi les consommateurs moyens ou la perte des clientèles. Même si seuls les opérateurs concurrents victimes des pratiques peuvent agir en action de concurrence déloyale, la conception de concurrence déloyale évolue dans le sens de la protection du consommateur comme l'a écrit Yves SERRA en 1993 qu'«*il est incontestable aujourd'hui que les raisons d'être de cette action ne se situent pas seulement au niveau de la protection des concurrents, mais résident aussi dans la prise en considération de l'intérêt des consommateurs et du fonctionnement du marché.*»<sup>253</sup>

Un passage important de la pratique de concurrence déloyale à la protection des consommateurs serait sans doute le régime de la publicité comparative. Au début, la jurisprudence française a interdit la publicité comparative même si elle n'est pas mensongère.<sup>254</sup> Le juge qualifiait cette pratique comme un acte de dénigrement. Il faut attendre en 1986 pour que la Cour de cassation admette la licéité de la publicité comparative en considérant que «*n'est pas illicite une publicité qui, se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents, contribuant ainsi à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence.*»<sup>255</sup> La loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection du consommateur est venue encadrer la publicité comparative.<sup>256</sup> Elle serait admise sous certaines conditions pour aider les consommateurs à faire le choix et pour stimuler la concurrence. Cet excès de concurrence est acceptable en prenant en compte l'intérêt des consommateurs et dans la limite de la loyauté de pratique.

**En Thaïlande**, le droit de la consommation participe peu à la réalisation de l'équilibre concurrentiel. C'est **d'une part** parce que le traitement des sujets du droit de la consommation distingue totalement les consommateurs et le marché. Le droit s'intéresse uniquement à la relation entre un consommateur ou un groupe de consommateurs envers un professionnel. Le lien entre les consommateurs et l'équilibre concurrentiel est peu visible.

---

<sup>253</sup> Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 31

<sup>254</sup> J. CALAIS-AULOY, «Concurrence déloyale et protection du consommateur», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 62

<sup>255</sup> Cass. Com., 22 juillet 1986, *Bull.* IV N°181

<sup>256</sup> La loi a ensuite été modifiée par l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation

**D'autre part**, l'absence du concept de concurrence déloyale ne permet pas aux consommateurs de prendre part dans la caractérisation des fautes. En effet, la pratique la plus disputée comme l'imitation porte plutôt sur les considérations du droit de la propriété intellectuelle. C'est-à-dire, dans ce type de litige la cour détermine *a priori* si la marque du demandeur est protégée par la loi relative aux marques commerciale du 28 octobre 1991 (E.B. 2534).

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation n'ont pas seulement de vocation à établir ou à maintenir l'équilibre concurrentiel, mais aussi d'assurer un équilibre social, un objectif non-négligeable en droit de la concurrence et le droit de la consommation (B).

## **B) L'équilibre social**

Le droit économique, en ce qui concerne l'ensemble des règles ayant pour objet l'activité économique,<sup>257</sup> contient une dimension sociale, c'est-à-dire, les conséquences des règles sur les éléments de la société. L'équilibre social est la mise en balance entre des logiques économiques ou plus précisément les concepts marchands et les considérations sociales. La prise en compte de l'équilibre social se manifeste tant en droit de la concurrence (1°) qu'en droit de la consommation (2°) mais dans manière différente. La dimension sociale ne disparaît pas mais évolue vers la conciliation avec d'autres valeurs.

### 1° L'équilibre social et le droit de la concurrence

**En droit de la concurrence**, l'extension du concept de la concurrence fait craindre à la société notamment en France de la marchandisation de tous les produits et services. Cette préoccupation a pu conduire les autorités à mener des politiques de concurrence en restreignant volontairement le domaine ou l'intensité de la concurrence.<sup>258</sup>

Nous avons déjà évoqué plusieurs domaines dont la concurrence est restreinte tels que la santé publique, la protection du consommateur, la sécurité publique ou encore le progrès dans la création des propriétés intellectuelles. Toutefois, il nous reste un domaine qui se heurte

---

<sup>257</sup> Une notion proposée par Gérard FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 39

<sup>258</sup> Y. AUGUET, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 49

véritablement à la logique concurrentielle. Il s'agit des activités considérées comme des services publics. L'appréciation des services publics dans ce sujet n'est pas facile car ces services se situent entre les activités marchandes et celles d'intérêt général.

Il convient ici de rappeler que l'émergence de la concurrence est le corollaire de la qualité. Utilisée dans le langage de la vente, la qualité paraît indissociable de la logique marchande.<sup>259</sup> La considération de qualité s'applique d'abord aux produits, puis étendue aux services. Nous ne pouvons pas négliger l'influence internationale qui incite la politique de modernisation des services publics en augmentant la concurrence dans les activités.

**En France**, le tout premier pas de la politique de la concurrence dans le secteur public était la signature de l'Acte unique en 1986 qui engage un processus d'eupéanisation des services d'intérêt économique général (SIEG).<sup>260</sup> Les mouvements de modernisation des services publics **en Thaïlande** ont toutefois moins de cohérence. Alors que la loi relative à la capitalisation des entreprises publiques du 4 décembre 1999 (E.B. 2542) vise à renforcer l'efficacité des entreprises assurant les services publics, la loi relative à la concurrence 1999 exclut expressément l'application du principe de libre concurrence dans les secteurs publics. Pour le législateur thaïlandais, l'efficacité et la compétitivité n'est pas en convergence. Malgré l'absence de la libéralisation de nombreux secteurs, l'évolution économique et sociale conduit et incite les entreprises publiques quel que soit le statut à se moderniser.

Entre la vague concurrentielle et l'intérêt général, l'équilibre social joue un rôle important dans l'ajustement d'une place propre de la concurrence. Celle-ci est admise en principe, mais sa portée ne peut être aussi importante que dans les secteurs privés. **Dans le cas de la France**, le sujet des services publics est l'un des sujets délicats dans la construction de l'Union Européenne. Ce sujet concerne non seulement la France, mais aussi les autres États membres. La préoccupation de la sauvegarde de l'intérêt général contribue à la rédaction de l'article 86 du Traité CE (l'article 106 du TFUE) dont le deuxième paragraphe consacre un traitement spécial des SIEG au regard notamment des règles de concurrence. Ce paragraphe dispose en effet que les entreprises publiques «*sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à*

<sup>259</sup> Lucie CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 2

<sup>260</sup> Pierre BAUBY, «L'eupéanisation du service public postal», *RCE*, 2007/2, N°2, p. 149

*l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.»* Il ne s'agit pas de savoir si les services publics français sont qualifiée comme les SIEG selon le traité puisque ces deux concepts traduisent de manière générale l'intervention publique.<sup>261</sup>

Le principe énoncé dans le texte est précisé par plusieurs jurisprudences. Par exemple, l'arrêt *Corbeau* selon lequel *«des limitations à la concurrence au profit de ce service étaient possibles, y compris pour des activités spécifiques, rentables et dissociables de sa mission d'intérêt général dans la mesure où l'obligation pour la poste belge d'exercer des activités non rentables implique une compensation avec des activités rentables.»*<sup>262</sup> Un autre privilège dont bénéficie une entreprise publique peut aller jusqu'à l'exemption de certaines règles de marché.<sup>263</sup>

Il reste que le principe n'est pas appliqué sans dynamisme. La politique de l'Union Européenne ne vise pas seulement à assouplir les règles du marché aux SIEG, mais en même temps elle se dirige aussi vers la démonopolisation et la libération graduelles. Cette politique impose l'ouverture graduelle de la concurrence dans le secteur et la création d'un organe de régulation. C'est donc le moyen par lequel l'équilibre entre la concurrence et l'intérêt général peut être trouvé.

**En Thaïlande**, la situation est encore plus difficile à analyser. Après la promulgation de la loi relative à la capitalisation des entreprises publiques 1999, de nombreuses entreprises publiques sous forme d'ÉPIC ont été transformées en une société anonyme, cotée en bourse ou non. Le changement de statut n'implique pas pour autant l'ouverture de concurrence du secteur. En effet, la libéralisation est l'un des sujets délicats souvent orchestrée par les opposants. Parmi les contestations, l'équilibre social est utilisé à l'encontre de la privatisation dans la mesure où l'État thaïlandais ne prévoit pas les mécanismes suffisants pour garantir la préservation des droits d'usagers ainsi que de l'intérêt général. Ce constat renvoie cependant au ralentissement de tout législation ou engagement d'ouvrir la concurrence dans les secteurs publics, ce qui n'est pas non

---

<sup>261</sup> M. BAZEX et Sophie BLAZY, «Services publics et concurrence : la conciliation par le droit communautaire», *RLC*, 2005/1, p. 70

<sup>262</sup> CJCE 19 mai 1993, aff. 320/91, *Corbeau*

<sup>263</sup> CJCE 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *Eurocontrol*

plus favorable au développement des services. Les entreprises publiques sont toujours incitées à améliorer leur service pour la concurrence dans l'avenir alors qu'il n'existe pas de texte officiel de libéralisation. Le concept de la concurrence provient du cadre international qui veut que la concurrence soit renforcée. Sans la directive comme dans l'Union Européenne, l'adaptation à la concurrence se met en œuvre avec le nouveau esprit accompagnant la Constitution de 1997. Cette dernière a prévu la création de la Commission nationale des télécommunications devenue la Commission nationale de télévision et des télécommunications (CNTT). C'est le seul organe de régulation sectorielle créé par la Constitution.

Pendant neuf années de la Constitution de 1997, la réforme des entreprises publiques a été mise sur l'agenda politique. La capitalisation des ÉPIC a été accusée de faire distribuer les fonds publics aux groupes politiques. Ce processus a été interrompu par un arrêt de la Cour administrative suprême daté du 23 mars 2006 à propos de la transformation de l'Autorité de la Génération d'Électricité de Thaïlande (abrégée en anglais EGAT), l'une des grandes entreprises publiques du pays.<sup>264</sup> L'EGAT est une entreprise publique sous forme d'ÉPIC. Ses missions sont la production et la distribution de l'électricité. Le Gouvernement a mis en œuvre la transformation de l'EGAT en une société anonyme cotée en bourse, mais la procédure de capitalisation a été suspendue, puis annulée par la Cour administrative suprême. Dans ce litige, les demandeurs ont évoqué plusieurs points d'illégalité dont l'absence de mécanisme suffisant de la régulation. À cet époque-là, le Gouvernement avait déjà institué depuis 2005 la Commission de régulation des activités d'électricité par un règlement de l'Office du Premier Ministre. La Cour administrative suprême dans ce recours n'a pas statué sur cette question.

Il convient **ensuite** d'envisager un arrêt postérieur à propos de l'Autorité du pétrole de Thaïlande (abrégée en anglais PTT). Après le succès de l'affaire l'EGAT, le même groupe de demandeurs a dirigé un autre recours pour faire reculer le PTT, capitalisé depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2001, ce qui est bien différent du cas précédent dans lequel l'entreprise attaquée (l'EGAT) n'était pas encore cotée en bourse. La décision était très attendue notamment pour les investisseurs dans la bourse. La Cour administrative suprême a pris la décision au 14 décembre 2007 de ne pas annuler la transformation opérée en 2001 malgré certaines illégalités du

---

<sup>264</sup> Cour administrative suprême, décision n°5/2549 du 23 mars 2006

processus.<sup>265</sup> Une première raison était bien évidemment le dommage économique causé par le retrait du PTT de la bourse. Un autre facteur qui a permis à la Cour de statuer dans ce sens était aussi la promulgation de la loi relative aux activités d'énergie du 9 décembre 2007 (E.B. 2550) entrant en vigueur le 11 décembre 2007. La présence de cette loi créant la Commission de régulation des activités d'énergie a permis à la Cour de confirmer la garantie de l'intérêt général à travers un organe régulateur. La date d'application de cette loi et celle de la décision nous paraissent très proches à tel point que la Cour administrative suprême ait expressément laissé le temps au Gouvernement de réparer l'irrégularité du processus par la voie législative. En tout état de cause, cette décision traduit la prise en compte de l'équilibre social en droit de la concurrence puisque l'annulation totale du processus peut affecter gravement la bourse ainsi que la sécurité juridique.

Après avoir envisagé l'équilibre social à l'égard du droit de la concurrence, il convient d'évoquer l'équilibre social à la lumière du droit de la consommation (2°).

## 2° L'équilibre social et le droit de la consommation

Quant au droit de la consommation, l'équilibre social est considéré comme un concept fondamental. Contrairement au droit de la concurrence, le droit de la consommation est fondé sur le rapport de force inégal. L'objectif initial du droit de la consommation était de pallier les inconvénients que le droit civil n'avait pas pu fixer. Pourtant, nous ne pouvons plus apprécier ce droit uniquement sous l'angle social. Le droit de la consommation comporte donc un double visage.

### *a) Le concept traditionnel du droit de la consommation*

Initialement, le droit de la consommation était considéré comme un droit qui met en place la protection du consommateur. Ce droit spécial prend en compte la réalité contractuelle en réaction à la vision abstraite et désincarnée des relations contractuelles désignées par le droit civil.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> Cour administrative suprême, décision n°35/2550 du 14 décembre 2007

<sup>266</sup> Dennis MAZEAUD, «Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique», *RLC*, 2006/9, p. 137

Le droit de la consommation tant en France qu'en Thaïlande était marqué par cet esprit social. **En France**, les lois consuméristes dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle ont vu le jour du fait d'un groupe de pression des consommateurs. Cependant, il fallait interroger si seule la pression du groupe a pu conduire la législation. En fait, l'action ne pouvait être possible sans contexte qui constituait le fondement des lois. Probablement, c'était parce que cela correspondait à un besoin profond de la société.<sup>267</sup> Les citoyens avaient véritablement besoin de la législation sur la protection du consommateur.

**En Thaïlande**, le contexte paraissait plutôt identique. Même s'il n'y a pas eu à l'époque d'association de consommateurs, la loi relative à la protection du consommateur 1979 a été poussée par le Conseil national des femmes au milieu des années 70s. La conscience de la consommation a trouvé son origine chez les femmes puisqu'elles étaient le premier groupe touché par les problèmes de consommation qu'ils soient en termes du prix déraisonnable ou de la mauvaise qualité des produits.<sup>268</sup> Il faut attendre 1979 afin qu'une législation sur la protection du consommateur soit mise en place à cause de l'instabilité politique.

Ce contexte nous donne rigoureusement une image de la fonction sociale du droit. Les femmes à l'époque étaient les femmes au foyer dont les activités concernent toujours les produits de consommation qu'ils soient la nourriture, les produits ménagers ou encore les factures d'électricité et d'eau. Elles avaient peu de moyens pour revendiquer auprès des producteurs, ce qui donne donc toute la légitimité à l'État d'intervenir pour protéger les femmes comme la partie faible dans les rapports avec les professionnels. La logique initiale de la protection du consommateur en Thaïlande a été sans doute la protection des parties faibles.

#### *b) Le concept contemporain du droit de la consommation*

Le droit de la consommation ne doit être toutefois analysé uniquement en tant que la protection dans le contexte économique contemporain. **En droit français**, un élément-clé dans ce phénomène est l'insertion du droit communautaire dans le droit interne de la consommation. Même si la protection appliquée par le droit communautaire repose sur les techniques identiques du droit interne (obligations d'information, formalisme, transparence, délai de réflexion, droit de rétractation, déséquilibres contractuels, sécurité des consommateurs etc.), la consommation est

<sup>267</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 22

<sup>268</sup> Susom SUPHANIT, *Le droit de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 4<sup>e</sup> édition, 2003, p. 25

traitée par une approche différente. Ces techniques communes ne visent pas *a priori* à protéger la partie faible. Elles participent en effet à la réalisation du marché unique. La protection du consommateur au niveau européen est considérée comme un moyen et non comme une fin.<sup>269</sup>

Ainsi, la politique communautaire traite la protection du consommateur dans un aspect différent. Le droit communautaire apprécie la protection non seulement comme des règles qui doivent être mises en conformité afin de favoriser le marché intérieur européen, mais aussi comme un motif à la restriction de la concurrence qui doivent être placée sous le contrôle pour déterminer si des mesures ont pour objet ou pour effet une reconstruction artificielle des frontières et un cloisonnement des marchés.<sup>270</sup>

**En Thaïlande**, le droit de la consommation évolue vers le droit d'encadrement économique mais d'une façon moins évidente. Les règles de consommation s'intéressent largement encore à la protection du consommateur qui sont fragiles vis-à-vis des professionnels. Des preuves de l'évolution du droit de la consommation vers le droit économique seraient la promulgation de la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002 et la loi relative à la transaction électronique 2001.

La difficulté d'insérer ce nouvel esprit peut être expliquée par l'absence de base du concept économique dans ce domaine. Le législateur thaïlandais a choisi le terme «*protection du consommateur*» dès la première législation en 1979. Le lexique demeure toujours utilisé, ce qui nous permet de considérer que l'objet du droit est les consommateurs, et non la consommation. Il faut attendre si ce nouvel aspect va se développer dans le cadre de la Communauté économique de l'ASEAN en 2015.

Après avoir analysé le concept des équilibres, il serait ensuite intéressant d'envisager les autres domaines qui donnent de nouvelles essences au droit de la concurrence et au droit de la consommation. Les notions de la concurrence et de la consommation sont alors élargies (§2).

## **§ 2 L'investissement des notions de la concurrence et de la consommation dans d'autres domaines**

---

<sup>269</sup> D. MAZEAUD, «Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique», *RLC*, 2006/9, p. 137

<sup>270</sup> Alain GHOZI, «La conformité», in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica*, 2002, p. 103

Si les notions de concurrence et de consommation relèvent d'une dimension plutôt économique, un franchissement des notions signifie l'insertion de la logique économique dans les secteurs considérés comme non-marchands. Les domaines approchés par le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont nombreux. Nous en choisissons quelques-uns dont l'enjeu devient aujourd'hui important : celui de l'environnement (A) et celui de la santé (B).

### **A) La concurrence et la consommation dans le développement durable**

Avant d'analyser le rôle de la concurrence et de la consommation, il est nécessaire de connaître le terme du *développement durable*. Selon le rapport Brundtland, le développement durable est «*un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs.*»<sup>271</sup> Ce concept de base utilisé au Sommet de la Terre en 1992 a été communément admis et enrichi. Le sujet est devenu de plus en plus important avec le phénomène du réchauffement climatique dans la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Celui-ci a été reproché d'être la cause principale à de nombreuses catastrophes naturelles.

Le sujet de l'environnement prend alors une place importante devant la scène politique. Si l'environnement devient une première préoccupation, une question est posée, à savoir dans quelles mesures il peut se réconcilier avec la vie économique. Une info synthèse du ministère des affaires étrangères et européennes préconise que le développement durable repose sur trois piliers : économique (le développement durable ne limite pas le progrès économique), sociétal (le développement durable prend en compte l'intérêt pour tous) et écologique (le développement durable veille à la préservation, à la valorisation voire l'amélioration de l'environnement et des ressources naturelles).<sup>272</sup> Il convient donc de voir comment le développement durable se met en œuvre dans le droit de la concurrence (1°) et le droit de la consommation (2°).

#### 1° La portée du développement durable et le droit de la concurrence

À première vue, le droit de la concurrence ne semble pas cohérent avec le développement

---

<sup>271</sup> Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations unies, *Notre avenir à tous*, (dit Rapport Brundtland), 1987, Chapitre 2

<sup>272</sup> Ministère des affaires étrangères et européennes, *La France à la loupe Le développement durable en France*, Info synthèse, juin 2008, p. 1

durable. La concurrence, qui vise à stimuler les activités économiques et la consommation, affecte directement les ressources naturelles et l'environnement tandis que le développement durable procède à leur préservation. Il convient d'envisager l'évolution du droit de la concurrence face à l'émergence du développement durable.

*a) Le développement durable dans la dimension internationale*

Le concept de protection d'environnement est admis à l'échelle internationale. Tous les textes fondamentaux placent la protection de l'environnement dans la catégorie des exceptions ou des dérogations aux principes. Nous trouvons ainsi l'article XX du GATT qui laisse la possibilité d'adopter ou d'appliquer des mesures *(b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes ou des animaux ... et (g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables.*

Quant à la pratique décisionnelle au sein de l'OMC, l'affaire dite *Crevette* dans laquelle les États-Unis avaient prohibé l'exportation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes constitue un bon exemple. Dans ce différend, les États-Unis avaient évoqué un motif de la préservation des ressources naturelles pour justifier l'interdiction des produits dont la pêche ne respecte pas les règles de la protection de l'environnement émises. Le rapport de l'organe d'appel exprime bien l'interprétation de cet article. Dans son § 186, l'organe statue que *«bien que la mesure prise par les États-Unis qui fait l'objet de cet appel serve un objectif environnemental reconnu comme légitime en vertu du paragraphe g) de l'article XX du GATT de 1994, elle a été appliquée par les États-Unis de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les Membres de l'OMC, ce qui est contraire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.»*<sup>273</sup> Cette considération exprime la soumission de la valeur environnementale à celle de la concurrence. La restriction à la concurrence au nom du développement durable est possible, mais à condition qu'elle ne soit pas discriminatoire, arbitraire ou injustifiable.

*b) Le développement durable dans la dimension nationale*

En droit interne, le développement durable s'insère dans le processus de décision

---

<sup>273</sup> Rapport de l'organe d'appel, WT/DS58/AB/R, distribué le 12 octobre 1998, § 186

politique en remettant en cause la vision à court terme du marché. C'est donc un facteur obligeant les dirigeants politiques à repenser leur décision.<sup>274</sup> La politique sur le développement durable se met en œuvre plus rigoureusement en France qu'en Thaïlande.

**En France**, le développement durable se prévaut dès le droit fondamental. La Charte de l'environnement a été intégrée dans le bloc de constitutionnalité au 1<sup>er</sup> mars 2005. Elle porte notamment sur trois principes : celui de prévention, celui de précaution et celui de pollueur-payeur. La disposition clé de la Charte serait l'article 6 qui dispose que *«les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.»*

Au niveau législatif, il est évident que l'État français a avancé un grand pas avec la promulgation de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement dite Grenelle 1 et de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite Grenelle 2. Ces textes visent à concrétiser la politique de l'environnement dans plusieurs domaines : urbanisme, transport, énergie, biodiversité, gestion de déchets. Cependant, les lois ne peuvent pas intégralement insérer le concept du développement durable dans les domaines économiques. Un obstacle important dans ce rapprochement serait une attitude selon laquelle des entreprises qui suivent le modèle durable sont souvent considérées moins compétitives. L'incitation aux acteurs économiques d'adopter le plan du développement durable n'est donc pas facile.

Si le développement durable doit être mis en œuvre, c'est par les acteurs publics qu'il devra commencer. La réforme du Code des marchés publics en 2006 a trouvé un succès de promulguer la clause sociale et environnementale dans le Chapitre VI du Titre II annexé au décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics. Pourtant ce chapitre énonce que *«les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social»*, ce qui constitue de cette disposition une valeur facultative.

Cette position montre en fait l'hésitation des pouvoirs publics d'intégrer le concept du

---

<sup>274</sup> Gilles J. MARTIN, «L'ordre concurrentiel et la protection de l'environnement», in *L'ordre concurrentiel Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 478

développement durable. Une autre difficulté serait une éventuelle distorsion de concurrence dans une hypothèse où il y a peu de candidats pouvant répondre à un appel d'offre «*bio*», cette situation peut être améliorée au fil du temps par l'augmentation du nombre d'acteurs sur le marché.<sup>275</sup>

**En Thaïlande**, la prise en compte de l'environnement est présente mais pas générale. Même si les lexiques tels que le réchauffement climatique ou le développement durable entrent dans les discours politiques, la mise en œuvre juridique est toujours en attente. La crise politique évoquée depuis 2006 a ralenti la performance déjà faible du Parlement. L'intérêt de la protection de l'environnement et du développement durable déjà reconnu a été masqué par les problèmes politiques plus urgents.

Un progrès dans le domaine de l'environnement serait l'article 67 de la Constitution de 2007 qui impose l'obligation d'une étude d'impact dans l'opération du projet ou de l'activité susceptible d'affecter sévèrement aux communautés quoi qu'il s'agisse de l'environnement, de la ressource naturelle ou de la santé, ce qui est un héritage de l'article 56 de la Constitution de 1997. La jurisprudence de l'article 67 a déjà été illustrée dans l'affaire *Map Ta Phut*<sup>276</sup> qui explique aussi bien la perception sur l'environnement que l'état d'esprit de la préoccupation exagérée dans le public thaïlandais.

La prise en compte du développement durable en droit de la concurrence a par la suite donné lieu à des nouvelles problématiques en droit de la consommation (2°).

### 2° La loyauté dans le marché de la consommation durable et le droit de la consommation

L'apparition d'une nouvelle valeur crée un nouveau marché. Le *marché de la consommation durable* comprend les produits et services qui respectent aux règles environnementales et sociales. Ce respect peut être dans la phase de production, de distribution ou dans la prestation de service. Dès lors que ce respect constitue une valeur, ces renseignements

---

<sup>275</sup> Élisabeth LAVILLE, *Pour une consommation durable*, Rapport du Centre d'analyse stratégique, n°33, 2011, p. 126

<sup>276</sup> Cour administrative suprême, ordonnance n°592/2552 du 2 décembre 2009 déjà citée. La Cour a suspendu soixante-seize projets de construction dans la zone industrielle car la l'organe indépendant de l'environnement n'a pas encore été créé. La Cour a suspendu tous les travaux sans apprécier le risque environnemental de chaque projet.

apparaissent pour informer les consommateurs. **En France**, des labels et des normes de références sont créés pour assurer la cohérence des produits et services au développement durable. Il existe actuellement deux labels officiels : celui de NF Environnement et celui d'Écolabel européen. Mais les labels à l'initiative privée se multiplient sur le marché. Le devoir de l'État est d'encadrer cette profusion des labels. En effet le problème ne consiste pas à la rareté des informations fournies, mais à l'excès. Trop d'informations entraîne souvent la confusion. Selon l'article 54 de la loi Grenelle 1, les consommateurs doivent pouvoir disposer d'une information environnementale *sincère, objective et complète* portant sur les caractéristiques globales du couple produit/emballage. L'information plus subjective diffusée sous forme des arguments portant sur le développement durable peut conduire les consommateurs à un dérive dit «*greenwashing*.»<sup>277</sup> La loyauté dans les labels est contrôlée à double moyens.

*a) La régulation de la loyauté dans le droit de la consommation*

La loyauté est régulée par divers organes. En ce qui concerne le commerce équitable, une loi a donné la définition à celui-ci<sup>278</sup> en créant la Commission nationale du commerce équitable. Cette dernière n'a pas de mission de labelliser des produits, mais de reconnaître les organismes du commerce équitable. L'Autorité de régulation professionnelle de la publicité exerce le rôle de co-régulation dans la surveillance des arguments de développement durable, ce qui constitue une fonction sociale et éducative d'une publicité au-delà de la fonction marchande.

La loi Grenelle 2 a ajouté dans l'article L214-1 du Code de la consommation *les exigences de précision, de vérification et de prise en compte des éléments significatifs du cycle de vie des produits dans l'élaboration des allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes* dans la liste des domaines auxquels un décret en Conseil d'État doit être pris pour assurer l'exécution. En attendant un tel décret, le Conseil national de la consommation (CNC) a rendu en juillet et en décembre 2010 deux avis et rapports relatif à la clarification d'allégations environnementales.<sup>279</sup> Les textes examinent terme par terme sur la perception des consommateurs, la pertinence, les conditions d'emploi et les

---

<sup>277</sup> Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME, «Le «marché de la consommation durable» : regards sur la loyauté des pratiques commerciales», CCC, décembre 2012, p. 6

<sup>278</sup> Voir l'article 60 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises

<sup>279</sup> Télécharger les avis et rapport sur <http://www.economie.gouv.fr/cnc/Avis-et-rapports-2010>

justifications à apporter sur chaque allégation.

*b) La réglementation de la loyauté dans le droit de la consommation*

La loyauté est réglementée par les dispositions notamment celles de pratiques commerciales déloyales. Dans la liste noire établie par l'article L121-1-1 du Code de la consommation, les pratiques seront réputées trompeuses si elles se prétendent signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas, si elles affichent un certificat ou un label non autorisés, si elles affirment faussement qu'un tel code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé ou si elles affirment contre la vérité l'agrément ou l'autorisation d'un organisme public ou privé ou qu'elles ne respectent pas les conditions d'un tel agrément ou d'une telle autorisation. Cette disposition ne porte pas directement sur le développement durable mais peuvent être appliquée de manière générale.

Plus précisément, la loi Grenelle 2 a complété l'article L142-2 du Code de l'environnement s'agissant de l'action des associations de protection de l'environnement. Les associations sont aussi habilitées à exercer une action en réparation *contre les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales*. L'élargissement des pouvoirs des associations d'environnements signifie l'augmentation du nombre des acteurs agissant dans le domaine de la consommation, ce qui renforce **d'un côté** la possibilité de l'action contre l'abus du concept du développement durable par les associations de protection de l'environnement plus sensibles au sujet. Une question reste **d'un autre côté** à savoir comment interpréter la disposition quant à la différence de principe entre la protection du consommateur et celle de l'environnement.

**Quant à la Thaïlande**, si les associations des consommateurs doivent déjà gérer de très nombreux dossiers, les plaintes concernant les labels sont en faible volume et placées au second rang. Le marché des produits bios ou organiques devient de plus en plus populaire notamment dans la zone urbaine où les habitants ont la capacité d'en procurer. En effet, il faut attendre jusqu'à ce que cette tendance soit assez commercialisable pour qu'il y ait respectivement plus de consommation, plus de conflit et enfin plus de réglementation sur ce domaine.

Les notions de la concurrence et de la consommation se développent aussi dans les domaines de la santé (B).

### **B) La concurrence et la consommation dans le domaine de la santé**

Si la santé peut être considérée comme un domaine voisin à celui de l'environnement, son ampleur est alors plus importante puisqu'il s'agit directement de la vie des personnes. La France, en particulier, a déjà connu une très grave affaire dite «*du Sang contaminé.*»<sup>280</sup> L'expérience explique de très grande précaution portée du pays dans l'interdiction de commercialiser de la viande bovine britannique pendant la crise de la «*vache folle.*»<sup>281</sup>

Actuellement, l'un des sujets très courants dans le domaine sanitaire serait la réglementation des produits OGM. Selon un texte communautaire, l'organisme génétiquement modifié ou OGM est «*un organisme, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle.*»<sup>282</sup>

Le développement des produits OGM vise à pallier un risque alimentaire avec l'augmentation sans cesse de la population dans la planète. Cependant, l'expansion des produits OGM comporte aussi des risques sanitaires et environnementaux. Dans le domaine scientifique, les débats et batailles sur les effets d'OGM sont aussi nombreux et continus. Sur la scène politique et juridique, les résultats d'études seront vérifiés et servis comme référence dans le processus de décision politique. Il convient de savoir si l'application des règles spécifiques pour les produits OGM constitue-t-elle une distorsion de la concurrence.

C'est à ce point-là que créent les problématiques en droit de la concurrence et en droit de la consommation. En fait, l'utilisation d'OGM peut être divisée en deux domaines. **D'une part**, les OGM destinés pour la culture, et **d'autre part**, les OGM importés, transformés ou qui sont destinés à l'alimentation humaine et animale. Nous allons voir la mise en balance réglementaire

---

<sup>280</sup> C'est une affaire provoquée dans les années 80s et 90s dans laquelle plusieurs personnes ont été contaminées par le virus du Sida ou de l'Hépatite C suite à une transfusion sanguine faite de mesures de sécurité suffisamment efficaces.

<sup>281</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p.14

<sup>282</sup> L'article 2 Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil

et jurisprudentielle entre le principe de précaution, la libre circulation (1°) et l'information des consommateurs (2°).

### 1° La libre concurrence et les produits OGM

Afin d'apprécier l'application de la libre concurrence au contexte des produits OGM, il faut au préalable examiner les réglementations sur ces produits.

#### *a) L'encadrement communautaire des OGM*

**En Europe**, les contrôles sur les produits OGM sont divisés en deux phases, la dissémination et la mise sur le marché d'OGM destinés à l'alimentation humaine ou animale, ou de denrées alimentaires ou d'aliments pour animaux. Notre étude s'intéressant uniquement à la commercialisation des produits OGM dont la procédure est plus stricte. La mise sur le marché des produits OGM destinés à but alimentaire est régie par le règlement (CE) n° 1829/2003.<sup>283</sup> L'article 4 du règlement énonce les trois exigences importantes pour les denrées alimentaires OGM qu'elles ne doivent pas avoir des effets négatifs sur la santé humaine, la santé animale ou l'environnement, induire le consommateur en erreur et différer à un point tel des denrées alimentaires qu'elles sont destinées à remplacer que leur consommation normale serait, du point de vue nutritionnel, désavantageuse pour le consommateur.

Une procédure d'autorisation communautaire, centralisée, uniforme et transparente est prévue dans ce cas. En effet, il est possible qu'une activité concernant OGM doit se conformer au règlement n° 1829/2003 ainsi qu'à la directive 2001/18/CE. Le notifiant dispose d'un choix, soit il fait un dossier dans son ensemble qui va être soumis uniquement au règlement n° 1829/2003 selon le principe «*une clef pour chaque porte*», soit il introduit une partie de la demande à la fois sous la directive 2001/18/CE et sous le règlement n° 1829/2003.

Le régime d'autorisation selon le règlement n° 1829/2003 fonctionne sur la base d'une évaluation des risques effectués par l'Autorité européenne de sécurité des aliments. L'autorisation est accordée pour une période de 10 ans renouvelable, sous réserve, le cas échéant, d'un plan de surveillance après la commercialisation. Les produits autorisés seront

---

<sup>283</sup> Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés

inscrits sur un registre public des denrées alimentaires et aliments pour animaux GM.<sup>284</sup>

**En Thaïlande**, OGM est un sujet important dans le domaine de la santé ainsi que celui de l'économie notamment dans les pays d'agriculture dont la Thaïlande qui devrait prendre toutes les mesures de précaution afin de protéger sa biodiversité et sa richesse alimentaire. Cependant, le sujet d'OGM en Thaïlande ne suscite pas vraiment de préoccupation sanitaire et environnementale, mais se présente plutôt comme un enjeu économique dans la mesure où le développement des OGM va améliorer la productivité agricole. Sans doute, les chercheurs thaïlandais a adopté le modèle du développement américain.

Selon une réponse ministérielle en 2009,<sup>285</sup> la Thaïlande a entamé depuis 1983 la recherche et développement des OGM. Les recherches conduites au sein des instituts administratifs et universitaires s'intéressent uniquement aux OGM végétaux et micro-organismes. En 2000, l'année durant laquelle les OGM étaient connus au public, le Gouvernement a fixé sous forme d'une résolution du Conseil des ministres les stratégies des produits OGM dans plusieurs volets. La résolution du 27 juin 2000 porte alors sur le contrôle dans le processus de production, la sensibilisation au public sur la fiabilité d'OGM, les organes du contrôle et de la normalisation des produits et la mise en conformité avec les règlements du commerce international.

Les expérimentations d'OGM s'effectuent progressivement du laboratoire à l'expérimentation dans le serre et enfin dans le champ. L'expérimentation dans le champ a été interrompue en 2001 due à la dissémination involontaire des semence OGM. L'idée d'une législation encadrant directement les activités d'OGM a apparu en 2004. Cette loi doivent être appliquée avant que soient autorisées la culture d'OGM et son utilisation dans le but commercial.<sup>286</sup> Un séminaire organisé par le ministère de sciences et de technologies dans l'année suivante a adopté le principe des «*OGM alternatifs*.» Ce principe est une base de la rédaction du *projet de loi relative à la biosécurité des nouvelles technologies biologiques* adopté par le Conseil des ministres au 22 janvier 2008.

---

<sup>284</sup> Questions et réponses sur la réglementation des OGM dans l'Union européenne, MEMO/05/104 du 22 mars 2005, p. 12

<sup>285</sup> La réponse ministérielle du Premier Ministre à la question parlementaire n° 180 ror, *Journal officiel*, 16 octobre 2009, p. 46

<sup>286</sup> La résolution du Conseil des ministres du 31 août 2004

Tant que ce projet de loi n'est pas adopté au Parlement, la Thaïlande doit encore attendre et subir pendant ce temps un état de vide juridique concernant OGM. Selon le projet de loi, les produits OGM sont soumis au régime d'autorisation dans toutes les phases : l'importation, l'exportation, l'expérimentation, la dissémination et la commercialisation. Le demandeur doit ainsi fournir une étude d'évaluation de risque dans la demande.

*b) La libre concurrence face aux produits OGM*

**En Europe**, l'apparition des OGM pose le problème au principe de la libre concurrence. Les opérations exigées par le pouvoir public sont souvent remises en cause pour l'excès de pouvoir. En effet, les procédures spéciales appliquées aux OGM pourraient être justifiées au regard du principe de précaution et celui de la protection de la santé. Toutefois, les mesures imposées aux produits OGM doivent être interprétées de manière stricte afin qu'elles ne constituent pas de distorsion de la concurrence. Deux jurisprudences illustrent ainsi l'application des mesures par le juge.

Un arrêt de la CJCE<sup>287</sup> interprète le champ d'application d'un texte communautaire sur l'étiquetage des produits OGM. Il s'agit, en l'espèce, des aliments destinés aux nourrissons contenant des OGM, mais dans une quantité très faible ne dépassant pas 1% des ingrédients totaux. Le règlement (CE) n° 1139/98 du Conseil, du 26 mai 1998 pose un principe général d'obligation de la mention sur des denrées alimentaires de la présence d'OGM. Ce règlement est néanmoins assorti d'une dérogation lorsque la présence d'OGM est inférieure à 1 % et que la contamination s'avère accidentelle. La question ici est de savoir si une telle dérogation s'applique aussi aux aliments destinés aux nourrissons.

La Cour a considéré que le principe de précaution présuppose que subsistent des incertitudes quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes,<sup>288</sup> cependant le principe ne peut être invoqué qu'en amont du processus décisionnel, donc l'autorisation de mise sur le marché du produit litigieux. La dérogation s'applique aussi aux produits en cause. La sécurité juridique et la libre circulation des marchandises semblent prévaloir sur la précaution. L'interdiction d'invoquer des risques sanitaires d'un produit une fois qu'il est autorisé d'être commercialisé vise à garantir la sécurité juridique et l'applicabilité de l'autorisation. Fabienne

<sup>287</sup> CJCE, 26 mai 2005, aff. C-132/03, *Ministero della Salute c/ Codacons*

<sup>288</sup> CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia*

KAUFF-GAZIN voit cette position regrettable en ce que la Cour a placé la sécurité juridique et la libre circulation au détriment de la santé des personnes.<sup>289</sup>

Un arrêt du Conseil d'État exerce aussi une interprétation conforme à la CJCE. Il s'agit, en l'espèce, de la présence accidentelle d'OGM dans des lots de semences conventionnelles de maïs importés des Etats-Unis. Le secrétaire d'État aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat et à la consommation a donc prescrit une instruction à des entreprises ayant acheté ces lots de maïs d'étiqueter les récoltes qui en seraient issues de façon à indiquer la présence d'OGM. Or, ces lots de maïs en cause sont destinés à l'alimentation animale, des usages industriels, ou , après transformation, l'alimentation humaine. Le Conseil a considéré que le règlement n° 1139/98 du Conseil du 26 mai 1998 ne s'applique qu'à l'étiquetage des denrées présentées à la vente au consommateur final et aux collectivités. Les maïs en cause malgré la présence d'OGM ne sont pas obligés de présenter sa contamination. L'instruction du secrétaire d'État est donc annulée pour l'excès de pouvoir.<sup>290</sup> Le juge considère l'étiquetage comme un obstacle à la libre concurrence. Même si la mesure est justifiée, le champ d'application doit strictement être interprété malgré le principe de précaution.

L'apparition des produits OGM provoque une préoccupation majeure chez des consommateurs notamment en ce qui concerne le renseignement sur des produits OGM (2°).

### 2° Les consommateurs et les produits OGM

La problématique des OGM ne relève pas seulement de la phase d'autorisation. En effet, un régime d'autorisation accompagné d'un rapport d'évaluation des risques pourrait plus ou moins garantir la protection du consommateur. Une question posée ici est de savoir si le produit OGM autorisé doit encore informer les consommateurs de sa modification génétique.

La question d'étiquetage a marqué la différence des logiques américaines et européennes au cours de l'élaboration du Protocole de Carthagène<sup>291</sup> en 2000. Les États-Unis, en constatant

---

<sup>289</sup> Fabienne KAUFF-GAZIN, «Étiquetage des produits contenant des OGM en faible quantité», *Europe*, juillet 2005, comm. 245

<sup>290</sup> CE 20 novembre 2002, n°229017, *Sté Golden-Harvest-Zelder*

<sup>291</sup> Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique dit Protocole «*biosécurité*» est un protocole signé le 29 janvier 2000 dans le cadre de l'ONU, à la suite de la Convention sur la diversité biologique adoptée à Rio de Janeiro en 1992.

que les produits ayant obtenu l'autorisation de mise sur le marché sont forcément sans danger, jugeaient la généralisation de l'étiquetage inutile et trop coûteuse. L'Union européenne a en revanche défendu la politique d'étiquetage en démontrant les exigences de sécurité sanitaire et environnementale ainsi que la liberté de choix des consommateurs.<sup>292</sup> Un compromis est trouvé quand le Protocole prévoit que les OGM pour but alimentaire humain ou animal ou pour être transformés doivent être étiquetés.

**En Europe**, deux textes communautaires régissent l'étiquetage des produits OGM. De manière générale, le règlement 1830/2003/CE impose aux opérateurs de tous les produits préemballés qui consistent en OGM ou qui en contiennent d'indiquer sur une étiquette que «*ce produit contient des organismes génétiquement modifiés*» ou que «*ce produit contient du (nom du ou des organismes) génétiquement modifié(s)*».

Plus précisément, les denrées alimentaires et aliments pour animaux GM sont soumis aux règles selon le règlement 1829/2003/CE. Les denrées alimentaires GM fournies telles quelles doivent être étiquetées indépendamment de la présence dans un produit final d'ADN ou de protéines issues de la modification génétique. Les produits hautement raffinés ainsi que ceux à l'alimentation animale sont aussi concernés par cette mesure. Tous ces produits GM pourraient encore être encadrés par les législations nationales.

Malgré le contrôle, il paraît possible que les produits conventionnels sont contaminés par OGM. Dans ce cas, les articles 12 et 24 du règlement 1829/2003/CE fixent le seuil de la proportion d'OGM de 0,9 pourcent au-dessous duquel l'étiquetage est exempté. La présence doit également être fortuite ou techniquement inévitable. Mais afin de prouver le caractère fortuit ou l'inévitabilité technique, les exploitants doivent démontrer qu'ils ont pris des mesures adéquates pour éviter la présence d'OGM.

*a) La marge de d'appréciation du juge en matière de mise sur le marché et de l'étiquetage*

**Les mesures communautaires** appliquées aux produits OGM sont mises en place sous le

---

<sup>292</sup> Nathalie de GROVE-VALDEYRON, «Le cadre juridique des OGM dans l'Union européenne : une avancée pour la protection du consommateur», in *Sécurité alimentaire et OGM*, Richard OUELLET (dir), Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 177

principe de précaution. Nous avons déjà examiné les jurisprudences qui mettent en balance le principe de précaution et celui de la libre circulation. Cette fois-ci, nous étudions la prise en compte de la précaution qu'illustre l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Il s'agit, en l'espèce, des apiculteurs qui avait d'une façon traditionnelle fabriqué du miel. Or, leur produit se voit contaminé par des OGM suite au butinage de champ de maïs OGM par leurs abeilles. Les apiculteurs ont constaté que leur miel et le pollen contenaient du pollen de maïs OGM. Le recours en responsabilité a été dirigé contre Freistaat Bayern (l'État libre de Bavière) qui cultivait ces champs de maïs. Le juge allemand a demandé à la CJUE sur la question de savoir si une substance comme du pollen issu de maïs OGM relève de la notion d'OGM au sens de l'article 2 du règlement 1829/2003/CE.

La Cour a **d'abord** considéré que le miel et du pollen fabriqués à base de pollen de maïs OGM constituent des denrées alimentaires au sens du règlement. **Ensuite**, le pollen de maïs OGM, s'il n'est pas qualifié d'OGM, est au moins considéré comme produit à partir d'OGM. La Cour a **enfin** conclu que ce pollen constitue un ingrédient du miel malgré l'absence de son caractère intentionnel de contamination. Le produit est alors soumis au régime d'autorisation de mise sur le marché.

Une autre question du juge allemand a été de savoir si la faible quantité de la présence d'OGM pouvait permettre aux apiculteurs d'échapper au régime d'autorisation par analogie puisque le produit bénéficie d'une exemption d'étiquetage. La Cour a cependant rejeté cette interprétation qui rend inutile l'article 3 du règlement 1829/2003/CE visant à protéger la santé publique.<sup>293</sup>

Cet arrêt illustre bien la préoccupation du juge autour de la protection de la santé publique. La CJUE a détaillé sa ligne d'interprétation pour aller à la conclusion que le produit relève de la définition d'OGM. La décision montre en outre que l'exemption d'étiquetage ne donne pas d'exemption à l'autorisation de la mise sur le marché. D'ailleurs, les faits dans ce litige atteste l'incidence des cultures OGM sur la commercialisation d'un produit contaminé même de manière fortuite et en faible quantité de matériel génétiquement modifié.<sup>294</sup>

#### *b) À propos d'étiquetage «sans OGM»*

<sup>293</sup> CJUE, 6 septembre 2011, aff. C-442/09, *Bablok*

<sup>294</sup> Marie MEISTER, «Organismes génétiquement modifiés», *Europe*, novembre 2011, comm. 434

**En France**, la politique de l'étiquetage provoque un effet important sur le comportement des consommateurs. Si de nombreux exploitants veulent éviter la mention OGM sur l'étiquette de leur produit, c'est parce que beaucoup de consommateurs européens se voient encore réticents à utiliser ce type de produit. Par ce phénomène, une autre mention est inventée. Si l'objectif de la mention «*contient OGM*» est d'informer les consommateurs, celui de la mention «*sans OGM*» serait plutôt de vanter une qualité supérieure d'un produit par rapport à celui contenant des OGM. C'est un message né par la pratiques des affaires.

Un décret est venu réglementer cette mention.<sup>295</sup> Pris pour l'application de l'article L531-2-1 du Code de l'environnement, le décret fixe trois catégories de produit auxquelles les mentions sur l'absence d'OGM sont réservées.

**Premièrement**, les ingrédients d'origine végétale non génétiquement modifiés et ceux obtenus à partir de matières premières contenant au maximum 0,1 % d'OGM peuvent porter la mention «*sans OGM*» à condition que la présence d'OGM soit fortuite et techniquement inévitable.

**Deuxièmement**, les ingrédients provenant d'animaux d'élevage peuvent utiliser la mention en deux cas. **D'une part**, les ingrédients non transformés sauf des œufs et du lait peuvent utiliser soit la mention «*nourri sans OGM (< 0,1 %)*», soit la mention «*nourri sans OGM (< 0,9 %)*». **D'autre part**, les ingrédients transformés ou des œufs et du lait peuvent utiliser soit la mention «*issu d'animaux nourris sans OGM (< 0,1 %)*», soit la mention «*issu d'animaux nourris sans OGM (< 0,9 %)*».

**Troisièmement**, les ingrédients issus de l'apiculteur peuvent porter la mention «*sans OGM dans un rayon de 3 km.*»

### *c) La Thaïlande face aux produits OGM*

**En Thaïlande**, même si les expérimentations des OGM dans le pays sont toujours contrôlées, les consommateurs thaïlandais n'échappent pas aux produits contenant OGM dans le cadre d'importation notamment en provenance des États-Unis. Il n'y a pas non plus de règles obligeant les importateurs à informer la présence du contenu OGM sur l'étiquette. L'article 49 du projet de loi relative à la biosécurité des nouvelles technologies biologiques oblige que le

---

<sup>295</sup> Décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées «sans organismes génétiquement modifiés»

titulaire d'une autorisation de commercialiser les produits OGM pour but d'alimentation humaine, d'alimentation des animaux ou en tant que matière première d'étiqueter ses produits. Le titulaire doit fournir en thaïlandais et en langue étrangère les informations claires et suffisantes pour les consommateurs.

## Conclusion du Chapitre 2

Quels sont les objectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation ? Telle était la question essentielle dans ce Chapitre 2.

L'étude des valeurs visées par le droit de la concurrence et le droit de la consommation apporte, **en premier lieu**, des réponses à la question posée. L'existence de ces deux branches de droit traduit l'intervention des pouvoirs publics dans le monde économique. Le fait que ces deux domaines juridiques puissent être considérés comme relevant du droit économique et du droit du marché nous permet de consacrer le bon fonctionnement du marché comme la valeur principale des droits. Cependant, dans la société actuelle très influencée par les activités économiques, le système économique s'est enrichi de valeurs sociales que le droit de la concurrence et le droit de la consommation ne peuvent pas ignorer.

**En deuxième lieu**, nous avons examiné les manières d'intervention du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Nous avons dégagé ainsi deux éléments importants. L'un, est que ces deux domaines juridiques concernent à la fois les relations entre les personnes privées qui produisent un impact à dimension publique. L'autre, est que ces deux droits se lient étroitement via la prise en compte des consommateurs. La relation entre les consommateurs et le droit de la concurrence paraît toutefois complexe. Nos conclusions donnent une image plus approfondie sur l'application de ces deux branches de droit.

Il convient, **en troisième lieu**, d'analyser l'équilibre en droit de la concurrence et en droit de la consommation. Le concept d'équilibre constitue une ligne directrice dans l'application de ces deux domaines juridiques. Le droit de la concurrence n'est pas destiné à pousser l'état concurrentiel à l'extrême. Le droit de la consommation n'est pas non plus destiné à protéger à tout prix les consommateurs. L'équilibre n'est pas simplement un compromis entre deux parties. Il est en fait un positionnement dans une perspective globale en vue de favoriser l'ensemble des acteurs économiques.

**En dernier lieu**, nous avons pu vérifier que la concurrence et la consommation sont des notions au contenu dynamique d'autant qu'elles sont enrichies par de nouveaux objectifs du développement durable ou de la santé. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation répondent aux nouvelles problématiques tant que celles-ci sont liées aux activités économiques.

## Conclusion du Titre 1

Le Titre 1 représente une partie fondamentale du travail de notre thèse. Il tente d'analyser la liaison entre l'économie, la politique et le droit. Nous avons alors trouvé une relation complexe et réciproque en ce qui concerne les trois domaines.

Dans le Chapitre 1, nous avons démontré la raison d'être du droit de la concurrence et du droit de la consommation liée à la construction du marché. La reconnaissance de la propriété et des libertés économiques conduit au développement des activités économiques. En même temps, l'exercice des libertés économiques peut provoquer des effets néfastes. Certains problèmes sont résolus dans le droit civil. D'autres, plus complexes, et dans les logiques différentes du droit civil, exigent la mise en place de règles spécifiques dont le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Nous avons vu dans ce Chapitre les évolutions sociales qui fondent ces deux branches de droit.

Dans le Chapitre 2, nous avons étudié comment le droit de la concurrence et le droit de la consommation produisent leurs effets dans les aspects juridiques, économiques et sociaux. Les conséquences sociales provoquées par ces deux droits prouvent bien le lien non détachable entre la vie économique et la société. Il en va ainsi entre les deux branches juridiques. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont tous les droits économiques avec les méthodologies distinctes. Elles se rapprochent toutefois notamment via la prise en compte de consommateurs dans la phase d'application.

Après avoir fait, dans le Titre 1, les analyses textuelles pour définir le droit de la concurrence et le droit de la consommation, notre prochaine étude portera sur les acteurs du droit de la concurrence et le droit de la consommation (Titre 2). L'approche dans ces deux droits au travers des acteurs concernés est indispensable en ce qu'elle permet de déterminer les titulaires, les responsables ainsi que les régulateurs.

## Titre 2

Les acteurs du droit de la  
concurrence et du droit  
de la consommation

Nous avons examiné dans le Titre 1<sup>er</sup> le droit de la concurrence et le droit de la consommation au regard de leurs principes fondamentaux ainsi que leurs objectifs. Ces aspects doivent être complétés par l'étude relative aux acteurs qui agissent ou sont régis par ces droits.

Comme nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont deux domaines juridiques influencés par des concepts économiques. Ceux-ci ne manquent pas d'affecter la conception des organes et personnes concernés dans ces droits. Au préalable, la science économique constate l'existence du marché où se rencontrent plusieurs offreurs et demandeurs, contrairement à la structure du droit civil qui limite les activités économiques à la convention entre deux ou plusieurs parties.

L'existence du marché et l'application des règles de la concurrence et de la consommation ne remettent pas en cause les droits et obligations entre les parties. En effet, elles ajoutent une nouvelle perspective afin de soumettre les acteurs dans le marché aux règles supplémentaires. L'adoption de cet aspect novateur traduit aussi une nouvelle approche de la qualification des statuts traités par le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Les termes telles que *“entreprise”*, *“professionnel”*, *“consommateur”* méritent d'être analysés. Il est également nécessaire que les termes connexes comme *“activités économiques”* ou *“marché”* soient définis pour une perception plus globale.

L'existence du marché et des règles de la concurrence et de la consommation signifie en outre la nécessité de l'intervention étatique. En droit civil, l'État, gardien de l'ordre public et des droits fondamentaux, s'exclut à protéger l'ordre économique. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation désignent les nouveaux rôles et missions de l'État à l'égard du marché. Cette mutation implique des réformes dans l'intervention étatique dans le monde économique. Ainsi, dans le modèle économique mondialisé, le rôle des organisations internationales en droit de la concurrence et droit de la consommation contribue une part non-négligeable au développement dans ces deux domaines de droit.

Ce Titre porte d'abord sur les acteurs privés du droit de la concurrence et du droit de la consommation (Chapitre 1), puis sur les acteurs publics nationaux et internationaux (Chapitre 2).

## **Chapitre 1**

### **Les acteurs privés : sujets de droits et titulaires d'obligations**

---

#### Plan du chapitre

#### **Section 1 Les opérateurs économiques et le marché en droit de la concurrence**

##### § 1 La détermination des entreprises soumises au droit de la concurrence

- A) L'indépendance de la qualification au sein des personnes privées
- B) L'indifférence du droit de la concurrence entre les personnes privées et les personnes publiques

##### § 2 La délimitation du marché pertinent apprécié par le droit de la concurrence

- A) La qualification des activités économiques
- B) La délimitation du marché pertinent

#### **Section 2 Les consommateurs, les professionnels et les contrats de consommation en droit de la consommation**

##### § 1 Les notions de consommateur et de professionnel

- A) La question de la nécessité d'un droit de la consommation
- B) Les contours incertains des définitions de consommateur et de professionnel

##### § 2 La notion de contrats de consommation

- A) Les sources des contrats de consommation
- B) Les effets des contrats de consommation

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation s'appliquent aux acteurs du marché. Ils leur imposent en effet des droits et obligations pour protéger le marché, la sécurité et le bien-être des consommateurs. Par exemple, une entreprise ayant un pouvoir dominant dans un marché doit s'abstenir à un acte susceptible de fausser la concurrence dans ce marché; un professionnel est obligé de présenter à l'acheteur des informations nécessaires de son produit ou encore un acheteur dans le contrat de vente à distance dispose du droit de rétractation.

Il paraît donc indispensable que soient déterminées les personnes bénéficiaires d'un droit ou soumises à une obligation. La qualification des sujets du droit de la concurrence et celle du droit de la consommation sont bien distinctes. Le statut d'une personne relève en application du droit de la concurrence alors qu'un autre peut aussi être qualifié par le droit de la consommation. Nous étudierons respectivement les notions d'acteurs en droit de la concurrence (Section 1), puis celles en droit de la consommation (Section 2).

## **Section 1 Les opérateurs économiques et le marché en droit de la concurrence**

Le droit de la concurrence vise à contrôler le comportement des entreprises qui affecte soit la concurrence (le marché), soit les concurrents (d'autres entreprises dans le même marché). Le droit de la concurrence ne peut être efficacement appliqué sans la détermination rigoureuse de l'entreprise soumise aux règles de la concurrence (§1), et puis l'analyse du périmètre du marché (§2).

### **§ 1 La détermination des entreprises soumises au droit de la concurrence**

Un principe fondamental du droit veut que le droit soit appliqué à la personne, c'est-à-dire, seule la personne est reconnue juridiquement comme ayant les droits et obligations. Le droit de la concurrence ne renverse pas ce concept fondamental. Toutefois, le droit de la concurrence ne tient pas compte à l'existence de la personnalité juridique. Le sujet du droit de la concurrence n'est pas assimilable à celui du droit commun. Alors que le principe de la personnalité juridique s'applique surtout aux activités civiles (la naissance, la propriété, le mariage etc), la notion d'entreprise en droit de la concurrence vise à répondre à la vocation de ce droit sur les activités

économiques. Le statut d'entreprise en droit de la concurrence ne sont pas qualifié par sa personnalité juridique mais à partir du caractère d'un agent économique.

Ce concept d'entreprise en droit de la concurrence entraîne un changement majeur dans l'appréciation des sujets du droit de la concurrence aussi bien parmi les opérateurs à statut privé (A) qu'au niveau des opérateurs publics (B).

### **A) L'indépendance de la qualification au sein des personnes privées**

Si le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer aux activités économiques, les opérateurs privés seraient au première ordre envisagés. L'appréciation des acteurs privés sujets du droit de la concurrence paraît toutefois indépendante de la qualification de la personnalité juridique en droit civil. Cette indépendance exprime à deux égards : l'un par rapport à l'exigence de la personnalité juridique (1°) et l'autre par rapport aux types de statut privé (2°).

#### 1° L'indépendance par rapport à la personnalité juridique

Une question primordiale de la qualification des entreprises soumises aux règles de la concurrence est de savoir si elles sont conditionnées par l'existence de la personnalité juridique. Il convient ici d'évoquer les approches de la personnalité juridique.

##### *a) Les limites de l'analyse formelle*

Un concept traditionnel du droit impose que les sujets du droit doivent avoir la personnalité juridique. Ce statut est établi soit par un texte spécifique, soit en suivant les formalités prévues par les textes généraux. Dans ce dernier cas, le droit français et le droit thaïlandais reconnaissent communément les associations, les fondations, les syndicats et les sociétés commerciales. En revanche, seul le droit français dote la personnalité juridique aux sociétés civiles ou aux groupements d'intérêt économique.

Au début du développement du droit de la concurrence, l'article 80 du Traité de Paris de 1951 avait défini entreprise comme «*sont celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier à l'intérieur des territoires visés à l'article 79, premier alinéa.*»

Cette définition a été critiquée au regard de la prise en compte d'élément technique ou géographique sans viser la nature fondamentale de l'entreprise.<sup>296</sup>

Les jurisprudences dans les années 60s sont venues confirmer la définition du Traité. Dans son arrêt du 22 mars 1961, la CJCE a considéré que «*La notion d'entreprise au sens du traité s'identifie au concept de personne physique ou morale.*»<sup>297</sup> Plus clairement, la CJCE a considéré un an plus tard que «*l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé.*»<sup>298</sup>

Cette conception d'entreprise à l'analyse formelle a été reprise pour l'interprétation de ce même terme dans le Traité de Rome de 1957. Deux arrêts de la CJCE exprime son attachement à l'interprétation du Traité de Paris. Ces deux décisions à la même date ont ainsi énoncé que «*les entreprises sont des personnes physiques ou morales*»<sup>299</sup> ou que «*la notion d'entreprise coïncide avec la notion juridique de personne physique ou morale.*»<sup>300</sup>

Cette analyse, pourtant simple et certaine, a été critiquée. Les critiques proviennent **d'une part** de la menace de l'efficacité des règles de la concurrence. Ces dernières doivent en principe être appliquées aux véritables auteurs des infractions. Or, beaucoup d'entités économiques sont créées sans être dotées de la personnalité juridique. C'est notamment le cas des groupes de sociétés, une pratique très répandue dans l'économie actuelle. C'est ainsi que l'analyse formelle ne s'adapte pas à la réalité des affaires.

**D'autre part**, l'analyse formelle se heurte inévitablement à l'égalité des opérateurs économiques. Le droit français n'octroie pas de personnalité juridique à toutes les formes de groupements. Étaient exemptées les sociétés en participation, les sociétés pas encore immatriculées, les sociétés de fait ou encore les agences locales.<sup>301</sup>

---

<sup>296</sup> Olivier MACH, *L'entreprise et les groupes de société en droit européen de la concurrence*, Thèse Genève, 1974, p. 19

<sup>297</sup> CJCE, 22 mars 1961, aff. 42 et 49/59, *Sté nouvelle des usines de Pontileue-Aciéries du Temple (SNUPAT) c/ Haute Autorité*

<sup>298</sup> CJCE, 13 juillet 1962, aff. 17 et 20/61, *Klökner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, et CJCE, 13 juillet 1962, aff. 19/61, *Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité*

<sup>299</sup> CJCE, 13 juillet 1966, aff. C-32-65, *Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la CEE*

<sup>300</sup> CJCE, 13 juillet 1966, aff. jtes. 56 et 58-64, *Établissements Constens SARL et Grundig-Verkaufs GmbH c/ Commission*

<sup>301</sup> Linda ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, p. 64

Au niveau communautaire, l'analyse formelle provoque une difficulté d'application du droit de la concurrence puisque les États membres ne disposent pas des mêmes règles sur la personnalité juridique. Cela a entraîné une différence importante dans chaque litige à tel point que nous ne puissions pas trouver une interprétation conforme des règles de la concurrence communautaires.

*b) La primauté de l'analyse substantielle*

L'analyse substantielle a tenté de pallier l'inefficacité résultant de l'application du critère de personnalité juridique. Il s'agit en effet d'un changement de paradigme, considérant que la méthode traditionnelle doit être révisée et modifiée afin de répondre à une nouvelle exigence du droit de la concurrence.

L'analyse substantielle est ainsi effectuée en vue d'écarter la forme d'entreprise et de laisser paraître la substance. D'après G. FARJAT, la substance, c'est le «*fond.*»<sup>302</sup> Lorsque le voile de l'entreprise s'est levé, le fond qui reste est sans doute *l'activité*. L'activité est l'objectif d'entreprise. Cette analyse substantielle bouleverse le critère classique de l'entreprise en proposant un nouveau concept propre au droit de la concurrence. Le changement d'esprit s'est effectué tant en droit français qu'en droit communautaire.

**En droit français**, l'article L410-1 du Code de commerce dispose ainsi que «*Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, ....*»

Au niveau jurisprudentiel, l'interprétation de la CJCE a abandonné l'analyse formelle depuis les années 70s. Dans son arrêt en 1984, la Cour a clairement considéré que «*la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme constituant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales.*»<sup>303</sup> Cet arrêt montre significativement la distinction entre l'entreprise au sens juridique retenu en droit commun et l'entreprise au sens économique adopté par le droit de la concurrence. Dans un autre arrêt, la Cour a donné une définition d'entreprise qu'elle «*comprend*

<sup>302</sup> G. FARJAT, «L'importance d'une analyse substantielle en droit économique», *RIDE*, 1986, p. 9

<sup>303</sup> CJCE, 12 juillet 1984, aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact*

*toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement.»<sup>304</sup>*

*c) L'analyse d'entreprise adoptée par le droit thaïlandais*

**Quant au droit thaïlandais**, il faut avant tout prendre en compte l'absence de la question sur la personnalité juridique. Malgré l'existence depuis 1979 de la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole, aucune entreprise n'a fait l'objet de la sanction par cette loi de 1979. L'approche du droit thaïlandais sur la notion d'entreprise peut donc être dégagée à partir de la disposition actuelle de la loi relative à la concurrence 1999.

Mais, il est étonnant de constater que le champ d'application de cette loi n'est pas clairement défini. Toutefois, la loi dispose d'une définition des opérateurs dans l'article 3 aux termes duquel *«les opérateurs signifient des distributeurs (ou vendeurs), des producteurs afin de distribution, des auteurs des commandes ou des importateurs dans le territoire national afin de distribution, ou des acheteurs afin de production ou de distribution des produits ou des prestataires de service.»* Cette notion nous permet d'une façon implicite de conclure que la caractérisation d'entreprise soumise au droit de la concurrence thaïlandais s'effectue indépendamment de la personnalité juridique. La loi met l'accent sur l'acte ou l'activité qu'exerce l'auteur en n'imposant aucune condition sur la personnalité juridique. Comme la Commission de la concurrence n'a pas encore interprété la notion d'entreprise, il fallait toutefois attendre l'interprétation de la Commission.

Après avoir examiné la qualification d'entreprise à l'égard de l'exigence d'une personnalité juridique, la prochaine question sera de savoir s'il y a l'exemption au sein des entreprises privées de la soumission aux règles de la concurrence (2°).

2° L'indépendance par rapport aux catégories de personnes morales en droit privé

Si l'activité est devenue le critère déterminant à la qualification d'entreprise, il faut toutefois poser la question *a contrario* de savoir s'il existe certains statuts juridiques en particulier permettant à l'entreprise d'échapper à l'application des règles de la concurrence. Il

---

<sup>304</sup> CJCE, 23 avril 1991, aff. c-41/90, *Höfner*

s'agit en effet de se demander s'il y a une distinction au sein des activités car chaque statut juridique répond à certains domaines d'activité.

*a) L'application des règles de la concurrence aux personnes physiques*

Avant de procéder à la réponse, il est utile d'admettre que l'entreprise au sens du droit de la concurrence comprend la personne physique qui exerce une activité professionnelle. C'est une position bien établie tant en droit français qu'en droit thaïlandais. **En droit français**, l'article L410-1 du Code de commerce ne mentionne nulle part que la personne concernée par le droit de la concurrence doit être physique ou morale. Une jurisprudence française a déjà jugé qu'un chirurgien-dentiste est considéré comme une entreprise en droit.<sup>305</sup>

**En droit thaïlandais**, la personne physique peut être considérée comme entreprise puisque la définition des *opérateurs* dans l'article 3 de la loi relative à la concurrence 1999 n'exige pas que l'opérateur soit une personne morale. Cette considération affirme la vocation générale du droit de la concurrence qui vise à appliquer non seulement les commerces et industries sous forme des sociétés, mais aussi ceux des petits opérateurs y compris les professions libérales comme les médecins ou les avocats.

*b) L'application des règles de la concurrence au sein des personnes morales*

La question devient plus délicate quant à divers statuts de personnes morales. Lorsque le terme *activité* est évoqué, il donne toute l'essence aux activités à but lucratif. Sans doute, les sociétés qui exercent les activités économiques dans le marché entrent dans le champ d'application du droit de la concurrence. La situation serait-elle changée dans l'hypothèse où les activités sont exercées par une personne morale poursuivant un but non lucratif ?

**En droit français**, la forme légale de l'entité juridique en cause n'est pas en principe un facteur décisif dans la qualification d'une entreprise en droit de la concurrence.<sup>306</sup> Les entités en

---

<sup>305</sup> CA Paris du 3 mai 1990, recours de la Confédération Nationale des Syndicats Dentaires et autres après la décision du Cons. conc. 89-D-36 du 7 novembre 1989

<sup>306</sup> Laila BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. 56

de nombreuses formes juridiques sont déjà considérées comme entreprise : sociétés mutualistes,<sup>307</sup> associations, coopératives<sup>308</sup> ou groupements.<sup>309</sup>

**Une jurisprudence communautaire** a déjà interprété la notion d'entreprise. Il s'agit d'un arrêt de la CJCE qui vise à répondre si une association à un but non lucratif peut être qualifiée d'entreprise. En l'espèce, la *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID* (Fédération grecque de motocyclisme ou la MOTOE), une association de droit privé à but non lucratif ayant pour objet l'organisation de compétitions de motos en Grèce, avait dirigé un recours contre *Elliniko Dimosio* (État grec) pour la réparation financière causée par un refus de ce dernier à accorder l'autorisation d'organiser des compétitions de motos.

En effet, le refus est fondé sur l'absence d'avis conforme d'*Elliniki Leschi Aftokinitou kai Perigiseon* (Club hellénique d'automobilisme et de tourisme ou ELPA), une autre association à but non lucratif chargée d'émettre un avis conforme dans cette démarche. La MOTOE a évoqué ainsi que non seulement l'ELPA prend part dans la décision administrative, mais aussi elle organise ce type de compétition et conclut dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité ainsi que d'assurance.

La question préjudicielle devant la CJCE a été de juger si l'ELPA peut être qualifiée comme "entreprise" en droit communautaire. La Cour a considéré que *«la circonstance que l'offre de biens et de services soit faite sans but lucratif ne fait pas obstacle à ce que l'entité qui effectue ces opérations sur le marché doive être considérée comme une entreprise, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif.»*<sup>310</sup> L'ELPA est donc considérée comme "entreprise" en droit communautaire. Il est intéressant de souligner que l'interprétation de la Cour porte sur la nature de l'activité plutôt que sur le statut de personne en cause. Le caractère non lucratif importe peu car les deux associations peuvent se trouver en situation de concurrence.

---

<sup>307</sup> Cons. conc., Décision 91-D-04 du 29 janvier 1991 relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie

<sup>308</sup> Cons. conc., Avis 89-A-11 du 11 juillet 1989 relatif à la comptabilité du régime des coopératives d'utilisation en commun de matériel agricole avec le libre jeu de la concurrence

<sup>309</sup> Cons. conc., Décision 92-D-17 du 26 février 1992 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société anonyme Paris Gennevilliers Containers

<sup>310</sup> CJCE, 1 juillet 2008, aff. c-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID c/ Elliniko Dimosio*

Il convient de se demander s'il y a une hypothèse **en droit thaïlandais** où une entité peut s'exclure par son statut de l'application des règles de la concurrence. En effet, la culture juridique thaïlandaise tente de mettre les entités poursuivant un but non lucratif à l'abri du droit des affaires.

Par exemple, l'article 39 du Code fiscal avait défini *société ou partenariat doté d'une personnalité juridique* comme société ou partenariat doté d'une personnalité juridique créés par le droit thaïlandais ou étranger y compris (1) *Entité d'un gouvernement étranger poursuivant un but commercial ou lucratif, organisation étrangère ou d'autres personnes morales créées par le droit étranger* et (2) *Société en participation*. Cette définition très limitée a laissé échapper les entités à but non lucratif à la taxation de leurs activités exercées. Il faut attendre jusqu'en 1982 que la loi modifiant le Code fiscal (N°25) 1982 (E.B. 2525) ajoute dans (3) *Fondation ou association exerçant les activités avec revenus sauf celles exemptées par l'arrêté ministériel selon l'article 47 (3) (kor)*. Le renversement de la logique affirme la prise en compte des pouvoirs publics de l'éventuel caractère lucratif des fondations ou associations.

Cette considération prend ainsi l'effet en droit de la concurrence car la loi relative à la concurrence 1999 ne contient aucune dérogation en faveur des fondations ou associations. En revanche, la loi dispose encore certaines exceptions. En considérant l'article 4 de la loi,<sup>311</sup> nous remarquerons dans (3) qu'une dérogation est faite au profit des associations ou coopératives des agriculteurs. En effet, une telle disposition trouve son origine en droit de la concurrence de la Corée du Sud et celui du Japon. L'exemption semble justifiable puisque les agriculteurs dans les trois pays (la Corée du Sud, le Japon et la Thaïlande) sont souvent dans la situation inférieure face à l'achat des fournitures agricoles. L'article 4 (3) doit seulement permettre aux agriculteurs de fixer les prix de vente des produits agricoles, les prix ou les quantités d'achat des fournitures agricoles. Force est d'aménager le rapport de force entre agriculteurs et

---

<sup>311</sup> Article 4 dispose que «*Cette loi ne s'applique pas aux actes :*

(1) *de l'administration centrale, des administrations régionales ou des collectivités locales,*

(2) *des entreprises publiques au sens de la loi relative à la procédure budgétaire,*

(3) *des associations des agriculteurs, coopératives ou groupement de coopératives reconnus par la loi et dont l'objet est de faire commerce aux bénéfices de l'exercice du métier des agriculteurs,*

(4) *d'une entreprise d'un secteur spécifique déterminé par le règlement du Ministère pour déroger, intégralement ou partiellement aux dispositions de cette loi.»*

commerçants, mais non d'autoriser les coopératives à commettre d'autres pratiques anticoncurrentielles.<sup>312</sup> Pourtant, la lecture du texte ne précise pas dans ce sens. Il faut donc attendre l'interprétation des autorités compétentes.

L'exemption en droit de la concurrence thaïlandais doit alors être nuancée. Même s'il existe un statut dérogatoire, l'exception est faite en raison de la situation particulière. C'est-à-dire, la dérogation n'est pas générale. Les associations et coopératives autre que celles des agriculteurs ne peuvent pas bénéficier de cette disposition.

Après avoir examiné le champ d'application du droit de la concurrence au côté des personnes privées, il nous paraît que la qualification d'entreprise visée par le droit de la concurrence s'effectue de manière indépendante en ce qui concerne l'exigence d'une personnalité juridique ou celle relative aux statuts de personnes morales. Il convient ensuite d'analyser l'applicabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques afin de voir dans quelle mesure le caractère public d'une entité peut affecter l'interprétation du droit de la concurrence (B).

### **B) L'indifférence du droit de la concurrence entre les personnes privées et les personnes publiques**

Le droit de la concurrence s'applique aux entreprises. Ce terme nous renvoie forcément aux entités de droit privé. Or, il existe également les ÉPIC qui sont des entreprises à statut public, ce qui rend l'application du droit de la concurrence plus compliquée. En effet, les personnes publiques exerçant des activités économiques se différencient des entités privées dans plusieurs aspects. **D'abord**, elles ne peuvent être créées par le droit commun des sociétés. **Ensuite**, les missions qu'elles assurent relèvent à la fois d'une activité économique et d'un exercice des prérogatives de puissance publique dans certains cas. **Enfin**, les activités des entités ne répondent pas seulement à l'intérêt des particuliers, mais aussi poursuivent dans le cadre de l'intérêt général.

---

<sup>312</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 253

C'est par ces points-là que nous pouvons dégager certains caractères de supériorité des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées (1°). Ces prérogatives nécessitent l'aménagement pour mieux s'adapter à la politique de la libre concurrence (2°).

### 1° Les avantages institués ou supposés des personnes publiques

Avant de procéder à l'examen de ces avantages, il convient de définir ce que sont les entreprises publiques. **En droit français**, elles sont définies par l'ordonnance du 7 juin 2004.<sup>313</sup> **En droit thaïlandais**, l'article 4 de la loi relative à la concurrence 1999 renvoie leur définition à la loi relative à la procédure budgétaire du 27 octobre 1959 (E.B. 2502).<sup>314</sup>

D'après ces deux dispositions, nous trouvons un concept commun en droit français et thaïlandais des entreprises publiques : la domination par les organes étatiques. Cette domination peut être pourtant variée. **En droit français**, l'influence dominante se manifeste dans plusieurs manières alors qu'**en droit thaïlandais**, la domination se limite dans la participation financière. C'est la présence de la puissance publique qui caractérise l'entreprise publique. Quels sont alors les avantages des entreprises publiques ? Nous pouvons les classer en deux catégories.

#### *a) Les avantages dans l'exercice des activités économiques*

<sup>313</sup> L'article 1 de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques définit les entreprises publiques comme «*tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des personnes publiques est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.*»

<sup>314</sup> L'article 4 de la loi relative à la procédure budgétaire 1959 définit une entreprise publique comme  
*(Gor) L'organisme du Gouvernement ou l'entité commerciale appartenue au Gouvernement,*  
*(Khor) La société ou la société en nom collectif dont l'administration détient plus de cinquante pourcent de la capitale,*  
*(Kor) La société ou la société en nom collectif dont l'administration et/ou l'entreprise publique dans (Gor) et/ou (Khor) détiennent cumulativement plus de cinquante pourcent du capital,*  
*(Ngor) La société ou la société en nom collectif dont l'administration et/ou l'entreprise publique dans (Kor) et/ou (Gor) et/ou (Khor) détiennent cumulativement plus de cinquante pourcent de la capitale,*  
*(Jor) La société ou la société en nom collectif dont l'administration et/ou l'entreprise publique dans (Ngor) et/ou (Gor) et/ou (Khor) et/ou (Kor) détiennent cumulativement plus de cinquante pourcent de la capitale*

La mission principale des entreprises publiques est d'exercer des activités économiques, mais la nature de ces activités peut ou non être identique aux activités privées. Par exemple, les activités bancaires sont assurées par les personnes privées, mais il existe aussi les entreprises publiques dans ce secteur (la Banque Postale en France et la Banque Krung Thai en Thaïlande).

Dans l'exercice des activités économiques, il est possible qu'une entreprise publique se voit dotée de certains droits ou subventions. Mais, l'un des privilèges les plus éclatants souvent attribués est le monopole. La notion de ce terme relève *a priori* économique comme *la position d'une entreprise qui n'a pas ou qui n'a plus de concurrents sur son ou ses marchés*. Cette situation va véritablement à l'encontre du principe de la libre concurrence où se trouvent plusieurs opérateurs dans un marché.

*- Le monopole naturel*

Cependant, le monopole peut être justifié en raison de la structure du marché ou de la nature des activités exercées.<sup>315</sup> **En France et en Thaïlande**, la situation du monopole dit *naturel* se produit souvent dans les activités de service public en réseau. La création d'un réseau implique ensuite l'exercice de prérogatives des puissances publiques puisqu'une personne privée ne pourrait pas supporter un investissement lourd. Les opérateurs détenteurs du monopole auraient donc le statut public.

*- Le monopole de droit*

En outre, le monopole ne se limite pas à celui par la nature ou de fait. Le monopole peut aussi être *de droit*. Ce type de monopole relève plutôt d'une considération juridique. **En France**, le terme monopole n'est défini dans aucun texte juridique. Sa notion est dégagée d'après la jurisprudence comme *un privilège d'exclusivité reconnu par la loi à une entreprise pour l'exercice de son activité et juridiquement sanctionné notamment par la possibilité d'introduire une action pénale en violation des dispositions qui l'établissent*.<sup>316</sup> Les textes juridiques encadrent le régime de monopole dans double sens.

---

<sup>315</sup> L. RAPP, N. SYMCHOWICZ et P. TERNEYRE, *Droit public des affaires*, Édition LAMY, 2009, art. 2024, p.777

<sup>316</sup> CE 19 juin 1964, n°47.007, 47.008, 47.028, 47.029, 47.030, 49.961, 48.962, et 49.019, *Sté des pétroles Shell Berre et autres*

**D'une part**, la Constitution française protège le monopole en faisant référence au préambule de la Constitution de 1946. L'alinéa 9 du préambule dispose ainsi que *«Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.»* C'est une disposition souvent évoquée dans le recours opposant la loi de privatisation. **Quant à la Constitution thaïlandaise**, il n'y a pas de disposition qui interdit expressément la suppression du monopole. Nous trouvons en effet l'article 84 sur la politique économique de l'État qui dispose dans (10) que *«l'État doit fournir les infrastructures nécessaires à la vie quotidienne du public afin d'assurer la sécurité économique. Le monopole dans la gestion de ces infrastructures ne doit être ni attribué, ni cédé à l'opérateur privé»*, ce qui implique que les infrastructures, si elles sont monopolisées, doivent être dans le contrôle des personnes publiques.

**D'autre part**, l'institution du monopole doit être contrôlée. L'attribution d'un monopole nécessite l'intervention du pouvoir législatif parce que le monopole constitue une restriction de la liberté d'exercer l'activité économique en libre concurrence.

Ce monopole de droit se voit pourtant moins justifié par rapport au monopole de fait. **En France**, sa création étant encore possible est soumise aux conditions diverses posées pour protéger la libre concurrence. Les justificatifs doivent apporter un intérêt impératif à la concurrence. À titre exemple, la CJCE dans le recours contre la légalité du monopole des jeux d'argent accordé à un seul opérateur a considéré qu'il *«convient d'admettre à cet égard que l'octroi de droits exclusifs pour l'exploitation des jeux de hasard par Internet à un opérateur unique, tel que Santa Casa, qui est soumis à un contrôle étroit des pouvoirs publics peut, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, permettre de canaliser l'exploitation de ces jeux dans un circuit contrôlé et être considéré comme apte à protéger les consommateurs contre des fraudes commises par des opérateurs.»*<sup>317</sup> Même si les justifications peuvent varier, elles sont encadrées par les règles communautaires. Le monopole doit en effet être appliqué de manière non-discriminatoire et de façon proportionnelle.<sup>318</sup> Ainsi, l'attribution du monopole doit être cohérente et systématique avec l'ensemble des politiques menées. Si les pouvoirs publics incitent ou encouragent les consommateurs à participer aux loteries, aux jeux de hasard ou aux

---

<sup>317</sup> CJCE, 8 septembre 2009, aff. c-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP), Bwin International Ltd c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa

<sup>318</sup> CJCE, 21 octobre 1999, aff. c-67/98, *Zenatti*

jeux de paris, la raison d'ordre public ne saurait alors être évoquée pour réserver cette compétence à une entreprise publique.<sup>319</sup>

**En Thaïlande**, l'institution d'un monopole ou d'un droit exclusif n'est pas soumise aux exigences supranationales comme l'Union Européenne. Le législateur thaïlandais est plus loisible à cet égard. L'objectif de la lutte contre l'abus des jeux d'argent, des tabacs et des loteries permettent à l'État d'accorder le droit exclusif de fabriquer et de distribuer les produits en cause à un organisme spécial prévu à cet effet.<sup>320</sup>

Dans le contexte du commerce international, le périmètre du droit exclusif devient de plus en plus limité. La Thaïlande a déjà été condamnée pour sa restriction à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes. En vertu de la loi relative aux tabacs du 29 novembre 1966 (E.B. 2509), l'importation de cigarettes à base de tabac a été interdite. Les États-Unis ont dirigé un recours contre la mesure. La Thaïlande a évoqué l'article XX b) du GATT pour justifier la restriction. L'objectif de la protection de la santé publique ne peut se réaliser que par l'interdiction d'importer les produits à base de tabac. Le Groupe spécial a rejeté cet argument et jugé que la mesure d'interdiction n'est pas nécessaire à accomplir le but de la protection de la santé publique.<sup>321</sup> La portée du monopole sur les produits du tabac a dès lors été réduite. Le monopole de fabriquer les produits du tabac est toujours réservé au Monopoleur des tabacs de Thaïlande, mais il n'inclut pas l'importation des produits étrangers. L'examen de la mesure adopte les mêmes principes communautaires que la mesure en cause soit appliquée de manière non-discriminatoire et proportionnelle.

#### b) Les avantages liés au statut des entreprises publiques

Non seulement les avantages des entreprises publiques résident en phase de l'exercice de leur activité, mais aussi se caractérisent-ils à travers leur statut. Les structures des entreprises publiques tant en France qu'en Thaïlande peuvent être divisées en deux catégories.

---

<sup>319</sup> Pierre-Alain JEANNENEY, «Existence d'un monopole national pour les jeux d'argent», *RJEP*, n° 673, mars 2010, comm. 14

<sup>320</sup> Le droit exclusif de la production et de la distribution est attribué à la Manufacture des cartes à jouer, au Monopoleur des tabacs de Thaïlande et à l'Office des loteries gouvernementales.

<sup>321</sup> Rapport du Groupe spécial adopté le 7 novembre 1990, DS10/R-37S/214, p. 27

- *À propos de la structure d'établissement public à caractère industriel et commercial (ÉPIC)*

L'État peut créer soit par son propre texte, soit par la nationalisation un ÉPIC pour assurer la gestion de service public. Son capital est entièrement détenu par les personnes publiques et ne peuvent être divisé en actions. Le recours à un ÉPIC traduit la nécessité de répondre à certaines activités qu'une entité administrative est trop contrainte à gérer, mais que par leur importance elles ne doivent être laissées entre les mains d'une entreprise privée. Nous trouverons de moins en moins ce type d'entreprise publique dans la gestion de service public à échelle nationale. Grâce à cette structure, ÉPIC comporte plusieurs avantages.

**D'abord**, les biens des ÉPIC, tant en France qu'en Thaïlande, sont affectés pour la gestion de service public et sont donc protégés par le principe de l'insaisissabilité des biens de personne publique. Les biens de l'ÉPIC peuvent ainsi échapper à l'exécution judiciaire. L'insaisissabilité préserve la continuité du service public, mais la dépasse classiquement pour protéger la personnalité publique elle-même.

L'insaisissabilité conduit **par la suite** à une autre caractéristique importante : celle de l'impossibilité juridique de faillite. L'ÉPIC ne peut pas subir la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Le Conseil d'État est, dans sa note de 1995 intervenue à l'occasion de l'examen du projet de loi qui a créé un établissement public pour supporter la charge financière du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs,<sup>322</sup> en considérant qu'il était inutile de préciser dans la loi que celui-ci bénéficiait de la garantie de l'État, cela étant acquis en raison de sa nature même d'établissement public.

**Enfin**, même si la loi n°80-539 du 16 juillet 1980<sup>323</sup> permet à l'autorité de tutelle de créer, au sein du budget de l'organisme concerné, les ressources nécessaires au paiement de sa dette, les créanciers d'un établissement public seraient en difficulté de recouvrer leur créance au point de renoncer à une part des intérêts qui leur étaient dus pour mieux préserver le paiement principal.

---

<sup>322</sup> Deviendrait la loi n°95-1251 du 28 novembre 1995 créant un établissement public pour en supporter la charge financière

<sup>323</sup> La loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public

*- À propos de la structure de société*

Les entreprises publiques peuvent également être créées sous forme d'une société dont les actions peuvent ou non être cotées en bourse. **En France**, elles peuvent être les anciens ÉPIC transformés comme EDF ou La Poste, ou bien les entités initialement créées comme sociétés et régies par le Code de commerce. Les missions de ces sociétés et régies sont souvent dans le cadre des services publics locaux. Le Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit, **en premier lieu**, la possibilité de créer une société d'économie mixte locale (SEML) dans laquelle les collectivités territoriales et leurs groupements doivent détenir plus de la moitié des actions et la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social. **En second lieu**, le CGCT prévoit la création des sociétés publiques locales dont les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent la totalité du capital.

Les avantages de ce type d'entreprises publiques consistent dans leur image attachée à l'État. Les anciens ÉPIC transformés bénéficient de leur réputation en termes de la fiabilité des services et du fait qu'ils détiennent de manière quasi-exclusive des informations nécessaires aux services. Par exemple, La Poste dispose des données sur les adresses et les codes postaux. Les entreprises publiques sociétales, quant à elles, accrochent une place préférentielle dans la passation des marchés publics : les sociétés publiques locales ne sont pas soumises aux règles de la concurrence car elles ont un lien "in house" avec les collectivités.

2° Le démantèlement matériel et organique des entreprises publiques

La différence de la position du droit de la concurrence français par rapport à celle en droit thaïlandais marque une rupture d'esprit de la politique économique du pays. Alors qu'**en droit thaïlandais**, les entreprises sont par leur statut exemptées de l'application des règles de la concurrence selon l'article 4 (2) de la loi relative à la concurrence 1999, l'article L410-1 du Code de commerce **en droit français** définit le champ d'application du droit de la concurrence en référence aux activités économiques exercées quel que soit le statut de personne en cause.

Cette disposition de principe ne remet en cause ni l'institution du monopole, ni les statuts privilégiés des entreprises publiques. Il nécessite alors deux types d'opération effectués par la loi pour se conformer aux règles de la concurrence.

*a) À propos de la démonopolisation*

La démonopolisation peut simplement être considérée comme une opération inverse à l'institution du monopole. En effet, la plupart de monopole a été accordée pour de multiples raisons : garantir la sécurité nationale, mais également entre autres raisons garantir la rentabilité de l'investissement lourd engagé par les ÉPIC. En revanche, dans le contexte économique mondialisé, la montée en puissance des groupes multi-nationaux leur permet d'assurer un tel investissement. Ainsi, l'importance de la sécurité nationale justifiant l'existence du monopole est devenue de plus en plus réduite. Par exemple, les transports ferroviaires et aériennes concernaient inévitablement la sécurité sur le territoire, ce qui permettait à l'État de conserver le pouvoir de gestion par le biais de ses entreprises comme la SNCF ou Air France. Mais aujourd'hui, l'exercice des services de transport de voyageurs est assuré pour répondre au besoin des particuliers. Les entreprises privées peuvent désormais exploiter les services par exemple la ligne aérienne entre Toulouse et Paris est exploitée tant par Air France que par Easyjet.

*- La démonopolisation en France*

L'évolution du droit des monopoles en France est influencée par le droit communautaire. L'article 37 du TFUE (l'article 31 du Traité CE) dispose que «*les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.*» Contrairement à son apparence, l'article ne conduit pas à la suppression des monopoles.<sup>324</sup> De nouveau monopole peut encore être créé s'il s'agit d'une mesure nécessaire à la réalisation des objets prévus par le Traité.<sup>325</sup>

De manière plus concrète, l'Union Européenne, après la signature de l'Acte unique en 1986 qui engage un processus d'eupéanisation des SIEG,<sup>326</sup> entreprit la libéralisation dans quatre secteurs : les télécommunications (les communications électroniques et le service postal), l'énergie (l'électricité et le gaz), la distribution de l'eau et le transport (le transport aérien et le

---

<sup>324</sup> L. RAPP, N. SYMCHOWICZ et P. TERNEYRE, *Droit public des affaires*, Édition LAMY, 2009, art. 1429, p.559

<sup>325</sup> CJCE 9 juin 1977, aff. 90/76, *Van Arneyde c/ UCI*

<sup>326</sup> P. BAUBY, «L'eupéanisation du service public postal», *RCE*, 2007/2, N°2, p. 148

transport ferroviaire). De nombreuses directives européennes ont progressivement été adoptées afin de réduire l'étendue du monopole traditionnel accordé à l'opérateur national.

Par exemple, les activités postales ont pour la première fois été définies et réglementées par la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997.<sup>327</sup> Cette directive réserve toutefois à l'opérateur historique «*la levée, le tri, le transport et la distribution des envois de correspondance intérieure, que ce soit par courrier accéléré ou non dont le prix est inférieur à cinq fois le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie normalisée la plus rapide pour autant que leur poids soit inférieur à 350 grammes.*» Le monopole avait été maintenu, mais dans une dimension réduite pour assurer l'équilibre financier du service universel et du réseau postal du fait que les envois de correspondance de 350 grammes ou supérieur ne représentaient à l'époque que moins de 2% du volume du trafic lettres et moins de 3% de la recette.<sup>328</sup>

Le champ du monopole de l'opérateur national a encore été réduit par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002. Les limites ont été baissées de 350 grammes à 100 grammes ou de cinq fois à trois fois le tarif de base. La directive 2008/6/CE du 20 février 2008 prévoyait l'achèvement du marché intérieur des services postaux étant fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2011 dans la majorité des États membres y compris la France et deux ans plus tard dans onze autres États membres.

#### *- La démonopolisation en Thaïlande*

Malgré l'évolution des entreprises publiques en Thaïlande depuis une vingtaine d'années, la démonopolisation entre rarement dans le débat. C'est **d'une part** parce que la démonopolisation ne concerne pas les secteurs qui touchent véritablement à la vie quotidienne. Par exemple, le transport aérien intérieur a intégralement été libéralisé depuis 2001, ce qui n'affecte guère les voyageurs par rapport au transport ferroviaire, beaucoup moins cher, dont le monopole n'est jamais touché.

---

<sup>327</sup> Selon la directive, les services postaux sont

- la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes,
- la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes,
- les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée.

<sup>328</sup> Jean-Yves CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> édition, 2002, p.830

**D'autre part**, si la démonopolisation ne s'effectue pas dans le texte, elle l'est dans le fait. Le maintien du monopole dans les textes juridiques n'est pas en vigueur *de facto*. Dans les services postaux, la loi relative aux activités postales du 31 janvier 1934 (E.B. 2477) dispose toujours que le Gouvernement réserve de plein droit de gérer les activités postales et d'établir les bureaux de poste dans le territoire (l'article 5 de la loi). Mais nous pouvons aujourd'hui trouver assez facilement des opérateurs privés et/ou étrangers des services de l'envoi des correspondances et des colis.

Contrairement à la France, la démonopolisation en Thaïlande ne résulte pas de textes juridiques particuliers comme les directives communautaires. Le phénomène n'était qu'un fruit de la réflexion sur la modernisation des services publics suite à la crise économique en Asie en 1997. La réforme des entreprises publiques était l'un des engagements de la Thaïlande auprès du FMI. Les dirigeants politiques ont en fait sauté sur l'occasion de la crise pour insérer le programme de réforme. Cette politique a été renforcée par la nécessité du pays de préparer la libéralisation imposée par l'Accord général sur le commerce des services (en anglais General Agreement on Trade in Services ou GATS) de l'OMC dans certains secteurs tels que les télécommunications.<sup>329</sup>

Quant au plan de maîtrise sur la réforme des entreprises publiques adopté au Conseil des ministres le 1<sup>er</sup> septembre 1998, le plan a divisé les entreprises publiques en quatre secteurs principaux (l'énergie, les télécommunications, l'eau de distribution et le transport) et un secteur divers. Il ne serait pas étonnant de trouver dans ce plan la catégorisation commune au plan communautaire car le Gouvernement a choisi le parcours européen sur la modernisation des entreprises publiques plutôt que le modèle américain. Le plan de maîtrise a donc été rédigé à l'aide des experts majoritairement européens.

#### *b) La transformation des entreprises publiques*

La démonopolisation dans un secteur public implique que les activités dans un tel marché deviennent plus concurrentielles, ce qui signifie la diminution de la dimension publique du secteur. La libéralisation entraîne non seulement un changement majeur dans le marché, mais

---

<sup>329</sup> S. THANITCUL, *Principes et jurisprudences sur le droit et la vie des affaires*, Nititham, 3<sup>e</sup> édition, 2012, p. 289

aussi chez l'opérateur historique. Alors même que l'UE n'impose pas une transformation de la structure, dans le fait les ÉPIC ont dû s'adapter pour répondre aux nouvelles exigences.

Le terme «*transformation*» mérite avant tout d'être défini. Ainsi, faut-il distinguer la transformation de la privatisation. Cette dernière concerne trois catégories d'opérations. **D'abord**, l'opération de transfert de l'exploitation d'une activité dévolue à une régie ou à un établissement public aux mains d'un délégataire privé. **Ensuite**, l'opération de transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé. **Enfin**, la modification d'une forme juridique de droit public à celle de droit privé d'un organisme (la privatisation du statut). La seule transformation d'un ÉPIC en une société anonyme ne constitue pas de «*privatisation*» au sens de l'article 34 de la Constitution car l'opération n'entraîne pas en elle-même transfert de propriété du secteur public au secteur privé.<sup>330</sup>

**En Thaïlande**, la loi relative à la capitalisation des entreprises publiques 1999 a été contestée devant la Cour constitutionnelle. L'un des trois arguments fut tiré de l'effet de la transformation qu'il s'agit d'un libre choix du Gouvernement sans garantie juridique suffisante sur l'avenir des entreprises publiques transformées. La Cour constitutionnelle n'était pas d'accord avec ce point en précisant que la transformation entraîne seulement la privatisation du statut. La gestion de l'entreprise publique transformée dépend ultérieurement de la politique des pouvoirs publics, ce qui ne relève pas de compétence de la Cour constitutionnelle.<sup>331</sup>

Ainsi, pouvons-nous citer deux contextes juridique et économique conduisant à la transformation du statut de l'entreprise publique.

*- La remise en cause du statut d'ÉPIC*

**En France**, la transformation des entreprises publiques est influencée par le droit communautaire. À l'égard du droit communautaire sur le régime de propriété, il faut relever l'article 345 du TFUE (l'article 295 du Traité CE) selon lequel *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres*. Ce principe de la neutralité semble toutefois ne

---

<sup>330</sup> S. NICINSKI, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés», *RFDA*, 2008, p. 35

<sup>331</sup> Cour constitutionnelle, n° 50/2542 du 4 novembre 1999

pas avoir d'applicabilité réelle et être contourné par les règles de la concurrence du fait de la coexistence entre l'article 345 et d'autres dispositions avec lesquelles il doit être combiné. De cette combinaison, et même souvent de cette concurrence, l'article 345 ne sort pas nécessairement en position de force.<sup>332</sup>

**D'abord**, l'article 37 du TFUE (l'article 31 du Traité CE) sur l'aménagement des monopoles nationaux présentant les caractères commerciaux exige que le recours au monopole pour assurer la protection de l'intérêt général ne puisse s'opérer que dans le respect du Traité dont les règles sur la libre circulation des marchandises. **Ensuite**, l'article 106 du TFUE (l'article 86 du Traité CE) soumet les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général aux règles de la concurrence dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Les États membres ne sauraient par conséquent tirer argument des qualifications d'entreprises publiques nationales offertes dans le premier paragraphe du même article pour faire échapper ces dernières aux règles de concurrence. **Enfin**, selon l'article 107 du TFUE qui prévoit que *«sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions»*, la prise de participation publique peut ainsi s'analyser comme des aides d'États dès lors que, sur la base des règles commerciales habituelles, elles ne constituent pas des investissements normaux au respect des règles de la concurrence.

**En Thaïlande**, le statut d'ÉPIC thaïlandais a été remis en cause par le FMI, non pas en raison de la concurrence, mais celle de l'inefficacité. L'intervention de cette organisation n'a pas provoqué l'ouverture de la concurrence dans tel ou tel secteur. En effet, la transformation d'ÉPIC en société anonyme a été clairement exigée par le FMI sans qu'il soit besoin de libéraliser le secteur dont l'entreprise a été transformée. La loi relative à la capitalisation des entreprises publiques 1999 a mis en place les procédures de la transformation d'un ÉPIC en une société anonyme. Le texte ne concerne pas pourtant la cession d'actions des entreprises transformées. La transformation n'est ni pour objet, ni pour effet de l'ouverture de la concurrence dans le secteur concerné.

---

<sup>332</sup> Benoît DELAUNAY, «Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres», *RJEP* n° 668, octobre 2009, étude 11, p.4

*- L'adaptation aux nouvelles pratiques des affaires*

L'ÉPIC avait été créé à l'époque en vue d'assouplir la gestion des activités industrielles et commerciales. Mais, il s'avère aujourd'hui que la forme d'ÉPIC n'est pas non plus en mesure de s'adapter à l'environnement économique. De plus, les approches vers les activités plus commerciales ne lui permettent plus de conserver le statut d'un établissement public.

L'inconvénient du statut d'ÉPIC résulte **en premier lieu** de l'absence de capital. La structure de l'ÉPIC constituée par le fonds de dotations publiques a des difficultés de réaliser des opérations capitalistiques et trouver des financements. Le manque d'une structure capitalistique ferme la possibilité d'accéder aux certaines opérations notamment l'augmentation des fonds propres. Dans une stratégie de développement international, il est avantageux de pouvoir procéder à des acquisitions par remise de titres ou de conclure des alliances ayant un prolongement capitalistique à travers les participations croisées, ce qui n'est pas possible dans la structure d'ÉPIC.<sup>333</sup> La sociétalisation permet aussi la pratique d'apports corporels ou incorporels si l'apporteur conditionne son apport à une participation au capital.

**En second lieu**, l'évolution de la pratique des affaires incite les ÉPIC à imposer l'élargissement de leurs activités alors que certaines activités telles que l'assurance ou la banque ne peuvent être créées que suivant une certaine forme juridique. Il s'agit, en effet, de la filialisation. Les ÉPIC créent des filiales qui ont toutes le statut de société anonyme afin de diversifier leurs activités non seulement pour développer de nouvelles activités et trouver de nouvelles ressources financières mais également pour s'allier avec des partenaires souvent sous la forme des sociétés anonymes. La nouvelle étendue d'activités peut toutefois aller à l'encontre du principe de la spécialité. Le Conseil d'État a autorisé le transfert de l'intégralité des actifs d'un établissement public à ses filiales pour que l'établissement puisse assurer une fonction de holding. Il a ensuite considéré que la filialisation-diversification ne s'opposait pas au principe de la spécialité sous certaines conditions.<sup>334</sup> Dans un avis du Conseil d'État, le juge a en effet exigé que la diversification porte sur une activité qui, à la fois, est complémentaire de la mission de service public et présente un intérêt général et une utilité pour l'établissement.<sup>335</sup> La filialisation

<sup>333</sup> Sébastien BERNARD, *Droit public économique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 90

<sup>334</sup> CE 24 novembre 1978, n°226514

<sup>335</sup> CE 7 juillet 1994, Avis n°356089

fut par exemple appliquée à La Poste lorsqu'elle était un ÉPIC (avant 2010), ce sont La Banque Postale, la holding GeoPost, la holding Sofipost et Poste Immo qui constituent les principales filiales du groupe La Poste. La participation d'une entreprise du secteur public au capital d'une société anonyme est également autorisée en Thaïlande, mais la mise en oeuvre est rare en cas d'une entreprise sous forme d'ÉPIC.

**En dernier lieu**, le rapport Diefenbacher a conclu qu'une bonne gestion commerciale des entreprises publiques devait être accompagnée par un statut adéquat, plus précisément, un statut d'entreprise privée.<sup>336</sup> Ce rapport préconise ensuite la généralisation du statut de société anonyme pour toutes les entreprises opérant dans le champ concurrentiel. Ce conseil va en accord avec celui de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui appelle à la «*rationalisation des formes juridiques*» des opérateurs publics.

Cette dernière raison est aussi empruntée par **l'administration thaïlandaise**. À l'égard de l'administration, la gestion sous forme d'ÉPIC se heurte encore à la complexité résultant d'une image mixte de la structure publique-privée. Cette image représente le régime de gestion sans planification et gêné par les règles souvent pas nécessaires ainsi que par la lourdeur de la tutelle.

**En outre**, la notion de l'ÉPIC thaïlandais repose sur le principe de non-rentabilité selon lequel la rémunération des services publics organisés par les ÉPIC a seulement pour objectif de couvrir le coût réel. Ce principe est une cause principale au surendettement et en l'absence de développement de plusieurs ÉPIC.<sup>337</sup> Le statut d'ÉPIC en Thaïlande est jugé inadapté et doit être réformé. À ce stade, la transformation d'un ÉPIC à une société anonyme paraît donc intéressante en permettant de relancer une image plus dynamique. La transformation traduit par la suite la diminution du rôle de l'État voire l'allègement budgétaire dans la gestion des opérateurs publics. La structure plus privée est considérée comme un moyen de développement à la gestion plus efficace.

---

<sup>336</sup> Michel DIEFENBACHER, *Rapport n° 1004 à l'Assemblée Nationale sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, 2003

<sup>337</sup> Nantawat BORAMANAND, *Droit administratif relatif au service public*, Winyuchon, 3<sup>e</sup> édition, 2004, p.242

En tout état de cause, malgré l'évolution de la vie des affaires, la mutation statutaire des entreprises publiques ne paraît pas suffisante à répondre aux nouvelles exigences. Le processus de la modernisation définie dans la loi relative à la capitalisation des entreprises publiques 1999 n'est pas encore complet à cause de l'article 4 (2) de la loi relative à la concurrence 1999 qui exempte toujours l'application des règles de la concurrence aux entreprises publiques quel que soit le statut. Cette disposition constitue un obstacle important au développement des services publics rendant une image obscure à l'égard de la position des entreprises publiques en droit de la concurrence. Un amendement à cet article aux termes duquel «*La loi relative à la concurrence 1999 n'est pas appliquée aux entreprises publiques au sens de la loi relative à la procédure budgétaire en ce qui concerne celles qui ne sont pas en concurrence avec les opérateurs privés*» a été adopté au Conseil des ministres le 25 septembre 2007.<sup>338</sup> La proposition implique au contraire que les entreprises publiques en concurrence avec les opérateurs sont désormais soumises aux règles de la concurrence. Toutefois, cet amendement n'a pas encore été mis en œuvre dans les travaux législatifs.

Après avoir fait une analyse sur les entreprises visé par le droit de la concurrence, il convient de procéder à la réflexion sur le marché traité par le droit de la concurrence (§2).

## **§ 2 La délimitation du marché pertinent apprécié par le droit de la concurrence**

L'application du droit de la concurrence ne porte pas seulement sur la qualification des entreprises concernées, mais aussi par la notion du marché considéré comme le champ sur lequel les concurrents exercent les activités économiques. En effet, le marché se compose en deux éléments : la dimension économique du marché caractérisée par l'activité des entreprises et la dimension géographique définissant l'objet d'appréciation de la pratique en cause. Nous avons associé les entreprises avec les activités économiques car le droit de la concurrence vise à contrôler les comportements économiques. La qualification des activités économiques paraît nécessaire afin d'identifier les domaines concernés (A). Dès lors qu'une activité est qualifiée,

---

<sup>338</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.249

son périmètre doit ensuite être déterminé (B) pour connaître la portée du comportement ciblé, ce qui est indispensable en droit des pratiques anticoncurrentielles.

### A) La qualification des activités économiques

Les activités économiques au sens général peuvent être simplement assimilées au terme «commerce.» Mais au sens juridique, la notion des activités peut être plus compliquée. **En France**, l'article L410-1 du Code de commerce applique les règles de la concurrence à *toutes les activités de production, de distribution et de services*. D'après cette disposition, le droit français définit trois domaines des activités économiques : production, distribution et services. En revanche, **le droit de la concurrence thaïlandais**, s'il donne certaines définitions, ne dispose pas expressément de champ d'application expressément délimité. Il convient donc de mettre ces définitions en droit thaïlandais en comparaison avec les trois domaines d'activités énoncées en droit français.

**D'abord**, la production dans l'article L410-1 du Code de commerce français se définit comme la création «d'utilités», renvoyant ainsi à une conception plus économique que technique.<sup>339</sup> Un exemple intéressant porte sur l'électricité. Dans un litige accusant une pratique anticoncurrentielle de la part d'EDF, l'entreprise avait évoqué que l'activité des producteurs indépendants n'était pas une activité de production. Le Conseil de la concurrence a statué que «*Quel que soit le contexte administratif et réglementaire dans lequel sont organisées la production et la distribution d'électricité, il est constant que les producteurs autonomes produisent de l'électricité qu'ils vendent à EDF moyennant un prix; que dès lors, la production d'électricité est une activité de production.*»<sup>340</sup> **En droit thaïlandais**, l'article 3 paragraphe 4 de la loi relative à la concurrence 1999 définit *des produits* comme «*des choses qui peuvent être utilisées ou consommées ainsi que les titres de propriété de telles choses*», ce qui devrait inclure des biens intangibles comme l'électricité.

S'agissant **ensuite** de l'activité de distribution, elle est considérée comme une activité d'intermédiaire.<sup>341</sup> **En droit français**, elle recouvre toutes les formes de vente et de circuits de distribution. **Le droit de la concurrence thaïlandais** mentionne en partie dans la définition «*des*

<sup>339</sup> L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. 69

<sup>340</sup> Cons. conc. 21 mars 1995, décision n° 95-MC-06

<sup>341</sup> Cons. conc. 21 janvier 1997, avis n° 97-A-04

*opérateurs d'affaires*» (l'article 3 paragraphe 3) qu'ils signifient «*des distributeurs (ou vendeurs)*», ce qui inclut tant l'acteur de distribution (distributeurs) que l'acteur de commercialisation (vendeurs).

Concernant **enfin** les services, la Cour d'appel de Paris les a déjà caractérisés dans un litige. **En droit français**, «*Selon l'acceptation commune, le terme de prestation de services se rapporte à toute activité exercée à titre habituel pour autrui en dehors d'un lien de subordination et ne donnant pas lieu à un transfert de propriété de produit.*»<sup>342</sup> **En droit thaïlandais**, l'article 3 paragraphe 5 de la loi relative à la concurrence 1999 définit *les services* comme «*le fait de faire une chose quelconque, l'allocation d'une prérogative, la permission d'utiliser ou de bénéficier d'un bien ou d'une activité, en contrepartie d'une rémunération ou autres bénéfiques, mais n'incluent pas le contrat de travail.*» Alors que le concept français distingue les services par l'absence de transfert de propriété, celui de la Thaïlande exclut les activités qui reposent sur un contrat de travail. Malgré la différence, il ne relève pas problème particulier d'application.

Toutefois, la seule catégorisation des activités en trois domaines dans le droit français ne suffit pas à qualifier les activités économiques en droit de la concurrence. Il faut en effet deux éléments **d'une part** ceux qui permettent d'identifier les activités économiques (1°) et **d'autre part** ceux qui excluent la qualification d'activité économique (2°).

#### 1° Les critères d'identification des activités économiques

Nous avons classé les actes dans les trois domaines d'activités (production, distribution et services), mais une telle activité ne sera considérée comme activité économique que si elle comporte des liens avec le marché. Par exemple, un particulier qui vend sa voiture à son ami exerce une activité économique au sens propre, mais la vente ne constitue pas d'activité économique au sens du droit de la concurrence. Les liens avec le marché sont énoncés en plusieurs critères dont la perception paraît différente. Trois critères sont alors posés pour apprécier la qualification des activités.

---

<sup>342</sup> CA Paris, 27 novembre 1990, *Aff. Blancafort c/Equerre*

*a) À propos de l'interaction volontaire de l'offre et de la demande*

Le marché est constitué par des acteurs économiques dont les vendeurs et les acheteurs. Un facteur qui caractérise le marché est qu'il existe une liberté d'agir entre les deux acteurs. L'action des offreurs et des demandeurs doit être libre, volontaire, facultative et dépourvue de contrainte légale.<sup>343</sup> Ce constat traduit *a contrario* que l'activité qui comporte le caractère obligatoire ne peut être considérée comme activité économique en droit de la concurrence. Saisi sur la question du régime de la sécurité sociale, le Conseil de la concurrence a considéré que «*l'affiliation à ces régimes est obligatoire et que les taux de cotisations ainsi que les prestations qu'ils détiennent sont fixés par des textes législatifs et réglementaires; que dans ce cadre, ces organismes exercent une mission exclusive de toute activité commerciale, économique et spéculative.*»<sup>344</sup>

Quant au caractère obligatoire de la sécurité sociale, la juridiction européenne a déjà jugé que l'affiliation à un régime complémentaire de la sécurité sociale ne prive pas le caractère non-économique de l'activité.<sup>345</sup>

*b) À propos de l'existence d'une contrepartie*

Une nature d'une activité dans un marché est qu'elle doit être assortie d'une rémunération. L'activité à titre purement gratuit n'est pas alors visée par le droit de la concurrence. Il s'agit en effet d'une logique économique exigée pour qualifier une activité économique. La question reste à savoir ce que l'on entend par une contrepartie.

Une contrepartie peut être **d'abord** sur la forme d'un prix. Le prix paraît un mode de rémunération la plus simple dans le fonctionnement du marché. La portée de l'existence d'un prix est double. Non seulement les activités sans prix seront exclues de l'application des règles de la concurrence, mais aussi l'existence du prix sans possibilité de le faire basculer dans le marché se trouve hors du champ d'application du droit de la concurrence. Par exemple, le Conseil de la concurrence a été saisi sur la question si la cotisation des organismes sociaux constitue une activité économique. En relevant le fait que les montants de ces cotisations sont en fait fixés par des textes législatifs, le Conseil a mis cette activité en dehors du droit de la

<sup>343</sup> L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. 77

<sup>344</sup> Cons. conc. 8 juin 1993, décision n° 93-D-20

<sup>345</sup> CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *Fédération Française d'Assurances (F.F.S.A.)*

concurrence.<sup>346</sup> Si le prix et la liberté de le déterminer prouvent le caractère économique d'une activité, la situation s'annonce toutefois difficile en cas de rémunération sous une forme autre que le prix.

**Ensuite**, une contrepartie peut se présenter sous forme d'une redevance. Le droit français la définit comme «*Une taxe parafiscale perçue dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne de droit public ou privé, autre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs.*»<sup>347</sup> La redevance peut en effet être regardée comme un prix en contrepartie d'un produit ou de certain service, mais qui est payée de manière régulière. En revanche, elle n'est pas forcément proportionnée au produit ou service rendu. Par exemple, la redevance audiovisuelle prélevée auprès des auditeurs et téléspectateurs ne peut financer qu'une partie de recettes des organismes de radiodiffusion publics.

La redevance est également un mode de rémunération employée en échange d'un droit d'exploitation (brevet, droit d'auteur, droit des marques, mine etc.). **En droit de la concurrence thaïlandais**, ce type de contrepartie peut résulter d'une allocation d'une prérogative ou d'une permission d'utiliser ou de bénéficier d'un bien ou d'une activité telles que décrites dans la définition *des services* dans l'article 3 paragraphe 5 de la loi relative à la concurrence 1999. Cela traduit la reconnaissance de la redevance en droit thaïlandais.

La contrepartie peut être **enfin** sous la forme d'une cotisation. Les cotisations sociales sont des prélèvements assis sur les salaires et associés au financement de prestations sociales. Ces cotisations aussi appelées *charges sociales* est versées d'une part par les salariés et d'autre part par les employeurs. Les taux de cotisation sont calculés à partir de la rémunération des salariés sur toutes les sommes versées aux travailleurs. La Cour de cassation a déjà considéré que le financement par les cotisations de l'activité de prévoyance, de solidarité et d'entraide n'empêche pas de les qualifier en activités économiques.<sup>348</sup>

**En droit thaïlandais**, le régime de cotisation existe aussi, mais le versement de ces sommes relève plutôt une question du droit de travail et de sécurité sociale. En absence de

---

<sup>346</sup> Cons. conc. 8 juin 1993, décision n° 93-D-20, *déjà citée*

<sup>347</sup> L'article 4 de l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances

<sup>348</sup> Cass. Com., 21 octobre 1997, *Bull. IV N°270*, p. 234, *Chambre syndicale des pharmaciens du Maine et Loire c/société Mutualité de l'Anjou*

jurisprudence, il serait donc possible que la cotisation sociale en Thaïlande n'entre pas dans le champ d'application du droit de la concurrence.

*c) À propos de l'approche comparatiste*

Le critère comparatiste vise à qualifier une activité économique par l'existence d'exercice d'une activité équivalente par les entreprises privées. Le Conseil de la concurrence a déjà qualifié la garantie supplémentaire de l'assurance maladie proposée par les sociétés mutualistes comme l'activité économique car «*ces services sont offerts aussi bien par des sociétés mutualistes que par des organismes qui ne sont pas régis par le Code de la Mutualité, dont notamment des sociétés d'assurances.*»<sup>349</sup> Quant au Conseil d'État, il a également adopté cette méthode dans la qualification des activités d'HLM (*Habitations à Loyer Modéré*) que celles-ci fournissent les prestations analogues à celles d'un bailleur privé.<sup>350</sup>

En revanche, ce critère importe peu **en Thaïlande**. Si l'approche comparatiste vise à qualifier une activité assurée par les personnes publiques, cette recherche ne va pas en soi car les personnes publiques sont expressément exemptées de l'application du droit de la concurrence.

En tout état de cause, ce critère reçoit aussi des critiques notamment dans sa considération trop vague et générale, ce qui n'entre pas dans toutes les circonstances. Comment pouvons-nous qualifier activité économique à partir d'une école publique par la présence des écoles privées ? Il existe au-delà de l'approche comparatiste d'autres factures menant une telle activité hors du champ d'application du droit de la concurrence, ce que nous allons voir plus loin.

Après avoir examiné une activité en cause selon les trois critères posés, il convient également de vérifier s'il y a des éléments susceptibles d'exclure une telle activité de l'application du droit de la concurrence (2°).

2° Les éléments d'exclusion des activités économiques

Une activité dès lors qu'elle est qualifiée activité économique au sens du droit de la concurrence peut être dépourvue de cette qualité si elle comporte un élément qui prive ou réduit

---

<sup>349</sup> Cons. conc. 29 janvier 1991, décision n° 91-D-04

<sup>350</sup> CE 24 avril 1992, n°116489, *Union Nationale des Fédérations d'HLM*

la soumission aux règles de la concurrence. La présence d'un tel élément entraîne deux conséquences.

*a) L'exemption absolue à l'application du droit de la concurrence*

Nous parlerons des missions fondamentales de l'État qui ne peuvent être confiées aux personnes ou aux organismes privées. Les fonctions ou les services dits *régaliens* sont des activités qui relèvent du pouvoir souverain. Les missions régaliennes sont réparties en quatre fonctions, ce qui sont<sup>351</sup>

- assurer la sécurité extérieure par la diplomatie et la défense du territoire ;
- assurer la sécurité intérieure et le maintien de l'ordre public avec, notamment, des forces de police ;
- définir le droit et rendre la justice ;
- définir la souveraineté économique et financière, notamment en émettant de la monnaie.

D'après les quatre groupes, c'est le concept de sécurité qui est placé pour justifier la qualification. La sécurité peut être assurée dans plusieurs aspects. L'armée assure l'intégrité territoriale alors que la police judiciaire assure la sécurité interne. La mairie qui délivre un permis de construire assure le respect des règles d'urbanisme ou encore le tribunal rend la décision en matière pénale ou civile assure la sécurité juridique des justiciables. Ces missions, si elles entraînent un coût, ne peuvent être qualifiées comme activité économique parce que le prix ne correspond pas à la logique de l'offre et la demande. La question est donc de savoir si la sécurité économique reste-elle encore une mission régalienne de l'État ?

Dès lors qu'une activité est considérée comme régalienne, cette activité n'est pas soumise aux règles de la concurrence. Ce constat n'a plus de vocation générale tant que les missions régaliennes évoluent. Il s'agit en effet du réaménagement du principe d'exercice exclusif de l'État des fonctions régaliennes. Les dérogations s'effectuent à deux niveaux.

---

<sup>351</sup> ESEN (2010). *L'administration des fonctions régaliennes de l'État, Séminaire DAFPE du 5 mars 2010*, [En ligne][http://www.esen.education.fr/fileadmin/user\\_upload/Contenus/Profils/dafpe/dafpe\\_2010/dafpe\\_admin\\_regal\\_e tat\\_050310.pdf](http://www.esen.education.fr/fileadmin/user_upload/Contenus/Profils/dafpe/dafpe_2010/dafpe_admin_regal_e tat_050310.pdf) (le 25 mars 2013).

**D'une part**, certaines missions régaliennes sont interprétées de manière plus raffinée pour que les missions connexes aux missions principales puissent être dévolues. Par exemple, les services pénitentiaires en ce qui concerne essentiellement la sécurité se limitent aux activités du greffe et de la surveillance. **En France**, le Conseil constitutionnel n'a pas interdit la passation d'un marché pour la conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires.<sup>352</sup> Les autres activités dissociables telles que la maintenance ou la fourniture de divers services peuvent être déléguées aux opérateurs privés.<sup>353</sup>

Cette tendance se produit également **en Thaïlande** où plusieurs prestations de service dans les établissements administratifs sont confiées aux sociétés extérieures, même si les actes des administrations centrales, régionales et des collectivités locales sont en principe exemptés en vertu de l'article 4 (1) de la loi relative à la concurrence 1999. Pourtant ce phénomène n'arrive pas encore aux établissements pénitentiaires hautement marqués par les mesures de sécurité. En tout état de cause, le recours au marché impose le respect des règles de la concurrence tant en France qu'en Thaïlande.

**D'autre part**, la gestion des services régaliens de l'État peut être confiée aux acteurs privés dans le cadre strictement défini. L'évolution se produit dans les missions de la justice. Nous avons déjà entendu la pratique d'arbitrage dans laquelle une ou plusieurs personnes pouvant préalablement être désignées par les deux parties interviennent pour trancher des litiges nés dans le cadre défini par les parties. La procédure d'arbitrage venant en lieu et en place de la juridiction est acceptée pour atténuer les inconvénients des juges judiciaires sous la base du consentement des parties. **En France**, la pratique est autorisée dans les affaires privées sauf celles qui concernent la capacité des personnes, le droit de la famille, la contestation intéressant les collectivités publiques ou d'autres questions de l'ordre public. **En Thaïlande**, les compétences de l'arbitrage ne sont pas fixées, mais l'article 15 de la loi relative à l'arbitrage du 23 avril 2002 (E.B. 2545) permet aux collectivités publiques un recours à l'arbitrage que le contrat en cause soit ou non le contrat administratif.

La mission de justice privée se poursuit aussi en matière pénale, ce qui relève plus de la question de la sécurité. La délégation ne s'effectue pas pour le jugement des litiges, mais pour les

---

<sup>352</sup> CC, n° 2002-461 DC du 29 août 2002

<sup>353</sup> G. CANIVET (2011), *La mutation des fonctions régaliennes, état des lieux*, [En ligne] <http://www.lecerclledesconomistes.asso.fr/IMG/pdf/S13-Canivet-03.pdf> (le 26 mars 2013)

modes alternatifs de règlement comme la médiation. **En droit pénal français**, il est possible pour le procureur de la République de faire procéder, par l'intermédiaire d'un délégué ou d'un médiateur, personnes privées, à des mesures pré-pénales ou des mesures de composition pénale.

**En Thaïlande**, l'Office judiciaire organise déjà la formation pour le médiateur en matière pénale. Ce dernier s'adresse aux victimes et acteurs de l'infraction pour les inviter au projet de médiation. L'accord trouvé par les deux parties sera soumis aux autorités judiciaires pour fixer la modalité d'application des peines.<sup>354</sup>

Après avoir vu la non-soumission au droit de la concurrence d'une activité par sa nature régaliennne, nous allons ensuite envisager les activités de nature économique, mais qui sont partiellement exemptées par ses propres caractéristiques.

*b) L'exemption partielle à l'application du droit de la concurrence*

Si une activité est qualifiée d'économique en droit de la concurrence, cela veut dire que cette activité apporte un intérêt économique pour les entreprises. Une question demeure pourtant à trancher si cet intérêt répond à un propre besoin de l'entreprise ou à celui d'un niveau général.

L'émergence de cette considération est due à la politique du marché intérieur imposée par l'Union européenne, ce qui propose deux concepts.

**D'une part**, la catégorie des services dits *services d'intérêt économique général* (SIEG) est créée afin d'échapper à l'application des règles de la concurrence. Les SIEG sont en effet construits en "négatif" ou en "creux".<sup>355</sup> Dès lors qu'une activité est entrée dans cette catégorie, elle sera soumise aux règles des traités notamment les règles de la concurrence mais «*dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie*» selon l'article 106 du TFUE. La jurisprudence communautaire a autorisé l'octroi de certains droits exclusifs pour assurer les missions d'intérêt

---

<sup>354</sup> Sudsanguan SUTHISORN, *La médiation entre le détenu et la victime dans l'affaire pénale*, [En ligne] <http://www.correct.go.th/journal/j2/new7.html> (le 26 mars 2013)

<sup>355</sup> Jean-Marc SAUVÉ (2011), *La notion de service d'intérêt économique général Cadre européen et régimes nationaux, Allocution d'ouverture*, p. 2, [En ligne] <http://www.conseil-etat.fr/media/document/DISOURS%20ET%20INTERVENTIONS/intervention-colloque-sieg-vd.pdf> (le 27 mars 2013)

général.<sup>356</sup> Dans l'affaire *Altmark*, la Cour a également fixé les conditions pour qu'une compensation liée aux SIEG ne soit pas considérée comme l'aide d'état.<sup>357</sup>

Les conditions de l'application limitée du droit de la concurrence aux SIEG sont clarifiées par les paquets dits *Monti-Kroes* en 2005 et *Almunia* en 2012,<sup>358</sup> ce qui concerne notamment les conditions préalables à la compensation, la proportionnalité des aides et les compensations des minimis.

La détermination des SIEG relève pourtant de la compétence de la juridiction nationale selon le principe de subsidiarité. Le contentieux se déroule tout d'abord au niveau national qui statue sur le caractère économique de l'activité ainsi que sur son caractère d'intérêt général au regard du droit interne et du droit communautaire. Le juge de l'Union se limite au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Le contrôle poursuit aussi à vérifier les actes de puissance publique sur les missions d'intérêt général en cause ainsi que la pertinence et la nécessité des mesures de protection aux SIEG.

**D'autre part**, l'Union européenne vise également les activités économiques à caractère social qui doivent être traitées par les régimes spéciaux. La Commission européenne propose deux catégories des entreprises bénéficiaires. **D'abord** en 2006, la Communication COM(2006) 177 final *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne* tente de créer un faisceau d'indices afin de définir les services sociaux d'intérêt général (SSIG). Les critères d'appréciation sont ainsi mentionnés comme le fonctionnement sur la base du principe de solidarité, un caractère polyvalent et personnalisé, l'absence de but lucratif, la participation de volontaires et de bénévoles, un ancrage marqué dans une tradition culturelle (locale) ou une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires loin d'être une relation normale de type fournisseur-consommateur. Ces facteurs énoncés dans la Communication traduisent ainsi l'acquis jurisprudentiel. Mais, si l'énumération n'est pas exhaustive, ces critères paraissent cependant flous.<sup>359</sup> La Communication divise les

<sup>356</sup> Voir CJCE 19 mai 1993, aff. 320/91, *Corbeau*, déjà citée et CJCE 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*.

<sup>357</sup> CJCE 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*

<sup>358</sup> Le paquet *Almunia* se compose de la décision C(2011) 9380 de la Commission du 20 décembre 2011, la Communication 2012/C 8/02 de la Commission, la Communication 2012/C 8/03 de la Commission et Règlement (UE) N° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012.

<sup>359</sup> Dorian GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Presses Universitaires de Sceaux, 2012, p. 440

SSIG en deux groupes ; les régimes légaux et complémentaires de protection sociale et les autres services essentiels prestés directement à la personne.

**Puis** en 2011, la Commission propose une autre catégorie d'entreprise dite *entreprise sociale*. Dans sa communication COM(2011) 682 final du 25 octobre 2011, la Commission se focalise sur les thèmes comme *une nouvelle croissance inclusive, tournée vers l'emploi pour tous* ou *une économie sociale de marché hautement compétitif*, ce qui signifie la prise en compte des valeurs sociales après une longue politique de l'Union centralisée sur le progrès économique de la communauté. Une entreprise sociale dans cette communication est définie comme «*une entreprise dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires. Elle opère sur le marché en fournissant des biens et des services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents à des fins sociales.*» Le caractère social du service résulte soit par la fourniture des services sociaux et/ou de biens et services destinés à un public vulnérable, soit par le mode de production des biens ou services qui poursuivent un objectif d'ordre social. Dès lors qu'une entreprise sociale est caractérisée, la Commission propose trois actions clés dans trois domaines : *une meilleure valorisation de l'élément de la qualité dans l'attribution des marchés*, une formule jugée mystérieuse,<sup>360</sup> la simplification du régime des aides d'État et le développement des formes juridiques européennes adaptées qui pourraient être utilisées par l'entrepreneuriat social européen.

**En revanche**, l'état actuel des textes communautaires reconnaît uniquement les SIEG de pouvoir bénéficier de l'exception prévue dans le Traité. Les SSIG et l'entreprise sociale ne se voient pas encore attribuer les régimes spéciaux. Ils traduisent en effet l'initiative de l'Union européenne d'intégrer les valeurs sociales dans sa politique économique.

Il faut aussi remarquer que l'exemption partielle des SIEG s'effectue par la nature des activités et indépendamment du statut des prestataires. **En Thaïlande**, la dérogation partielle n'existe pas. En outre, la loi relative à la concurrence 1999 accorde ce privilège en tenant compte du statut des entreprises et non sur la nature des activités, ce qui renferme essentiellement le développement du concept des SIEG en droit thaïlandais.

---

<sup>360</sup> Étienne FATÔME, «Office public de l'habitat, entreprise sociale ?», *AJDA*, 2013, p. 100

Nous avons identifié ce qui est le marché en considérant les caractéristiques de l'activité. Dès lors qu'une activité est soumise aux règles de la concurrence, il convient ensuite de déterminer les périmètres du marché qui font l'objet de l'appréciation des autorités (B).

## **B) La délimitation du marché pertinent**

Le marché au sens du droit de la concurrence comporte deux sens. Il s'agit, pour le premier sens, de *l'espace à l'intérieur duquel s'échangent les marchandises et les services de toute nature*. C'est dans ce sens-là que les traités européens utilisent le terme «*marché intérieur*» qui est venu remplacer celui du «*marché commun*.»<sup>361</sup> Le second désigne, selon la Communication européenne le «*périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises*.»<sup>362</sup>

La délimitation du marché pertinent est une phase primordiale en droit de la concurrence. L'ADLC à l'époque Conseil de la concurrence a bien formulé dans son rapport que «*La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise et d'autre part, les effets des pratiques mises en œuvre. Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins, en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions*.»<sup>363</sup> En effet, la délimitation nécessite l'analyse économique à travers différentes méthodes selon les domaines d'appréciation qu'il soit l'entente, l'abus de position dominante ou la concentration.

L'étude sur ce sujet porte essentiellement sur les jurisprudences françaises, européennes ainsi que américaines. La délimitation du marché pertinent s'opère à partir de deux critères : **d'abord**, la détermination des produits ou services concernés (1°), **puis** la dimension géographique du marché (2°).

### 1° Les périmètres des activités économiques concernées

---

<sup>361</sup> André DECOCQ et Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence droit interne et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, 3<sup>e</sup> édition, p. 97

<sup>362</sup> La Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence du 9 décembre 1997.

<sup>363</sup> Cons. conc., *Rapport annuel 2004*, p. 201

Dans toutes les appréciations du droit de la concurrence, relève une question essentielle sur les périmètres du produit ou du service en cause. Un producteur de mozzarella est-il en concurrence avec celui de roquefort puisqu'ils sont tous les fromages ? La compagnie aérienne est-elle en concurrence avec la SNCF puisqu'elle assure l'activité de transport des passagers ? La Communication européenne précitée définit le marché en cause comme «*tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.*» L'appréciation s'effectue à travers plusieurs facteurs : les conditions de concurrence, des prix ou l'élasticité croisée de la demande etc.<sup>364</sup> C'est donc la substituabilité des produits ou services qui doit être examinée. Notre étude portera sur la substituabilité du côté de la demande, ce qui est plus utilisé par rapport à la substituabilité du côté de l'offre. Deux méthodes sont ainsi proposées.

*a) À propos du test SSNIP*

Le test du *monopoleur hypothétique* (en anglais la procédure du *Small but Significant Non transitory Increment in Price* dite *SSNIP*) est une méthode d'évaluation indirecte du marché pertinent. Il consiste à examiner l'interaction entre deux biens (X et Y) si l'augmentation du prix du bien (X) sur un an peut reporter la demande vers le bien (Y). En cas positif, il faut ensuite analyser si la demande reportée au bien (Y) est-elle en mesure de faire baisser le prix du bien (X) et que si cette baisse est «*suffisamment forte pour compenser le bénéfice de la hausse des prix.*» Si ce n'est pas suffisant, le marché pertinent sera limité au bien (X).<sup>365</sup>

Ce test est une méthode simple mais connaît aussi des faiblesses. Le test SSNIP peut être considéré comme la seule approche économiquement fondée et juridiquement *administrable* de la définition des marchés puisqu'il fournit des données transparentes, prévisibles et efficaces.<sup>366</sup> Ce test, contraignant de stipuler la rationalité des consommateurs, paraît moins consistant notamment dans l'appréciation de l'abus de position dominante.

Dans le contrôle des concentrations, l'objet est de savoir si l'opération est susceptible d'aboutir à une augmentation des prix au-delà du prix courant sur le marché par l'élimination de la concurrence, ce qui invite les autorités à examiner les potentielles variations d'un prix connu

<sup>364</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 99

<sup>365</sup> Lionel ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse Université Paris 10, 2010, p. 284

<sup>366</sup> Nathalie BOURDEAU-BOROWSKY, *Essai sur la notion de marché pertinent*, Thèse Toulouse, 2007, p. 229

et qui tend vers l'équilibre. **De son côté**, l'objectif de l'examen de l'abus de position dominante est de qualifier le caractère excessif du prix courant existant sur le marché. Les résultats de la délimitation ne sont donc pas identiques mais dépendants du domaine d'appréciation.

Un exemple très connu de la faiblesse du test du monopoleur hypothétique vient d'une affaire américaine dite *Du Pont de Nemours*. La Cour suprême a délimité le marché papier cellophane à travers la méthode SSNIP, ce qui révélait l'élasticité souple des prix qui renvoie les consommateurs vers des produits concurrents de ceux de *Du Pont*. L'étendue du marché a donc été élargie en faveur des auteurs des abus. Or, ce prix résulte en réalité de la situation monopolistique. Le détournement des clientèles ne signifiait pas que les produits en cause sont substituables. Le phénomène du sophisme du cellophane (en anglais *Cellophane fallacy*) ne remet pas en cause le test SSNIP, mais réduit sa portée et sa fiabilité dans l'interprétation.

*b) À propos de la méthode du faisceau indice*

La méthode du faisceau indice est une méthode plus originelle et la plus utilisée dans les contentieux français et communautaires alors que le test SSNIP est souvent adopté par les autorités américaines, britanniques et australiennes. La technique présente un caractère souple, mais reste cependant moins formelle et moins prévisible que le test SSNIP. Cela laisse aux autorités une marge d'appréciation. Le Conseil de la concurrence a montré son attitude devant cette méthode dans son rapport d'activité de 2001 : «*dans certains cas complexes, la mise en œuvre des principes d'analyse du marché peut nécessiter le recours à plusieurs méthodes dont les résultats doivent être confrontés et la définition du marché résulte alors d'un faisceau d'indices convergents et non de la prise en compte d'un seul élément. En tant que de besoin, le Conseil procède à une certaine pondération des éléments retenus.*» Le rapport détaille donc que les indices sont l'existence d'une offre et d'une demande, la nature ou fonction organique du produit, les caractéristiques de l'offre, l'environnement juridique, les différences de prix, les références des demandeurs etc.

*c) À propos de la méthode adoptée par l'autorité thaïlandaise*

Quant à la Commission de la concurrence, la loi relative à la concurrence 1999 ne prévoit aucune disposition pour la délimitation du marché pertinent. C'est à l'occasion de la publication

de la ligne directrice<sup>367</sup> sur l'abus de position dominante selon l'article 25 de la loi que la Commission a pu énoncer le cadre d'appréciation du marché pertinent, ce qui signifie *a contrario* que les règles prévues dans cette ligne directrice ne s'appliqueraient pas à d'autres domaines comme la concentration ou l'entente.

En ce qui concerne le marché des produits, la ligne directrice tient à sept critères : l'élasticité croisée de la demande, l'élasticité croisée de l'offre, l'utilité finale de produit, l'attitude et la préférence des consommateurs, le système de distribution, le prix et la qualité de produit et les caractéristiques physiques de produit. Même si les critères se limitent à sept domaines, il est encore possible que la Commission prend en compte d'autres facteurs. Les éléments ne semblent pas être exhaustifs.<sup>368</sup>

Autre que l'appréciation des produits, le marché pertinent peut également être considéré à partir des zones géographiques où la concurrence s'exerce entre les produits ou services concernés (2°).

## 2° Les périmètres géographiques

Le TPICE définit le marché géographique comme «*le territoire sur lequel tous les opérateurs économiques se trouvent dans des conditions de concurrence similaire en ce qui concerne précisément les produits concernés. Il n'est nullement nécessaire que les conditions objectives de concurrence entre les opérateurs soient parfaitement homogènes. Il suffit qu'elles soient similaires ou suffisamment homogènes.*»<sup>369</sup> Il traduit en effet une dimension territoriale sur laquelle la concurrence s'exerce entre les produits concernés. L'étendue du marché peut être délimitée à l'échelle nationale, continentale, mondiale ou encore plus précise comme au monde entier sauf la Chine et l'Europe de l'est.<sup>370</sup>

En principe, la portée de la délimitation géographique est secondaire à celle du marché des produits. Même si la Communication européenne du 9 décembre 1997 constate qu'en général

---

<sup>367</sup> La ligne directrice sur l'abus de position dominante selon l'article 25 de la loi relative à la concurrence 1999 publiée par le Bureau de la Commission de la concurrence, janvier 2009

<sup>368</sup> Compte tenu que la ligne directrice présente la valeur facultative, d'autres facteurs ne sont pas forcément interdits d'être considérés.

<sup>369</sup> TPICE 22 novembre 2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*, aff. T139/98

<sup>370</sup> CJCE, 9 novembre 1983, aff. C-322/81, *Michelin c/ Commission*

les tests quantitatifs utilisés dans la délimitation du marché des produits peuvent également être servis en cas du marché géographique, les critères qualitatifs permettent essentiellement de déterminer les marchés géographiques.<sup>371</sup> Ces critères se présentent sous forme de contraintes empêchant l'expansion du produit.

*a) À propos des contraintes physiques*

Le coût du transport serait le premier élément qui pèse sur la délimitation géographique. L'examen de ce critère s'effectue à deux volets. **D'une part**, le coût du transport des marchandises peuvent varier selon les caractéristiques de produits. La Cour de cassation a déjà jugé que les briques et tuiles fabriquées dans la région d'Alsace ne sont pas substituables à d'autres produits à cause de la contrainte de transport des éléments de construction pondéreux et de faible valeur intrinsèque.<sup>372</sup> Le Conseil de la concurrence a également statué que les produits de revêtement routier ou le béton prêt à l'emploi ne peuvent être transportés à longues distances puisqu'ils perdent leur propriétés essentielles à l'utilisation.<sup>373</sup>

**D'autre part**, la difficulté de déplacement des consommateurs doit aussi être prise en compte. Plusieurs critères sont considérés : la distance à parcourir, la qualité du réseau routier et d'autres infrastructures, la fréquence des déplacements, la diversité des articles proposés, etc. L'analyse du coût du transport de côté consommateur s'opère souvent dans les litiges relatifs à la grande distribution.<sup>374</sup>

*b) À propos des contraintes réglementaires*

Certaines règles relatives à l'activité concernée peuvent constituer des obstacles importants à la commercialisation des produits ou services. Un exemple le plus évident serait les réglementations limitant le territoire d'exercice du monopole légal d'une activité assurée par la collectivité ou l'entreprise, ce qui exclut la possibilité de fournir l'activité à l'extérieur du territoire défini.<sup>375</sup>

---

<sup>371</sup> N. BOURDEAU-BOROWSKY, *Essai sur la notion de marché pertinent*, Thèse Toulouse, 2007, p. 203

<sup>372</sup> Cass. Soc. 10 juillet 2002, *Bull.* V N°239, p. 234

<sup>373</sup> Cons. conc., Avis 01-A-08 du 5 juin 2001 et Décision 97-D-47 du 11 juin 1997

<sup>374</sup> Voir Cons. conc., Décision 01-D-12 du 12 avril 2001

<sup>375</sup> Voir Cons. conc., Décisions 99-D-59 du 12 octobre 1999 et 00-D-59 du 6 décembre 2000

La différence des normes nationales peut **en outre** limiter la distribution de certains produits. Le TPICE dans l'affaire précitée a également considéré que l'existence en Italie d'une législation spécifique concernant les opérations de production, importation, stockage, présentation, vente des cigarettes est un élément permettant d'identifier le caractère national des marchés concernés.<sup>376</sup>

Les barrières à l'entrée au marché telles que les restrictions à l'importation pourraient **enfin** limiter le territoire du marché d'un produit. L'existence de cette entrave pourrait permettre de déduire que le marché n'est pas international.

*c) À propos des contraintes résultant des comportements de consommateurs*

Des éléments comportementaux tels que les habitudes et préférences de consommateurs, l'attachement aux marques nationales, la langue utilisée sur le produit, les traditions, les styles de vie peuvent distinguer le marché d'un produit d'une origine différente de celui de l'origine locale ou régionale. En revanche, cet ensemble de facteurs ayant un caractère subjectif exige des autorités de recueillir tous les éléments en nombre suffisant pour la délimitation efficace du marché géographique.

*d) À propos du marché géographique au regard de l'autorité thaïlandaise*

La ligne directrice sur l'abus de position dominante selon l'article 25 de la loi relative à la concurrence 1999 précitée évoque aussi la délimitation géographique. La délimitation selon la ligne directrice suppose en principe l'échelle nationale du marché en émettant ainsi deux critères de considération. **D'une part**, le coût du transport des marchandises, s'il entraîne une hausse significative du prix une région à l'autre, peut alors diviser le marché en deux ou plusieurs zones géographiques.

**D'autre part**, la Commission examine le caractère périssable des produits. La périssabilité de tels produits peut empêcher le transport des marchandises. La difficulté posée est un élément qui distingue une zone géographique de l'autre. C'est souvent le cas des denrées alimentaires qui ne se conservent pas longtemps.

---

<sup>376</sup> TPICE 22 novembre 2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*, aff. T139/98, précitée

En tout état de cause, la ligne directrice ne précise pas pour autant la méthode adoptée en premier. De ce fait, les pratiques décisionnelles en Thaïlande sur cette question sont toujours attendues pour clarifier l'appréciation de la Commission.

En ce qui concerne le droit de la concurrence qu'il soit français ou thaïlandais, nous avons étudié tous les acteurs qualifiés comme entreprises et leurs marchés dans lesquels ils exercent les activités, ce qui conditionne l'intervention du droit de la concurrence à niveaux divers en fonction de la nature des secteurs. Le droit de la consommation, quant à lui, s'applique aussi par la qualification des acteurs concernés qu'ils soient consommateur ou professionnel ainsi que par l'appréciation de la relation juridique entre eux à travers des contrats dits *de consommation* (Section 2).

## **Section 2 Les consommateurs, les professionnels et les contrats de consommation en droit de la consommation**

Le droit de la consommation se distingue du droit civil par les statuts particuliers que détiennent les parties du contrat. Dans le système anglo-saxon, l'importance de la qualité des parties paraît plus visible sous l'appellation "droit de la protection du consommateur" (en anglais : *Consumer protection law*). La Thaïlande malgré sa tradition civiliste a adopté aussi l'appellation *common law* selon le développement de ce domaine influencé par le droit anglo-saxon.

L'appréciation de la qualité de consommateur et celle de professionnel devient une étape importante dans l'application du droit de la consommation (§1). Dès lors que la condition de qualité est remplie, le contrat par lequel les parties s'engagent doit également être pris en considération (§2).

### **§ 1 Les notions de consommateur et de professionnel**

L'étude des notions de consommateur et de professionnel suppose au préalable qu'il existe une catégorie de personnes dites *consommateur* et *professionnel*. Une telle reconnaissance

exige une rupture avec le concept classique du droit civil de la personne et du sujet de droit. Avant d'étudier ces notions (B), il convient d'examiner les éléments théoriques et historiques sur la formation du droit de la consommation (A).

### **A) La question de la nécessité d'un droit de la consommation**

Une interrogation inhérente à la reconnaissance du droit de la consommation fut de savoir que recouvrent les notions de consommateur et de professionnel et comment ils se différencient de la personne de droit civil. Le positionnement du droit de la consommation à l'égard du droit civil paraît toujours difficile. Les civilistes ont toujours douté en effet l'intérêt de créer une nouvelle branche du droit (1°). Il a fallu alors du temps pour établir les propres concepts du droit de la consommation (2°).

#### 1° La problématique autonomisation des notions de consommateur et de professionnel

D'après John F. KENNEDY, «*nous sommes tous des consommateurs.*» Cette affirmation du Président des États-Unis partage ainsi le même point de vue que Jean-Baptiste SAY. Ce dernier a exprimé dans son ouvrage depuis 1803 que «*dans une société quelconque, tout le monde est consommateur parce qu'il n'est personne qui puisse subsister sans satisfaire des besoins, quelques bornés qu'on les suppose.*»<sup>377</sup> Ces deux propos, tenus par des non-juristes à des époques différentes, même s'ils reconnaissent l'existence des consommateurs, traduisent en même temps la généralisation des consommateurs à tel point qu'il n'y ait pas besoin de créer cette catégorie juridique.

En effet, il est indéniable que le droit de la consommation est originellement fondé sur le droit civil. L'échappement à l'empire du droit civil n'était donc *a priori* pas évident. Les critiques viennent aussi bien d'aspects juridiques que ceux de nature sociale.

#### *a) Les obstacles juridiques*

L'obstacle principal à la création d'une qualité spécifique du consommateur consiste, **d'une part**, dans les caractéristiques du consommateur lui-même. **D'autre part**, ce nouveau concept entraînerait par la suite un bouleversement dans le droit des obligations et contrats.

---

<sup>377</sup> Jean-Baptiste SAY, *Traité d'économie politique*, 1803, p. 439

En effet, la caractérisation de la qualité de consommateur n'est pas de la même nature que celle en droit civil. Traditionnellement, le concept civil considère la qualité de personne par les éléments objectifs. Par cette logique, la faiblesse d'une personne à l'égard de l'engagement dans les actes juridique se manifeste par son âge et son état physique ou moral qu'il soit permanent ou que pendant la conclusion d'un acte juridique. C'est par ces conditions-là que le droit civil octroie la protection à la partie faible du contrat.

En revanche, la conception juridique du consommateur est relativement différente à l'égard du droit civil. Si ce dernier tient aux critères naturels et objectifs, le consommateur est défini à partir de l'acte de consommation.<sup>378</sup> Celui-ci ne lie pas à l'acte juridique au sens du droit civil, mais relève plutôt du concept économique.

Mais la subjectivité du concept de consommateur s'applique également à l'appréciation de la faiblesse dans la conclusion de contrat avec toutefois des nuances : alors que la faiblesse de la partie en droit civil est absolue, l'infériorité du consommateur est relative, c'est-à-dire, en fonction de la qualité d'une autre partie du contrat ainsi que de la nature du contrat concerné. La protection du consommateur est donc plus compliquée qu'en droit civil.

Cette différence fondamentale nous conduit à apprendre une autre difficulté juridique à l'issue du concept consommateur. En effet, si nous devons définir ce qu'est le consommateur, il est inévitable que les règles du droit des obligations et contrats doivent être profondément réformées. L'existence du consommateur justifie celle du professionnel. L'existence du professionnel implique qu'il y a certains contrats spécifiques. La spécification se produit sans cesse pour chaque type de contrat et les travaux deviennent énormes. Un auteur a donc préconisé la réforme générale sur le droit des obligations<sup>379</sup> plutôt que la création d'une nouvelle branche de droit, la suggestion qui n'est pas pourtant réalisée.

#### *- Les obstacles sociaux*

La réalité dans la vie économique qui est favorable à la protection du consommateur peut être aussi attaquée. Plus précisément, il y a les éléments sociaux à l'encontre du concept de la protection du consommateur. **D'abord**, s'il est vrai que le consommateur est par nature inférieur

---

<sup>378</sup> M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, p. 48

<sup>379</sup> Voir sur ce point Gilles PAISANT, «Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Quelle influence et quelle harmonisation ?», *JCP G*, n°38, 20 septembre 2006, 429

face au professionnel, il existe des moyens non-juridiques efficaces de protection. Deux moyens souvent évoqués sont l'éducation et la sensibilisation du consommateur, ce qui lui permet de savoir défendre ses propres intérêts.

La protection du consommateur par voie juridique présente **ensuite** un inconvénient. Non seulement la protection va à l'encontre de la liberté du commerce et de l'industrie, mais aussi elle peut donner lieu à un exercice abusif de la part du consommateur, c'est-à-dire, le consommateur cherche à réclamer une somme considérable au-dessus du dommage qu'il a subi. La protection peut paraître nécessaire, mais il ne faut pas surtout donner aux consommateurs une impression qu'ils sont protégés dans toutes les circonstances.

**Enfin**, il faut prendre en compte que la protection du consommateur comporte aussi un coût qu'il revient s'ajouter au prix de produits et services proposés sur le marché.<sup>380</sup> L'enjeu de la politique de consommation ne concerne pas seulement les opérateurs économiques. Le droit de la consommation ajoute ainsi un coût, et c'est en fait les consommateurs et l'ensemble de la société qui paient.

L'influence incontournable du droit civil sur le droit de la consommation constitue en effet un obstacle à des degrés divers. **En France**, malgré l'application du Code de la consommation, la position du droit de la consommation n'est pas encore stable et le débat sur l'autonomie du droit de la consommation est toujours vif. Nous pouvons ainsi citer la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux dont le domaine concerne en principe les consommateurs. En revanche, les dispositions de cette loi ont été insérées dans le Code civil. Les auteurs en parlent de plusieurs manières. Certains ont abordé en 2004 l'idée de la recodification du droit de la consommation.<sup>381</sup>

**En Thaïlande**, l'indépendance du droit de la consommation à l'égard du droit civil apparaît encore moins visible par rapport au droit français. Le phénomène s'explique surtout par l'absence de séparation entre le Code civil et le Code de commerce. En effet, il faut considérer le contexte historique lors de travaux de codification du Code civil et commercial en 1925. À l'époque, la codification était accélérée pour lever le droit d'extraterritorialité accordé aux

---

<sup>380</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 23

<sup>381</sup> Sur ce sujet, voir Dominique FENOUILLET et Françoise LABARTHE, *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2004

occidentaux. Un privilège extraterritorial a permis aux ressortissants des pays occidentaux et leurs colonies de ne pas être jugés par les juges thaïlandais. En outre, le nombre des activités commerciales n'a pas été significatif. Ce sont les raisons pour lesquelles le droit civil et le droit commercial n'ont pas été séparés. L'absence de la séparation devient problématique car il fonde un mauvais concept chez les juristes thaïlandais. Le législateur en 1979 a vu mal comment une partie avec sa plénitude de capacité juridique peut être inférieure face à une autre. La première législation du droit de la consommation reconnaît donc le statut de consommateur sans pour autant prévoir les règles spéciales favorables aux consommateurs.

Bien que les concepts traditionnels du droit civil soient un obstacle important au développement du droit de la consommation voire celui des catégories spéciales telles que le consommateur ou le professionnel, leurs notions ont été au fur et à mesure fondées (2°).

### 2° La construction historique des notions de consommateur et de professionnel

Les notions de consommateur et de professionnel se sont développées au même rythme que le droit de la consommation. Si les progrès technologiques facilitent les processus des activités économiques, inévitablement ils rendent la pratique plus compliquée et moins transparente. C'est à ce phénomène que le droit de la consommation a agi en grande force pour assurer la loyauté des activités économiques. La formation du droit de la consommation en France et en Thaïlande n'a toutefois pas suivi le même chemin.

#### *a) Le développement inachevé du droit de la consommation en France*

**En France**, l'étape importante en droit de la consommation a consisté dans la codification. L'idée de codifier les règles de la consommation a commencé en 1982 où une commission de refonte du droit de la consommation avait été créée. Cette Commission présidée par le professeur Jean CALAIS-AULOY a remis en 1985 le rapport et le projet du Code de la consommation, qui ont été par la suite publiés sous le titre «*Propositions pour un code de la consommation.*»

Dans cet ouvrage, Monsieur CALAIS-AULOY a expliqué les objectifs poursuivis par la codification. Le Code de la consommation d'après lui serait un texte unique rédigé de manière claire et cohérente, ce qui éviterait l'inflation législative. L'idée de codification paraît en outre

plus adaptée que celle de la répartition des quatre grands codes : Code civil, Code pénal, Code de procédure civile et Code de procédure pénale. Le Code de la consommation combinerait les règles de ces quatre textes. La codification aurait enfin dans le but de préparer pour le marché unique européen prévu en 1993.<sup>382</sup> Mais, le projet du Code de la commission, jugé trop ambitieux,<sup>383</sup> n'a pas abouti à l'application.

Le Code de la consommation en vigueur aujourd'hui résulte en effet de deux textes de codification : la loi n°93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie législative) et le décret n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation (partie réglementaire). Celui-ci n'a rien à voir avec les travaux de la Commission de Monsieur CALAIS-AULOY. Au contraire, la codification a été effectuée dans un seul but : réunir les règles spécifiques aux contrats entre professionnels et consommateurs,<sup>384</sup> ce qui n'échappe pas aux critiques.

Le premier point de critique concerne la méthode des travaux adoptée. Le Code de la consommation peut être regardé comme une compilation de textes préexistants plutôt qu'un code au sens réel du terme.<sup>385</sup> Le second point tient au caractère pur et simple de la compilation des textes qui ne permet pas de corriger leur imperfection, mais renforce encore leur incohérence. Nous pouvons enfin constater un manque d'unité "philosophique",<sup>386</sup> ce qui empêche les législateurs de procéder à la codification globale du droit de la consommation. Cette absence d'esprit fait de ce Code de la consommation un code incomplet et insuffisant puisque certaines dispositions de la protection du consommateur n'ont pas été intégrées dans le Code. La preuve de ce malaise s'affiche dans la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs dont l'article 35 I 1° autorise le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la refonte du Code de la consommation afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et d'aménager le plan du code. Cette disposition admet explicitement l'incohérence du Code de la consommation.

---

<sup>382</sup> J. CALAIS-AULOY, *Proposition pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990, p. 10

<sup>383</sup> Gustavo Vieira da Costa Cerqueira, «Données fondamentales pour la comparaison en droit privé français et brésilien», in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, Thales Morais da Costa, Michel STORCK et Gustavo Vieira da Costa Cerqueira (dir), L'Harmattan, 2010, p. 80

<sup>384</sup> Laurent LEVENEUR, «Code civil, Code de commerce et Code de la consommation», in *Le Code de commerce 1807-2007*, Dalloz, 2007, p. 90

<sup>385</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 19

<sup>386</sup> G. Vieira da Costa Cerqueira, *Précit.*, p. 81

Malgré ces critiques, le Code de la consommation peut être considéré comme une étape importante dans la construction du droit français de la consommation. Si cette codification se manifeste comme un recueil des textes, le Code facilite malgré tout l'accès au droit d'autant plus que les domaines de la consommation concernent notamment la vie quotidienne des citoyens.<sup>387</sup>

En ce qui concerne les notions de consommateur et de professionnel, il est évident que le législateur français par une simple compilation a choisi de ne pas généraliser ces notions. Dans chaque domaine, il y a des acteurs qui peuvent être assimilés au consommateur et d'autres au professionnel. La qualification des statuts se fait en définitive en fonction de domaines ou contrats en cause.

*b) Le développement évolutif du droit de la consommation en Thaïlande*

**Quant à la Thaïlande**, l'idée d'un code de la consommation n'a jamais été évoquée même dans le débat. Mais le droit de la consommation en Thaïlande a su trouver son moyen de développement à travers notamment du rôle non-négligeable de l'OCPC dans le règlement des différends dans les domaines de la consommation. Durant les vingt dernières années, le mouvement consumériste a aussi conduit le législateur à mettre en place des textes pour prévenir les difficultés souvent rencontrées par les consommateurs dans certains contrats spécifiques.

Il s'agit **d'abord** du perfectionnement du droit des consommateurs. En 1979, le projet de loi relatif à la protection du consommateur avait déjà prévu les dispositions pour la protection du consommateur dans le domaine des contrats, mais celles-ci ont été supprimées par le Conseil des ministres.<sup>388</sup> Il faut attendre jusqu'en 1998 pour que les droits des consommateurs définis dans l'article 4 soient élargis à la protection du consommateur dans la conclusion des contrats. Le droit des consommateurs à l'équité dans la conclusion de contrat était désormais assuré. L'amendement de la loi relative à la protection du consommateur 1979 va au même rythme que la promulgation de la loi relative aux clauses abusives 1997. La protection du consommateur devient plus globale.

L'État thaïlandais a **ensuite** promulgué trois textes pour faire face à l'évolution de la pratique des affaires. Les deux premiers textes sont la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002 et la loi relative à la transaction électronique 2001. Ces deux textes

<sup>387</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 38

<sup>388</sup> Susom SUPHANIT, *Le droit de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 4<sup>e</sup> édition, 2003, p. 259

encadrent et favorisent les deux nouveaux modes de commerce : la vente directe et le commerce électronique. Le dernier texte concerne la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008 qui donne un nouveau aspect sur le régime de responsabilité civile.

**Enfin**, la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 complète la protection du consommateur. Si les consommateurs sont protégés par de nombreux textes, la réclamation de ses droits restait jusqu'alors difficile. L'obstacle dans la procédure a réduit la portée des règles substantielles de la consommation. Cette loi comporte un double objectif : **d'une part**, elle crée les règles procédurales spécifiques pour le litige entre consommateur et professionnel afin de gérer le déséquilibre entre les deux parties. **D'autre part**, elle instaure une chambre de la consommation au sein du tribunal pour renforcer la compétence spécifique dans ce domaine.

La procédure spécifique dans le litige de la consommation contribue essentiellement à l'appréciation des notions de consommateur et de professionnel. Pour bénéficier de cette procédure, il faut que le contentieux soit qualifié de litige de la consommation.<sup>389</sup> La qualité de consommateur et professionnel est donc une condition préalable à l'application de cette loi. L'article 8 confie alors la compétence de décider ce qui est le litige de la consommation au président de la cour d'appel. La décision du président devient une source importante sur les notions de consommateur et de professionnel.

Après avoir examiné la chronologie du développement du droit de la consommation et des notions de consommateur et de professionnel en droit français et droit thaïlandais, il convient ensuite d'analyser sur le fond ce qui sont le consommateur et le professionnel.

## **B) Les contours incertains des définitions de consommateur et de professionnel**

D'une façon simple, le consommateur peut être considéré comme celui qui utilise le bien ou le service. Le professionnel quant à lui serait celui qui offre des biens ou des services sur le

---

<sup>389</sup> L'article 3 de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 dispose que «*Sont les litiges de la consommation :*

(1) *L'affaire civile entre le consommateur ou son représentant et le professionnel portant sur les droits et obligations liés à la consommation d'un produit ou d'un service.*

(2) *L'affaire civile relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.*

(3) *L'affaire civile liée aux litiges de (1) ou (2)*

(4) *L'affaire civile fixée par les autres législations.»*

marché. Mais en droit de la consommation, les notions doivent être plus précises et raffinées pour s'adapter à la particularité d'une situation ou d'un contrat. De ce fait, il entraîne deux phénomènes importants s'agissant des notions de consommateurs et de professionnels. **D'une part**, la pluralité des notions (1°). **D'autre part**, certaines difficultés de l'appréciation (2°)

### 1° L'absence de définition universelle et effective

Contrairement à ce que nous pourrions penser, les consommateur et professionnel dans le monde juridique ne bénéficient pas vraiment de définition unique. Alors que ce phénomène est commun tant en droit français qu'en droit thaïlandais, l'appréciation se diffère en détail.

#### *a) L'absence de définition réellement unique en droit français*

Lorsque nous évoquons l'absence de définition unique, cela ne veut pas dire qu'il y a nulle part la définition des acteurs du droit de la consommation. Très récemment, la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a créé un article préliminaire donnant la définition du consommateur au sens du Code de la consommation comme *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*. L'insertion de la définition est pourtant critiquée dans son utilité dès lors que la codification veut que le Code de la consommation soit un droit constant. Les domaines intégrés dans le Code n'ont pas le champ d'application unique. Cette définition n'est pas en outre originale mais provient de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. Cet article préliminaire serait en fait un premier pas vers le nouveau Code de la consommation plus cohérent, mais nous prenons compte pour l'instant la situation réelle qui est dépourvue de la définition unique et effective.<sup>390</sup>

En prenant en compte les travaux entrepris par la Commission de refonte du droit de la consommation, nous pouvons constater que le législateur français a refusé d'attribuer une définition unitaire au consommateur et au professionnel, alors même que le projet du code de la consommation proposé par la Commission de Monsieur CALAIS-AULOY énonce clairement les

---

<sup>390</sup> Sur ce sujet, voir G. PAISANT, «Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ?», *JCP G*, n° 22, 27 mai 2013, 589

notions et le champ d'application du code.<sup>391</sup> D'après ces dispositions, les définitions dans le projet étaient proposées d'une façon complète et globale permettant ainsi de répondre aux questions sur la personnalité juridique de ces acteurs. Ce type de définition n'a pas pourtant été retenu par le législateur qui a préféré une compilation des textes.

L'idée de créer un recueil des textes plutôt qu'une systématisation a fait du Code de la consommation un texte marqué par l'ambiguïté des termes utilisés. En effet, le terme «*consommateur*» est employé dans plusieurs domaines, mais il existe aussi d'autres termes dans certains sujets comme *acheteur d'un produit* (la vente à distance, article L121-16), *particuliers* (le surendettement), *public* (la vente à la boule de neige, article L122-6), *contractant* (la tromperie, article L213-1) *emprunteur* (le crédit à la consommation, article L311-1 et le crédit immobilier article L312-1) ou encore *non professionnel* (les clauses abusives, article L132-1). Alors que tous les contrats dans le Code renvoient à l'idée générale de protéger le consommateur, le bénéficiaire doit être indiqué de façon identique tant que le texte vise les mêmes sujets de droit.<sup>392</sup>

Faute de définition unique, il est possible de construire *le noyau dur* du droit de la consommation à partir des acquis des notions de bénéficiaires.<sup>393</sup> Le consommateur est en effet la personne qui se procure ou qui utilise un bien ou un service dans un but personnel ou familial. Ce noyau dur peut être réparti en trois éléments.

**D'abord**, il faut qu'il ait l'acte de se procurer ou d'utiliser. Se procurer, c'est-à-dire, de prendre en soi par les moyens variables : achat, louage, prêt, assurance etc, ce qui signifie que le droit de la consommation protège non seulement la phase d'exécution du contrat, mais encore les préliminaires de celle-ci.<sup>394</sup> La protection s'étend aussi à ceux qui utilisent. Normalement, ceux qui se procurent utilisent un bien ou un service, mais il existe des cas où les utilisateurs ne se

---

<sup>391</sup> L'extrait du projet du code de la consommation :

«Article L1 Le présent Code s'applique, sauf dispositions contraires, aux rapports entre professionnels et consommateurs.

Article L2 Les professionnels sont les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle.

Article L3 Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel

Article L4 Les dispositions du présent Code sont d'ordre public.»

<sup>392</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 22

<sup>393</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.23

<sup>394</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 8

procurent pas de bien ou service. Par exemple, un bien acheté par une personne peut être utilisé par les membres de sa famille. Ces tiers utilisateurs sont aussi considérés comme consommateurs.

**Ensuite**, il existe des biens ou services qui font l'objet de consommation. Tous les biens qu'ils soient consommables ou durables, meubles ou immeubles, matériels ou immatériels peuvent être l'objet de la consommation. En ce qui concerne d'un service, il s'agit d'une prestation appréciable en argent à l'exception de la fourniture de biens.

**Enfin**, l'approvisionnement ou l'utilisation doivent être dans un but personnel ou familial, ce qui signifie que l'usage pour un but professionnel ne peut être considéré comme un acte de consommation. Ce critère relatif à l'objectif est un élément essentiel, mais aussi difficile à apprécier. Il suscite par la suite des problèmes d'interprétation.

À partir de là, une question se pose : pouvons-nous alors assimiler le consommateur au non professionnel ? De nombreux textes utilisent implicitement le non professionnel à la place du consommateur, mais cette assimilation a été remise en cause par l'article L136-1 qui emploie les deux termes avec la conjonction «*et*», ce qui indique la volonté du législateur de distinguer le non professionnel du consommateur.<sup>395</sup>

Concernant le professionnel, l'absence de définition unique pose peu de problèmes par rapport au consommateur. La qualification de professionnel tient essentiellement aux caractères habituel et organisé de l'activité. Le professionnel agit normalement dans un but lucratif, mais il devrait inclure ceux qui exercent une activité économique même dans un but non lucratif comme les coopérations ou les mutuelles. En tout état de cause, il n'y a aucune distinction au sein des professionnels. Les personnes physiques et les petites ou grandes entreprises sont soumises aux mêmes règles de la consommation. La distinction constitue l'obstacle sur la protection du consommateur ainsi que sur l'égalité de la concurrence.<sup>396</sup>

#### *b) L'absence de définition unique en droit thaïlandais*

L'absence de définition unique en Thaïlande ne se manifeste pas par l'absence de définition générale comme en droit français, mais elle résulte de la différence des notions dans

<sup>395</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 25

<sup>396</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 5

divers textes. En fait, les définitions générales du consommateur et du professionnel ont été prévues depuis la loi relative à la protection du consommateur 1979. Les définitions dans ce textes perdent leur unicité dès lors que des textes postérieurs disposent de leurs propres définitions. C'est la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 qui dispose, après la définition des litiges de la consommations, les définitions du consommateur et du professionnel en faisant référence aux lois concernant la protection du consommateur y compris la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.<sup>397</sup> Cette dernière est sans doute la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008.

La difficulté relève toutefois de ce qui sont les lois concernant la protection du consommateur. Selon avis de Monsieur Pairoj WAYUPARB, le président de la Cour suprême de Thaïlande, les lois concernant la protection du consommateur sont la loi relative à la protection du consommateur 1979 précitée, la loi relative à la concurrence 1999 et la loi relative à la vente directe et au marketing direct du 23 avril 2002.<sup>398</sup> Cette opinion ne serait pas correcte pour une double raison. **D'une part**, le président de la Cour suprême doit en fait inclure la loi relative aux clauses abusives 1997 dans la liste. **D'autre part**, la loi relative à la concurrence 1999 ne doit pas figurer dans la liste parce qu'elle ne concerne pas directement les consommateurs et que le litige de la concurrence ne présente pas de rapport déséquilibré entre le consommateur et l'opérateur. Jusqu'à présent, il y a des interprétations seulement sur la loi relative à la protection du consommateur 1979 et la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002. Il faut donc attendre qu'il y ait des jurisprudences sur d'autres lois comme la loi relative aux clauses abusives 1997 ou celle relative à la concurrence. Il reste que la qualité du consommateur est appréciée en trois domaines.

**D'abord**, le consommateur au sens de la loi relative à la protection du consommateur 1979 comprend *l'acheteur ou le bénéficiaire d'une prestation de la part du professionnel ou les personnes sollicitées à acheter ou recevoir la prestation y compris ceux qui utilisent ou reçoivent*

---

<sup>397</sup> L'extrait de l'article 3 de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008

*«Les consommateurs sont les consommateurs selon les lois concernant la protection du consommateur y compris les victimes selon la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*

*Les professionnels sont les professionnels selon les lois concernant la protection du consommateur y compris les opérateurs selon la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.»*

<sup>398</sup> Pairoj WAYUPARB, *Exposé sur la loi relative à la procédure des litiges de la consommation*, 2<sup>e</sup> édition, 2012, p. 30

*légitimement les produits ou services de la part du professionnel, même s'ils ne sont pas contribuables.* La protection en droit thaïlandais est un peu plus élargie qu'en droit français car elle ajoute ainsi les personnes sollicitées comme les consommateurs. Il faut retenir que le mot acheteur dans cette loi comprend tous les modes de l'approvisionnement. Il est donc assimilable au verbe s'approvisionner.

Quant **ensuite** à la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002, le consommateur est défini comme *l'acheteur ou le bénéficiaire d'une prestation de la part du vendeur libéral, de l'opérateur de la vente directe ou de l'opérateur du marketing direct et les personnes sollicitées par le vendeur libéral, l'opérateur de la vente directe ou de l'opérateur du marketing direct à acheter ou recevoir la prestation.* Cette définition fait partie de celle dans la loi relative à la protection du consommateur 1979.

**Enfin**, la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008 définit les victimes comme *les personnes atteintes du dommage causé par les produits défectueux.* Cette définition est plus élargie que celle dans la loi relative à la protection du consommateur 1979 dans la mesure où la protection est accordée quel que soit le fondement de la consommation. Les utilisateurs non légitimes victimes des produits défectueux peuvent encore bénéficier de la procédure spécifique même s'ils ne peuvent être considérés comme consommateurs dans la loi relative à la protection du consommateur 1979.

En ce qui concerne les biens et services de la consommation, nous pouvons constater que tous les objets peuvent faire l'objet de consommation. Toutefois, les produits au sens de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008 se limitent à tout bien meuble y compris l'électricité. Le droit thaïlandais ne précise pas toutefois si un meuble incorporé dans un immeuble saurait considéré comme produit alors que l'article 1386-3 du Code civil le considère comme produit.

D'après les textes, nous pouvons conclure que le consommateur en droit thaïlandais est une personne qui achète ou bénéficie d'un produit ou d'un service ainsi que la personne sollicitée à acheter le produit ou à recevoir le service quel que soit le mode de fourniture.

**S'agissant du professionnel**, l'appréciation est également répartie en trois textes législatifs. Dans la loi relative à la protection du consommateur 1979, les professionnels sont *le*

*vendeur, le producteur pour vendre, l'importateur pour vendre, l'acheteur pour revendre, le prestataire y compris l'agent publicitaire. Quant à la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002, les professionnels sont le vendeur libéral et l'opérateur de la vente directe. Pour la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008, les professionnels sont les opérateurs qui comprennent le producteur ou son employeur, l'importateur, le vendeur incapable d'identifier le producteur, son employeur ou l'importateur ainsi que la personne ayant exploité le nom, le nom de la marque, la marque, le symbole, le message ou par le moyen quelconque qui conduit au public la reconnaissance qu'elle est le producteur, l'employeur ou l'exportateur.*

La qualification du professionnel en droit thaïlandais tient également aux caractères habituels et organisés de l'activité. En outre, le point sur l'objectif du professionnel est plus clarifié que le droit français : le professionnel ne poursuit pas forcément un but lucratif, mais son activité doit être rémunérée.<sup>399</sup>

Même si la multiplication des notions de consommateur et de professionnel entraîne la difficulté dans l'application des règles de la consommation, ce phénomène paraît inévitable en raison des natures différentes dans les domaines du droit de la consommation. Face à la diversité des situations, les questions se posent demandant par la suite l'interprétation plus rigoureuse (2°).

## 2° L'appréciation problématique des notions de consommateur et de professionnel

Si le droit de la consommation a une vocation à s'appliquer à toutes les activités économiques, la diversité des statuts juridiques des personnes concernées ainsi que le dynamisme des activités économiques conduisent à créer une ambiguïté dans certains cas notamment sur la qualification du statut de consommateur. Nous étudions ici trois essentielles hypothèses.

### *a) À propos du critère sur le champ de compétence*

D'après un postulat du droit de la consommation, le consommateur est la partie faible du contrat alors que le professionnel peut être regardé comme la partie forte. La qualification des

---

<sup>399</sup> La décision du président de la cour d'appel n°46/2552 (2009). Il s'agit en l'espèce d'un syndic de copropriété qui a demandé des propriétaires la charge pour la gestion des parties communes.

statuts tient donc à la compétence des parties. La considération sur le champ de compétence concerne à la fois le consommateur ainsi que le professionnel.

Il s'agit en effet du fournisseur des biens ou services liés à l'exercice des activités. Un médecin est considéré sans doute comme professionnel dans le service des soins, mais ce statut évolue-t-il quand le médecin commande un bureau pour installer dans son cabinet ? La situation serait plus compliquée si les biens ou services sont affectés à l'usage mixte. Par exemple, un agent immobilier achète une voiture pour utiliser dans son travail, mais aussi pour transporter sa famille. Les jurisprudences en France et en Thaïlande sont nombreuses sans pour autant trouver un consensus.

**En France**, certains arrêts de la Cour de cassation ont dans un premier temps accordé la protection aux professionnels ayant agi dans son but professionnel, mais en dehors de leur compétence professionnelle.<sup>400</sup> Depuis 1995, les décisions s'évaluent. La Cour de cassation a employé le terme «*rapport direct*» pour désigner le périmètre de la protection. Selon la Cour, seuls les contrats ayant un rapport indirect peuvent bénéficier de la protection, et la détermination du rapport relève de la compétence des juges du fonds.<sup>401</sup> Cette approche se dirige vers une conception stricte du consommateur.

Le principe du rapport direct ne fait pas d'unanimité. Les auteurs dénoncent ce concept en trois raisons.

**D'abord**, il n'est pas évident que les professionnels agissant hors du champ de compétence soit aussi désarmés que le simple consommateur. L'appréciation doivent se faire au cas par cas, mais en général celui qui agit dans son but professionnel porte plus d'attention de celui agissant dans le cadre personnel.

**Ensuite**, le concept du rapport direct rend l'application des règles de la consommation compliquée et incertaine. Pour déterminer si le contrat en cause présente un rapport direct, l'appréciation au cas par cas paraît indispensable. Or, les parties du contrat doivent savoir *a priori* s'ils sont soumises au droit de la consommation. Ce concept affecte aussi gravement la sécurité juridique.

---

<sup>400</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 15 avril 1982, *Bull.* I N°133, Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 28 avril 1987, *Bull.* I N°134 p. 103, Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 3 mai 1988, *Bull.* I N°125 p. 87 et Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 25 mai 1992, *Bull.* I N°162 p. 111.

<sup>401</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 17 juillet 1996, *Bull.* I N°331 p. 231

**Enfin**, la reconnaissance du principe conduit *a contrario* à considérer comme professionnel un consommateur agissant dans son champ de compétence, ce qui n'est pas souhaitable. Nous pourrions voir dans ce cas que les juristes dans tous les métiers ne peuvent jamais être consommateur.<sup>402</sup>

**En Thaïlande**, la cour adopte également l'idée d'un rapport direct sans pour autant la systématiser. Au début, la cour considèrerait que l'acheteur des biens ou services directement destinés la revente n'était pas consommateur,<sup>403</sup> ce qui traduit à l'inverse qu'était consommateur l'acheteur des biens ou services n'ayant pas de rapport direct avec son activité.

Les jurisprudences se sont par la suite dirigées vers la notion plus large du professionnel. Désormais, l'acheteur des biens ou services affectés dans le cadre de son activité est considéré comme professionnel même si ces biens ou services ne sont pas à vendre. Les jurisprudences peuvent porter sur l'achat d'un véhicule utilisé dans son activité,<sup>404</sup> l'achat d'une matière première pour transformer dans un produit vendu,<sup>405</sup> les contrats concernant la construction et la décoration du siège de travail,<sup>406</sup> etc. Mais, il y a aussi les jurisprudences qui n'entrent pas dans ce principe comme dans le contrat du bail commercial, le locataire n'est pas professionnel car les locaux ne sont pas de lien avec l'activité commercial.<sup>407</sup>

Pour conclure, la juridiction thaïlandaise a une tendance à considérer comme professionnel une personne agissant hors du champ de compétence mais dans le but professionnel, reste à déterminer le périmètre du champ de compétence.

*b) Un consommateur peut-il être une personne morale ?*

Si le consommateur a le mérite d'être protégé en raison d'une faiblesse de nature vis-à-vis du professionnel, il convient de s'interroger sur la question de savoir si une personne morale

---

<sup>402</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 13, la position est reprise par H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.26

<sup>403</sup> Les décisions du président de la cour d'appel n°28/2551 (2008), n°39/2551 (2008), n°45/2551 (2008), n°48/2551 (2008), n°13/2552 (2009) et n°131/2553 (2010).

<sup>404</sup> Les décisions du président de la cour d'appel n°34/2552 (2009), n°143/2553 (2010) et n°208/2553 (2010)

<sup>405</sup> Par exemple, l'achat des cannes pour fabriquer du sucre (la décision du président de la cour d'appel n°247/2553 (2010)) ou l'achat de bébés crevettes pour l'élevage des crevettes (la décision n°271/2553 (2010))

<sup>406</sup> La décision du président de la cour d'appel n°221/2553 (2010)

<sup>407</sup> La décision du président de la cour d'appel n°152/2553 (2010)

comporte aussi ce caractère. Les textes tant en France qu'en Thaïlande ne donnent pourtant pas la réponse précise.

**En France**, le Code de la consommation a récemment défini le consommateur comme *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*. Cette définition s'oppose à celle du projet du Code de la consommation de la Commission du refonte du droit de la consommation. D'après l'article L3 du projet, *les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel*. Cette différence mérite d'une explication.

Étant acteur du projet du Code, le professeur Jean CALAIS-AULOY avait soutenu dans son ouvrage *Droit de la consommation* dont il était co-auteur avec John STEINMETZ qu'une personne morale peut être consommateur. À partir de la 7<sup>ème</sup> édition, leur avis s'est changé en ce que les consommateurs doivent uniquement être personnes physiques. Compte tenu que les contractants ont besoin de sécurité juridique, celle-ci suppose que le bénéfice du droit de la consommation soit réservé aux personnes physiques agissant dans un but non professionnel. Ce changement a été confirmé dans la 8<sup>ème</sup> édition dont Monsieur CALAIS-AULOY élabore avec Monsieur Henri TEMPLE.<sup>408</sup>

Cette évolution explique bien la difficulté entre la théorie et la pratique. Théoriquement, si nous tenons compte de la faiblesse d'une personne comme critère permettant de qualifier le statut de consommateur, il est évident qu'une personne morale peut être consommateur puisque la personne morale résulte d'un groupement des personnes physiques. Mais en pratique, il est difficile de déterminer une telle faiblesse dans chaque personne morale. La sécurité juridique impose que le type de contrat et les statuts des parties soient clarifiés avant la conclusion du contrat. Cette exigence conduit en effet à ne pas considérer la personne morale comme consommateur.

Du côté de la jurisprudence, l'appréciation de la Cour de cassation paraît variée. La Cour a déjà admis que les règles de la consommation s'appliquent à une personne morale qu'elle soit

---

<sup>408</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 16

parti politique ou association.<sup>409</sup> La question est plus délicate s'agissant d'une société. L'entreprise, comme elle est professionnelle dans son activité, se heurte de se voir comme consommateur. Cela nous invite alors à distinguer au sein des personnes morales la société et les organismes à but non lucratif. Or, il n'est pas facile de mesurer de manière objective la compétence d'une personne morale face à son contractant. L'exercice des activités économiques ne signifie pas la compétence car les personnes à but non lucratif exercent également des activités économiques.

Alors que la Cour française semble hésiter à trancher cette question, la juridiction communautaire exprime clairement sa position. La CJCE a en effet statué à propos de la directive sur les clauses abusives considérant que la notion des consommateurs se limite aux personnes physiques.<sup>410</sup>

**En Thaïlande**, les textes semblent neutres sur le sujet. Le débat sur cette question devait avoir lieu dès la phase des travaux législatifs de la loi relative à la protection du consommateur 1979. En effet, le projet de loi prévoyait la définition de consommateur comme *personne physique qui se procure des biens ou services...*. Cette définition traduit l'esprit initial sur la notion de consommateur qui se limite aux individus. En revanche, à l'issue des travaux législatifs, la mention *personne physique* a été supprimée. Ce rejet laisse le soin au Gouvernement ainsi qu'aux juridictions d'interpréter ceux qui devraient être protégés selon les domaines en cause.<sup>411</sup>

Quant à la jurisprudence, le président de la cour d'appel n'a jamais précisément statué sur ce point. Il faut toutefois relever qu'il y a déjà des litiges portant sur l'achat des biens ou services affectés dans un but professionnel. La Cour considère l'acheteur comme personne physique agissant pour le compte d'une personne morale et donc apprécie le statut à la base d'une personne physique.

---

<sup>409</sup> Voir Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 28 avril 1987, *Bull.* I N°134, CA Paris 15<sup>e</sup> ch. B, 5 juillet 1991, CA Aix-en-Provence, 30 avril 2008

<sup>410</sup> CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99, C-542/99, *Idealservice Srl* et *OMAI Srl*

<sup>411</sup> Susom SUPHANIT, *Le droit de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 4<sup>e</sup> édition, 2003, p. 145

Les questions sur les notions de consommateur et de professionnel sont nombreuses. L'une des plus essentielles portent sur l'assimilation du consommateur à l'usagers des services publics. Cette question sera traitée dans le prochain chapitre.

Après avoir examiné ce que sont le consommateur et le professionnel, il convient d'aborder une prochaine interrogation : que sont les contrats de consommation ?

## § 2 La notion de contrats de consommation

Après les notions de consommateur et de professionnel, c'est les contrats de consommation qui doivent être pris en considération. La notion de contrats de consommation ne fait pas l'objet d'important développement dans les ouvrages du droit de la consommation. C'est, **d'une part**, parce que l'étude du champ d'application porte essentiellement sur les notions de consommateur et de professionnel. Dès lors que les deux statuts sont qualifiés, les caractéristiques du contrat en cause deviennent moins importantes et que, **d'autre part**, il n'est pas facile de caractériser les contrats de consommation dans la mesure où ils présentent les mêmes objets que ceux en droit civil.

En tout cas, les contrats de consommation ont le mérite d'être analysés afin de mieux comprendre le système et la logique du droit de la consommation. Il convient d'évoquer les contrats de consommation en deux étapes : les source des contrats de consommation (A), puis les effets des contrats de consommation (B).

### A) Les sources des contrats de consommation

Selon la formule de Guy RAYMOND, ce n'est pas parce qu'un contrat est régi par des dispositions du Code de la consommation qu'il entre dans la catégorie des contrats de consommation et inversement, ce n'est pas parce que les dispositions législatives ou réglementaires relatives à un contrat ne figurent pas dans le Code de la consommation qu'il ne s'agit pas de contrat de consommation.<sup>412</sup> Les contrats de consommation sont donc variés dans le

---

<sup>412</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 249

genre et dans la source. Ils peuvent être divisés en deux groupes : les contrats de consommation nommés (1°) et les contrats de consommation par nature (2°)

### 1° Les contrats de consommation nommés

Une particularité du droit de la consommation résulte de l'exigence de rendre le droit accessible et compréhensible au public. Ce serait la raison pour laquelle **le législateur français** a opté lors de la codification du droit de la consommation pour la méthode de compilation. Plusieurs textes particuliers ont depuis été intégrés dans le Code de la consommation. Le phénomène similaire se produit également **en Thaïlande** par la Commission de contrats auprès de l'OCPC malgré l'absence de la codification.

Même si les textes intégrés dans le Code ou élaborés par la Commission de contrats ne sont pas de source unique des contrats de consommation, ils constituent le noyau important dans ce domaine. La naissance d'une nouvelle catégorie des contrats de consommation nous renvoie à considérer la catégorisation du concept classique du droit civil tant en France qu'en Thaïlande.

En droit civil, le Code civil français et le Code civil et commercial thaïlandais suivent une simple chronologie. **En France**, après avoir énoncé les règles générales sur les contrats et obligations et sur les responsabilités sans convention, le Code civil présente ensuite des dispositions spécifiques sur les contrats (vente, louage, prêt, etc). **Quant à la Thaïlande**, le Code civil et commercial consacre entièrement le Livre II à l'obligation avant de procéder dans le Livre III aux contrats spécifiques.

Cet ordre est-il aussi adopté en droit de la consommation ? **En France**, le Code de la consommation essaie de prendre le même chemin que dans le Code civil mais sans réel succès. Après le titre premier portant sur l'information des consommateurs et la formation des contrats, le Code procède dans le titre suivant les pratiques commerciales réglementées et illicites. C'est ce groupe de dispositions qui fait une liste de contrats dits «*de consommation*» tels que la vente à distance, le démarchage, les services de communications électroniques, la fourniture de l'électricité et du gaz naturel etc. En revanche, le titre III revient sur les conditions générales des contrats et un autre groupe des contrats portant sur crédit est réglementé dans le Livre III qui se trouve éloigné des dispositions de contrats du premier groupe.

**En Thaïlande**, les contrats de consommation sont fixés par la Commission de contrats auprès de l'OCPC en vertu de l'article 35bis de la loi relative à la protection du consommateur 1979. La Commission est compétente d'arrêter un tel ou tel contrat comme le contrat contrôlé. Jusqu'à présent une dizaine de contrats est contrôlé, par exemple, la location-vente d'un véhicule, le crédit à la consommation, les services de communications électroniques etc. Pourtant, les textes sont promulgués indépendamment et ne sont pas annexés à la loi relative à la protection du consommateur 1979.

À première vue, nous remarquons l'assimilation des contrats de consommation à ceux du droit civil. La vente à distance ou le démarchage étant contrats de consommation font partie des contrats de vente du droit civil. Le crédit à la consommation est en fait un contrat du prêt à intérêt. La question se pose de savoir pourquoi ces contrats ne sont pas alors intégrés au Code civil français ou au Code civil et commercial thaïlandais. Les réponses peuvent être données tant du côté pratique que du côté théorique.

**Du côté pratique**, le Code civil français et le Code civil et commercial thaïlandais sont les textes fondamentaux, mais anciens. C'est une structure complète qui ne permet pas aisément l'insertion des nouvelles dispositions. C'est aussi vrai que ces dernières ont la nature dynamique et doivent être modifiées de temps en temps pour répondre à l'évolution de la vie économique.

**Du côté théorique**, plus important, les contrats de consommation sont érigés dans un esprit différent de celui du droit civil. Le contrat de la vente fut rédigé il y a plus d'un siècle pour appliquer aux ventes entre particuliers à armes égales. Mais les réglementations sur la vente à distance, la vente directe ou le démarchage sont mises en place sur l'hypothèse que le vendeur dans ces situations est plus compétent que l'acheteur. Il importe peu que le montant de la vente soit important pour devenir un contrat de consommation. Ce qui compte, en effet, c'est les circonstances complexes par les méthodes avancées de vente.

Une catégorie dite «*contrats de consommation*» est donc un domaine qui ne se détache pas totalement des contrats de droit civil. Cette obscurité permet à certains auteurs de dénoncer voire douter l'existence une telle catégorie.<sup>413</sup> Ces avis semblent aussi cohérents avec le droit

---

<sup>413</sup> Nathalie RZEPECKI a contesté que «*Le contrat de consommation n'existe pas. Que l'on cherche à le caractériser par la qualité des parties au contrat ou que l'on s'attache à sa nature, tant économique que juridique, on aboutit à un échec. Il n'y a que des contrats de consommation, se ressemblent certes, mais non réductibles à une*

thaïlandais dans la mesure où les arrêtés de la Commission de contrats ne disposent pas la même valeur que les règles générales dans le Code civil et commercial. Nous observons cependant qu'en l'absence de codification, les juristes thaïlandais ne sont pas assez courageux à établir des règles spéciales au même niveau que celui dans le Code civil et commercial, ce qui ne permet pas à ces règles d'échapper à l'influence du droit civil.

Il convient ensuite de s'interroger sur la possibilité d'une autre source des contrats de consommation (2°).

### 2° Les contrats de consommation par nature

Si les contrats de consommation peuvent être établis par voies législatives et réglementaires, c'est parce qu'il existe des critères pour en qualifier. Ces caractères communs méritent d'être étudiés afin de comprendre le concept des contrats de consommation.

Avant tout, un contrat est apprécié dans sa validité selon les critères définis en droit civil : le consentement, la capacité des parties contractants, l'objet et la matière des contrats et la cause. L'appréciation des contrats de consommation paraît alors plus ou moins indépendante de celle en droit civil. La détermination des contrats de consommation repose ainsi sur deux critères.

#### *a) Le critère tenant aux qualités des parties du contrat*

La qualification s'intéresse dans un premier temps aux qualités des parties du contrat. Il faut que le contrat de consommation soit conclu entre professionnel et consommateur comme nous l'avons envisagé. C'est le critère qui renverse la condition classique sur la capacité des parties en droit civil. Le droit de la consommation est indifférent aux éléments objectifs du contractant.

---

*même espèce, voire à un même genre.» Voir N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2002, p. 377*

*Natacha SAUPHANOR a fait une nuance que «La qualification "contrat de consommation" nous semble cependant trompeuse dans la mesure où elle accrédite l'idée d'un contrat sui generis, à l'égal de certains contrats spéciaux... Ainsi, il faudrait y voir un genre de contrat et non une espèce de contrat tant il est vrai que le contrat de consommation se décline lui-même sous des formes diverses.» Voir N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ, 2000, p. 43*

Nous avons déjà travaillé sur les notions de consommateur et de professionnel. Ces notions entraînent les critiques et affectent ensuite l'appréciation sur la cause du contrat.

*- Le caractère réducteur du critère de la qualité des parties*

Même si les statuts de consommateur et de professionnel ne sont pas difficilement caractérisés, cette catégorisation est parfois jugée trop stricte. Cette qualification «*fige les positions contractuelles, à l'égard d'une réalité qui peut être plus complexe.*»<sup>414</sup> Cela invite encore une fois des autorités à prendre en compte la compétence des parties plutôt que le but affecté. Ce concept nous renvoie encore au problème de sécurité juridique causée par la subjectivisation. Comme nous avons déjà discuté sur ce sujet, la sécurité juridique est un élément important dans la conclusion des contrats de consommation. C'est même les positions contractuelles figées qui facilite un nouveau critère de classification des contrats.<sup>415</sup>

*- La conséquence du principe sur la cause du contrat*

Le droit civil français et thaïlandais s'impose qu'une convention doit avoir la cause. L'absence ou l'illicéité de la cause rend l'obligation sans effet. La place de la cause dans la qualification des contrats de consommation fait ainsi le débat, mais nous pouvons remarquer qu'il y a la redondance entre la cause et les qualités des parties. Le critère de la cause semble inutile dès lors que les statuts professionnel-consommateur sont caractérisés.

En déterminant les deux statuts, il est admis que chaque partie poursuit son propre but (le but personnel ou familial pour le consommateur et le but professionnel pour le professionnel), ce qui suffirait à remplir la cause du contrat. La cause des contrats de consommation n'est pas totalement clarifiée, mais elle est peu utile à reprendre. Dans les contrats de consommation, la cause n'est pas écartée, mais elle manque de la spécificité. Les parties au contrat de consommation se contentent de déterminer leur cause aux buts professionnel et personnel tels que sont déjà qualifiés. La cause des contrats de consommation est, comme dans le droit commun, appréciée au moment de la conclusion du contrat.<sup>416</sup>

---

<sup>414</sup> Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 40

<sup>415</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation Règles communes*, LGDJ, 2013, p. 99

<sup>416</sup> Sur ce point, voir Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 novembre 2011, *Bull. I N°191*. Il s'agit en espèce d'un homme avait conclu un contrat de courtage matrimonial alors que son divorce n'était pas encore prononcé. La Cour de cassation a jugé que

*b) Le critère de l'objet du contrat*

Quant à l'objet, il s'agit d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Dans les contrats de consommation, les objets sont simples. Le consommateur s'oblige à payer le prix alors que le professionnel s'oblige à procurer des biens ou à fournir la prestation de service.

La question de l'objet peut s'entendre comme les biens ou services concernés. Le contrat de consommation ne peut exister que lorsque l'objet de l'obligation consiste en un bien ou un service de consommation.<sup>417</sup> Nous avons déjà étudié que ces biens ou services s'entendent largement ceux qui peuvent faire l'objet de consommation.

À partir de ces deux notions, nous trouverons le caractère général de l'objet dans les contrats de consommation. La spécificité de l'objet est absente dans les contrats de consommation. Autrement dit, l'objet dans ce type de contrat est privé du caractère personnel. C'est pourquoi les contrats de consommation sont souvent nommés les contrats standardisés.

*- La problématique sur l'objet des contrats de services à caractère libéral*

L'absence de spécificité de l'objet se heurte pourtant aux prestations de services à caractère libéral. L'activité libérale se définit comme *«une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle exercée à titre habituel, de manière indépendante.»*<sup>418</sup>

Les services à caractère libéral sont sans doute des prestations fournies par le professionnel au consommateur, ce qui fait de ces services des contrats de consommation. Or, ces prestations sont fortement marquées par le caractère *intuitu personae* contrairement à l'absence de spécificité dans les contrats de consommation. En outre, ces prestations sont soumises aux

---

*«le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée.»*

<sup>417</sup> G. RAYMOND, «Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation», in *Les contrats de consommation*, PUF, 2002, p. 9

<sup>418</sup> L'article 29 de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives

règles de déontologie qui peuvent être à l'encontre de dispositions contractuelles de la consommation.

À ce stade, la Cour a donc le devoir de concilier le droit de la consommation avec les règles déontologiques. Le droit de la consommation n'est appliqué que dans les circonstances exceptionnelles. Il faut en outre remarquer la dualité des changements. Au côté des professions libérales, les règles de déontologie se sont orientées vers la protection de leurs clients notamment en ce qui concerne l'information des consommateurs. Quant aux consommateurs, ils se plaignent de plus en plus pour réclamer leurs droits. Dans les services médicaux, la revendication a mené le statut de patient à consommateur, ce qui bouleverse la relation dans ce domaine. Ce phénomène se produit aussi en Thaïlande tant qu'il y a de plus en plus des cas d'accidents médicaux.

**En Thaïlande**, il n'y pas de problème en principe entre les contrats de consommation et les prestations à caractère libéral, Le président de la cour d'appel a déjà statué que les services médicaux dans les hôpitaux tant privés que publics sont considérés comme service au sens du droit de la consommation.<sup>419</sup>

Dès lors qu'un contrat est qualifié *de consommation*, il est ensuite soumis aux dispositions du droit de la consommation (B).

### **B) Les effets des contrats de consommation**

Les contrats de consommation restent toujours des contrats du droit civil. Les dispositions du droit civil s'appliquent aux contrats de consommation dans leur validité, leur effet et leur extinction. Le droit de la consommation n'intervient que pour compléter ou corriger les défauts éventuels du droit commun. Il s'agit des dispositions générales qui s'appliquent à tous les contrats de consommation (1°) ainsi que celles régissant aux contrats de consommation nommés (2°).

#### 1° Les dispositions générales appliquées aux contrats de consommation

---

<sup>419</sup> La décision du président de la cour d'appel n°8/2552 (2009)

La systématisation du droit de la consommation français à travers la codification permet d'instituer les dispositions générales en trois parties. Le droit de la consommation thaïlandais paraît moins visible dans ces domaines.

*a) L'information des consommateurs*

L'information de consommateur se révèle aussi bien comme une nécessité pratique que juridique.<sup>420</sup> Elle constitue en effet une phase précontractuelle à laquelle le droit civil accorde peu d'importance. Principalement, les consommateurs ont besoin de savoir les informations sur les produits ou services et le prix à payer. Les difficultés surviennent lorsque ces informations ne sont pas suffisamment claires ou qu'il y a l'absence de certaines informations qui doivent être informées.

Le droit de la consommation français et thaïlandais s'impose alors pour que les caractéristiques essentielles des produits ou des services soient suffisantes et compréhensibles. Les réglementations portent essentiellement sur la publicité et l'étiquette. **En droit français**, le Code de la consommation place l'information des consommateurs comme le premier élément du devoir du professionnel avant d'émettre les dispositions générales. **En droit thaïlandais**, il n'y pas précisément de titre sur *l'information des consommateurs*. Elle est pourtant répartie dans la section sur la publicité et celle sur l'étiquetage.

*b) La formation des contrats de consommation*

Les contrats de consommation, comme d'autres types de contrat, restent soumis au droit commun d'obligation et de contrat. S'agissant de la création des contrats, ils sont fondés lorsqu'il y a un échange des consentements. Traditionnellement, le droit civil intervient en cas de vices du consentement suite à une erreur, un dol ou une contrainte, le consommateur peut déjà évoquer ces vices pour obtenir la nullité du contrat. Mais cette faculté ne paraît pas suffisant au regard de la protection du consommateur.

Les contrats de consommation peuvent être, comme contrats de droit commun, consensuels. Mais, le caractère plus complexe des activités économiques conduit de plus en plus les contrats de consommation à procéder au formalisme. Le recours à *l'écrit* est imposé par les

---

<sup>420</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 209

législateurs français et thaïlandais pour mieux éclairer le consentement du consommateur et de mieux l'informer sur ses droits et obligations.<sup>421</sup> Le formalisme peut certes ralentir la prise de décision du consommateur, mais procède en même temps à la standardisation du contenu plus favorable au professionnel. L'engagement du consommateur au contrat pré-rédigé semble inévitable.

Ce que le droit de la consommation peut faire est de renforcer l'obligation du professionnel de mettre les mentions obligatoires dans le contenu de certains contrats. Une autre technique adoptée tant par le droit français que le droit thaïlandais consiste à accorder un droit de rétractation au consommateur pour le contrat conclu dans le cadre de la vente à distance ou du démarchage. Tout cela n'est obligatoire qu'en vertu des textes spécifiques. Le consommateur dans les contrats de consommation non réglementés conclus de façon classique ne peut pas bénéficier de ces protections.

### *c) Clauses abusives*

Bien que le consommateur soit informé et que son consentement est protégé, il peut se trouver dans la situation du déséquilibre contractuel par les clauses abusives. Sur ce sujet, nous avons déjà évoqué le régime des clauses abusives<sup>422</sup> qui existe tant en France qu'en Thaïlande. C'est par la modalité de protection qui marque la différence entre les deux pays.

**En France**, la Commission des clauses abusives (CCA) se constitue comme un acteur indispensable pour compléter cette politique. En vertu de la loi n°2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, la Commission a été placée auprès de l'Institut national de la consommation (INC). Il se compose de 13 membres d'après l'article R132-3 du Code de la consommation : un magistrat de l'ordre judiciaire comme président, deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'État, deux personnalités qualifiées dans cette matière choisies après avis du CNC, quatre représentants des professionnels et quatre représentants des consommateurs.

À partir de là, nous percevons ainsi la part importante des acteurs principaux en droit de la consommation : professionnels et consommateurs. Ils partagent aussi le nombre égal des voix. Ce qui permet d'assurer une certaine force d'agir des consommateurs. La Commission peut être

<sup>421</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.145

<sup>422</sup> Sur ce sujet, voir 2<sup>e</sup> *Les limitations contemporaines de la liberté contractuelle*, p. 52 et suiv.

saisie par le ministre chargé de la consommation, par les associations agréées de consommateurs, par les professionnels intéressés, par le juge en charge d'une affaire de clause abusive. Elle peut aussi autosaisir.

Outre que la Commission rend des avis dans le décret fixant la liste des clauses abusives, elle émet aussi selon l'article 534-3 du Code de la consommation des avis sous forme de la recommandation, et non la décision. Ce qui nous intéresse réside dans sa valeur juridique. En effet, la recommandation ne constitue ni des règles dont la méconnaissance peut faire l'objet de la cassation,<sup>423</sup> ni des décisions administratives susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir parce qu'elle n'est pas de norme réglementaire.<sup>424</sup> Elle ne s'impose ni aux particuliers, ni aux autorités publiques. Pourtant, la recommandation est servie pour tous y compris les magistrats comme la référence dite *non contraignante*.<sup>425</sup> Il nous paraît que la Cour de cassation donne un poids important à ce type de texte.<sup>426</sup> Les recommandations n'ont pas d'effet de droit, mais elles constituent un effet normatif de fait.

Cette caractéristique reflète clairement un principe découlant de la liberté contractuelle selon lequel seul le juge peut limiter ou casser l'application de la clause qu'il considère abusive. Quant à la Commission, elle n'est pas dotée de la compétence juridictionnelle, mais s'exerce en tant qu'une source de référence. Rappelons-nous que l'article 1134 du Code civil valorise les conventions légalement formées comme la loi entre les parties. Le principe exige un organe et une procédure légitimes pour que les conventions puissent être tranchées. C'est aussi le cas du décret déterminant les listes des clauses abusives qu'il doit être le décret en Conseil d'État après avis de la Commission de la clauses abusives.

**En Thaïlande**, malgré la présence de la loi relative aux clauses abusives 1997, l'efficacité de la loi est redoutable. La Thaïlande a un point convergent avec la France en vertu duquel le caractère abusif d'une clause doit être prononcé par le juge. En revanche, il n'existe pas en Thaïlande d'organe comme la CCA en France. Dans le litige, un expert peut être désigné par la cour elle-même ou à la demande d'une partie. Bien qu'il y ait auprès de l'OCPC une

---

<sup>423</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 13 novembre 1996, *Bull. I N°399*

<sup>424</sup> CE 16 janvier 2006, n°274721, *Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Europe*

<sup>425</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 233

<sup>426</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 10 février 1998, *Bull. I N°53*

commission agissant dans le domaine de contrat. Son contrôle sous forme de l'arrêté ne porte pas directement sur le caractère abusif d'une clause, mais plutôt sur la formation des contrats. La saisine pour avis à cette commission est donc impossible.

En conséquence, la loi est moins effective en pratique. Il y a peu de jurisprudences traitant ce sujet. L'interprétation de la Cour suprême n'est donc pas constante. Dans un arrêt en 2007, la Cour avait jugé qu'une clause dans le contrat de formation selon laquelle l'entreprise prend en charge la formation d'une durée de deux semaines à l'étranger d'un salarié en contrepartie de travailler pour l'entreprise au moins 3 ans, sinon une pénalité lui est imposée n'est pas abusive.<sup>427</sup> Deux ans après, une clause du même contenu a encore une fois été jugé. Paradoxalement, le collège des trois magistrats dont deux avait déjà statué dans l'ancien litige a jugé cette fois-ci que la clause était abusive et limité la durée de travail en contrepartie à 1 an.<sup>428</sup> Cela nous fait inévitablement penser que l'existence d'un organe tel que la CCA en France qui émet un avis de référence peut rendre plus constant l'appréciation d'une telle ou telle clause.

Après avoir évoqué étape par étape la protection du consommateur par le régime général, il convient ensuite de considérer l'intervention du droit de la consommation dans certains contrats spécifiques (2°)

### 2° Les dispositions particulières appliquées aux contrats de consommation nommés

Les contrats de consommation nommés ou réglementés sont les contrats de consommation régis par les textes spécifiques. Ces derniers peuvent être ou non intégrés au Code de la consommation ou liés à la loi relative à la protection du consommateur 1979. Par exemple, le contrat de courtage matrimonial régi par la loi n°89-421 du 23 juin 1989 alors non codifié est contrat de consommation par nature. En droit thaïlandais, certains contrats comme la vente directe est réglementée par un propre texte, mais dans la plupart des cas les réglementations sont effectuées en vertu des arrêtés de la Commission de contrats auprès de l'OCPC.

Ce qui nous paraît intéressant est de savoir les modalités d'intervention de ces dispositions. Nous pouvons observer que les textes visent la protection du consommateur en deux volets.

---

<sup>427</sup> Cour suprême, n° 200/2550

<sup>428</sup> Cour suprême, n° 690/2552

*a) La présentation de contrat*

Un contrat de consommation est spécifiquement réglementé souvent lorsqu'il a un caractère complexe ou que l'enjeu du consommateur dans le contrat est important et nécessite d'être protégé. L'intervention des textes se fait **en premier lieu** par l'exigence des renseignements obligatoires sur le contrat. À titre d'exemple, l'article L121-83 du Code de la consommation français fait une liste de treize rubriques obligatoires dans le contrat de services de communications électroniques. **En droit thaïlandais**, la liste des rubriques obligatoires n'est pas clairement exigée. Elle se mélange avec les autres encadrements.

**En second lieu**, le droit de la consommation renforce encore la présentation des rubriques ou clauses obligatoires qu'elles soient claires, détaillées et aisément accessibles. Cette exigence a pour objectif d'assurer que le consommateur a pris conscience sur les conditions essentielles du contrat. Par exemple, l'article L311-18 du Code de la consommation exige que le contrat de crédit soit établi par écrit ou sur un autre support durable et constitue un document distinct de tout support ou document publicitaire. Un encadré, inséré au début du contrat, est prévu pour informer l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit. **En droit thaïlandais**, les arrêtés de la Commission de contrats s'intéressent souvent aux présentations dactylographiques de contrat (la taille et la couleur du caractère saisi, le soulignement de certaines clauses etc).

*b) Le contenu de contrat*

Un objectif essentiel de l'intervention du droit de la consommation est de régler le rapport contractuel déséquilibré entre le professionnel et le consommateur. L'un des moyens pour cet objectif est le régime des clauses abusives, mais dans certains points, il vaut mieux fixer les conditions minimales au profit des consommateurs.

L'intervention du droit de la consommation n'adopte pas pourtant la même logique qu'en droit civil. Les dispositions du droit civil ont vocation à s'appliquer lorsque la volonté des parties ne s'exprime pas sur le contrat. En revanche, si le contenu est fixé contrairement à ce que le droit civil dispose, la nullité de la clause n'est prononcée que si elle est contre l'ordre public ou les bonnes mœurs. Au cas où la question de l'ordre public et des bonnes mœurs n'est pas soulevée, la clause reste applicable même s'il paraît très défavorable pour l'une des parties.

Le but du droit de la consommation est donc de créer une garantie minimum pour le consommateur, autrement dit, d'imposer des dispositions comme l'ordre public. **En France**, le projet du Code de la consommation dispose clairement dans l'article L4 que *Les dispositions du présent Code sont d'ordre public*. Même si le projet n'a pas été mis en œuvre par le législateur, le caractère d'ordre public réside bien dans l'esprit du Code. Nous pouvons observer l'encadrement dans le contenu du contrat par exemple la fixation d'un délais pour exercer le droit de rétractation, l'interdiction de tout paiement d'avances, l'obligation de proposer la possibilité de résiliation après le délai d'exécution minimale fixé,<sup>429</sup> etc. Ces garanties ne peuvent être réduites, mais peuvent être modifiées au profit du consommateur par exemple la durée du préavis de résiliation par un consommateur d'un contrat de services de communications électroniques ne peut excéder dix jours à compter de la réception par le fournisseur de la demande de résiliation, mais la résiliation peut prendre effet plus de dix jours après la réception sur le demande du consommateur (l'article L121-84-2).

**En Thaïlande**, aucun texte ne précise que les dispositions du droit de la consommation sont d'ordre public. L'effet des clauses qui sont à l'encontre de celles fixées par les arrêtés de la Commission de contrat auprès de l'OCPC est réglementé par la loi relative à la protection du consommateur 1979. Celle-ci dispose simplement dans l'article 35ter que lorsque la Commission fixe les clauses obligatoires dans un contrat de consommation, celles-ci sont réputée écrites malgré l'absence de telles clauses sur le contrat. Dans l'autre sens, l'article 35quater de la même loi dispose, en cas de clauses interdites, que celles-ci sont réputées non écrites malgré la présence de telles clauses sur le contrat. Il s'agit donc deux types de contenu : l'un portant sur les clauses obligatoires qui visent à protéger les consommateurs et l'autre portant sur les clauses interdites, par exemple, la clause qui exempte ou limite la responsabilité du professionnel, celle permettant au professionnel de modifier les conditions du contrat ou encore celle donnant droit au professionnel de résilier le contrat sans faute de la part de consommateur.

---

<sup>429</sup> L'article L121-84-6 du Code de la consommation oblige le fournisseur des services de communications électroniques à offrir au consommateur la possibilité de résilier par anticipation le contrat à compter de la fin du douzième mois suivant l'acceptation d'une telle clause moyennant le paiement par le consommateur d'au plus le quart du montant dû.

## Conclusion du Chapitre 1

Les acteurs privés sont soumis au droit de la concurrence et de la consommation. Pourtant, l'appréciation de ce caractère ne prend pas en compte la forme juridique qui s'attache aux personnes en cause. La qualification s'intéresse plutôt aux activités économiques qu'elles exercent. De ce fait, une personne peut être considérée comme "entreprise" en droit de la concurrence ou "professionnel" en droit de la consommation.

Après avoir étudié la qualification des acteurs en droit français et droit thaïlandais, nous pouvons ainsi tirer de notre étude comparative des deux domaines juridiques un point divergent et un point convergent.

Cette qualification organique est appréhendée différemment dans l'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Alors que le droit de la concurrence s'intéresse à la délimitation des activités économiques pour définir ce que sont entreprises qui y sont soumises, le droit de la consommation tient à l'existence d'un rapport déséquilibré présumé par les statuts de parties au contrat. C'est la raison pour laquelle le critère primordial de l'application du droit de la consommation est que le contrat soit conclu entre professionnel et consommateur, tandis que le marché est fondamental dans l'application du droit de la concurrence. C'est en effet un constat essentiel qui permet d'exempter les règles générales imposées par le droit civil. Ces règles générales aussi présentes en droit de la concurrence veulent dire que la vie économique est fondée sur la liberté des agents économiques qui devrait *a priori* avoir la relation au respect du principe d'égalité.

C'est sur ce principe-là que nous pouvons analyser le point convergent dans la qualification des acteurs dans ces deux domaines juridiques. Ces acteurs demeurent soumis à l'égalité. Après la qualification des acteurs, le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont indifférents aux caractères subjectifs des personnes concernées. Les PME, les transnationales ou les personnes physiques entrepreneuses sont tout de même entreprises au regard du droit de la concurrence. En droit de la consommation, les professionnels sont les professionnels non obstant les différents niveaux de compétence. Les professionnels entreprises et particuliers sont soumis aux mêmes obligations souscrites par le droit. De même, les consommateurs sont les consommateurs malgré la diversité de niveaux d'éducation ou de

compétence dans chaque domaine. Ils bénéficient donc des protections identiques accordées par la réglementation. La soumission aux droits et obligations identiques établis par le droit de la concurrence et le droit de la consommation semble justifiée par l'impératif de l'efficacité de droit.

Après avoir examinés les acteurs privés gouvernés par le droit de la concurrence et le droit de la consommation, il convient d'analyser les rôles non négligeable des personnes publiques (Chapitre 2).

## **Chapitre 2**

# **Les acteurs publics : autorité de la régulation de la concurrence et de la consommation**

---

### Plan du chapitre

#### **Section 1 Les acteurs nationaux : l'État et ses positions dans le monde économique**

§ 1 L'État garant de la libre concurrence et de la protection du consommateur

- A) L'État et ses politiques de la concurrence
- B) L'État et ses politiques de la consommation

§ 2 L'État opérateur et l'introduction de régulation sectorielle

- A) Les services publics et la concurrence
- B) Les services publics et la consommation

§ 3 L'État demandeur dans la commande publique

- A) Les personnes publiques sont-elles soumises aux règles de la concurrence ?
- B) L'encadrement de la liberté contractuelle des personnes publiques

#### **Section 2 Les acteurs internationaux : l'émergence d'acteurs supranationaux**

§ 1 L'exigence de la libre concurrence et de la protection du consommateur dans le commerce international

- A) Orientations différentes entre les deux domaines juridiques
- B) Facteurs permettant l'internationalisation des deux domaines juridiques

§ 2 Le développement du droit de la concurrence et de la consommation à travers les acteurs internationaux

- A) La création de réseaux de coopération
- B) L'harmonisation des législations nationales

Lorsque nous avons évoqué le thème des acteurs publics qu'ils soient nationaux ou locaux, c'était pour considérer l'indifférence du droit de la concurrence et du droit de la consommation lorsque l'entreprise a un statut public.<sup>430</sup> Les acteurs publics sont des organismes dont l'exercice de leur pouvoir peuvent intervenir dans la vie économique et le marché. Toutefois, le but de ce chapitre n'est pas de qualifier ce que sont les acteurs publics comme dans le chapitre dernier. L'objectif est ici d'apprécier les relations de l'État dans la vie des affaires. En effet, l'État peut avoir les différentes positions dans le monde économique. Notre étude distingue les acteurs publics selon les dimensions économiques : les acteurs nationaux (Section 1) avec le rôle principal dans l'économie interne et les acteurs internationaux (Section 2) qui favorisent les politiques économiques dans le contexte de la mondialisation.

## **Section 1 Les acteurs nationaux : l'État et ses positions dans le monde économique**

L'État et le marché ne sont pas de domaines détachables, mais le degré d'intervention de l'État varie en fonction du régime politique et des éléments historiques de chaque pays. Ainsi, l'intervention évolue toujours au dynamisme économique et social. Dans la société contemporaine, le rôle de l'État se divise en trois volets : l'État garant (§1), l'État opérateur (§2) et l'État demandeur (§3).

### **§ 1 L'État garant de la libre concurrence et de la protection du consommateur**

Selon le concept du libéralisme économique, le devoir principal de l'État est de ne pas intervenir dans les affaires économiques. Mais sous les contextes actuels, le principe de *Laissez-faire* ne peut plus fonctionner. La complexité de la vie économique rend non seulement impossible pour l'État d'échapper à son devoir d'encadrement, mais aussi lui demande d'intervenir en matière de la concurrence ainsi que celle de la consommation. L'État est désormais exigé de garantir la loyauté dans la vie économique. Il convient d'examiner la garantie

---

<sup>430</sup> Sur ce sujet, voir le B) *L'indifférence du droit de la concurrence entre les personnes privées et les personnes publiques*, p. 166 et suiv.

de l'État pour la libre concurrence (A), avant de procéder à la garantie pour la protection du consommateur (B).

### A) L'État et ses politiques de la concurrence

Pour assurer la libre concurrence, l'État dispose de deux missions principales. **D'une part**, il s'abstient à exercer toutes les activités économiques en concurrence avec les opérateurs privés (1°). **D'autre part**, il veille à ce que les règles de la concurrence soient respectées (2°).

#### 1° La politique de non-intervention dans les domaines économiques

L'interdiction à l'initiative publique de concurrencer l'initiative privée est une autre portée de la liberté du commerce et de l'industrie.<sup>431</sup> C'est un principe simple qui devient plus complexe lorsqu'il s'agit des exceptions par la pratiques de l'État et ses émanants. L'appréciation de ce principe porte sur le fondement, puis aux critères permettant à l'État d'intervenir dans une activité économique.

**En France**, la Constitution ne dispose pas de cette interdiction. Initialement, ce principe trouve son origine dans un arrêt du Conseil d'État qui estimait qu'une personne publique ne pouvait se livrer à des activités de même nature qu'une personne privée.<sup>432</sup> Cet arrêt résulte en effet d'une interprétation particulièrement extensive du décret d'Allarde. Cette expansion est influencée par la puissance du paradigme libéral en France. Il existerait un domaine économique naturellement réservé aux acteurs privés. L'État doit assurer la protection et la préservation du bon fonctionnement du marché tout en se positionnant à l'extérieur.<sup>433</sup>

Le principe d'abstention doit être étudié avec l'évolution notamment jurisprudentielle du droit de l'intervention économique locale qui ouvre la possibilité de la personne publique. Cette interdiction absolue s'applique antérieurement au développement du secteur public industriel et commercial. Dans le contexte du socialisme municipal<sup>434</sup> au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, un arrêt en 1930 tolère que «*les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de*

<sup>431</sup> Sur ce sujet, voir le A) *La liberté du commerce et de l'industrie*, p. 38 et suiv.

<sup>432</sup> CE 29 mars 1901, n°94580, *Casanova*

<sup>433</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, p. 430

<sup>434</sup> S. BERNARD, *Droit public économique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 29, Le phénomène s'exprime par la multiplication des interventions dans l'économie des collectivités territoriales

*cette nature (privée) en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière.»*<sup>435</sup>

La jurisprudence a été encore clarifiée par l'affaire de l'Ordre des avocats au barreau de Paris en 2006.<sup>436</sup>

À l'égard de ce constat, il convient de s'interroger sur les domaines auxquels les personnes publiques peuvent intervenir. La question nous renvoie à la distinction classique du service public entre service public administratif et service public industriel et commercial. Ce dernier terme traduit l'acceptation de l'entrée dans les activités économiques des personnes publiques. En revanche, cela ne veut pas dire que seuls les services publics assurés par l'ÉPIC seront qualifiés d'activités économiques. Une telle qualification ne tient pas compte du statut de l'établissement concerné. Il n'est pas exclu que certains établissements chargés des missions de services publics administratifs sont soumis à la liberté du commerce et de l'industrie. Des activités peuvent être divisées en deux domaines.

*a) À propos du domaine réservé à l'initiative publique*

Il n'est pas pourtant clairement identifié dans les textes ou la jurisprudence. Seules les missions de souveraineté, si elles sont qualifiées d'une activité économique, seraient classées dans ce domaine. Celles-ci peuvent être les services publics *nationaux* ou des monopoles de faits confiés à des sociétés nationalisées.

*b) À propos du domaine partagé*

L'hypothèse devient plus compliquée dans le service public *local*. Il s'agit du domaine partagé, c'est-à-dire, le domaine auquel la personne publique peut intervenir avec conditions. D'après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, l'intervention de la personne publique peut être soumise à deux exigences.

**D'un côté**, l'intervention est possible en l'absence ou par une carence de l'initiative privée, mais une telle carence n'est pas facile à constater. Nous évoquons d'abord la carence *quantitative* de l'initiative privée objectivement appréciée.<sup>437</sup> Le problème réside dans la carence

<sup>435</sup> CE 30 mai 1930, n°06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*

<sup>436</sup> CE Ass. 31 mai 2006, n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, déjà cité

<sup>437</sup> J.-P. KOVAR, «Où en est la liberté du commerce et de l'industrie», *DA*, décembre 2007, p. 11

*qualitative* de l'initiative privée ajoutée par la jurisprudence. L'absence de l'initiative privée n'est pas nécessairement totale, mais peut être constatée par son insuffisance manifestée.

**D'un autre côté**, l'intervention doit répondre à un besoin public. Ce critère appelé autrement l'intérêt public était au départ lié aux activités relevant de l'ordre public, puis s'est étendu aux activités culturelles, artistiques, touristiques ou sportives.<sup>438</sup> Enfin, l'intérêt économique est aussi admis par la jurisprudence administrative qu'une collectivité publique puisse créer ou étendre une activité existante par la raison liée à la rentabilité de l'activité.

L'évolution jurisprudentielle a assoupli ces conditions d'interventionnisme économique. Progressivement, le Conseil d'État a rendu les arrêts moins contraignants à l'égard du critère de la carence de l'initiative privée. Un élément qui a en premier lieu montré l'affaiblissement de la carence de l'initiative privée serait la prise en compte de la carence qualitative. L'arrêt *Ville de Nanterre*<sup>439</sup> marque un tournant dans cette exigence. Il s'agit, en espèce, de la création d'un cabinet dentaire municipal admise par le Conseil d'État qui constate la carence de l'initiative privée tant sur le plan quantitatif (insuffisance du nombre d'établissements privés) que sur le plan qualitatif (insuffisance de qualité de prestations fournies par les opérateurs privés). La difficulté des habitants d'accéder aux services dentaires en raison de prix trop élevé suffit de constater la carence de l'initiative privée et permet à l'administration de satisfaire la demande non solvable.<sup>440</sup> Mais la considération en fonction de prix peut devenir potestative, c'est-à-dire, dépendante de la volonté d'une des parties contractantes puisque le service public pourrait être mis en œuvre dans les conditions et tarifs que les opérateurs privés ne proposent pas.<sup>441</sup>

Même si l'exigence de la carence de l'initiative privée est de plus en plus assouplie, elle n'est pas conduite à la disparition. Du moins, elle est considérée comme une composante parmi d'autres de l'exigence d'un intérêt public. Les jurisprudences récentes ne mentionnent pas cette carence,<sup>442</sup> mais appuient sur la preuve de l'intérêt public par rapport à l'activité créée.<sup>443</sup> Si cet intérêt public résulte souvent de la carence de l'initiative privée, il peut exister indépendamment

---

<sup>438</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, p. 433

<sup>439</sup> CE 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*

<sup>440</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, p. 435

<sup>441</sup> J.-P. KOVAR, «Où en est la liberté du commerce et de l'industrie», *DA*, décembre 2007, p. 12

<sup>442</sup> CE Ass. 31 mai 2006, n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris, déjà cité*

<sup>443</sup> CE 3 mars 2010, n°306911, *Département de la Corrèze* (Prestations de téléassistance offertes aux personnes âgées ou dépendantes se justifient par l'intérêt public de dimension locale apporté par l'initiative départementale)

de ce critère.<sup>444</sup>

Après son dépassement, la carence de l'initiative privée reste encore maintenue dans la jurisprudence, mais comme condition de la légalité d'une intervention administrative.<sup>445</sup> En effet, tout cela nous renvoie à considérer la jurisprudence d'origine (*Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*) qui n'a évoqué nulle part la carence de l'initiative privée. Ainsi, le commissaire du Gouvernement Jean KAHN a déjà présenté la conclusion dans l'affaire *Commune de Montmagny*, qu'il s'agit moins de remédier l'insuffisance quantitative que d'aller au-devant d'une demande qui, solvable ou non, ne doit pas rester insatisfaite.<sup>446</sup>

**Quant à la Thaïlande**, les règles interdisant la concurrence de la part des personnes publiques ont été érigées dans l'article 84 (1) de la Constitution de 2007. En effet, l'article 84 est venu remplacer et compléter l'article 87 de la Constitution de 1997. En ce qui concerne l'interdiction, le contenu demeure inchangé.<sup>447</sup>

D'après l'article 84 (1), l'État ne peut exercer des activités économiques que dans trois hypothèses. Elles s'expriment par l'objectif à atteindre, et non pas la modalité mise en œuvre. Parmi ces trois motifs, celui de l'intérêt général semble englober les autres. Les motifs de la sécurité de l'état et de la construction des infrastructures ont été ajoutés afin de garantir la place aux certaines entreprises publiques. Les acteurs importants sont les ÉPIC (a) et les collectivités territoriales (b).

*a) La liberté du commerce et de l'industrie des ÉPIC*

Il convient ici de rappeler le contexte historique de la création des entreprises publiques **en Thaïlande**. Après la révolution de 1932, le Gouvernement, sous l'influence du Comité du peuple, a créé plusieurs entreprises publiques industrielles et commerciales pour rentabiliser le fonds de l'État et pour réduire l'influence des entités étrangères dans le secteur. La gestion de ces

---

<sup>444</sup> CE 18 mai 2005, n°254199, *Territoire de la Polynésie française* (La desserte aérienne d'un territoire est une activité marchande, mais participe aussi à la politique d'aménagement du territoire)

<sup>445</sup> Jean-Philippe COLSON et Pascale IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2012, p. 135

<sup>446</sup> Jean KAHN, Conclusion sous CE Sect. 23 décembre 1970, n°79410, *Commune de Montmagny*

<sup>447</sup> L'extrait de l'article 84 de la Constitution : ... *L'État doit aussi s'abstenir de s'engager une entreprise en concurrence dans un secteur privé à moins qu'il soit nécessaire dans la mesure de maintenir la sécurité de l'état, d'assurer l'intérêt général ou de fournir l'utilité publique.*

entreprises a été sans doute confiée aux membres du Comité ou à leurs proches. Puis, la tension internationale avant la seconde guerre a conduit le pays à créer les entreprises publiques fabricant des fournitures de guerre pour y faire face.<sup>448</sup> Après la Seconde Guerre Mondiale, le pays se trouvait encore sous la menace du régime communiste. Cette dernière a légitimé le maintien des entreprises publiques fabricantes de fournitures de guerre. Ces entreprises, dont la création a été justifiée par le motif de la sécurité de l'État, étaient vouées à disparaître dans la perspective d'un contexte politique stable et du développement des opérateurs privés.

*b) La liberté du commerce et de l'industrie des collectivités territoriales*

Si le concept de l'administration décentralisée **en Thaïlande** avait été connu depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, la véritable décentralisation n'a été effectuée qu'en 1997. Ce renforcement tardif a ralenti le développement des services publics locaux. Malgré les dispositions des textes accordant aux collectivités le pouvoir de gérer de nombreux services publics, la pratique demeure limitée.

Un élément qui nous permet de traiter ce sujet est le "*Manuel de Direction de l'administration locale fixant les normes de services publics locaux*". Cette publication donne une liste non-exhaustive des services publics que les collectivités peuvent assurer. Parmi les 48 domaines, nous en trouverons certains que les personnes privées peuvent déjà assurer comme la crèche, la maison de retraite, l'habitation aux bas salaires, le logement étudiant et la halle de marché.<sup>449</sup> Ceux-ci traduisent implicitement les activités dans lesquelles les collectivités territoriales thaïlandaises peuvent intervenir.

La clarification du principe vient en outre d'un avis du Conseil d'État. En l'espèce, le ministère de l'intérieur a été consulté par la municipalité de Mae Sot et la municipalité de Laemchabang. Ces dernières avaient voulu exercer les services de la télévision par câble dans le but d'améliorer la communication intracommunale. Commune en zone de montagne, la condition géographique à Mae Sot permet d'accepter le signal télévision uniquement par le récepteur satellite qui coûte cher à la plupart des habitants alors qu'il n'existe qu'un prestataire privé de ce service dans la municipalité. Suite aux avis partagés au sein du ministère, le ministre

---

<sup>448</sup> N. BORAMANAND, *Droit administratif relatif au service public*, Winyuchon, 3<sup>e</sup> édition, 2004, p.172

<sup>449</sup> Direction de l'administration locale, *Standard des services publics locaux*, 2007, p. 1

de l'intérieur a demandé au Conseil d'État de donner un avis sur cette question.<sup>450</sup>

Dans son avis n°524/2544 du 11 octobre 2001, le Conseil d'État a considéré que la loi confie aux collectivités territoriales des missions de services publics en ce qui concerne l'utilité publique. Dans la mesure où le service de la télévision par câble est opéré pour répondre au besoin des citoyens et dans un but non-commercial, les collectivités peuvent en assurer.

**S'agissant de la municipalité de Mae Sot**, compte tenu de la difficulté d'accès et du caractère de gratuité (des habitants ne doivent payer que le frais d'installation et celui de maintenance), la municipalité est compétente de proposer ce service. Le Conseil a ainsi ajouté qu'il n'y a pas de concurrence de l'initiative publique et même s'il y a lieu, le service est exempté par l'article 87 de la constitution 1997 (l'article 84 de la Constitution de 2007).

**S'agissant de la municipalité de Laemchabang**, le Conseil a considéré qu'en l'absence de la difficulté géographique, le service peut être exercé à la condition que la plupart des habitants de la municipalité ne puisse pas accepter le signal télévision et que le service n'ait pas de but commercial.

Le Conseil a rappelé en tout état de cause que les municipalités doivent prendre un montage juridique identique que celui de la personne privée afin d'exercer ce service.

À partir de cet avis, deux conditions de l'intervention des collectivités territoriales peuvent être tirées. **D'une part**, un tel service doit répondre au besoin public de dimension locale, et **d'autre part**, ce service ne doit pas comporter de caractère commercial. Le critère de la carence de l'initiative privée n'a pas été retenu. Néanmoins, l'avis du Conseil d'État n'a pas pour effet de garantir la légalité. Actuellement, le seul prestataire privé du service de la télévision du câble à Mae Sot a déjà saisi la Cour administrative pour excès de pouvoir. Il faut alors attendre la jurisprudence sur cette question.

L'absence de l'État dans le marché ne suffit pas dans les contextes économiques actuels de garantir la libre concurrence. L'Etat est exigé d'intervenir pour protéger le marché (2°).

## 2° La politique de mise en place des organes de régulation transversale

---

<sup>450</sup> En Thaïlande, le Conseil d'État exerce uniquement la fonction consultative. La fonction contentieuse est assurée par la Cour administrative suprême.

Après la première politique de non-intervention, une autre mission de l'État est d'assurer que la concurrence dans le marché est effective. En effet, la concurrence peut fonctionner par nature, mais dans certaines circonstances, l'absence de l'État peut entraîner la distorsion de la concurrence. Des organes étatiques qui veillent au libre jeu de concurrence doivent être alors instaurés.

**En France**, il est généralement connu que l'effectivité de la concurrence a été établie par l'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 avec ainsi la création du Conseil de la concurrence. En fait, le Conseil n'était pas la première instance en droit français car il existe depuis 1977 la Commission de la concurrence instaurée par la loi n°77-806 du 19 juillet 1977. La raison pour laquelle la Commission de la concurrence en droit français n'a pas été reconnue comme organe de la concurrence serait du fait qu'à l'époque il n'y avait pas de libéralisation des prix par le droit substantif. La mission de la Commission en vue d'assurer la libre concurrence était donc moins visible. Cette perspective peut être remarquée par la disposition qui met à côté cette mission.<sup>451</sup> La Commission paraissait comme organe consultatif plutôt que l'organe du contrôle.

Le premier pas d'évolution pour l'organe de la concurrence est sans doute dans la promulgation de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. La transformation de l'organe de la forme d'une *Commission* à celle d'un *Conseil*, a renforcé les pouvoirs et moyens d'exercer ses compétences. La composition du Conseil de la concurrence paraît en outre moins administrative. En fait, il s'agit d'ajouter à la composition ancienne cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales (l'article 2 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986).

Le Conseil se compose de seize membres : sept membres magistrats du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou d'autres juridictions, quatre membres spécialistes compétents en matière économique et en matière de concurrence et de consommation et les cinq membres du monde d'entreprise. Cette structure garantit que plus de la moitié des

---

<sup>451</sup> L'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi du 19 juillet 1977 dispose que «*Cette Commission connaît, à titre consultatif, de toutes les questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le Gouvernement. Elle exerce, en outre, les attributions définies par la présente loi en matière de contrôle des concentrations et de répressions des ententes illicites et des abus de position dominante.*»

membres sont les personnalités compétentes et non-magistrats alors que la restriction du nombre de membres magistrats n'existe pas en cas de la Commission de la concurrence.<sup>452</sup> Ce mouvement est en cohérence avec la libéralisation des prix. La mission du contrôle et de la sanction des pratiques anticoncurrentielles devient prioritaire pour le Conseil. En ce qui concerne le pouvoir consultatif, la consultation peut être faite non seulement par le Gouvernement comme dans le texte ancien, mais aussi par les parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales y compris les associations de consommateurs agréées. Le Conseil est devenu donc plus ouvert et accessible.

Même si la transformation de la Commission au Conseil de la concurrence traduit bien la volonté de l'État de faire du Conseil un organe de régulation économique, l'objectif semble moins achevé au niveau de l'indépendance. Il faut attendre jusqu'en 2008 que le système soit réformé avec la promulgation de la loi du 4 août 2008. Le *Conseil de la concurrence* devient désormais *l'Autorité de la concurrence*. Le développement du niveau de l'indépendance exprime en deux éléments :

**D'une part**, la nouvelle composition permet d'assurer une bonne majorité des membres qui se qualifient par leur notion économique soit parce qu'ils sont compétents (cinq personnalités spécialistes), soit parce qu'ils ont de l'expérience (cinq personnalités exerçant ou ayant exercé les activités économiques). Les membres magistrats venant du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou d'autres juridictions sont limités au nombre de six.

**D'autre part**, la compétence de l'Autorité est accrue dans son pouvoir consultatif. Dans les anciens textes, l'organe ne peut rendre avis qu'à la demande des organismes prévues par la loi. Désormais, l'ADLC peut, de sa propre initiative, donner son avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis doit obligatoirement être rendu public. L'Autorité peut exercer son pouvoir sous forme de recommandation destinée aux ministres chargés de l'économie ou de secteurs concernés.

À ce stade, l'ADLC est plus indépendante à l'égard des pouvoirs publics. Il se présente comme un acteur important dans le marché avec les compétences équipées jusqu'au niveau

---

<sup>452</sup> La Commission de la concurrence était composée d'un président choisi parmi les membres du Conseil d'État et les magistrats de l'ordre administratif et judiciaire et dix commissaires choisis parmi les membres du Conseil d'État et les magistrats de l'ordre administratif et judiciaire et les spécialistes compétents en matière économique, sociale ou de consommation.

d'anticipation. Nous remarquons ainsi qu'à l'augmentation de compétences, l'organe échappe de plus en plus à l'influence des pouvoirs politiques.

Cette logique ne semble pas fonctionner **en Thaïlande** où les membres de l'administration détiennent encore le pouvoir important au sein de l'organe de surveillance. **Dans un premier temps**, la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole 1979 a créé la Commission central de la fixation de prix et de la prévention de monopole. Mais, cette Commission était principalement composée des membres de l'administration. D'après l'article 7 de la loi, la Commission est présidée par le ministre du commerce, la fonction de secrétaire est attribuée au secrétaire général du ministère du commerce. Le nombre des membres spécialistes est flexible de quatre à huit personnalité dont au moins la moitié ressort des secteurs privés. En prenant en compte l'intitulé de la loi, nous comprenons facilement que la fonction principale de la Commission est de fixer les prix de biens et services, ce qui renvoie au Gouvernement de créer un organe sous son contrôle.

Vingt ans plus tard, la loi de la fixation de prix et de la prévention de monopole a été abrogée et remplacée par deux textes dont la loi relative à la concurrence 1999 qui institue la Commission de la concurrence. La séparation des textes en 1999 peut nous montrer l'orientation vers la libéralisation des prix et du marché. En revanche, malgré le contexte du marché plus libéralisé, la structure de l'organe de surveillance subit encore l'influence administrative. La Commission se compose de trois membres de droit (le ministre du commerce comme président de la Commission, le secrétaire général du ministère du commerce comme vice-président et le secrétaire général du ministère de la finance) et de membres spécialistes de huit à douze personnalités choisis par leur compétence en matière des sciences juridique, économique, du commerce, de la gestion entreprise ou administrative et dont au moins la moitié ressort des secteurs privés.

Cette composition n'évite pas sans doute les critiques. Le fait que la Commission est soumise au Direction du commerce intérieur dans le ministère du commerce fait de la Commission un organe dominé par les pouvoirs politiques et les cadres de grands groupes d'entreprises. Ce serait la raison pour laquelle le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peut être exercé en pleine efficacité.

L'État en tant que garant de la libre concurrence assure deux missions principales : s'abstenir de concurrencer les initiatives privées, puis créer un organe pour veiller à la libre concurrence. Quant à la consommation, les politiques de l'État seraient renversées (B).

### **B) L'État et ses politiques de la consommation**

Si la première politique étatique sur la concurrence commence par l'abstention, la politique sur la consommation vise surtout l'intervention. En effet, la consommation ainsi que les consommateurs trouvent leur origine dans l'économie de marché, autrement dit, dans la libre concurrence. Les conflits entre le consommateur et le professionnel résulte de l'exercice des libertés économiques notamment la liberté contractuelle. Il est intéressant d'évoquer la politique d'intervention (1°) avant de considérer les organes mis en place (2°).

#### 1° L'intervention étatique en droit de la consommation

Il faut avant tout constater que l'origine des problèmes en droit de la consommation réside dans la simple application du droit civil. Cela ne veut pas dire que le droit civil n'est pas juste, mais il se révèle inadapté sous certaines circonstances. L'intervention s'effectue à deux niveaux.

##### *a) La reconnaissance des consommateurs dans les textes constitutionnels*

**En droit français**, les consommateurs n'ont pas de place dans les textes constitutionnels. L'absence de la prise en compte de la consommation dans la Constitution peut être expliquée par sa date de promulgation (le 4 octobre 1958). À l'époque, le problème de la consommation n'était pas au courant, ce qui est au contraire **en droit thaïlandais**.

Dès lors que la Thaïlande a beaucoup de constitutions suite à l'instabilité politique, nous pouvons ainsi tracer l'évolution économique et social dans chaque version. Le consommateur a été cité pour la première fois dans la Constitution de 1991. Ce texte dispose dans l'article 48 l'alinéa 2 que *La restriction ne devrait être imposée qu'en vertu de dispositions spécialement promulguées pour maintenir la sécurité et la sûreté de l'état ou de l'économie du pays, pour protéger le public au regard de l'utilité publique, maintenir l'ordre public, réguler l'engagement en métiers, la protection du consommateur, l'urbanisme, préserver les ressources naturelles ou l'environnement, l'aide sociale, prévenir le monopole ou éliminer la concurrence déloyale*, alors

que la constitution précédente (celle de 1978) n'a nulle part mentionné la consommation. La chronologie du droit de la consommation en Thaïlande correspond à ce phénomène puisque la loi relative à la protection du consommateur 1979, premier texte sur ce domaine, n'a été rédigée qu'en 1979. La mention de la protection du consommateur dans la constitution subsiste jusqu'à la constitution actuelle.

La protection du consommateur se présente dans la constitution en tant que condition permettant à l'État d'appliquer les textes contraignants à la liberté d'entreprendre, ce qui nous montre que l'État thaïlandais voit la législation en matière de la consommation comme l'intervention.

Une autre évolution que nous pouvons remarquer concerne les droits des consommateurs. Ces derniers ont été constitutionnellement reconnus par la Constitution de 1997 et non celle de 1991<sup>453</sup> même si les droits des consommateurs avaient déjà été validés dans la loi relative à la protection du consommateur depuis 1979. Nous remarquons ainsi la préoccupation accrue autour de la protection du consommateur.

#### *b) L'intervention étatique à travers la réglementation*

Comme nous l'avons déjà expliqué que les problématiques de la consommation résultent de la libre concurrence, elles portent alors une valeur secondaire à protéger par rapport à la concurrence. C'est la raison pour laquelle l'essentiel des règles de la consommation est érigé par les textes législatifs et réglementaires.

**En France**, bien que n'étant pas la source unique, c'est le Code de la consommation qui constitue un corps important du droit de la consommation. Ce Code est réparti en trois parties : partie législative, partie réglementaire et annexe. Il recouvre tous les aspects nécessaires du droit de la consommation : les droits des consommateurs et les obligations générales de professionnel, les réglementations générales et spécifiques, les organes de droit de la consommation et les

---

<sup>453</sup> L'article 57, 1<sup>er</sup> alinéa de la constitution 1997 dispose que «*les droits des consommateurs doivent être protégés selon les dispositions de la loi.*» La Constitution actuelle (2007) dispose plus précisément dans l'article 61, 1<sup>er</sup> alinéa que «*les droits des consommateurs doivent être protégés en ce qui concerne l'information et le droit de réclamer pour ses préjudices y compris le droit de se concerter pour protéger les droits des consommateurs.*»

associations de consommateurs. Le cadre général de chaque domaine est défini dans la partie législative alors que les dispositions en détail sont prévues dans la partie réglementaire.

En l'absence de la codification, la loi relative à la protection du consommateur 1979 **en Thaïlande** demeure la réglementation principale du droit de la consommation. La loi recouvre quasiment les mêmes domaines que le Code de la consommation français. En revanche, la loi, considérée comme la partie législative, ne prévoit pas la liste des contrats réglementés, mais confie ce pouvoir aux Commissions de publicité, d'étiquetage et de contrats, considérées comme la partie réglementaire. Cela rend la réglementation moins visible. Une autre difficulté consiste dans la légitimité des Commissions à fixer les règles contraignantes la liberté contractuelle.

Il faut interroger ensuite si la politique de l'État d'introduire les organes de la consommation adopte aussi les mêmes politiques en droit de la concurrence (2°).

#### 2° La politique de la mise en place des organes de la consommation

En ce qui concerne les organes de la consommation, il faut prendre en considération une différence entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. En droit de la concurrence, le principe est de laisser jouer les entreprises dans le marché. La mission principale de l'organe de la concurrence serait de contrôler et de sanctionner les comportements illicites. En revanche, l'action en droit de la consommation est d'intervenir pour corriger l'imperfection en droit commun. Les organes de la consommation exercent leur pouvoir afin d'assurer que les mesures prises puissent conserver l'équilibre entre le professionnel et le consommateur.

À partir de ce concept, il convient d'examiner si les organes de la consommation en France et en Thaïlande suivent cette logique. Nous trouverons en effet deux types d'organe en droit de la consommation.

##### *a) Les organes chargés de pouvoir d'enquête*

Les litiges en droit de la consommation peuvent se trouver au niveau individuel, c'est-à-dire, entre un professionnel et un consommateur. En revanche, les conflits peuvent aussi concerner un grand nombre de consommateurs, ce qui rend la recherche des preuves plus difficile. La loi doit ainsi habiliter les agents à procéder à une enquête et à la constatation des

infractions. **En France**, L'article L215-1 du Code de la consommation fait une liste des agents qualifiés comme ceux de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), les inspecteurs du travail ou ceux auxquelles l'article fait référence à travers de nombreux codes tels que Code de l'environnement, Code de la santé publique ou encore Code des postes et des communications électroniques.

Il n'y a pas de telle disposition **en droit thaïlandais**. La loi relative à la protection du consommateur 1979 ne fait pas référence à d'autres textes. Les agents de l'OCPC semblent être les seuls compétents, mais le pouvoir d'enquête peut également relever d'autres autorités telles que le Direction de l'investigation spéciale auprès du ministère de la justice.

Un autre point intéressant réside dans le champ de compétence des agents. Si nous pouvons assimiler l'organe principal responsable de l'enquête à la DGCCRF en France et à l'OCPC en Thaïlande, leurs pouvoirs d'enquête n'ont pas de même étendue. Alors que les agents de l'OCPC ont une compétence générale dans tous les domaines de la consommation, ceux de la DGCCRF limitent leur compétence dans la conformité et la sécurité des produits et des services définies dans le Livre II du Code de la consommation. Cela traduit que les agents n'interviennent que si l'affaire concerne la sécurité ou la fraude dont l'enjeu devient important.

L'existence des organes chargés de l'enquête correspond peu au concept d'intervention. Leur raison d'être se justifie à travers la nécessité de faciliter les consommateurs dans la réclamation. Ce dispositif paraît cependant coûteux quant aux effectifs que l'État doit déployer.

#### *b) Les organes de concertation*

Si la première vocation du droit de la consommation est de prévenir un rapport déséquilibré entre le professionnel et le consommateur, les organes de la consommation doivent assurer que les réglementations soient efficaces et équitables. Les organes devraient alors être créés sous forme d'une concertation, c'est-à-dire, un organe qui réunit toutes les parties concernées. Un élément qui permet d'atteindre cet objectif est la participation en parité des professionnels et des consommateurs au processus de vote ou d'émission un avis. Il est intéressant d'examiner si les organes de la consommation adoptent cette structure.

**En France**, ce principe est assez suivi. En considérant le Livre V du Code de la consommation, la composition d'organes de la consommation respecte le principe de la parité,

par exemple, l'article D511-6 du Code de la consommation prévoit que le Conseil national de la consommation (CNC) se compose d'un collège de consommateurs et d'un collège de consommateur. Une exception se trouve à l'INC au sein duquel les représentants de professionnels sont remplacés par ceux de l'État au nombre égal à ceux de consommateurs. Cependant, cet organe n'a que le rôle coordonnateur sans pouvoir de délibération. En effet, les trois instances placées auprès de l'INC se compose toujours au nombre égal des représentants de consommateurs et ceux de professionnels.<sup>454</sup>

**En Thaïlande**, ce principe n'est pas adopté. Nous remarquons en effet que la Commission de la protection du consommateur se présente dans la structure très administrative. Il réunit les représentants de tous les ministères concernés sans les représentants de la part des professionnels et consommateurs. Cependant, il faut remarquer que l'article 9 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 prévoit huit membres spécialistes dans la Commission. En pratique, les spécialistes viennent souvent des entreprises. La Commission est alors critiquée dans son inefficacité. Le problème résulte en effet de la culture juridique qui utilise la forme de commission comme une modalité d'exercice favorable aux administration plutôt que la participation des intéressés.

L'absence de représentants des consommateurs a conduit la Thaïlande à une solution plus complexe. Après presque 20 ans de l'application de la loi relative à la protection du consommateur 1979, l'expérience montre que la protection du consommateur a été contrainte faute de place des consommateurs. La réforme constitutionnelle en 1997 impose la création d'un organe indépendant des consommateurs (l'article 57 de la Constitution de 1997 et l'article 61 de la Constitution de 2007). La disposition vise toutefois à faire de l'organe une organisation purement consumériste sans représentants professionnels et étatiques. Même si l'Organe indépendant n'est pas encore créé, il nous est permis d'imaginer que la position très consumériste de l'Organe pourrait aller à l'encontre de celle de la Commission de la protection du consommateur sans consensus.

---

<sup>454</sup> Ce sont la Commission des clauses abusives qui se compose de quatre représentants des professionnels, quatre représentants des consommateurs et cinq d'autres membres (l'article R534-1), la Commission de la sécurité des consommateurs qui se compose de trois membres des organisations nationales de consommateurs, trois membres des organisations nationales de professionnels et neuf d'autres membres (l'article R534-5) et la Commission de la médiation de la consommation qui se compose de cinq représentants des consommateurs, cinq représentants des professionnels et deux d'autres membres (l'article R534-11).

Un autre rôle de l'État dans la politique de la concurrence et de la consommation serait l'État en tant que l'opérateur (§2).

## **§ 2 L'État opérateur et l'introduction de régulation sectorielle**

Lorsque nous étudions l'État en tant qu'opérateur, nous examinerons les entreprises publiques dont le rôle est en pleine mutation. L'évolution des entreprises publiques traduit ainsi l'évolution des services publics qu'assurent ces entreprises. L'activité de ces organismes doit encore respecter le principe d'égalité, mais ces services sont de plus en plus exigés en terme de qualité. Cette nouvelle valeur impose que les activités publiques doivent aussi être libéralisées (A). La concurrence entraîne ensuite la mutation dans la relation entre les prestataires des services publics et les usagers marquée par l'aspect consumériste (B). Dans cette situation, les organes de régulation sont créés en vue d'encadrer ces activités.

### **A) Les services publics et la concurrence**

Il est indéniablement admis que la concurrence marque le changement de principe dans la gestion des activités publiques. L'intérêt général, facteur justifiant le maintien de la modalité classique des services publics, est accusé d'être la cause de lourdeurs et de lenteurs. La réforme veut substituer le culte de la performance au dogme de l'intérêt général.<sup>455</sup> Nous avons à plusieurs reprises montré la portée du droit de la concurrence sur le statut des opérateurs publics notamment la démonopolisation et la transformation de l'ÉPIC en société anonyme, ce qui sont plutôt de l'influence internationale comme la publication de directive. En revanche, il faut aussi prendre en compte les facteurs au sein des établissements qui conduisent à l'évolution des ÉPIC (1°) alors que la portée de l'évolution donne lieu à la création du régulateur sectoriel (2°).

#### 1° L'évolution *de facto* des entreprises publiques vers une structure plus privée

Les facteurs à la mutation des organismes assurant les services publics peut être classés en deux domaines : l'évolution *juridique* causée par le changement des réglementations ou la

---

<sup>455</sup> L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 4

publication des directives et l'évolution *de fait* considérée comme adaptation de l'organisme au contexte économique. Nous ne traitons ici que l'évolution de fait qui s'agit de deux phénomènes.

*a) L'élargissement du champ d'activité à propos de la gestion des biens*

Il est depuis longtemps admis en pratique qu'un ÉPIC peut exploiter sa propriété pour les activités considérées comme complément nécessaire au service public. **En France**, il y a le principe de spécialité selon lequel la compétence de l'établissement public est limitée à l'objet assigné. L'établissement public entre dans la catégorie de la personne publique *fondative* dont la compétence se limite à l'attribution contrairement à la personne morale *corporative* qui acquiert une compétence de principe.<sup>456</sup>

Néanmoins, l'interprétation du principe a été assouplie par les jurisprudences et avis du Conseil d'État. Cet assouplissement a pour objectif de permettre à l'établissement public d'exploiter une activité considérée comme complément nécessaire du service public. Ainsi, les concessionnaires de chemins de fer pouvaient construire des hôtels dans les gares pour améliorer les services aux voyageurs.<sup>457</sup> Un autre exemple était la création de la Cité universitaire par laquelle les hôteliers évoquaient du préjudice qu'ils allaient subir. Le Conseil d'État a jugé que la Cité universitaire était un complément nécessaire du service public de l'enseignement et qu'elle ne constituait pas d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.<sup>458</sup>

Les situations comme la construction d'un hôtel par les concessionnaires de chemins de fer ou celle de la Cité universitaire se produisent également **en Thaïlande**. L'Autorité de chemin de fer de Thaïlande avait une fois construit et géré un hôtel dans le district de Hua Hin tandis que l'Université Chulalongkorn a créé une cité universitaire réservée aux étudiants ainsi que des logements pour le séjour de courte durée réservés à ses personnels. Le principe est encore plus souple quant à l'Autorité de la Génération d'Électricité de Thaïlande (abrégée en anglais EGAT) qui fournit les maisonnettes dans ses locaux lorsque l'activité des personnels y est organisée. Ces maisonnettes sont aussi ouvertes au public hors période d'activité même si l'activité d'hébergement ne peut être qualifiée de complément nécessaire aux missions de l'Autorité

<sup>456</sup> J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2012, p. 113

<sup>457</sup> CA Paris, 18 février 1903, *Chemins de fer d'Orléans c./Sté du Grand Hôtel du quai d'Orsay*

<sup>458</sup> CE Ass., 27 février 1942, *Mollet*

relatives à la production et à la distribution de l'électricité.

Un principe particulier de la Thaïlande est celui permettant à l'établissement de rentabiliser son domaine afin de compenser le prix de service public offert. Le but du développement est purement commercial. C'est le cas de l'Autorité de chemin de fer de Thaïlande et de l'Université Chulalongkorn. Les domaines sont exploités en plusieurs formes : marché, restaurant, hôtel, magasin et centre commercial etc. La difficulté relève de l'ambiguïté du statut commercial de l'établissement puisqu'il n'y a pas de séparation de l'organe gestionnaire du domaine de celui responsable de service public confié. La décision finale de la gestion est en revanche rendue par ce dernier qui ne connaît pas toujours les affaires commerciales. Le problème devient encore plus compliqué du fait que le terrain concerné est de la grande surface située en plein centre ville.

Une solution efficace serait la création d'une nouvelle entité qui implique systématiquement la séparation comptable. Cela permettrait de rendre plus transparent l'exercice des activités commerciales de l'établissement. En particulier, le Gouvernement aurait validé le plan de relance proposé par l'Autorité de chemin de fer de Thaïlande qui consiste à créer deux sociétés anonymes filiales : l'une chargée du service de transport ferroviaire et l'autre chargée de la gestion du domaine. Mais les filiales n'ont jamais été créées car la syndicale de l'Autorité n'était pas favorable à ce plan. Une simple division au sein de l'Autorité des missions en trois unités (la maintenance, le transport et la gestion du domaine) ne semble pas suffisante à régler ce problème.

*b) La diversification des activités des entreprises publiques*

Si la gestion commerciale des biens affectés aux entreprises publiques peut être regardée comme la modalité classique, la politique de filialisation devient un moyen le plus adapté pour grandir les champs d'activités des entreprises publiques.

**En France**, la politique de filialisation fait de ces entreprises publiques un groupe d'entreprises plutôt qu'un opérateur. La filialisation doit également respecter les deux principes.

**Le premier** principe est celui de la spécialité. Ce principe s'applique uniquement aux ÉPIC, mais pas aux entreprises publiques sous forme de société. Les nouvelles activités doivent être en lien avec la mission principale. Le Conseil d'État a censuré que EDF à l'époque ÉPIC

prenne en charge l'activité de la télésurveillance, la domotique et les réseaux câbles. La censure couvre également la participation via une filiale, la société Efisys-Ceti, spécialisée dans l'ingénierie publique jugée extérieure à l'objet d'EDF.<sup>459</sup>

L'exploitation d'autres activités dans la limite du principe de spécialité a été encore encadrée par un avis du Conseil d'État du 7 juillet 1994. Le Conseil a estimé que *«le principe de spécialité (...) signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission.»* Le Conseil a prévu deux conditions qui justifient l'intervention dans l'activité de complément nécessaire du service public. **D'une part**, les activités doivent être techniquement et commercialement le complément normal de la mission statutaire principale de l'établissement public. **D'autre part**, ces activités doivent s'inscrire à l'intérêt général en étant directement utiles à l'établissement public.

Cet avis du Conseil d'État est régulièrement appliqué par le juge en précisant ainsi qu'il est applicable quelle que soit la méthode de diversification adoptée. Celle-ci peut être par l'établissement lui-même, par sa filiale dont il a le contrôle majoritaire ou par une participation même minoritaire. Le champ d'application relativement large contraint le développement de l'établissement notamment face à l'établissement étranger du même secteur dont la compétence serait plus souple.<sup>460</sup>

**La seconde** condition à la filialisation est l'intérêt général. Comme l'a déjà rappelé l'avis du Conseil d'État du 7 juillet 1994, l'intérêt général légitime l'intervention des personnes publiques. La conception se trouve derrière certains textes par exemple la loi n°2000-1208 relative à la solidarité et au renouvellement urbains du 13 décembre 2000 a permis aux sociétés d'HLM d'intervenir en l'absence d'une offre satisfaisante de logements ou s'il y a une demande de la part des collectivités territoriales.

**En Thaïlande**, la politique de filialisation n'est mise en œuvre que récemment par les grandes entreprises publiques. Parmi les groupes d'entreprises, nous examinons deux entreprises publiques les plus puissantes : l'Autorité de la Génération d'Électricité de Thaïlande (créée en 1968, abrégée en anglais EGAT), et l'Autorité du pétrole de Thaïlande (créée en 1978, abrégée en anglais PTT).

<sup>459</sup> TA Paris, 25 mai 1994, *Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie*

<sup>460</sup> J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2012, p. 116

**L'EGAT** est une entreprise publique sous forme d'ÉPIC. Ses missions principales sont la production et la distribution de l'électricité alors que la commercialisation aux usagers particuliers est assurée par des autres ÉPIC. En 2006, l'EGAT aurait dû être transformée en société anonyme en vertu de la loi relative à la capitalisation des entreprises publiques 1999, mais le décret d'application a été annulé par la Cour administrative suprême.<sup>461</sup> Malgré l'échec à la transformation, l'EGAT s'était déjà préparée à son expansion tant interne qu'internationale. Son développement se fait en effet par la diversification. Ainsi, à la fin de 2010, l'EGAT a investi dans cinq sociétés filiales.<sup>462</sup>

À l'issue de l'analyse, pourrions-nous dire que la filialisation de l'EGAT respecte le principe de spécialité ? La réponse est plutôt affirmative dans la mesure où l'interprétation de ce principe est relativement souple. Il est permis d'observer que l'investissement de l'EGAT est dans une forme de participation minoritaire sauf en EGATi qui joue comme représentant de l'EGAT à l'étranger. La participation minoritaire pourrait traduire la volonté d'éviter le statut de l'entreprise publique.<sup>463</sup>

Initialement créé sous forme d'ÉPIC, le **PTT** a en 2001 été transformé en une société anonyme dont une part minoritaire d'actions est cotée en bourse. Une décennie après sa capitalisation, le PTT s'agrandit dans toutes les activités pétrolières. Il investit en effet dans presque cinquante sociétés anonymes dans quatre domaines d'activités : essence, gaz naturel,

---

<sup>461</sup> Cour administrative suprême, décision n°5/2549 du 23 mars 2006

<sup>462</sup> EGAT, Rapport annuel 2010, p. 24-26. EGAT dispose de cinq sociétés filiales

1) Ratchaburi Electricity Generation Holding Public Company Limited (RATCH) dont l'EGAT détient 45% d'actions. Cette entreprise cotée en bourse est un holding qui investit dans les sociétés qui s'exercent dans le domaine de la production d'électricité.

2) EGAT International Company Limited (EGATi) dont l'EGAT détient 99,99% d'actions. EGATi assure les projets d'investissement de l'EGAT à l'étranger notamment dans les pays voisins.

3) Electricity Generating Public Company Limited (EGCO) dont l'EGAT détient 25,41% d'actions. EGCO est aussi un holding investissant essentiellement dans les groupes de producteurs d'électricité.

4) District Cooling System and Power Plant Co.,Ltd. (DCAP) dont l'EGAT détient 35% d'actions. DCAP est un joint venture de l'EGAT avec le PTT et l'Autorité de l'électricité métropolitaine. Ses missions sont de produire et de vendre l'électricité ainsi que de fournir le système de refroidissement à eau à l'Aéroport national de la Thaïlande.

5) EGAT diamond Service Co.,Ltd. (EDS) dont l'EGAT détient 45% d'actions. EDS propose le service de rénovation de la turbine à gaz en Thaïlande et à l'étranger.

<sup>463</sup> En droit thaïlandais, la société dont une entreprise publique détient plus de 50% d'actions est considérée comme entreprise publique

pétrochimie et raffinage, et commerce international des produit pétroliers.<sup>464</sup> Ces catégories ne méconnaissent pas de principe de spécialité. En revanche, il y a deux entreprises dont leurs objectifs sont loins d'être cohérent avec ceux du PTT. Ce sont les cas du *PTT ICT Solutions Co.,Ltd.* (PTT ICT) qui propose les services informatiques et du *Dhipaya Insurance Plc.*(Tip) qui propose les services d'assurances.

D'après les données, il serait permis de conclure qu'une entreprise publique sous forme sociétaire facilite l'orientation vers les activités de nature privée par rapport à la structure d'ÉPIC. En effet, le statut d'une société traduit en droit et en fait la faculté de gestion. Il donne une image plus flexible à une entité anciennement marquée par la gestion lente et compliquée. À ce stade, la considération de l'intérêt général semble moins respectée par le PTT. Une autre conclusion provient du maintien de la part même minoritaire du PTT dans les entreprises dont l'objectif est exorbitant de celui du PTT. La société *Dhipaya Insurance* a en effet acquiert le statut d'une entreprise publique depuis 1975 car une part d'actions d'un Premier Ministre déchu avait été saisie par cause de la corruption.<sup>465</sup> Ce qui montre que le principe d'interdiction de la concurrence de l'initiative publique est moins reconnu en Thaïlande qu'en France.

Au côté du phénomène de passage à la structure plus privée de l'opérateur historique, c'est le marché qui s'évolue. En répondant à ce changement, les organes de régulation sectorielle ont été mis en place (2°)

### 2° L'introduction de la régulation sectorielle

Nous avons intégré les régulateurs sectoriels sous la rubrique l'État opérateur car la régulation a été auparavant exercée par l'opérateur lui-même. L'évolution du secteur du marché monopolistique vers le marché concurrentiel impose désormais la création d'un organe de régulation séparé de l'opérateur. Une question peut être posée sur la raison d'être de la régulation sectorielle dès lors qu'il y a déjà l'organe de régulation comme l'ADLC en France ou la Commission de la concurrence en Thaïlande. En effet, ces organes exercent la régulation dite

<sup>464</sup> *PTT et ses filiales* (mise à jour au 10 août 2010), [En ligne]. <http://www.pttict.com/pttict/en/ptt-and-its-affiliates.html> (Page consultée le 24 janvier 2012)

<sup>465</sup> N. BORAMANAND, *Droit administratif relatif au service public*, Winyuchon, 3<sup>e</sup> édition, 2004, p. 174

*concurrentielle* ou *transversale*, dont la mission n'est pas identique à celle exercée par les régulateurs qui exercent précisément la régulation sectorielle. La distinction entre les deux types de la régulation s'effectue sur la base différente dans la nature du marché et l'objectif de la régulation.

*a) À propos de la nature du marché des services publics*

Le secteur d'un service public lorsque la libéralisation est mise en place ne se transforme pas en marché pleinement concurrentiel dans la courte durée qui suit. Dans cette circonstance, le marché peut se trouver dans une situation asymétrique, c'est-à-dire, que le marché est théoriquement concurrentiel alors qu'en réalité la concurrence n'est pas encore effective, ce qui rend la situation plus sévère que dans la période du marché monopolistique dans la mesure où l'opérateur historique domine le marché à travers les ressources qu'il détient auparavant. Ces éléments ne permettent pas aux marchés des secteurs publics d'être concurrentiels par nature comme dans les secteurs privés. Il nécessite donc un organe qui veille à ce que la concurrence dans ce type de marché soit effective en prenant en compte les caractéristiques de chaque secteur.

L'un des domaines qui exige l'intervention de la part des organes régulateurs serait la réglementation sur les «*facilités essentielles*.» Dans les marchés de services en droit privé, il paraît logique que chaque opérateur dispose de ses ressources pour gérer des activités. Dans les activités de services publics en réseau, en revanche, ces ressources sont tellement rares et essentielles aux activités que leur utilisation doit être encadrée par les règles spécifiques.<sup>466</sup> Selon un avis du Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence), une ressource ou une infrastructure est qualifiée essentielle lorsque «(1) *l'infrastructure est possédée par une entreprise qui en détient le monopole ou une position dominante, (2) l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire pour exercer une activité concurrente sur un marché, (3) l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les opérateurs, (4)*

---

<sup>466</sup> S. NICINSKI, «Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles», *JCP A*, n° 44, 29 Octobre 2007, étude 2287, p. 57

*l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées.»*

Si toutes les conditions sont réunies, l'accès à l'infrastructure est possible.<sup>467</sup>

À partir de ces critères, on peut nommer des exemples d'infrastructures essentielles sous forme d'un support physique tels que les rails, conduites électriques, canalisations d'eau, fils téléphoniques. Si les ressources détenues par l'opérateur historique sont considérées comme infrastructures essentielles, deux principes doivent être appliqués : la séparation des infrastructures et des services ainsi que l'accès des tiers au réseau.

**Premièrement**, la séparation apparaît comme un principe initial de la nouvelle régulation des services en réseau. Ce principe est inséré dans tous les textes communautaires relatifs à la libéralisation des services. La séparation des infrastructures et des services s'opère sous plusieurs formes. Le droit communautaire impose au minimum une séparation comptable des deux activités sans appliquer la séparation institutionnelle. Certains pays ont cependant créé une société indépendante de l'opérateur pour la gestion d'infrastructures par exemple Réseau Ferré de France (RFF), le gestionnaire des infrastructures ferroviaires en France.

**Deuxièmement**, le principe de l'accès des tiers au réseau oblige l'opérateur possesseur des infrastructures à accorder un accès aux opérateurs concurrents. Le système d'accès peut être en deux formes. **L'une**, la plus souvent pratiquée, l'accès accordé est direct. Un opérateur peut lui-même utiliser les infrastructures existantes en moyennant le versement d'un droit d'accès et/ou de compensation. Les conditions d'utilisation des infrastructures sont déterminées en respectant le principe de non-discrimination et de transparence. C'est donc un accès des tiers au réseau réglementé. **L'autre**, le gestionnaire du réseau permet un accès aux infrastructures sans que les opérateurs concurrents puissent faire fonctionner eux-mêmes le service. C'est un accès négocié dans lequel les opérateurs bénéficient de l'action intermédiaire du gestionnaire du réseau.

**En droit thaïlandais**, le principe de l'accès des tiers aux facilités essentielles est reconnu par exemple dans le secteur des activités postales. En tenant compte que les services postaux exigent un investissement important, le réseau postal établi doit être rentabilisé. Le prestataire détenant le réseau doit autoriser aux autres prestataires d'utiliser le réseau en recevant le droit

---

<sup>467</sup> Cons. conc., Avis 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'association pour la promotion de la distribution de la presse.

d'accès.<sup>468</sup> Mais aucun texte ne définit précisément ce que sont les facilités essentielles. Il faut donc attendre l'interprétation en pratique.

*b) À propos de l'objectif des activités*

Non seulement la structure particulière des secteurs publics, l'objectif des activités se diffère aussi de celui des secteurs privés. Nous précisons en effet que les activités économiques exercées par les entreprises publiques comportent les caractères d'intérêt général. Malgré l'évolution du marché, les activités ne sont pas dépourvues de ces caractères. Les régulateurs sectoriels doivent veiller à ce que l'intérêt général soit assuré.

C'est donc le concept des services universels qui est imposé afin de définir le service minimum qu'un opérateur doit prendre en charge. D'origine des États-Unis, la logique du service universel est d'offrir au citoyen européen un accès égal à un service de qualité, universel, continu, adaptable et transparent par trois principes : l'universalité, l'égalité et la continuité. Il s'agit en effet des prestations de base qui doivent assurer à tous la fourniture d'un certain nombre de services pensés essentiels, c'est-à-dire, indispensables.<sup>469</sup> Par ailleurs, le niveau de service jugé indispensable fait l'objet d'une évolution.

Les missions de service universel constituent sans doute un coût considérable pour l'opérateur, souvent l'opérateur historique, auquel les missions sont confiées. L'évaluation correcte et la compensation adéquate des avantages initiaux et charges particulières de l'opérateur historique sont donc indispensables à l'efficacité et à la pérennité des missions d'intérêt général qui lui sont imposées.

Le concept du service universel est reconnu tant en France qu'en Thaïlande. Mais comme dans le sujet précédent, le texte thaïlandais entre moins dans le détail par rapport au texte français. Par exemple, l'alinéa 4 de l'article L1 du Code des postes et des communications électroniques dispose que «*Le service universel postal comprend des offres de services nationaux et transfrontières d'envois postaux d'un poids inférieur ou égal à 2 kilogrammes, de colis postaux jusqu'à 20 kilogrammes, d'envois recommandés et d'envois à valeur déclarée.*» En revanche, une telle norme minimale n'est pas fixée dans les textes thaïlandais.

---

<sup>468</sup> Dittas HOTRAKIJ, *La rédaction et les principes du projet de loi relatif à la prestation des services postaux*, 2006

<sup>469</sup> Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 2007, p.144

L'évolution des services publics, si elle entraîne la mutation au côté du droit de la concurrence, affecte également la perspective en droit de la consommation (B).

### **B) Les services publics et la consommation**

Il convient d'évoquer dans quelle mesure le droit de la consommation se développe afin de répondre au nouveau concept des services publics. Dans le langage courant, nous avons le terme «*usager*» qui désigne ce qui utilise les services publics. L'étude porte dans un premier temps sur la possibilité de l'expression «*consommateur des services publics*» (1°), et dans un second temps sur la portée de la notion de «*consommateur dans les services publics*» (2°).

#### 1° Les usagers des services publics sont-ils consommateurs ?

Nous avons déjà examiné la notion des consommateurs dans plusieurs aspects. Une autre problématique ici est de déterminer dans quelle mesure pouvons nous apprécier le caractère de consommateur dans les usagers de services publics. La situation diffère en France et en Thaïlande.

**En France**, la question de consommateur et les services publics se pose souvent dans les ouvrages du droit de la consommation. La réponse est toutefois nuancée. Dans l'ouvrage des professeurs J. AULAIS-CALOY et H. TEMPLE, la question est posée pour savoir si les gestionnaires des services publics sont aussi soumis au droit de la consommation comme professionnel. Les auteurs donnent une réponse positive quant aux fournisseurs des services publics à caractère industriel ou commercial en citant un arrêt du Tribunal des conflits qui juge que la relation entre les gestionnaires et les usagers relève du droit privé et de la compétence judiciaire.<sup>470</sup> La réponse devient plus difficile en cas des services publics administratifs notamment par le caractère de gratuité des services, ce qui ne fait pas ces usagers comme consommateurs.<sup>471</sup>

Le Professeur G. RAYMOND voit cette assimilation redoutable. Il considère cette assimilation comme une extension abusive car cela entraîne la perte de la spécificité et de l'autonomie du droit de la consommation. En outre, la protection des usagers des services publics

<sup>470</sup> T.confl., 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*

<sup>471</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 6

suivent une procédure particulière comme le médiateur de la République qui n'est pas un organe de la consommation.<sup>472</sup>

Marqués par la forte tradition du droit public, les services publics en France se heurte à l'introduction du sens consumériste. Il s'agit en fait d'un changement de logique de l'exigence de satisfaire des citoyens à la logique marchande ou consumériste.<sup>473</sup> L'émergence de la notion des consommateurs peut affecter les services publics en deux sens, soit enrichir la notion d'utilisateur, soit la menacer.

**D'une part**, la notion de consommateur peut enrichir la notion d'utilisateur déjà protégé par le droit des services publics. Jacques CHEVALLIER avait écrit depuis 1975 que «*l'utilisateur des services publics est un consommateur placé dans une situation privilégiée.*»<sup>474</sup> Les usagers peuvent déjà réclamer les principes généraux des services publics : l'égalité, la continuité et la mutabilité. Le droit français adopte ainsi certains principes inspirés du droit de la consommation tel que le principe de transparence par la loi du 17 juillet 1978<sup>475</sup> qui étend l'accès aux documents administratifs à toute personne privée chargée de la gestion d'un service public. La prise en compte du caractère consumériste demande ainsi aux services publics plus de qualité et développement. Cette exigence de qualité se met en œuvre dans le concept du service universel appuyé par le droit communautaire.

**D'autre part**, la notion de consommateur peut remplacer la notion d'utilisateur, ce qui peut réduire la portée du concept d'utilisateur dans les services publics. L'esprit consumériste qui exige plus de qualité dans les services publics provoque en même temps l'augmentation des prix et la baisse de la régularité. Par exemple, si l'esprit consumériste s'impose au secteur de transport ferroviaire, la SNCF devrait augmenter les tarifs de billet pour le niveau supérieur de sa prestation ainsi que réduire la fréquence des trains dans la ligne peu rentable. Cette menace va affecter ainsi les trois principes des services publics. L'évolution dans ce sens paraît inévitable mais l'impact peut être atténué grâce à l'encadrement de la part du régulateur sectoriel et l'application rigoureuse du droit de la concurrence.

---

<sup>472</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p.109

<sup>473</sup> Rozen NOGUELLOU, «Le consommateur et les services publics en France», in *Le consommateur Journée colombienne*, Bruylant, 2010, p. 565

<sup>474</sup> Jacques CHEVALLIER, «Les droits du consommateur usager de services publics», *Droit social*, 1975, p. 75

<sup>475</sup> La loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

**En Thaïlande**, l'approchement de la notion de consommateur et celle d'utilisateur se fait plus aisément faute de forte tradition classique sur les services publics. Les usagers des services publics sont considérés dans le langage courant comme consommateurs. Néanmoins, la portée concrète de cette interprétation demeure encore peu visible.

Le président de la cour d'appel a à plusieurs reprises jugé que les services de soins qu'ils soient dans l'hôpital public ou privé est le litige de la consommation.<sup>476</sup> Il a en outre statué que l'inscription d'une formation doctorale au sein d'une université publique relève aussi du litige de la consommation.<sup>477</sup> Cette décision nous fait véritablement considérer que l'éducation notamment à niveau supérieur à la licence revêt déjà le caractère commercial et non plus administratif.

La prochaine étape serait d'examiner dans quelle mesure les consommateurs de services publics seront protégés (2°)

### 2° La protection du consommateur dans les services publics

Si le statut de consommateur peut être admis dans le cadre des services publics, les consommateurs devraient donc pouvoir exercer leurs droits. L'action peut être en deux hypothèses.

*a) L'application du droit de la consommation dans la relation entre l'utilisateur et le gestionnaire du service public*

Le premier débat sur la conséquence du concept usager-consommateur porte sur la possibilité d'appliquer les dispositions du droit de la consommation. **En France**, le Code de la consommation a déjà réglementé certains contrats de service public comme le contrat de la fourniture d'électricité ou celui de gaz naturel. En l'absence d'une juridiction spécifique, le droit de la consommation est appliqué tant par le juge judiciaire que par le juge administratif.

---

<sup>476</sup> Les décisions du président de la cour d'Appel n°58/2551 (2008), 21/2552, 22/2552 et 23/2552 (2009)

<sup>477</sup> La décision du président de la cour d'Appel n°28/2552 (2009)

La Cour de cassation a considéré que les relations contractuelles entre les gestionnaires et les usagers sont régies par le droit de la consommation notamment les dispositions relatives aux clauses abusives.<sup>478</sup> Le Conseil d'État a également jugé que les contrats de services publics industriels et commerciaux conclus avec les usagers sont soumis aux dispositions de clauses abusives<sup>479</sup> ou à celles de la vente liée.<sup>480</sup>

**En Thaïlande**, même si la jurisprudence admet depuis longtemps que la relation contractuelle dans le cadre du service public entre le gestionnaire et l'utilisateur est soumise au droit privé à la compétence du juge judiciaire, le droit de la consommation en particulier n'est jamais évoqué dans ce type de contrats. Il faut donc attendre la jurisprudence sur ce point.

*b) Le recours des consommateurs contre le pouvoir réglementaire*

Dans la gestion des services publics, il ne s'agit pas seulement de la relation entre le gestionnaire et l'utilisateur. En effet, la gestion ne relève pas de compétence exclusive de l'organe gestionnaire, mais le gestionnaire est encore encadré par l'organe réglementaire qui fixe les règles du service. L'acte réglementaire s'applique alors entre le gestionnaire et le pouvoir réglementaire.

En revanche, les actes réglementaires peuvent toucher gravement à l'organisation des services publics à l'encontre des consommateurs. La question ici est de savoir si dans cette circonstance, les consommateurs-usagers n'ayant pas un rapport direct avec l'acte peuvent faire un recours pour l'excès de pouvoir.

**En France**, la jurisprudence admet depuis longtemps que la qualité d'utilisateur d'un service public lui permet de former un recours contre l'acte concernant le fonctionnement de ce service.<sup>481</sup> L'année de cet arrêt paraît pourtant ancienne, ce qui ne donne pas le sens de consommateur à la partie requérante. Une jurisprudence plus récente porte sur la politique de la suppression de publicité sur la télévision publique. **En France**, le service public audiovisuel est assuré par France Télévisions, une société anonyme aux actions exclusivement détenues par

---

<sup>478</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 13 novembre 1996, *Bull.* I N°399, p. 279

<sup>479</sup> CE, 11 juillet 2001, n°221458, *Société des eaux du Nord*

<sup>480</sup> CE, 13 mars 2002, n°177509, *Union fédérale des consommateurs*

<sup>481</sup> CE 21 décembre 1986, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*

l'État. La gestion de France Télévisions est financée en grande partie par la publicité diffusée pendant les émissions. La redevance audiovisuelle de la part des foyers ayant le téléviseur constitue une autre partie de recette de France Télévisions. En 2008, l'État a supprimé la publicité entre 20h et 6h, ce qui affecte la ressource importante de recette et l'indépendance financière de France Télévisions. Une lettre de la ministre de la culture et de la communication du 15 décembre 2008 a été adressée au président du groupe. Ce courrier produit son effet au lendemain où le conseil d'administration a délibéré une résolution prenant acte du courrier de la ministre. Celle-ci confie au président-directeur général de la société de négocier avec le consortium formé de la Financière LOV et de Publicis pour la privatisation partielle de la société France Télévisions Publicité.

La lettre de la ministre et la délibération du conseil d'administration font chacune l'objet de recours pour l'excès de pouvoir par les consommateurs. Le Conseil d'État apprécie différemment la nature de ces deux actes. Alors que la lettre de la ministre est considérée comme acte réglementaire,<sup>482</sup> la délibération ne relève pas de compétence du juge administratif.<sup>483</sup> Mais les deux arrêts peuvent trouver un point commun sur l'intérêt à agir des consommateurs. Le Conseil admet que les usagers qui doivent acquitter la redevance audiovisuelle ont l'intérêt à agir dans ce recours. Il faut remarquer en outre que dans le litige portant sur la lettre de la ministre de la culture et de la communication, c'est les parlementaires qui ont formé la requête. Le rapporteur public proposait qu'ils avaient l'intérêt à agir en tant que parlementaires, mais le Conseil préfère l'approche classique en citant la qualité d'usager de service public pour avoir l'intérêt à agir.<sup>484</sup> Même si le terme *consommateur* n'est pas en effet évoqué, le constat à ce que les usagers de service public audiovisuel doivent payer la redevance leur fait assimiler aux consommateurs.

Ces décisions sont à comparer avec les arrêts de la Cour administrative suprême **en Thaïlande**. La Fondation pour consommateurs avait dirigé deux recours importants pour remettre en cause les décrets transformant deux grands ÉPIC en société anonyme (l'annulation

---

<sup>482</sup> CE 11 février 2010, n°324233, 324407, *Mme B. et autres*

<sup>483</sup> CE Ordonnance référé du 17 mars 2010, n°336710, *M Girard*

<sup>484</sup> Damien BOTTEGHI et Sophie-Justin LIÉBER, «Se passer de la publicité n'est pas si facile», *AJDA*, 2010, p. 670

anticipée pour EGAT,<sup>485</sup> mais rétrospective pour PTT).<sup>486</sup> La Cour admet clairement dans ses deux arrêts qu'en tant que consommateur, la Fondation a l'intérêt à agir. Il faut marquer cependant que la qualité de consommateur dans le secteur de l'énergie est caractérisée plus visiblement par rapport à l'audiovisuel car la redevance est perçue en un montant fixe. Les téléspectateurs ne paient pas de prix pour les émissions mais plutôt un frais pour financer les chaînes publiques.

L'État comme d'autres personnes doit se satisfaire à ses propres besoins ainsi qu'à ses missions, ce qui nous révèle le dernier volet de l'État dans le monde économique : l'État demandeur (§3).

### § 3 L'État demandeur dans la commande publique

Nous avons étudié le rôle de l'État qui exerce le pouvoir soit de garantir la liberté économique des citoyens, soit de prendre en charge certaines activités ou de les réguler. Une autre réflexion porte sur l'État en tant qu'une personne comme les autres qui doit s'approvisionner, consommer, contracter etc. L'État a donc besoin des biens et services pour assurer directement ou indirectement ses missions. Les contrats auxquels l'État s'engage concerne **d'une part** la fourniture des biens ou services pour son fonctionnement (fournitures de bureau, matériel informatique etc). **D'autre part**, la réalisation des ouvrages selon les projets ou les missions de service public. Deux questions seront posées à savoir le respect aux règles de la concurrence des personnes publiques (A), puis l'encadrement des contrats publics (B).

#### A) Les personnes publiques sont-elles soumises aux règles de la concurrence ?

Les règles de la concurrence sont principalement destinées à appliquer aux personnes privées ou aux personnes publiques exerçant les activités économiques. Une problématique se révèle si les personnes publiques en tant qu'administrations doivent respecter les règles de la concurrence. La question n'est pas simple tant que ces organismes n'exercent pas les activités économiques. La question doit être résolue à deux niveaux, l'un, au regard des textes juridiques

<sup>485</sup> Cour administrative suprême, décision n°5/2549 du 23 mars 2006, *déjà citée*

<sup>486</sup> Cour administrative suprême, décision n°35/2550 du 14 décembre 2007

et par rapport aux pratiques (1°) et l'autre, au regard des objectifs des règles de la commande publique (2°).

### 1° La position ambiguë entre les textes et les pratiques

Pour déterminer la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, il faut examiner deux sources : les textes juridiques et les pratiques jurisprudentielles.

Les textes juridiques ne donnent pas de réponse précise à cette question. **En France**, même si l'article L410-1 du Code de commerce dispose que les règles de la concurrence s'appliquent *aux activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques*, l'article ne répond pas si les organes d'administration eux-mêmes sont aussi dominés par les règles de la concurrence.

**En Thaïlande**, la loi paraît plus claire sur cette question. L'article 4 (1) de la loi relative à la concurrence 1999 exclut l'application de la loi aux actes de l'administration centrale, des administrations régionales ou des collectivités locales. En revanche, l'étendue de cette loi reste encore à déterminer car la loi vise à s'appliquer aux organismes en tant qu'opérateur et non demandeur dans la commande publique.

La position réelle de ce problème se trouve donc en pratique. **En France**, au début, certains arrêts du Conseil d'État laissent entendre que les actes administratifs, dès lors qu'ils ne constituent pas d'activité de production, de distribution ou de services, ne pouvaient être contestés au regard des règles de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.<sup>487</sup>

Il faut attendre jusqu'à 1997 qu'un arrêt de principe du Conseil d'État a été rendu. C'était l'affaire de *Million et Marais* selon laquelle la légalité d'un contrat de concession pouvait être discutée devant le juge administratif au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.<sup>488</sup> Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de cette jurisprudence car l'ordonnance n'interdit pas de manière absolue à l'administration de prendre des décisions ayant

---

<sup>487</sup> CE 23 juillet 1993, n°138504, *Compagnie générale des eaux* et CE 29 juillet 1994, n°130503, *SA Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France - CAMIF*

<sup>488</sup> CE 3 novembre 1997, n°169907, *Sté Million et Marais*

un effet sur le jeu de la concurrence. Or, les actes relevant de l'activité régaliennne notamment ceux de police administrative peuvent en avoir des effets considérables.<sup>489</sup> Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu que dans le droit de la commande publique, les principes d'égalité et de la libre concurrence sont des objectifs à valeur constitutionnelle dont il appartient aux juges ordinaires de veiller au respect.<sup>490</sup> Ce concept est nouveau en ce que la libre concurrence est aussi appréciée dans une dimension «*horizontale*» alors que l'application classique du droit de la concurrence vise la relation bilatérale et «*verticale*» entre la puissance publique et les opérateurs.<sup>491</sup> C'est-à-dire, les personnes publiques sont désormais soumises au principe de la libre concurrence. Le caractère public ne leur permet plus d'échapper aux obligations de se conformer aux règles de concurrence. L'acte de l'administration est sanctionné dès lors qu'il entraîne une conséquence immédiate et directe. Plus précisément, c'est l'acte qui a généré la pratique, l'a encouragée ou l'a étendue.<sup>492</sup>

**En Thaïlande**, l'évolution de la position se concentre au début aux comportements des candidats aux marchés publics et non à ceux de l'administration. La jurisprudence sanctionne surtout les actes de collision ou d'entente illicite dans la procédure de l'appel d'offre.<sup>493</sup>

Ce comportement a été proprement sanctionné par la loi portant sur l'infraction dans la soumission aux marchés publics du 19 novembre 1999 (E.B. 2542). En revanche, la loi vise surtout les candidats du marché. Même si les agents publics sont aussi sanctionnés en voie pénale, la loi ne sanctionne pas le délit de favoritisme<sup>494</sup> en l'absence d'acte de collision.

C'était à la lumière de la loi relative à la procédure administrative du 27 septembre 1996 (E.B. 2539) que les personnes publiques étaient désormais exigées de respecter la libre

---

<sup>489</sup> Thierry-Xavier Girardot et Fabien Raynaud, «Contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres. - Application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence», *AJDA*, 1997, p. 945

<sup>490</sup> CC, n° 2007-556 DC du 16 août 2007

<sup>491</sup> S. NICINSKI, «Actualité du droit de la concurrence et de la régulation», *AJDA* 2011, p. 649

<sup>492</sup> Voir dans ce sens CE 5 juillet 2010, n°308564, *Syndicat national des agences de voyage*.

<sup>493</sup> Voir Cour suprême, n° 2022/2519 et n° 986/2521 *déjà citées*

<sup>494</sup> En droit français, le délit de favoritisme est sanctionné par l'article 432-14 du Code pénal pour le fait «*de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.*»

concurrence. Le circulaire du 15 mars 2000<sup>495</sup> a diffusé l'avis du Conseil d'État selon lequel le pouvoir exercé en vertu du règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992 est un acte administratif au sens de la loi relative à la procédure administrative 1996 ayant pour objet de la transparence et la loyauté dans la procédure administrative. Cet avis implique que les personnes publiques doivent respecter le principe de libre concurrence.

Il serait intéressant d'examiner plus profondément les textes d'encadrement de la commande publique (2°)

### 2° Les objectifs différents des règles de la commande publique

Si les éléments nous permettent de constater que les personnes publiques sont obligées de respecter les règles de la concurrence dans le processus de la commande publique, il faut chercher si les textes concernés sont en mesure de parvenir à la loyauté dans la procédure de commande publique. La réglementation comporte donc deux objectifs. **D'une part**, elle est la source de compétence des administrations de procéder à la satisfaction de leur besoin ou à la réalisation des projets prévus. **D'autre part**, la réglementation peut être considérée comme le cadre de l'exercice de pouvoir afin d'assurer la loyauté dans le processus et d'éviter l'abus de la part des pouvoirs publics.

#### *a) La réglementation comme fondement de pouvoir des personnes publiques*

S'agissant du premier objectif, il convient d'examiner si les textes sont désignés en prenant en compte la nature diverse des contrats publics. **En France**, nous pouvons citer notamment les marchés publics, la délégation de service public et contrats de partenariat. Chacun dispose de son propre texte. Les dispositions viennent en effet de la pratique des collectivités ainsi que de la jurisprudence.

**En Thaïlande**, les contrats publics peuvent être divisés en deux catégories selon les textes régissant : les marchés publics et la participation privée dans la gestion publique. Cette dernière recouvre donc la délégation de service public et les contrats de partenariat. Les contrats

---

<sup>495</sup> Circulaire n° Nor Ror (Gor Wor Por) 1305/Wor 2436 de l'Office du Premier Ministre du 15 mars 2000.

de marchés publics sont encadrés par le règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992 alors que la participation privée est régie par la loi relative à la participation privée dans la gestion publique du 29 mars 2013 (E.B. 2556). Ces deux textes résultent également de l'expérience des administrations dans la conclusion des contrats publics. La réglementation vise surtout à systématiser le processus des contrats publics.

*b) La réglementation comme outil du contrôle des personnes publiques*

Un autre aspect impose que la réglementation soit considérée comme outil du contrôle. En effet, les contrats publics sont le sujet très important dans la mesure où ils concernent le fonctionnement et les projets de service public. Sur le plan financier, les contrats publics peuvent aller d'un simple achat de fournitures de bureau à un investissement lourd et complexe. Ils peuvent être à la fois un moteur pour mettre en œuvre les politiques de l'État et le chemin de corruption. Par rapport à l'efficacité, l'encadrement rigoureux permet la concurrence effective et assure la gestion efficace de ressources publiques ainsi que l'intérêt général. Il serait alors intéressant de comparer les textes dans chaque domaine des contrats publics.

S'agissant **d'une part** des marchés publics, nous pouvons remarquer un grand écart entre la législation française et celle de la Thaïlande. Alors que **la France** dispose du Code des marchés publics dont la valeur est législative, l'encadrement des marchés publics **en Thaïlande** se fait par le règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992 à valeur infra-décrétale. Sur la forme, la valeur juridique du règlement ne suffit pas de garantir la transparence et la loyauté de la concurrence. Sur le fond, ce règlement est constitué pour rendre uniforme aux pratiques antérieurement effectuées. Il assure la légalité et l'équité de la procédure, mais cela n'assure pas nécessairement la libre concurrence. L'insuffisance procédurale de la concurrence provoque de recours très nombreux aux tribunaux administratifs.

S'agissant **d'autre part** de la gestion déléguée, les textes tant français que thaïlandais peuvent remplir les conditions à la concurrence. **En France**, la délégation de service public est

régie par la loi MURCEF<sup>496</sup> alors que les contrats de partenariat sont régis par l'ordonnance du 17 juin 2004.<sup>497</sup> Ces deux textes sont intégrés au Code général des collectivités territoriales. Le recours au contrat de partenariat basé sur le texte réglementaire est encore justifié par l'urgence qui *«résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général, affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles qu'en soient les causes, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat.»*<sup>498</sup> Cela veut dire que les personnes publiques ne peuvent pas de manière arbitraire passer la procédure des contrats de partenariat. Leur recours est justifié par le caractère urgent du projet.

**En Thaïlande**, la participation privée de tout type est régie par la loi relative à la participation privée dans la gestion publique 2013. L'année de la loi semble très récente. En fait, ce texte vient à la place de la loi relative à la participation ou opération de personne privée dans la gestion publique du 31 mars 1992 (E.B. 2535). La loi de 2013 résulte donc d'une vingtaine d'années d'expérience dans la procédure des contrats publics. En outre, la note d'exposé de motif de la loi dispose ainsi qu' *«actuellement, le pays entreprend beaucoup de projets d'infrastructure et de services publics à tel point que seul l'État ne puisse suffisamment prendre en charge. La participation privée devient l'un des modes d'opération qui permet d'économiser le budget, d'optimiser l'utilisation de la ressource publique et d'augmenter la compétitivité du pays.»* Cette nouvelle loi est venue corriger des inconvénients et l'inefficacité de la loi de 1992.

Nous avons préalablement examiné la soumission des personnes publiques aux règles de la concurrence. La prochaine étape serait d'étudier la portée concrète de ce principe à l'égard de la passation des contrats publics (B).

## **B) L'encadrement de la liberté contractuelle des personnes publiques**

---

<sup>496</sup> La loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi MURCEF déjà citée

<sup>497</sup> L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat déjà citée

<sup>498</sup> CE 23 juillet 2010, n°326544, *Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*

La soumission aux règles de la concurrence des personnes publiques entraîne plusieurs conséquences. Plus précisément, cette obligation limite notamment la liberté contractuelle des personnes publiques. Les personnes publiques dont la dépense relève des ressources publiques pour objet d'intérêt général ne peuvent avoir la liberté contractuelle comme des autres. L'étude porte sur deux parties importantes de la liberté : le choix de cocontractant (1°) et le contenu du contrat (2°).

### 1° Le choix du cocontractant des personnes publiques

Le premier élément de la liberté contractuelle est la faculté de choisir avec qui la partie conclut le contrat. Les personnes privées sont libres de choisir leur cocontractant, mais les personnes publiques ne peuvent prendre n'importe qui. Les personnes publiques sont obligées de passer certaines procédures afin de trouver le cocontractant dit titulaire du marché. Le principe restreint les personnes publiques en deux domaines.

#### *a) À propos de la non-discrimination*

Dès lors que les personnes publiques doivent passer la procédure d'appel d'offre ou d'adjudication, toutes les entreprises candidates doivent avoir un accès égal au marché. Le principe de non-discrimination est alors imposé pour assurer un traitement identique parmi les candidats par le pouvoir adjudicateur. Il serait intéressant d'examiner si ce principe est bien respecté dans les textes juridiques.

**En France**, le Code des marchés publics exige dans l'article 6 que les spécifications techniques d'un marché ou d'un accord-cadre soient définies par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats ou en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles. L'article précise en outre que *«les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.»* La disposition a pour objet d'interdire au pouvoir adjudicateur de limiter les candidats potentiels pouvant accéder à la procédure.

**En Thaïlande**, la fixation abusive des spécifications techniques demeure une allégation principale évoquée par le candidat évincé. Le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il lance un appel d'offre, détermine parfois les normes ou standards des produits ou services au niveau supérieur de façon inutile à tel point qu'il reste peu de candidats qui peuvent répondre à cette exigence. L'article 16 du règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992 interdit au pouvoir adjudicateur de fixer les spécifications susceptibles d'éliminer les producteurs ou vendeurs de produits fabriqués en Thaïlande ou par les entreprises de nationalité thaïlandaise. Cet article exige en cas échéant l'utilisation des normes industrielles. La lettre de l'Office du secrétaire du Conseil des ministres n° Sor Ror 0203/Wor 52 du 28 mars 1977 interdit également la mention des caractéristiques proches à ceux d'une marque ou d'un vendeur.

Il faut toutefois remarquer que les règles imposées sont destinées à protéger surtout les entreprises thaïlandaises et non la concurrence. Cette disposition peut être remise en cause à l'entrée de la Communauté économique de l'ASEAN en 2015.

L'acte discriminatoire peut être également commis dans la phase de l'examen préalable des candidats potentiels dans l'article 30 du règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992. L'examen préalable permet de connaître l'état du marché, mais en même temps la concurrence peut être restreinte. Un critère qui peut limiter sévèrement la concurrence est celui de l'expérience et de la performance appréciées sur les travaux antérieurs. Cette considération rend impossible l'accès au marché des nouveaux entrants.

*b) À propos de l'attribution du marché*

Dès lors que la procédure est lancée, un ou plusieurs candidats vont concurrencer via leur offre. Il reste au pouvoir adjudicateur de choisir une offre qui lui convient le plus. La difficulté relève souvent de la phase d'attribution. Les textes français et thaïlandais n'adoptent pas les mêmes critères d'appréciation.

**En France**, le Code des marchés publics prévoit dans l'article 53 que le marché est attribué à *l'offre la plus économiquement avantageuse*. Ce terme nous paraît à la fois complet et ambigu. L'article 53 définit deux fondements permettant au pouvoir adjudicateur de constater le caractère avantageux. Le pouvoir adjudicateur peut statuer sur plusieurs critères comme le prix, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel etc. Mais ces critères doivent être non-

discriminatoires et liés à l'objet du marché. L'attribution du marché peut se faire également sur un seul critère sur le prix.

**En Thaïlande**, l'attribution du marché est effectuée en deux étapes. Selon l'article 50 du règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992, la commission d'attribution examine les offres déposées si elles sont conformes aux termes et conditions exigés dans l'appel d'offre. Parmi les offres qualifiées, la commission sera obligée d'attribuer le marché à l'offre avec le prix le plus bas.

Nous trouverons ainsi que le texte thaïlandais veut assurer l'intérêt public en considérant les deux caractères importants des offres qui sont d'abord la qualité si elle est satisfaisant, puis le prix au niveau le plus bas, ce qui laisse peu de la marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur. Même si ces règles strictes peuvent conserver l'intérêt surtout financier du pouvoir adjudicateur, elles ne lui permettent pas de choisir l'offre en terme du meilleur rapport qualité-prix. Le texte français paraît en revanche plus ouvert au pouvoir adjudicateur à considérer tous les éléments de l'offre, mais il faut veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ne commette pas d'abus dans la phase d'attribution.

## 2° Le contenu des contrats publics

La liberté contractuelle des personnes publiques sera encore limitée dans la phase de la conclusion des contrats. Il s'agit en fait du principe de formalisme qui exige les parties de conclure en principe un contrat écrit. Il convient ensuite d'étudier comment les contrats publics sont contrôlés dans leur contenu.

### *a) À propos des clauses abusives dans les contrats publics*

Nous avons parlé des clauses abusives comme un domaine important du droit de la consommation. La question ici est de savoir si le régime des clauses abusives s'impose dans les contrats publics.

Théoriquement, il est difficile tant en France qu'en Thaïlande d'appliquer le régime des clauses abusives car son application est conditionnée par les statuts de professionnel et consommateur. Or, il n'est pas possible d'assimiler l'une des parties des contrats publics au statut de consommateur. Les entreprises candidates à un contrat public agissent dans leur

domaine d'activité alors que le pouvoir adjudicateur dispose de son moyen et de sa compétence à conclure un contrat.

En pratique, la question de l'application des clauses abusives pose peu de problème. **En France**, le Conseil d'État qui avait admis l'application du régime des clauses abusives dans la relation contractuelle entre le gestionnaire de service public et l'utilisateur<sup>499</sup> n'a pas donné suite à l'application du régime dans les contrats des marchés publics. Le Conseil considère en effet que *«les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution de marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur.»*<sup>500</sup> Même si l'arrêt n'interdit l'application du régime des clauses abusives que dans les contrats de marchés publics, son fondement pourrait être adopté à tous les contrats publics car l'arrêt indique clairement que les entreprises candidates sont considérées comme professionnelles.

**En Thaïlande**, le problème des clauses abusives est souvent évoqué par la partie privée dans le contentieux administratif. Toutefois, la Cour administrative suprême n'a jamais statué clairement sur ce point. La réflexion de ce problème se trouve dans un article de Monsieur Pokin POLAKUL, ancien vice-président de la Cour administrative suprême.

Le vice-président à l'époque a posé une interrogation si la clause permettant la modification unilatérale des contrats publics par le pouvoir adjudicateur est contraire à la loi relative aux clauses abusives 1997. Il constate au début que les contrats en cause se limitent aux contrats pré-rédigés avant de déterminer que l'interdiction des clauses abusives n'est possible que dans les contrats de droit privé pour leur propre intérêt. Or, les contrats publics ont pour objectif d'intérêt général. Ils ne sont pas soumis au régime des clauses abusives.<sup>501</sup>

---

<sup>499</sup> CE, 11 juillet 2001, n°221458, *Société des eaux du Nord*, déjà citée

<sup>500</sup> CE, 23 février 2005, n°264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*

<sup>501</sup> Pokin POLAKUL, «Les contrats administratifs en droit thaïlandais», *Journal de la Cour administrative*, Volume 1, janvier – avril 2004, p. 19

*b) À propos du pouvoir unilatéral de la partie publique*

La prérogative des personnes publiques dans les contrats publics ne se manifeste pas seulement dans la stipulation, mais aussi par son pouvoir réel non défini dans le contrat. **En France**, cette prérogative a été admise par la jurisprudence. Le pouvoir unilatéral se consiste en deux actions. **D'une part**, la partie publique peut procéder à la modification sans le consentement de la partie privée. Ce principe a été abordé par l'arrêt du Conseil d'État en 1910.<sup>502</sup> Il a été ensuite perçu comme «*des règles générales applicables aux contrats administratifs.*»<sup>503</sup> **D'autre part**, le pouvoir unilatéral de la personne publique peut aller jusqu'à la résiliation du contrat. La résiliation peut être faite pour cause de l'intérêt du service public ou l'intérêt public apprécié par l'administration. Le juge exerce seulement un contrôle minimum.<sup>504</sup>

**En Thaïlande**, le pouvoir unilatéral de la personne publique est également reconnu. En cas de modification unilatérale du contrat public, un arrêt de la Cour administrative précise que même si le pouvoir public peut modifier le contrat s'il y a la nécessité pour assurer la continuité du service ou pour protéger l'intérêt public, l'équilibre financier et contractuel doit aussi être pris en compte. La modification unilatérale même justifiée donne suite au droit d'indemnisation de la partie privée.<sup>505</sup> Quant à la résiliation, la Cour administrative suprême a déjà statué que la partie privée en l'absence de stipulation ne peut pas résilier le contrat sur le fondement du Code civil et commercial. En revanche, la résiliation unilatérale de la partie publique doit encore prendre en compte l'intérêt de la partie privée. Cette dernière peut demander tout dommages et intérêts causés par la résiliation même justifiée de la partie publique.<sup>506</sup>

Après avoir examiné le rôle des acteurs au niveau national, nous allons procéder à examiner le rôle des acteurs internationaux. L'intervention de ces derniers constitue un développement important dans ces deux domaines juridiques (Section 2).

---

<sup>502</sup> CE 21 mars 1910, *Cie général des tramways*

<sup>503</sup> CE 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*

<sup>504</sup> CE 29 juillet 1953, *Entreprise Duval*

<sup>505</sup> Cour administrative suprême, décision n°148/2554 du 11 mai 2011

<sup>506</sup> Cour administrative suprême, décision n° Or 314/2554

## **Section 2 Les acteurs internationaux : l'émergence d'acteurs supranationaux**

Notre étude portera **en premier lieu** sur le contexte international du droit de la concurrence et du droit de la consommation (§1) et **en second lieu**, sur la mise en œuvre par les organisations intervenant en matière économique et qui agissent au niveau régional ou mondial (§2).

### **§ 1 L'exigence de la libre concurrence et de la protection du consommateur dans le commerce international**

Même si la création et l'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation relèvent de la compétence nationale, l'influence internationale n'est pas négligeable. Afin de comprendre le rôle des organismes internationaux (B), il faut avant tout apprécier les natures différentes entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation (A).

#### **A) Orientations différentes entre les deux domaines juridiques**

Le rôle des organismes internationaux doit être étudié au même rythme que la portée du principe de la libre concurrence et de la protection du consommateur au niveau international. Toutefois, le développement de ces deux droits paraît contradictoire, ce qui traduit la différence sur l'origine de ces deux domaines juridiques. En effet, le droit de la concurrence est un droit d'origine étrangère (1°) alors que le droit de la consommation est de nature interne (2°).

##### 1° Le droit de la concurrence : un droit importé

Nous savons déjà que le droit de la concurrence est un droit d'origine américaine. Avec la promulgation du *Sherman Act* par le Congrès américain en 1890, le domaine du droit de la concurrence a été établi.

En revanche, si nous considérons le droit de la concurrence au sens plus large, le développement du droit de la concurrence s'est produit antérieurement à la promulgation du *Sherman Act*. C'était la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de

1883 qui a créé un droit supra-national uniforme pour la propriété intellectuelle dans plusieurs domaines notamment les brevets et les marques. Cette convention a été complétée par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques en 1886 qui protège le droit d'auteur. Pour les deux textes du droit de propriété intellectuelle, il s'agit de la protection des concurrents plutôt que celle de la concurrence.<sup>507</sup>

La question de l'internationalité du droit de la concurrence est notamment liée à l'extension de la portée du droit de la concurrence américain. En effet, la disposition du *Sherman Act* n'exclut pas le contrôle d'antitrust dans le commerce avec les pays étrangers. Ernest WOLF avait divisé en 1950 l'application internationale du droit de la concurrence américain en trois périodes : jusqu'à la fin de la première guerre mondiale (1890-1918), entre les deux guerres mondiales (1918-1939) et depuis le début de la seconde guerre mondiale (1939-1950).<sup>508</sup> Nous nous intéressons ici uniquement à la troisième période où la division antitrust du Département de la justice continuait à contrôler les pratiques anticoncurrentielles internationales. Plus particulièrement, l'autorité américaine avait renforcé son contrôle notamment l'infraction des entreprises américaines et les groupes allemands après l'entrée dans la guerre. En outre, la censure des correspondances ainsi que la saisine des avoirs appartenant à l'ennemi autorisées pendant la guerre ont permis à l'autorité de détecter encore plus d'infractions à l'échelle internationale.

L'expérience américaine s'expliquerait pourquoi les États-Unis ont influencé l'institution du droit de la concurrence dans le plan économique durant la période de reconstruction après la guerre dans les pays comme le Japon ou la Corée du sud ainsi que dans les textes fondateurs de l'Union européenne. **En Thaïlande**, même si la loi relative à la concurrence 1999 a été établie avec beaucoup de retard, le texte thaïlandais prend les dispositions du Japon et de la Corée du sud comme modèle. Cela explique la racine américaine dans ce domaine juridique.

Il faut ainsi remarquer que le droit de la concurrence américain est adopté non seulement dans sa partie textuelle, mais aussi dans les doctrines, principes et jurisprudences. Les principes tels que les règles de raison ou les facilités essentielles ou les arrêts de la Cour suprême américaine sont aussi reconnus.

---

<sup>507</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 11

<sup>508</sup> Ernest WOLF, «La législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux», *RIDC*, 1950, Vol. 2, p. 458

Contrairement au droit de la concurrence, le droit de la consommation se développe dans chaque contexte national (2°).

### 2° Le droit de la consommation : un droit endogène

Nous avons déjà appris que le droit de la concurrence est né aux États-Unis et que son développement comporte une dimension internationale. Ce n'est pas le cas en droit de la consommation qui résulte en effet des éléments endogènes. L'apparition du droit de la consommation lie intimement aux manquements du droit civil. La particularité se manifeste alors dans plusieurs domaines.

#### *a) À propos de la différence textuelle*

Le droit civil, bien qu'ayant la même origine du droit romain, ne peut être identique dans chaque pays. Par exemple, le droit civil français de la vente prévoit dans la section concernant de la garantie des défauts de la chose vendue que le vendeur est responsable pour la perte suite à la mauvaise qualité de la chose. Mais si la perte est suite à un fait fortuit, le responsable est à l'acheteur<sup>509</sup> alors que ce n'est pas le cas en droit thaïlandais.<sup>510</sup> Cela rend le régime de responsabilité différent au début.

#### *b) À propos de la différence des pratiques commerciales*

Le comportement des parties se diffère selon les contextes économiques, sociaux et culturels de chaque pays. Les problématiques ne peuvent être donc identiques. C'est la raison pour laquelle les législations nationales dans le domaine de la consommation sont très particulières. Chaque État s'intéresse à son propre problème. La France pourrait porter son attention particulière au démarchage alors que la Thaïlande s'investit pour créer un système fiable de la vente directe.

---

<sup>509</sup> L'article 1647 du Code civil dispose que «*Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents.*

*Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.»*

<sup>510</sup> L'article 472 du Code civil et commercial dispose dans l'alinéa 2 que «*La responsabilité de la garantie des défauts de la chose vendue s'applique sans qu'un tel défaut soit connu par le vendeur.»*

*c) À propos de l'interprétation des juges*

Outre que les problèmes de l'application différente du droit civil dans chaque pays, s'ajoutent l'interprétation divergente des juges. Dès lors que les cultures économiques dans chaque pays se diffèrent, les solutions adoptées par le tribunal dans un pays ne pourraient forcément être appliquées au même cas dans un autre. Une clause peut être considérée comme abusive par le juge français, mais une même stipulation peut être jugée régulière aux yeux du juge thaïlandais.

Ces trois facteurs permettent à chaque État de créer les règles de la consommation particulières en répondant à ses problématiques. Cette divergence peut être considérée comme une entrave au développement du droit de la consommation au niveau international.

Nous avons appris les idées différentes sur le développement initiatif de ces deux domaines juridiques. Il convient d'examiner ensuite dans quels contextes sont développés le droit de la concurrence et le droit de la consommation au niveau international (B).

**B) Facteurs permettant l'internationalisation des deux domaines juridiques**

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont la vocation à s'appliquer surtout aux activités économiques internes. L'internationalisation de ces deux domaines juridiques s'effectue au même rythme que la montée en puissance du commerce international. Il s'agit en effet du principe de la libre concurrence inséré au niveau international (1°) et du règlement des litiges internationaux (2°).

1° L'insertion du principe de la libre concurrence au niveau international

La coopération économique devient l'une des solutions au conflit des pays à l'issue de la fin de la Seconde Guerre Mondiale en 1945. L'Accord général sur les tarifs et le commerce (ou GATT en anglais) a été signé en 1947. Le traité s'est transformé en Organisation Mondiale du Commerce (OMC) depuis 1995.

Nous pouvons ainsi faire une remarque sur l'année de création de cette organisation. L'OMC s'est retrouvée son propre statut peu après la chute de l'Union soviétique en 1991. La fin de la guerre froide avec la défaite du régime communiste a prouvé en quelque sorte l'efficacité

de l'économie de marché dont la naissance de l'OMC en 1995 traduit ainsi la montée en puissance.

La mission principale de cette organisation qui compte actuellement 159 membres dont l'Union européenne en tant qu'une union douanière dotée d'une politique de commerce extérieur et d'un tarif douanier communs à tous ses membres est de favoriser le commerce multilatéral sous forme de cycle de négociation. Il vise en effet à réduire les règles considérées comme une entrave à la libre concurrence dans le commerce international.

Le fonctionnement de l'OMC est en outre complété par le mécanisme du règlement des différends. L'Organe de règlement des différends peut être saisi si un pays adopte une politique commerciale en violation des accords qu'il s'est engagé ou qui peut être considérée comme un manquement aux obligations. L'OMC veut que le conflit soit réglé au niveau multilatéral au lieu de la mesure bilatérale entre les pays concernés.

La coopération économique à l'échelle mondiale nous semble suffisante. En revanche, elle ne peut pas aller jusqu'à l'uniformisation du droit de la concurrence. Même si l'élaboration du Code international de la concurrence a été entreprise depuis la Charte de La Havane de 1947, les tentatives se trouvent en échec. Les approches différentes et la portée de la concurrence sur les politiques économiques ont essentiellement empêché le travail d'uniformisation.<sup>511</sup>

## 2° Le développement technologique et la croissance du commerce transfrontalier

Si le droit de la consommation concerne essentiellement les activités économiques, sa dimension internationale s'attache alors à la grandeur du commerce transfrontalier. Initialement, le droit de la consommation relève par nature du droit interne notamment comme une branche du droit civil ou du droit des affaires. Il est difficile d'imaginer dans les années 70s qu'une personne en tant que consommateur ait pu acquérir un bien ou service d'un vendeur à l'étranger. Le commerce international au sens général ne traduit que l'acte d'importation, ce qui ne concerne pas le particulier à titre de consommateur.

L'avènement d'internet et de communication électronique a graduellement changé la situation. L'internet à usage personnel, le site web et le système de courrier électronique voient leur jour au milieu des années 90s, plus précisément en France depuis 1995. Le site internet à

---

<sup>511</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 59

cette période-là a été servi comme une source des informations sur les produits. Selon un sondage réalisé par l'Institut Médiangles, pendant la première moitié de 1995 vingt pourcents d'utilisateurs ont réalisé leurs achats ou réservations à partir d'informations recueillies sur Internet. Le sondage a en outre trouvé que quatre-vingts pourcents d'utilisateurs estimaient utile que les marques aient leur serveur commercial sur la Toile.<sup>512</sup>

Avec le développement technologique et la mise en place du système de sécurisation du paiement, Internet devient le lieu de marché pour le monde entier. Très récemment, une étude de Nielsen pour le site de paiement Paypal a trouvé 94 millions d'acheteurs transfrontaliers dans les six pays majeurs : les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Allemagne, le Brésil, la Chine et l'Australie qui vont dépenser en 2013 environ 105 milliards de dollars. Un fort volume du commerce transfrontalier permet aux chercheurs d'établir les routes modernes d'épice qui traduit autrefois l'échange culturel à travers des épices.<sup>513</sup> Le commerce transfrontalier ne compte plus que la vente de marchandises. La directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 vise à renforcer l'offre de crédits transfrontaliers par l'harmonisation de la législation nationale.<sup>514</sup>

Malgré cette croissance considérable, le problème de la confiance des consommateurs ne semble être résolu. L'étude trouve par la suite que neuf sur dix consommateurs jugent prioritaire d'assurer d'être protégés, ce qui n'est pas étonnant en considérant quels sujets seront les inquiétudes de la part des consommateurs ? Les exemples ne sont pas difficiles à nommer.

**La première** inquiétude se trouve dans les conditions de vente. La différence dans les dispositions juridiques ou sur la langue utilisée dans le contrat peut poser des problèmes au consommateur qui doit s'engager aux conditions préalablement établies par le vendeur. Nous pouvons en outre penser à l'hypothèse où une clause considérée comme abusive dans le pays du consommateur, est valable dans le pays du vendeur.

---

<sup>512</sup> Catherine BARBA, *2020 : la fin du e-commerce... ou l'avènement du commerce connecté ?*, Étude de la Fédération e-commerce et vente à distance, 2011, p. 14

<sup>513</sup> Paypal, *Modern Spice Routes The Cultural Impact and Economy Opportunity of Cross-Border Shopping*, 2013, p. 8

<sup>514</sup> Centre européen de la consommation (2011), *Le marché européen du crédit à la consommation existe-t-il ? L'exemple Franco-Allemand*, [En ligne] [http://www.europe-consommateurs.eu/uploads/media/4.4.1\\_Le\\_marche\\_europeen\\_du\\_credit\\_a\\_la\\_consommation\\_existe\\_t\\_il.pdf](http://www.europe-consommateurs.eu/uploads/media/4.4.1_Le_marche_europeen_du_credit_a_la_consommation_existe_t_il.pdf) (le 30 novembre 2013)

Le risque peut être trouvée **ensuite** dans la phase d'exécution : le montant final du prix peu claire notamment par le convertissement de devise ou l'ajout de frais de livraison, la sécurité du système de paiement électronique, le partage de responsabilité en cas de dommage de l'article lors du transport etc. Il faut ajouter le risque du frais de douane éventuel, ce qui peut ralentir l'envoi.

**La dernière** difficulté se manifeste en cas du conflit non résolu. Outre que les modes alternatifs de résolution des conflits, la résolution par voie judiciaire existe mais serait plus complexe par rapport au contentieux interne. Les questions se posent notamment en matière de compétence et d'exécution du jugement rendu.

L'atténuation de ces inconvénients dans les trois phases serait utile non seulement au profit des consommateurs mais également pour le commerce transfrontalier qui renforcerait la concurrence en agrandissant le marché auquel les consommateurs peuvent saisir.

Nous avons examiné les caractères internationaux en droit de la concurrence et en droit de la consommation ainsi que le développement dans la dimension internationale de ces deux domaines juridiques. Il convient ensuite d'analyser la mise en œuvre du droit de la concurrence et du droit de la consommation à l'échelle internationale (§2).

## **§ 2 Le développement du droit de la concurrence et de la consommation à travers les acteurs internationaux**

Comme nous l'avons déjà évoqué, les acteurs internationaux en droit de la concurrence et en droit de la consommation sont nombreux et divers. Dans ce paragraphe, seront examinées seules les organisations régionales qui exercent avec plus de rigueur les politiques économiques au sein de leur région : l'Union européenne et l'ASEAN.

Nous ne pouvons pas aborder le sujet sans connaître l'organisme de l'Asie du Sud-Est, l'ASEAN (en anglais the Association of Southeast Asian Nations).<sup>515</sup> Contrairement à l'Union européenne, l'ASEAN a été fondée dans un but essentiellement politique, même s'il ne s'agissait

---

<sup>515</sup> L'ASEAN compte actuellement dix États membres comprenant cinq pays fondateurs en 1967 (l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, le Singapour et la Thaïlande), le Brunei (1984), le Viêt Nam (1995), le Laos (1997), la Birmanie (1997) et le Cambodge (1999).

pas d'alliance militaire. L'objectif du développement économique et social estimé par ses promoteurs a été servi comme moyen dans la lutte contre la subversion communiste.

Par cette logique, la raison d'être de l'ASEAN semble être remise en cause après la fin de la guerre froide au début des années 90s. L'ASEAN se dirigeait donc vers le plan économique sous l'intitulé de l'ASEAN Free Trade Area (AFTA). L'accord-cadre économique avait été initié depuis 1976, mais il n'a été mis en œuvre avec rigueur qu'en 1992. Cet Accord sur les tarifs douaniers préférentiels communs et effectifs vise à instaurer une zone de libre échange. La crise financière en 1997 a en revanche repoussé l'entrée en vigueur de cette mesure à 2002.

La prochaine étape de l'ASEAN est de se transformer en la Communauté ASEAN (en anglais ASEAN Community). Le plan de créer la communauté résulte d'une série de textes exprimant la volonté de renforcer la coopération dans la région, mais le terme *Communauté* n'apparaît que dans la Déclaration de Bali de 2003. La Déclaration prévoit l'institution de la Communauté ASEAN à l'horizon de 2020. La Communauté constituera trois piliers : la Communauté de la sécurité, la Communauté économique et la Communauté socio-culturelle. L'année de création a ensuite été avancée de 2020 à 2015 par la Déclaration de Cebu en 2007. La Charte de l'ASEAN a été signée dans la fin de la même année. Elle désigne ASEAN comme une organisation intergouvernementale dotée d'une personnalité juridique. Lors du sommet de représentants de l'ASEAN à Jakarta au 15 décembre 2008, date à laquelle la Charte entre en vigueur, l'Agence France-Presse a exprimé que *«l'ASEAN a pris une étape majeure à devenir une communauté du style de l'Union européenne avec l'entrée en vigueur de la Charte de l'ASEAN.»*<sup>516</sup>

Parmi les trois piliers cités, la Communauté économique accroche une place la plus importante pour l'ASEAN.<sup>517</sup> Les groupes des ministres dans chaque secteur économique des États membres sont créés et régulièrement réunis pour accélérer le développement et la coopération économiques dans la région.

<sup>516</sup> AFP. (2008). *'Momentous' day for ASEAN as charter comes into force*, [En ligne]. <http://worldipcomgroup.com/newsafp/top/081215071848.Oywidaee.html> (le 13 septembre 2013).

<sup>517</sup> Chatchai CHETSUMON, *Communauté ASEAN : les conséquences sur le droit thaïlandais*, Winyuchon, 2012, p. 27

Nous pouvons désormais analyser le développement du droit de la concurrence et du droit de la consommation par les organismes internationaux par les deux processus importants : la création du réseau de coopération (A) et l'harmonisation des législations nationales (B).

### **A) La création de réseaux de coopération**

L'intérêt principal de tout groupement politique est d'avoir un réseau. Le réseau traduit une organisation non hiérarchique, ce qui permet de faciliter la coopération. Cependant, le réseau comporte plusieurs degrés en fonction de la nature des droits ainsi que du niveau du groupement. Dans cette perspective, l'approche par l'institution nous semble plus facile à adopter. Nous étudions d'abord les réseaux européens (1°), puis les réseaux de l'ASEAN (2°).

#### 1° Les réseaux de coopération au sein de l'Union européenne

Le lien étroit entre les États membres fait de l'Union européenne une organisation complexe avec l'instauration des différents composants. La création d'un organisme sous forme de réseau permet de relier les autorités nationales et les institutions européennes. Deux réseaux importants sont établis au sein de l'Union pour l'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

##### *a) Le réseau européen de la concurrence*

Suite à la politique du marché unique, la libre circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et des services s'impose dans le territoire européen. Cette démarche bouleverse la perspective sur la délimitation du marché pertinent. Les pratiques anticoncurrentielles ou la concentration économique peuvent être caractérisées à l'échelle européenne. Dans ce cas, les instances européennes sont créées pour gérer les affaires à cette dimension, ce qui n'est pas suffisant en prenant en compte la complexité de l'infraction et de l'accès aux informations. **En outre**, la décentralisation des pouvoirs dans l'application des articles 101 et 102 du TFUE entraîne un risque de multiplication de procédures parallèles.<sup>518</sup> Le réseau européen de la concurrence (REC) est formé par le règlement du Conseil européen n°1/2003 du 16 décembre 2002 pour deux missions principales.

---

<sup>518</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 24

**D'une part**, le REC assure l'application cohérente des articles 101 et 102. Il favorise l'échange d'informations avec les autorités nationales de concurrence. Les informations données par une autorité nationale peut être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. L'utilisation des informations transmises est en revanche restreinte qu'aux fins de l'application des articles 101 et 102 et pour objet pour lequel elles ont été recueillies. **En outre**, informé de l'ouverture de procédure des affaires de la concurrence, le REC attribue l'affaire à l'autorité «*bien placée*» comme ayant un lien entre la pratique et son territoire. Il s'agit en effet d'une répartition de compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales, ce que nous discuterons dans la deuxième partie.

**D'autre part**, le REC exerce le pouvoir consultatif. Le comité consultatif composé de représentants des autorités de concurrence des États membres peut être consulté tant par les autorités nationales de concurrence des États membres sur toutes les questions de l'application du droit communautaire que par la Commission européenne. Le comité participe ainsi aux débats de questions générales du droit communautaire de la concurrence et à la préparation d'un projet de texte. C'est une occasion de réunir les experts de tous les États membres pour l'amélioration des efficacités du droit communautaire de la concurrence.

*b) Le Réseau des centres européens de consommateurs*

**En droit de la consommation**, le but de créer un réseau serait plutôt pour faciliter la démarche des consommateurs et de leur faire connaître les droits. Le Réseau, résultant de la fusion en 2005 du Réseau pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation et le Réseau Euroguichets, vise à réunir les centres de consommateurs des États membres ainsi que ceux de la Norvège et de l'Islande.

Les missions sont de fournir les renseignements nécessaires sur les droits des consommateurs, conseiller les consommateurs sur la consommation transfrontalier, coopérer avec d'autres réseaux de consommateurs et gérer la réclamation relative aux contrats transfrontaliers. Pour cela, le Réseau compte un point de contact national dans chaque pays appartenant au réseau, ce qui peut être une organisation gouvernementale ou une organisation non gouvernementale (ONG). Un point intéressant est que la France et l'Allemagne disposent du point contact national commun : Centre Européen de la Consommation ou *Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz e. V.* Basé à Kehl, le Centre est une association franco-

allemande d'information et de conseils aux consommateurs créée en 1993 à l'occasion de l'ouverture du Marché intérieur.

En Europe, il existe bien d'autres réseaux qui coopèrent avec le Réseau des Centres européens de consommateurs avec la mission plus spécifique par exemple le Réseau Judiciaire Européen en matière civile et commerciale, FIN-NET (réseau de résolution des litiges financiers), le Réseau Entreprise Europe, le Système Européen d'alerte rapide pour les produits non alimentaires (RAPEX) etc.

Il convient ensuite d'examiner les réseaux du droit de la concurrence et du droit de la consommation en ASEAN (2°).

## 2° Les réseaux de coopération au sein de l'ASEAN

Comme une agence de presse a précédemment évoqué, l'ASEAN veut suivre la voie empruntée par l'Union européenne. En revanche, une vaste différence politique, économique et culturelle entre les États membres de l'ASEAN a ralenti le processus de coopération.

### *a) Le réseau du droit de la concurrence de l'ASEAN*

Après la déclaration d'établir la Communauté économique de l'ASEAN en 2003, les États membres ont entrepris la rédaction du Livre bleu de la Communauté économique de l'ASEAN. L'objectif de ce texte est de désigner le cadre de la Communauté dans plusieurs domaines. Les quatre rubriques y ont été annoncées : *Marché unique et base de production, Région économiquement compétitive, Développement économique équitable et Intégration à l'économie mondiale.*

La politique de la concurrence se trouve dans la deuxième rubrique *Région économiquement compétitive*. Le Livre bleu exprime que l'objectif principal de la politique de la concurrence est d'encourager la culture de libre et loyale concurrence. Cependant, il n'y a pas de corps ou réseau de coopération de l'ASEAN comme le REC dans l'Union européenne. Le texte détermine ensuite les actions engagées par l'ASEAN.<sup>519</sup>

---

<sup>519</sup> Livre bleu de la Communauté économique de l'ASEAN, 2007, p. 18

Faute de réseau du droit de la concurrence dans l'ASEAN, le Livre bleu a donné suite à la création en août 2007 du Groupe d'experts de la concurrence de l'ASEAN (en anglais ASEAN Experts Group on Competition ou AEGC). Composé de représentants des autorités de concurrence ou des agents responsable de la politique de concurrence dans les États membres, l'AEGC organise à plusieurs reprises les réunions permettant de livrer le Guide régional sur la politique de la concurrence de l'ASEAN (en anglais ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy) ainsi que le Livret sur la politique de la concurrence et le droit en ASEAN pour les opérateurs 2013 (en anglais Handbook on Competition Policy and Law in ASEAN for Business 2013).<sup>520</sup>

Ces deux textes constituent un progrès important pour l'ASEAN. Alors que le Livret est destiné à faire les états de lieux de la législation de la concurrence dans chaque État membre au profit des opérateurs, le Guide tente de désigner le cadre général du droit de la concurrence de l'ASEAN avec notamment les définitions des termes concernés en droit de la concurrence tels que abus, marché pertinent, position dominante etc.

*b) Le réseau du droit de la consommation de l'ASEAN*

Selon le Livre bleu, la protection du consommateur figure juste après la section de la politique de la concurrence. L'ASEAN reconnaît le rôle de consommateurs qui participent à l'intégration économique dans la région par l'approche participative. Les actions concrètes ont été déterminées notamment la création du réseau des agents responsables de la protection du consommateur ainsi que l'organisation des stages en vue de préparer la politique du marché unique de l'ASEAN.<sup>521</sup>

À la même occasion de l'établissement de l'AEGC en août 2007, la 39<sup>ème</sup> réunion des ministres de l'économie a trouvé un accord selon lequel il est temps de favoriser les initiatives de la coopération régionale permettant aux consommateurs de l'ASEAN le niveau de protection plus élevé. Pour cela, est établi le Comité coordinateur de la protection du consommateur de l'ASEAN (en anglais ASEAN Coordinating Committee on Consumer Protection ou ACCP).

L'ACCP a divisé ses missions en trois domaines : le développement du système de la notification et de l'échange des informations, le développement du site web pour la réclamation

<sup>520</sup> Livret sur la politique de la concurrence et le droit en ASEAN pour les opérateurs 2013, 2013, p. 6

<sup>521</sup> Livre bleu de la Communauté économique de l'ASEAN, 2007, p. 19

transfrontalière ainsi que le développement et l'implémentation d'un plan de maîtrise de la protection du consommateur.

S'agissant des coopérations tant sur la politique de la concurrence qu'en droit de la consommation, force est de constater que ces actions sont très récentes. Il faut encore du temps pour construire et réaliser l'application efficace des deux domaines. La coopération sous forme de réseau paraît donc adaptée au début. Il nécessite en revanche la liaison plus étroite pour parvenir aux objectifs posés. Dans ce cas-là, l'harmonisation des textes législatifs et réglementaires est inévitable (B).

### **B) L'harmonisation des législations nationales**

L'harmonisation ou l'uniformisation des règles juridiques est un travail de rapprochement des dispositions. Elle implique une action plus étroite qui peut être efficace dans la mesure où plusieurs États appliquent les lois identiques, mais qui nécessite en même temps la restriction d'une partie souveraine des États membres. Avoir les dispositions identiques permet un certain niveau de cohérence dans l'application du droit. Dans l'Union européenne, les institutions peuvent élaborer et adopter une directive qui fixe un but à atteindre en laissant le soin aux États membres les moyens à y arriver alors qu'une telle pratique n'existe pas en ASEAN.

En tout état de cause, la politique d'harmonisation doit prendre en compte essentiellement la nature du domaine juridique visé dans le processus. C'est-à-dire, il faut avant tout analyser si l'élément essentiel du droit ressort du contenu des dispositions (ce qui s'inscrivent dans les textes) ou de l'interprétation (ce que considèrent les juges). Si le contenu est un élément-clé, l'harmonisation est un moyen intéressant. Mais si le droit requiert l'interprétation de la part des autorités d'application, l'harmonisation paraît dans ce cas inutile. C'est la raison pour laquelle notre analyse s'effectue en considérant la nature du droit de la concurrence (1°), puis celle du droit de la consommation (2°).

#### 1° L'harmonisation du droit de la concurrence

**En droit de la concurrence**, il faut exclure avant tout les engagements internationaux qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux en ce qui concerne la libéralisation des secteurs économiques ou la suppression des barrières à l'entrée de marchandises et services. En effet, ces

engagements comportent le caractère plutôt économique que juridique. Ils traduisent la mise en œuvre des politiques économiques spécifiques sans pour autant toucher les dispositions ayant vocation générale. L'appréciation de la politique d'harmonisation se fait alors en deux domaines.

*a) L'harmonisation du droit des pratiques anticoncurrentielles*

Faut-il uniformiser le droit des pratiques anticoncurrentielles ? La réponse serait clarifiée en tenant compte de la nature de cette branche du droit de la concurrence. En effet, les pratiques anticoncurrentielles comporte essentiellement le caractère économique dans plusieurs parties comme l'évaluation des effets économiques de la pratique ou la justification de la pratique à tel point que l'élément essentiel du droit des pratiques anticoncurrentielles réside dans la phase d'application.

**Dans l'Union européenne**, les pratiques anticoncurrentielles s'inscrivent depuis le Traité CE (les articles 81 et 82), puis le TFUE (les articles 101 et 102). Il n'est pas question sur l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles au regard des autorités européennes. Ce qui leur paraît problématique consiste dans la mise en œuvre des règles européennes aux côtés de la disposition nationale. Selon l'article 276 du TFUE, la CJUE est compétente d'interpréter le Traité et les actes dérivés. La juridiction nationale peut saisir la Cour toutes les questions concernant l'application du droit communautaire de la concurrence.<sup>522</sup> Il s'agit **en outre** de la répartition de compétences entre les juges nationaux et les institutions européennes. Dans certains cas, la compétence est réservée à la juridiction nationale ou aux instances européennes. Il est également possible que la compétence est partagée. L'Union européenne n'exige pas de disposition uniforme, mais l'application cohérente dans la communauté.

Cette situation s'explique par l'utilisation des textes sous forme de droit mou (*soft law*). Nous pouvons alors trouver les lignes directrices, les recommandations ou les avis sur l'application du droit de la concurrence communautaire. En général, le droit mou, lorsqu'il est

---

<sup>522</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 21

jugé conforme, est établi par les États membres afin d'influencer leur conduite mutuelle de façon normative, permissive ou prohibitive.<sup>523</sup>

Le choix d'utiliser le droit mou se révèle encore plus intéressant **en ASEAN**. Selon le Livret sur la politique de la concurrence et le droit en ASEAN pour les opérateurs 2013, trois États membres (la Birmanie, le Brunei et le Cambodge) ne disposent pas de texte compréhensif sur la concurrence alors que la législation nationale de la concurrence des autres États est très variée. En considérant la différence de l'état de l'économie, il est peu possible d'imposer un droit uniforme à tous les États membres.

À ce stade, l'utilisation du droit mou doit être envisagée. En effet, la Communauté a déjà élaboré le Guide régional sur la politique de la concurrence de l'ASEAN. Ce texte présente l'appréciation générale sur le droit de la concurrence. Il interdit **d'abord** comme en droit communautaire les pratiques anticoncurrentielles (l'entente et l'abus de position dominante). Le Guide indique **ensuite** le rôle et la responsabilité de l'organe régulateur de la concurrence. **Enfin**, le chapitre 5 du Guide définit le cadre du droit de la concurrence. Cela donne suite à la liste des 21 éléments que les États membres doivent adopter. Le Chapitre s'applique aussi bien les futures dispositions que celles existant. En revanche, la valeur juridique de ce texte est redoutable. Ce Guide constitue le droit mou. Il traduit le premier pas vers le rapprochement du droit de la concurrence en ASEAN.

#### *b) L'harmonisation du droit des pratiques restrictives de concurrence*

Une autre question se pose à savoir si les pratiques restrictives de concurrence<sup>524</sup> peuvent faire l'objet d'une harmonisation. Nous avons déjà analysé que les pratiques restrictives de concurrence autrement appelées *faux droit de la concurrence* se distinguent du *grand droit de la concurrence*. En effet, l'atteinte au marché, une condition indispensable des pratiques

<sup>523</sup> Filippa CHATZISTAVROU (2007), *L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit*, *Le Portique* [En ligne], 15 | 2005, <http://leportique.revues.org/index591.html> (21 septembre 2013)

<sup>524</sup> Les pratiques restrictives de concurrence sont les pratiques qui ne faussent pas la concurrence dans le marché, mais nuisent à l'intérêt des acteurs économiques. Par exemple, l'article L442-2 du Code de commerce interdit la revente à perte où un commerçant revend ou annonce la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. La revente à perte d'une entreprise peut dans un premier temps évincer ses concurrents avant de permettre à l'auteur de la pratique de fixer le prix plus élevé pour regagner le bénéfice.

anticoncurrentielles, n'est pas requise pour caractériser les pratiques restrictives. La disposition sur les pratiques restrictives exige donc moins de considération économique. Sa raison d'être serait de régler les difficultés causées dans les relations spécifiques. Tout cela nous conduit à la conclusion que l'élément essentiel du droit des pratiques restrictives de concurrence repose sur le contenu de ses dispositions dans la partie législative du Code de commerce plutôt que l'analyse économique. Il paraît donc d'intérêt d'harmoniser les dispositions législatives dans ce domaine. Or, il existe deux éléments qui ne sont pas favorables à cette opération.

**D'une part**, les dispositions législatives des pratiques restrictives comportent en elles-mêmes l'effet défavorable à la concurrence. Théoriquement, les actes n'ayant pas d'effet anticoncurrentiel ne doivent être sanctionnés. Nous pouvons remarquer donc que les pratiques restrictives n'ont pas de champ d'application stable par exemple les pratiques discriminatoires sont depuis longtemps classées dans cette catégorie avant qu'elles soient supprimées par la LME en 2008. Dans l'ouvrage du professeur L. NICOLAS-VULLIERME, les pratiques restrictives sont divisées en deux groupes : les pratiques entre le professionnel et le consommateur et celles entre les professionnels. Alors que les pratiques dans le premier groupe sont réglementées par la directive, celles du deuxième groupe ne sont pas touchées. Ce fait prouve le point de vue de l'Union européenne qu'elle ne sanctionne pas les comportements entre les professionnels.

**D'autre part**, les pratiques restrictives de concurrence présentent ainsi les particularités dans chaque pays. Quant notamment à l'ASEAN, les États membres reconnaît l'existence de ce type de pratique en considérant que *«certains pays prohibent ou contrôlent les pratiques, n'étant pas strictement relatives à la base du droit de la concurrence, appartiennent à la catégorie de pratiques commerciales restrictives ou déloyales.»*<sup>525</sup> La Communauté ASEAN n'intervient pas aux États membres dans leur législation sur les pratiques restrictives de concurrence.

Nous terminons le sujet par la possibilité d'une harmonisation des règles du contrôle des concentrations économiques. **En Europe**, le contrôle s'intéresse surtout à identifier si la concentration a une dimension nationale ou européenne conditionnée par les seuils et les conditions dans le règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Il paraît donc peu utile d'harmoniser les législations nationales.

---

<sup>525</sup> Livret sur la politique de la concurrence et le droit en ASEAN pour les opérateurs 2013, 2013, p. 9

**En ASEAN**, le contrôle est aussi nécessaire, mais les dirigeants politiques ne discutent pas encore sur l'uniformisation des règles faute de pratique en cause. Il faut aussi penser en l'absence de monnaie unique qui rend le contrôle difficile en pratique.

Contrairement au droit de la concurrence, le choix d'harmoniser le droit de la consommation dans la région paraît plus réalisable (2°).

## 2° L'harmonisation du droit de la consommation

**En droit de la consommation**, la partie essentielle réside dans la disposition plutôt que l'interprétation du juge, ce qui fait de l'harmonisation un moyen utile vers l'application efficace et la création du marché unique. En revanche, l'harmonisation du droit de la consommation n'est pas si simple en pratique. En effet, les législateurs disposent de deux modalités.

### *a) L'harmonisation minimale du droit de la consommation*

La politique du droit de la consommation ne se limite pas seulement à uniformiser les dispositions. Les États peuvent s'accorder à fixer une garantie minimale obligatoire, ce qui assure un certain niveau de protection du consommateur sans pour autant interdire aux États membres d'appliquer des règles plus protectrices. Les domaines d'harmonisation minimale sont par exemple les clauses abusives (directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 modifiée par celle n°2011/83/UE du 25 octobre 2011) ou les pratiques commerciales déloyales (directive 2005/29/CE du 11 mai 2005).

Pourtant, cette politique, facile à mettre en place, contribue peu au développement du marché unique. Il serait ainsi problématique lorsqu'un consommateur d'un État membre fait un achat en ligne d'un vendeur d'un autre État membre dont la législation est moins favorable par rapport au pays de l'acheteur.

Dans les deux domaines précités, l'application des règles plus protectrices est autorisée, mais pas souhaitable. La directive 2011/83/UE sur les clauses abusives insère l'article 8bis dans la directive initiale en disposant que *«Lorsqu'un État membre adopte des dispositions conformément à l'article 8, (les règles plus favorables aux consommateurs) il informe la Commission de l'adoption desdites dispositions ainsi que de toutes modifications ultérieures.»* Une disposition du même sens se trouve également dans la directive 2005/29/CE sur les

pratiques commerciales déloyales qui dispose dans l'article 3 que «*Pendant une période de six ans à compter du 12 juin 2007, les États membres ont la faculté de continuer à appliquer des dispositions nationales dont la présente directive opère le rapprochement, plus restrictives ou plus rigoureuses que la présente directive et qui mettent en œuvre des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale. Ces mesures doivent être essentielles pour garantir que les consommateurs soient protégés de manière adéquate contre les pratiques commerciales déloyales et doivent être proportionnées à cet objectif à atteindre. La révision visée à l'article 18 peut, s'il y a lieu, comprendre une proposition visant à proroger cette dérogation pour une durée limitée.*» Ces deux dispositions affirment la position du droit communautaire de restreindre l'application de la législation nationale différente aux dispositions de directives.

**Quant à l'ASEAN**, l'harmonisation minimale serait une alternative intéressante dans la mesure où les États membres fixent les cadres communs en droit de la consommation afin de trouver un niveau standard de protection. La politique traduit un premier rapprochement avant de procéder à une éventuelle uniformisation.

*b) L'harmonisation complète du droit de la consommation*

L'harmonisation complète ou totale signifie une phase terminale du travail de rapprochement des textes juridiques. Les règles donnant des protections précises sont fixées, mais les États membres ne peuvent ni maintenir, ni adopter les mesures différentes qu'elles soient plus ou moins favorables aux consommateurs.

La politique de l'harmonisation totale pourrait permettre aux États membres de parvenir à créer le marché unique. En revanche, deux inconvénients principaux empêchent le processus.

**D'une part**, l'harmonisation totale n'est pas facile à réaliser en pratique. L'opération nécessite en effet un lien étroit et l'intention commune des États membres d'y s'engager en abandonnant une partie de leur pouvoir souverain. En Europe, la tendance des acteurs communautaires se dirige vers l'harmonisation totale depuis le début des années 2000. Une révision des acquis communautaires a été annoncée en 2004 suivie par le Livre vert du 8 février 2007 visant la simplification et l'amélioration des dispositifs au profit de professionnels ainsi que consommateurs.

Le Livre vert contribue à la proposition de directive du 8 octobre 2008 mettant l'accent sur l'harmonisation totale de quatre directives sur huit initialement en débat. Ce sont les directives concernant les contrats négociés hors des établissements commerciaux, les clauses abusives, les contrats conclus à distance et la vente et la garantie des biens de consommation. Il a fallu encore trois ans pour que la directive soit finalisée. La directive 2011/83 du 25 octobre 2011 agit dans le champ d'application plus réduit. Elle porte essentiellement sur le droit de la consommation, les règles concernant le droit des contrats (les clauses abusives et la garantie) ont été abandonnées.<sup>526</sup> Nous pouvons y voir la difficulté que connaissent les acteurs européens lors de la promotion de l'harmonisation totale dans le régime juridique des États membres.

**D'autre part**, le fait d'avoir le droit commun dans toute la Communauté permet-il véritablement de bénéficier des mêmes protections ? Il est vrai que toute loi est soumise à l'interprétation du juge.<sup>527</sup> Une disposition identique mais en langue différente avec le juge et la culture juridique différents entraîne les conséquences différentes. L'efficacité de l'harmonisation totale devient encore incertaine. En fait, cet inconvénient peut être opportune aux États de l'est nouvellement adhérents à l'Union européenne ainsi qu'aux États venant d'appliquer l'économie de marché en ASEAN car l'harmonisation totale pourrait facilement fixer les normes communes dès la première introduction des règles.

---

<sup>526</sup> Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 20

<sup>527</sup> G. PAISANT, «Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers», in *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lauren OJHA et Pierre-François VULLIEMIN, (éd), CEDIDAC, 2010, p. 11

## Conclusion du Chapitre 2

Les acteurs publics en droit de la concurrence et en droit de la consommation n'assurent pas eux-mêmes les activités économiques. Ils exercent leur mission du régulateur, tant dans la création que la mise en œuvre. La mission de l'État se divise en trois volets : l'État en tant que garant, opérateur et demandeur sur un marché. La problématique du chapitre se concentre sur le positionnement de l'État en plusieurs aspects. Alors que les règles de la concurrence et de la consommation comportent le caractère de plus en plus complexe pour répondre au système économique plus compliqué, l'État doit relever un défi à double titre.

**D'un côté**, l'esprit démocratique impose à l'État de respecter la participation des intéressés. L'État ne jouit plus de l'autorité exclusive. Ce pouvoir se mutualise et se confie à des organes spéciaux qui lui sont indépendants. Le recul du pouvoir de l'État se présente également dans le processus de la commande publique. Les principes de la transparence et de la mise en concurrence s'impose et contraint l'État d'exercer son pouvoir d'une façon discrétionnaire. À l'échelle nationale, le pouvoir de l'État dans l'économie ne disparaît pas, mais en recul.

**D'un autre côté**, l'État doit faire face à la mondialisation économique qui veut intégrer les marchés en vue de créer un marché unique tant régional que dans le monde entier. Le marché unique régional étant le modèle plus réalisable exige éventuellement que soient en commun les règles internes du marché. Pour des raisons politiques, économiques et sociales, l'État est obligé de faire en sorte que le changement soit ralenti, graduel et non brutal. Nous avons vu les exemples sur la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 appliquée après trois ans de l'élaboration (en réalité de la négociation) ou les directives sur les activités postales ayant réduit au fil des ans les activités réservées à l'opérateur national.

D'après nos analyses, nous pouvons constater que la place de l'État n'est jamais stable. Son rôle change au rythme économique que l'État soit plus libéral ou interventionniste. Pourtant, ce qui ne cesse d'augmenter est la place de citoyen en tant que groupes d'intérêt. La participation des citoyens devient à la fois la formalité et la légitimité dans les politiques non seulement économiques, mais aussi sociales.

## Conclusion du Titre 2

Nous avons vu dans le Titre 1 les caractéristiques générales du droit de la concurrence et le droit de la consommation tant dans les fondements que dans ses fins. Dans le Titre 2, nous avons pu “zoomer” sur les acteurs du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Nos analyses sur les acteurs de ces deux droits se divisent en deux éléments.

La première analyse a porté sur les acteurs privés. Il s’agissait en effet d’un travail de définition des personnes faisant l’objet du contrôle et de la protection de l’État. Nous avons trouvé par la suite que la qualification des acteurs privés se fait à travers les activités économiques qu’ils concernent. Il était donc indispensable après la définition des acteurs de procéder à la définition des éléments périphériques tels que les contrats de consommation, les activités économiques, le marché pertinent etc. Tout cela a contribué à déterminer le champ d’application comme le terrain de bataille visé en droit de la concurrence et en droit de la consommation.

La seconde analyse a porté sur les acteurs publics. L’analyse ne consistait pas cette fois-ci à définir qui sont les acteurs publics. Elle se dirige directement vers la considération des missions qui leur sont imparties. Nous avons ainsi apprécié les rôles de l’État dans la sphère économique. Les missions des acteurs tant nationaux et internationaux ne constituent pas véritablement de rapport hiérarchique. Leurs pouvoirs sont alors fractionnés et confiés à d’autres organes. D’ailleurs, nous ne pouvons pas ignorer la force croissante de la participation des citoyens, ce qui reflète la portée du concept démocratique dans la politique économique.

Notre travail de thèse en Titre 2 en combinaison avec celui du Titre 1 permettent enfin de dessiner une appréciation générale de la Partie 1.

## Conclusion de la Partie 1

Notre partie 1 comme spécifiée dans son intitulé a adopté une approche matérielle, c'est-à-dire, le travail s'est concentré sur l'origine et l'étendue du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Nous sommes intéressés **en premier lieu** à une longue histoire des faits économiques qui contribuent inévitablement à des évolutions politiques et sociales. Nous nous sommes aperçus par la suite que les logiques économiques s'insèrent dans tous les domaines. En ce qui concerne le domaine juridique, les concepts économiques s'embarquent tant en droit public qui reconnaît la propriété et les libertés économiques qu'en droit privé qui encadre des activités économiques. Nous avons pourtant considéré que dans les contextes économiques contemporains, le système juridique traditionnel ne suffisait pas à répondre aux nouvelles valeurs telles que le bon fonctionnement du marché ou le bien-être des consommateurs. Ces exigences conduisent à la naissance du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

Nous avons porté **en deuxième lieu** un regard sur ces deux droits en vue de chercher leurs objectifs. Nous avons ainsi trouvé que ces deux domaines juridiques ne contribuent pas seulement au bon fonctionnement du marché ou au bien-être des consommateurs. D'autres valeurs telles que la sécurité, la santé, le développement durable sont également intégrées et prises en compte par le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Ils sont servis comme un moyen pour favoriser les politiques menées par l'État dans ces domaines.

**En dernier lieu**, nous avons fait une première approche concrète du droit de la concurrence et du droit de la consommation à travers des acteurs. Cette étude nous a permis *a priori* de connaître le cadre général de ces deux branches de droit. Leur genèse et leur plan procédurale peuvent être désormais réalisés.

Notre Partie 1 se déroule de façon comparative dans tous les aspects possibles : entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation, entre l'Union européenne et l'ASEAN. Tout cela nous conduit à la Partie 2 concernant la mise en œuvre du droit de la concurrence et le droit de la consommation.

## **PARTIE 2**

# **L'approche institutionnelle : la protection institutionnelle du droit de la concurrence et de la consommation**

La Partie 2 adopte une approche institutionnelle. Elle s'intéresse à la mise en œuvre concrète du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Ces derniers, comme les autres domaines de droit, seraient dépourvus l'effectivité juridique en l'absence d'une application efficace. Notre thèse ne vise pas uniquement à détailler les mécanismes tel qu'ils sont traités dans les ouvrages du droit de la concurrence et ceux du droit de la consommation. L'objectif est également d'adopter une approche critique sur l'ensemble des procédures.

Évoquer l'application d'un droit et donc la protection effective du droit de la concurrence et du droit de la consommation nous renvoie à apprécier ce que sont *les autorités*. Notre thèse porte sur les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation et comment elles fonctionnent. Les problématiques envisagées s'intègrent dans un mot-clé : le contrôle. Celui-ci relève des problématiques en deux aspects : les autorités (Titre 1) et l'encadrement du contrôle (Titre 2).

# Titre 1

## Les titulaires du pouvoir de contrôle

La question des titulaires du pouvoir de contrôle renvoie à la notion d'autorité. Le principe de la séparation des pouvoirs qui est destiné à éviter le despotisme et à garantir la liberté<sup>528</sup> impose que soit séparé le pouvoir souverain en trois piliers : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel, respectivement le pouvoir d'établir les lois, le pouvoir d'appliquer les lois et le pouvoir de trancher les litiges résultant de l'application des lois. Dès lors que notre étude porte sur la mise en œuvre du droit de la concurrence et du droit de la consommation, le pouvoir de légiférer doit être mis hors du champ des autorités entendues.

S'agissant du terme *autorité*, sa notion est très diverse. L'étymologie de ce terme vient du latin *auctoritas*, ce qui peut être encore séparé en *auctor-* (accroître, augmenter, développer) et – *itas* (un suffixe qui indique un état, une condition). Au regard des sociologues, l'autorité est considérée comme un pouvoir légitime qui n'a besoin qu'un minimum de coercition pour se faire respecter et obéir.<sup>529</sup> Selon BOUDON et BOURRICAUD, «*On parle de l'autorité d'une personne, d'une institution, d'un message pour signifier qu'on leur fait confiance, qu'on accueille leur avis, leur suggestion ou leur injonction, avec respect, faveur, ou du moins sans hostilité ni résistance, et qu'on est disposé à y déférer.*»<sup>530</sup>

D'après cette considération, nous pouvons ainsi lier l'autorité avec un pouvoir légitime qui dispose de nombreuses manières à exercer et qui doit être respecté. Cela fait de l'autorité au sens juridique une notion double. **D'un côté**, l'autorité est un organe ou une institution doté d'un propre pouvoir quelle que soit la nature. **D'un autre côté**, il ne s'agit pas d'une simple attribution de pouvoir. Les autorités doivent se voir confier par les textes les compétences avec certaines conditions pour que leurs exercices soient respectés.

Nous traiterons dans le Titre 1 les questions sur les autorités en deux aspects : la séparation des autorités (Chapitre 1), puis leur compétence (Chapitre 2)

---

<sup>528</sup> Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 33<sup>e</sup> édition, 2012, p. 101

<sup>529</sup> Jacques COENEN-HUTHER, «Pouvoir, autorité, légitimité En marge d'un livre récent d'Alain Renaut», *RESS*, XLIII-131 I 2005, p. 135

<sup>530</sup> Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la pensée sociologique*, PUF, 1982, p.

# **Chapitre 1**

## **La dichotomie classique entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles**

---

### Plan du chapitre

#### **Section 1 Les caractères distinctifs des autorités administratives et des autorités juridictionnelles**

§ 1 L'identification des autorités administratives et des autorités juridictionnelles

- A) La notion d'autorité administrative
- B) La notion d'autorité juridictionnelle

§ 2 La différenciation des autorités administratives et des autorités juridictionnelles

- A) L'étendue des missions confiées
- B) Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention de l'autorité administrative

#### **Section 2 La séparation souple des pouvoirs entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles**

§ 1 Le renforcement du pouvoir de nature juridictionnelle des autorités administratives

- A) Le pouvoir de nature juridictionnelle des autorités de concurrence
- B) Le renforcement du pouvoir de nature juridictionnelle des autorités de consommation

§ 2 La répartition de compétence au sein des autorités juridictionnelles

- A) Le cadre des compétences de la juridiction judiciaire
- B) Le cadre des compétences de la juridiction administrative

Nous allons emprunter les termes *autorités administratives* et *autorités juridictionnelles* en référence au dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution concernant le Conseil constitutionnel aux termes duquel «*Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.*» Cette disposition mettait en lumière les deux types d'autorités au regard du système juridique français. Le classement en deux groupes est ainsi adopté pour notre étude. Il convient alors d'analyser les caractéristiques des autorités dans ces deux domaines. La première question porte sur les critères permettant de les distinguer (Section 1). La seconde porte sur la nature des pouvoirs que détiennent les autorités (Section 2).

## **Section 1 Les caractères distinctifs des autorités administratives et des autorités juridictionnelles**

Notre objectif dans cette section est de connaître les différences entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles, ce qui nous permettra par la suite d'apprécier l'exercice de pouvoir du contrôle en droit de la concurrence et en droit de la consommation aussi bien en France qu'en Thaïlande. Pour cela, il convient avant tout d'analyser la notion des autorités tant administratives que juridictionnelles (§1), puis d'examiner les critères permettant de distinguer ces deux types d'autorités (§2).

### **§ 1 L'identification des autorités administratives et des autorités juridictionnelles**

Pour interpréter ces deux termes, nous empruntons le sens de l'article 62 de la Constitution puisque la disposition sur la portée des décisions du Conseil constitutionnel s'interprète de façon globale pour recouvrir tous les organes possibles. Une telle disposition existe aussi dans la Constitution thaïlandaise en termes très proches.<sup>531</sup> Nous analysons respectivement la notion des autorités administratives (A), puis celle des autorités juridictionnelles (B).

---

<sup>531</sup> L'article 216 alinéa 5 de la Constitution thaïlandaise dispose que «*Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au Parlement, au Conseil des ministres aux cours et à tous les organes étatiques.*»

### **A) La notion d'autorité administrative**

Nous avons déjà envisagé les trois pouvoirs souverains : législatif, exécutif et juridictionnel. Une première interrogation se pose sur l'absence du terme de l'autorité exécutive. Cette question nous renvoie à l'appréciation sur ces deux termes (1°), à laquelle s'ajoute par la suite le problème en cas des autorités administratives indépendantes (2°).

#### 1° Les autorités administratives en tant qu'extension du pouvoir exécutif

La différence entre ces deux termes peut être tracée à travers leur sens comme verbe. *Administrer* signifie diriger des affaires ou plus familièrement infliger une punition alors qu'*exécuter* signifie mettre en application un ordre ou un règlement ou mener à bien un projet, un plan, etc. En effet, l'exécution assurée par le Gouvernement peut être considérée comme un acte hiérarchiquement supérieur à l'administration. Le Professeur Maurice HAURIOU distingue donc le pouvoir gouvernemental du pouvoir administratif. Le pouvoir exécutif est d'après lui un pouvoir public constitutionnel.<sup>532</sup> Le Premier Ministre ainsi que les ministres en France et en Thaïlande peuvent exercer leur pouvoir en qualité exécutive lorsqu'il relève de la disposition constitutionnelle ou en tant qu'une autorité administrative dans les autres cas. En revanche, les administrations ne peuvent exercer qu'au nom des autorités administratives.

À ce stade, nous entendons préalablement les autorités administratives toutes les entités organisées comme branche ou prolongement du pouvoir exécutif. Mais, les autorités administratives comprennent-elles tous les organes ? Les agents de l'administration sont-ils tous les autorités administratives ? La réponse paraît compliquée car il n'y a pas de définition légale de l'autorité administrative. La loi n°2000-321 du 12 avril 2000 définit les autorités administratives au sens de cette loi comme les administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics à caractère administratif, des organismes de sécurité sociale et des autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif. Cette définition bien qu'étant globale ne semble pas toucher au fond la question du pouvoir administratif. Elle ne présente pas en fait de spécificité de l'autorité administrative.<sup>533</sup>

<sup>532</sup> Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12<sup>e</sup> édition, p. 9

<sup>533</sup> Valérie BACQUET-BRÉHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 84

Le Professeur HAURIUO propose une autre classification selon laquelle les autorités administratives se distinguent des agents de préparation et ceux d'exécution. L'élément essentiel de l'autorité administrative est la capacité pour une personne déterminée d'imposer une décision au nom de l'État. L'autorité administrative regroupe donc «*l'ensemble des personnes ou services ayant mission d'assurer l'exécution des lois et le fonctionnement des services publics, et conséquemment habilités à arrêter les mesures obligatoires indispensables à cette fin.*»<sup>534</sup> Les agents de préparation et d'exécution ne sont pas d'autorité administrative puisque leur acte ne crée pas de droit ou obligation des intéressés. La préparation ne produit l'effet juridique qu'après la décision de l'autorité alors que l'exécution résulte d'un acte de décision déjà effectué. Cette thèse correspond au concept de l'acte administratif entraînant le bouleversement des droits des intéressés.

D'après cette considération, nous pouvons classer comme autorité administrative toutes les entités pourvues d'un pouvoir de décision. Nous utilisons le terme *décision* et non pas *sanction* parce que la capacité à se faire obéir ou respecter comporte les actions diverses et ne se limite pas à l'acte punitif. L'autorisation ou bien l'interdiction de l'ADLC à la concentration des entreprises est bien une décision et non une sanction.

L'interprétation serait pourtant problématique en cas d'exercice de pouvoir sous forme d'un avis. Nous savons déjà qu'il y a deux régimes de consultation : obligatoire et facultatif. Dans la seconde hypothèse, les organes émetteurs de l'avis ne pourraient être qualifiés comme autorité puisqu'ils ne participent pas formellement au processus de décision.

Concernant la consultation obligatoire, il faut encore interroger si l'avis émis doit être conforme ou peut être supplément obligatoire. Si la loi exige un avis conforme, l'organe émetteur est regardé comme autorité administrative parce qu'il dispose d'un pouvoir indispensable à la décision. Mais si l'avis peut être supplément obligatoire, c'est-à-dire, que l'autorité consultant peut prendre une décision différente, l'organe émetteur peut-il se voir qualifier comme autorité ?

En tenant compte de la particularité dans la régulation en droit de la concurrence et en droit de la consommation, nous ne pouvons pas négliger l'importance des textes n'ayant pas de

---

<sup>534</sup> Marcel WALINE, «Le critère des actes juridictionnels», *RDP*, 1933, p. 572

valeur normative. Les travaux sous forme d'un avis ou d'une recommandation méritent d'être examinés bien qu'ils puissent être considérés comme les travaux de préparation. Pour l'intérêt des études de cette thèse, la qualification de l'autorité doit être assouplie afin d'intégrer les organes émetteurs de l'avis dans la définition de l'autorité administrative.

Nous avons étudié les autorités administratives sous le contrôle hiérarchique du pouvoir exécutif. Les questions surgissent en cas des autorités administratives hors du contrôle exécutif (2°).

### 2° L'identification par rapport aux autorités administratives indépendantes

Nous avons évoqué la notion d'autorité administrative en tant qu'un prolongement du pouvoir exécutif. Mais la notion entendue ne suffit pas à caractériser les autorités administratives notamment celles en droit de la concurrence et en droit de la consommation. L'existence des autorités administratives indépendantes pose deux problèmes juridiques importants.

#### *a) L'existence d'un pouvoir administratif indépendant à l'égard du pouvoir exécutif*

Selon le principe de la séparation des pouvoirs, il n'en existe que trois : législatif, exécutif et juridictionnel. Tous les organes étatiques ne peuvent pas échapper à l'un des trois pouvoirs souverains. La naissance d'une autorité dite «*indépendante*» tant en France qu'en Thaïlande résulte alors de la méfiance envers le Gouvernement. **En France**, la Commission nationale de l'informatique et des libertés est la première autorité administrative indépendante créée par la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Son origine était à la révélation par la presse d'un projet gouvernemental sur l'identification de chaque citoyen par un numéro servi à parcourir tous les fichiers de l'administration. Ce plan a suscité sans doute une vive polémique à tel point que le Gouvernement ait dû créer un organe garantissant la protection de la vie privée et des libertés individuelles et publiques.

**En Thaïlande**, le concept de l'autorité indépendante s'est imposé lors de la réforme constitutionnelle au milieu des années 90s qui s'intéresse surtout au contrôle du pouvoir gouvernemental. La Constitution de 1997 a créé alors un certain nombre d'autorités indépendantes telles que la Commission d'élection, la Commission nationale pour la lutte contre

la corruption, la Commission nationale des droits de l'homme, etc. Elle a prévu également la création des organes indépendants dans certains domaines particuliers comme la télécommunication, la protection du consommateur ou l'environnement.

Il est donc possible qu'un organe exerce le pouvoir administratif sans qu'il soit contrôlé par les acteurs gouvernementaux ou politiques. Ce serait le cas lorsqu'il est exigé dans tel ou tel domaine que la gestion ne doit être assurée par les organes d'administration classiques. Cette logique permet en outre de trouver une autre conclusion que les organes quel que soit le texte instituant exercent le pouvoir administratif.

Ce rappel est alors important en Thaïlande dans la mesure où il y a encore la confusion sur la nature du pouvoir qu'exercent les autorités indépendantes. La lexique thaïlandaise emploie littéralement le terme autorité indépendante, ce qui permet aux autorités créées par la Constitution de se prévaloir de droits pour échapper au contrôle de la Cour administrative. Nous pensons aussi à l'Organe indépendant des consommateurs dont la création est prévue par l'article 61 de la Constitution de 2007. Cet Organe pourrait dans le futur réclamer son indépendance à l'encontre de la Cour administrative.

*b) La nécessité du caractère indépendant des autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation*

La multiplication des autorités administratives indépendantes dans plusieurs domaines économiques nous renvoie à la question de savoir si la concurrence et la consommation doivent-elles aussi être réglementées par les autorités dotées de l'indépendance de leur statut. Avant de répondre à cette interrogation, il faut relever ce que s'entend l'indépendance. Elle est en effet caractérisée par deux facteurs.

L'indépendance des autorités administratives indépendantes peut se manifester **d'abord** dans leur structure organique. Le corps des autorités est en principe collégial, c'est-à-dire, la prise de décision s'effectue collectivement par un groupe des personnes compétentes. Quant à sa composition, les personnalités ne relèvent pas d'un choix du Gouvernement ou d'un organe unique. Les membres du corps sont nommés soit par la commission mixte créée pour cette occasion, soit sous le nombre paritaire par les hautes institutions. Ils sont choisis notamment par leur expertise concernée dans le domaine. Le principe de l'indépendance organique s'impose

encore que son mandat soit irrévocable. Bien que le mandat des membres des autorités administratives indépendantes soit en principe limité et non renouvelable (ou sinon, une seule fois), pendant le mandat d'exercice personne ne peut les sortir de leur poste.

L'indépendance des autorités administratives indépendantes se poursuit **en outre** dans leur fonctionnement. L'exercice de pouvoir des autorités administratives indépendantes est en dehors de la hiérarchie gouvernementale. Le Gouvernement n'a pas de contrôle sur tous les processus des autorités. C'est la raison pour laquelle l'autorité dispose de son propre service dans le cadre de son pouvoir notamment les agents d'enquête. Cela implique en général l'autonomie de gestion sur le plan personnel ainsi que sur le plan budgétaire. En revanche, leurs ressources proviennent en grande partie du budget de l'État.

Comme nous l'avons déjà montré, la légitimité des autorités est conditionnée par la capacité de faire respecter leurs actions. À ce stade, l'indépendance constitue alors un facteur non négligeable pour bénéficier de tel pouvoir. Mais, cela ne veut pas dire qu'il faut être indépendant pour réglementer les affaires de la concurrence et de la consommation. En effet, l'indépendance doit être au moins proportionnelle avec les compétences confiées par les textes. Si une autorité dispose des pouvoirs d'édicter les règles, d'enquête ainsi que de sanction, l'indépendance doit être alors exigée.

Mais si l'autorité exerce le pouvoir moins important, notamment en l'absence de pouvoir de décision, l'indépendance n'est pas forcément nécessaire. Particulièrement dans notre étude, il faut apprécier la nature de la réglementation en droit de la concurrence et en droit de la consommation. Dès lors que la concurrence est un domaine qui exige de l'expertise et de la considération socio-économique distincte, l'autorité concernée devrait être dotée de l'indépendance. En revanche, la consommation regroupe les domaines très divers qui rendent peu possible l'institution du pouvoir de décision, voire de sanction. Les autorités en droit de la consommation ne sont pas en principe dotées de l'indépendance. Ce constat est important **en Thaïlande** car l'article 61 de la Constitution de 2007 prévoit la mise en place d'un organe indépendant des consommateurs sans définir exactement le champ de compétence. La logique ici semble inverse. Les compétences de cet organe créé dans le futur deviennent un enjeu important pour tous les acteurs qu'ils soient consommateurs, entreprises ou encore les pouvoirs politiques.

Après avoir identifié les autorités administratives en droit de la concurrence et en droit de la consommation, nous procédons ensuite à l'identification des autorités juridictionnelles (B).

### **B) La notion d'autorité juridictionnelle**

Les autorités juridictionnelles ne semblent pas difficile à identifier dans la mesure où elles répondent *a priori* aux organes avec l'appellation comme cour, tribunal ou encore conseil. Cependant, la définition ne doit pas uniquement s'en tenir à la terminologie. Il faut en effet un examen plus approfondi, ce qui nous relève deux sujets importants : les critères de la qualification (1°) et la reconnaissance au juge administratif (2°).

#### 1° Les critères de la qualification des autorités juridictionnelles

Selon Valérie BACQUET-BRÉHANT, les autorités juridictionnelles peuvent être caractérisées par trois approches. **D'abord**, l'approche textuelle tente d'examiner la qualification d'une juridiction à travers des textes créateurs, ce qui n'est pas consistant du fait que la qualification pourrait être implicite. Une autorité qui ne s'intitule pas comme *tribunal* ou *cour* peut être aussi considérée comme juridiction si son fonctionnement se rassemble à celui de juridiction notamment la procédure contradictoire et le pouvoir de sanction.

L'approche formelle propose **ensuite** de caractériser les autorités juridictionnelles par l'analyse sur les moyens dont le pouvoir s'exerce : arrêt, décision, jugement, etc. L'analyse sur les moyens est accompagnée de celle sur les caractères du juge s'il respecte la procédure ainsi que les principes de l'indépendance et de l'impartialité.

**Enfin**, l'approche matérielle recherche la nature juridique du fonctionnement d'un organe concerné que celui-ci doit avoir pour objectif de résoudre une question litigieuse de manière définitive.<sup>535</sup>

À partir de ces trois critères, le professeur Jacques CHEVALLIER a proposé le cadre d'appréciation. Il faut **d'abord** examiner la fonction contentieuse de l'organe en cause. La fonction contentieuse doit consister en la solution d'un litige sur la base du droit et qui poursuit

---

<sup>535</sup> V. BACQUET-BRÉHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 88

l'élimination de ces situations contentieuses.<sup>536</sup> Si le critère est rempli, nous procédons **ensuite** à vérifier si la décision est rendue sous la forme juridictionnelle suivant les procédures et d'autres principes.

D'après ces éléments, une question se pose en cas du Tribunal des conflits qui tranche le conflit entre les juridictions. En fait, nous pourrions alors exclure le Tribunal des conflits même si le Tribunal fonctionne en empruntant la voie juridictionnelle avec la saisine et l'audience. En effet, la décision rendue par ce Tribunal sur la juridiction compétente n'entraîne pas la fin du litige. Une telle interrogation ne pose pas de problème **en Thaïlande** dans la mesure où l'autorité concernée ; la Commission du règlement des conflits de juridictions, ne peut être regardée comme une autorité juridictionnelle car la Commission n'exerce pas le pouvoir sous forme juridictionnelle.

Au préalable, nous entendons par l'autorité juridictionnelle en France et en Thaïlande toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Cela paraît pourtant insuffisant à l'égard de l'existence de la juridiction administrative (2°).

#### 2° La reconnaissance de la juridiction administrative comme autorités juridictionnelles en droit de la concurrence et en droit de la consommation

L'organisation juridictionnelle tant en France qu'en Thaïlande adopte le principe de la dualité juridictionnelle. Il s'agit de deux ordres juridictionnels distincts : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Ce dernier est compétent en principe dans les contentieux relatifs à l'exercice de pouvoir des puissances publiques. La présence de cette juridiction pose ainsi deux problèmes juridiques importants.

Les autorités de l'ordre administratif (en France : les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État et en Thaïlande : les cours administratives et la Cour administrative suprême) sont-elles considérées comme autorités juridictionnelles ? La nécessité de poser une telle question **en France** se fonde sur une double critique envers la juridiction. **D'une part**, l'ordre administratif, contrairement à l'ordre judiciaire, n'a pas été reconnu par le

---

<sup>536</sup> J. CHEVALLIER, «Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974 p. 281

texte constitutionnel. L'existence de la juridiction administrative est dégagée par le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires établi par les lois de 1790 et de l'an III.<sup>537</sup>

**D'autre part**, le fonctionnement du Conseil d'État est fragilisé par le doute sur l'indépendance notamment eu égard à ses missions qui mélangent entre la fonction contentieuse et la fonction consultative. L'indépendance de la juridiction administrative a été toutefois reconnue par la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980.<sup>538</sup>

Pour répondre à cette question, nous reprenons un fait historique lors de la rédaction de la Constitution de 1958. Interrogés sur la portée de la décision du Conseil constitutionnel, les rédacteurs de la Constitution ont d'abord prévu d'inscrire que les décisions s'imposent aux *autorités judiciaires*. Grâce à l'intervention du président de la section sociale à l'époque Roger LATOURNERIE, la disposition adoptée emploie le terme *autorités juridictionnelles*. L'action du président LATOURNERIE était cruciale dans la mesure où la justice administrative n'a pas été reconnue à l'époque, ce qui fait assimiler la fonction juridictionnelle au juge judiciaire.<sup>539</sup> Les travaux préparatoires nous permettent de conclure que la notion des autorités juridictionnelles comprend la juridiction administrative.

**En Thaïlande**, l'intégration de la juridiction administrative dans les autorités juridictionnelles n'est pas surprenante car l'indépendance de l'ordre administratif est clairement reconnue depuis la Constitution de 1997. Soulignons également la Cour administrative suprême exerce uniquement la fonction contentieuse. La fonction consultative est alors assurée par le Conseil d'État faisant partie des autorités gouvernementales.

Après avoir identifié les autorités concernées en droit de la concurrence et en droit de la consommation, il convient ensuite de les distinguer afin de mieux comprendre leurs caractéristiques (§2).

## § 2 La différenciation des autorités administratives et des autorités juridictionnelles

<sup>537</sup> Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, p. 443

<sup>538</sup> CC, n° 80-119 DC du 22 juillet 1980

<sup>539</sup> V. BACQUET-BRÉHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005, p. 87

Nous avons répondu qui sont les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation qui peuvent être administratives ou juridictionnelles. La prochaine étape serait de distinguer sur un plan fonctionnel ces deux types d'autorités. Notre études porte sur deux aspects : le champ de compétence des autorités (A) et l'ordre d'intervention (B).

### **A) L'étendue des missions confiées**

La première approche de la distinction s'effectue autour de la recherche de la compétence des autorités. Cette analyse remonte en effet au principe de séparation des pouvoirs souverains. L'administration découlant du pouvoir exécutif assure ce qui peut être résumé comme *l'exécution de la loi* alors que la fonction juridictionnelle consiste à *résoudre les litiges*. Ces deux actions entraînent une grande divergence dans l'appréciation du périmètre de la compétence des autorités. Les missions confiées aux autorités administratives (1°) prennent les modalités plus globales que celles des autorités juridictionnelles (2°).

#### 1° Les compétences globales des autorités administratives

Avant de définir la globalité des missions d'autorités administratives de la concurrence et de la consommation, il convient d'analyser les missions de l'administration à partir du terme *l'exécution de la loi*. En effet, ce terme connaît au fil du temps la mutation, ce qui permet de préciser les missions des autorités administratives en droit de la concurrence et en droit de la consommation.

##### *a) L'histoire de la notion de l'exécution de la loi*

Au début de la Révolution française, la fonction exécutive et l'administration n'assuraient que l'exécution de la loi au sens strict. Leur tâche consistait uniquement à faire les actes matériels et à donner les ordres nécessaires pour exécuter la loi. Toutes les normes ont exclusivement été produites par le Parlement et sous forme de la loi.<sup>540</sup>

Ce concept ne dura pas très longtemps. Trois facteurs sont venus entraîner le changement du concept de l'exécution de la loi. **D'abord**, le Parlement s'est retrouvé en l'impossibilité de

---

<sup>540</sup> F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 33<sup>e</sup> édition, 2012, p. 144

fixer les règles dans tous les détails. Le Gouvernement et ses organes d'extension se sont vus confier le pouvoir de fixer les règles dans le cadre de la loi autrement dit le pouvoir réglementaire. Ce pouvoir a été confié aux organes exécutifs depuis la Constitution de l'an III.

**Ensuite**, les organes exécutifs et l'administration se sont représentés ainsi au niveau international. Les activités à l'échelle internationale exigent alors le secret dans l'opération et la rapidité dans l'action, ce qui ne fonctionne pas en lui-même si toutes les décisions sont soumises au vote du pouvoir législatif.

**Enfin**, les fonctions exécutives devraient être l'initiative des projets de loi tant qu'elles sont responsables dans la conduite de leurs politiques. Même si leur pouvoir d'initialiser le processus de législation n'est pas exclusif, il devient indispensable dans la mesure où les organes exécutifs connaissent le mieux la difficulté d'application de la loi ainsi que le besoin d'une législation nouvelle.

Ce concept d'élargissement du pouvoir est commun tant **en France** qu'**en Thaïlande**. La Constitution française va plus loin dans le sens que l'article 34 fixe les domaines qui doivent être agis par la loi, ce qui provoque un double impact. **D'une part**, le texte garantit de manière explicite un certain champ de compétence pour le Parlement, mais **d'autre part** il traduit implicitement la limitation du pouvoir législatif. Les textes des autres domaines outre que ceux prévus dans l'article 34 sont rédigés par le pouvoir exécutif. Une telle disposition n'existe pas dans la Constitution thaïlandaise.

*b) Les missions globales des autorités administratives de la concurrence et de la consommation*

Les trois raisons précédemment citées peuvent être transposées dans le cadre des autorités administratives de la concurrence et de la consommation. En revanche, il y existe certaines particularités qui reflètent les caractéristiques du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

La compétence la plus importante des autorités est sans doute le pouvoir réglementaire, mais ce pouvoir dans ce cas est alors assoupli. **En droit de la concurrence**, compte tenu de sa nature, les dispositions en principe sont complètes en elle-même. Il n'y a peu besoin d'établir les règles en détail. Les textes réglementaires visent surtout à la mise en œuvre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. La difficulté relève en revanche de la phase d'application qui

exige l'expertise économique. L'exercice du pouvoir réglementaire des autorités de concurrence ne s'effectue sous la forme normative, mais en droit mou. C'est la voie très empruntée par l'ADLC **en France** qui produit les textes sous forme d'avis et de recommandations. Quant à la Commission de la concurrence **en Thaïlande**, l'exercice sous forme d'avis est beaucoup plus limité car l'article 8 de la loi relative à la concurrence 1999 ne fixe la possibilité d'émettre un avis que pour l'application des arrêtés ministériels dans le cadre de la loi.

**En droit de la consommation**, la nature du droit diffère de celle en droit de la concurrence. C'est un droit qui évolue avec les pratiques commerciales. Il y a pour cela le besoin d'appliquer les textes réglementaires. **En Thaïlande**, ce pouvoir réglementaire est confié à l'OCPC qui agit via les commissions spécialisées sous forme d'arrêté. **En France**, les textes réglementaires de la consommation sont établis par les décrets dont la compétence relève du Gouvernement. La DGCCRF détient un rôle subordonné dans l'élaboration des textes réglementaires dans plusieurs domaines de la consommation tels que l'information des consommateurs, la protection de leur intérêt économique, la qualité et la sécurité des produits et services sur le marché, etc.<sup>541</sup>

Nous ne pouvons pas parler du pouvoir d'édicter les règles sans évoquer celui de les appliquer. Les autorités administratives sont dotées de ce pouvoir, mais il n'y en a que certaines qui peuvent aller jusqu'au bout. Les autorités en droit de la concurrence (l'ADLC et la Commission de la concurrence) lorsqu'elles sont saisies peuvent procéder à l'enquête avant de prononcer la sanction si l'infraction est fondée. En revanche, les autorités en droit de la consommation (la DGCCRF et l'OCPC) ne disposent que du pouvoir d'enquête. Si l'infraction est constatée à l'issue de l'enquête, les injonctions seront prononcées pour cesser les actes illicites. Mais que faire en cas du non-respect des injonctions reste encore la question.

En ce qui concerne **la relation internationale**, ce n'est pas une véritable compétence mais plutôt la mission assignée par le Gouvernement. Les autorités comme l'ADLC et la DGCCRF en France, et la Commission de la concurrence et l'OCPC en Thaïlande prennent contact avec les autorités étrangères et se représentent le pays au stage international.

---

<sup>541</sup> L'article 1<sup>er</sup> du décret n°2009-36 du 12 janvier 2009 modifiant le décret n° 2001-1178 du 12 décembre 2001 relatif à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

**Le dernier** volet concerne l'initiative de la loi. Il est certain que pour le pouvoir exécutif, le pouvoir de soumettre un projet de loi au Parlement est réservé au Conseil des ministres. Les autorités administratives ne peuvent être à l'initiative de la loi, mais elles participent indirectement à la législation. En général, les autorités administratives émettent des avis et recommandations sur les projets de loi dans leur limite de compétence. Les autorités de la consommation, proche au Gouvernement, peuvent même assurer l'élaboration des textes législatifs de la consommation. **En France**, c'est une mission bien inscrite dans le texte fondateur pour la DGCCRF alors qu'**en Thaïlande**, la rédaction du projet peut être également confiée à l'OCPC. Plus particulièrement, les autorités exercent un rôle pédagogique à travers leur publication, ce qui peut être les rapports annuels, les études ainsi que les textes extraits des actes de colloque ou de conférence. Ces autorités sont mieux placées de s'inspirer les idées nouvelles car elles ont en possession de toutes les données dans leurs domaines de compétence.

Si les missions des autorités administratives comportent un caractère très global, celles des autorités juridictionnelles sont alors beaucoup plus spécifiques (2°).

### 2° Les missions plus spécifiques des autorités juridictionnelles

Quant aux autorités juridictionnelles, les caractères juridiques de leur intervention réduisent essentiellement son champ de compétence. En effet, l'exercice du pouvoir juridictionnel vise de manière générale à protéger les libertés des parties concernées. Monsieur Bruno LASSERRE, président de l'ADLC, a bien séparé les missions de l'Autorité de celles du juge. La régulation concurrentielle se distingue du pouvoir du juge qui consiste à *dire le droit et à trancher les litiges*.<sup>542</sup> À partir de ce constat, nous pouvons désormais remarquer l'exercice du pouvoir juridictionnel en trois aspects.

La première spécification s'adresse à l'initiative de l'intervention. Si les autorités administratives peuvent intervenir de leur propre initiative, les autorités juridictionnelles agissent par la saisine des parties ayant l'intérêt à agir.

L'exercice du pouvoir juridictionnel est encore encadré par la loi procédurale. La plainte

---

<sup>542</sup> Le propos de Pierre PESCATORE dans «*La fonction du juge de dire le droit et l'évolution de la jurisprudence*», l'interview du 12 novembre 2003 cité par Bruno LASSERRE, «*L'office de l'Autorité de la concurrence*», *Justice & cassation*, 2010, p. 101

se compose ainsi les faits et les demandes propres. Le juge est exigé de statuer sur les questions précises en application des règles de droit.<sup>543</sup> Au contraire, les autorités administratives apprécient globalement l'ensemble des faits afin de trouver une solution en faveur de la concurrence et de la consommation. Il faut aussi remarquer qu'en Thaïlande les agents de l'OCPC procèdent à régler les conflits entre professionnel et consommateur par la voie de médiation, ce qui est plutôt rare dans le règlement devant les autorités juridictionnelles.

À l'issue du procès, les autorités juridictionnelles rendent leur décision. Selon le système juridique du droit romain, la décision ne produit effet qu'entre les parties. Les autorités juridictionnelles ne peuvent rendre des "arrêts de règlements", mais leurs interprétations et jurisprudences deviennent en réalité des précédents de l'application du droit. Les jugements pourraient conduire les législateurs à adopter les règles plus restreignantes ou plus clarifiées pour qu'elles achèvent les résultats tels que souhaitent les législateurs. En France, ce sont les considérants du juge qui contribuent à une nouvelle législation.

### **B) Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention de l'autorité administrative**

La différenciation des autorités administratives et juridictionnelles peut être faite par les caractères de l'intervention des autorités administratives. Les interventions des autorités juridictionnelles sont toujours possibles dans toutes les affaires de la concurrence et de la consommation, mais elles s'apprécient au regard des interventions des autorités administratives. L'intérêt de cette distinction réside dans la classification qui reflète la gravité des infractions. Nous apprécierons les interventions respectivement en droit de la concurrence (1°), puis en droit de la consommation (2°).

#### 1° Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention des autorités administratives en droit de la concurrence

L'ordre d'intervention des autorités en droit de la concurrence diffère en fonction des domaines d'application. Nous considérons **d'abord** les pratiques anticoncurrentielles. Dans ce domaine, le rôle important est attribué à l'autorité administrative tant en France qu'en Thaïlande.

---

<sup>543</sup> B. LASSERRE, «L'office de l'Autorité de la concurrence», *Justice & cassation*, 2010, p. 103

En effet, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles constitue la mission principale de l'ADLC en France ainsi que la Commission de la concurrence en Thaïlande. **En France**, l'ADLC prend l'initiative de traiter le dossier. Au bout du procès, il y a la possibilité de diriger un recours contre la décision de l'ADLC auprès de la Cour d'appel de Paris. **En Thaïlande**, la Commission de la concurrence dispose de deux possibilités, soit elle prononce la sanction qui peut donner lieu à l'infraction pénale en cas du non-respect, soit elle procède directement à la procédure pénale en soumettant le dossier à la considération du procureur avant de saisir la cour. La Commission a la faculté de prendre la mesure plus adaptée à la restauration du préjudice à l'économie.<sup>544</sup>

**Ensuite**, le droit des pratiques restrictives de concurrence marque la divergence entre le droit français et le droit thaïlandais. Le Code de commerce distingue la disposition du «*faux droit*» de la concurrence de celle du «*grand droit*» de la concurrence, ce qui implique par la suite la distinction du régime de contrôle. L'ADLC n'est donc pas compétente pour apprécier les affaires des pratiques restrictives de concurrence. En revanche, la Commission de la concurrence adopte la même procédure que celle des pratiques anticoncurrentielles. Les dispositions dans ce domaine marquent le point de divergence. Alors que les pratiques restrictives **en droit français** sont définies de manière détaillée des articles L442-1 à L442-10 du Code de commerce,<sup>545</sup> **en droit thaïlandais**, les actes de pratiques restrictives sont définis de façon peu concrète dans un seul article 29 de la loi relative à la concurrence 1999. Ce caractère vague nécessite la mise en œuvre par l'autorité administrative.

**Enfin**, la concurrence déloyale se fonde sur la disposition de la responsabilité civile (l'article 1382 du Code civil et l'article 420 du Code civil et commercial). C'est donc le régime de droit commun qui s'applique. Aucune autorité administrative n'est compétente dans ce domaine. Les personnes lésées doivent aller directement aux autorités juridictionnelles compétentes.

---

<sup>544</sup> Sutee SUPHANIT, *Les principes et règles de la loi relative à la concurrence 1999*, Presse Universitaire de Thammasat, 2012, p. 17

<sup>545</sup> Par exemple, la revente à perte (l'article L442-2) ou la rupture brutale des relations commerciales établies pour tenter d'obtenir des conditions abusives (l'article L442-6-I-4°).

D'après ces considérations, nous pouvons constater deux caractères principaux du rôle de l'autorité administrative. **D'une part**, les autorités administratives assurent les affaires portant préjudice au marché. Une telle gravité justifie l'intervention des autorités administratives. Un autre raisonnement vient **d'autre part** du caractère complexe des infractions. En droit des pratiques anticoncurrentielles, il faut analyser si les actes concernés sont considérés comme entente ou abusifs. L'expertise économique est encore nécessaire pour évaluer l'impact des infractions à l'économie. Ce caractère complexe concerne également les pratiques restrictives de concurrence mais uniquement en droit thaïlandais car sa disposition n'est pas suffisamment développée à tel point que les victimes puissent agir en justice sans le concours de l'autorité administrative.

Il serait alors intéressant d'apprécier si ce concept fonctionne également en droit de la consommation (2°).

#### 2° Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention des autorités en droit de la consommation

D'après la logique précitée, nous pouvons voir par la suite que la nature du droit de la consommation ne correspond pas exactement à cette conception. En effet, le droit de la consommation vise à instaurer les règles particulières en faveur des consommateurs, ce qui relève de principe l'intérêt individuel pour le consommateur et le professionnel. Les actes illicites dans ce domaine juridique n'affectent pas alors le marché ou l'économie. En revanche, une autre perspective est adoptée : le système de production et la production de masse contribuent à tel point que l'intérêt individuel d'un consommateur se cumule avec celui d'autres consommateurs,<sup>546</sup> ce qui crée à l'ensemble l'intérêt collectif des consommateurs. Cet intérêt collectif est comparable à la pratique anticoncurrentielle ayant l'effet sur le marché.

En cas de conflit, les consommateurs disposent **d'abord** les simples résolutions de conflit par voie amicale. Elle peut être opérée par le service responsable au sein du professionnel concerné ou animée par l'organisme public ou privé. Plus formellement, il y a une autre voie de résolution par l'arbitrage.

---

<sup>546</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 671

Outre que ces moyens, les consommateurs peuvent saisir les autorités administratives et juridictionnelles. En ce qui concerne **ensuite** les autorités administratives, il y a, en France et en Thaïlande, l'organe qui assure l'enquête relative à la consommation (la DGCCRF en France et l'OCPC en Thaïlande). Quant au pouvoir d'enquête, **en France** ce pouvoir est défini dans plusieurs articles dont l'article L141-1 du Code de la consommation. Cet article énonce une longue liste des domaines auxquelles les agents peuvent intervenir. **En Thaïlande**, la loi relative à la protection du consommateur 1979 habilite l'OCPC à procéder à toute enquête relative aux droits des consommateurs y compris l'essai de produit défectueux et l'examen de publicité mensongère.

Les consommateurs disposent **enfin** de la possibilité de saisir les cours. Ils peuvent aller directement devant les tribunaux comme dans un simple litige de droit civil. Les législations de la consommation notamment le Code de la consommation en France sont suffisantes pour permettre à un consommateur de se prévaloir de droits contre le professionnel.

D'après les dispositions, nous pouvons faire les remarques sur le concept de l'ordre d'intervention en droit de la consommation par rapport à celui en droit de la concurrence. Il faut prendre en compte avant tout que l'ordre d'intervention dans ce domaine n'existe pas véritablement. En fait, le consommateur dispose de choix de recours en fonction de son besoin. Il peut soit saisir l'autorité administrative, soit saisir le juge. L'enquête et l'intervention de l'autorité administrative n'ont qu'un rôle de soutien sous prétexte que les consommateurs ont de la difficulté de réclamer leurs droits. Avec les domaines d'enquête très répandus, il est peu possible que la DGCCRF ou l'OCPC puissent assurer toute les affaires demandées. La présence de ces deux organismes comme dispositif de soutien signifie que la difficulté rencontrée par le consommateur est plutôt matérielle par exemple la recherche des preuves. Nous pouvons voir dans l'autre côté que les domaines du droit de la consommation qui relèvent de problème technique tel que les clauses abusives ne sont pas la compétence des autorités administratives tant en France qu'en Thaïlande.

**Un autre point** intéressant des interventions de l'autorité administrative réside dans l'intervention pour l'intérêt collectif des consommateurs. **En Thaïlande**, l'article 39 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 autorise l'OCPC d'agir en justice via le procureur

ou le juriste délégué dans les affaires pénales et civiles relatives aux droits des consommateurs si l'OCPC estime que le litige serait bénéfique à l'intérêt collectif des consommateurs. Ce même pouvoir peut être également exercé par les associations de consommateurs agréées. Ces dernières jouent un rôle important dans les litiges pour l'intérêt collectif des consommateurs **en France**.

Le critère de l'ordre d'intervention nous permet de distinguer à certains degrés les autorités administratives et les autorités juridictionnelles. Il est intéressant d'analyser les rôles des autorités administratives. Avec la catégorie de droit des affaires qui recouvre globalement tous les règles relatives à la vie des affaires, l'application des deux domaines juridiques ne doit pas nécessiter l'intervention des autorités administratives. Plus précisément, ces deux domaines peuvent être communément appelés droits du marché, ce qui justifie l'intervention des autorités administratives. En l'absence des autorités administratives, une grande partie du droit de la concurrence et du droit de la consommation serait dépourvue de son effectivité.

Après avoir apprécié les critères de distinction entre les deux types d'autorité, il convient de les analyser en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs (Section 2).

## **Section 2 La séparation souple des pouvoirs entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles**

L'exercice des pouvoirs des autorités constitue la deuxième phase d'appréciation. Il s'agit en effet d'analyser la répartition des pouvoirs et de l'aménagement de compétence. Deux phénomènes sont ainsi remarqués : le pouvoir accru des autorités administratives (§1) et la question cruciale sur les compétences des autorités juridictionnelles (§2).

### **§ 1 Le renforcement du pouvoir de nature juridictionnelle des autorités administratives**

Nous avons à plusieurs reprises évoqué les particularités du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Les aspects mixtes (l'intérêt général contre l'intérêt particulier, l'approche juridique contre l'approche économique) font de ces deux domaines juridiques les

branches spéciales qui exigent un régime d'application plus original notamment de la part des autorités administratives qui sont plus aptes à s'adapter en vue de répondre à l'évolution économique et sociale.

Avant d'examiner la nature du pouvoir exercé par les autorités de la concurrence et de la consommation, il convient d'évoquer la nature des actes administratifs en général. Le concept d'origine française dont nous parlerons ci-après est aussi suivi en Thaïlande.

Selon le principe de la séparation des pouvoirs, les administrations assurent l'application des lois et des règles concernées dans leur compétence alors que le pouvoir juridictionnel assure le règlement des litiges. Une question se pose concernant la nature juridique des mesures adoptées par les administrations pour mettre en œuvre les actes. Ces mesures sont-elles des mesures de police ?

La police administrative se définit comme la fonction de l'administration ayant pour objectif de faire régner l'ordre public en imposant en amont des restrictions à la liberté publique des intéressés.<sup>547</sup>

Quant à l'ordre public, nous en séparons en deux catégories. **D'une part**, l'ordre public général traduit un *minimum de conditions* nécessaires pour garantir l'exercice des libertés et droits fondamentaux.<sup>548</sup> **D'autre part**, l'ordre public spécial se caractérise expressément par les textes législatifs. Contrairement à l'ordre général, l'ordre public spécial constitue une autre façon ou une autre atteinte de celle à l'ordre général, ce qui justifie ainsi la protection spécifique. La loi fixe plusieurs éléments concernant la protection : l'autorité compétente, les procédures à suivre, les mesures qui peuvent être adoptées, les personnes intéressées et la finalité poursuivie.<sup>549</sup> Les protections spécifiques sont par exemple la police de la chasse, la police du cinéma ou la police des étrangers. C'est cette seconde catégorie qui concerne notre étude.

Nous pouvons remarquer dans le second groupe l'apparition des organes assurant la protection de l'ordre dotés d'un pouvoir accru. Au bout des procédés de la police administrative, l'autorité responsable peut éventuellement adopter un acte qui serait considéré comme une mesure de police ou une sanction administrative. La distinction entre les deux est souvent

---

<sup>547</sup> P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, p. 282

<sup>548</sup> N. BORAMANAND, *Droit administratif relatif au service public*, Winyuchon, 3<sup>e</sup> édition, 2004, p.30

<sup>549</sup> P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, p. 288

délicate. L'objectif de l'acte serait pris en compte pour déterminer la nature soit la mesure de police si elle est préventive, soit la sanction administrative si elle est répressive.

Avec le concept de la régulation, les législateurs pensent à un organe doté du pouvoir global. Seul l'exercice du pouvoir administratif ne suffit plus à réglementer les activités économiques. L'idée de créer un organe pouvant assurer le dossier jusqu'à la sanction est alors privilégiée. Le pouvoir de sanction pose pourtant la question sur la garantie du procès équitable, ce qui nous revient à considérer fortement cette idée. Ce type de pouvoir concerne tant les autorités de concurrence (A) que celles de consommation (B).

### **A) Le pouvoir de nature juridictionnelle des autorités de concurrence**

La question de pouvoir juridictionnel exercé par les autorités administratives en droit de la concurrence touche significativement au concept de l'autorité. En fait, la concurrence peut être considérée comme un ordre public spécial, c'est-à-dire, l'ordre public économique. Les autorités de concurrence en France et en Thaïlande ont la vocation générale de protéger le marché suivant les procédures définies dans la loi. Il faut par la suite interroger sur le fonctionnement des autorités si elles disposent d'un pouvoir à caractère quasi-juridictionnel (1°), puis sur les conséquences dans le cadre procédural des autorités (2°).

#### 1° Le caractère quasi-juridictionnel des autorités de concurrence

La question du caractère quasi-juridictionnel pose un enjeu important à la structure et au fonctionnement des autorités de concurrence. **En France**, l'ADLC suit la protection de l'ordre économique. Avec les procédures et moyens établis, l'Autorité peut adopter une décision qui peut être considérée comme sanction administrative car elle a dans le but de réprimer les actes anticoncurrentiels commis. Une prochaine étape est d'examiner si l'ADLC exerce le pouvoir quasi-juridictionnel. Les réponses proviennent des deux côtés.

**D'un côté**, le pouvoir peut être considéré comme quasi-juridictionnel dans la mesure où la sanction prononcée par l'ADLC constitue une résolution du conflit. Le recours à la décision n'est pas nécessaire. De plus, la juridiction compétente du recours de la décision est la Cour d'appel de Paris, ce qui implique que l'Autorité joue un rôle de la juridiction au premier ressort.

**D'un autre côté**, l'Autorité ne peut être considérée comme juridiction. En effet, Monsieur LASSERRE, président de l'ADLC, avait abordé ce sujet dès la création de l'Autorité

considérant qu'elle n'est pas de quasi-juridiction.<sup>550</sup> Le président LASSERRE a précisé le statut d'autorité administrative indépendante en appuyant sur les missions inscrites dans l'article L461-1 du Code de commerce de veiller «*au libre jeu de la concurrence et d'apporter le concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international.*»

La déclaration faite à l'article L461-1 du Code de commerce est cruciale à double titre. **D'une part**, l'Autorité administrative indépendante ne peut être considérée comme juridiction, mais comme une autorité de nature non judiciaire selon le Conseil constitutionnel.<sup>551</sup> **D'autre part**, l'insertion du cadre des missions de l'Autorité jamais énoncé pendant la période du Conseil de la concurrence signifie que l'Autorité n'exerce pas seulement le pouvoir du contrôle, mais elle assure globalement la protection de la libre concurrence dans les secteurs économiques. Le rapport du Sénat avait observé le déclin graduel de la nature quasi-juridictionnelle du Conseil de la concurrence dans le temps.<sup>552</sup> Ce phénomène est remarquable dans la mesure où la fonction consultative du Conseil était de plus en plus élargie.

**En Thaïlande**, la Commission de la concurrence exerce le pouvoir dans un autre degré. Même si le Professeur Sakda THANITCUL la considère comme un organe exerçant une partie du pouvoir législatif, exécutif et juridictionnel,<sup>553</sup> la procédure de la Commission est loin d'être qualifiée de juridiction. La sanction prononcée par la Commission manque gravement la force obligatoire et la Commission ne dispose pas de moyen à exécuter sa sanction. L'absence de pouvoir global de la Commission peut être expliquée par la composition de la Commission qui repose en grande partie sur la nomination du pouvoir exécutif à tel point que le pouvoir global ne puisse être accordé.

La question de savoir si l'ADLC est ou non une quasi-juridiction n'importe finalement peu tant que les conséquences sur ce caractère seront ensuite discutées (2°).

---

<sup>550</sup> B. LASSERRE, «L'office de l'Autorité de la concurrence», *Justice & cassation*, 2010, p. 101

<sup>551</sup> CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989

<sup>552</sup> Patrice Gélard, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome II : Annexes, p. 105

<sup>553</sup> S. THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 286

## 2° Les conséquences du caractère quasi-juridictionnel des autorités de concurrence

L'enjeu du caractère de pouvoir porte sur l'encadrement de la procédure assurée par les autorités. La question posée est de savoir si la différence des caractéristiques du pouvoir exercé entre les autorités administratives et les juridictions entraîne aussi la différence des standards appliqués au déroulement de procédure. Les standards imposés doivent être cohérents au regard des pouvoirs attribués.

**En France**, la procédure de l'ADLC est contrôlée à deux niveaux. **En droit interne**, le Conseil constitutionnel a admis la possibilité d'attribuer un pouvoir de sanction à l'autorité administrative *«dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis.»*<sup>554</sup> Il est sans doute que les autorités administratives ne peuvent pas prononcer de sanctions privatives de liberté, mais de nature pécuniaire, ce qui est plus appropriée à la régulation économiques. Les décisions de l'ADLC sont considérées comme sanction administrative qui se distingue de la mesure de police. Alors que la mesure de police est soumise au principe du contradictoire, le régime juridique de la sanction administrative est plus réglementé.

**Sur le plan du droit international**, la France est soumise aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont l'article 6 définit le droit à un procès équitable.<sup>555</sup> La question posée ici est de savoir si l'ADLC peut être qualifiée de *"tribunal"* au sens de l'article 6 de la Convention. En effet, l'interprétation de cette qualité s'effectue de façon autonome. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) interprète la notion du tribunal de l'article 6 indépendamment de la juridiction interne. La sanction des pratiques anticoncurrentielles donnant lieu à l'amende peut ne pas être qualifiée

<sup>554</sup> CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989

<sup>555</sup> L'article 6 -1 de la Convention dispose que *«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.»*

comme une infraction pénale au regard de la CEDH.<sup>556</sup> La qualification du droit interne n'a qu'une valeur relative.<sup>557</sup> Les juridictions internes ont considéré cette problématique plus généralement sur les autorités administratives indépendantes. Le Conseil d'État a qualifié les autorités administratives indépendantes de "*tribunal*" au sens de l'article 6 de la Convention<sup>558</sup> après les avoir exclues.<sup>559</sup>

La qualification donne lieu à plusieurs conséquences. **D'abord**, la décision doit être motivée et prise par des organismes soumis au principe d'impartialité. Ce principe se heurte véritablement au cas d'autosaisine. La jurisprudence administrative impose que la personne poursuivie ne soit pas présumée coupable.<sup>560</sup> Mais cela n'interdit pas la présence du rapporteur ayant instruit le dossier à la réunion de délibération. La procédure contradictoire au même niveau des droits de la défense doit aussi être respectée.<sup>561</sup>

**Ensuite**, la sanction exclusive de toute privation de liberté est régie par les principes de la répression pénale. La loi ou le règlement doit être non rétroactif<sup>562</sup> et déterminant dans le comportement faisant l'objet de contrôle ainsi que dans le contenu des mesures d'injonction prononcées. Le comportement poursuivi et la sanction doivent être alors proportionnels.

**Enfin**, le contrôle juridictionnel est nécessaire. Le recours est de pleine juridiction qui permet au juge de réviser les sanctions prononcées notamment sur la proportionnalité de la pratique et la sanction.<sup>563</sup>

Quant à la Commission de la concurrence, **la Thaïlande** n'est soumis à aucun traité international qui régit le droit à procès équitable. Il faut donc apprécier les conséquences seulement en application du droit interne. En principe, la Commission de la concurrence est une autorité administrative dont le fonctionnement doit être soumis à sa propre loi relative à la concurrence 1999 ainsi que la loi relative à la procédure administrative 1996 qui est la loi-cadre

<sup>556</sup> CEDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*

<sup>557</sup> CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*

<sup>558</sup> CE Ass. 3 décembre 1999, n°207434, *Didier*

<sup>559</sup> CE, 4 mai 1998, n°164294, *Soc. Bourse Wargny*

<sup>560</sup> CE, 20 octobre 2000, n°180122, *Soc. Habib Bank*

<sup>561</sup> CE Sect. 27 octobre 2006, n°276069, *Parent et autres*

<sup>562</sup> CE Sect. Avis 5 avril 1996, n°176611, *Houdmond* et CE Ass. 16 février 2009, *Soc. Atom*. Comme en droit pénal, la rétroactivité *in mitius* est appliquée.

<sup>563</sup> CE Ass. 16 février 2009, *Soc. Atom*, déjà cité

de tous les processus administratifs. Par l'ordre chronologique, la loi relative à la concurrence 1999 a été édictée après la loi relative à la procédure administrative 1996, ce qui réduit le risque de la contrariété de la loi relative à la concurrence à l'égard de la loi relative à la procédure administrative.

Sur les deux législations, deux caractères principaux de l'équité sont établis. **D'une part**, la Commission est soumise au principe de l'impartialité. L'article 13 interdit à certaines catégories de personne liée à la partie en cause de participer à tous les processus.<sup>564</sup> Pour les autres cas qui peuvent affecter l'impartialité de la Commission, le membre en cause doit s'exclure de toute participation soit à l'initiative du membre, soit à la demande de la partie en cause. **D'autre part**, le principe du contradictoire est respecté. L'entreprise en cause a le droit d'accès aux documents et celui d'être entendue. Ainsi, la décision doit être motivée tant en droit qu'en fait (l'article 32 de la loi relative à la concurrence 1999).

À partir des principes émis par les lois, nous pouvons remarquer un risque important dans l'impartialité de la Commission. En effet, il est peu probable que l'entreprise, dans la pratique qui appartient souvent à un grand groupe, n'ait pas de lien de connaissance avec les membres de la Commission notamment les membres experts en provenance des opérateurs. La loi relative à la procédure administrative 1996 avait pensé seulement au rapport négatif entre le commissionnaire et la partie en cause, mais en droit de la concurrence c'est plutôt le favoritisme qui se produit. La disposition n'autorise pas au tiers d'évoquer le vice caché de l'impartialité. Le problème de l'impartialité est l'une des causes qui paralysent le fonctionnement de la Commission de la concurrence en Thaïlande.

Il convient ensuite d'analyser l'exercice des pouvoirs de nature juridictionnelle des autorités administratives de la consommation (B).

---

<sup>564</sup> L'article 13 de la loi relative à la procédure administrative 1996 dispose que «*Ne sont pas autorisées à participer à la procédure administrative*

- (1) *La partie elle-même,*
- (2) *L'époux(se) ou le fiancé(e) de la partie,*
- (3) *Personne de la même famille de la partie,*
- (4) *Personne étant ou ayant été tuteur, curateur ou mandataire de la partie*
- (5) *Créditeur, débiteur ou employeur de la partie et*
- (6) *les autres cas fixés par l'arrêté ministériel.»*

## **B) Le renforcement du pouvoir de nature juridictionnelle des autorités de consommation**

Le droit de la consommation présente une étendue très large en même temps que ses valeurs à protéger plus réduites par rapport au droit de la concurrence. Cela donne aux autorités responsables certaines particularités qui méritent d'être examinées. Notre étude porte en premier lieu sur l'analyse de la protection du consommateur dans la théorie de l'ordre public (1°), avant de procéder en second lieu au concours entrepris par des autorités à renforcer ses pouvoirs (2°).

### 1° La protection du consommateur : l'ordre public ambigu

Nous avons déjà appris que la police administrative vise à protéger l'ordre public qui peut être encore classé en deux catégories : l'ordre public général et l'ordre public spécial. La concurrence relève de l'ordre public spécial par son enjeu important et son contenu précis. De ce fait, l'autorité administrative de concurrence peut être dotée d'un pouvoir accru de la même façon qu'une autorité de régulation.

Quant à la consommation, la position de la police administrative dans ce domaine paraît moins claire à cause de l'étendue très large du droit de la consommation. La protection du consommateur participe tantôt à la sécurité assurée par l'ordre public général, tantôt à l'intérêt économique, ce qui présente un niveau de protection augmenté. Même si l'intérêt collectif des consommateurs peut être regardé comme un enjeu important, son contenu reste toujours divers remettant en cause la possibilité de créer une autorité forte avec des moyens accrus tel qu'il est en droit de la concurrence.

De nombreuses autorités administratives en droit de la consommation ont le caractère commun d'être une simple autorité avec peu de moyens d'agir. Leurs actions revêtent le caractère de la mesure de police tant qu'elles visent à prévenir un trouble dans le futur. Par exemple, l'interdiction de la vente d'un produit dangereux n'a pas pour objet de sanctionner l'opérateur du produit, mais de protéger la sécurité physique des consommateurs. L'enquête sur les infractions condamnées par voie pénale est prise en charge par les agents des autorités qui exercent le pouvoir comme la police judiciaire. Le dossier est instruit par le procureur, puis jugé par le tribunal. Les autorités ne prennent aucune part dans la décision. Le fonctionnement des autorités s'effectue pour objet de la protection plutôt que la sanction. L'exigence d'instituer au sein des autorités une compétence de nature juridictionnelle n'est alors pas nécessaire.

La problématique qui se pose ici concerne la recherche des moyens efficaces pour mettre en œuvre les pouvoirs de police des autorités administratives. Il s'agit de trouver les moyens d'achever, dans le cadre juridique possible, les missions de la protection du consommateur (2°).

### 2° Le renforcement du cadre de pouvoirs des autorités administratives de consommation

Nous avons vu dans le point précédent qu'il est peu probable qu'une autorité administrative en droit de la consommation soit dotée d'un pouvoir important voire juridictionnel dans la gestion des affaires de la consommation. Avec les compétences limitées, les autorités connaissent aujourd'hui une nouvelle difficulté sur l'application de ses mesures de police. En effet, les compétences incomplètes des autorités contraignent gravement leur fonctionnement. Si les agents de la DGCCRF ou de l'OCPC sont habilités à engager une enquête, ils peuvent constater une infraction sans pour autant sanctionner le comportement illicite. En fait, les agents peuvent ordonner la cessation de la pratique en cause, mais que faire en cas du non-respect des injonctions ?

**En France**, la difficulté rencontrée par les agents de la DGCCRF fait partie de la réforme de la régulation économique durant la campagne électorale. En juillet 2013, Benoît HAMON, ministre délégué à l'Économie sociale et solidaire et à la Consommation à l'époque, avait déposé un projet de loi relatif à la consommation. Il a été adopté au Sénat en novembre 2013 et entré en discussion à l'Assemblée nationale. Ce projet devient la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Les modifications dans ce texte sont nombreuses notamment en ce qui concerne la mise en place au sein de la DGCCRF des sanctions administratives comme alternatives aux sanctions pénales et civiles en cas de non-respect de certaines dispositions du droit de la consommation. Plus précisément, l'article L141-1-2 inséré au Code de la consommation a défini le cadre de l'amende administrative prononcée par l'autorité administrative chargée de la consommation.

L'infraction est constatée par procès-verbal transmis à la personne mise en cause. Avant toute décision, la personne mise en cause est informée en écrit de ses droits d'accès aux pièces, de faire assister par le conseil et de présenter ses observations écrites ou orales dans le délai d'un mois. Après ce délai, l'autorité peut par décision motivée prononcer l'amende. Si cette amende

administrative se cumule avec l'amende pénale du même fait, le montant global ne peut pas dépasser le maximum légal le plus élevé.

Il nous reste toutefois deux points à préciser. **D'une part**, l'autorité chargée de la consommation pourraient désormais devenir tribunal au sens de l'article 6 de la Convention des droits de l'homme. Dans ce cas, le cadre procédural reste largement à définir pour garantir l'accès au procès équitable. En effet, un décret en Conseil d'État est exigé pour préciser les modalités d'application. **D'autre part**, étant donné que les domaines de la consommation entrant dans le régime de la sanction administrative peuvent présenter des dossiers énormes pour l'administration, le pouvoir de prononcer la sanction administrative doit être fait en vigilance afin qu'il ne devienne pas banal, ce qui détruit lui-même l'efficacité du procès.<sup>565</sup>

**En Thaïlande**, l'OCPC dispose des pouvoirs limités uniquement en ce qui concerne la publicité. L'article 27 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 habilite la Commission sur la publicité à ordonner une injonction de modifier ou de supprimer le message, de cesser la diffusion ou de diffuser un message rectificatif. Si le professionnel n'est pas d'accord avec l'ordonnance, il peut faire le recours devant la Commission de la protection du consommateur selon l'article 43 de la loi.

L'inefficacité de l'intervention reste un problème permanent de l'OCPC. Il y a de nombreux débats qui n'aboutissent à aucune réforme rigoureuse. En fait, la Thaïlande dispose du même dispositif que la France sur la sanction pénale résultant d'un non-respect des injonctions, mais l'amende n'est rarement mise en œuvre tant qu'elle exige le jugement de la cour. Cette lacune est en revanche peu discutée, l'échec de la protection du consommateur est souvent lié au défaut matériel de l'OCPC.

Avec la disposition constitutionnelle obligeant à créer l'Organe indépendant des consommateurs, les associations de consommateurs voient ce futur organe comme espoir dans la protection du consommateur. Cette vision conduit à l'insertion dans le projet de loi créant cet organe les compétences élargies dont le pouvoir d'enquête des actes contre l'intérêt du consommateur. Cette proposition n'échappe pas aux vives critiques. Sur le plan organisationnel, cette mission est déjà assurée par les agents de l'OCPC. Il ne s'agit pas en effet de réformer, mais

---

<sup>565</sup> Sur ce sujet, voir 2° *L'évolution récente du cadre de pouvoir d'enquête de l'autorité administrative*, p.367 et suiv.

d'ajouter ou de changer les responsables de cette mission. En outre, cette compétence comprend notamment l'audience des personnes concernées, ce qui devrait relever du pouvoir de l'administration, et non pas d'organe de concertation des consommateurs.

Sur le plan juridique, l'attribution de tel pouvoir se heurte véritablement au principe de l'impartialité. L'organe indépendant des consommateurs sera composé uniquement des représentants de consommateurs. Cette composition ne suffit pas à accorder ce pouvoir. Pour renforcer les moyens dans la lutte contre l'atteinte aux consommateurs, il faut penser à la réforme du cadre des pouvoirs au lieu de l'acteur qui en exerce.

Après avoir examiné les autorités administratives, il convient ensuite d'analyser les autorités juridictionnelles caractérisées par la répartition de compétence entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative (§2).

## **§ 2 La répartition de compétence au sein des autorités juridictionnelles**

Compte tenu que la France et la Thaïlande ont adopté une dualité des ordres de juridiction, le premier devoir est de trouver la ligne de partage des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative. L'enjeu de la répartition résulte des différences de procédure et de mentalité et expertise du juge, ce qui entraîne des jugements différents. La répartition de compétence dans les domaines de la concurrence et de la consommation paraît cependant compliquée tant qu'ils se composent, **d'une part**, de la réglementation des activités économiques étant les affaires *a priori* privées, et **d'autre part**, de l'intervention des pouvoirs publics.

En tenant compte de cette particularité, nos observations portent sur la compétence dans les domaines du droit de la concurrence et du droit de la consommation devant la juridiction judiciaire (A), puis la compétence devant la juridiction administrative (B).

### **A) Le cadre des compétences de la juridiction judiciaire**

Les tribunaux de l'ordre judiciaire assurent en principe le règlement des contentieux privés. Les responsabilités prononcées par cet ordre sont de nature civile ou pénale. Cette étude s'intéresse préférentiellement à la responsabilité civile permettant la réparation des dommages

subis par les victimes de l'infraction (1°). Plus particulièrement, la compétence de l'ordre judiciaire est encore élargie à apprécier la décision de l'autorité en droit de la concurrence (2°).

1° Le *private enforcement* en droit de la concurrence et en droit de la consommation

Le *private enforcement* désigne les actions en indemnisation engagées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles.<sup>566</sup> C'est un terme plus employé en droit de la concurrence qu'en droit de la consommation. La démarche pour se prévaloir par l'initiative privée s'oppose au *public enforcement* entrepris par les autorités administratives. En effet, ces deux approches constituent les fondements différents.

**En France**, la distinction entre le caractère privé et public est évidente. L'ADLC défend l'ordre public économique dont l'atteinte au marché par les pratiques anticoncurrentielles sera sanctionnée. En revanche, l'Autorité ne peut prononcer sur l'atteinte aux intérêts privés. Le dommage à ce dernier doit être réparé par l'action devant la juridiction judiciaire.<sup>567</sup> **En Thaïlande**, la distinction paraît moins claire tant que la Commission de la concurrence peut aussi intervenir à la sanction des pratiques restrictives de concurrence qui affectent seulement l'intérêt privé.

L'action en réparation par voie judiciaire est possible tant en droit français qu'en droit thaïlandais (l'article 40 de la loi relative à la concurrence 1999) sur le fondement des règles communes de la responsabilité civile délictuelle. Les systèmes juridiques français et thaïlandais sur ce régime de responsabilité exigent la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Toutefois, il y a un déséquilibre remarquable entre l'action devant la juridiction et l'action de l'ADLC. Ce phénomène peut être lié à deux éléments.

**D'une part**, l'action en réparation rencontre des difficultés procédurales. Le caractère complexe des pratiques anticoncurrentielles constitue un obstacle important à montrer l'existence de la faute. L'expertise du juge civil n'est souvent pas suffisante à apprécier le comportement en cause. Le recours à l'expert rend le litige plus long et coûteux. L'analyse devient encore plus

---

<sup>566</sup> Sylvain JUSTIER, «3 QUESTIONS Droit de la concurrence et private enforcement», *JCP E*, n°23, 7 juin 2012, 361

<sup>567</sup> Juliette HOCHART et Pauline de LANZAC, «L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence», *JCP G*, n°38, 16 septembre 2013, 976

difficile quant à l'appréciation du dommage subi. **En France**, la Cour de cassation a adopté la théorie du *passing-on defense* qui indique que le surcoût subi par la victime directe de l'infraction commise pourrait avoir été répercuté sur ses propres clients et ne devrait donc pas faire l'objet d'une indemnisation à son profit.<sup>568</sup> Dans cette hypothèse, c'est les consommateurs finaux qui doivent être légitimes pour demander la réparation.

**D'autre part**, l'absence d'effectivité du *private enforcement* résulte également du problème de l'attitude. Dans la société américaine où la protection de la concurrence et du consommateur est beaucoup plus développée, les acteurs privés jouent un rôle important dans la réparation de leur droit. Geraint HOWELLS et Thomas WILHELMSSON concluent bien sur ce point que les États européens adoptent le principe de *régulation et administration* alors que les États-Unis adoptent le principe d'*information et contentieux*.<sup>569</sup> Les victimes d'infraction **en France** s'adressent leur dossier *a priori* auprès des autorités de contrôle plutôt que la juridiction. La situation est encore pire en Thaïlande. Dès lors que la Commission de la concurrence n'aboutit à sanctionner aucun opérateur, le recours devant la juridiction est loin d'être réalisé.

Afin de renforcer le *private enforcement*, la réforme procédurale semble souhaitable notamment en matière de preuve. Un élément très utile serait de lier la juridiction à l'appréciation de la faute par l'autorité administrative. **En France et en Thaïlande**, le juge n'est pas tenu à respecter l'appréciation de l'autorité,<sup>570</sup> ce qui est contraire en droit communautaire.<sup>571</sup> En pratique, il est rare que les juges français aillent à l'encontre de l'appréciation de l'ADLC. La reconnaissance par le juge judiciaire à la décision rendue par l'autorité figure dans la proposition de directive du 11 juin 2013 sur les actions en dommages et intérêts. Par ce dispositif, la charge des victimes serait allégée permettant une véritable liaison entre les actions publique et privée.

Un autre élément important du *private enforcement* est l'action de groupe que nous aborderons prochainement dans le Titre 2.

---

<sup>568</sup> Cass. Com., 15 juin 2010, N°09-15816, Non publié au bulletin

<sup>569</sup> Geraint HOWELLS et Thomas WILHELMSSON, «EC and US Approches to Consumer Protection – Should the Gap be Bridged ?», *Yearbook of European Law*, 1997, Presse Universitaire d'Oxford, 1999, p. 212-213

<sup>570</sup> Cass. Com., 17 juillet 2001, N°99-17251, Non publié au bulletin

<sup>571</sup> En vertu de l'article 16 du règlement du Conseil européen n°1/2003, la décision rendue par la Commission européenne lie les juridictions nationales.

2° Le régime exceptionnel du recours dirigé contre la décision de l'autorité du droit de la concurrence

Outre que le rôle traditionnel du juge judiciaire, la juridiction peut se voir attribuer une compétence spécifique sur l'appréciation de la décision rendue par l'autorité administrative qui doit être en principe soumise au contrôle du juge administratif. En général, ce type d'attribution est possible tant en France et en Thaïlande, mais avec les fondements différents.

**En France**, l'ADLC participe à la vague de création des autorités de régulation suite à l'ouverture à la concurrence des secteurs telles que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) etc. Ce concept d'origine outre-Atlantique, étant novateur en France, impose ensuite un régime particulier dans le fonctionnement de la régulation. De nombreuses autorités qui disposent de pouvoir de règlement des différends voient leurs décisions soumises au contrôle de la Cour d'appel de Paris. Toutefois, un texte dérogatoire est nécessaire pour transférer la compétence.

S'agissant de l'ADLC, le transfert de compétence s'est effectué depuis la période du Conseil de la concurrence. En effet, l'idée de transfert s'est inspirée à l'occasion de la transformation de la Commission de la concurrence en Conseil de la concurrence par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Le transfert de compétence a été envisagé dans ce texte dans le souci d'assurer aux justiciables des garanties suffisantes et de répondre aux enjeux importants idéologiques, politiques et corporatifs.<sup>572</sup> Ce transfert a été opposé par le Conseil d'État qui a contraint le législateur à opérer le transfert dans cette occasion. La deuxième tentative a été entreprise l'année suivante, mais le projet de loi déféré au Conseil constitutionnel était censuré dans la mesure où le projet de loi n'habilitait pas le juge judiciaire à prononcer le sursis à exécution considéré comme garantie essentielle aux droits de la défense. Dans la même décision, les sages ont admis cependant que *«lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la*

<sup>572</sup> Nicole DECOOPMAN, «Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes», in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 214

*justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé.»*<sup>573</sup> Enfin, la loi n°87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire est entrée en vigueur et la juridiction compétente reste toujours la Cour d'appel de Paris.

**En Thaïlande**, la compétence de la juridiction judiciaire paraît à l'inverse. Si la juridiction administrative en Thaïlande a été créée très récemment en 2001, le recours à certaines décisions administratives a déjà eu lieu dans les cours judiciaires à travers la spécialisation de compétence. Parmi les tribunaux spécialisés,<sup>574</sup> deux sont compétents pour le recours contre la décision des autorités administratives : La Cour de taxe pour la décision de l'agent ou de la commission en matière fiscale et la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international pour la décision de la Commission de brevet ou celle de la Commission de la marque. Toutes ces juridictions spécialisées ont été instituées avant la reconnaissance constitutionnelle de la juridiction administrative.

Quant à la Commission de la concurrence, en l'absence de règle particulière, la décision de la Commission reste soumise au contrôle de la juridiction administrative. À l'occasion de la réforme du droit de la concurrence, l'idée de transférer le contentieux des décisions de la Commission de la concurrence vers la juridiction judiciaire paraît intéressant tant qu'au fond le contentieux du droit de la concurrence est de nature privée. Cette proposition présente deux avantages. **D'une part**, sur le plan théorique les parties civiles en cause peuvent se disputer en matière de la concurrence devant le juge civil sans intervention des juridictions administratives. **D'autre part**, sur le plan juridique, le transfert peut s'opérer avec peu de difficulté par la loi. En effet, la loi relative à la Cour administrative et à la justice administrative du 5 octobre 1999 (E.B. 2542) reconnaît dans l'article 9 l'existence des tribunaux spécialisés ainsi que la création éventuelle d'une nouvelle cour spécialisée.<sup>575</sup>

---

<sup>573</sup> CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987

<sup>574</sup> La juridiction judiciaire en Thaïlande comporte actuellement cinq tribunaux spécialisés : la Cour de famille et juvénile, la Cour de travail (équivalente du Conseil de prud'hommes en France), la Cour de surendettement, la Cour de taxe et la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international.

<sup>575</sup> L'article 9 alinéa 2 de la loi relative à la Cour administrative et à la justice administrative dispose que «*Ne sont pas soumis à la juridiction administrative : (1) la procédure disciplinaire au sein du corps militaire, (2) la procédure au sein de la Commission judiciaire et (3) les contentieux dans le cadre de la Cour de famille et juvénile,*

Cette disposition traduit donc la possibilité pour le législateur de transférer la compétence d'apprécier les décisions de la Commission de la concurrence. Le législateur dispose de deux choix, soit la création d'une nouvelle juridiction spécialisée est prévue à cet effet, soit la compétence est transférée vers une cours spécialisée existante, ce qui est plus probable. Parmi ces cours existantes, la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international paraît plus adaptée à cette compétence en raison de la nature proche du domaine des propriétés intellectuelles. De plus, cette Cour adopte le système du juge *ad hoc* spécialisé en matière de propriétés intellectuelles et commerce international. Autrement dit, les juges *ad hoc* sont les personnalités qui comprennent le monde des affaires et qui sont capables d'appliquer le droit de la concurrence. Pour l'instance, la juridiction compétente demeure la juridiction administrative. En revanche, la question du juge compétent devait être invoqué à l'occasion de la réforme institutionnelle du droit de la concurrence.

La question est désormais de savoir dans quelle mesure le juge administratif peut intervenir en matière de la concurrence et de la consommation (B).

### **B) Le cadre des compétences de la juridiction administrative**

Dans la mesure où le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont des droits économiques, les litiges dans ces deux domaines devraient être tranchés par les juridictions judiciaires comme nous l'avons expliqué. Les contentieux devant la juridiction administrative peuvent toutefois survenir en cas de contestations des actes d'une autorité administrative. Ces actes peuvent être distingués en deux catégories : les pratiques décisionnaires de l'autorité administrative (1°) et l'applicabilité du droit de la concurrence et du droit de la consommation à la personne publique (2°).

#### 1° Les litiges opposant une décision des autorités administratives

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation définissent les actes considérés comme illicites et qui peuvent faire l'objet du contrôle par les autorités administratives (en France : l'ADLC et la DGCCRF, en Thaïlande : la Commission de la concurrence).

---

*la Cour de travail, la Cour de surendettement, la Cour de taxe, la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international et d'autres cours spécialisées.»*

a) *Le recours contre les décisions des autorités administratives du droit de la concurrence*

Qu'en est-il du recours contre la sanction des autorités du contrôle devant le juge administratif ? **En France**, nous avons déjà évoqué le transfert de compétence de connaître le recours vers la juridiction judiciaire. En revanche, le transfert n'est pas total. Le recours contre les décisions de l'ADLC en ce qui concerne la concentration économique doit être dirigé devant le Conseil d'État. Cette voie de recours implicite dans le Code de commerce est exposée dans l'article R113-1 du Code de justice administrative. Il y a ainsi deux observations à retenir.

**D'une part**, il serait intéressant de savoir pourquoi le contrôle de la concentration économique reste soumis à la juridiction administrative. Un critère important est qu'en fait ce type de contrôle est de nature *ex ante*. C'est-à-dire, il s'effectue avant que l'opération ait lieu, ce qui est totalement différent aux contrôles des pratiques anticoncurrentielles telles que l'entente ou l'abus de la position dominante qui sont le contrôle *ex post*. Il n'y a pas encore de dommage qui fait l'objet du litige en cas de *private enforcement*.

**D'autre part**, il serait également intéressant de savoir que la juridiction compétente ici n'est ni le tribunal administratif, ni la cour administrative d'appel, mais le Conseil d'État. Le contrôle exercé par l'ADLC est alors très apprécié. En outre, la concentration constitue une pratique des affaires qui doit être en rythme de la vie économique. Le contrôle doit être rapide pour ne pas être à l'inverse une entrave à la croissance économique.

Le maintien de la compétence au juge administratif présente en même temps une faiblesse. Le principe va à l'encontre du but d'unifier le régime des recours contre des décisions rendues par l'ADLC sous le contrôle du juge judiciaire. La sensibilité du juge du Conseil d'État dans la matière peut être différente par rapport à la juridiction judiciaire et ne devient pas souhaitable dans la régulation de la concurrence.<sup>576</sup>

**En Thaïlande**, il n'y a aucune règle dérogatoire. Toutes les décisions de la Commission de la concurrence sont contrôlées par la juridiction administrative y compris celle concernant la

---

<sup>576</sup> Laurence BOY, «Le nouveau contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ?», in *Technology and competition, Technologie et concurrence, Contributions in honour of, Mélanges en l'honneur de Hanns ULLRICH*, Larcier, 2009, p. 780

concentration. L'article 40 de la loi relative à la concurrence 1999 autorise la partie civile de porter plainte pour la réparation du dommage dans tous les fondements y compris la concentration économique. En prenant l'exemple de la France, le législateur thaïlandais dispose de deux choix pour la concentration soit elle est transférée vers la juridiction judiciaire comme nous l'avons déjà proposé pour les pratiques anticoncurrentielles, soit la compétence demeure réservée à la juridiction administrative. Dans ce second cas, le recours direct à la Cour administrative suprême est également possible car l'article 11 de la loi relative à la Cour administrative et à la justice administrative 1999 admet la possibilité que la loi fixe les domaines de recours en premier et dernier ressort à la Cour administrative suprême.

*b) Le recours contre les décisions des autorités administratives du droit de la consommation*

**En droit de la consommation**, le recours contre les décisions des autorités administratives suivant la procédure de contrôle est encore rare puisqu'**en Thaïlande** l'OCPC ne peuvent pas encore prononcer la sanction en cas du non-respect de leur injonction. **En France**, malgré l'instauration récente du régime de sanction administrative au sein de la DGCCRF, le recours contre ces décisions pourrait être un recours pour excès de pouvoir, ce qui peut être nombreux qui ne présente pas de particularité. Le recours administratif en droit de la consommation paraît beaucoup moins important par rapport à celui en droit de la concurrence.

Un autre aspect envisagé dans le contentieux administratif est ce sur l'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation aux personnes publiques (2°). Autrement dit, ces dernières en tant qu'objet du droit.

2° L'applicabilité du droit de la concurrence et du droit de la consommation à la personne publique

L'application du droit économique à la personne publique assurant les missions d'intérêt général n'est pas de question facile. En effet, il ne s'agit pas seulement d'une question théorique qui doit être bien établie, mais également de l'évolution de la culture économique au sein des organismes publics.

a) *L'applicabilité du droit de la concurrence aux organismes publics*

**En France**, il a fallu du temps pour que les actes des personnes publiques soient soumis au principe de la libre concurrence notamment dans la passation de la commande publique. Il y a deux jurisprudences à évoquer sur le développement dans ce domaine.

**D'abord**, le Conseil d'État avait abordé en 1997 dans son arrêt *Million et Marais*<sup>577</sup> la compétence du juge administratif de contrôler la légalité d'un contrat administratif sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. **Puis**, en 2000, l'avis *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>578</sup> du Conseil d'État considère qu'il n'y a aucun texte ni aucun principe qui interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Mais, le pouvoir adjudicateur est tenu à respecter tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

D'après ces jurisprudences, ce n'est pas les règles substantielles de la concurrence qui sont évoqué, mais les moyens viennent même du contenu du principe de libre concurrence. Les pouvoirs adjudicateurs ne commettent pas d'entente ou d'abus, mais leur acte est attaqué au moyen du manquement à l'obligation de mise en concurrence. Ces obligations portent sur toutes les étapes de la procédure : la publicité du marché, l'égal accès aux informations des candidats, la transparence des critères d'attribution du marché, etc.

**En Thaïlande**, un obstacle important à l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques réside dans l'article 4 de la loi relative à la concurrence 1999 qui interdit l'application aux personnes publiques. En pratique, les pouvoirs adjudicateurs sont attaqués dans leur comportement soupçonné déloyal. Dans un arrêt de la Cour administrative suprême, la Cour a jugé que le fusionnement de toutes les prestations à caractère différent dans un seul marché peut être justifié pour l'intérêt de l'administration.<sup>579</sup> Cette position va à l'encontre du principe d'allotissement dans le Code des marchés publics français qui exige de séparer les prestations en faveur de la concurrence. Un autre arrêt porte sur les conditions de l'entreprise candidate fixées par le pouvoir adjudicateur. Le juge a en effet considéré que même s'il est loisible au pouvoir

<sup>577</sup> CE 3 novembre 1997, n°169907, *Sté Million et Marais*

<sup>578</sup> CE Avis 8 novembre 2000, n°222208, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*

<sup>579</sup> Cour administrative suprême, n° Aor 159/2548 du 13 décembre 2005

adjudicateur de fixer les conditions de candidat, la fixation doit être faite au respect de la bonne foi et de la transparence en faveur de la libre concurrence entre les candidats. Les conditions qui ne sont pas nécessaires et excèdent le standard minimal du marché sont alors illégales.<sup>580</sup>

Nous pouvons remarquer que le principe de libre concurrence est *de facto* applicable aux personnes publiques. Mais la cour administrative hésite encore à consacrer sa protection au nom de la concurrence. Elle appuie plutôt sur la loyauté de la procédure en faisant référence aux dispositions du règlement de l'Office du Premier Ministre sur le marché public 1992 dont le contenu de ce règlement n'est pas toujours destiné à assurer la libre concurrence.

*b) L'applicabilité du droit de la consommation aux organismes publics*

L'applicabilité du droit de la consommation aux personnes publiques trouve un point commun avec celle du droit de la concurrence. C'est plutôt son principe fondamental que son contenu qui s'applique aux personnes publiques. Le juge administratif fait une liaison entre la relation professionnel-consommateur dans le cadre des services publics sans pour autant évoquer les règles de la consommation spécifiques envers les personnes publiques. En effet, le statut d'usager en droit du service public est souvent considéré comme consommateur, ce qui résulte de l'évolution des services publics vers les activités économiques. Ce point de vue **en France et en Thaïlande** est établi pour renforcer les droits des consommateurs. Le caractère de supériorité de la personne publique gestionnaire de service public au regard des usagers paraît alors évident.

En revanche, le droit de la consommation se heurte à appliquer son contenu propre à la relation entre le gestionnaire et les usagers. Un bon exemple peut être tiré du régime des clauses abusives. Si la personne publique pourrait être dans une position supérieure aux usagers-consommateurs, le déséquilibre significatif censuré en droit de la consommation peut être toléré. Cela est possible dans la mesure où les missions de service public sont les activités d'intérêt général. Un obstacle important dans l'application du droit de la consommation à la personne publique réside dans la réconciliation entre l'interdiction des clauses abusives et le pouvoir exorbitant des puissances publiques.<sup>581</sup> L'équilibre entre les droits des consommateurs et l'intérêt général n'est pas facile à trouver.

---

<sup>580</sup> Cour administrative suprême, n° Aor 233/2552 du 5 octobre 2009

<sup>581</sup> François BÉROUJON, «La sanction du droit du marché par le juge administratif», *RJEP*, n° 712, octobre 2013, étude 13

## Conclusion du Chapitre 1

L'objectif du chapitre 1 était avant tout de connaître quelles sont les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation. Après avoir envisagé la notion d'autorité, nous avons par la suite identifié les caractères très complexes de ces autorités que nous pouvons alors présenter en deux observations.

**La première observation** porte sur la présentation des autorités. Nous devons **d'une part** adopter une notion spécifique, plus extensive de l'autorité dans ces deux domaines juridiques. Cette particularité tient à la part non négligeable du rôle consultatif très important au sein des autorités administratives en droit de la consommation.

**D'autre part**, nous remarquons, après la distinction classique entre les autorités administratives et juridictionnelles, la multiplication des autorités administratives indépendantes. Ce type d'autorité reflète l'évolution importante de la politique économique. Le recul de l'État de son rôle dans l'économie ne traduit pas forcément sa disparition. Le caractère indépendant d'une autorité est établi afin de justifier l'attribution de pouvoirs importants. Par cette logique, la protection du marché justifie l'indépendance de l'autorité du droit de la concurrence dans de nombreux pays y compris en France alors que les autorités du droit de la consommation ne peuvent pas bénéficier d'une telle indépendance. Contrairement à la France, la Thaïlande veut créer une autorité du droit de la consommation qui est indépendante tandis que son autorité du droit de la concurrence est toujours soumise à l'administration. Cette position inversée peut être expliquée par le contexte social en Thaïlande qui est plus sensible aux problèmes de la consommation que ceux de la concurrence.

**La seconde observation** porte alors sur la conception du pouvoir de ces autorités. Le régime du droit de la concurrence et celui du droit de la consommation présentent le cadre d'intervention des autorités administratives et juridictionnelles à double visage. **D'un côté**, les pouvoirs des autorités administratives, tant en droit de la concurrence qu'en droit de la consommation, sont renforcés pour mettre fin aux infractions par ses propres moyens au lieu de la voie traditionnelle devant la juridiction. Ce phénomène atteste de l'inefficacité des autorités juridictionnelles notamment en ce qui concerne la rapidité.

**D'un autre côté**, le droit de la concurrence et le droit de la consommation ne réservent pas de moyen d'action à leurs autorités administratives. Par le principe de *private enforcement*, les victimes sont incitées à faire valoir leur droit par un recours direct devant la juridiction. Ce système reconnaît la nécessité de recours traditionnel pour la responsabilité civile et admet en même temps l'impossibilité matérielle des autorités administratives de prendre en charge toutes les affaires concernées. La concurrence et la consommation relèvent à la fois de l'intérêt public et de l'intérêt des particuliers.

Après avoir identifié quelles sont les autorités de notre étude ainsi que leur cadre de pouvoir, nous allons plus loin dans le Chapitre 2 relatif au champ d'intervention de ces autorités.

## Chapitre 2

### Le champ d'intervention des acteurs institutionnels

---

#### Plan du chapitre

#### **Section 1 L'organisation territoriale des autorités de la concurrence et de la consommation**

##### § 1 L'autorité unique ou le réseau d'autorités administratives

- A) Le caractère unique des autorités en droit de la concurrence
- B) Le caractère diffus des autorités en droit de la consommation

##### § 2 La spécialisation de compétences au sein de l'ordre judiciaire

- A) La spécialisation de juridictions en droit de la concurrence
- B) La spécialisation inutile en droit de la consommation

#### **Section 2 La collaboration fonctionnelle entre autorités administratives et autorités juridictionnelles**

##### § 1 Le lien étroit entre les autorités de concurrence et les juridictions

- A) La coopération directe entre l'autorité administrative et les juridictions
- B) L'intervention sous forme d'avis de l'autorité administrative de la concurrence

##### § 2 La position éloignée entre les autorités de consommation et les juridictions

- A) Le rôle diminué des autorités d'enquête
- B) L'intervention sous forme d'avis des autorités administratives de consommation

S'agissant du champ d'intervention, il s'agit d'avoir une vision plus profonde sur le fonctionnement des autorités. L'étude porte en premier lieu sur l'organisation territoriale des autorités (Section 1), avant d'examiner en second lieu les relations diverses entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles (Section 2).

## **Section 1 L'organisation territoriale des autorités de la concurrence et de la consommation**

Après la question du pouvoir dont les autorités disposent, c'est ensuite la question de comment exercer tel pouvoir. En raison de la différence conceptuelle, l'organisation territoriale des autorités administratives et celle des autorités juridictionnelles ne peuvent être identique, ce qui nous oblige à traiter différemment les problématiques dans chaque catégorie des autorités. Si la problématique soulevée auprès des autorités administratives se trouve autour du caractère unique (§1), celle chez les autorités juridictionnelles se consacre aussi à unifier la compétence dans une juridiction (§2).

### **§ 1 L'autorité unique ou le réseau d'autorités administratives**

La politique économique dans les domaines de la concurrence et de la consommation donne lieu à la création des autorités administratives ayant en effet deux rôles principaux : le pouvoir consultatif et celui du contrôle. Suite à la création des autorités administratives indépendantes dans plusieurs secteurs économiques, l'indépendance impose-t-elle aussi le caractère unique ? Ainsi, la désignation d'une autorité unique a pour objectif de renforcer l'interprétation uniforme voire l'efficacité de la régulation. Pourtant, il faut également prendre en compte les caractéristiques du domaine juridique envisagé. Si la matière n'est pas suffisamment spécifique, il n'y a pas besoin d'instituer une autorité unique.

En l'espèce, la nature différente entre la concurrence et la consommation entraîne une différence dans l'organisation territoriale des autorités. Le droit de la concurrence étant la matière qui exige une compétence spécifique tente de réunir tous les pouvoirs dans une seule autorité (A) alors que la consommation qui comporte les domaines très variés tente à distribuer

une fraction de pouvoir aux nombreuses autorités (B). Ces deux concepts d'organisation méritent d'être examinés en détail pour apprécier tant les avantages que les inconvénients.

### A) Le caractère unique des autorités en droit de la concurrence

Les règles de la concurrence sont souvent mises en œuvre par une autorité unique et indépendante. Les États-Unis, le pays d'origine du droit de la concurrence, ont établi en 1914 la *Federal Trade Commission* en tant qu'une agence unique et indépendante du Gouvernement. **La France**, malgré l'existence depuis longtemps de son organe chargé de la concurrence, a entrepris une transformation récente du *Conseil à l'Autorité* de la concurrence. Cette réforme est vue comme tardive par rapport à ses voisins européens puisque 25 des 27 États membres de l'Union européenne avaient déjà leur autorité unique et indépendante. Ce phénomène peut être expliqué par la réglementation traditionnelle réservée au Premier Ministre. Le cadre de la réglementation doit s'évoluer avec l'interdépendance croissante des économies et l'appartenance de la France à l'Union européenne.<sup>582</sup>

**Quant à la Thaïlande**, la situation paraît paradoxale. La Commission de la concurrence est une autorité unique, mais non indépendante. Elle est unique car elle ne partage la compétence avec aucun organe. Elle n'est pas indépendante car elle est placée sous le contrôle de la Direction du commerce intérieur dans le ministère du commerce.

Le caractère unique pose ainsi deux questions importantes : celle sur la notion (1°), puis celle sur l'équilibre de pouvoir avec d'autres organes de régulation (2°).

#### 1° La notion d'unicité

La France ainsi que la Thaïlande disposent de leur autorité unique. Mais qu'entend-on par autorité unique ? Le développement des autorités du droit de la concurrence en France et en Thaïlande représente un aspect contradictoire. **En France**, les organes du droit de la concurrence exerçaient séparément leur pouvoir. Avant la réforme en 2008, le contrôle a été exercé par deux organes : le ministère de l'économie qui prenait en charge le contrôle de la concentration

---

<sup>582</sup> L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 28

économique et le Conseil de la concurrence qui statuait sur les pratiques anticoncurrentielles. La réforme effectuée par la LME a renforcé la protection de la concurrence en transférant le pouvoir de décision en matière de concentration du ministère à un nouveau organe nommé Autorité de la concurrence. C'est dans ce sens là que l'Autorité devient un organe de contrôle unique.

**En Thaïlande**, la situation est à l'inverse. La loi relative à la concurrence 1999 institue la Commission de la concurrence étant une autorité unique dans la forme. Cependant, la composition de la Commission ne présente pas de caractère unique car l'article 6 de la loi relative à la concurrence 1999 crée la Commission mixte comprenant trois membres de droits (le ministre du commerce, le secrétaire permanent du ministère du commerce et le secrétaire permanent du ministère de la finance) et les membres experts de huit à douze personnes nommés par le Conseil des ministres. Avec ce caractère mixte, la Commission n'est pas au fond unique. L'influence dominante du pouvoir exécutif dans la Commission traduit le développement très récent du droit de la concurrence en Thaïlande. La réforme à la structure plus indépendante et plus unique peut arriver si la Commission rencontre le problème dans ses missions. Or, il n'y a pas vraiment de pratiques décisionnelles de la part de la Commission, ce qui ne fait pas sensibiliser à la société de l'importance du droit de la concurrence.

Même si l'ADLC en France est considérée comme une autorité unique, il reste quelques critiques sur le caractère d'unicité désigné par la LME. **D'un côté**, l'article L464-9 du Code de commerce créé par la LME, puis modifié par la loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012 permet au ministre chargé de l'économie de procéder aux pratiques dites "micro pratiques" ou "micro PAC". Il s'agit des pratiques qui affectent un marché de dimension locale et ne concernent pas des faits relevant des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros. Ces conditions permet au ministre via la DGCCRF de procéder dans les conditions prévues par le décret en Conseil d'État à la transaction dont le montant ne peut excéder 75 000 euros ou 5 % du dernier chiffres d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible. Ce dispositif est critiqué notamment sur le risque de rupture d'égalité

entre les entreprises.<sup>583</sup> La création du droit de la concurrence à double régime de sanction administrative affecte inévitablement la volonté du législateur de créer une autorité unique dont l'interprétation uniforme des règles est un élément important.

**D'un autre côté**, la LME a confié le pouvoir de décision en matière de concentration à l'ADLC, mais cette compétence n'est pas absolue. L'article L430-7-1 du Code de commerce prévoit la possibilité pour le ministre chargé de l'économie d'intervenir au cours de la procédure. Le ministre peut demander à l'issu de la phase I du contrôle de la concentration à l'ADLC d'engager l'examen approfondi. L'intervention du ministre peut également être à l'issu de l'examen approfondi. Dans un délai de 25 jours ouvrés à compter de la réception de la décision de l'ADLC ou en a été informé, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.

Cette disposition signifie le maintien de l'emprise du ministre qui demeure encore considérable notamment dans la mesure où il peut renverser la décision de l'ADLC, qu'elle soit l'autorisation ou l'interdiction, en évoquant le motif d'intérêt général. La notion d'intérêt général paraît très large. L'article L430-7-1 donne des exemples des motifs comme le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi, ce qui n'interdit pas au ministre d'évoquer d'autres motifs.

Nous pouvons constater que sur le plan institutionnel les autorités de concurrence en France et en Thaïlande sont désignées comme autorité unique. En revanche, le fonctionnement au fond de ces autorités ne présente pas de caractère unique ou exclusif. Il faudra alors du temps pour que la structure de l'autorité s'évolue à une véritable autorité unique.

Nous verrons prochainement un autre aspect de l'organisation de l'autorité : sa relation avec d'autres organes de régulation (2°).

## 2° L'articulation entre autorité de la concurrence et autres organes de régulation

Si l'ADLC en France et la Commission de la concurrence en Thaïlande peuvent être considérées comme autorité de régulation, la catégorie de régulation dont elles relèvent est sans

---

<sup>583</sup> C. VILMART, «Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée», *JCP E*, n°4, 22 janvier 2009, 1077

doute la régulation dite *concurrentielle* ou *transversale*. En effet, la régulation transversale est une régulation qui s'applique de manière générale à toutes les activités économiques. Elle s'oppose à la régulation sectorielle assurée par les autorités de régulation des secteurs publics tels que l'ARCEP, l'AMF, le CSA etc. Ce type d'autorités de régulation sectorielle existe aussi en Thaïlande. Les autorités sectorielles visent à réguler les activités dans le cadre de leur mission en prenant en compte la particularité du secteur qui n'est pas naturellement concurrentiel.

La question soulevée ici n'est pas d'examiner les autorités sectorielles, mais de s'interroger sur la relation entre la régulation sectorielle assurée par des autorités spécifiques et la régulation transversale assurée par une autorité de concurrence. Est-ce qu'une entreprise, publique ou privée, d'un secteur public spécifique est aussi soumise à l'autorité de la régulation transversale ?

Nous donnons ici deux exemples qui illustrent cette relation **en droit français et en droit communautaire. D'une part**, dans sa première année de fonctionnement, l'ADLC à la demande du Syndicat des transports d'Île de France (STIF) a rendu son avis sur l'organisation d'un service de transports fluviaux de passagers.<sup>584</sup> Le recours pour avis du STIF est basé sur l'article L462-1 du Code de commerce. En rappelant sa compétence de répondre à toute question de concurrence, l'Autorité a donné les réponses plus étendues que les questions formulées par le STIF. Ce recours signifie la préoccupation de l'organisme de chercher la cohérence de ses activités autrefois sous le monopole avec les règles de la concurrence.<sup>585</sup>

Quant à la jurisprudence **d'autre part**, la CJUE a déjà jugé que les conditions tarifaires d'un opérateur historique peuvent également être examinées dans la conformité avec les règles de la concurrence. Il s'agit en l'espèce des conditions tarifaires de Deutsche Telekom AG, l'opérateur de télécommunications historique en Allemagne condamné par la décision du 21 mai 2003 de la Commission européenne pour violation de l'article 82 du TCE (devenu l'article 102 du TFUE). L'entreprise a donc dirigé un recours contre cette décision devant le TPICE, puis la CJUE. Deutsche Telekom a relevé plusieurs arguments dont le fait que la pratique tarifaire en

---

<sup>584</sup> ADLC, avis n°09-A-44 du 9 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transports de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris

<sup>585</sup> M. BAZEX, «Règles de création et de gestion d'un service public : intervention de l'Autorité de la concurrence», CCC, 2009, n°10, comm. 251

cause a été approuvée par l'autorité de régulation des télécommunications et des postes allemande.

La CJUE a écarté cette prémisse en considérant que *«ce n'est que si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, que les articles 81 CE et 82 CE ne sont pas d'application.»*<sup>586</sup> Cet arrêt met en lumière le pouvoir important de l'autorité de concurrence. La conclusion de l'avocat général dans ce litige exprime ainsi que *«dans la pratique, il ne peut être exclu que des procédures parallèles puissent être engagées en application d'une réglementation ex ante et du droit de la concurrence, et que les autorités de la concurrence peuvent donc mener leur propre analyse du marché et imposer des mesures correctives adaptées en sus des mesures sectorielles appliquées par les autorités nationales de régulation.»* De ce fait, l'autorité de régulation transversale peut exercer son contrôle en parallèle du contrôle de l'autorité de régulation sectorielle concernée.

**Quant à la Thaïlande**, la structure est à l'inverse. La Commission de la concurrence n'a aucune compétence sur les activités relevant du champ des autorités de régulation sectorielle. Il faut en effet comprendre le contexte historique de la Thaïlande. Alors qu'en France, l'organe de régulation transversale a été établi depuis 1986 bien avant la libéralisation des secteurs publics, la Thaïlande ne peut créer son propre organe de régulation transversale qu'en 1999 et après la réflexion d'instituer la Commission nationale des télécommunications (CNT), le régulateur dans le secteur de télécommunications, prévue dans la Constitution 1997.

Il est probable qu'un organe antérieurement créé acquiert et conserve ses compétence. La CNT ou aujourd'hui la Commission nationale de télévision et des télécommunications (CNTT) devient une véritable autorité unique. La CNTT apprécie tant les règles particulières du secteur que les règles générales de la concurrence. En outre, l'absence d'effectivité de la Commission de la concurrence entraîne l'absence de la reconnaissance de pouvoir. La question sur le champ de compétence dans les secteurs publics de la Commission de la concurrence n'est plus soulevée.

La structure autonome des régulateurs sectoriels en Thaïlande peut être avantageuse tant que les régulateurs sectoriels connaissent le mieux les activités. En revanche, le risque majeur

---

<sup>586</sup> CJUE, 14 octobre 2010, aff. C-280/08 P, *Deutsche Telekom*

peut être aussi provoqué notamment en ce qui concerne l'abus de pouvoir. L'articulation entre l'autorité transversale et les autorités sectorielles est alors plus souhaitable. Dans ce cas, il faut prévoir la modalité d'intervention pour l'autorité transversale. L'intervention doit cependant être strictement limitée au pouvoir consultatif.

### **B) Le caractère diffus des autorités en droit de la consommation**

Quant aux autorités du droit de la consommation, nous présentons ainsi deux phénomènes importants : le caractère dispersé des autorités (1°) et l'effort mis pour renforcer le fonctionnement des autorités (2°).

#### 1° L'éclatement des pouvoirs des autorités de consommation

Si le droit de la concurrence cherche à unifier le pouvoir dans une autorité, la nature du droit de la consommation ne fait que multiplier les autorités responsables. Ce phénomène aussi bien présent **en France** qu'**en Thaïlande** donne lieu à trois catégories d'autorités.

Nous pensons **d'abord** à l'autorité d'enquête comme la DGCCRF en France et l'OCPC en Thaïlande. C'est ce type d'autorité que les consommateurs connaissent le plus notamment quand ils rencontrent la difficulté avec les professionnels. L'autorité d'enquête mène une enquête sur la réclamation déposée ou à son propre initiative pour l'intérêt collectif des consommateurs. Bien que nous puissions dire que ces autorités sont un axe central de la mise en œuvre du droit de la consommation, il existe beaucoup d'autres autorités dont le rôle est non-négligeable.

Nous trouverons **ensuite** les autorités de type consultatif. Il s'agit en effet des autorités exerçant le pouvoir sous forme d'avis. Cela donne une perspective importante sur le droit de la consommation. L'émission d'un avis est essentiel tant dans la phase de la législation que dans la phase d'application. L'avis peut recommander ce qui devrait être la disposition ainsi que ce qui devrait être l'interprétation.

Le fonctionnement d'avis désigne alors la composition de ces autorités. Dès lors que le droit de la consommation repose sur la relation entre le consommateur et le professionnel, la consultation doit s'effectuer devant les deux parties. C'est la raison pour laquelle les organes consultatifs **en France** sont constitués en instance paritaire. Au sein de la CCA, quatre représentants des professionnels sont nommés contre quatre représentants des consommateurs (l'article R534-1 du Code de la consommation). Il en va aussi pour la Commission de la sécurité

des consommateurs (CSC) où trois membres issus des organisations nationales de consommateurs sont choisis contre trois issus des organisations nationales de professionnels (l'article R534-5 du Code de la consommation).

Le régime juridique thaïlandais n'adopt pas pourtant cette structure. Le législateur thaïlandais a une culture de créer un organe responsable de l'application de la loi chaque fois qu'il met en place la législation dans un domaine de consommation. Ce type d'organe dispose souvent du pouvoir consultatif, mais sa composition ignore toujours la participation des consommateurs. En outre, les membres de l'organe, qu'ils soient experts ou de droit, ont la tendance à favoriser les professionnels. L'absence de représentants de deux côtés rend inefficatif à l'avis émis par les organes.

Nous incluons **enfin** les autorités supplétives. Ce sont les autorités dont les missions portent sur l'étude, sur le contrôle technique et sur l'information des consommateurs. Ces missions sont aussi importantes dans la mesure où la consommation, étant une affaire quotidienne, concerne tous les citoyens. Le renseignement sur les produits et services ainsi que la sensibilisation aux droits et intérêts de consommateurs sont une démarche indispensable dans la protection du consommateur. Ce type d'autorités n'aurait pas de pouvoir de décision ou d'avis comme une autorité à proprement parler. Pourtant, ses missions font partie ou sont liées à d'autres autorités.

Outre la multiplication des autorités selon les missions imparties, les organes en droit de la consommation se multiplient également de façon territoriale. Une autre remarque importante concerne l'organisation déconcentrée des organes de la consommation. Par exemple, **en France**, le Code de la consommation prévoit la création dans chaque département d'une commission de surendettement des particuliers responsable du traitement de la situation de surendettement des personnes physiques. **En Thaïlande**, une commission provinciale de la protection du consommateur est créée dans chaque province pour faciliter la réclamation des consommateurs. En revanche, une telle commission est en réalité peu connue, beaucoup de consommateurs font leur recours direct auprès de l'OCPC étant l'organe central de la consommation.

Si par sa nature le droit de la consommation tend à avoir de nombreuses autorités, le problème rencontré n'est pas celui du manque du nombre suffisant des autorités responsables, mais plutôt l'inefficacité résultant du nombre élevé des autorités. Cette difficulté conduit les

pouvoirs politiques à adopter un aménagement structurel des organes de la consommation afin de renforcer la protection du consommateur (2°).

### 2° La démarche engagée pour renforcer la structure diffuse

Lorsque de nombreuses autorités sont installées, les problèmes ne manquent pas de se produire en raison de la structure complexe des autorités. Pourtant, la problématique en France n'est pas identique à celle en Thaïlande, ce qui entraîne par la suite la différence de mesures adoptées.

**En Thaïlande**, la contrainte paraît claire. Malgré de nombreuses autorités créées, les consommateurs prennent une part très minuscule. La culture administrative met souvent de côté l'importance de la participation citoyenne. Plusieurs politiques ont été mises en place sans que les consommateurs prennent part dans la décision. Elles sont en effet influencées par les fonctionnaires responsables ou par les technocrates nommés au sein de la direction en tant que membres experts.

Cette réflexion devient de plus en plus mise en cause par la promulgation de la Constitution de 1997 qui met en valeur la participation citoyenne dans tous les aspects. La question de la consommation était aussi au débat. Les rédacteurs de la Constitution avaient marqué l'absence de citoyen dans les organes étatiques. Mais au lieu de revoir ou réorganiser la structure existante, les législateurs ont pensé à un nouveau organe qui répond à toutes les domaines de la consommation. Or, les autorités en droit de la consommation ont le caractère, comme nous l'avons déjà discuté, diffus. La Thaïlande veut alors créer une super-autorité composée uniquement des consommateurs, ce qui va tout à l'encontre de l'ensemble des autres autorités.

Nous pouvons conclure que d'après le législateur thaïlandais, la solution au problème du caractère diffus est d'instituer un nouveau organe avec les pouvoirs unifiés. Cependant, cet organe ne voit pas encore le jour et la nature de ses pouvoirs resterait largement consultative. Cela nous laisse certain doute dans son efficacité face à la puissance bureaucratique de l'administration.

Si la Thaïlande doit faire face à la structure répandue des autorités à cause de manque de représentant, la contrainte des consommateurs **en France** est caractérisée parce qu'ils ont trop de représentants. En effet, la démarche législative en France sur le droit de la consommation dès les années 1970s a stimulé une grande participation consumériste notamment à travers le régime de l'agrément d'association de consommateurs. Contrairement à la Thaïlande, l'association agréée en France dispose du droit d'être représenté. Ce droit d'être représenté devient une contrainte dès lors qu'il y a trop d'associations agréées.

Récemment, le sentiment de l'inefficacité des organes consumériste a été approuvé chez les Français. Cette attitude a par la suite été confirmée dans le rapport du conseiller d'État, Dominique LAURENT, sur la mission relative au mouvement consumériste en France. Ce rapport en 2009 évoque d'abord les initiatives de l'État qui contribuent au mouvement consumériste. Cependant, les mesures ont également suscité un *foisonnement* des structures.<sup>587</sup> Ce foisonnement se présente à deux niveaux.

**D'une part**, le nombre d'associations agréées est trop élevé alors que chaque association agréée n'a pas de moyen suffisant à agir. Les Français voient donc beaucoup d'associations à la capacité réduite. Le régime d'agrément actuel ne permet pas de réaliser une association forte qui doit exercer son pouvoir en pleine efficacité. Dans une instance de négociation comme le Conseil national de la consommation (CNC), 17 associations agréées y détiennent un siège. Cette situation entraîne un ralentissement dans le fonctionnement du CNC. Dès lors qu'il y a trop de représentants dans une instance du CNC, la séance devient peu «*académique*» et difficile à conduire la négociation. Nous observons ainsi certain absentéisme des associations à être présentes et actives dans toutes les instances représentatives.

**D'autre part**, l'inefficacité est aussi observée par le manque de coordination tant de la part de deux coordinations consuméristes (*ConsoFrance* et *la Coordination*) que de la part des instances administratives.

Suite au rapport Laurent, les assises de la consommation ont été organisées afin de dégager les politiques de la consommation répondant aux nouvelles attentes. Les assises ont donné lieu à la loi n°2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation et le décret n°2010-801 du 13 juillet 2010 relatif à la représentation des associations de défense des

---

<sup>587</sup> Dominique LAURENT, *Mission relative au mouvement consumériste en France*, Rapport présenté au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2009, p.14

consommateurs et aux institutions de la consommation. Les deux textes visent à modifier la structure des autorités de consommation en deux domaines.

Il s'agit **en premier lieu** de la réorganisation de l'Institut de la consommation (INC). **D'abord**, la CCA et la CSC sont désormais placées au près de l'INC. Pour renforcer la coordination entre les domaines, les deux commissions disposent des services communs d'instruction. Ainsi, le directeur général de l'INC pourra assister aux séances des deux instances avec voix consultative. L'essentiel est que la coordination n'affecte pas l'indépendance des collèges des deux commissions.<sup>588</sup>

**Ensuite**, la Commission de la médiation de la consommation (CMC) est créée et placée sous l'INC. Cette Commission n'est pas de compétence à traiter les litiges, mais elle émet des avis et propose des mesures de toute nature pour évaluer, améliorer et diffuser les pratiques de médiation non judiciaires en matière de consommation (l'article L534-7 du Code de la consommation).

**Enfin**, l'INC se voit attribuer plus de missions dans la mise en oeuvre d'actions et de campagne d'information, de communication, de prévention sur les questions de consommation à destination du grand public, ainsi que des publics professionnels ou associatifs. La composition du Conseil d'administration est alors réformée.

Avant la réforme, le Conseil comprenait seize membres (sept représentant de consommateurs et usagers, deux représentants de l'État, deux représentant élus par le personnel de l'INC et cinq personnalités désignées par le ministre chargé de la consommation). Avec la réforme, le nombre de membres passe à dix-sept (cinq représentants de consommateurs et usagers, cinq représentants de l'État, deux représentant élus par le personnel de l'INC, le président de la CSC, le président de la CCA, le président de la CMC, un représentant du collège des professionnels du CNC et un ingénieur des corps de l'Etat désigné par le ministre chargé de la consommation). De plus, le mandat peut être mis fin par arrêté du ministre chargé de la consommation si un membre (sauf les président des trois commissions citées) n'a pas participé à trois séances consécutives du Conseil sans raison légitime. Ce dispositif traduit la volonté de l'État de rendre l'exercice des missions de l'INC plus effectif. Professeur Guy RAYMOND pose

---

<sup>588</sup> Xavier DELPECH, «Modification du cadre institutionnel des politiques publiques en matière de consommation», *Daloz actualité*, 12 juillet 2010

une remarque intéressante sur l'appréciation du caractère légitime de l'absence à la séance de membre de l'INC.<sup>589</sup>

Il s'agit **en second lieu** de la modification du régime d'agrément. Les associations agréées existent désormais en deux catégories : celles qui ont un simple agrément disposent du droit d'agir en justice et celles qui ont une reconnaissance renforcée. En effet, les textes ont inséré le système dit «*la reconnaissance spécifique*» pour permettre aux seules associations agréées avec en plus la reconnaissance spécifique d'être représentées dans les autorités de la consommation notamment le CNC, la CCA, la CSC, et la CMC. Les conditions d'association pour acquérir une telle reconnaissance doivent être plus strictes. C'est un moyen du législateur pour créer une association forte étant effectivement active dans les missions des autorités.

L'ensemble de dispositifs mis en place traduit le souhait du législateur de rendre tous les organismes de la consommation plus actifs. En revanche, nous ne pouvons pas nier la participation des consommateurs plus réduite aussi bien par la nouvelle composition du Conseil d'administration de l'INC que par le nouveau régime de la reconnaissance spécifique. Il est probable que les petites associations agréées seront de plus en plus mises à côté dans la politique publique de la consommation.

Après avoir analysé les structures des autorités administratives en droit de la concurrence et en droit de la consommation, il convient ensuite d'évoquer l'organisation des autorités juridictionnelles (§2).

## **§ 2 La spécialisation de compétences au sein de l'ordre judiciaire**

Quant aux autorités juridictionnelles, nous devons étudier les autorités de l'ordre judiciaire du fait qu'une grande partie du droit de la concurrence et du droit de la consommation concerne les affaires privées. Toutefois, dans le contexte actuel où les deux domaines juridiques acquièrent de plus en plus d'autonomie, la question se pose de la spécialisation des juridictions

---

<sup>589</sup> G. RAYMOND, «Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation», CCC, 2010, n°10, étude 11

pour l'application des règles de la concurrence et de la consommation. La réponse à cette question diffère entre le droit de la concurrence (A) et le droit de la consommation (B).

### **A) La spécialisation de juridictions en droit de la concurrence**

Par rapport au droit de la consommation, le droit de la concurrence se distingue avec plus de distance du droit commun. Cela entraîne un certain degré de spécialisation dans les tribunaux judiciaires. La spécialisation existe à deux niveaux. L'un, pour les pratiques anticoncurrentielles (1°) et, l'autre, pour les pratiques restrictives de concurrence (2°).

#### 1° La spécialisation justifiée de la juridiction des pratiques anticoncurrentielles

Avant d'évoquer la spécialisation dans ce cas, il faut distinguer le contentieux pour les dommages et intérêts selon le régime de la responsabilité civile du recours contre la décision de les autorités de concurrence (l'ADLC en France et la Commission de la concurrence en Thaïlande).

Nous avons déjà parlé du *transfert* de compétence d'apprécier le recours de la juridiction judiciaire en lieu et place de la juridiction administrative, ce qui est déjà fait en France, mais non en Thaïlande. Dans ce chapitre, nous évoquons notamment le phénomène de la *spécialisation* au sein de l'ordre judiciaire.

**En France**, le transfert de compétence a été fait par la loi en raison de la différence sur la *nature* de la décision de l'ADLC qui est sur la forme d'un acte administratif. En dehors de l'ADLC, le Code de commerce consacre le principe de la spécialisation des juridictions dans l'article L420-7. Les litiges relatifs à l'application des règles des pratiques anticoncurrentielles françaises et européennes et ceux dans lesquels ces règles sont invoquées sont attribués aux tribunaux de commerce (si les personnes sont commerçants ou artisans) et aux tribunaux de grande instance (si elles ne sont pas). L'ensemble de tribunaux a son siège à Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes (les articles R420-3 et R420-4 du Code de commerce). La Cour d'appel de Paris est la seule juridiction compétente pour connaître les litiges issus des tribunaux précités (l'article R420-5 du même Code).

La spécialisation des juridictions traduit la volonté du législateur de renforcer la particularité *technique* du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, la compétence pour

connaître les litiges au niveau de l'appel est réservée à la Cour d'appel de Paris, ce qui signifie le caractère unique pour rendre *uniforme* l'interprétation des pratiques anticoncurrentielles. Il ne faut pas oublier que la Cour d'appel de Paris se voit également attribuer la compétence d'apprécier le recours contre la décision de l'ADLC dans cette matière. Ces deux éléments peuvent alors justifier la spécialisation.

Il y a cependant deux problèmes qui demeurent. **D'une part**, il est peu compréhensible que le Code distingue encore deux hypothèses de la juridiction compétente selon le statut de la personne en cause si elle est ou non commerçante ou artisane. Normalement, c'est une entreprise qui fait l'objet du litige. L'affaire doit donc se porter devant le tribunal de commerce. La possibilité d'avoir deux juridictions concernées en fonction du statut de la personne, soit le tribunal de commerce si la personne applicable est commerçante ou artisane, soit le tribunal de grande instance si elle ne sont pas, correspond peu au caractère unique de la Cour d'appel de Paris.

**D'autre part**, il faut également s'interroger sur l'étendue des *«litiges relatifs à l'application des règles des pratiques anticoncurrentielles françaises et européennes et ceux dans lesquels ces règles sont invoquées»* selon l'article L420-7 du Code de commerce. En fait, l'interprétation est relativement large comme en témoigne l'ordonnance du tribunal de grande instance de Saint Malo qui refuse de connaître un litige portant sur une demande en dommages et intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil. L'affaire a été alors renvoyée devant le tribunal de grande instance de Rennes. Il s'agit, en l'espèce, de la demande en dommages et intérêts en réparation au préjudice que le requérant a subi. Il s'agissait des pratiques anticoncurrentielles condamnées ultérieurement par la Commission européenne en 2010. L'ordonnance adopte une notion large en indiquant que *«les termes particulièrement larges de l'article L. 420-7 du Code de commerce incluent tous les litiges à l'occasion desquels les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles "sont invoquées" c'est-à-dire non seulement les litiges relatifs aux sanctions des pratiques contraires à la concurrence, mais également les litiges relatifs aux conséquences pécuniaires des fautes commises.»*<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> Tribunal de grande instance de Saint Malo, ordonnance du 15 novembre 2012

**En Thaïlande**, la réflexion sur les juridictions compétentes est très peu développée. Si l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles repose notamment sur l'initiative publique, l'absence de la pratique décisionnelle de la Commission de la concurrence paralyse les actions de la part des acteurs privés.

L'article 40 de la loi relative à la concurrence 1999 permet aux victimes d'une pratique anticoncurrentielle de demander la réparation. En l'absence de spécialisation, le recours doit se faire devant la juridiction du droit commun, ce qui complique encore la mise en œuvre de cet article. En fait, nous avons déjà proposé l'idée de transférer la compétence d'apprécier le recours contre la décision de la Commission de la concurrence à la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international. Cette juridiction semble également apte à apprécier le recours de la part des victimes. Le transfert de compétence à la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international peut constituer une voie unique dans le litige des pratiques anticoncurrentielles. Le juge aura l'occasion de connaître en même temps le fait qui découle de la décision administrative et la réparation demandée par les victimes.

La spécialisation des juridictions concerne également les pratiques restrictives de concurrence avec un regard plus sceptique (2°).

### 2° La spécialisation contestable pour les pratiques restrictives de concurrence

Si la spécialisation des juridictions est bien accueillie pour les pratiques anticoncurrentielles, celle dans le domaine des pratiques restrictives n'échappe pas aux critiques. La difficulté dans la gestion de ce sujet est plus ou moins liée au caractère mixte des pratiques restrictives qui insèrent l'interdiction des agissements abusifs dans certaines pratiques commerciales. **En France**, après la LME suivie d'un texte d'application,<sup>591</sup> la compétence d'apprécier les pratiques restrictives est désormais réservée aux tribunaux de commerce et de grande instance de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes. Ainsi, la Cour d'appel de Paris est exclusivement compétente au niveau d'appel. Ce dispositif adopte la même orientation que les pratiques anticoncurrentielles.

---

<sup>591</sup> Décret n°2009-1384 du 11 novembre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence

La politique de spécialisation présente tant avantages qu'inconvénients. **D'un côté**, la spécialisation serait acceptable si le caractère technique de la matière était établi. Les règles de pratiques restrictives dans l'article L442-6 du Code de commerce semblent remplir cette condition. Cet article présente en effet la matière technique comme la rupture de relations commerciales établies ou celle plus abstraite comme le déséquilibre significatif.

**D'un autre côté**, il faut relever l'étendue très vaste des pratiques restrictives. Nous ne pouvons pas nier que la disposition est en lien avec d'autres domaines notamment les propriétés intellectuelles, ce qui rend la spécialisation difficile en pratique.

**En Thaïlande**, la différence importante réside dans le contenu imprécis de la disposition des pratiques restrictives et l'absence de l'interprétation de la part de la Commission de la concurrence. À l'heure actuelle, il n'y a pas encore de texte de spécialisation. Il serait plus approprié d'attendre la pratique décisionnelle de la Commission pour clarifier les comportements visés par la loi. S'ils ont le champ d'application limité et exigent la notion spécifique et l'interprétation, la spécialisation serait alors utile et souhaitable.

Après avoir analysé le phénomène de la spécialisation en droit de la concurrence, il convient également d'interroger sur la spécialisation en droit de la consommation (B).

### **B) La spécialisation inutile en droit de la consommation**

Quant au droit de la consommation, son autonomie est moins caractérisée par rapport au droit de la concurrence. Il est peu d'intérêt de spécialiser la juridiction de la consommation en raison de la nature semblable des litiges de la consommation à ceux de droit civil (1°). Pourtant, certains dispositifs mis en place peuvent atténuer les contraintes des consommateurs (2°).

#### 1° L'assimilation des litiges de la consommation aux litiges civils

Si la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence est plus ou moins justifiée, celle en droit de la consommation est loin d'être discutée en raison d'une problématique différente. Dès lors que le droit de la consommation ne se distingue pas suffisamment du droit commun, le litige de la consommation se fonde sur le droit civil.

Plus précisément, le contenu du droit de la consommation ne présente pas de matière technique qui exige une analyse approfondie. Il est en fait un groupement des règles qui permet au consommateur de mieux se prévaloir face aux professionnels. C'est en fait les *perspectives* du juge qui doivent être bouleversées.

L'application du droit de la consommation français et thaïlandais est conditionnée par la qualification de statuts de consommateur et professionnel. Sans la prise en compte de cette qualification, le contentieux serait assimilable à celui en droit civil. De ce fait, il n'y aura pas lieu de spécialiser les juridictions. La spécialisation n'est pas alors justifiée en l'absence de la disposition technique. La spécialisation peut élever de manière considérable le nombre des litiges de la consommation dans toutes les juridictions. Il est peu réaliste, compte tenu du nombre trop important de dossiers à traiter, de concentrer le contentieux de la consommation sur une seule juridiction.

La spécialisation ne semble pas une solution possible en pratique. Les juridictions de la consommation reposent sur la procédure civile sauf **en France** pour les litiges relatifs au crédit à la consommation qui doivent être disputés devant le tribunal d'instance en vertu de l'article L311-52 du Code de la consommation. **En Thaïlande**, le dossier de surendettement est traité par la juridiction spécialisée (la Cour de surendettement). Contrairement à la Thaïlande, ce domaine est considéré en France comme une matière de la consommation. C'est un exemple de spécialisation en raison d'une compétence *ratione materiae*.

Une autre exception récente concerne l'action de groupe. **En France**, la procédure de l'action de groupe se déroule devant le tribunal de grande instance territorialement compétent du lieu où demeure le défendeur ou le tribunal de grande instance de Paris lorsque le défendeur demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus selon l'article R423-2 du Code de la consommation. **En Thaïlande**, toutes les juridictions civiles sont compétentes pour l'action de groupe sauf la juridiction de proximité selon l'article 222/3 du projet de loi relative à l'action de groupe. La spécialisation dans ce cas se fait sur le critère de l'importance du litige.

Comme nous l'avons déjà évoqué, la problématique du droit de la consommation ne porte pas sur les points techniques, mais plutôt sur les perspectives du déroulement procédural. Ces perspectives font l'objet d'une évaluation dans le point suivant (2°).

## 2° Les dispositifs pour atténuer les lacunes procédurales

Nous avons déjà apprécié que la spécialisation n'est pas adaptée aux litiges de la consommation. Les perspectives des litiges, quant à elles, sont tellement nombreuses que nous ne pouvons pas tout faire part. Les règles procédurales en droit de la consommation portent principalement sur les règles de preuve, mais nous n'évoquons ici que les règles en ce qui concerne le point géographique dans la procédure. Plus précisément, la compétence *ratione loci* du juge.

**En France**, les tribunaux compétents dans les litiges de la consommation sont déterminés par les règles de droit commun dans l'article 42 du Code de procédure civile, donc la juridiction du lieu où demeure le défendeur. Il faut aussi ajouter la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service en vertu de l'article 46 du Code comme le litige de la consommation porte principalement sur la matière contractuelle. En prenant en compte l'infériorité du consommateur, le législateur a inséré dans le Code de la consommation l'article L141-5 qui permet au consommateur de saisir à titre optionnel la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable. Ce n'est pas de spécialisation de juridiction, mais un élargissement du champ géographique d'action.

La disposition qui vise à faciliter l'exercice du droit de consommateur n'échappe pas cependant aux critiques. Une critique importante sur cet article est le manque de caractère impératif. L'article L141-5 du Code de la consommation s'applique uniquement lorsque le consommateur est demandeur. Or, la juridiction ne peut lui être favorable dans le cas contraire. Dans l'hypothèse où le professionnel est demandeur, les juridictions compétentes sont soit celle du lieu où demeure le défendeur, donc le domicile de consommateur, soit celle du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service qui pourrait être différent du domicile de consommateur. Le professionnel peut dans ce cas choisir une juridiction moins favorable au consommateur. Ce dernier est notamment contraint au déplacement pour défendre ses droits.<sup>592</sup>

---

<sup>592</sup> Sylvie PIERRE-MAURICE, «Utilité de l'option de compétence territoriale au profit du consommateur», CCC 2011, n°1, étude 2

Cet inconvénient semble être pris en compte **en Thaïlande**. Le Code de procédure civile thaïlandais dispose dans l'article 4 la même règle de la compétence territoriale. Les juridictions compétentes sont soit celle du domicile de défendeur ou celle où naît l'objet du litige. La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 est venue atténuer ce problème. Elle dispose clairement dans l'article 17 que *«Lorsque le recours est dirigé par le professionnel contre le consommateur et que le professionnel peut saisir tant la juridiction du domicile de consommateur que celles d'autres, le professionnel peut saisir uniquement la juridiction du domicile de consommateur.»* Cela oblige le professionnel à recourir devant un seul tribunal compétent. Pourtant, la disposition ne s'applique qu'en cas de consommateur défendeur. Si le professionnel porte plainte contre un tiers tel que le cautionnaire dans le contrat de crédit, les règles sont celles du droit de procédure civile.

Nous pouvons dès lors remarquer la différence sur la politique d'accès au juge de chaque système juridique. Alors que le législateur français veut faciliter la démarche du consommateur en lui accordant la facilité d'agir dans le tribunal de son domicile, le législateur thaïlandais favorise le consommateur en fixant le tribunal unique et géographiquement favorable au consommateur. Ces deux mesures sont avantageuses au consommateur. Elles traduisent plus profondément la différence stratégique à l'égard du consommateur. Le droit français met le consommateur au plan offensif tandis que le droit thaïlandais focalise sur la stratégie défensive.

En fait, les deux concepts se complètent les uns les autres parce qu'il faut prévoir la facilité pour le consommateur en deux côté. Lorsqu'il est demandeur, il doit pouvoir saisir la juridiction de son domicile. Lorsqu'il est défendeur, le professionnel est obligé de saisir la juridiction du domicile du consommateur. C'est par cette combinaison que la difficulté du consommateur est allégée de manière plus globale.

Après avoir caractérisé l'organisation territoriale des autorités tant administratives que juridictionnelles, nous procéderons à rechercher le rapport entre ces deux groupes d'autorités (Section 2).

## **Section 2 La collaboration fonctionnelle entre autorités administratives et autorités juridictionnelles**

Nous avons fait un état des lieux sur l'organisation territoriale des autorités tant administratives que juridictionnelles. Il convient ensuite d'évoquer la liaison entre les deux catégories. Nous trouverons sans surprise que la relation entre les autorités administratives et juridictionnelles en droit de la concurrence paraît plus proche (§1) que celle en droit de la consommation (§2).

### **§ 1 Le lien étroit entre les autorités de la concurrence et les juridictions**

Le statut indépendant et le rôle important dans l'application du droit de la concurrence français désignent un modèle de pouvoir proche. L'action peut être directe dans la communication entre les autorités et les juges (A) ou indirecte à travers la fonction consultative (B).

#### **A) La coopération directe entre l'autorité administrative et les juridictions**

Dès lors que le droit de la concurrence protège des valeurs différentes, l'ADLC (en France) et la Commission de la concurrence (en Thaïlande) exercent leur pouvoir pour protéger le marché qui constitue l'intérêt public. Or, la protection de l'économie ne se limite pas à la sanction administrative, les autorités juridictionnelles participent ainsi à cette mission. C'est à partir de là que les autorités agissent ensemble pour renforcer la protection de la concurrence. Il faut avant tout définir ce que s'entendent ici les juges. Nous visons seulement les juges judiciaires donc les juridictions civiles et pénales. Les règles pour chaque catégorie diffèrent. La communication entre les autorités et la juridiction pénale est plus ou moins obligatoire (1°) alors qu'elle devient compliquée dans les affaires civiles (2°).

#### 1° La communication des pièces entre l'autorité administrative et le juge pénal

**En France**, le juge pénal agit sur le fondement de l'article L420-6 du Code de commerce qui sanctionne le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part

personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. La communication entre l'ADLC et le juge pénal porte sur les deux sens avec quelques différences. **D'une part**, selon l'article L462-6, l'Autorité est obligée d'adresser le dossier au procureur de la République lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L420-6. **D'autre part**, l'article L463-5 permet à l'Autorité d'avoir la communication de la part du juge pénal des procès-verbaux, rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie. Les problèmes portent particulièrement sur le second point de savoir si la communication par le juge pénal ne porte pas l'atteinte au principe d'égalité des armes et à la recevabilité de preuve.

En ce qui concerne l'égalité des armes, la Cour d'appel de Paris a statué que lorsque les pièces peuvent être débattues au stade de la notification des griefs, il n'y a pas d'atteinte au principe d'égalité des armes.<sup>593</sup> Cette position a été confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation.<sup>594</sup>

Quant au standard de preuve, les preuves obtenues par la manœuvre déloyale sont admises dans le procès pénal alors qu'elles ne sont pas recevables ni devant le juge civil, ni devant l'ADLC.<sup>595</sup> La Cour de cassation semble donner la solution dans son arrêt précédemment cité selon lequel *«les pièces ainsi obtenues sont, à la suite de la notification des griefs, communiquées aux parties et soumises au débat contradictoire, les parties ayant alors la possibilité de soulever toute contestation qu'elles jugeraient utile.»* Tant que les pièces sont soumises au débat contradictoire, il n'y a pas de question sur la recevabilité. Le débat se fait sur le caractère probant des pièces ainsi que leur recevabilité.

**En Thaïlande**, la loi relative à la concurrence 1999 prévoit dans l'article 51 la sanction aux personnes commettant les infractions dans les articles 25, 26, 27, 28, 29 (l'abus de position dominante, la concentration économique, l'entente, la restriction à l'importation et les pratiques restrictives) ainsi qu'à l'infraction du non-respect de l'injonction à la concentration économique prévue dans l'article 39. En revanche, l'article 55 dispose clairement que la victime des

---

<sup>593</sup> CA Paris, 11 octobre 2012, RG n° 2011/03298, *Sté Entreprise H. Chevalier Nord et a.*

<sup>594</sup> Cass. Com., 28 novembre 2012, N°12-18410, Non publié au bulletin

<sup>595</sup> Vincent JAUNET, «Relation entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale», CCC, n°5, mai 2013, dossier 9

infractions dans l'article 51 ne peut pas directement saisir le juge, mais elle doit porter plainte auprès de la Commission de la concurrence.

L'article 55 entraîne la limitation du droit d'agir en justice. Les pouvoirs d'apprécier les pratiques en droit de la concurrence et les infractions pénales sont réunis entre les mains de la Commission. Il y a moins de circonstances à la communication des pièces dès lors que le procès pénal est ouvert à l'issue de la procédure administrative de la Commission. Nous pouvons imaginer que les procès-verbaux de l'enquête seraient intégrés à la disposition du juge. Cette structure pourrait réduire le risque d'incohérence entre la Commission et le juge, mais de l'autre côté, elle réduit la portée du droit pénal de la concurrence.

Dès lors qu'**en Thaïlande** la procédure pénale n'est pas détachable de l'appréciation de l'autorité administrative, cette branche du droit est placée au titre secondaire. Nous pouvons en outre douter l'incrimination automatique dans les pratiques interdites en droit de la concurrence qui sera difficile en pratique. Alors que **le droit français** de la concurrence ne sanctionne pénalement les acteurs de pratique anticoncurrentielle que s'ils prennent *frauduleusement* une part *personnelle* et *déterminante* dans la pratique en cause, **le droit thaïlandais** qui constate la responsabilité pénale dès que la pratique est considérée comme illicite paraît disproportionnellement plus sévère. Cela peut montrer comment la décision administrative et la responsabilité pénale peuvent être liées.

La coopération comprend également la protection de secret professionnel dans l'instance civile (2°)

#### 2° La communication et la protection de secret professionnel entre les autorités administratives et le juge civil

La question devient plus délicate s'agissant de la voie civile. Les victimes des pratiques visées par le Code de commerce et la loi relative à la concurrence 1999 peuvent saisir le tribunal civil pour demander réparation. Le procès civil est public contrairement aux séances des autorités administratives de concurrence. Ce principe est clairement confirmé par l'article L463-7 du Code de commerce qui dispose au début de l'article que «*Les séances de l'Autorité de la concurrence ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister.*»

De son côté, le droit de la concurrence thaïlandais reconnaît le caractère secret de manière implicite.

Ce qui nous paraît problématique est que le droit de la concurrence tant français que thaïlandais sanctionne pénalement la divulgation des informations recueillies au cours de la procédure (l'article L463-6 du Code de commerce et l'article 53 de la loi relative à la concurrence 1999). Le champ d'application des deux articles n'est toutefois pas exactement identique, mais le principe est commun. La protection de marché ne peut remettre en cause la vie des affaires. Toutes les informations sont destinées exclusivement au profit de la procédure. Le problème se caractérise lorsque la procédure civile a besoin de la communication des pièces détenues par l'autorité administrative. Jusqu'où peut donc aller le principe de la protection du secret professionnel ?

Tant le droit français que le droit thaïlandais prévoient la possibilité pour les parties de demander la communication des pièces détenues par les autorités administratives (l'article 138 du Code de procédure civile et l'article 123 du Code de procédure civile thaïlandais). Pourtant cette procédure dans ces deux systèmes juridiques est longue et fastidieuse, ce qui oblige les parties à chercher d'autres moyens. **En France**, le dossier de l'ADLC constitue un document administratif faisant l'objet du contrôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). La CADA avait été saisie en 2008 sur le caractère des pièces de l'ADLC alors le Conseil de la concurrence à l'époque.

La CADA a rendu son avis<sup>596</sup> qui a obligé le Conseil de la concurrence de communiquer les pièces dès lors que sa décision est rendue. C'est le moment auquel le dossier perd le caractère préparatoire et devient communicable à toute personne qui en fait la demande. Selon l'avis, le Conseil ne peut refuser la communication que si elle porte atteinte au bon déroulement de procédures juridictionnelles en cours ou aux opérations préliminaires à de telles procédures, en vertu du I du même article 6 de la loi du 17 juillet 1978.<sup>597</sup> Cette position laisse une grande possibilité pour les tiers d'accéder aux dossiers de l'Autorité, ce qui pose un risque important au

---

<sup>596</sup> CADA Avis 25 septembre 2008, n°20082912

<sup>597</sup> Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. L'article 6 de cette loi fixe des conditions par lesquelles les documents ne peuvent être communiqués.

secret professionnel notamment en ce qui concerne la procédure de Clémence.<sup>598</sup> Dans cette perspective, le législateur est venu modifier la disposition de l'article 6 de la loi précitée en précisant que «*les documents élaborés ou détenus par l'ADLC dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision*» ne sont pas communicables.<sup>599</sup>

Cette intervention radicale remet en cause le moyen d'accès au dossier de l'ADLC dans le cadre de la procédure CADA et crée par conséquent des incertitudes juridiques sur l'accès au dossier à travers une seule voie de la procédure civile. Il faut attendre jusqu'en 2012 que le législateur est venu régler ce problème par la modification de l'article L462-3 du Code de commerce.<sup>600</sup> Désormais, l'ADLC peut transmettre tout élément concernant les pratiques anticoncurrentielles sauf celui qui relève de la procédure de Clémence à toute juridiction qui la consulte ou qui lui demande. Cette nouvelle disposition constitue un moyen direct d'accès aux dossiers de l'Autorité. Il nous reste toutefois à savoir les critères d'appréciation de l'Autorité dès lors que l'article dispose que l'ADLC *peut* transmettre et non pas *doit* transmettre.

**En Thaïlande**, même si l'article 53 de la loi relative à la concurrence 1999 interdit la divulgation des informations recueillies lors de la procédure devant la Commission de la concurrence, la divulgation est autorisée en cas de l'exercice des fonctions publiques ou pour l'intérêt de l'investigation ou de l'instruction de dossier dans la procédure juridictionnelle. Avec cette exception, la solution est claire. La transmission des pièces par la Commission à la juridiction est toujours possible. En revanche, l'exception semble trop vague et peut conduire à l'atteinte au principe du secret de l'audience dans la mesure où les informations peuvent être divulguées par tous devant la juridiction.

L'action de l'autorité administrative ne se limite pas seulement à la transmission des pièces, mais aussi à l'intervention sous forme d'avis (B).

---

<sup>598</sup> La Clémence est un moyen qui incite les acteurs d'une pratique anticoncurrentielle à dénoncer l'existence d'une telle pratique devant l'ADLC en contrepartie d'une exonération partielle ou totale d'amende. La démarche de l'entreprise est alors secrète.

<sup>599</sup> La modification a été effectuée par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

<sup>600</sup> La modification a été effectuée par la loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer

## **B) L'intervention sous forme d'avis de l'autorité administrative de la concurrence**

L'autorité de régulation assure les missions globales sur le marché y compris l'émission d'avis. Considéré comme l'un des *soft laws*, l'avis est un outil permettant à l'autorité de protéger l'ordre concurrentiel. Cependant, l'exercice de droit d'émettre un avis doit prendre en compte la sauvegarde de l'équilibre entre l'autorité émettrice et les juridictions. L'intervention sous forme d'avis peut être distinguée en deux hypothèses : les avis sur la demande des juridictions (1°) et ceux émis à propre initiative (2°).

### 1° L'émission d'avis sur la demande des juridictions

**En France**, le Code de commerce distingue trois moyens par lesquels un avis de l'ADLC peut être demandé. **D'abord**, l'avis peut être demandé par les organismes dans l'article L462-1.<sup>601</sup> **Ensuite**, l'article L462-2 rend obligatoire la consultation par le Gouvernement sur certains projets de texte réglementaire qui affecte la concurrence. **Enfin**, l'avis peut être demandé par les juridictions.

La consultation par les juridictions que l'on retrouve à l'article L462-3 du Code de commerce<sup>602</sup> est pourtant différente de celle précédemment évoqué. Elle porte sur le cas précis dont l'avis pourrait avoir une portée plus importante qu'une simple question posée par les

---

<sup>601</sup> L'article L462-1 alinéa 2 du Code de commerce dispose que l'Autorité «*donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique, de La Réunion, du Département de Mayotte, des îles Wallis et Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge.*»

<sup>602</sup> L'article L462-3 alinéa 1 du Code de commerce dispose que «*L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en oeuvre la procédure prévue au présent texte.*»

organismes dans l'article L462-1. Même si l'avis ne lie pas le juge, son autorité morale et la demande du juge signifient que les avis sont généralement suivis.<sup>603</sup>

Par cet ampleur, l'émission de l'avis est encadrée. L'avis est soumis à une procédure contradictoire sauf que l'Autorité dispose déjà des informations recueillies lors des procédures antérieures (l'article L462-3 du Code de commerce). Cette exception ne semble pas compatible avec la jurisprudence. La Cour d'Appel de Paris a déjà refusé de faire suite à la demande d'avis de l'Autorité sollicitée par une partie car l'affaire a déjà été examinée par l'ADLC. Il n'y a pas alors de matière à formuler.<sup>604</sup> Cette position nous signifie que la demande d'avis est possible notamment dans les actions dites *standalone* et non celles de *follow-on* après la procédure devant l'ADLC.<sup>605</sup> Or, selon l'article L462-3, l'Autorité peut être consultée par la juridiction sans que l'Autorité ait déjà traité l'affaire en cause. Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris est peu acceptable. Ce refus traduit aussi l'esprit du juge de garder son indépendance au regard de l'intervention de l'Autorité.

Une autre exigence est que l'avis ne peut être publié qu'après le non-lieu ou le jugement selon l'article L462-3, ce qui participe également à la garantie de l'indépendance des juges. Si l'avis est rendu public avant le jugement, la considération des juges pourrait être affectée par le public.

**En Thaïlande**, dès lors que la Commission de la concurrence n'est pas construite comme une autorité de régulation, son pouvoir d'émettre un avis est très limité. La Commission ne peut donner l'avis qu'au Gouvernement en ce qui concerne la promulgation des arrêtés ministériels en application de la loi relative à la concurrence 1999. La demande d'avis de la part des juridictions n'est pas possible. Dans la perspective de moderniser la Commission de la concurrence, ses compétences doivent sans doute être élargies à la possibilité d'émettre un avis. Avec le pouvoir plus important, le statut de l'autorité indépendante doit par la suite être accordé.

---

<sup>603</sup> Emmanuelle CLAUDEL, «La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française», *RDLC*, n°4-2012, p. 43

<sup>604</sup> CA Paris, 30 juin 2011, *RG n° 09/10289, Socplast, Balnora c/ Valorplast et Eco-emballages*

<sup>605</sup> V. JAUNET, «Relation entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale», *CCC*, n°5, mai 2013, dossier 9

Après l'avis sur la demande, l'Autorité administrative doit également donner des avis à sa propre initiative (2°).

### 2° L'émission d'avis à propre initiative de l'autorité administrative

Le niveau supérieur du pouvoir d'émettre un avis est caractérisé ici par la possibilité d'auto-saisine. La possibilité de présenter ses observations à toutes les questions de la concurrence traduit une compétence véritable d'une autorité de régulation.

**En France**, ce pouvoir est reconnu dans l'article L462-4 du Code de commerce. L'ADLC est habilité à prendre l'initiative de donner un avis ou plus précisément une recommandation au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de prendre des mesures nécessaires pour améliorer le fonctionnement des marchés. L'avis dans ce cas est alors public. La question devient plus délicate s'agissant de la présentation sous forme d'une observation devant la juridiction.

Si l'ADLC peut être considérée comme gardien du marché, son intervention volontaire peut inévitablement affecter l'indépendance des juridictions. L'intervention se heurte en effet au principe de procès équitable en raison de l'autorité morale attachée à la présence de l'Autorité. Florence BUSSY dénonce ce processus en considérant que *«cette pratique autorise, en définitive, le juge de premier degré à défendre sa décision devant le juge d'appel. Elle constitue un dévoiement du principe du double degré de juridiction qui suppose, pour être effectif, que les juges du second degré procèdent à un réexamen de l'affaire avec une totale neutralité, sans subir l'influence du juge de première instance.»*<sup>606</sup> Certaines conditions ont été mises par le juge pour justifier l'action. **D'une part**, cette action est contrôlée par le principe contradictoire. C'est-à-dire, l'observation peut être présentée dans la mesure où les parties ont la possibilité de répliquer aux observations de cette autorité administrative.<sup>607</sup> **D'autre part**, l'Autorité ne peut pas apporter des nouveaux éléments aggravant la culpabilité ou la condamnation des parties en cause.<sup>608</sup>

<sup>606</sup> Florence BUSSY, «Nul ne peut être juge et partie», *D.*, 2004, p. 1745

<sup>607</sup> Cass. com., 27 janvier 1998, N° 96-11080, *ITM France*, *Bull.* IV N° 42

<sup>608</sup> Cass. com., 31 janvier 2012, N° 10-25772, 10-25775 et 10-25882, *Bull.* IV N° 16

Au contraire, **en Thaïlande**, la Commission de la concurrence ne peut en aucun cas présenter ses observations devant la juridiction. Pourtant, cette possibilité, comme nous l'avons remarqué, risque de restreindre le pouvoir d'appréciation des juges. Dans la réforme de la Commission de la concurrence, nous pouvons ainsi raffiner les conditions par lesquelles la Commission de la concurrence pourra intervenir devant les juridictions. **D'une part**, la Commission peut intervenir seulement sur la demande du juge et uniquement sur les questions concrètes et précises. **D'autre part**, la Commission ne peut pas intervenir dans le litige suite à sa décision. Ces deux principes assurent l'indépendance du juge. À l'égard des autorités juridictionnelles, la fonction de la Commission doit être purement consultative. Les avis ou recommandations adressés à d'autres organismes sont pourtant publics.

Après avoir apprécié la relation plus ou moins étroite entre l'autorité administrative de la concurrence et les juridictions, il convient ensuite d'analyser cette relation des autorités de la consommation (§2).

## **§ 2 La position éloignée entre les autorités de consommation et les juridictions**

Si l'autorité administrative en France et en Thaïlande peut ou doit intervenir dans les contentieux de la concurrence, nous trouverons cependant que tel n'est pas le cas pour les autorités de la consommation. En raison de la diversité des domaines et de leur caractère éclaté, les autorités administratives de la consommation ne peuvent pas assurer les mêmes missions que les autorités administratives de la concurrence. Ce phénomène est marqué par le rôle des autorités administratives de la consommation qui porte plutôt sur l'enquête (A), puis par l'intervention sous forme d'avis des autorités de consommation (B).

### **A) Le rôle diminué des autorités d'enquête**

Contrairement aux autorités de concurrence, les autorités de consommation ne disposent pas de propre pouvoir de sanction. Les autorités administratives en droit de la consommation en France et en Thaïlande sont nombreuses, mais dans chaque pays il existe une autorité principale : la DGCCRF **en France** et l'OCPC **en Thaïlande**. Ce sont les autorités qui assurent de manière générale les affaires de la consommation et qui travaillent au service des citoyens. Nous allons

évoquer deux pouvoirs concernés dans cette section : le pouvoir de saisir la juridiction (1°) et le pouvoir d'enquête (2°).

1° La rareté de la saisine des autorités administratives dans les faits

La DGCCRF et l'OCPC disposent de deux compétences importantes : le pouvoir d'enquête que nous allons discuter après et le pouvoir de saisir la juridiction. Comme les conflits de la consommation sont nombreux et revêtent principalement la nature privée, la DGCCRF et de l'OCPC n'ont pas de vocation à agir en justice à la place de consommateur. **En France**, la DGCCRF s'occupe plus des affaires à l'intérêt général que celles de l'intérêt particulier. Ses actions auprès des consommateurs sont de leur fournir les renseignements nécessaires afin que les consommateurs puissent déterminer la stratégie dans les litiges en cause.

Quant au pouvoir d'agir en justice, l'article L141-1 du Code de la consommation a habilité au début la DGCCRF à saisir les juridictions exclusivement dans le cadre de *la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou la mesure de nature à mettre un terme aux manquements à des obligations contractuelles ou aux agissements illicites mentionnés aux I, II et III*. Plus récemment, ce pouvoir est encore élargi par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation qui permet à la DGCCRF de demander à l'autorité judiciaire de prescrire en référé ou sur requête toutes mesures proportionnées propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage causé par le contenu d'un service de communication au public en ligne. La nouvelle disposition traduit la volonté de rendre la protection du consommateur plus effective. Reste à savoir si la DGCCRF va exercer ses compétences en pratique.

**En Thaïlande**, la loi relative à la protection du consommateur 1979 avait prévu dès l'origine dans l'article 39 la possibilité pour l'OCPC d'agir devant les juridictions civile et pénale si l'action serait bénéfique à l'ensemble des consommateurs. Le pouvoir d'agir de l'OCPC a déjà fait l'objet d'un contrôle par la Cour suprême qui vérifie si le comportement en cause est régulier, ce qui signifie l'atteinte aux droits des consommateurs en général. Un arrêt de la Cour suprême considère que la plainte portant sur le contrat d'assurance-vie dont la stipulation est commune pour tous les assurés présente les intérêts pour l'ensemble des consommateurs

permettant à l'OCPC d'agir en justice en vertu de l'article 39 de la loi relative à la protection du consommateur 1979.<sup>609</sup>

La mise en oeuvre de cette pratique est pourtant rare **d'une part** parce que c'est une procédure lente et compliquée et **d'autre part** la saisine ne bénéficie pas de régime spécifique notamment en ce qui concerne les dommages et intérêts. En effet, le jugement ne s'engage que les parties alors que les consommateurs victimes seront ainsi nombreux qu'il est peu possible d'inclure tous les consommateurs concernés dans un litige. Pour l'instance, la décision de porter plainte de l'OCPC ne détermine pas les personnes pour le compte desquelles la saisine est réalisée. La décision vaut une autorisation à l'OCPC de saisir à nouveau les juridictions s'il y a d'autres réclamations. Le nombre des litiges du même fait à plusieurs reprises est alors multiplié.

Nous pouvons remarquer qu'une telle décision ne peut pas régler cette contrainte. En fait, il serait mieux d'autoriser les victimes de demander les dommages et intérêts sur le fondement de l'arrêt définitif à la suite du recours de l'OCPC.<sup>610</sup> Cette pratique s'approche à l'action de groupe exercée par l'autorité publique.

La relation entre l'autorité administrative de consommation et les juges est encore plus éloignée par l'augmentation des pouvoirs de l'autorité administrative (2°).

## 2° L'évolution récente du cadre de pouvoir d'enquête de l'autorité administrative

Si la relation entre l'autorité administrative et les juridictions est plus ou moins distincte, les textes actuels peuvent encore les éloigner en plus. Ce phénomène est commun en France et en Thaïlande. **En France**, la réforme envisagée par Benoît HAMON est réalisée par la promulgation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. En vertu de cette loi, la DGCCRF peut prononcer une sanction administrative aux auteurs des infractions. Cette mesure permet à la DGCCRF de sanctionner certains comportements qui n'ont pas été vraiment poursuivis dans le passé. En répondant à ce nouveau régime, certaines pratiques ont été dépenalisées, mais certaines d'autres ont vu leur sanction aggravée.

---

<sup>609</sup> Cour suprême, n°2295/2545

<sup>610</sup> Kanungnit BUNBANYEN, *Problèmes sur la procédure civile en vertu de l'article 39 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 au regard de l'action de groupe*, Mémoire de Master à Université Thammasat, 2006, p. 72

Cette nouvelle compétence de la DGCCRF qui crée une sanction administrative sous son contrôle avant la sanction pénale exercée par le juge peut rendre la protection du consommateur plus effective. En revanche, le régime se heurte en même temps au principe du procès équitable. Le Conseil constitutionnel, saisi sur cette question, a considéré que le régime d'amende administrative est accepté dès lors que les droits de la défense et le principe du contradictoire sont respectés. Sur le cumul des sanctions, le Conseil juge que *«lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ; qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect de cette exigence.»*<sup>611</sup>

**Quant à la Thaïlande,** l'OCPC est aussi doté d'un pouvoir plus important pour renforcer ses moyens d'agir. En effet, l'OCPC est depuis longtemps connu par son pouvoir d'enquête sans pour autant le pouvoir de sanction. Récemment, la loi relative à la protection du consommateur 1979 a été modifiée<sup>612</sup> en ce qui concerne le cadre de pouvoir de l'OCPC dans l'article 10 de la loi. Désormais, l'OCPC est habilité à mettre fin au conflit de la consommation par voie de médiation selon la convention entre le consommateur et le professionnel en cause.

Une autre modification par cette même loi porte sur les mesures sur les produits et services dangereux. Le nouveau article 36 de la loi permet à l'OCPC d'adopter une mesure plus appropriée lorsqu'un produit ou service révèle un caractère dangereux après l'essai. L'OCPC peut ordonner l'interdiction de la vente, le retrait du produit en cause, la modification du produit pour mettre fin au caractère dangereux, la mise hors de territoire du produit, la destruction du produit ainsi que la publication ou la notification de la mesure prise aux consommateurs.

D'après ces deux dispositifs, nous remarquons la volonté du législateur de renforcer l'effectivité de la protection. Quant à la médiation, cette faculté entraîne une baisse de nombre de litiges devant la juridiction. Cela ne veut pas dire cependant que l'OCPC n'a jamais agir comme médiateur de la consommation. La note d'exposé de motif de la loi du 8 mars 2013 indique en

---

<sup>611</sup> CC, n° 2014-690 DC du 13 mars 2014

<sup>612</sup> La modification effectuée par la loi du 8 mars 2013 portant la modification de la loi relative à la protection du consommateur

fait qu' «*il n'existait aucune disposition permettant à l'OCPC de procéder à la procédure de médiation.*» S'agissant des produits et services dangereux, la disposition veut mettre fin rapidement la commercialisation de produit ou service susceptible de porter atteinte à la sécurité de consommateur. En revanche, le mécanisme ne peut pas aller jusqu'au bout tel qu'il est en droit français.

**D'une part**, alors que le droit français agit au champ pénal du droit de la consommation qui concerne l'intérêt général et l'ordre public, le droit thaïlandais permet à l'OCPC d'intervenir dans les affaires privées pour trouver un moyen plus rapide à réparer le préjudice subi par le consommateur. La différence majeure reste dans la force obligatoire du dispositif. La DGCCRF peut appliquer directement les sanctions administratives tandis que l'intervention de l'OCPC reste soumise à l'approbation des parties. La partie professionnelle peut toujours refuser les dommages et intérêts à l'issue de la médiation.

**D'autre part**, le législateur thaïlandais ne prend pas d'avantage de fixer la sanction plus restreinte sur les produits ou services dangereux. En effet, si le professionnel ne respecte pas l'ordonnance de l'OCPC sur l'interdiction de produit ou de service, il encourt une peine pénale d'emprisonnement et d'amende. Même si la peine peut être transformée en une amende transactionnelle, cela dépend sur la volonté du contrevenant. L'OCPC ne peut pas appliquer directement la sanction.

En droit de la consommation, la saisine des juridictions par les autorités administratives est relativement rare. Au contraire, les autorités cherchent à réduire le nombre de litige par plusieurs mécanismes qui visent à mettre fin plus rapidement les conflits, ce qui signifie les inconvénients de la procédure devant le tribunal au regard des acteurs publics dans le domaine de la consommation.

Une autre interaction entre les autorités administratives et les juges peut être trouvée sous forme d'avis (B).

### **B) L'intervention sous forme d'avis des autorités administratives de consommation**

Si l'émission d'un avis peut être considérée comme un bon moyen d'intervenir pour les autorités de concurrence, l'avis constitue encore un moyen moins connu en droit de la

consommation. Il convient de distinguer l'avis rendu généralement par les organismes publics ou privés et celui rendu dans le cadre d'un contentieux spécifique. Ce dernier doit être encadré de manière plus minutieuse car il peut apporter un effet important sur le jugement. Dans notre étude, nous analysons les autorités susceptibles de pouvoir émettre un avis (1°), puis les modalités d'émission (2°).

### 1° Les caractéristiques des autorités émettrices d'avis

La différence fondamentale dans la nature du droit de la concurrence et du droit de la consommation entraîne une différence dans le rôle de l'avis. En effet, si un avis est nécessaire, c'est parce qu'il y a des questions que seuls les juges ne peuvent pas trancher. Ces questions concernent alors les matières complexes et techniques. Cette logique va bien avec le droit de la concurrence qui exige des définitions de notions et des analyses économiques. Mais ce concept est-il compatible avec le droit de la consommation ? Comme nous l'avons déjà évoqué à plusieurs reprises, le droit de la consommation ne constitue pas véritablement de matière technique.

En effet, le droit de la consommation revêt pour la plupart la nature du droit civil avec les règles supplémentaires en faveur des consommateurs. Même si ce domaine juridique peut être considéré comme droit économique ou droit du marché, le droit de la consommation révèle peu d'analyse économique concrète. L'examen du Code de la consommation **français** nous permet de trouver les caractéristiques des autorités émettrices. D'après le Code de la consommation, nous dégageons trois constats importants.

**D'abord**, même si les autorités administratives de la consommation sont désignées comme organe consultatif, il y a seulement deux organes qui peuvent être consultés par les juridictions : la CCA et la CSC.

**Ensuite**, le champ d'application de ces deux commissions est bien encadré. La CCA agit sur le caractère abusif d'une clause de contrat tandis que la CSC examine le caractère dangereux d'un produit. Quant au CNC qui peut être consulté uniquement par les pouvoirs publics, son champ d'intervention couvre la politique de la consommation en général.

**Enfin**, les deux commissions adoptent une composition paritaire. Chaque commission dispose de membres au nombre égal de consommateur et de professionnel. À partir de cette composition, s'ajoute ainsi les personnes qualifiées dans la matière. Ces dernières sont intégrées dans le corps de la commission pour assurer la compétence de la mission concernée. Le

contenu d'avis résulte alors de la négociation des intéressés (les représentants de professionnel et de consommateur) et de l'encadrement technique des membres experts.

Nous remarquons pourtant la différence de poids des membres consommateur-professionnel entre les deux commissions. Auprès de la CCA, huit sur treize membres sont les consommateurs et professionnels. Mais, dans la CSC, six sur quinze membres sont les consommateurs et professionnels alors que le nombre des personnalités qualifiées est fixé à sept (six experts techniques et un expert juridique issu du monde universitaire). La proportion différente explique alors l'influence de chaque partie dans la matière. Le caractère abusif peut être aussi apprécié par les consommateurs et professionnels alors que le danger de produit est une matière plus technique. C'est la raison pour laquelle la composition des autorités émettrices est différente selon la matière. Mais la part égale entre les représentants de professionnel et ceux de consommateur demeure un élément essentiel.

**En Thaïlande**, il n'y a pas encore d'organe qui peut être consulté par les juges. Le système de justice en Thaïlande appelle le témoin expert. La demande du témoin expert peut être initiée par le juge ou par la partie. Si la Thaïlande veut adopter le système français, deux facteurs doivent être pris en compte.

**D'une part**, existe-t-il les domaines d'application comparables au droit français ? Nous avons déjà les législations sur les clauses abusives (la loi relative aux clauses abusives 1997) et la sécurité de produit (la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008), ce qui nous laisse à instaurer un organe consultatif au sein de chaque loi. **D'autre part**, ces organes instaurés doivent être paritaires, c'est-à-dire, ils comprennent les consommateurs et les professionnels au nombre égal afin d'assurer la crédibilité de l'avis.

Quant à l'Organe indépendant des consommateurs dont la création est prévue par l'article 61 de la Constitution de 2007, cet organe n'est pas capable d'exercer la fonction consultative auprès de la juridiction. En fait, l'Organe agit dans la politique général de la consommation et seuls les représentants de consommateurs peuvent y siéger.

Après avoir déterminé les autorités compétentes, la modalité de l'émission d'avis de ces autorités est aussi à considérer (2°).

## 2° La modalité de l'émission d'avis

La procédure de l'avis au cours du procès est une phase importante puisque l'avis peut influencer le juge. Avant de s'interroger sur les modalités, il convient d'évoquer deux caractéristiques principales de l'avis émis par les autorités administratives de consommation par rapport à l'autorité administrative de concurrence.

S'agissant de l'influence de l'avis, même si l'avis vise à répondre aux questions que le juge ne peut pas trancher, l'avis ne constitue pas un poids aussi important que celui donné par l'autorité en droit de la concurrence. Les matières concernées en droit de la consommation comportent moins de caractère complexe par rapport à celles en droit de la concurrence.

Quant à l'impartialité de l'autorité émettrice, même si les autorités de consommation disposent de leur propre procédure, il est peu probable que les juridictions demandent un avis portant sur le même objet (la clause et le produit). En effet, la question traitée par les autorités de consommation est précise et déterminée, contrairement au champ de considération plus large de l'autorité de concurrence. Il s'agit de répondre si une telle clause est abusive ou si un tel produit est dangereux. À partir de ces constats, nous pouvons désigner les modalités de l'émission d'avis.

**D'abord**, la demande d'avis doit être initiée par le juge ou par les parties. Les commissions agissent en tant qu'expert. En fait, dès lors que le contentieux de la consommation se situe entre le consommateur et le professionnel, c'est sans doute la partie consommateur qui évoque la caractère abusif ou dangereux pour justifier sa réclamation. Pourtant, le droit de la consommation français ne limite pas cette possibilité au consommateur.

**Ensuite**, la question posée par le juge aux commissions doit être précise. En cas de clause abusive, la question doit porter sur la stipulation précise alors que la sécurité de produit pose la question à savoir si la sécurité à laquelle on peut légitimement prétendre est assurée.<sup>613</sup> La question posée ne doit pas porter sur la clause ou le produit faisant déjà l'objet de la procédure auprès des commissions. Une question se pose à savoir si la commission détecte un caractère d'abus ou un défaut dans un point autre que celui interrogé par la demande. Les commissions sont-elles capables de statuer sur cette irrégularité ? Même s'il est légitime pour la commission de la sécurité d'intervenir pour assurer la sécurité des consommateurs, l'action devient plus délicate pour les clauses abusives.

---

<sup>613</sup> G. RAYMOND, Droit de la consommation, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 72

**Enfin**, il faut également fixer le niveau de transparence de cette procédure. En ce qui concerne la sécurité du produit, l'article L534-6 du Code de la consommation indique que la saisine de la Commission est confidentielle et que l'avis dans ce cas ne peut être rendu public qu'après une décision de non-lieu ou le jugement sur le fond. La Commission peut, par la décision motivée, diffuser l'information sur la saisine. Cette faculté est possible uniquement pour la saisine et pas pour l'avis. Nous pouvons remarquer à ce point l'équilibre entre l'assurance de la sécurité des consommateurs et la protection de la réputation du professionnel. Quant au régime des clauses abusives, une telle interdiction de rendre public un avis n'existe pas, ce qui permet à la Commission de faire connaître son avis au public sans attente de la décision juridictionnelle selon les principes fixés par l'article L534-8 du Code de la consommation.

## Conclusion du Chapitre 2

Après avoir identifié et distingué les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation, le chapitre 2 a eu pour objet d'étudier leur organisation territoriale ainsi que les liens établis entre deux types d'autorité. Nous avons trouvé en effet que la divergence de nature entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation entraîne par la suite une orientation différente sur l'organisation et le déroulement des procédures devant ces autorités.

**En droit de la concurrence**, la valeur du droit vise essentiellement le bon fonctionnement du marché. Le marché est un élément fondamental dans la vie économique du pays. L'enjeu exige un pouvoir important du contrôle et de sanction, ce qui donne lieu à la conception d'une autorité unique dotée d'un pouvoir unifié donc une autorité administrative indépendante. La naissance d'une telle autorité résulte d'une évolution successive. **En France**, l'ADLC avec les pouvoirs renforcés ne voit le jour qu'en 2009 alors que la Commission de la concurrence **en Thaïlande** n'est pas encore indépendante. L'absence du statut indépendant peut expliquer l'échec dans la protection du marché.

Quant aux autorités juridictionnelles, le caractère complexe du droit de la concurrence impose que soit unique la juridiction saisie contre la décision de l'ADLC. Pour avoir une interprétation cohérente et uniforme des règles de la concurrence, la relation entre l'autorité administrative et la cour est plus étroite au travers de l'accès au dossier et de l'émission d'avis. En ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence, les tribunaux font l'objet d'une spécialisation qui présente tant des avantages que des inconvénients.

**En droit de la consommation**, les matières de ce droit sont plus diverses et le nombre de litige est plus élevé par rapport au droit de la concurrence. Une autorité unique avec le pouvoir unifié n'est pas apte à assurer la protection de consommateurs. En effet, les administrations sont déployées pour favoriser l'information des consommateurs sans pour autant intervenir directement régler le conflit. Le juge joue alors un rôle important dans le règlement des conflits de la consommation. Le contact entre les autorités administratives et les juges est plus éloigné. L'avis dont les domaines d'application sont déjà limités n'influe pas substantiellement le jugement.

## Conclusion du Titre 1

Après avoir analysé le champ matériel du droit de la concurrence et du droit de la consommation, le Titre 1 de la Partie 2 a abordé le code général des autorités concernées dans ces deux domaines de droit. Le Chapitre 1 visait à identifier ce que sont les autorités tant d'un point de vue général qu'un point de vue spécifique en droit de la concurrence et en droit de la consommation. Le Chapitre 2 s'intéressait ensuite à analyser la relation entre deux types d'autorités.

Nous avons trouvé en effet certaines particularités au sein des autorités. **En ce qui concerne des autorités administratives**, leur caractérisation ne s'effectue pas forcément sur le pouvoir de contrôle ou de sanction, mais sur la possibilité d'émettre un avis, une recommandation ou une observation. Cette faculté peut poser une difficulté au niveau de la sécurité juridique, mais elle est considérée comme un outil nécessaire en réponse à la souplesse du contrôle exigée.

**S'agissant des autorités juridictionnelles**, les particularités du droit de la concurrence et du droit de la consommation s'imposent d'une manière plus difficile. **En droit de la concurrence**, les juristes se heurtent à la question du transfert de compétence d'apprécier le recours contre la décision de l'autorité administrative. Quant aux autres contentieux, la spécialisation des juridictions est mise en place pour renforcer la compétence des juges. Cette opération n'est pas pourtant incontestable car la concurrence est une matière en lien avec beaucoup d'autres domaines. La solution fondée sur les principes généraux de la répartition des juridictions ne peut pas répondre à tous les problèmes en pratique.

**En droit de la consommation**, les tribunaux sont aussi la cible de la réforme. Ce sont les autorités qui disposent d'un plein pouvoir de contrôle et de sanction. Mais au lieu de renforcer le pouvoir des tribunaux, l'effort est mis pour régler le conflit des consommateurs avant la phase contentieuse. Au regard du droit de la consommation, la protection des consommateurs doit être accessible, simple, rapide et peu coûteuse. Ainsi, ces caractéristiques s'insèrent mal dans la procédure judiciaire.

L'organisation de toutes ces autorités signifie que le droit du marché est conçu dans une logique spécifique en dehors des droits traditionnels que ce soit le droit civil ou le droit

administratif. En même temps, ce domaine juridique n'aboutit pas à créer son propre régime autonome du droit commun. L'application du droit de la concurrence et du droit de la consommation requiert la maîtrise tant en droit spécifique qu'en droit commun. Il faudra du temps pour la Thaïlande de dépasser cette contrainte de l'ordre traditionnel afin de trouver une structure adaptée à la nature de ces deux droits ainsi qu'aux caractères socio-économiques du pays.

Après avoir analysé dans le champ organisationnel les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation, le Titre 2 nous invite à analyser en détail l'exercice des pouvoirs des autorités.

## Titre 2

Les caractéristiques du  
contrôle exercé par les  
autorités administratives  
et juridictionnelles

Dès lors que les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation sont identifiées, il convient d'examiner leurs interventions. En effet, la concurrence et la consommation constituent l'ensemble des éléments du marché et de la vie économique. Les contrôles dans ces deux matières sont alors divers et variables.

L'intérêt de ce titre réside non seulement dans la comparaison entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation d'une part et le droit commun d'autre part, mais aussi dans la comparaison des contrôles entre ces deux matières. La variété dans les moyens et modalités de contrôles traduit en effet la diversité d'intérêt que représentent ces deux matières. Elles relèvent en effet de l'intérêt tant privé que public, et produisent un impact tant économique que social.

Les doctrines à l'issue de l'analyse des contrôles vont se concrétiser dans le déroulement de procédure auprès des autorités. Nous avons déjà appris le rôle des autorités administratives dans la politique de la concurrence et de la consommation. L'étude de la procédure de ces autorités administratives va encore clarifier leur importance. Quant à la procédure dans la phase contentieuse, les particularités du droit de la concurrence et du droit de la consommation s'imposent pour assurer l'efficacité de ces deux droits. Les régimes exorbitants sont alors mis en place. C'est en effet l'analyse de ces régimes exorbitants dans les contentieux de la concurrence et de la consommation qui fait l'intérêt de cette thèse.

Le Titre 2 porte en premier lieu sur l'analyse des contrôles (Chapitre 1). L'étude s'intéresse en second lieu aux procédures de contrôle (Chapitre 2).

# Chapitre 1

## La caractérisation de la nature du contrôle

---

### Plan du chapitre

#### Section 1 La caractérisation au regard des objectifs du contrôle

##### § 1 Le contrôle à but réparateur

- A) L'action en dommages-intérêts
- B) Les conséquences sur les contrats de la concurrence et de la consommation

##### § 2 Le contrôle à but répressif

- A) Les questions préalables des contrôles répressifs
- B) La position du droit pénal dans les domaines de la concurrence et de la consommation

#### Section 2 La caractérisation au regard du temps du contrôle

##### § 1 La notion de *a priori* et *a posteriori*

- A) Les perspectives différentes selon les deux types de contrôle
- B) L'exemple du contrôle *a priori* et *a posteriori* : le contrôle de la constitutionnalité

##### § 2 Les contrôles *a priori* et *a posteriori* en droit de la concurrence et de la consommation

- A) Les critères pour adopter l'approche *a priori* ou *a posteriori*
- B) Les limites à l'action *a priori* ou *a posteriori*

Notre étude commence par l'appréciation de la nature du contrôle des autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation. L'identification de la nature permet de caractériser les concepts dans ces deux droits, ce qui donne lieu à la caractérisation de la procédure du contrôle.

La nature des contrôles des autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation peut être examinée en deux aspects. **D'une part**, elle peut être étudiée à l'égard des mesures appliquées (Section 1) et **d'autre part** elle peut être analysée en fonction du moment de l'intervention (Section 2).

## **Section 1 La caractérisation au regard des objectifs du contrôle**

La nature des contrôles est en premier lieu examinée au regard des objectifs qu'ils poursuivent. En effet, les contrôles en droit de la concurrence et en droit de la consommation peuvent comporter de nombreuses finalités : réparatrice, protectrice, répressive ou dissuasive. Un objectif peut être assuré par plusieurs autorités. Ce phénomène traduit la pluralité des valeurs protégées par ces deux droits.

Parmi de nombreux objectifs, nous en examinons deux : les contrôles à but réparateur (§1) et ceux à but répressif (§2).

### **§ 1 Le contrôle à but réparateur**

Les infractions en droit de la concurrence et en droit de la consommation sont susceptibles d'entraîner un dommage aux personnes concernées directement par les actes. Mais cela ne veut pas dire que la réparation devrait être effectuée par l'action privée. En fait, l'article L464-2 du Code de commerce prévoit les critères pour déterminer le montant des sanctions de l'ADLC y compris «*l'importance du dommage causé à l'économie*», ce qui pourrait traduire en partie le but curatif des sanctions administratives.

Dans ce paragraphe, nous étudions deux sujets liés aux contrôles curatifs : les actions en dommages et intérêts (A), puis les conséquences sur les contrats conclus en violation du droit de la concurrence et du droit de la consommation (B).

### A) L'action en dommages-intérêts

Nous avons déjà évoqué ce type de litige dans le cadre du *private enforcement*. Le champ d'application de cette action est en effet plus élargi. **En droit de la concurrence**, le contentieux concerne en principe la réparation en dommages et intérêts causés par les pratiques anticoncurrentielles, mais aussi celle qui résulte des pratiques restrictives. **En droit de la consommation**, cette action est plus commune dans la mesure où les affaires de la consommation sont classées comme des affaires civiles. Il faut aussi noter que l'action peut s'engager avec ou sans la décision de la part de l'autorité administrative. Notre étude se limite alors à l'action devant l'autorité judiciaire.

Le titre peut nous renvoyer à l'étude sur l'action de groupe. Cependant dans cette section, nous nous n'intéressons pas à cette modalité de réparation. La question de l'action de groupe sera traité dans un autre chapitre.<sup>614</sup> Comme nous l'avons déjà cité, la responsabilité civile requiert trois conditions : la faute, le dommage et le lien de causalité. Notre étude ici en porte sur les deux premiers éléments qui sont essentiels dans la réparation. Seront examinés l'établissement de la faute (1°) et la détermination du dommage (2°).

#### 1° La démonstration de la faute

La démonstration de la faute concerne directement la question de la preuve. En règle générale, la nécessité de la preuve incombe à celui qui se plaint. Cependant, les actes contrôlés en droit de la concurrence et en droit de la consommation comportent un caractère technique et ne sont pas facilement à démontrer. La charge d'établir la faute dans ces deux droits peut-elle différencier de la règle générale ? Nous étudions cette problématique par matière.

**En droit de la concurrence**, la question de la faute est réglée en deux étapes. **D'une part**, il faut statuer sur la nécessité d'établir la faute, ce qui déterminera la condition par laquelle la faute est qualifiée. **D'autre part**, il faut, dans la contrainte d'accès au dossier, rechercher comment la charge de la preuve peut être allégée.

---

<sup>614</sup> Sur ce sujet, voir le B) La procédure en droit de la consommation : de la simplification à l'action de groupe, p. 444 et suiv.

S'agissant de la nécessité de la faute, il y a un grand écart entre deux systèmes juridiques. **L'un**, appliquée dans les pays anglo-saxons comme le Royaume-Uni et les États-Unis, n'exige pas d'établissement d'une faute. Il suffit pour le demandeur de montrer une infraction au droit de la concurrence de la part du défendeur.<sup>615</sup> Ce principe est également adopté par l'Union européenne. Dès lors qu'une pratique anticoncurrentielle résulte d'une décision de la Commission européenne, les juridictions nationales ne peuvent pas adopter la décision contraire. La doctrine, confirmée par un arrêt récent de la CJUE,<sup>616</sup> est intégrée à l'article 16 du règlement du Conseil européen n°1/2003.

**L'autre**, appliqué dans les pays de droit romain **y compris la France et la Thaïlande**, demande l'établissement d'une faute autonome. Le seul caractère illicite du comportement de défendeur ne suffit pas. Cette exigence résulte de l'absence d'un régime dérogatoire explicite sur les infractions de la concurrence. Les caractéristiques des règles de la concurrence peuvent-elles avoir une incidence sur l'établissement de la faute ?

La disposition de l'article L442-6 du Code de commerce s'agissant des pratiques restrictives de concurrence prévoit que «*Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé.*» Elle suggère ainsi une présomption de faute. Les juges peuvent déduire la faute à un simple constat de la violation des règles de la concurrence. Quant aux pratiques anticoncurrentielles, il n'y a pas une telle disposition. Cependant, les articles L420-1 et L420-2 disposent au début que les pratiques visées (l'entente et l'abus de position dominante) sont prohibées. L'article L420-3 confirme aussi que tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à ces pratiques est nul. Il est suggéré qu'il y a une coïncidence entre la faute concurrentielle et la faute civile,<sup>617</sup> position confirmée par la jurisprudence.<sup>618</sup>

**En Thaïlande**, l'absence de la jurisprudence rend la question plus difficile. Comme en droit français, il n'existe pas de régime dérogatoire. En effet, il y a seulement une sanction pénale pour la violation des pratiques anticoncurrentielles ainsi que des pratiques restrictives (l'article 51 de la loi relative à la concurrence 1999). Quant à la présomption de faute, le moyen

---

<sup>615</sup> Louis VOGEL (dir), *Les actions civiles de concurrence Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, Édition Panthéon Assas, 2013, p. 16

<sup>616</sup> CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-119/11, *Otis et autres*

<sup>617</sup> E. CLAUDEL, «Les propositions du Livre blanc – Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité», *RDLC*, n°4-2008, p. 3

<sup>618</sup> CA Paris, 28 juin 2002, *SARL Philippe Streiff Motorsport e.a. c/ SAS Speedy e.a.*

peut être tiré de la disposition de droit commun de la responsabilité civile. L'article 422 du Code civil et commercial dispose que «*Si le dommage résulte d'une violation de la disposition qui vise à protéger d'autrui, la faute de la personne qui l'a violée est présumée.*» Il nous reste à savoir si les règles de la concurrence peuvent être considérées comme *disposition qui vise à protéger d'autrui*. Il faut alors attendre les jurisprudences sur ce point.

**En droit de la consommation**, la faute est un élément également requise pour engager la responsabilité civile à l'exception de la responsabilité du fait des produits défectueux précédemment étudiée. Cette dernière n'exige pas d'établissement d'une faute. Il suffit à la victime de prouver un défaut dans le produit, le dommage et le lien de causalité. Ce qui est plus difficile n'est pas d'exigence de la preuve, mais sa charge de la démontrer. En raison des domaines divers de la consommation, il n'y a pas de disposition générale appliquée à tout type de contrat de consommation. **Le droit de la consommation français** agit dans chaque domaine sur la question de la charge de la preuve. Au début du Code, l'article L111-4 fixe qu'en cas de litige relatif à l'obligation d'information précontractuelle, *il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations*. La charge de la preuve au professionnel est encore confirmée en matière de contrats conclus à distance et hors établissement (l'article L121-17 du même Code). La charge de la preuve ne pèse pas seulement sur le professionnel. Il y a certains cas où le consommateur est tenu de montrer la preuve par exemple le fait d'exercer le droit de rétractation dans les conditions prévues en vertu de l'article L121-21-2. La charge de la preuve pèse à celui censé la détenir.

Cette logique est également adoptée **en droit thaïlandais**. La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 dispose dans son article 29 que «*Lors que le fait est relatif à la production, à l'assemblage, à la modélisation ou au contenu de produit ou de service ou à une opération quelconque considérée par le tribunal comme étant à la connaissance du professionnel, la charge de la preuve pèse sur le professionnel.*» La loi accorde au juge le pouvoir d'apprécier le caractère d'opération. C'est une solution à vocation générale qui peut en même temps affecter la sécurité juridique en matière de preuve. Nous pouvons remarquer l'approche différente entre le droit français et le droit thaïlandais.

Après l'établissement de la faute, l'appréciation du dommage est aussi un élément important (2°).

### 2° La détermination du dommage

L'octroi des dommages et intérêts est l'objectif du litige en réparation. Les critères de considération ainsi que le montant du dommage peuvent attirer la victime à se prévaloir de son droit. **En France**, le montant du dommage est fixé par le principe de droit commun. Le responsable de l'infraction doit réparer «*le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage.*» Le préjudice doit être certain. Il comprend alors une perte ainsi qu'un manque à gagner. La perte de chance est considérée comme certaine si elle est réelle, sérieuse et peut être concrétisée dans un bref délai.<sup>619</sup> Il y a également l'idée d'indemniser la victime en référence à l'enrichissement de l'auteur de l'infraction, mais elle est opposée en deux raisons. **D'Une part**, la restitution du gain illicite ne correspond pas à l'objectif de la responsabilité civile. **D'autre part**, les rapports de concurrence sont complexes pour déterminer le dommage. Cette idée est comparable à la faute lucrative intentionnelle inexistante dans les codes, mais appliquée par les tribunaux.

Une autre catégorie intéressante du dommage est le fait d'accorder un dommage punitif. Les systèmes juridiques de pays de droit romain considèrent les dommages et intérêts punitifs comme contraires à l'ordre public parce qu'ils ne répondent pas aux objectifs de la responsabilité civile délictuelle destinée à la réparation et non à la punition. Si cette idée n'est pas juridiquement reconnue, le comportement et le pouvoir économique des acteurs de l'infraction sont toutefois pris en considération. La réforme du droit des obligations et de la prescription préconise la faculté au juge d'appliquer les dommages et intérêt punitifs à une faute manifestement délibérée ou une faute lucrative.<sup>620</sup> Ce montant n'est pas versé à la victime, mais au Trésor public.

---

<sup>619</sup> L. VOGEL (dir), *Les actions civiles de concurrence Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, Édition Panthéon Assas, 2013, p. 25

<sup>620</sup> Pierre CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, La documentation française, 2005, p. 162

**En Thaïlande**, les principes sur la détermination du dommage restent dans le cadre du Code civil et commercial. L'article 438 prévoit que le juge fixe le dommage compensatif en fonction des *circonstances* et de la *gravité* de l'acte. Souvent, le juge octroie le dommage sur les facteurs concrets. Les dommages difficiles à évaluer sont rarement reconnus.<sup>621</sup>

Quant au dommage punitif, le droit thaïlandais n'a pas de position claire sur ce point. En effet, l'article 438 donne la possibilité au juge d'accorder un montant considérable du dommage s'il considère que l'acte en cause est très grave. Le montant colossal peut être considéré comme dommage punitif. Les litiges dans ce cas sont pour la plupart ceux relatifs aux actes à l'atteinte physique, mais il y a également l'atteinte à l'intérêt économique de la victime.<sup>622</sup> Dans les textes plus récents, le régime du dommage punitif s'impose. Les textes qui nous concernent sont la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 et la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux 2008.<sup>623</sup>

L'article 42 de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 prévoit la possibilité au juge d'ordonner le dommage punitif s'il considère que l'acte en cause constitue *une faute lucrative et déloyale* ou *un acte délibérément dommageable* ou *une négligence totale au préjudice des consommateurs* ou *un manquement aux obligations de professions*. L'octroi du dommage punitif prend en compte le préjudice subi par le consommateur, le bénéfice tiré par le professionnel, la situation du professionnel, l'atténuation du dommage par le professionnel et la part du consommateur à causer le dommage. Le montant du dommage punitif ne peut excéder le montant de deux fois supérieur au dommage initial. Mais si le montant du dommage initial n'est pas supérieur à 50 000 bahts (environ 1 250 euros), le montant du dommage punitif peut aller jusqu'à cinq fois supérieur du dommage initial. Cet article 42 est la règle générale du dommage punitif en droit de la consommation. Le régime particulier s'applique en cas de la responsabilité du fait des produits défectueux. Selon l'article 11 de cette loi, le juge peut appliquer le dommage punitif sous les conditions et les critères comparables à ceux énoncés dans la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008. Cependant, le montant du

---

<sup>621</sup> Somkiat TANGKITVANICH, *Le développement de loi relative à l'application du dommage punitif en Thaïlande*, Rapport présenté au ministère de la justice, 2010, p. 8

<sup>622</sup> Cour suprême, n°64/2501

<sup>623</sup> Les autres textes qui autorisent l'octroi du dommage punitif sont la loi relative au secret commercial du 12 avril 2002 (E.B. 2545) et la loi relative à la promotion et au développement la qualité de vie des handicapées du 18 septembre 2007 (E.B. 2550).

dommage punitif ne peut excéder le montant de deux fois supérieur au dommage initial quel que soit le montant au départ.

Enfin, l'application du dommage punitif relève de la faculté du juge. Le consommateur n'est pas tenu à le demander dans sa plainte pour recevoir ce dommage.

Les règles de la concurrence et de la consommation s'attachent véritablement au droit des contrats. Une question se pose à savoir les conséquences de la convention en cause (B).

### **B) Les conséquences sur les contrats de la concurrence et de la consommation**

Les actes visés dans les litiges de la concurrence et de la consommation peuvent-ils être considérés comme une convention ? En droit de la consommation, il est sans doute que les parties sont opposées sur le fondement contractuel. La question devient plus problématique en droit de la concurrence notamment avec les pratiques anticoncurrentielles. Cette étude nous amène à examiner les effets de contrat qui fait l'objet du contentieux. Il peut s'agir d'une part de la nullité en droit de la concurrence (1°) et d'un effet spécifique en droit de la consommation d'autre part (2°).

#### 1° La nullité des contrats de la concurrence

Notre approche distingue avant tout la convention ciblée par le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et celle visée par les pratiques restrictives de concurrence. **En France**, les actes de ces deux domaines s'ils sont conjointement commis sont perçus comme une convention de droit civil. L'effet de la convention diffère en fonction de la gravité de son vice. Les dispositions de l'entente et de l'abus de position dominante (les articles L420-1 à L420-2-1 du Code de commerce) interdisent clairement ces pratiques.

En effet, l'article L420-3 du Code de commerce dispose que «*Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-1.*» Le fondement de la nullité est que ces comportements constituent une atteinte au bon fonctionnement du marché.

La nullité, lorsqu'elle est caractérisée, est absolue. Mais dans les règles des pratiques anticoncurrentielles, la nullité est conditionnée par l'illégalité d'un comportement ciblé. Si le

comportement peut être justifié ou affecte une faible dimension du marché, la convention demeure applicable.<sup>624</sup>

L'appréciation devient plus complexe si la convention en cause n'a aucune incidence sur le marché, mais entre dans le contrôle des pratiques restrictives. Ces dernières mettent en cause l'équilibre entre entreprises sans pour autant affecter la concurrence. Le Code de commerce agit différemment à ce genre de pratiques. Il y en a certaines que le Code impose la nullité (l'article L442-6 II du Code de commerce),<sup>625</sup> certaines d'autres ne deviennent pas immédiatement nulles. L'article L442-6 III permet au ministre chargé de l'économie et au ministère public de saisir le juge pour ordonner la cessation des pratiques restrictives ou pour faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Nous pouvons alors remarquer la différence sur la gravité des actes. Pour les pratiques restrictives en général, la nullité doit être prononcée par le juge. Cependant dans l'article L442-6 II, la nullité se caractérise par l'atteinte à la liberté contractuelle d'une autre partie. Les clauses ciblées sont objectives et n'ont pas besoin d'interprétation.

**En Thaïlande**, dès lors qu'il n'y a pas de distinction entre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives, il n'est pas encore clarifié si les pratiques visées dans la loi relative à la concurrence 1999 relèvent d'un acte conventionnel. La loi n'indique pas la conséquence sur la convention conclue à son encontre. Elle prévoit uniquement la sanction pénale pour ceux qui violent les articles 25, 26, 27, 28 et 29 (l'abus de position dominante, la

---

<sup>624</sup> ADLC, Rapport annuel 2009, p. 69

<sup>625</sup> L'article L442-6 II du Code de commerce dispose que «*Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :*

- a) *De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;*
- b) *D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;*
- c) *D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;*
- d) *De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;*
- e) *D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.*

*L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.»*

concentration, l'entente, la restriction de l'importation et les pratiques restrictives). Sur ce fondement, le justiciable pourrait réclamer la nullité de la convention dans la mesure où elle s'oppose à l'ordre public et aux bonnes mœurs en vertu de l'article 150 du Code civil et commercial. L'absence de réponse précise sur l'effet de la convention rend l'application des règles de la concurrence moins effective.

### 2° Les effets spécifiques des contrats de la consommation

Les effets de la convention en droit de la concurrence peuvent aboutir à la nullité si la convention nuit gravement l'ordre économique ou l'ordre concurrentiel. Quant aux contrats de droit de la consommation, leur effet peut être différent parce qu'ils ne constituent pas de telle atteinte.

**En France**, le Code de la consommation agit selon deux modalités. **D'une part**, il y a des dispositions particulières qui indiquent clairement qu'est réputée non écrite une clause défavorable au consommateur. Par exemple, l'article L211-17 déclare réputée non écrite aux conventions écartant ou limitant directement ou indirectement les droits sur la conformité des produits avant que l'acheteur n'ait formulé de réclamation.

**D'autre part**, les dispositions générales des clauses abusives s'appliquent. Si la clause ciblée fait partie de la liste noire, elle est automatiquement réputée non écrite. Cette conséquence signifie que la clause est nulle comme si elle n'existe pas, mais le contrat n'est pas remis en cause. Il reste toujours valable. En dehors de la liste noire, la nullité de la clause doit être prononcée par le juge. La saisine peut être l'action individuelle, mais le plus souvent c'est le consommateur qui réclame un caractère abusif d'une clause dont le professionnel demandeur tente de se prévaloir en justice.<sup>626</sup> Si le recours est dirigé par l'association de consommateurs ou les agents de DGCCRF, ils peuvent également demander le juge de supprimer les clauses illicites.

Le texte récent vient de renforcer la lutte contre les clauses abusives. La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation accorde en effet un rôle plus important au juge à l'égard du contrôle des clauses abusives. Le nouvel article L141-4 du Code de la consommation

---

<sup>626</sup> G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 244

oblige le juge à écarter d'office l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat. Auparavant, la suppression d'une clause abusive était la faculté du juge. Cette disposition correspond à la jurisprudence de la Cour de Justice qui considère que le juge national *doit*, et non *peut*, relever d'office le caractère abusif des clauses, dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.<sup>627</sup>

**De plus**, si le caractère abusif est caractérisé, l'association de consommateurs ou les agents DGCCRF peuvent encore demander à la juridiction de déclarer que la clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés. Ce nouveau dispositif permet ainsi au consommateur de bénéficier de la protection sans qu'il y ait besoin d'être partie dans le contentieux.

**En Thaïlande**, les effets de contrats de consommation peuvent être caractérisés en deux volets. Dans le cas où le contrat fait l'objet du contrôle par la Commission de contrats, si la stipulation ne se conforme pas au standard fixé par arrêté de la Commission, c'est le standard qui s'applique (l'article 35 ter de la loi relative à la protection du consommateur 1979). Si une clause figurée sur le contrat est censurée par arrêté, une telle clause est réputée non écrite (l'article 35 quater de la même loi).

Pour les autres cas, c'est le régime des clauses abusives qui s'applique. Selon l'article 5 de la loi relative aux clauses abusives 1997, la clause qui met au débiteur la charge excessivement inattendue est applicable *dans la limite de la loyauté et de la proportionnalité*. Mais à quel niveau s'entendent la loyauté et la proportionnalité ? Le droit thaïlandais laisse la marge d'appréciation aux juges. Cela marque la différence importante avec le droit français. La nullité d'une clause sous la formule *réputée non écrite* en droit français permet de dissuader le professionnel d'inscrire une stipulation au détriment du consommateur, ce qui n'est pas le cas pour les professionnels thaïlandais qui peuvent prendre le risque juridique garantissant au moins une application loyale et proportionnelle.

---

<sup>627</sup> CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*

Après avoir examiné le contrôle à but réparateur qui s'attache à la procédure civile, nous procédons ensuite aux contrôles à but répressif (§2).

## § 2 Le contrôle à but répressif

Les contrôles à but répressif nous renvoient à deux types de sanction : sanction administrative et sanction pénale. Malgré l'existence de ces deux voies potentielles, notre étude s'intéresse au contrôle pénal que nous n'avons pas encore évoqué. Avant d'analyser l'application du droit pénal de la concurrence et de la consommation (B), il faut répondre à certaines problématiques du contrôle à but répressif (A).

### A) Les questions préalables des contrôles répressifs

Afin d'approfondir les connaissances des approches pénales dans ces deux domaines juridiques, il faut connaître la différence entre la sanction administrative et la sanction pénale (1°), puis, les principes de la responsabilité pénale des entreprises (2°).

#### 1° La distinction entre la sanction administrative et la sanction pénale

Afin de comprendre ce sujet, l'évolution de ces deux matières doit être étudiée. Si le droit de la concurrence et le droit de la consommation s'appliquent surtout aux personnes privées, le premier contrôle mis en œuvre serait dans le cadre de la procédure civile de réparation. Cependant, ces deux domaines juridiques comportent aussi une dimension sociale, ce qui justifie l'intervention par voie pénale pour certaines pratiques. Un troisième volet est la sanction administrative qui s'apparaît comme un nouveau outil de contrôle en complément de la répression pénale. Un ouvrage appelle la sanction administrative comme sanction *para-pénale*.<sup>628</sup>

Les deux types de sanction ont une finalité répressive. Les caractéristiques de dispositif sont le critère permettant de les distinguer. En fait, le choix d'instituer une sanction administrative résulte de l'appréciation des caractéristiques de la sanction administrative. Selon le guide de légistique, la sanction administrative est, **d'abord**, immédiatement exécutoire. Elle peut s'appliquer sans saisine préalable d'un juge. **Ensuite**, elle consiste à sanctionner la

---

<sup>628</sup> Voir Philippe BONFILS, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2009, p. 216

méconnaissance de règles techniques que l'administration maîtrise bien. La sanction administrative peut être la sanction à caractère disciplinaire ou celle dans la régulation économique. **Enfin**, elle s'apparaît moins *traumatisante* par rapport à la sanction pénale. L'application peut être plus discrète et plus facile à accepter.<sup>629</sup> Ces caractéristiques correspondent aux domaines de notre étude notamment la concurrence.

En revanche, la sanction administrative connaît ses limites. Les objectifs de son application sont parfois confondus. La sanction administrative peut avoir pour l'effet tant répressif que réparateur. Souvent élevées, les amendes administratives risquent aussi de se cumuler avec les amendes de l'infraction pénale. En droit de la concurrence notamment, l'application par voie administrative se heurte en l'absence de définition précise de l'infraction, principe imposé par le droit pénal. Les termes tels que l'abus ou la position dominante ne sont pas clairement définis. Il suffit d'associer le comportement à un manquement des obligations fixées par la loi ou le règlement.<sup>630</sup>

Les sanctions constituent une alternative aux contrôles dans le cadre du droit de la consommation et du droit de la concurrence. Cependant, les procédures administratives connaissent aussi leur contrainte. Ils ne sont pas assimilés à la sanction pénale et ne peuvent pas la substituer. En effet, la coexistence entre les deux modes de sanction varie entre un domaine juridique à l'autre. L'importance des sanctions pénales sera examinée dans les prochaines études.

Après la comparaison entre la sanction administrative et la sanction pénale, une autre question sera celle de l'application du droit pénal aux entreprises (2°).

### 2° La responsabilité pénale des entreprises

Quant au droit pénal, une particularité qui s'impose pour ces deux domaines juridiques porte sur l'application du droit pénal aux entreprises. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation s'appliquent aux acteurs économiques qui sont dans la plupart de cas les personnes morales. Cela pose une question importante sur la responsabilité pénale. Qui sera

---

<sup>629</sup> Le guide de légistique Partie V. 5.2.6. disponible sur le site de Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>

<sup>630</sup> L. VOGEL, «Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ?», *JCP E* n°12, 21 mars 2013, 1711

pénalement condamné ? La société elle-même ou les dirigeants de la société ? En droit de la concurrence français, le concept de l'entreprise est indifférent à la personnalité juridique de l'entreprise contrôlée. La décision de l'ADLC s'applique à l'entreprise sans qu'elle ait une personnalité juridique. Si l'entreprise condamnée est absorbée ou fusionnée, la sanction est appliquée à l'entreprise absorbante ou l'entreprise nouvellement créée. Or, l'existence d'une personnalité juridique est une condition requise pour la sanction. Le débat se trouve alors autour de deux questions. **D'une part**, une personne morale peut-elle être pénalement sanctionnée ? **D'autre part**, par quelles infractions peut-elle être sanctionnée ?

**En France**, le Code pénal prévoit dans l'article L121-2 que les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. L'article se poursuit ensuite considérant que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Cela signifie la possibilité qu'un même fait entraîne la responsabilité tant à la personne physique auteur de l'acte qu'à la personne morale pour le compte de laquelle l'infraction est commise.

Quant aux infractions applicables, l'évolution du texte montre bien la prise de position. La version initiale de l'article L121-2 prévoit que la responsabilité de la personne morale est possible *dans les cas prévus par la loi ou le règlement*. Cette condition a été effacée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La disposition a été rédigée de façon impersonnelle, c'est-à-dire, la disposition ne vise pas expressément la personne physique suffit à sanctionner les entreprises. En effet, la modification textuelle s'effectue après la jurisprudence écartant cette exigence.<sup>631</sup>

**En droit thaïlandais**, le Code pénal n'a jamais précisé sur la responsabilité pénale des personnes morales. La reconnaissance se fait donc par voie jurisprudentielle. La Cour suprême a déjà condamné à plusieurs reprises des entreprises d'infractions diverses : pollution industrielle,<sup>632</sup> dénonciation calomnieuse<sup>633</sup> ou homicide involontaire.<sup>634</sup> Ces jurisprudences traduisent une

---

<sup>631</sup> Cass. Crim., 5 février 2003, *Bull. Crim.*, N°24

<sup>632</sup> Cour suprême, n°480/2524

<sup>633</sup> Cour suprême, n°3488/2528

<sup>634</sup> Cour suprême, n°3446/2537

interprétation souple dans ce sujet. La personne morale est responsable même si l'infraction est commise sans intention. Elle doit être responsable d'une infraction dont la peine comporte une amende ainsi qu'un emprisonnement. Dans ce cas, c'est seulement la sanction pécuniaire qui s'applique. Les dirigeants ne peuvent être emprisonnés. Cette application soulève un problème d'égalité devant la loi que les personnes physiques soient privilégiées.<sup>635</sup>

Ces jurisprudences permettent de répondre à la seconde question. En effet, les personnes morales peuvent être sanctionnées par toutes les infractions. Cependant, il y a de nombreux textes récents dans les domaines de la régulation économique et de la lutte contre la corruption qui visent uniquement les personnes morales. La loi relative à la concurrence 1999 fait partie de ces textes.

Après avoir analysé les principes généraux de l'application du droit pénal aux personnes morales, il convient ensuite d'évoquer la protection pénale précisément en droit de la concurrence et de la consommation (B).

## **B) La position du droit pénal dans les domaines de la concurrence et de la consommation**

La mise en œuvre du droit de la concurrence et du droit de la consommation contiennent plusieurs volets dont la sanction pénale. Il est intéressant de connaître, parmi tous les moyens, la place de la voie pénale dans ces deux droits. En effet, le droit pénal de la concurrence et de la consommation relève du droit pénal des affaires en ce qui concerne les relations externes de l'entreprise envers d'autres acteurs économiques. L'ampleur du droit pénal varie entre les domaines ainsi qu'entre les pays. La comparaison s'effectue en fonction de domaine : la concurrence (1) et la consommation (2).

### 1° Le rôle du droit pénal de la concurrence

La sanction pénale est l'un des outils les plus simples pour les pouvoirs publics d'encadrer des comportements des acteurs économiques. Pourtant, la vie économique devient

---

<sup>635</sup> Surasak LIKKASITWATTANAKUL, «La responsabilité pénale des personnes morales : étude à la recherche des méthodes juridiques pour la Thaïlande en comparaison du droit anglais et du droit français», *Nitisart* (Revue de la faculté de droit, Université Thammasat), mars 2009, p. 84

plus complexe d'autant plus qu'elle est mondialisée. L'approche pénale subit donc une évolution.

**En France**, l'histoire du droit de la concurrence est marquée par la *dépénalisation* en vertu de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. La dépénalisation correspond à la libéralisation des prix. Dans le contexte économique plus libéral, la sanction pénale serait plus voire trop traumatisante pour les entreprises. Elle peut constituer une entrave disproportionnée à la liberté d'entreprendre. L'ordonnance veut imposer le contrôle par voie administrative. En fait, la dépénalisation n'entraîne qu'un effet relatif car il y a encore certaines infractions pénales prévues dans deux domaines du droit de la concurrence.

**D'une part**, le droit des pratiques anticoncurrentielles distingue clairement la responsabilité de l'entreprise et celle de la personne physique. L'ADLC examine et sanctionne une entreprise qui commet un acte constitutif d'une entente ou d'un abus de position dominante selon les articles L420-1 et L420-2 du Code de commerce. La sanction pénale intervient dans l'article L420-6 visant le fait, *pour toute personne physique* de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L420-1 et L420-2. Le législateur veut expressément appliquer les peines pénales uniquement aux personnes physiques. Ces personnes concernées ne se limitent pas aux dirigeants des entreprises responsables, mais à quiconque participant à l'acte des articles L420-1 et L420-2. Quant aux concentrations économiques, les sanctions sont de nature administrative.

**D'autre part**, la disposition des pratiques restrictives contient également les applications pénales. Par exemple, L442-2 du Code de commerce sanctionne le fait, *pour tout commerçant*, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. L'article L442-5 du même Code sanctionne le fait *par toute personne* d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale. Le champ d'application de ces deux articles ne sont pas identiques. L'article L442-2 vise le commerçant alors que l'article L442-5 vise la personne, ce qui s'entend plus large qu'un commerçant. La personne peut en effet inclure des entreprises. En tout état de cause, le Code ne prévoit que la peine d'amende, ce qui est adaptable à sanctionner l'entreprise.

**En Thaïlande**, la partie pénale des règles de la concurrence n'évolue pas beaucoup. La loi relative à la concurrence 1999 prévoit les sanctions pénales dans les articles 48 à 54. Chaque infraction comporte tant une peine d'amende qu'une peine d'emprisonnement. Il s'agit de deux types d'infractions.

**Premièrement**, les infractions à peine légère, c'est-à-dire, ayant la peine d'emprisonnement non supérieur à un an. Dans ce cas, l'article 56 habilite la Commission à appliquer la peine d'amende. Si l'amende est acquittée dans temps prévu, le litige sera résolu. C'est les infractions annexes à la violation des règles de la concurrence comme le non-respect de la convocation à témoin ou l'opposition à l'exercice des agents d'enquête (les articles 48, 49 et 50).

**Deuxièmement**, les infractions à peine lourde. Le droit thaïlandais sanctionne à deux reprises. L'article 51 prévoit la peine d'amende et celle d'emprisonnement doublées en cas de récidive à toute personne ayant commis l'entente, l'abus de position dominante, les pratiques restrictives ou celle qui ne respecte pas la décision de la Commission de la concurrence en ce qui concerne la concentration économique. L'article 52 prévoit également la peine d'amende, celle d'emprisonnement et une amende journalière pour toute personne ne respectant pas la décision de la Commission de la concurrence (l'injonction de cesser les pratiques anticoncurrentielles ou de réduire la part excessive du marché).

C'est ces deux infractions qui nous intéressent. La société peut-elle être condamnée dans ces deux infractions. La loi donne explicitement la réponse dans l'article 54 qui prévoit dans le cas où la personne condamnée est une personne morale que les dirigeants ou quiconque responsable dans la gestion de cette personne morale encourent également la même sanction que subit l'entreprise. Il est à la charge des dirigeants et/ou personne responsable de prouver que l'infraction a été commise hors de sa connaissance ou son consentement ou qu'ils ont fait l'épreuve à prévenir l'acte illicite en cause.

Nous pouvons formuler deux observations. **D'une part**, l'entreprise peut être sanctionnée dans toutes les infractions même si la peine d'emprisonnement est prévue. **D'autre part**, la responsabilité de l'entreprise entraîne automatiquement celle des personnes physiques dirigeants, ce qui est contraire au droit français dont la responsabilité pénale des personnes est indépendante à la sanction administrative de l'entreprise. En outre, il est à la charge du demandeur de prouver que les défendeur ont *fraduleusement* pris part *personnelle* et *déterminante*. Le régime de la

responsabilité présumée en droit thaïlandais peut avoir un effet dissuasif sur les dirigeants, mais en même temps il rend l'application difficile en pratique.

En droit de la consommation, le droit pénal acquiert la place plus importante par rapport au droit de la concurrence (2°).

### 2° Le rôle du droit pénal de la consommation

Si le fonctionnement du marché est une matière complexe à s'insérer dans la protection pénale, le droit de la consommation qui vise à protéger l'intérêt économique ainsi que la sécurité physique du consommateur convient mieux à appliquer les sanctions pénales.

**En France**, le droit pénal se présente comme un complément pour pallier les insuffisances du droit civil. La sanction pénale renforce alors l'effet dissuasif.<sup>636</sup> Le Code de la consommation prévoit des sanctions pénales dans presque tous les domaines. Il y a ainsi deux observations. **D'une part**, le droit de la consommation n'incrimine pas l'usage d'une clause abusive. En effet, le droit pénal exige un élément moral de l'acteur d'infraction. Or, la clause abusive est une matière technique. Il est difficile de prouver l'intention du professionnel d'autant plus que la stipulation du contrat résulte de l'exercice de la liberté contractuelle.

**D'autre part**, le droit pénal de la consommation veut sanctionner tant la personne physique que la personne morale. Contrairement, la protection pénale serait en pleine efficacité si la peine s'appliquait directement à la personne physique responsable dans l'entreprise. En ce qui concerne les peines pour les personnes morales, le Code fait la référence à l'article 131-39 du Code pénal. Si une personne morale est déclarée pénalement responsable dans les conditions prévues à l'article 121-2 du Code pénal dont nous avons déjà parlé, elle encourt non seulement la peine d'amende mais aussi les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du Code pénal.<sup>637</sup> Le

<sup>636</sup> P. BONFILS, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2009, p. 225

<sup>637</sup> Les mesures aux 2° à 9° de l'article 131-39 sont

2° *L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;*

3° *Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;*

4° *La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;*

5° *L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;*

1° de cet article, *la dissolution*, ne peut être appliqué aux entreprises dans le cadre du droit pénal de la consommation.

**En Thaïlande**, l'incrimination exige un texte législatif. Or, la défaillance du Parlement empêche gravement l'élaboration des textes adaptés à l'actualité. Les textes au niveau législatif restent la loi relative à la protection du consommateur 1979 et la loi relative à la vente directe et au marketing direct 2002. D'autres pratiques sont encadrées par les textes réglementaires impossibles d'imposer une sanction pénale en cas de non-respect. La loi relative à la protection du consommateur 1979 dispose dans les articles 45 à 61 d'infractions de tous les comportements confondus allant de l'obstruction à la procédure de l'OCPC au non-respect d'arrêté visant à réglementer les pratiques des affaires dans les domaines de l'étiquetage, la publicité et la stipulation d'un contrat. Nous trouverons par la suite que la violation d'un arrêté peut donner lieu à une sanction pénale, il manque vraiment la clarté en pratique dans la mesure où tous les comportements sont soumis à une même sanction, ce qui rend l'application de la peine moins légitime.

Quant à la responsabilité de l'entreprise, l'article 58 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 prévoit une présomption de faute si l'acte est commis dans le lieu où le professionnel exerce son activité. Dans ce cas, le professionnel, une personne physique ou morale, devient conjointement responsable à moins qu'il puisse prouver son effort de prévenir cet acte illicite. L'article 59 de la loi reconnaît la possibilité de sanctionner la personne morale en disposant que si une personne morale est déclarée coupable, les membres du comité, les dirigeants ou le gestionnaire encourtent également les mêmes sanctions sauf s'ils sont en mesure de prouver l'absence de connaissance à la commission de l'infraction sanctionnée.

La sanction pénale est un des moyens des pouvoirs publics d'encadrer les comportements des acteurs du marché tant en droit de la concurrence qu'en droit de la consommation. Après

---

6° *L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;*

7° *L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;*

8° *La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ;*

9° *L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;*

avoir comparé les textes dans les deux pays, nous trouverons ainsi que la sanction pénale peut être considérée comme un moyen nécessaire du contrôle. En revanche, elle ne peut être une voie unique ou prioritaire par rapport à d'autres types de sanction. La clarté des textes et la gravité des sanctions propre à chaque comportement sont les éléments essentiels du contrôle. En Thaïlande, faute de ces facteurs, la mise en œuvre de la sanction pénale en droit de la concurrence et de la consommation devient rare et difficile en pratique.

Nous avons examiné la caractérisation de la nature du contrôle en droit de la concurrence et de la consommation en fonction de l'objectif du contrôle, il convient ensuite d'apprécier la nature du contrôle des autorités caractérisée par rapport au moment du contrôle (Section 2).

## Section 2 La caractérisation au regard du temps du contrôle

Après l'analyse des motifs, c'est le temps du contrôle qui fait l'objet de notre étude. En effet, le choix du moment de l'intervention peut affecter les comportements des acteurs du monde économique. Il s'agit également de la question du coût de contrôle par rapport au dommage causé. Même si nous pouvons en général considérer que le droit de la concurrence adopte une approche *a posteriori* alors qu'une approche *a priori* est suivie par le droit de la consommation, il ne faut pas généraliser la méthode pour chaque branche de droit. La professeure MALAURIE-VIGNAL constate que le droit des pratiques anticoncurrentielles contrôle *a posteriori* le bon fonctionnement de la concurrence à l'exception du contrôle des concentrations étant *a priori*<sup>638</sup> alors que les professeurs DAVO et PICOD voient que le droit de la consommation préfère prévenir que guérir, ce qui n'exclut pas d'employer des techniques curatives.<sup>639</sup> Notre objectif n'est pas de rechercher des approches appropriées pour chaque domaine du droit de la concurrence et de la consommation. C'est en fait l'analyse des critères pour choisir le moment d'intervention qui nous intéresse. Nous examinons tant l'approche *a priori* que l'approche *a posteriori* (§2). Mais il convient avant tout de connaître la définition de ces deux méthodes (§1)

---

<sup>638</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p. 38

<sup>639</sup> H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 17

## § 1 La notion de *a priori* et *a posteriori*

En philosophie, *a priori* et *a posteriori* sont deux locutions latines qui s'opposent. À *priori* signifie «*au premier abord*» et qui désigne une connaissance antérieure à l'expérience. À *posteriori* signifie en revanche «*après coup*» et qui est utilisée afin de désigner une connaissance acquise après expérience. Il faut également évoquer deux autres locutions latines équivalentes : *ex ante* qui signifie «*au préalable*» et *ex post* qui signifie «*après les faits.*» Il faut d'abord analyser la différence conceptuelle de ces deux approches (A) avant d'évoquer, à titre d'exemple, leur usage en droit constitutionnel (B).

### A) Les perspectives différentes selon les deux types de contrôle

Face à un problème, il y a deux alternatives du contrôle : soit le contrôle s'effectue avant qu'un cas se produise (le contrôle dit *ex ante*), soit les autorités exercent le contrôle après que l'acte est commis (le contrôle dit *ex post*). Ces deux approches présentent une différence importante de perspectives. Contrairement à ce que nous pourrions penser, le contrôle ou la régulation *ex ante* s'oriente vers ce qui va passer dans le futur alors que le contrôle ou la régulation *ex post* prend en compte ce qui a déjà passé.<sup>640</sup>

En fait, il ne faut pas apprécier ces deux modalités en toute contradiction. Le point commun de ces deux méthodes est qu'elles savent en tous cas les conséquences suite aux contrôles. Par exemple, le législateur réglemente à travers la loi une pratique commerciale, ce qui est un contrôle *a priori*. Le législateur veut mettre fin sinon limiter aux conditions acceptables un acte illicite dans l'avenir présentant une perspective *ex ante*. La loi entre ensuite en vigueur, puis il y a une violation de cette loi. Ce seront les autorités juridictionnelles qui interviennent *a posteriori* pour sanctionner cette violation. L'exercice du pouvoir du juge est une vision *ex post* car il s'appuie sur un fait déjà réalisé. Mais le juge va-t-il interpréter et appliquer la loi uniquement pour le compte de ce fait. En pratique, il est évident que le juge connaît les conséquences de son jugement.

---

<sup>640</sup> Stefan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2013, p. 54

Sanctionner une pratique commerciale donne un effet dissuasif à l'ensemble des acteurs économiques. Or, une pratique nuisible à une partie peut être avantageux à un autre égard tel est le cas de la publicité comparative. Celle-ci peut causer un dommage à l'entreprise concurrente en même temps qu'elle favorise la concurrence et permet au consommateur de mieux se renseigner. L'appréciation du juge sur un cas pratique affecte non seulement les parties au litige, mais aussi les comportements postérieurs des acteurs économiques.

La considération sur les contrôles *a priori* et *a posteriori* se complique du fait que les autorités de la concurrence et de la consommation se situent parfois entre l'établissement des règles et l'application des règles. Elles peuvent ainsi exercer les contrôles tant *a priori* qu'*a posteriori*. Mais avant de connaître ces contrôles en détail, il vaut mieux apprendre un exemple du contrôle de constitutionnalité.

### **B) L'exemple du contrôle *a priori* et *a posteriori* : le contrôle de constitutionnalité**

Un exemple qui illustre bien la comparaison entre les contrôles *a priori* et *a posteriori* ressort du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel en France et la Cour constitutionnelle en Thaïlande. L'évolution du contrôle notamment en France mérite d'être étudiée.

**En France**, le contrôle de constitutionnalité consiste à examiner la conformité à la Constitution de nombreux textes. Auparavant, ces textes devaient uniquement être examinés avant leur promulgation, ce qui constitue un contrôle *a priori* ou abstrait de la constitutionnalité. L'approche *ex ante* permet d'éviter tout dommage causé par l'inconstitutionnalité de la loi car les dispositions censurées sont supprimées avant qu'elles soient promulguées. La présence du contrôle uniquement *a priori* confirme la force obligatoire d'une loi. Une fois promulguée, elle ne peut être modifiée ou abrogée que par le législateur.

Plus récemment, le cadre du contrôle de constitutionnalité a évolué. À l'occasion de la révision constitutionnelle en 2008, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 avec le concours de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution introduit le régime de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). En vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010, le régime permet au citoyen de saisir le Conseil constitutionnel sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. L'objectif de notre étude n'est pas de discuter sur la procédure de la QPC, mais d'apprécier la vision et les effets du contrôle *a posteriori*.

L'introduction de ce type de contrôle comporte plusieurs avantages. **D'une part**, elle permet au Conseil constitutionnel de vérifier la constitutionnalité des textes ayant échappé au contrôle *a priori*. Ce contrôle *a posteriori* est un contrôle concret portant sur une instance en cours devant une juridiction. **D'autre part**, le contrôle *a posteriori* traduit un esprit démocratique. Si le contrôle *a priori* de la constitutionnalité peut être qualifié de *fermé, politisé et monopolistique*, la QPC apparaît comme l'*ouverture*, la *dépolitisation* et la *concurrence*.<sup>641</sup> Dans le rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité, le député Jean-Jacques URVOAS qualifie la QPC de révolution juridique.<sup>642</sup> Il reprend ainsi le propos du Professeur Dominique ROUSSEAU. D'après lui, la Constitution «*est devenue la chose des citoyens-justiciables, l'arme des avocats et la référence des magistrats.*»

Cependant, il faut aussi connaître les risques découlant de ce nouveau contrôle. Sans évoquer le problème de la sécurité juridique, la QPC ralentit le procès et augmente les frais à la charge des plaideurs.<sup>643</sup> Le Conseil constitutionnel est aussi beaucoup plus chargé avec ce nouveau recours. Trois ans après l'entrée en vigueur du régime, le Conseil a déjà rendu 255 décisions représentant près de 39% de l'ensemble des décisions rendues par le Conseil depuis 1959 dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Parmi les décisions de la QPC, 60% sont jugés conformes à la Constitution ou non-lieu. Nous pouvons voir que le contrôle *a posteriori* peut être introduit pour pallier l'insuffisance des moyens dans le cadre du contrôle *a priori*. Toutefois, le nouveau système signifie en même temps l'augmentation en termes de coût et de temps, ce qui reste encore à perfectionner.

**En Thaïlande**, le contrôle de constitutionnalité comporte dès le début dans la Constitution de 1997 les contrôles tant *a priori* qu'*a posteriori*. S'agissant du contrôle *a priori*, la Constitution de 1997 prévoit dans l'article 262 la possibilité pour les députés et les sénateurs de saisir la Cour constitutionnelle sur la question de la constitutionnalité d'un projet de loi déjà adopté au Parlement, mais pas encore promulguée. Quant au contrôle *a posteriori*, l'article 264 de la Constitution de 1997 permet à la partie dans une instance devant les juridictions de saisir la

---

<sup>641</sup> Julien BONNET, «Les contrôles *a priori* et *a posteriori*», *NCC*, N° 40-2013

<sup>642</sup> Jean-Jacques URVOAS, *Rapport d'information n° 842 à l'Assemblée Nationale sur la question prioritaire de constitutionnalité*, 2013, p. 5

<sup>643</sup> F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 33<sup>e</sup> édition, 2012, p. 839

Cour constitutionnelle sur renvoi par la cour en charge du litige sur la constitutionnalité des dispositions appliquées dans cette instance. Le renvoi a un effet suspensif sur tout le déroulement du procès. Le droit thaïlandais a introduit le contrôle *a posteriori* parce qu'il y a énormément de textes susceptibles d'être inconstitutionnels qui demeurent encore applicables dans le système juridique du pays, ce qui fait du contrôle *a posteriori* un mécanisme indispensable.

Il faut noter ici que le législateur a aussi connu le problème du ralentissement du procès au cours du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité. Cette difficulté en pratique a conduit les rédacteurs de la Constitution de 2007 à perfectionner la procédure. Désormais, le renvoi de la QPC entraînera uniquement la suspension dans la phase de jugement. Tout le reste de la procédure peut continuer sans interruption.

Après avoir connu les notions et l'usage en droit constitutionnel, il convient d'apprécier les deux méthodes plus précisément en droit de la concurrence et de la consommation.

## **§ 2 Les contrôles *a priori* et *a posteriori* en droit de la concurrence et de la consommation**

Constitutif du droit économique et du droit du marché, le droit de la concurrence et le droit de la consommation mettent en œuvre les dispositifs en prenant en compte notamment la vie économique ou plus précisément la réalité du monde des affaires. L'essentiel est de savoir comment les pouvoirs publics choisissent les manières d'intervenir dans le marché. Nous connaissons tant les critères permettant d'adopter une approche (A) que les limites d'une telle approche (B).

### **A) Les critères pour adopter l'approche *a priori* ou *a posteriori***

L'objectif du droit de la concurrence et du droit de la consommation est évident : assurer la justice économique par la protection du marché et/ou celle du consommateur. Cependant, les méthodes à appliquer sont nombreuses et diverses selon la pratique en cause. Basés sur le principe de nécessité, les pouvoirs publics prennent en compte les caractéristiques du marché (1°) ainsi que la gravité des actes (2°).

#### 1° La nécessité d'intervention par rapport aux caractéristiques générales du marché

Le premier critère à considérer pour choisir le moment du contrôle des autorités est l'état général du marché. **En droit de la concurrence**, le caractère concurrentiel du marché est un facteur important. En général, l'économie de marché entraîne un bon fonctionnement de la concurrence dans le marché. Il n'y a donc pas de nécessité d'intervenir *a priori*. Le contrôle du marché préalablement concurrentiel se situe après que l'acte est commis, autrement dit, l'autorité exerce le contrôle *a posteriori*. En revanche, il y a certains marchés qui, sans action des autorités régulatrices, ne peuvent être concurrentiels. C'est le cas de marché initialement monopolistique tel que l'électricité, le transport, la poste ou encore les télécommunications. Dans ce cas, les actions *a priori* sont nécessaires pour faire fonctionner la concurrence.

Ce concept nous permet de distinguer les autorités de régulation sectorielle et les autorités de régulation transversale. Le contrôle *a priori* ou la régulation *ex ante* est un caractère principal des missions de régulateurs sectoriels. Leurs actions prennent une forme de prophylaxie. Le régulateur sectoriel cherche à promouvoir la concurrence dans la phase de transition d'une activité monopolistique vers un marché concurrentiel. Le marché dans cette phase est naturellement asymétrique, ce qui exige une action corrective du régulateur. L'autorité de régulation procède alors à deux opérations. **Dans un premier temps**, elle détermine le marché pertinent afin d'identifier un opérateur puissant souvent historique détenteur d'un pouvoir de marché. **Dans un second temps**, le régulateur va imposer les mesures de remèdes pour corriger les défaillances du marché.<sup>644</sup> Toutes les actions doivent être exercées *a priori*.

Quant à la régulation transversale, les autorités responsables (l'ADLC en France et la Commission de la concurrence en Thaïlande) exercent principalement les contrôles *a posteriori* suivant une plainte ou une enquête à leur propre initiative. C'est le cas pour le contrôle des pratiques anticoncurrentielles comme l'entente ou l'abus de position dominante. En général, il n'y a peu de nécessité d'intervenir avant que l'acte soit commis.

Cette considération peut également être adoptée **en droit de la consommation**. La nécessité d'intervenir en amont se caractérise par le rapport inéquilibré entre les professionnels et les consommateurs. Les pouvoirs publics examinent dans une activité s'il existe un écart entre les deux parties à tel point que le contrôle soit nécessaire. Ce contrôle qui doit être en principe *a*

---

<sup>644</sup> Bruno RETAILLEAU, *Rapport d'information n° 350 au Sénat sur le bilan et les perspectives d'évolution de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)*, 2013, p. 17

*priori* s'exerce sous forme d'une réglementation à l'accès aux activités, la normalisation ou l'encadrement des contrats de consommation. Nous pouvons remarquer l'assimilation de la situation vis-à-vis des professionnels et des consommateurs à celle d'un opérateur historique et les nouveaux opérateurs dans les marchés anciennement monopolistiques. L'intervention *a priori* devient donc nécessaire pour créer puis préserver l'équilibre des deux parties.

Outre que les caractéristiques du marché concerné, la nécessité résulte également du caractère de dommage causé par l'acte (2°)

### 2° La nécessité d'intervention par rapport aux actes contrôlés

Le second critère à prendre en compte pour choisir le moment du contrôle porte sur les conséquences de l'acte contrôlé. Si les caractères irréguliers d'un marché peuvent exiger la manœuvre des autorités, la nature d'une pratique ciblée par le droit de la concurrence et le droit de la consommation peut aussi rendre l'intervention des autorités nécessaire. Ce n'est pas le montant du dommage qui signifie la nécessité, mais le caractère *irréparable* ou *non-rétroactif* de l'acte.

**En droit de la concurrence**, le domaine marqué par ce caractère est la concentration économique. Comme l'entente ou l'abus de position dominante, l'opération de concentration peut aussi provoquer des effets néfastes sur le marché. Ce qui est différent réside dans le fait qu'un accord d'entente ou un acte d'abus peut être effectué en secret alors que la concentration est un processus formel, ce qui est plus facile à contrôler. En outre, la concentration entraîne, outre l'effet sur le marché, un changement important sur le statut et la structure des entreprises concernées. L'opération affecte ainsi leurs droits et obligations envers des tiers. Dans ce cas, il est donc difficile pour les autorités d'intervenir après l'opération de concentration. Autrement dit, il vaut mieux attaquer la concentration en amont que d'appliquer les mesures correctives comme la fragmentation de l'entreprise déjà fusionnée.

Le contrôle de la concentration économique en droits français et thaïlandais s'effectue avant la réalisation de la concentration. Pourtant, il est impossible pour les autorités de surveiller et de détecter toutes les opérations. Le droit de la concurrence a introduit alors un système de notification. Les entreprises qui auront exercé une concentration sont obligées à notifier leur

projet auprès de l'ADLC (ou la Commission de la concurrence en Thaïlande). Un problème toutefois se pose en pratique à savoir les conditions par lesquelles le projet doit être déposé. Ces conditions provoquent une insécurité juridique ainsi qu'un obstacle aux pratiques des affaires.

**En droit français**, l'article L430-2 du Code de commerce fixe le seuil du chiffre d'affaires des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration au dessus duquel la notification est obligatoire. **En droit thaïlandais**, l'article 26 habilite la Commission de la concurrence à fixer par voie d'arrêté les seuils au dessus desquels la notification est obligatoire. Ces seuils doivent prendre en compte la part du marché, le chiffre d'affaires, le capital, les actions ou l'actif. Cependant, un tel arrêté n'a pas encore vu le jour.

Malgré ces références, il y a encore le risque pour les entreprises d'avoir leur opération n'entre pas dans le champ d'application alors qu'elles pourraient être poursuivies à cause d'une différence dans l'interprétation des règles. Pour pallier cette insécurité juridique, certaines mesures doivent être mises en place. En droit français, la phase de pré-notification est instaurée permettant aux entreprises de consulter en toute confidentialité l'Autorité du projet de concentration. Cette démarche informelle et facultative permet aux entreprises d'évaluer le risque encouru de leur projet de concentration. En revanche, une telle mesure n'existe pas en droit thaïlandais, ce qui pourrait poser un problème en pratique si une entreprise procède à une concentration sans notifier la Commission de la concurrence alors que son opération est illicite.

**En droit de la consommation**, le caractère irréparable ressort de l'atteinte physique du consommateur. La réparation des dommages que subissent la plupart de consommateurs est toujours possible par le paiement au titre de dommages et intérêts. Pourtant, la sécurité physique et morale est importante à tel point qu'il faut s'investir pour éviter le dommage. Malgré le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux, il vaut mieux établir les mesures *a priori* rigoureuses et suffisantes afin de prévenir le dommage.

Nous avons défini les critères permettant aux autorités de choisir le moment du contrôle. Ces critères tiennent compte de la nécessité résultant de la nature de marché ou des conséquences des pratiques visées. Nous allons ensuite apprécier les contraintes qui empêchent les contrôles (B).

## **B) Les limites à l'action *a priori* ou *a posteriori***

Un élément-clé du contrôle en droit de la concurrence et de la consommation est l'équilibre. Les droits du marché doivent prendre en compte les libertés économiques que jouissent les entreprises (1°), puis la réalité de la vie des affaires en pratique (2°).

### 1° Les limites par rapport aux libertés économiques

La première barrière dans la régulation économique est que des actes contrôlés par le droit de la concurrence et le droit de la consommation font partie de l'exercice des libertés économiques. Le contrat de coopération entre deux entreprises dans un marché peut être considéré comme une pratique normale ou une entente. Une simple stipulation dans un contrat de consommation peut être regardée comme une clause abusive. Le caractère illicite réside alors dans les comportements courants des entreprises.

En effet, ces actes sont les exercices de la liberté de la concurrence et de la liberté contractuelle. Celles-ci découlent alors de la liberté d'entreprendre. L'objectif des contrôles n'est pas à contrôler tous les actes des opérateurs économiques, mais de les encadrer à ce qu'ils ne portent pas atteinte à l'équilibre du marché ou l'équilibre dans le cadre contractuel.

Les contrôles en droit de la concurrence et de la consommation dépendent en fait des contextes économiques et sociaux du pays. Ils ne sont pas des moyens absolus, mais une modalité de la régulation. Autrefois, les approches interventionnistes ont été adoptées, et elles évoluent au cours du temps vers la libéralisation. **En droit de la concurrence**, un acte d'entente peut être caractérisé à partir d'un simple accord entre les entreprises. Il en va aussi pour les opérations de concentration. Tout cela fait partie de la liberté d'entreprendre. Le droit de la concurrence a alors vocation de fixer son champ du contrôle.

Cet aspect est plus visible **en droit thaïlandais**. En fait, l'article 35 de la loi relative à la concurrence 1999 introduit le régime d'autorisation non seulement pour l'opération de concentration, mais aussi pour certains actes susceptibles d'être considérés comme entente. Cette tolérance rend l'application des règles plus flexible parce que certaines pratiques sont justifiées par la nécessité économique ou par les conditions contraignantes du marché.<sup>645</sup> Mais la mise en œuvre de l'autorisation de certains types d'entente pose aussi le problème notamment en ce qui

---

<sup>645</sup> Sutee SUPHANIT, *Les principes et règles de la loi relative à la concurrence 1999*, Presse Universitaire de Thammasat, 2012, p. 96

concerne la procédure qui doit répondre à la vie des affaires ainsi que les critères des opérations concernées par ce régime.

**En droit de la consommation,** les contrôles s'annoncent plus difficiles car la liberté contractuelle qu'exercent le professionnel et le consommateur n'affecte que l'intérêt des parties au contrat. Les interventions des autorités de la consommation sont possibles uniquement en vertu de textes spécifiques encadrant tel ou tel contrat. Les méthodes du contrôle en matière de consommation sont aussi variées. Le droit de la consommation ne vise pas exclusivement à sanctionner les pratiques qui découlent de l'exercice de la liberté contractuelle, mais il renforce et assure à ce que le consommateur soit suffisamment informé avant d'accorder son consentement. Une contrainte importante du droit de la consommation résulte de l'évolution rapide des pratiques d'affaires, ce qui exige que les pouvoirs législatif et réglementaire soient en mesure de répondre à ces évolutions.

Les contrôles en droit de la concurrence et de la consommation connaissent également la limite suite au nombre de plaintes (2°).

#### 2° Les limites par rapport au nombre de pratiques ciblées

Si la première barrière des contrôles soulève la question théorique du droit, la seconde peut être considérée comme une question en pratique. Dès lors que le droit de la concurrence et le droit de la consommation encadrent les activités économiques faisant partie de la vie quotidienne, il y a sans doute de nombreux actes à l'encontre ou susceptible d'être à l'encontre des règles de la concurrence et de la consommation. Face au nombre de plaintes considérables, comment les autorités réagissent pour assurer le bon fonctionnement du marché et la protection du consommateur, et ce, dans un contexte de réduction des déficits publics ?

**En droit de la concurrence,** les missions de contrôle de l'ADLC se limite aux pratiques anticoncurrentielles et la concentration économiques. Malgré ce cadre spécifique, les dossiers

sont déjà énormes par rapport à 181 effectifs équivalent temps plein travaillé (en 2013).<sup>646</sup> La réforme en 2008 qui voulait renforcer le pouvoir d'une nouvelle ADLC a réparti les contrôles des pratiques anticoncurrentielles en conférant les missions de contrôles des pratiques anticoncurrentielles de portée locale à la DGCCRF. Le transfert de compétence a surtout pour objectif d'alléger la charge de l'ADLC qui doit s'intéresser plutôt aux affaires à l'échelle plus importante. Cependant, le transfert est aussi justifié en raison du caractère de la DGCCRF. Dans un interview, Bruno LASSERRE, président de l'ADLC, a ainsi exprimé que le maillage territorial des enquêteurs de la DGCCRF favorise la détection des indices de pratiques anticoncurrentielles au niveau local.<sup>647</sup>

**En Thaïlande**, l'idée du transfert de compétence a déjà été mise en œuvre en matière de la lutte contre la corruption. Il y a la Commission nationale d'anti-corruption, une autorité administrative indépendante qui exerce les contrôles sur les agents public de haut niveau alors que la Commission d'anti-corruption des secteurs publics, un organe placé auprès du ministère de la justice, exerce les contrôles sur les agents publics aux niveaux inférieurs. La seconde commission ont été créée expressément pour réduire la charge de la commission nationale. Quant à la régulation de la concurrence, le problème n'est pas qu'il y a trop de plainte mais qu'il y en a peu. Le transfert de compétence ne paraît pas nécessaire. Il faut surtout faire vivre le système avant d'envisager la répartition.

**En droit de la consommation**, le nombre de contrôles est encore plus élevé, **d'une part** parce que la consommation est un geste quotidien des citoyens et, **d'autre part** parce que les contrôles des autorités de la consommation s'effectuent sous formes plus variées par rapport à ceux des autorités de la concurrence. En fait, les missions de la DGCCRF et l'OCPC comprennent non seulement les contrôles suite aux réclamations, mais aussi ceux à leur propre initiative. Avec ses 3 000 agents, la DGCCRF a effectué en 2013 environ 1 130 000 contrôles et traité 85 963 réclamations. Dans la même période, l'OCPC a reçu 7 499 réclamations et effectué 68 642 contrôles sur les publicités et les étiquettes (nombre d'effectifs non disponible).

---

<sup>646</sup> Selon le rapport annuel 2013 de l'ADLC, au 1<sup>er</sup> janvier 2013, il y avait 149 affaires en stock. Durant l'année 2013, il y a eu 68 affaires nouvelles et 78 affaires terminées. Cela veut dire que l'Autorité peut réduire ses affaires en stock à l'année suivante.

<sup>647</sup> B. LASSERRE, «La nouvelle Autorité de la concurrence», *RDLC*, N° 1-2009, p. 2

Les budgets et effectifs des autorités de la consommation ne sont toujours pas suffisants pour pallier les difficultés de consommateurs malgré l'organisation déconcentrée des agents. **En France**, le nombre d'agents DGCCRF avait subi une réduction d'environ 16% dans le cadre de la révision générale des politiques publiques mise en œuvre par le Gouvernement de Nicolas SARKOZY. **En Thaïlande**, l'OCPC se plaint toujours de son manque de personnel. Si l'augmentation des effectifs est loin d'être réalisée, une solution serait de renforcer une approche préventive pour éviter le problème. La promotion du contentieux individuel par voie judiciaire peut aussi réduire le nombre de réclamation, mais les interventions des autorités ne peuvent être abandonnées puisque les consommateurs ont encore besoin de la protection face au professionnel plus puissant, ce qui est différent à la régulation de la concurrence dans la mesure où l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle dispose de moyens à agir en justice.

## Conclusion du Chapitre 1

Nous avons analysé dans le Chapitre 1 du Titre 2 les actions des autorités du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Les contrôles peuvent être étudiés en deux aspects, l'un au regard de l'objectif et l'autre au regard du moment des contrôles. Notre étude a démontré que les autorités adoptent des approches très variées. Cette diversité résulte, **d'une part**, de la multiplication des moyens d'appliquer les règles de la concurrence et de la consommation. Étant donné que la concurrence et la consommation sont les matières qui se situent au milieu des affaires privée et publique, le droit offre en effet trois voies distinctes de recours. Un acte à l'encontre des règles de la concurrence ou de la consommation donne lieu à trois responsabilités : civile, pénale et administrative. **D'autre part**, le moment du contrôle se diversifie en prenant en compte la nature des pratiques. Cela nous amène à formuler deux observations.

**En ce qui concerne les objectifs du contrôle**, il nous paraît qu'un recours peut représenter plusieurs objectifs. L'octroi du dommage dans le cadre de la responsabilité civile peut être dans le but réparatif, mais aussi répressif et dissuasif notamment en présence du dommage punitif. Au contraire, les différentes voies de recours peuvent donner lieu à une peine de la même nature comme par exemple l'amende administrative et l'amende pénale. Il faut cependant que les autorités responsables fassent preuve de clarification et d'explication concernant le montant et le motif du dommage.

**En ce qui concerne le moment du contrôle**, c'est le niveau de la nécessité et de la gravité des actes qui indiqueraient le temps approprié du contrôle. La question est de chercher les procédures simplifiées et rapides afin de répondre aux attentes des entreprises qui s'engagent dans les opérations et aussi des consommateurs en réclamation. Cette question traduit une réflexion des pouvoirs publics à trouver son propre positionnement en prenant en compte des caractéristiques de l'économie de chaque pays.

Après avoir examiné la nature du contrôle des autorités du droit de la concurrence et du droit de la consommation, notre dernier chapitre se consacre à la caractérisation des étapes du contrôles (Chapitre 2).

## **Chapitre 2**

### **La caractérisation des étapes du contrôle**

---

#### Plan du chapitre

#### **Section 1 Les procédures dans la phase pré-contentieuse**

##### § 1 Les étapes initiales dans la phase pré-contentieuse

- A) La détection de l'infraction
- B) La réalisation de l'enquête

##### § 2 Les procédures alternatives dans la phase pré-contentieuse

- A) Les procédures alternatives en droit de la concurrence
- B) Les procédures alternatives en droit de la consommation

#### **Section 2 Les procédures dans la phase contentieuse**

##### § 1 Le déroulement de la procédure

- A) La procédure en droit de la concurrence : la dualité de procès
- B) La procédure en droit de la consommation : de la simplification à l'action de groupe

##### § 2 Les décisions et mesures provisoires

- A) Les mesures provisoires au cours de la procédure
- B) La décision à l'issue de la procédure

Notre dernier chapitre va consister à dégager les caractéristiques de contrôle étape par étape. Toutefois, la mise en œuvre du droit de la concurrence et du droit de la consommation adopte une approche mixte entre la régulation des autorités administratives et le recours devant les autorités juridictionnelles engagé par des victimes de l'acte. La nature mixte de ces deux domaines juridiques entraîne un assouplissement dans leurs contrôles. En effet, les pouvoirs publics ont introduit plusieurs mécanismes tels que l'action de groupe ou la clémence afin de renforcer les procédures de droit commun. La matière ne peut pas tout simplement présentée en ordre chronologique car il y a des mécanismes spéciaux dans chaque étape qui peuvent prendre fin les litiges.

Avant de commencer notre étude, il faut comprendre la notion de “contentieux”. Le terme se définit comme *“ensemble de conflits passés non résolus existant entre des personnes ou des groupes et pesant sur la situation présente”*. Cela signifie deux éléments essentiels. **D'une part**, le contentieux ne se limite pas aux instances des tribunaux car certaines autorités administratives par exemple l'Autorité des marchés financiers (AMF) disposent aussi de compétence de la même nature. **D'autre part**, l'existence d'un pouvoir de sanction d'une autorité n'implique pas forcément que le processus engagé par cette autorité soit un contentieux. Par exemple, en France la DGCCRF a été récemment habilitée à prononcer une amende administrative. Il est pourtant difficile de dire que l'affaire gérée par la DGCCRF est un contentieux puisque ce pouvoir est créé pour remplacer la sanction pénale par l'autorité judiciaire dont le processus prend plus de temps.

Dans notre étude, nous fixons le point de départ du contentieux de la concurrence au procès devant l'autorité administrative (l'ADLC en France et la Commission de la concurrence en Thaïlande) alors qu'en droit de la consommation, son contentieux se déroule devant les tribunaux qui jugent à fond la matière. Les étapes de contrôle se divise alors en deux phases : la phase pré-contentieuse (Section 1) et la phase contentieuse (Section 2).

## **Section 1 Les procédures dans la phase pré-contentieuse**

La distinction des phases pré-contentieuse et contentieuse démontre une caractéristique essentielle du contrôle de ces deux domaines juridiques. Le droit de la concurrence et le droit de

la consommation veulent mettre fin à tout grief dans une façon plus amiable et moins formelle. En effet, les pratiques contrôlées par ces deux domaines relèvent souvent d'une matière technique. La violation de ces règles ne signifie pas nécessairement la mauvaise foi de l'acteur d'infraction. Les contrôles doivent avoir pour objectif de réparer le préjudice ou rétablir l'état concurrentiel plutôt que sanctionner le comportement. La phase pré-contentieuse comporte deux éléments : les étapes initiales qui marquent le début de la procédure (§1), puis les procédures alternatives qui peuvent résoudre le conflit avant qu'il n'entre dans la phase contentieuse (§2).

### **§ 1 Les étapes initiales dans la phase pré-contentieuse**

La phase pré-contentieuse dans l'application des règles de la concurrence et de la consommation signifie l'ensemble des actions préalables engagées par les autorités administratives. Contrairement aux autorités juridictionnelles, les autorités administratives jouent un rôle important du moment de la prise de connaissance de l'infraction jusqu'à l'investigation. Il y a alors deux démarches essentielles : la détection d'acte en cause (A) et la réalisation d'une enquête (B).

#### **A) La détection de l'infraction**

Une différence majeure entre les autorités administratives et les tribunaux consiste dans la faculté des administrations de se saisir d'office, ce qui assure le rôle proactif dans la régulation du marché. Surtout, l'information de la part d'entreprises et de consommateurs victimes de l'infraction constitue une source importante d'intervention (1°). Le droit de la concurrence en particulier prévoit un mécanisme qui permet la dénonciation par une partie ayant elle-même participé à la pratique anticoncurrentielle (2°).

##### 1° La mise en contact avec les autorités administratives

L'accès facilité pour dénoncer aux autorités administratives les actes anticoncurrentiels ou à l'encontre des consommateurs est un élément-clé dans la régulation du marché. Il y a à cet égard trois questions à poser.

##### *a) Qui peut saisir les autorités ?*

En général, ceux qui peuvent saisir sont ceux qui ont intérêt à agir. Mais la concurrence et la consommation sont les matières mixtes qui relèvent d'un intérêt tant privé que public. **En droit de la concurrence**, l'article L462-5 du **Code de commerce français** prévoit en référence à l'article L462-1 du même code la possibilité de saisir pour le ministre chargé de l'économie pour toutes les pratiques, et pour les entreprises, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers ou les chambres de commerce et d'industrie territoriales, et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge. L'intérêt à agir a donc été interprété de façon assez large. Le Conseil de la concurrence a déjà considéré que l'auteur de la saisine a l'intérêt à agir même s'il n'a pas d'activité réelle depuis plus d'un an dès lors qu'il n'est pas contesté qu'au moment de la saisine, l'auteur cherchait à développer en France une activité dans le marché en cause.<sup>648</sup> En outre, le rapporteur général peut proposer à l'ADLC de se saisir d'office des pratiques concernant la concentration économique.

Il paraît que **le droit de la concurrence thaïlandais** ne s'intéresse pas à ce sujet car il n'y a pas de disposition sur les auteurs potentiels de la saisine. Cela nous permet de penser que la Commission de la concurrence ne tient pas compte de l'intérêt à agir de l'auteur de la saisine. Toute personne peut ainsi saisir la Commission sans avoir le lien avec l'acte dénoncé puisque la concurrence est une affaire publique.

Après la saisine, l'ADLC est libre d'examiner la plainte. Elles ne sont liées ni aux faits énoncés dans la saisine, ni aux qualifications de l'acte dans la plainte.<sup>649</sup> L'Autorité est alors saisie *in rem*. En cas de désistement, l'Autorité peut décider de poursuivre l'affaire.<sup>650</sup> Cette caractéristique doit être également suivi en Thaïlande.

**En droit de la consommation français et thaïlandais**, l'intérêt à agir devient plus important dans la mesure où la protection d'intérêt économique des consommateurs est une affaire privée. Mais dans le domaine de la sécurité des consommateurs, le signalement des produits dangereux peut être formulé par tous.

---

<sup>648</sup> Cons. conc. 29 juillet 2009, décision n° 09-D-26

<sup>649</sup> Cons. conc. 29 novembre 1995, décision n° 95-D-76

<sup>650</sup> Linda ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 182

*b) Comment peut-on saisir ?*

Les moyens de communication pour dénoncer les actes à l'encontre du droit de la concurrence ou du droit de la consommation sont également essentiels notamment pour les consommateurs victimes qui veulent réclamer leur droit. La mise en place des modalités de contact simples, rapides et peu coûteuses invite les citoyens à dénoncer les pratiques illicites qu'ils ont aperçues.

**En droit de la concurrence**, la communication se fait d'une manière formelle. L'article R463-1 du **Code de commerce français** dispose clairement que *«la saisine de l'ADLC fait l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou d'un dépôt au bureau de la procédure, en quatre exemplaires.»* La plainte en droit français doit être alors écrite envoyée en lettre recommandée ou déposée à l'Autorité. La preuve de la réception peut être sous forme d'un avis de réception ou de dépôt. Au contraire, **le droit de la concurrence thaïlandais** prévoit des modes de communication plus flexibles. L'article 4 du règlement de la Commission de la concurrence relatif à la réception de la plainte et à l'enquête du 2 mars 2007 fixe en effet quatre modalités de déposer la plainte : (1) la plainte écrite sous forme de courrier envoyé ou déposé au Bureau de la Commission de la concurrence, (2) la plainte orale en présence du plaignant à l'Office, (3) la plainte en appel téléphonique et (4) la plainte en courriel.

**En droit de la consommation français**, l'enregistrement de la plainte se fait par des moyens plus élargis qu'en droit de la concurrence. Selon le baromètre des réclamations 2013, la DGCCRF a enregistré les plaintes sous quatre formes : les plaintes orales en présence du plaignant sur place à la Direction, les appels téléphoniques, les courriels et les courriers.<sup>651</sup> **En Thaïlande**, le consommateur peut faire une réclamation auprès de l'OCPC par le déplacement à l'Office, par courrier, par téléphone avec le numéro hotline, et par courriel sur le site de l'OCPC. Les consommateurs peuvent télécharger le formulaire de réclamation sur le site de l'OCPC. Ce formulaire en papier est aussi disponible chez de nombreux grands magasins et magasins de proximité.

---

<sup>651</sup> *Le baromètre des réclamations 2013* (mise à jour 11 février 2014), [En ligne]. [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgccrf/documentation/barometre/barometre\\_reclamation\\_2013.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/barometre/barometre_reclamation_2013.pdf) (Page consultée le 5 octobre 2014)

*c) Quelles sont les informations doit-on déclarer dans la plainte ?*

**Dans le Code de commerce français**, l'article R463-1 prévoit deux éléments que la saisine doit préciser. **D'une part**, l'objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande. **D'autre part**, les nom, prénoms, dénomination ou forme sociale, profession ou activité, et adresse du domicile ou du siège social du demandeur, ainsi que, le cas échéant, ses statuts et le mandat donné à son représentant. Si ces éléments ne sont pas complètement fournis, une demande de régularisation est adressée pour apporter les renseignements supplémentaires dans un délai de deux mois. **En Thaïlande**, le règlement de la Commission de la concurrence relatif à la réception de la plainte et à l'enquête du 2 mars 2007 précise dans l'article 5 les éléments qui doivent être fournis : (1) les nom, prénoms, et adresse du domicile ou du siège social du demandeur, (2) ceux du défendeur (le cas échéant), (3) la date de réclamation, (4) la date et le lieu de l'infraction, (5) les faits du défendeur que le demandeur veut dénoncer et le cas échéant les pièces supplémentaires (6).

Une question se pose de savoir si la plainte peut être anonyme. **En France**, il y a un désaccord entre l'article R463-1 et la décision du 30 mars 2009 portant adoption du règlement intérieur de l'ADLC. Si l'article R463-1 exige les renseignements du demandeur, l'article 9 du règlement sur les éléments dans la saisine ne mentionne pas ces renseignements. Il n'y a pas encore de jurisprudence sur ce point. Mais le site web de la Commission d'examen des pratiques commerciales exprime clairement que les saisines anonymes, directes ou par l'intermédiaire d'un avocat, ne sont pas recevables, ce qui nous permet de penser que la saisine auprès de l'ADLC ne peut pas non plus anonyme. **Le droit thaïlandais** a déjà prévu ce type de situation. Selon l'article 13 du règlement de la Commission de la concurrence relatif à la réception de la plainte et à l'enquête du 2 mars 2007, en cas d'une plainte anonyme, si l'agent du Bureau de la Commission de la concurrence considère que les faits exposés suffisent à engager une enquête et que l'enquête présente un intérêt général, le dossier peut être alors instruit.

**En droit de la consommation français et thaïlandais**, le contenu comporte plus ou moins les mêmes éléments qu'en droit de la concurrence. Il s'agit des renseignements généraux sur le demandeur et le défendeur, puis l'exposé des faits d'infraction. L'anonymat du demandeur importe peu pour la DGCCRF puisqu'elle exerce les contrôles pour les sanctions pénales et administratives. En Thaïlande, si le demandeur fait une réclamation pour le but réparateur,

l'objectif de la demande oblige lui-même le demandeur à s'identifier pour se prévaloir de son droit.

La dénonciation en droit de la concurrence et en droit de la consommation s'effectue en principe par les victimes de l'acte, mais le droit de la concurrence prévoit le régime spécial permettant la dénonciation par l'un des acteurs de l'acte lui-même (2°).

### 2° Le programme de clémence en droit de la concurrence pour les auteurs de pratiques prohibées

Comme nous l'avons montré, l'enquête de l'autorité administrative de concurrence peut être engagée par une saisine de la victime ou à la propre initiative de l'Autorité. Or, la pratique d'entente est souvent conduite en tout secret. L'infraction est connue seulement entre les entreprises qui y ont participé, ce qui est difficile à détecter cette pratique anticoncurrentielle.

Considéré comme une incitation à la délation qui prend la forme d'une exonération de sanction pécuniaire, totale ou partielle selon le degré de contribution à établir l'infraction,<sup>652</sup> le programme de clémence (*leniency program* en anglais) a été introduit pour la première fois aux États-Unis en 1978. Le programme a fait son premier pas en droit communautaire avec la publication de la Communication concernant la non-imposition d'amende ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes en 1996. Le régime est devenu plus précis par la publication de la Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes en 2002, puis en 2006. **En France**, le programme de clémence a été introduit par la NRE du 15 mai 2001 qui prévoit la possibilité de demander la clémence dans l'article L464-2 du Code de commerce, **puis** le Conseil de la concurrence a édicté le Communiqué de procédure du 11 avril 2006 inspiré de la Communication de la Commission en 2002. **Enfin**, l'ADLC a édicté un nouveau Communiqué de procédure daté du 2 mars 2009 à l'occasion de la réforme opérée par la LME du 4 août 2008. Notre étude s'intéresse uniquement l'application du programme de clémence en droit français.

#### *a) Quelle pratique dont l'auteur peut bénéficier de la clémence ?*

---

<sup>652</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 204

Selon l'article L464-2 du Code de commerce, une exonération totale ou partielle des sanctions peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L420-1, ce qui se limite aux ententes. Le point 9 du Communiqué du 2 mars 2009 précise en effet que les ententes concernées sont *en principe* les cartels de production ou de vente et la répartition des marchés. Les ententes pouvant bénéficier de l'exonération sont *en principe* les cartels, autrement dit, les ententes horizontales, mais cela n'exclut pas d'entente dite verticale qui pourrait également bénéficier du programme de clémence.<sup>653</sup>

*b) La modalité de la demande de clémence*

Avant le dépôt d'une demande formelle de clémence, l'ADLC met en place un conseiller clémence avec qui l'entreprise peut établir un contact préalable et anonyme selon le point 23 du Communiqué du 2 mars 2009. Cette démarche incite la dénonciation des entreprises et permet à ces dernières d'évaluer le risque si elles sont éligible d'obtenir la clémence.

Après l'évaluation, les entreprises peuvent déposer une demande formelle de clémence qui peut être en courrier recommandé avec avis de réception ou en orale. Le demandeur doit fournir son nom, son adresse, des informations sur les circonstances ayant conduit à l'introduction de sa demande de clémence, le(s) produit(s) en cause et le(s) territoire(s) sur lesquels l'entente présumée est susceptible de produire ses effets, l'identité des auteurs de cette entente, sa nature et sa durée estimée, ainsi que les informations sur toute demande de clémence qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence. Le dossier sera examiné et instruit prochainement. Il y a deux catégories de condition pour obtenir la clémence : les conditions d'éligibilité et les conditions de fond que nous allons prochainement examiner dans notre étude.

*c) Y-a-t-il la clémence en droit de la concurrence thaïlandais ?*

Même si le droit de la concurrence thaïlandais a été créé avec du retard par rapport à d'autres pays, la loi relative à la concurrence 1999 ne prévoit pas de régime de clémence. Le Professeur Sakda THANITCUL a alors proposé dans son ouvrage deux mesures en droit pénal

---

<sup>653</sup> François MÉLIN, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence*, LGDJ, 2010, p. 139

qui peut être utilisées à la place du programme de clémence. **D'une part**, l'article 56 du Code pénal ouvre la possibilité d'un sursis en cas d'une peine d'emprisonnement égale ou inférieure à trois ans. Le sursis peut être ordonné s'il y a les causes que le juge considère appropriées. **D'autre part**, l'article 78 du Code pénal prévoit également la réduction de peine à la moitié s'il y a les faits atténuants. Cela comprend le fait que le prévenu essaie d'atténuer la gravité de l'infraction, ce qui peut être assimilé à la demande de clémence.<sup>654</sup> Toutefois, il y a deux différences essentielles entre la réduction des peines dans le cadre de la clémence et les régimes en droit pénal.

**D'un côté**, le programme de clémence s'applique à l'amende qui est une peine pécuniaire alors que les mesures en droit thaïlandais concerne les peines pénales qui ont moins d'influence sur les personnes morales par rapport à l'amende pécuniaire. **D'un autre côté**, les mesures en droit thaïlandais se produisent à la fin de procédure et à l'appréciation du juge. Il est beaucoup moins prévisible par rapport au programme de clémence. Il y a donc peu d'intérêt pour une entreprise à dénoncer son acte sans avoir la garantie qu'elle va subir moins de sanction.

Après avoir reçu les informations, les autorités procèdent à l'enquête pour constater l'infraction (B).

## **B) La réalisation de l'enquête**

Lorsque les autorités ont reçu les plaintes recevables ou en cas de saisine d'office, leurs agents peuvent mener une enquête pour chercher à constater l'infraction. Le cadre de pouvoir des enquêteurs se rapproche entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation, mais diffère entre les deux systèmes juridiques. Il convient d'évoquer en premier lieu les pouvoirs des agents d'enquête en général (1°) avant d'examiner en second lieu les garanties de la loyauté procédurale (2°).

### 1° Les pouvoirs d'enquête des autorités administratives

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont les droits économiques. Leurs infractions se constatent à partir des preuves écrites plutôt que des témoignages. Il y a une

---

<sup>654</sup> Sakda THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p. 311

différence fondamentale sur les régimes d'enquête entre les deux pays. Contrairement à la Thaïlande, en France, les pouvoirs d'enquête des pratiques anticoncurrentielles sont partagés entre l'ADLC et la DGCCRF du Ministère de l'économie. À l'époque du Conseil de la concurrence, les services d'enquête étaient entièrement assurés par les agents de la DGCCRF. La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie n'a transféré que partiellement les services d'enquête à l'ADLC. Les agents des deux autorités peuvent commencer une enquête, mais le ministre de l'économie doit informer le rapporteur général de l'ADLC des investigations qu'il souhaite entreprendre dans les domaines des pratiques anticoncurrentielles. Le rapporteur général dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception pour décider de prendre la direction des investigations. Si ce n'est pas le cas, les services du ministère de l'économie doivent transmettre les résultats au rapporteur général à la fin de l'enquête. Ce dernier peut soit demander à l'ADLC de se saisir d'office, soit laisser l'affaire traitée par la DGCCRF. Cette dualité est considérée selon Monsieur Bruno LASSERRE comme contrainte pour les entreprises qui auraient pu traiter le dossier avec un seul interlocuteur.<sup>655</sup>

*a) Les pouvoirs d'enquête en droit de la concurrence*

**Le droit de la concurrence français** distingue deux niveaux d'enquête. Dans le cadre d'une **enquête simple** prévue dans l'article L450-3 du Code de commerce, les enquêteurs peuvent opérer sur la voie publique, pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans tous lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de services, ainsi qu'accéder à tous moyens de transport à usage professionnel. En dehors de ces heures, ces agents peuvent également pénétrer dans ces mêmes lieux lorsque ceux-ci sont ouverts au public ou lorsqu'à l'intérieur de ceux-ci sont en cours des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation.

Au cas où les lieux de contrôles sont également affectés à usage d'habitation, la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a renforcé la protection des défendeurs. Désormais, si l'occupant s'oppose aux enquêteurs, les contrôles ne peuvent être effectués

---

<sup>655</sup> B. LASSERRE. (2009), *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace*, [En ligne]. [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/du\\_conseil\\_a\\_l\\_autorite\\_jan09\\_bl\\_journal\\_societes.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/du_conseil_a_l_autorite_jan09_bl_journal_societes.pdf) (le 10 octobre 2014).

qu'entre 8 heures et 20 heures et avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés ces lieux.

Quant aux preuves écrites, les agents peuvent exiger la communication des livres, factures et autres documents professionnels et obtenir ou prendre copie de ces documents par tout moyen et sur tout support. Ils peuvent également recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, document ou toute justification nécessaires au contrôle. La loi du 17 mars 2014 a aussi habilité les agents à accéder aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle. Les pouvoirs d'agent sont strictement limités à un droit d'accès. En effet, les enquêteurs ne peuvent ni perquisitionner ni fouiller. Ces actions sont réservées dans le cadre d'une enquête lourde.<sup>656</sup>

Le régime d'**enquête lourde** dans le cadre de l'article L450-4 du Code de commerce s'applique lorsque les agents veulent renforcer l'opération. Les enquêtes lourdes sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention permettent aux enquêteurs de procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information. Les agents peuvent également procéder à la pose de scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information dans la limite de la durée de la visite de ces locaux. La visite, limitée entre 6 heures et 21 heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. L'occupant des lieux peut désigner un ou plusieurs représentants pour assister à la visite et signer le procès-verbal.

**Le droit de la concurrence thaïlandais** fixe les pouvoirs des agents d'enquête plus ou moins assimilables au droit français. L'article 19 de la loi relative à la concurrence 1999 fait une liste de pouvoirs d'enquêteurs. Les agents peuvent convoquer les personnes pour témoignage oral ou écrit ou à donner des comptes, registres, documents ou d'autres preuves en ce qui concerne l'affaire en cause.

Ils peuvent pénétrer dans le siège et tous les lieux de production, de commercialisation, de dépôt, de stockage ou de prestation du défendeur ou de toute personne ou d'autres lieux

---

<sup>656</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 189

suspectés de façon raisonnable d'être lieux où les infractions du droit de la concurrence ont été commises. Les agents peuvent procéder à la perquisition et à la saisie des preuves ou à l'arrestation de toute personne ayant commis une infraction de cette loi. La visite, la saisie et l'arrestation sont soumises au mandat du juge sauf les cas suivants : (1) lorsqu'un délit flagrant est commis sur le lieu, (2) lorsqu'une personne ayant commis un délit flagrant se réfugie dans tel lieu ou qu'il y a un doute sérieux qui indique que cette personne se réfugie dans tel endroit, (3) lorsqu'il est urgent de pénétrer dans les lieux. Faute de quoi, les preuves et biens saisissables seraient déplacés, dissimulés, détruits ou transformés de leur état d'origine, et (4) lorsque la personne faisant l'objet d'une arrestation est le propriétaire du lieu.

Les enquêteurs peuvent enfin procéder sans mandat au prélèvement des échantillons de produits, dans la quantité raisonnable, pour examen ou analyse sans avoir à en payer le prix, et à la mise sous scellés les documents, comptes, registres ou preuves pour examen et la poursuite de la procédure.

Nous pouvons remarquer que les pouvoirs d'enquête en droit de la concurrence thaïlandais se définissent en suivant les procédures pénales. Cela nous donne l'impression que la Commission de la concurrence agit dans un but de protéger l'ordre public traditionnel plutôt que l'ordre économique moins stigmatisé.

*b) Les pouvoirs d'enquête en droit de la consommation*

**En France**, les pouvoirs d'enquête sont confiés d'une façon diffuse à divers organes. Quant à la DGCCRF, ses agents sont compétents en trois domaines dont chacun dispose de propres pouvoirs. Les agents de la DGCCRF peuvent **d'abord** exercer les contrôles de l'information, des pratiques commerciales et des conditions des contrats figurant à l'article L141-1 du Code de la consommation. Ce sont les compétences partagées en partie avec les agents de l'ADLC. L'article L141-1 du Code de la consommation fait référence à l'article L450-3 du Code de commerce, donc les pouvoirs des agents de la DGCCRF sont celles des agents de l'ADLC dans le cadre d'une enquête simple.

Les agents de la DGCCRF procèdent **ensuite** aux contrôles des fraudes et falsifications. Les pouvoirs d'enquête des agents de la DGCCRF sont partagés avec ceux d'autres autorités notamment la police judiciaire, les agents des douanes ou les agents des impôts. Dans ce cas, les

pouvoirs d'enquête sont définis par l'article L215-3 du Code de la consommation qui se rassemble aux pouvoirs définis par l'article L450-3 du Code de commerce.<sup>657</sup>

**Enfin**, les agents de la DGCCRF peuvent exercer les contrôles de la sécurité des produits et des services dans les mêmes conditions que les contrôles des fraudes et falsifications. L'article L215-3 s'applique à toutes les infractions du Livre II du Code de la consommation. Plus précisément, les agents peuvent prélever des échantillons et recueillir tous les éléments d'information permettant de déterminer les caractéristiques des produits ou des services ou d'apprécier le caractère dangereux ou non d'un produit ou d'un service.

Les pouvoirs d'enquête des agents de la DGCCRF dans les trois domaines sont finalement très proches alors qu'il n'y a pas d'unification pour plus de cohérence. Cela est dû au fait que les textes se sont ajoutés les uns aux autres. La codification du Code de la consommation n'a fait qu'une compilation des textes.<sup>658</sup>

---

<sup>657</sup> L'article L215-3 du Code de la consommation dispose que «*Pour rechercher et constater les infractions au présent livre, les agents peuvent opérer sur la voie publique, pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans les lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de service, ainsi que procéder au contrôle du chargement des véhicules utilisés aux mêmes fins et de ses conditions de conservation.*

*Ils peuvent également pénétrer en dehors de ces heures dans ces mêmes lieux lorsque ceux-ci sont ouverts au public ou lorsqu'à l'intérieur de ceux-ci sont en cours des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation.*

*Lorsque ces lieux sont également à usage d'habitation, ces contrôles ne peuvent être effectués qu'entre 8 heures et 20 heures, et avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés ces lieux si l'occupant s'y oppose.*

*Les agents peuvent exiger la communication et obtenir ou prendre copie par tout moyen et sur tout support ou procéder à la saisie des documents de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission et la mise à leur disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications. Ils peuvent requérir l'ouverture de tout emballage.*

*Pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, ils ont accès aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle.*

*Ils peuvent prélever des échantillons. Ils peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, toute justification ou tout document nécessaire aux contrôles.*

*Ils peuvent également consulter tout document nécessaire à l'accomplissement de leur mission auprès des administrations publiques, des établissements et organismes placés sous le contrôle de l'Etat et des collectivités locales, ainsi que dans les entreprises ou services concédés par l'Etat, les régions, les départements et les communes.*

*Les infractions et les manquements sont constatés par procès-verbaux, qui font foi jusqu'à preuve contraire.»*

<sup>658</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 673

**En droit de la consommation thaïlandais**, la loi relative à la protection du consommateur 1979 prévoit les pouvoirs d'enquête dans l'article 5. Les agents de l'OCPC peuvent (1) mesurer, examiner les marchandises ainsi que prélever les échantillons sans avoir à payer le prix, (2) chercher et saisir les marchandises, ses emballages ou d'autres documents qui ne respectent pas la législation en matière de la consommation, (3) pénétrer dans les lieux et les véhicules pour examiner la production, la commercialisation ou la prestation de service y compris l'examen des comptes, des documents et des outils d'un opérateur, et (4) convoquer une personne par écrit pour le témoignage, la soumission des documents ou des preuves.

Nous pouvons remarquer que les pouvoirs d'enquête sont définis sans pour autant la prise en compte de l'atteinte aux libertés des opérateurs. L'absence de cette réflexion peut être liée à la période où la loi a été instituée (l'année 1979). À cette époque, la protection des libertés était peu au courant. La loi relative à la concurrence 1999, en revanche, a exigé le mandat du juge pour pénétrer dans les lieux où s'exercent les activités économiques.

Nous avons examiné le cadre général des pouvoirs d'enquête, ce qui nous renvoie à réfléchir sur le caractère équitable des procédures (2°).

### 2° Les garanties procédurales au cours des enquêtes

L'enquête permet aux autorités de recueillir tous les éléments nécessaires avant de décider de poursuivre ou non les pratiques en cause. Pourtant, l'investigation ne peut être conduite au détriment de la vie économique des opérateurs. Il y a alors plusieurs processus à analyser au cours de l'enquête.

#### *a) L'exigence d'une ordonnance du juge pour les visites et saisies*

L'investigation sur le siège des opérateurs est nécessaire tant en droit de la concurrence qu'en droit de la consommation. Mais, elle constitue en même temps une atteinte à l'exercice des libertés économiques des entreprises. Ce processus doit donc être encadré. Une ordonnance du juge est alors exigée pour permettre aux agents d'enquête de faire les contrôles sur les terrains. Deux questions se posent à ce stade. **D'une part**, quelle est la procédure de la demande d'ordonnance ? **En France**, l'ordonnance est délivrée par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Il convient de

se demander à quel niveau de preuves le juge peut délivrer une ordonnance. En effet, le juge doit vérifier que les agents demandeurs de l'ordonnance ont qualité et pouvoirs. Cette condition s'apprécie avec beaucoup de souplesse. Le juge peut «*s'assurer que l'enquête portant sur le marché litigieux a été demandée par le rapporteur général du Conseil de la concurrence sur proposition du rapporteur.*»<sup>659</sup> La demande doit fournir tous les éléments d'information pour justifier la visite. Mais même si le demandeur ne les dispose que partiellement, cela n'entraîne pas l'annulation de la procédure. L'ordonnance doit mentionner l'objet de l'enquête et les agents responsables.

**En Thaïlande**, la procédure de la demande d'un mandat est régie par le Code de procédure pénale. Le mandat de recherche est délivré par le juge pénal de la cour dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. L'article 69 du Code de procédure pénale fixe cinq motifs de délivrer un mandat de recherche dont l'objectif de trouver et de saisir les biens pour l'intérêt de l'investigation. Pour justifier la délivrance du mandat de recherche, le demandeur doit, selon l'article 15 du règlement du président de la Cour suprême relatif à la délivrance de mandat dans le procès pénal du 4 mars 2005, présenter des éléments suffisants à constater que les biens se trouvent dans les lieux de la demande et que ces biens peuvent être servis comme preuve de l'investigation, de l'inquisition ou de la considération de la cour. L'article 18 du règlement précise encore que lors de l'audience des éléments présentés par le demandeur, le juge n'est pas tenu à appliquer le même standard que l'audience au cours de la phase contentieuse. Le juge est alors plus libre pour délivrer un mandat même s'il n'est pas absolument fondé sur les preuves présentées. Le mandat de recherche doit mentionner les nom et fonction de l'agent qui fait la recherche. Le juge peut sur demande du demandeur nommer plusieurs agents responsables.

Une autre question concerne, **d'autre part**, la contestation de l'ordonnance ou du mandat délivrés. Une ordonnance peut-elle fait l'objet d'un recours ? **En droit français**, après l'arrêt Ravon de la CEDH du 21 février 2008<sup>660</sup> ayant sanctionné la procédure des saisies et perquisitions en droit fiscal français, le législateur français a anticipé une nouvelle éventuelle sanction en modifiant les règles de recours. Désormais, l'ordonnance autorisant les visites et saisies en cas d'irrégularité peuvent faire l'objet d'un recours devant le premier président de la

<sup>659</sup> Cass. Crim., 9 février 2005, *Bull.* N°51

<sup>660</sup> CEDH, 21 février 2008, *Ravon*

cour d'appel. L'appel contre l'ordonnance doit être formulé dans les 10 jours à compter de la notification de l'ordonnance tandis que l'appel contre l'irrégularité des opérations doit être formé dans les 10 jours à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal ou de l'inventaire.

**En droit thaïlandais**, une question se pose sur la possibilité de recours contre le mandat de recherche. Un arrêt de la Cour suprême a déjà clarifié ce point en considérant que la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'un mandat de recherche au cours de l'enquête constitue seulement une démarche pour engager l'investigation, et non un objet de contentieux. La délivrance du mandat n'entre pas dans la décision ou l'ordonnance du juge pouvant faire l'objet d'un recours selon le Code de procédure pénale.<sup>661</sup> Le juge thaïlandais considère l'appel du mandat comme une contrainte au bon déroulement du processus d'enquête.

*b) La protection des secrets d'entreprise et la saisie des données informatiques*

La préoccupation majeure des entreprises faisant l'objet des visites et saisies n'est pas la perte de ses marchandises, mais la divulgation de la vie d'entreprise. La révélation de ses projets ou des dialogues avec ses partenaires même si le contenu n'est pas illégal peut porter atteinte au fonctionnement de l'entreprise. Le rapport entre la recherche de preuves et la protection des secrets professionnels constitue une question délicate que les autorités doivent prendre en compte. Ces sujets font plus l'objet des débats en France qu'en Thaïlande. En effet, il y a deux sortes de secret d'entreprise : les données professionnelles sur la vie d'entreprise et les secrets professionnels. Ces derniers ont un lien avec les professions réglementées. Nous envisageons dans cette étude plus particulièrement les échanges entre l'entreprise et son avocat.

**En France**, les communications entre l'entreprise et son avocat sont protégées en vertu de l'article 66.5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Ce qui pose souvent les problèmes ne sont pas les pièces d'échanges entre l'avocat et son client, mais celles dont le support contient les données confondues. Beaucoup de questions se posent concernant l'accès à plusieurs pièces qui contiennent les données professionnelles ou portent sur la vie privée. Par exemple, les enquêteurs peuvent-ils avoir accès à un agenda ? L'ADLC valide l'accès à condition que les agents ne

---

<sup>661</sup> Cour suprême, n° 11411/2554

prennent que les contenus professionnels. Le Conseil de la concurrence a déjà considéré que des agendas comportant des mentions relatives aux activités professionnelles de leurs propriétaires et saisis au siège des entreprises ne pouvaient être qualifiés de documents à caractère mixte et avaient donc été régulièrement saisis.<sup>662</sup> Cette autorisation étend ainsi la gestion de données dans les disques durs et les messageries électroniques. Ces dernières posent encore des problèmes à savoir les méthodes pour faire le tri sans avoir à lire l'ensemble des courriels.

La Cour d'appel de Paris a ordonné une expertise pour fournir au juge les éléments techniques permettant d'évaluer la possibilité de la saisie sélective sans compromettre l'authenticité des messages. Cette méthode a fait l'objet de débats. Plus récemment, la Cour de cassation a jugé en 2013 que «*la saisie des documents et supports informatiques trouve sa limite dans le principe de libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense.*»<sup>663</sup> La solution dans ce cas serait de faire une sélection sur place ou de poser des scellés sur les saisies informatiques globales avant d'inviter les parties à participer au tri.<sup>664</sup> Le législateur français serait contraint de modifier ces pratiques dès lors que la CEDH a jugé que la saisie globale de données électroniques est contraire à l'article 8 pour manque de proportionnalité.<sup>665</sup>

**En droit thaïlandais,** l'accès aux dossiers et données informatiques peut se faire d'une façon moins restrictive. L'article 98 du Code de procédure pénale autorise des enquêteurs munis d'un arrêt de recherche des objets non précis de saisir tout biens pouvant être servi comme preuve dans le litige. Cette disposition permet aux agents de saisir les disques durs et les messageries électroniques. Le secret professionnel, quant à lui, est particulièrement protégé en droit thaïlandais. En effet, l'article 105 du Code de procédure pénale autorise les enquêteurs de saisir les courriers, cartes postales, télégrammes ou d'autres documents en provenance ou à destination du défendeur et qui ne sont pas encore acheminés. La saisie est faite par l'ordonnance du juge sur la demande adressée aux agents de la Poste. Cette démarche ne s'applique pas

---

<sup>662</sup> Cons. conc. 17 janvier 2001, décision n° 00-D-68

<sup>663</sup> Cass. Crim., 24 avril 2013, *Bull.* N°102

<sup>664</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 201

<sup>665</sup> CEDH, 3 juillet 2012, *Robathin*

toutefois aux correspondances entre le défendeur et son avocat, ce qui pose une question sur l'accès aux correspondances étant déjà en possession du défendeur.

En tout état de cause, le droit français et le droit thaïlandais exigent la remise d'un procès-verbal contre la signature du défendeur. Le procès-verbal permet de constater l'ensemble des éléments d'enquête approuvés par les parties.

Après avoir recueilli des renseignements de l'infraction, le droit de la concurrence et le droit de la consommation prévoient des mécanismes permettant de mettre fin au conflit (§2).

## **§ 2 Les procédures alternatives dans la phase pré-contentieuse**

L'objectif de protéger le fonctionnement du marché ainsi que le bien-être du consommateur conduit le droit de la concurrence et le droit de la consommation à chercher des procédures spéciales. Celles-ci doivent permettre aux autorités d'atteindre plus rapidement cet objectif. Nous examinons d'abord les régimes en droit de la concurrence (A), puis, ceux du droit de la consommation (B).

### **A) Les procédures alternatives en droit de la concurrence**

Avant d'évoquer les modes alternatifs en droit de la concurrence, il convient de connaître la nature des approches alternatives par rapport au droit de la concurrence. En effet, il s'agit de mesures qui permettent le contact entre des entreprises et les autorités de concurrence pour clôturer des affaires en évitant les sanctions formelles par la procédure contentieuse. Les régimes alternatifs peuvent être avantageux pour les entreprises qui veulent gérer leur comportement illicite à moindre coût, mais également pour les autorités qui cherchent à cesser la pratique illicite et à rétablir l'ordre concurrentiel dans le marché. En revanche, il faut prendre en compte que les pratiques anticoncurrentielles affectent le fonctionnement du marché, valeur de l'ordre public. En facilitant la régulation du marché, ces procédures alternatives ne sauraient être appliquées d'une façon à compromettre le marché. Elles ne peuvent être servies par les entreprises pour échapper aux sanctions formelles au détriment du fonctionnement du marché.

C'est par cette considération que les régimes alternatifs ne voient pas encore le jour **en droit thaïlandais**. Comme nous l'avons évoqué dans la phase d'enquête, le droit de la

concurrence thaïlandais s'attache véritablement à la procédure pénale, ce qui laisse peu de possibilité de recourir à un mode alternatif et d'échapper les sanctions formelles. Notre étude porte uniquement sur les régimes applicables en France. Il convient d'examiner la procédure de transaction (1°), puis les engagements volontaires (2°).

### 1° La procédure de transaction

Existant uniquement en droit européen, la transaction est une procédure régie par le règlement n°622/2008 du 30 juin 2008 qui insère dans le règlement n°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 les procédures de transaction en matière d'entente.

C'est la Commission européenne qui prend l'initiative de cette procédure. Après avoir identifié les entreprises d'une pratique anticoncurrentielle auxquelles s'imposent les amendes, la Commission peut décider d'ouvrir la procédure à tout moment mais au plus tard à la date à laquelle elle rend une évaluation préliminaire, émet une communication des griefs ou adresse aux parties une demande de manifestation d'intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, ou bien à la date de publication d'une communication en application selon celle de ces dates qui vient en premier. Les entreprises, une fois contactées par la Commission, disposent d'un délai au moins deux semaines pour adresser par écrit la volonté de prendre part à la discussion. Après la discussion, les entreprises émettent les propositions qui contiennent la reconnaissance à la participation à une entente concernée et notamment le montant maximum des amendes que les entreprises s'attendent à se voir infliger.

La Commission adresse aux entreprises une notification des griefs. Si celle-ci reflète les propositions, les entreprises doivent confirmer la correspondance de la notification à la teneur de leur propositions de transaction. Au cas contraire, les éléments reconnus par les entreprises dans la proposition seraient réputés avoir été retirés et ne peuvent être évoqués à l'encontre des entreprises. La transaction est interrompue. Si les entreprises s'engagent à poursuivre la procédure de transaction, la Commission doit encore rendre la décision finale après consultation du comité consultatif. La récompense pourrait aller jusqu'à 10 % de réduction du montant de l'amende à infliger.

Pour assurer aux entreprises le non-effet à la procédure du *private enforcement*, l'accès aux dossiers est restreint pour certaines parties. Les plaignants notamment n'ont pas d'accès à la proposition et ne peuvent la servir comme l'aveu de culpabilité. La proposition n'est utilisable

que dans le cadre des procédures administratives et judiciaires concernant l'application des règles européennes de la concurrence.

Même si la procédure de transaction peut faciliter l'application des règles de la concurrence au niveau communautaire, son déroulement suscite plusieurs critiques. **D'abord**, la procédure qui invite les entreprises à renoncer à leurs droits procéduraux est-elle compatible avec les droits de la défense et le principe de non auto-incrimination ?<sup>666</sup> Le principe d'égalité des armes fait **ensuite** l'objet de débat car les entreprises n'ont pas la même connaissance sur les dossiers que la Commission. **Enfin**, la réduction d'amende à 10 % paraît peu intéressante. La réduction plus importante ne peut être accordée pour maintenir l'intérêt du programme de clémence qui accorde une réduction d'amende plus importante voire totale.

Après la procédure de transaction, il convient d'examiner une autre procédure plus attractive pour des entreprises : les engagements volontaires (2°).

### 2° Les engagements volontaires

Par rapport à la transaction, les engagements paraissent plus souples et plus efficaces. Les engagements visent plutôt le changement immédiat d'un comportement illicite que la sanction qui prend plus de temps, ce qui correspond à une approche corrective plutôt que répressive. Cette procédure existe tant en droit communautaire (l'article 9 du règlement n°1/2003) qu'en droit français (l'article L464-2 du Code de commerce introduit par le décret n°2005-1668 du 27 décembre 2005). Il convient avant tout d'évoquer le champ d'application qui se limite aux infractions moins graves. Une pratique unilatérale et une entente verticale mais pas horizontale peuvent être réglées par les engagements alors que les cartels de prix ou les abus de position de position dominante dont le dommage à l'économie est plus important ne peuvent être cessés par cette procédure.

**En droit communautaire**, la Commission envoie aux entreprises une évaluation préliminaire sans qualifier les faits. L'évaluation exprime des *préoccupations* de concurrence. Les entreprises peuvent présenter une proposition d'engagements. Si celle-ci satisfait la Commission, un résumé de l'affaire et le principal contenu des engagements seront publiés au

---

<sup>666</sup> Jean-Bertrand DRUMMEN, «Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence», *JCP E*, n°18, 6 mai 2010, 1443

Journal officiel de l'Union européenne pour que les tierces parties puissent présenter leur observation. Après l'analyse, la Commission adopte une décision qui rend obligatoires les engagements proposés. La décision fixe la durée des engagements et constate la clôture de l'affaire.

**En droit français**, le déroulement est clarifié par le Communiqué de procédure du 2 mars 2009 et comporte des étapes similaires à celles au niveau européen. Le rapporteur général fait une évaluation préliminaire dans laquelle celui-ci précise, selon le point 18 du Communiqué du 2 mars 2009, en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont «*susceptibles de constituer une pratique prohibée.*» L'évaluation est ensuite envoyée aux entreprises en cause qui informent au rapporteur la volonté à la procédure des engagements. Dans ce stade, le principe du contradictoire est garanti. Les entreprises ont l'accès aux éléments qui caractérisent les préoccupations de concurrence.<sup>667</sup>

Les engagements peuvent être en plusieurs formes : modifications de clauses contractuelles,<sup>668</sup> accès aux informations nécessaires à l'activité des opérateurs,<sup>669</sup> ou clarification des conditions contractuelles d'un réseau de distribution sélective sur Internet.<sup>670</sup> Le résumé de l'affaire et le contenu des engagements seront publiés comme en droit communautaire mais sur le site Internet de l'ADLC permettant aux tierces parties de présenter leur observation. Les parties à la procédure et le commissaire du Gouvernement y sont ainsi invités. Toutes les observations seront ajoutés au dossier pour faire le test du marché auquel l'Autorité vérifie la pertinence, la crédibilité et le caractère vérifiable des engagements. Ceux-ci doivent être aussi proportionnés aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire. Enfin, si les engagements sont considérés comme répondent aux préoccupations de concurrence, l'Autorité adopte une décision finale et clôture la procédure.

D'après les procédures, nous pouvons considérer les engagements volontaires comme efficaces et avantageux pour toutes les parties. Le caractère concurrentiel d'un marché se restaure plus rapidement suite au changement de comportement de la part des entreprises contrevenantes, ce qui permet aux entreprises victimes d'atténuer le dommage qu'elles ont subi

---

<sup>667</sup> Cass. com., 8 novembre 2008, N° 07-21275, *Canal 9*, Bull. IV N° 188

<sup>668</sup> Cons. conc. 10 mai 2007, décisions n° 07-D-30 et 07-D-17

<sup>669</sup> Cons. conc. 25 février 2008, décision n° 08-D-04

<sup>670</sup> Cons. conc. 8 mars 2007, décision n° 07-D-07

et de continuer ses activités normales dans le marché. Les entreprises ayant commis l'infraction peuvent échapper aux sanctions infligées. Quant à l'ADLC, elle peut rétablir l'ordre concurrentiel sans déployer trop de ressources. Même si les engagements volontaires sont avantageux pour toutes les parties, son champ d'application reste toutefois limité. Les engagements ne peuvent pas remplacer tous les contrôles et sanctions. Les entreprises peuvent abusivement évoquer cette procédure pour éviter les sanctions, ce qui revient à l'Autorité de faire une analyse profonde afin de décider si elle autorise ou non le recours à la procédure des engagements ou poursuit les entreprises dans la procédure contentieuse.

Les procédures alternatives en droit de la consommation (B) n'empruntent pas les mêmes modalités que le droit de la concurrence en raison de la différence sur les parties en conflit.

### **B) Les procédures alternatives en droit de la consommation**

Les procédures alternatives en droit de la consommation se distinguent de celles en droit de la concurrence dans la mesure où le droit de la consommation concerne en grande partie les intérêts particuliers. Si le droit de la consommation trouve son esprit dans la protection des consommateurs, l'intervention des autorités doit répondre à cet objectif. La sanction pénale ou administrative n'est que secondaire car la procédure vise principalement à la réparation du préjudice des consommateurs. Les procédures alternatives en droit de la consommation portent sur deux relations : les procédures alternatives entre les autorités et les professionnels (1°), et les procédures alternatives entre les professionnels et les consommateurs (2°).

#### 1° L'absence de procédure alternative dans l'application d'une sanction pénale ou administrative de la consommation

La violation de certaines règles de la consommation peut donner lieu à une sanction pénale ou administrative par les autorités qui ne se limitent pas à la DGCCRF en France ou à l'OCPC en Thaïlande. L'exercice de contrôle par ces autorités peut être assimilé aux contrôles des pratiques anticoncurrentielles exercés par l'ADLC. La question se pose de savoir si nous pouvons adopter en droit de la consommation des procédures alternatives comme la transaction ou, en terme plus courant en droit de la consommation, la médiation. Les engagements

volontaires portant sur le changement d'un comportement pour restaurer l'ordre concurrentiel dans le marché ne concernent pas notre étude ici.

**En Thaïlande**, il n'est pas question d'introduire des procédures alternatives en droit de la consommation dès lors que ces procédures n'existent pas même en droit de la concurrence thaïlandais. La transaction et la médiation sont interdites dans les affaires administratives alors qu'en droit pénal seules les infractions poursuivies sur plainte<sup>671</sup> peuvent faire l'objet d'une médiation. Or, les infractions pénales en droit de la consommation concernent essentiellement l'ordre public. En outre, les conséquences de l'acte peuvent être lourdes puisqu'il cause le dommage d'une façon collective, ce qui rend la négociation peu possible.

**En France**, il n'existe ni transaction, ni médiation dans les infractions du droit de la consommation, mais la raison de cette absence est bien différente du droit thaïlandais car il y a déjà des exemples des procédures en droit de la concurrence français. En effet, c'est du côté des professionnels qui veulent voir les procédures mettre en place. Lors de l'élaboration du projet de loi relative à la consommation, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) a, par sa commission consommation, publié des propositions après la consultation publique sur les délais de paiement entre entreprises et le prononcé de sanctions administratives par la DGCCRF. Dans le point 3.4 de son observation, le MEDEF a préconisé l'introduction de deux modes alternatifs de règlement des litiges.

**D'une part**, le MEDEF veut renforcer la procédure de médiation. D'après l'organisme, l'action de l'administration ne saurait être exclusivement répressive. Elle doit aussi amener les professionnels à respecter la loi. La procédure de médiation, existante déjà en matière fiscale, devrait être appliquée préalablement à la saisine du juge.

**D'autre part**, le MEDEF veut aussi introduire une procédure de transaction en prenant exemples les matières environnementale, rurale, douanière ou encore fiscale qui autorisent

---

<sup>671</sup> Les infractions poursuivies sur plainte ou les infractions compoundables sont les infractions auxquelles la justice peut être mise en œuvre uniquement à la suite d'une plainte portée par les victimes. En cas de désistement, l'affaire est classée sans suite et clôturée. Il s'agit des infractions pénales qui ne viole pas l'ordre public par exemple la diffamation. Les infractions compoundables est assimilée aux petits délits qui peuvent faire l'objet d'une médiation en droit pénal français.

l'autorité administrative de procéder à la transaction pour certaines infractions.<sup>672</sup> La transaction est encore plus faisable dans la mesure où la DGCCRF dispose déjà du pouvoir de transiger pour certains délits et contraventions.

Ces propositions n'ont pas pourtant été retenues. Il n'est pas difficile de trouver la raison pour laquelle les entreprises veulent utiliser ces mécanismes. En fait, ces procédures permettent aux professionnels d'échapper aux sanctions lourdes et formelles qui nuisent gravement leur réputation. Ils transforment la façade du contrôle de la confrontation à la relation plus apaisée. Il nous reste à examiner si la nature des infractions de la consommation leur permet d'être négociées ou transigées.

Les modes alternatifs en droit de la consommation sont plus courants dans la relation entre les professionnels et les consommateurs (2°).

#### 2° Les procédures alternatives dans le conflit entre les professionnels et les consommateurs

Les procédures alternatives dans le cadre du conflit entre professionnel et consommateur sont plus faciles à appliquer puisqu'elles n'exigent aucune formalité juridique. Les deux parties discutent à l'aide d'un intermédiaire qui mène les deux parties à trouver un compromis. Notre étude s'intéresse uniquement au rôle des autorités de consommation dans la médiation. Il faut savoir qu'il y a autant de médiateurs privés que publics, autant de médiateurs à vocation générale que spécialisée.

**En France**, les organismes médiateurs ont été successivement créés. **D'abord**, la boîte postale 5000, instituée en 1977, est une adresse unique au chef-lieu de chaque département qui transmet les plaintes des consommateurs à la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui traite les affaires. Si l'affaire n'est pas résolue,

---

<sup>672</sup> La Commission consommation du MEDEF, *Les propositions du MEDEF : Consultation publique sur les délais de paiement entre entreprises et le prononcé de sanctions administratives par la DGCCRF*, publié le 17 janvier 2013, p. 6

elle sera traitée par une commission de conciliation. La boîte postale 5000 existe encore à ce jour, mais ne fonctionne que dans certains départements.<sup>673</sup>

Plusieurs d'autres organismes ont **ensuite** été créés. Une commission de règlement des litiges de la consommation a été instituée au niveau départemental et/ou régional par l'arrêté du 25 mars 2005 portant création et fonctionnement des commissions de règlement des litiges de consommation. Les textes ont ainsi prévu diverses commissions à compétence plus spécifique comme les commissions départementales de surendettement des particuliers, les commissions départementales de conciliation du secteur locatif, les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation du secteur médical ou encore le médiateur bancaire.

**Enfin**, une démarche plus récente en 2010 de l'État français a consisté dans la création de la Commission de la médiation de la consommation (CMC). Ses missions ne concernent pas d'exécution de la médiation, mais de veiller au respect des bonnes pratiques de médiation dans les domaines de la consommation et de développer la médiation dans d'autres secteurs non-couverts.

Le développement de la médiation de la consommation en France nous montre que les pouvoirs publics n'interviennent pas directement dans la médiation. Ils apportent un soutien aux organes médiateurs créés. La création de la Commission de la médiation de la consommation a encore confirmé cette position. L'État français veut favoriser le recours à la médiation, mais ne joue pas comme médiateur.

**En Thaïlande**, la médiation est une méthode très prisée dans le règlement de différend de la consommation. Le passage à ce moyens n'est pas officiellement imposé par les textes, mais c'est les pratiques qui le rendent obligatoire. La médiation de la consommation s'effectue à deux niveaux. **D'une part**, la médiation est exercée par l'OCPC. Dans le schéma de la gestion de litige disponible sur le site web de l'OCPC, la médiation est organisée à deux reprises. Les agents de l'OCPC interviennent dans le premier temps pour mettre fin au conflit. À l'échec de cette étape, la médiation est dans le second temps exercée par une commission de médiation.

La mission de médiation est **d'autre part** confiée aux collectivités territoriales. Les arrêtés de la Commission de la protection du consommateur n°3/2552 et n°4/2552 du 20 avril

---

<sup>673</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010, p. 615

2009 ont institué la commission de la protection du consommateur dans chaque collectivité. Les commissions sont chargées de plusieurs missions dont le pouvoir d'exercer la médiation.

Même si la pratique de médiation est un moyens très emprunté par les autorités, nous mettons un doute la qualité de cette pratique. La médiation exige chez un médiateur à la fois une haute compétence de mener le dialogue entre les parties ainsi que l'impartialité. Or, il n'y a pas suffisamment de contrôle pour exercer la médiation. En principe, ce sont les agents de l'OCPC ou de collectivités territoriales qui font la médiation, ce qui n'assure pas forcément la compétence ou l'impartialité. Même s'il y a la formation pour les agents pour devenir médiateur, l'absence du contrôle d'un organe extérieur tel est le cas de la Commission de la médiation de la consommation en France pose ainsi le risque sur l'efficacité de procédure.

Une autre observation s'apprécie au recours très fréquent à la médiation. Si la médiation se présente comme une mesure efficace pour régler rapidement le conflit entre professionnel et consommateur, elle ne peut pas remplacer d'autres contrôles notamment les méthodes préventives. Le recours à la médiation peut cacher un véritable problème sur l'insuffisance de mesures *a priori*. La collecte des données sur des affaires traitées permet aux autorités d'apprécier les problèmes généraux dans chaque domaine de consommation. Les données seraient bénéfiques dans les réformes législatives afin de prévenir les conflits dans le futur.

La procédures dans la phase pré-contentieuse en droit de la concurrence et droit de la consommation nous montrent une certaine volonté de régler rapidement les conflits tout en conservant la vie d'entreprise dans l'exercice de leur activité. En cas d'échec de ces tentatives, la procédure dans la phase contentieuse sera alors ouverte (Section 2).

## **Section 2 Les procédures dans la phase contentieuse**

Dans notre étude, la phase contentieuse se définit différemment entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. **En droit de la concurrence**, la procédure est engagée devant les autorités administratives (l'ADLC en France ou la Commission de la concurrence en Thaïlande). **En droit de la consommation**, le contentieux est porté devant les autorités juridictionnelles surtout judiciaires. La différence sur les types d'autorités responsables

entraîne par la suite une différence sur le déroulement de procédure. La section suit ordre chronologique : l'instruction du dossier et le procès (§1), puis la décision et le recours (§2).

## § 1 Le déroulement de la procédure

Le déroulement de la procédure constitue une source d'interprétation importante en droit de la concurrence et en droit de la consommation. Notre étude ne rentre pas dans les détails de la procédure. Elle essaie en fait de trouver les particularités entre ces deux domaines juridiques caractérisées par les régimes spéciaux pendant le procès. Nous examinons domaine par domaine en commençant par la procédure de la concurrence remarquée par la dualité de procédure (A) suivi par la procédure de la consommation renforcée récemment par la possibilité d'une action de groupe (B).

### A) La procédure en droit de la concurrence : la dualité de procès

Le contentieux de la concurrence se déroule auprès de l'ADLC en France et la Commission de la concurrence en Thaïlande. Il est donc une procédure administrative où s'oppose l'autorité saisie ou autosaisie et les entreprises en cause. Quant à l'autorité responsable déjà puissante face aux entreprises, elle est pourtant unique, ce qui constitue à la fois un atout et une contrainte en ce qui concerne le nombre élevé de saisine. Pour mieux canaliser les plaintes, le droit français reconnaît la faculté d'un recours aux procédures rapides (2°). Toutefois, nous ne pouvons pas illustrer les procédures rapides sans comprendre la procédure normale (1°).

#### 1° La procédure normale de la concurrence

La procédure normale qu'elle soit en France ou en Thaïlande suit les étapes classiques en respectant le principe du contradictoire. **En France**, le dossier est instruit par le rapporteur. Il procède **dans un premier temps** à la notification ou la communication selon le terme du droit communautaire des griefs. La notification doit être envoyée à l'auteur de la saisine, aux ministres concernés, aux parties intéressées et au Commissaire du Gouvernement. Par respect du droit de la défense, les griefs doivent être suffisamment explicites dans les faits reprochés et dans la qualification juridique d'après les faits. Les griefs doivent aussi fournir les éléments de preuves sur la pratique en cause. Dès lors qu'une entreprise ne peut être condamnée pour un grief qui ne

lui a pas été notifié,<sup>674</sup> le destinataire des griefs doit être précis et correspond à l'entreprise qui se voit infliger la sanction sous peine de nullité. Ainsi, le renvoi de la notification des griefs à la filiale tandis que c'est la société mère qui est responsable de la pratique entraîne alors la nullité.<sup>675</sup> La notification des griefs déclenche le débat contradictoire. Les parties disposent d'un délai de deux mois pour présenter les observations et aussi pour se défendre. Le délai supplémentaire d'un mois peut être accordé en raison des *circonstances exceptionnelles* (l'article L463-2 du Code de commerce).

L'efficacité du débat contradictoire repose essentiellement sur la garantie d'accès aux dossiers. En droit de la concurrence, se pose en effet le problème de la diffusion de secret des affaires. Nous avons déjà discuté sur la protection des secrets professionnels pendant la phase d'enquête. Cette fois-ci, la divulgation est plus délicate puisqu'il s'agit de la divulgation des pièces aux parties étant souvent les entreprises concurrentes. Le Code de commerce prévoit déjà les modalités pour gérer ce type des éléments. Les pièces communiquées à l'ADLC sont considérées comme accessibles par toutes les parties. La partie qui veut protéger ses pièces communiquées doit alors faire une demande à l'Autorité dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle lesdits éléments ont été obtenus. Le demandeur doit joindre une version non confidentielle et un résumé de chacun de ces pièces protégées. Le rapporteur peut faire suite à la demande ou la rejeter toute ou en partie si celle-ci ne se conforme pas à la forme ou au délai imparti ou si la demande est manifestement infondée.<sup>676</sup> Les pièces dans leur version non confidentielle peuvent être déclassées si l'Autorité ou la partie mise en cause estime que l'accès à la version confidentielle des pièces est nécessaire à l'exercice des droits de la défense. Dans ce cas, le rapporteur informe le demandeur de la protection du secret des affaires et lui fixe un délai pour présenter ses observations. Le déclassé de dossiers oblige le rapporteur à mettre en balance les droits de la défense et la nécessité de protéger les secrets des affaires, ce qui n'échappe pas à la contestation des parties.<sup>677</sup>

Après la notification des griefs et le débat contradictoire, le rapporteur procède, **dans un second temps**, à l'établissement d'un rapport notifié aux parties, au commissaire du

---

<sup>674</sup> Cons. conc. 28 juin 2006, décision n° 06-D-18

<sup>675</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 233

<sup>676</sup> Aurélien CONDOMINES, *Guide pratique du droit français de la concurrence*, LGDJ, 2014, p. 283

<sup>677</sup> Voir l'exemple ADLC 23 février 2011, décision n° 11-D-05

Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites par les intéressés. L'analyse dans le rapport peut évoluer de celle dans la notification des griefs en considérant les observations des parties. Le rapporteur peut proposer une sanction plus grave ou bien au contraire un non-lieu si le grief n'est pas justifié. Les parties disposent encore d'un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance. Le délai d'un mois supplémentaire peut être également accordé par des circonstances exceptionnelles.

Après la phase écrite sous forme d'observations, la procédure entre dans la phase orale. En fait, la séance n'est pas obligatoire, mais organisée à plusieurs initiatives. Selon l'article L463-7 du Code de commerce, l'ADLC peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information. Les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister. En outre, des experts peuvent être invités par le rapporteur à sa propre initiative ou à la demande de partie à réaliser une opération ou présenter leur observation. Les travaux des experts peuvent être en réponse à la notification de griefs, au rapport du rapporteur ou à la proposition de non-lieu, ou bien en séance. En tout état de cause, les séances ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister.

**En Thaïlande**, le contentieux de la concurrence suit le même rythme que la procédure en droit français mais avec moins de garantie procédurale. En fait, le responsable de l'enquête et de l'instruction du dossier est le sous-comité d'enquête désigné par la Commission de la concurrence. D'après l'article 14 de la loi relative à la concurrence 1999, ce comité se compose d'un spécialiste du droit pénal issu du corps policier ou des procureurs, et de quatre fonctionnaires au plus ayant la compétence et l'expérience en ce qui concerne l'économie, le droit, le commerce, l'agriculture ou la comptabilité. Un représentant du Direction du commerce intérieur est également un membre du sous-comité et son secrétaire. Ce comité prend en charge de l'enquête et de l'instruction, mais il n'y a ni la notification des griefs ni le débat contradictoire à ce stade.

Quant aux experts, le droit thaïlandais prévoit pour la Commission de la concurrence la faculté de désigner un ou plusieurs sous-comités d'experts spécialisés. Chaque sous-comité est composé de quatre à six personnalités ayant des compétences dans des matières concernées et

disposant des connaissances et des expériences dans des différentes matières, par exemple, la matière juridique, scientifique, d'ingénierie, pharmaceutique, agricole, science économique, commerciale, comptable ou de gestion en tant que membres du sous-comité, et d'un représentant du Direction du commerce intérieur en tant que membre du sous-comité et son secrétaire général. C'est en effet un organe créé à l'occasion de chaque saisine qui traite la problématique issue de la pratique en cause. En pratique, la Commission va nommer l'un de ses membres à siéger dans ce sous-comité pour une bonne coordination entre le sous-comité et la Commission.<sup>678</sup> La mission du sous-comité d'experts spécialisés est indépendante de celle du sous-comité d'enquête.

Après que le dossier est instruit devant la Commission, l'article 31 de la loi relative à la concurrence 1999 oblige la Commission à respecter le principe du contradictoire. La Commission doit entendre les entreprises, le sous-comités d'experts spécialisés, le sous-comité d'enquête ainsi que les agents concernés. Toutes les parties peuvent présenter leur observation et les preuves.

Pour la protection du secret des affaires, le droit ne prévoit pas de dispositif à couvrir les pièces communiquées à la Commission. Il faut considérer les dispositions de la loi relative à la procédure administrative 1996 qui encadre la procédure auprès des autorités administratives en général. L'article 31 de la loi reconnaît le droit d'accès au dossier si une partie l'estime nécessaire pour la contestation, l'explication et la défenses de ses droits. Ce droit d'accès n'est pas pourtant absolu puisque l'article 32 de la même loi permet à l'autorité de restreindre la consultation si la pièce en cause doit être tenue confidentielle. Or, il s'agit surtout des documents administratifs classés selon les niveaux de confidentialité. Les pièces de personnes privées n'entrent guère dans ce classement. Il n'y a pas de restriction de l'accès aux pièces communiquées de la part de personne privée. Une seule protection du secret des affaires se trouve dans l'article 53 de la loi relative à la concurrence 1999 qui sanctionne pénalement le fait de quiconque de divulguer des informations concernant le commerce ou les opérations d'une entreprise qu'il est d'usage de garder secret et qu'il en a eu connaissance en raison de l'exercice de ses fonctions selon cette loi. Cette protection est peu efficace puisqu'elle sanction le fait de révéler les informations mais n'interdit pas à toutes les parties de la procédure d'avoir la

---

<sup>678</sup> Sakda THANITCUL, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010, p.289

connaissance de telle ou telle information. En outre, la personne ayant eu la connaissance au secret des affaires peut faire usage de ce secret sans avoir à diffuser à quelqu'un d'autre.

Pour traiter les dossier plus rapidement, le droit français prévoit la faculté de recourir à des procédures rapides (2°).

### 2° Les procédures rapides en droit de la concurrence français

La mise en place des procédures rapides trouve sa raison d'être dans la volonté de gérer plus rapidement le nombre élevé de la saisine auprès de l'ADLC. De plus, le contentieux dans la procédure normale contient deux phases du contradictoire (la notification des griefs et le rapport), ce qui nécessite plus de temps et plus de moyens à gérer. **En Thaïlande**, les deux problèmes ne se posent pas puisqu'il y a encore peu de contentieux devant la Commission de la concurrence. Quant au déroulement de procès, le droit de la concurrence dispose déjà une procédure qui garantit au minimum le principe du contradictoire qui ne peut plus être raccourcie.

**En France**, les procédures rapides consistent à supprimer dans la procédure la rédaction du rapport, ce qui peut réduire la durée de la procédure, mais également fragiliser le principe du contradictoire et le droit de la défense. Le recours aux procédures rapides ne peut s'effectuer au gré de l'Autorité. Il connaît donc certaines limites. Il y a alors deux procédures rapides dans le cadre du droit français.

#### *a) La procédure simplifiée*

C'est la procédure rapide à l'initiative de l'ADLC. L'article L463-3 du Code de commerce permet au rapporteur général de l'Autorité, lors de la notification des griefs aux parties intéressées, d'examiner l'affaire sans établissement préalable d'un rapport. C'est une décision qui peut être prise dans tous les contentieux devant l'ADLC. S'il est loisible au rapporteur général de traiter l'affaire sans rédiger un rapport, l'absence de rapport entraîne une restriction du pouvoir de sanction de l'ADLC. Selon l'article L464-5 du Code de commerce, le pouvoir de prononcer une sanction pécuniaire de l'Autorité est limité à 750 000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées. D'autres mesures prévues au I de l'article L464-2 du Code (la cessation des pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé avec le cas échéant des conditions particulières) restent encore possibles. Ce plafond d'amende est issu de

l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 alors que le texte initial de cet article a limité l'amende à 500 000 F (soit 76 224 euros).

La procédure simplifiée permet au rapporteur général d'économiser du temps et de ressources dans une affaire qu'il estime moins importante. La légitimité de cette procédure tient à l'appréciation du rapporteur de l'amende qui pourrait être encourue.

*b) La non-contestation des griefs*

Une autre procédure rapide s'applique à l'initiative des parties poursuivies. Cette procédure spéciale est prévue à l'article L464-2 III du Code de commerce et clarifiée par le Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs. La procédure distingue deux hypothèses. **D'une part**, si l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'ADLC, sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire en tenant compte de l'absence de contestation. Le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. **D'autre part**, si la non-contestation est accompagnée d'un engagement à modifier le comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction.

L'objectif de la non-contestation des griefs n'est pas seulement de sauter la phase du rapport pour gagner du temps, mais aussi d'inciter les entreprises à accepter les reproches pour bénéficier d'une réduction d'amende. L'enjeu de la non-contestation des griefs concerne la sécurité juridique et la prévisibilité de l'entreprise. En effet, la non-contestation de l'entreprise n'entraîne pas obligatoirement la réduction d'amende. L'appréciation dans cette procédure est plus stricte que dans le cadre de la clémence ou les engagements volontaires pendant la phase d'enquête.

En pratique, l'entreprise destinataire d'une notification des griefs doit déterminer son souhait de renoncer à la contestation des griefs et en fait la demande de cette procédure au rapporteur général. Le contact peut avoir lieu même avant l'envoi de la notification des griefs. Le point 15 du Communiqué de procédure du 10 février 2012 précise en quoi consiste la renonciation : c'est une renonciation, retranscrite dans le procès-verbal, sous forme d'une déclaration par laquelle l'organisme ou l'entreprise en cause indique, dans des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble

des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donnent les services d'instruction au regard des dispositions pertinentes du code de commerce et du TFUE, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques en cause doit porter à la fois sur les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et leurs effets anticoncurrentiels, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur les modalités de participation de l'intéressé aux pratiques.

Quant à l'engagement, c'est une démarche facultative qui permettrait aux entreprises d'avoir d'avantage de réduction d'amende. Les engagements ne peuvent être simplement ceux de ne pas ou ne plus violer les règles de la concurrence. L'appréciation porte sur le caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces engagements en prenant en compte la nature des pratiques en cause, du contexte économique dans le domaine concerné, l'aptitude des engagements à contribuer à la fonction concurrentielle et aussi les mesures de mise en œuvre et de suivi.<sup>679</sup>

Un risque important de cette procédure réside dans le fait qu'il faut passer deux épreuves indépendantes. Malgré la renonciation de l'entreprise et la proposition du rapporteur général, l'ADLC n'est pas pourtant liée à la position du rapporteur. L'Autorité peut ignorer la proposition en n'accordant aucune réduction d'amende ou au contraire prononcer une sanction plus favorable aux entreprises poursuivies. Le Communiqué a réglé cette préoccupation dans son point 48 en prévoyant que le collège de l'ADLC est lié au renvoi de l'affaire de l'instruction en ce qui concerne l'intéressé s'il envisage de s'écarter la proposition du rapporteur général dans le sens qui serait défavorable aux entreprises en cause. Cela permet aux entreprises de procéder au débat contradictoire sur les éléments qui conduit l'Autorité à considérer que la réduction proposée par le rapporteur général est excessive.

Une autre question se pose de savoir les conséquences de la procédure dans le cas où les entreprises sont poursuivies pour une entente et que certaines d'entre eux contestent des griefs alors que les autres ne contestent pas. La Cour de cassation a jugé qu'une seule question est de prouver la participation des entreprises qui se défendent à l'entente en cause puisque l'existence

---

<sup>679</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 239

d'une telle pratique est déjà établie.<sup>680</sup> Cette considération provoque un effet incitatif sur l'ensemble des entreprises en cause de passer à la procédure de non-contestation des griefs.<sup>681</sup>

Si les procédures spéciales en droit de la concurrence ont pour objectif d'accorder la faculté à une autorité déjà en puissance de choisir les moyens les plus adaptés, les procédures spéciales en droit de la consommation sont mises en place pour encourager les consommateurs à agir en justice contre le professionnel (B).

### **B) La procédure en droit de la consommation : de la simplification à l'action de groupe**

Le contentieux de la consommation se déroule devant les autorités judiciaires. Si dans le cadre de la procédure civile, les consommateurs sont placés en position inférieure vis-à-vis du professionnel, le droit de la consommation intervient pour ajuster le rapport de force entre les deux parties vers l'équilibre. L'action de groupe n'est alors qu'un stade ultime de la procédure de la consommation, ce qui nous invite à connaître d'autres moyens accordés au consommateur dans le procès de la consommation.

En fait, la simplification de la procédure de la consommation en droit thaïlandais paraît plus concrète que la procédure en droit français. Nous avons déjà évoqué les règles de recevabilité de plainte en prenant en compte le domicile. **En France**, les consommateurs ont la possibilité de procéder à une déclaration au greffe. C'est une procédure auprès du tribunal d'instance ou de proximité qui permet aux consommateurs de saisir en adressant une déclaration au greffe téléchargeable sur le site. Un avocat n'est pas alors nécessaire dans ce type de litige. Pourtant, le recours à cette procédure n'est possible que si le montant du litige n'excède pas 4 000 euros.

Les consommateurs disposent en outre des procédures d'injonction qu'elles soient injonction de payer (les articles 1405-1424 du Code de procédure civile) ou injonction de faire (les articles 1425-1 à 1425-9 du même code cités par l'article R142-2 du Code de la consommation). La procédure d'injonction de faire mérite d'être exposée. C'est une procédure

<sup>680</sup> Cass. Com., 29 mars 2011, N° 10-12913 et 10-13686, Non publié au bulletin

<sup>681</sup> Dominique BRAULT et Romain MAULIN, «La procédure de non-contestation des griefs : Un succès non contestable», *RDLC*, n°2/2011, p. 86

créée principalement pour les litiges en droit de la consommation.<sup>682</sup> Il permet de demander sous forme de requête l'exécution d'une obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant. La demande doit être faite au tribunal d'instance du lieu où demeure le défendeur ou du lieu d'exécution de l'obligation dans la limite du montant n'excédant pas 10 000 euros. Si la demande lui paraît fondée, le juge rend une ordonnance comportant une injonction de faire. Elle doit mentionner les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée, à moins que le demandeur n'ait fait connaître que l'injonction a été exécutée. En cas d'inexécution totale ou partielle de l'injonction de faire, le juge doit statuer sur la demande après avoir tenté de concilier les parties.

Toutes ces procédures s'applique lorsque le montant est peu élevé ou que l'obligation du contrat est déjà déterminée. Elles ne tiennent pas compte de statut professionnel ou consommateur, ce qui constitue peu d'avantage pour ce dernier.

En matière de preuve, la charge de la preuve reste soumise au droit commun comme dispose l'article 1315 du Code civil : *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*. Il y a toutefois certaines exceptions dans les domaines de la consommation qui confèrent la charge de preuve au professionnel. Ce sont les preuves en ce qui concerne les obligations d'information au sens des articles L111-1 à L111-3 du Code de la consommation, la présomption en matière des clauses abusives et celle en matière de conformité dans la vente imposée par l'article L211-7 du même code.

**En Thaïlande**, la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 a été promulguée. Plusieurs avantages sont accordés à la partie consommateur pour s'équilibrer avec la partie professionnel. Après les règles de recevabilité favorables au consommateur, ce dernier peut aussi soumettre une plainte sous forme orale enregistrée par le greffe. Si la saisine manque certains éléments nécessaires, le juge peut intervenir et ordonner la correction de la plainte (l'article 20 de la loi). Il en va aussi pour la charge de preuve qui renverse la charge de la preuve à celle du professionnel si le litige nécessite de prouver les faits concernant la production, l'assemblage, la désignation, ou les composants d'un produit, d'un service ou d'une opération que le juge considère comme étant uniquement à la connaissance du professionnel (l'article 29

---

<sup>682</sup> Méлина DOUCHY-OU DOT, *Procédure civile*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2014, p. 309

de la loi). Ce régime spécial s'applique en lien avec les statuts consommateur-professionnel des parties et sans restriction sur le montant du litige.

Ce sont les exemples de la simplification ou de la faculté fournis au consommateur dans sa démarche individuelle. Mais, l'action de groupe est encore un grand pas en avant de la procédure de la consommation dans la mesure où elle renforce la démarche collective. C'est une procédure qui permet aux personnes victimes d'un acte identique ou similaire de constituer un groupe dans un litige en vue d'obtenir la réparation du dommage. D'origine de pays de *common law*, l'action de groupe est également développée en Europe continentale et en Thaïlande. **En France**, jusqu'alors interdite, l'action de groupe a été introduite par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et par son décret d'application n° 2014-1081 du 24 septembre 2014. **En Thaïlande**, le projet de loi relatif à l'action de groupe a été adopté par l'Assemblée nationale en décembre 2014. La loi pourrait bientôt être promulguée en 2015. Notre étude porte sur les dispositions françaises déjà en vigueur et le projet de loi thaïlandais en commençant par le recours à l'action de groupe (1°), puis le déroulement de procès dans ce cadre (2°).

#### 1° Les conditions préalables à l'application de l'action de groupe

La procédure de l'action de groupe peut donner lieu au paiement du dommage mettant en cause les entreprises poursuivies, ce qui nécessite alors un encadrement. Le recours à l'action de groupe exige alors trois conditions.

##### *a) Les domaines d'application de l'action de groupe*

Les domaines juridiques auxquels l'action de groupe peut intervenir est un facteur essentiel pour déterminer sa portée. **En France**, le champ d'application est bien limitée. La procédure de l'action de groupe est insérée dans le Code de la consommation. Son champ d'application est défini à l'article L423-1 du Code. Il s'agit de la réparation d'un préjudice causé soit à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, soit lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du TFUE. L'action de groupe est donc possible en deux matières : la consommation et la concurrence, tout cela reste dans le cadre du droit du marché.

**En Thaïlande**, la procédure de l'action de groupe sera intégrée au Code de procédure civile. L'article 222/5 du projet de loi (le futur article 222/5 dans le Code de procédure civile quand la loi est promulguée) donne les domaines de l'action de groupe : (1) *la responsabilité délictuelle*, (2) *le manquement aux obligations contractuelles* et (3) *la responsabilité dans les domaines tels que l'environnement, la consommation, le droit du travail, le marché financier et la concurrence*. L'emploi du terme *tels que* implique que les autres domaines peuvent également utiliser l'action de groupe. Le projet de loi montre un objectif d'encourager l'action de groupe pour la réparation de dommage à tous les domaines possibles, ce qui n'évite pas de risque sur l'adaptabilité de la procédure à la matière.

*b) Qui peut agir en tant qu'un groupe ?*

**En France**, dès lors que les domaines d'applications sont limités, l'article L423-1 du Code de la consommation peut par la suite fixer un seul organe qui peut mener l'action de groupe : une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée. L'action de groupe peut être donc mise en œuvre par un groupe constitué de plusieurs personnes, mais le groupe doit s'attacher à une association de consommateurs agréée au niveau national qui joue en tant que demandeur dans l'action de groupe.

**En Thaïlande**, le groupe est constitué purement des personnes physiques. En effet, l'article 222/1 du projet de loi emploie le terme de groupe littéralement comme *groupe des personnes*, ce qui exclut implicitement la participation d'un organe au groupe. C'est donc un groupement de personnes physiques qui désigne l'un de ses membres comme chef de groupe qui va agir comme demandeur dans l'action de groupe.

La restriction relative à l'auteur de la saisine comporte des avantages aussi bien que des inconvénients. Ce sont les avantages en ce que l'association de consommateurs est un organe actif dans la protection des consommateurs. Fort de son expertise, l'association peut mener à bien la procédure. La présence obligatoire et exclusive d'une association vise en outre à prévenir les dérives à l'américaine dans lesquelles l'action est tentée par des entreprises concurrentes ou des avocats afin de menacer le professionnel défendeur.<sup>683</sup> L'action de groupe doit véritablement traduire une démarche collective dans les litiges de la consommation. Mais **en Thaïlande** où les

---

<sup>683</sup> Jérôme JULIEN, «Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation», CCC, n°5 mai 2014, dossier 2

associations de consommateurs ne sont pas aussi actives qu'en France, la démarche par le groupe des personnes physiques est encore nécessaire. D'ailleurs, la Commission de la réforme des lois a préconisé, dans son mémoire du 21 octobre 2014 présenté à l'Assemblée nationale, l'habilitation aux associations à but non lucratif ayant l'objectif dans la matière concernée à mener l'action de groupe. La participation reste pourtant facultative.<sup>684</sup> En même temps, la nécessité de passer à l'action de groupe via une association peut être une contrainte si les associations ignorent la demande des consommateurs victimes. Il faut également s'interroger sur la quantité d'associations compétentes à s'engager dans la procédure par rapport au nombre de conflit.

*c) L'intérêt commun des membres du groupe*

Les personnes qui peuvent former un groupe doivent avoir un intérêt commun. **En France**, l'intérêt commun est réparti en trois conditions selon l'article L423-1 du Code de la consommation : il faut que les personnes soient des consommateurs dans une situation *identique* ou *similaire*, qu'elles aient subi des préjudices *individuels* et que ces préjudices aient une *cause commune*, c'est-à-dire un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles.

**En Thaïlande**, l'article 222/1 du projet de loi définit le groupe comme *un groupe de personnes titulaires du même droit lié aux mêmes fait et fondement juridique et ayant les caractéristiques communes bien que le préjudice ne soit pas identique*.

La définition tant en droit français que thaïlandais paraît assez floue et nécessite interprétation par la jurisprudence. En tout cas, les dispositions des deux pays tiennent communément au caractère similaire ou identique d'un fait ou d'une obligation portant préjudice au victime, mais la même cause ne provoque pas forcément le même préjudice à chaque victime. Le droit thaïlandais précise clairement ce critère alors que le droit français ne statue pas sur ce point.

Dès lors qu'une action de groupe est lancée, il faut ensuite envisager le fonctionnement et le déroulement du procès (2°).

---

<sup>684</sup> la Commission de la réforme des lois, *Mémoire n°12/2557 du 21 octobre 2014 relative à la loi portant la modification du Code de procédure civile*, p. 3

## 2° Le déroulement de l'action de groupe

Notre étude s'intéresse à des particularités qu'offre la procédure de l'action de groupe. Ces éléments peuvent être divisés en deux parties.

### *a) Le rôle du juge dans l'application de l'action de groupe*

Le rôle du juge est un critère essentiel dans l'action de groupe d'autant plus que le montant demandé dans le litige est plus élevé que celui dans le contentieux normal. **En France**, le rôle du juge dans l'action de groupe reste en ce qui concerne l'intérêt des consommateurs dans le groupe. Le juge fixe notamment les mesures appropriées pour informer sa décision (l'article L423-4 du Code de la consommation), fixe le délai et la modalité d'adhésion au groupe (l'article L423-5 du même Code) ou encore fixe le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices (l'article L423-7 du même Code). Dès lors que l'action de groupe est une méthode d'application des règles de la consommation et de la concurrence, il n'y a pas lieu d'imposer le régime spécial au cours de l'instance. En outre, l'affaire de l'action de groupe est prise en charge par l'association des consommateurs au niveau national ayant les armes égales par rapport au professionnel poursuivi.

**En Thaïlande**, le rôle du juge est beaucoup plus large. Outre que les pouvoirs de traiter le litige en cas général, le juge est habilité pour l'intérêt de la justice à chercher les faits supplémentaires au-delà des preuves que les parties ont fournies. Le juge peut entendre des témoins, des preuves écrites ou d'autres preuves en dehors de celles des parties. Ces dernières sont tenus informées sur toute les preuves supplémentaires du juge et peuvent ouvrir le débat sur chaque élément. En outre, le juge peut faire l'appel aux experts en informant les parties, ce qui n'exclut pas les parties de présenter aussi leur expert (l'article 222/20 du projet de loi). L'intervention paraît **d'un côté** nécessaire en raison d'un montant important du litige que nous pouvons pas laisser dans la main du groupe de consommateurs sans aide. **D'un autre côté**, le régime spécial supplémentaire se heurte à l'encadrement existant des preuves dans certains domaines. Par exemple, un investisseur dans la bourse peut réclamer dans le cadre d'un recours ordinaire la réparation de son préjudice à l'entreprise sans bénéficier de l'intervention du juge. Mais s'il forme un groupe de victimes et engage une action de groupe, le juge peut intervenir dans cette instance. Même si nous ne pouvons pas dire que le propre pouvoir inquisitoire accordé

au juge sera favorable ou non au groupe, cela pose déjà un problème de traitement inégal dans la justice.

*b) La gestion du groupe et de ses membres*

La gestion du groupe comporte alors deux volets. **D'une part**, le demandeur est le chef de groupe qui s'engage dans la procédure et joue comme intermédiaire entre le tribunal et les membres du groupe. La différence est remarquable en ce qui concerne celui qui assure le rôle. L'association en droit français semble avoir plus d'expérience qu'une personne physique victime d'un acte litigieux en droit thaïlandais. Le droit prévoit également l'effet et la modalité en cas de changement du défendeur. **En droit français**, l'article L423-24 du Code de la consommation permet à toute association de consommateurs de demander au juge de se substituer l'association requérante en cas de défaillance de celle-ci. C'est une demande incidente et le juge peut ordonner le changement s'il estime que l'association requérante est défaillante. La substitution vaut un transfert du mandat donné par les consommateurs à l'association substituée. L'association défaillante est tenue de remettre les pièces ainsi que les fonds détenus, le cas échéant pour le compte de consommateurs, à l'association qui lui est substituée (l'article R423-23 du même Code). Les questions se posent sur la notion de défaillance, le droit des consommateurs adhérents au groupe d'être entendus avant l'ordonnance de substitution ou encore l'information aux consommateurs de la substitution.<sup>685</sup> **En Thaïlande**, l'article 222/25 du projet de loi relative à l'action de groupe prévoit sept conditions par lesquelles le juge doit fixer le délai pour les membres de faire la demande de substitution, le délai dans lequel les membres peuvent y faire l'opposition et la date de l'audience.<sup>686</sup> Les sept conditions peuvent en effet être considérées comme les causes de la défaillance du demandeur. Par rapport à l'association en droit français, la personne physique est plus fragile à arrêter sa fonction alors que l'association ne peut se libérer que si elle est défaillante et qu'il y a la demande d'une autre association à la remplacer.

---

<sup>685</sup> Valérie LASSERRE et Pauline LE MORE, «Premières observations sur la mise en œuvre de l'action de groupe en matière de consommation (D. n° 2014-1081, 24 sept. 2014)», CCC, n°11 novembre 2014, étude 11

<sup>686</sup> L'article 222/25 du projet de loi prévoit les conditions à la substitution le demandeur : (1) le demandeur n'est plus éligible, (2) le demandeur est décédé ou déclaré sous curatelle, (3) le demandeur est déclaré en faillite, (4) le demandeur a abandonné la saisine, (5) le demandeur avec ou non le défendeur sont absents à l'audience, (6) le demandeur n'a pas démontré ses preuves au cours de l'instance, ou (7) le demandeur informe le tribunal de son désintérêt à poursuivre la procédure

La gestion de groupe comprend **d'autre part** l'adhésion des consommateurs lésés dans le groupe. Le concept d'adhésion diffère entre le droit français et le projet de loi thaïlandais. **En France**, l'adhésion des consommateurs au groupe se fait après que le jugement ait rendu selon les modalités fixées par celui-ci (l'article R423-14 du Code de la consommation). L'autorisation aux consommateurs victimes de joindre l'association après la décision peut poser un risque au professionnel sur la détermination du montant total de préjudice à indemniser. Mais, ce risque est mitigé par la détermination d'une durée précise durant laquelle les consommateurs peuvent s'adhérer (deux à six mois après l'achèvement des mesures de publicité selon l'article L423-5 du même Code).

**En Thaïlande**, le projet de loi n'évoque nulle part l'adhésion des consommateurs lésés au groupe. Il appartient au juge dans l'examen préalable d'apprécier les motifs communs des membres du groupe s'ils sont éligibles à l'action de groupe (l'article 222/9 du projet de loi). Au contraire, dans la déclaration d'ouverture du procès d'action de groupe, le juge est obligé de fixer le délai approprié qui ne peut être inférieur à quarante-cinq jours pour que les membres du groupe puissent démissionner. Au-delà de ce délai, la démission n'est plus possible sauf l'accord du juge. Les membres du groupe sont bien déterminés durant la saisine et ne peuvent être augmentés. Cela limite le risque du professionnel de payer une somme indéterminée à la fin du litige. Quant à un consommateur n'ayant pas adhéré au groupe, s'il porte plainte contre le même professionnel et dans les mêmes faits sur lesquels le tribunal dans le cadre du litige de la consommation a déjà rendu la décision non susceptible de recours, le tribunal peut retenir le fait de la décision précédente sans qu'il y ait besoin de démontrer les preuves (l'article 30 de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008). Cette présomption n'étant pas alors absolue, le tribunal ainsi que les parties peuvent encore chercher et présenter des preuves supplémentaires.

L'instruction du dossier devant les instances administrative et judiciaire est dotée des régimes spéciaux. Les particularités sont également notables dans la phase de la décision qu'elle soit au cours de la phase contentieuse ou à la fin du litige (§2).

## § 2 Les décisions et mesures provisoires

Le contentieux doit aboutir à un jugement. Un certain nombre de jugements constitue par la suite une jurisprudence avec l'interprétation des règles concernées. Le jugement est donc essentiel tant en ce qui concerne son processus que sa portée sur les entreprises poursuivies et la vie économique en général, ce qui mérite d'être analysé (B). Il y a d'ailleurs des décisions au cours de la procédure que nous n'en traiterons que celle la plus importante. En fait, la saisine n'a pas d'effet suspensif, ce qui peut être préjudiciable aux victimes et au marché tant que le comportement n'a pas été interrompu. Il convient alors de s'interroger sur la possibilité de demander la suspension provisoire de l'acte (A).

### **A) Les mesures provisoires au cours de la procédure**

Nous évoquons ici les mesures prononcées par le juge afin d'arrêter un comportement illicite et de prévenir le trouble irréparable. La mesure est à la fois *provisoire* et *conservatoire*. Elle est *provisoire* par son caractère non définitif. Elle est *conservatoire* par son objectif de conserver l'intérêt général ou celui de la partie saisissante. Ces deux éléments forment le cadre d'appréciation du juge. Celui-ci doit mettre en balance la liberté des acteurs économiques et la nécessité de préserver le marché ou l'intérêt particulier, ce qui distingue l'encadrement en droit de la concurrence (1°) de celui en droit de la consommation (2°). Nous trouverons en effet que les développements de textes juridiques dans les deux pays sont en contradiction.

#### 1° Les mesures conservatoires dans la procédure de la concurrence de l'autorité administrative

La demande de mesures conservatoires en droit de la concurrence se déroule devant une autorité administrative. Les étapes sont les suivantes : une entreprise ou un organisme saisit une autorité chargée de la concurrence accusant une ou des entreprise(s) d'avoir effectuée une pratique anticoncurrentielle. Une plainte étant retenue, la demande peut être faite afin de suspendre la pratique en cause. La procédure ressemble à celle déroulée devant le tribunal, mais particulière pour les autorités administratives. En principe, c'est la décision d'une autorité administrative et non d'une entreprise qui fait grief et fera ensuite l'objet de recours devant le tribunal administratif. Cette particularité conduit le législateur à prévoir le processus des mesures conservatoires au cours de la procédure administrative.

**En droit thaïlandais**, il est regrettable d'apprendre qu'il n'est pas possible pour la Commission de la concurrence de prononcer des mesures conservatoires faute de disposition dans la loi relative à la concurrence 1999 qui la permet. La loi relative à la procédure administrative 1996 qui encadre la procédure auprès des autorités administratives en général ne prévoit non plus le régime des mesures conservatoires. L'absence de disposition traduit le cadre de mission très limitée de l'autorité thaïlandaise. Elle s'impose surtout pour constater et sanctionner d'une infraction. La protection du marché n'intervient qu'après la prononcé d'une sanction. La suspension peut être ordonnée par le Comité d'appel institué par l'article 42 de la loi relative à la concurrence 1999. Après la sanction, l'entreprise destinataire peut faire l'appel au Comité. Le recours n'a pas d'effet suspensif, mais le Comité peut ordonner la suspension de l'exécution de la décision de la Commission de la concurrence. C'est la décision de la Commission et non la pratique en cause qui sera suspendue.

Dans cette étude, nous examinons comment les mesures conservatoires peuvent être mises en place auprès de l'ADLC selon l'article L464-1 du Code de commerce.

*a) Qui peut demander les mesures conservatoires ?*

Au terme de l'article L464-1 du Code de la commerce, nous pouvons citer trois catégories de demandeur : le ministre de l'économie, les personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L462-1 du Code de commerce,<sup>687</sup> ou les entreprises. Le demandeur n'est pas forcément la partie dans le contentieux faute de disposition qui l'exige. Donc même en cas d'autosaisine, ces acteurs peuvent intervenir. En pratique, il est très probable que celui qui fait la demande est celui qui a porté plainte.

Les mesures conservatoires ne peuvent être prononcées sans entendre les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, ce qui empêche l'Autorité de prendre l'initiative de la demande. L'Autorité étant impartiale ne peut pas commencer la procédure soumise au débat contradictoire.

---

<sup>687</sup> Ce sont des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix et des revenus de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique, de La Réunion, du Département de Mayotte, des îles Wallis et Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon,

*b) Les conditions par lesquelles les mesures conservatoires sont prononcées*

L'alinéa 2 de l'article L464-1 du Code de commerce indiquent clairement les conditions. L'intervention n'est possible que si la pratique dénoncée porte *une atteinte grave et immédiate* à l'économie générale, à celle du *secteur intéressé*, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. La notion d'une *atteinte grave et immédiate* est mise en lumière à travers la jurisprudence. En effet, c'est à la charge du demandeur de démontrer le caractère grave et immédiat de l'atteinte causée par la pratique.<sup>688</sup> Il est encore question que si le demandeur doit également démontrer l'illicéité de la pratique.<sup>689</sup> En tout cas, le rapport annuel de 2004 de la Cour de cassation a commenté à l'égard de l'arrêt *Pharma-Lab* que le Conseil de la concurrence peut prononcer les mesures conservatoires malgré l'absence de constatation préalable de pratiques manifestement illicites.<sup>690</sup>

Quant aux destinataires de l'atteinte, la pratique n'a pas forcément à remplir toutes les conditions. Le Conseil de la concurrence a déjà considéré que l'exclusivité sur l'iPhone conférée à un seul opérateur téléphonique constitue une atteinte grave au marché de services de téléphonie mobile et aux consommateurs.<sup>691</sup> L'atteinte est appréciée au cas par cas. Par exemple, le manque à gagner ou un risque de pérennité d'une entreprise plaignante ne suffit pas à caractériser l'atteinte grave et immédiate.<sup>692</sup> Elle peut être retenue à l'égard de sa situation critique. Une procédure d'alerte par le commissaire aux comptes et les convocations à un entretien préalable de licenciement suite à la fermeture du compte AdWords (la régie publicitaire de Google) sont considérées comme une atteinte grave et immédiate.<sup>693</sup> La nécessité se caractérise ainsi par l'effectivité des mesures prises. Si l'intervention est trop tardive, il n'y a pas lieu de prononcer les mesures conservatoires.<sup>694</sup>

---

<sup>688</sup> ADLC 9 mars 2010, décision n° 10-D-09

<sup>689</sup> Dans l'affaire *Pharma-Lab*, la cour d'appel de Paris a considéré que l'Autorité doit être convaincue de l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte (CA Paris, 26 juin 2002). Mais la Cour de cassation a censuré cet arrêt en considérant que l'Autorité dispose de son autonomie procédurale (Cass. Com., 14 décembre 2004, *Bull.* IV N°225, p. 254). L'exigence de l'illicéité provient de la jurisprudence européenne.

<sup>690</sup> Cour de cassation, Rapport annuel 2004, p. 251

<sup>691</sup> Cons. conc. 9 décembre 2008, décision n° 08-MC-01

<sup>692</sup> Voir ADLC 23 février 2011, décision n° 10-D-04, et 31 juillet 2009, décision n° 09-D-28

<sup>693</sup> ADLC 30 juin 2010, décision n° 10-MC-01

<sup>694</sup> C'est le cas d'une offre commerciale litigieuse mais qui n'était plus commercialisée au moment de la demande. Les mesures n'ont pas été prononcées même si les offres similaires peuvent être de nouveau lancées. Voir ADLC 2 avril 2009, décision n° 09-D-15

*c) Quelles sont les mesures qui peuvent être prononcées ?*

Les mesures peuvent être la suspension de la pratique en cause ou l'injonction de revenir à l'état antérieur de l'acte. Elles peuvent être variées. Par exemple, l'insertion d'un avertissement technique dans des documents promotionnels et l'autorisation aux concurrents à installer des équipements nécessaires à l'accès d'une infrastructure essentielle,<sup>695</sup> la suppression et la modification des clauses contractuelles,<sup>696</sup> la publication dans la presse pour mitiger les effets d'un dénigrement abusif.<sup>697</sup>

Le prononcé des mesures conservatoires est toutefois restreint à la limite de l'urgence et de la nécessité. Le caractère d'urgence peut conduire l'Autorité à faire une analyse rapide des actes mais elle rappelle aussi la prudence dans la mesure où certaines mesures conservatoires ne sont réversibles.<sup>698</sup> La nécessité encadre en outre le contenu des mesures de ne pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre de l'entreprise.

Ces deux limites se caractérisent également dans la suite de mesures conservatoires. Elles sont immédiatement exécutoires. Selon l'article L464-7 du Code de commerce, les parties et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de dix jours maximum après la notification pour faire le recours devant la Cour d'appel de Paris. Cette dernière statue dans le mois de recours. En outre, le premier président de la Cour d'appel de Paris peut ordonner le sursis à l'exécution à condition que les mesures soient susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou qu'il soit intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité. Autrement dit, si les mesures conservatoires dépassent la limite de nécessité.

Après avoir examiné les mesures conservatoires en droit de la concurrence, celles en droit de la consommation seront également analysées (2°). Elles se distinguent du régime en droit de la concurrence tant dans leur perspective que dans leur modalité.

---

<sup>695</sup> Cons. conc. 15 avril 2004, décision n° 04-MC-01

<sup>696</sup> Cons. conc. 27 juin 2006, décision n° 06-MC-02

<sup>697</sup> Cons. conc. 11 décembre 2007, décision n° 07-MC-06

<sup>698</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 260

## 2° Les mesures provisoires dans la procédure de la consommation devant l'autorité judiciaire

Le contentieux de la consommation s'attache essentiellement à la procédure civile y compris les procédures de demande des mesures provisoires. La procédure de demande **en droit de la consommation français** repose absolument sur le Code de procédure civile. Celui-ci contient un certain nombre de procédures provisoires comme le référé qui permet aux présidents du tribunal de grande instance (l'article 808), du tribunal d'instance (l'article 848), du tribunal de commerce (l'article 872) et du tribunal paritaire de baux ruraux (l'article 893) d'ordonner les mesures en cas d'urgence. C'est une procédure d'urgence peu utilisée en droit de la consommation.

**En droit thaïlandais**, la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 prévoit le régime de demande des mesures provisoires supplémentaire de celui prévu dans son Code de procédure civile. Cette différence traduit un aspect du droit de la consommation thaïlandais qui veut toujours favoriser la démarche du consommateur alors que le droit français ne veut pas vraiment spécialiser le domaine de la consommation sur le plan procédural. Nous traitons uniquement la procédure de la demande des mesures provisoires dans le cadre du droit de la consommation thaïlandais.

### *a) La requête de la demande de mesures provisoires à l'égard de la saisine au fond*

Contrairement au droit de la concurrence, la procédure de demande de mesures provisoires en droit de la consommation permet au consommateur de faire la demande préalablement à la saisine au fond. En principe, le juge civil ne peut pas prononcer de mesures provisoires tant qu'il n'y a pas de saisine de fond. La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 est venue attribuer cette faculté réservée au consommateur ou à l'association de consommateurs. L'article 56 de la loi leur permet de déposer la requête. Si le juge fait suite à la requête, il ordonne les mesures provisoires au futur défendeur indiqué dans la requête. L'ordonnance est immédiatement exécutoire. En revanche, si le requérant (le consommateur ou l'association de consommateurs) ne saisit pas le tribunal dans le délai de quinze jours à compter de la date de l'ordonnance ou dans un autre délai fixé par le tribunal, l'ordonnance ne sera plus valable. Dans ce cas, le futur défendeur destinataire de l'ordonnance peut demander au tribunal

la réparation du préjudice subi. La demande doit être faite dans le délai de trente jours à compter de la date à laquelle l'ordonnance n'a plus d'effet (l'article 61).

Pour **les mesures provisoires au cours de l'instance**, la loi prévoit encore le régime de la demande des mesures provisoires plus souple par rapport à la procédure civile en général (l'article 63 de la loi).

*b) Les conditions d'agir et les modalités de la demande des mesures provisoires*

**En ce qui concerne les mesures provisoires avant la saisine au fond**, les conditions d'agir diffèrent selon que le futur demandeur est le consommateur individuel ou l'association de consommateurs. **En cas d'un consommateur individuel**, l'article 56 lui permet de déposer la requête s'il y a des causes donnant droit à demander les mesures provisoires selon l'article 254 (2) du Code de procédure civile. Cet article 254 (2) prévoit certaines mesures provisoires mais leur causes se trouvent à l'article 255 (2) du même Code. Il y a dans cet article quatre circonstances : *(1) le défendeur tente de refaire ou de continuer son acte délictueux, la violation d'une clause contractuelle ou un acte faisant l'objet du litige, (2) le demandeur va subir le préjudice causé par ces actes, (3) le défendeur est soupçonné de faire perdre, dégrader ou transférer à un tiers des biens litigieux ou de ses fonds propres ou (4) le défendeur tente de déplacer des biens litigieux ou ses fonds propres totaux ou partiels en dehors de l'exécution judiciaire, transférer, vendre ou céder de manière à retarder ou empêcher l'exécution ou il y a d'autres causes nécessaires que le juge estime juste et approprié.*

**En cas de l'association de consommateurs**, l'association peut déposer la requête s'il y a *une nécessité à demander les mesures provisoires interdisant le défendeur de faire ou de ne pas faire un acte pour protéger l'intérêt collectif des consommateurs.*

Si les conditions sont réunies, le futur demandeur au fond dépose sa requête composée **d'une part** de la demande qui expose les faits justifiant la saisine au fond. La demande doit également exposer les motifs suffisants au tribunal pour octroyer les mesures provisoires.

**D'autre part**, il faut joindre le mémoire qui constate les faits exposés dans la demande. Le mémoire est rédigé par un témoin des faits. Il se substitue à l'audition préliminaire.<sup>699</sup>

**En ce qui concerne les mesures provisoires au cours de la saisine au fond**, les parties disposent en principe de la procédure de la demande des mesures provisoires de droit commun dans les conditions et modalités prévues au Code de procédure civile. L'article 63 de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 ajoute un régime supplémentaire de la demande. En fait, les mesures provisoires peuvent être prononcées sur la demande d'une partie, mais aussi par la propre initiative du juge s'il y a une nécessité à fixer les mesures pour mitiger le dommage ou protéger l'intérêt d'une partie ou l'intérêt collectif des consommateurs. Le cadre de procédure est plus souple que la demande des mesures provisoires préalablement à la saisine au fond.

*c) L'appréciation et l'ordonnance du juge*

L'article 57 fixe deux conditions d'apprécier **la requête dans la demande préalable à la saisine. D'une part**, la requête expose les faits suffisants et appropriés à octroyer les mesures et **d'autre part**, *la nature du dommage subi par le futur demandeur ne peut être compensé, ou le futur défendeur n'est pas en mesure de compenser ou de réparer le dommage du futur demandeur ou l'exécution judiciaire postérieure serait difficile, ou il y aura le préjudice irréparable à l'intérêt collectif des consommateurs*. L'article 57 ajoute que le juge doit mettre en balance le préjudice du futur demandeur et celui du futur défendeur causé par les mesures provisoires avant de prendre la décision.

Si la requête est rejetée, la décision n'est pas susceptible de recours. Si la requête est fondée, le juge ordonne les mesures provisoires qui peuvent être l'injonction de faire ou de ne pas faire certains actes spécifiques ou d'autres mesures nécessaires pour protéger l'intérêt collectif des consommateurs. Le juge peut également ordonner les mesures provisoires sous caution de la part du futur demandeur. Celui-ci doit mettre à disposition de l'argent ou d'autre garantie pour prévenir le dommage du futur défendeur.

---

<sup>699</sup> P. WAYUPARB, *Exposé sur la loi relative à la procédure des litiges de la consommation*, 2<sup>e</sup> édition, 2012, p. 220

**Si l'affaire est en cours**, le cadre d'appréciation est plus souple. Il suffit d'une nécessité à fixer les mesures pour mitiger le dommage ou protéger l'intérêt d'une partie ou l'intérêt collectif des consommateurs. Pour ordonner les mesures, le juge peut convoquer les personnes à témoigner les informations concernant le dommage, ses causes et l'état d'activités et de fonds du défendeur (l'article 63 de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008).

Les mesures provisoires ordonnées au cours de la saisine peuvent être variées. L'article 26 de l'arrêté du président de la Cour suprême relatif aux litiges de la consommation du 22 août 2008 donne des exemples de mesures. Le juge peut ordonner la publication ou l'information aux consommateurs des renseignements corrects et complets de produit ou de service en cause, l'injonction de ne pas faire des actes de nature à induire en erreur les consommateurs sur un produit ou un service ou l'injonction de céder un produit ou rendre un services sous les conditions fixées par le juge. Les mesures doivent quoiqu'il en soit être nécessaires et proportionnelles à l'affaire en prenant en compte l'intérêt économique par rapport à l'intérêt collectif des consommateurs.

*d) Le recours contre l'ordonnance des mesures provisoires*

En cas de **mesures provisoires préalables à la saisine**, l'article 60 permet au futur défendeur de demander à la cour d'appel d'annuler ou de modifier l'ordonnance. Si le juge fait suite à la demande, la décision n'est pas susceptible de recours. Le futur défendeur peut également demander la réparation du dommage subi par l'ordonnance des mesures provisoires. La demande de réparation peut être jointe à la demande d'annulation ou déposée dans le délai de trente jours à compter de la date d'annulation ou de modification. Mais, la réparation ne peut avoir lieu que si le juge estime que l'ordonnance a été prise par la faute ou la négligence du futur demandeur. S'agissant du recours contre **l'ordonnance au cours de la saisine**, la partie peut aussi diriger un recours auprès de la cour d'appel. Mais, elle ne peut pas demander la réparation du dommage en cas d'une annulation ou d'une modification de l'ordonnance car le tribunal a ordonné les mesures en prenant connaissance de tous les renseignements.

Pour le traitement plus rapide de recours, l'article 27 de l'arrêté du président de la Cour suprême relatif aux litiges de la consommation habilite le président de la Cour d'appel à fixer la procédure expresse, ce qui donne lieu au règlement de la Cour d'appel relatif à l'envoi de dossier des mesures provisoires avant le jugement par facsimilé ou d'autres voies de communication du

17 octobre 2008. Ce règlement, applicable à l'appel contre les mesures provisoires qu'il soit avant ou après la saisine au fond, fixe les modalités de communication entre le tribunal du premier degré et la cour d'appel qui peuvent être réalisées par facsimilé, courrier électronique ou d'autres voies de communication.

Les mesures à caractère provisoire sont un dispositif essentiel qui renforce la préservation des intérêts particuliers, collectifs et généraux du marché et des acteurs économiques. La nécessité et l'urgence peuvent justifier l'exemption de certaines règles de procédure notamment le principe du contradictoire. La prochaine étape sera alors la décision au fond (B).

### **B) La décision à l'issue de la procédure**

Au bout de la procédure, les autorités prennent une décision qui sanctionne ou non la partie en cause (1°). Comme d'autres domaines juridiques, les parties disposent d'un droit au recours pour contester la décision prise à leur égard (2°). Les particularités du droit de la concurrence et du droit de la consommation ainsi que les caractéristiques différentes des autorités concernées contribuent à structurer un propre modèle d'application des règles de la concurrence et de la consommation dans chaque pays.

#### 1° L'élaboration et le contenu de la décision

Avant de prendre connaissance de ce que l'ADLC, la Commission de la concurrence ou les juges peuvent appliquer, il convient d'apprécier les caractères d'un organe qui prend la décision.

##### *a) Les caractéristiques des organes délibérants*

Nous avons déjà envisagé l'étude des autorités qui tranchent les contentieux de la concurrence et de la consommation et quelle procédures doivent-elles suivre. Pourtant, il faut encore développer des caractéristiques des organes délibérants tant sur la forme que sur le fond.

En ce qui concerne **la forme**, les autorités adoptent une formation collégiale, conformément au principe général du droit selon lequel une affaire soit traitée par un corps collégial. Ce concept est bien suivi en droit de la concurrence où l'ADLC et la Commission de la concurrence sont créées sous forme d'un collège. Il y a toutefois des exceptions en droit français

qui autorise le président de l'Autorité ou le vice-président désigné par lui de statuer seul dans certaines décisions selon l'article L461-3 du Code de commerce. La collégialité implique en effet l'importance de la matière puisque les pratiques anticoncurrentielles affectent le marché ainsi que l'économie en général.

Le principe est pourtant assoupli face à la variété des matières civiles. Quand il s'agit d'un litige de faible montant ou d'une demande en urgence, l'affaire peut être tranchée par un juge unique. **En droit de la consommation français**, le litige traité par un juge unique est possible en cas de montant inférieur à 40 000 euros, seuil au-dessous duquel le juge du tribunal d'instance et le juge de proximité peuvent statuer. **En Thaïlande**, si le montant du litige ne dépasse pas 300 000 bahts (7 500 euros environ), il est traité par un juge unique.

Quant à l'action de groupe, l'affaire est obligatoirement tranchée par un collège de juge. L'article R423-2 du Code de la consommation prévoit que le tribunal de grande instance du lieu où demeure le défendeur a une compétence exclusive sur l'action de groupe. **En Thaïlande**, l'article 222/3 de projet de loi relative à l'action de groupe interdit la saisine en action de groupe devant la juridiction de proximité occupée par le juge unique.

La considération sur **le fond** nous invite à apprécier les caractères chez les membres de collège. Ils doivent être alors impartiaux. Toutefois, l'impartialité ne se caractérise pas seulement à l'égard des parties (il n'y a pas de lien personnel entre les membres et la partie), mais aussi à l'égard de la fonction. Ainsi, l'agent qui assure l'instruction de l'affaire ne doit pas participer au jugement.

C'est un principe qui concerne essentiellement **le droit de la concurrence** dont les autorités disposent les agents chargés d'instruction comme rapporteur en droit français ou agent d'enquête en droit thaïlandais. **En France** auparavant, il n'y avait pas de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision au sein du Conseil de la concurrence. Il a fallu attendre un arrêt de la Cour de cassation en 1999 qui juge que la participation du rapporteur au délibéré même sans voix délibérative est contraire au principe d'égalité des armes posé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>700</sup> Cette jurisprudence a conduit le législateur à préciser la participation du rapporteur au délibéré. Désormais, le rapporteur général,

---

<sup>700</sup> Cass. Com., 5 octobre 1999, *Bull.* IV N°158 p. 133

ou le rapporteur général adjoint désigné par lui et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative, sauf lorsque l'Autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5 (la saisine par le ministre chargé de l'économie ou l'autosaisine de l'Autorité proposée par le rapporteur). La séparation des fonctions d'instruction et de jugement a été renforcée lors de la réforme de 2008. De nombreux pouvoirs du Conseil ont été transférés au rapporteur comme l'octroi d'un délai supplémentaire, la décision de suivre la procédure simplifiée, la gestion du secret des affaires ou la gestion de l'accès au dossier. La réforme de 2008 a également limité l'intervention de l'Autorité qui doit désormais sur la proposition préalable du rapporteur.<sup>701</sup> La séparation traduit ainsi la réforme du droit de la concurrence avec pour objectif de créer une véritable autorité en pleine légitimité à exercer ses missions du contrôle.

**En droit de la concurrence thaïlandais**, la séparation des fonctions d'instruction et de jugement ne paraît pas véritablement reconnue. Même si aucun membre du sous-comité d'enquête selon l'article 14 de la loi relative à la concurrence 1999 participe au délibéré, toute la procédure s'est en fait déroulée sous les organes directement et exclusivement nommés par la Commission de la concurrence qu'ils soient le sous-comité d'experts ou le sous-comité d'enquête. En outre, la pratique de la Commission de nommer l'un de ses membres de siéger au sein du sous-comité d'experts pose un doute sur le caractère effectif de la séparation. Ce n'est pas vraiment le problème de l'intervention de l'organe d'instruction au processus de jugement, c'est en fait l'intervention du corps de jugement (la Commission de la concurrence) dans toutes les étapes de la procédure. L'impartialité de la Commission paraît peu claire à cet égard.

**En droit de la consommation**, l'impartialité du juge est mieux caractérisée par la nature des autorités juridictionnelles qui encadre strictement la relation personnelle entre le juge et les parties ainsi que la procédure à laquelle le juge doit respecter. Ce qui risque d'être problématique résulte en fait du régime spécial lié à la matière de la consommation. **En France**, il n'y a pas de problème d'impartialité du juge puisque la portée du droit de la consommation, y compris les dispositions de l'action de groupe, sur le plan procédural est bien déterminée en ce qui concerne les juridictions compétentes et les charges de preuve dans certains éléments spécifiques.

---

<sup>701</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 322

Les risques sont alors plus apparents **en droit thaïlandais**. La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 accorde de large pouvoir au juge notamment dans la recherche des faits en vue d'assister le consommateur à avoir les armes égales face à la partie professionnel. Mais, dès lors que ces dispositifs sont conduits par le juge avec l'aide le cas échéant de *l'agent du dossier* désigné par lui,<sup>702</sup> le rôle pendant le procès du juge risque de mêler avec sa fonction de jugement. Il serait mieux que la loi prévoit un poste indépendant du juge comme le rapporteur à l'ADLC pour exercer l'instruction du dossier, ce qui pourrait renforcer le caractère plus impartial du juge dans le litige de la consommation.

*b) Les sanctions et injonctions dans la décision en droit de la concurrence*

La question sur ce que les autorités peuvent décider se lie essentiellement à la procédure qui se déroule devant elles. Plus la procédure est pertinente, plus la décision peut être effective. C'est la logique qui marque la différence entre l'ADLC et la Commission de la concurrence. Un autre caractéristique de la décision résulte du caractère administratif de l'autorité qui est plus souple par rapport aux autorités juridictionnelles.

**En France**, les décisions de l'Autorité peuvent être la sanction ou la relaxe. Cette dernière survient lorsque l'Autorité se reconnaît incompétente dans la mesure où l'entreprise en cause assure une mission de service public en exerçant des prérogatives de puissance publique.<sup>703</sup> L'Autorité peut également prononcer la décision de non-lieu lorsque la pratique ne porte pas d'atteinte à la concurrence ou qu'une atteinte est peu sensible. L'Autorité dispose d'une marge d'appréciation sur le caractère sensible, ce qui traduit une certaine flexibilité de l'Autorité qui peut exempter la sanction d'une pratique dont l'effet sur le marché est trop faible.

En cas de sanction, la décision suit alors deux objectifs. **D'une part**, la décision prononce des injonctions à but correctif. L'injonction peut être variée. L'Autorité peut ordonner tout simplement la cessation de pratiques en cause. Pour renforcer l'effectivité de la décision, l'Autorité enjoint par exemple aux entreprises de modifier leur comportement par exemple la

---

<sup>702</sup> Agent du dossier est assistant du juge qui assure les missions dans la procédure de la consommation. L'agent du dossier exerce les missions sur demande du juge ou dans le cadre prévu par le l'arrêté du président de la Cour suprême relatif aux litiges de la consommation du 22 août 2008.

<sup>703</sup> T.confli., 18 octobre 1999, *Bull.conflicts*. N°29 p. 31, à propos d'Aéroports de Paris

suppression des clauses litigieuses dans le contrat,<sup>704</sup> la cessation de faire appliquer une clause d'exclusivité,<sup>705</sup> ou une clause de non-concurrence.<sup>706</sup> Dans la forme plus positive, l'Autorité peut ordonner les entreprises à prendre certaines mesures pour le rétablissement de la concurrence dans le marché. Cette injonction de faire est souvent prononcée dans les secteurs anciennement monopolistique lors de la phase vers la libéralisation.<sup>707</sup> La diversité des mesures d'injonction que l'Autorité peut prononcer traduit la mission de rétablir l'état concurrentiel du marché, objectif pour lequel l'autorité administrative dispose plus de l'expertise et de moyens à poursuivre. Les injonctions ont une force exécutoire et prennent l'effet à compter dès la notification. Si elles ne sont pas respectées, l'Autorité peut infliger des sanctions pécuniaires jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen (l'article L464-2 du Code de commerce).

**D'autre part,** l'Autorité peut prononcer des sanctions pécuniaires. Ce type de sanction renforce deux objectifs. Pour les entreprises condamnées, une amende administrative infligée indépendamment de la réparation du dommage représente bien évidemment un aspect punitif pour leur mauvais comportement. Pour les autres agents économiques, une sanction pécuniaire d'un montant important entraîne un effet dissuasif. Il paraît en général que plus la sanction pécuniaire est sévère, plus les acteurs économiques sont réticents à violer les règles de la concurrence. Cette logique a conduit le législateur d'augmenter par la loi NRE du 15 mai 2001 le plafond du montant d'amende de 5% à 10% du chiffre d'affaires. Mais cela ne veut pas dire qu'il faut sévèrement sanctionner les entreprises pour dissuader d'autres entreprises. En effet, l'effet dissuasif est contraint par deux limites. Dès lors que la dissuasion joue au niveau d'anticipation des entreprises sur le montant de sanction encouru, la sanction pécuniaire lourde rarement prononcée aurait moins d'effet dissuasif que l'amende moins élevée mais prononcée de manière plus fréquente. L'hésitation des entreprises augmente lorsqu'elles prennent connaissance régulièrement de la sanction dont le montant n'est pas nécessairement très élevé. Une sanction d'un montant excessif peut aussi menacer la compétitivité de l'entreprise, ce qui affecte ensuite l'état concurrentiel du marché et le bien-être du consommateur.<sup>708</sup> Alors que le but dissuasif de la

---

<sup>704</sup> Cons. conc. 9 mars 2006, décision n° 06-D-03 bis

<sup>705</sup> Cons. conc. 10 juin 2002, décision n° 02-D-33

<sup>706</sup> Cons. conc. 31 mars 1992, décision n° 92-D-26

<sup>707</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 269

<sup>708</sup> Cons. conc., Rapport annuel 2005, p. 106

sanction est souhaité, il ne doit pas alors produire un effet pervers sur le marché et l'économie en général.

Un autre élément important de la sanction pécuniaire réside dans sa méthode de calcul. La fixation du montant d'amende est encadrée par un double critère par l'article L464-2 du Code de commerce. L'article fixe le montant maximum de l'amende. Pour des entreprises, le montant est plafonné à 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Pour d'autres organismes, le montant maximum est de 3 millions d'euros. De plus, l'amende doit être proportionnelle en prenant en compte la gravité des faits reprochés, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et l'éventuelle réitération de pratiques prohibées. L'ADLC a publié le Communiqué du 16 mai 2011 «*relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*» pour justement préciser comment déterminer l'amende en pratique.

Selon le point 21 du Communiqué, l'Autorité détermine **d'abord** le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme en cause. Ce montant de base est déterminé en considérant la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie. Ce montant de base est **ensuite** adapté en fonction des éléments propres au comportement et de la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme en cause. **Puis**, le montant est augmenté pour chaque entreprise ou organisme en cas de réitération. **Enfin**, le montant est comparé et ajusté au plafond légal avant d'être réduit, le cas échéant, par la clémence ou la non contestation des griefs. La capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme est également prise en compte. Le Communiqué explique dans les points suivants la notion de chaque critère.

Notre étude ne se concentre pas sur les détails et des exemples de la détermination d'amende. Il serait alors plus intéressant de dégager certains éléments de la politique de l'amende. Sur son moyen, nous remarquons encore l'usage de *soft law* qui permet à l'Autorité d'apprécier avec certaine souplesse les critères de fixation de l'amende. La souplesse se justifie par les notions difficiles à évaluer comme *le dommage causé à l'économie* (point 27) ou *la valeur des ventes* (point 33). Cela requiert la connaissance en sciences économiques dont dispose l'ADLC. Cependant, l'Autorité n'a pas de compétence unique dans l'appréciation de ces critères, ce qui nous renvoie à la divergence entre l'Autorité et la Cour d'appel de Paris en ce qui concerne

l'appréciation de la capacité contributive de l'entreprise. Dans l'affaire dite du *Cartel de l'Acier*, le Conseil de la concurrence avait sanctionné les entreprises à une amende totale de 575 millions d'euros.<sup>709</sup> Cependant, la Cour d'appel de Paris a brutalement réduit l'amende à 75 millions d'euros en reprochant le Conseil de ne pas avoir pris en compte la crise économique du secteur.<sup>710</sup> La baisse importante de l'amende engagée par la Cour a conduit l'Autorité à préciser son interprétation dans le Communiqué du 16 mai 2011 afin d'affirmer sa position.

Une autre difficulté s'ajoute au-delà du caractère subjectif des critères. L'appréciation doit aussi trouver un certain niveau de consistance afin de créer en quelque sorte une prévisibilité de la sanction. Même si le montant exact de la sanction ne peut être connu avant la décision,<sup>711</sup> une prévision doit être alors dégagée à partir des lignes d'interprétation de l'Autorité dans les affaires précédentes. La possibilité pour l'entreprise d'estimer le montant d'amende en préalable semble paradoxale mais nécessaire. Dans une matière technique comme les pratiques anticoncurrentielles, il y a toujours un risque qui découle d'une simple pratique. Le caractère prévisible de l'amende est précieux pour l'entreprise afin d'évaluer le risque et de bien choisir sa stratégie.

**En Thaïlande**, le contenu de la décision est encadré dans l'article 31 de la loi relative à la concurrence 1999. Selon l'article, *Si la Commission estime qu'une entreprise enfreint l'article 25, 26, 27, 28 ou 29, elle a le pouvoir d'ordonner par écrit à l'entreprise d'interrompre, de cesser ou de modifier ses actes et pour cela, la Commission peut en prévoir les règles, les moyens, les conditions et le délai à respecter.*

Nous pouvons remarquer deux absences majeures de la décision de la Commission. **L'une**, de l'esprit réparatif, la Commission de la concurrence dispose du pouvoir d'injonction. Les injonctions ont pour objectif de mettre fin aux pratiques en cause ainsi que de rétablir l'ordre concurrentiel du marché. Le texte laisse une marge d'appréciation à la Commission en ce qui concerne les mesures qu'elle peut ordonner. Malheureusement, la loi ne prévoit pas de dispositif

---

<sup>709</sup> Cons. conc. 16 décembre 2008, décision n° 08-D-32

<sup>710</sup> CA Paris, 19 janvier 2010

<sup>711</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013, p. 280

en cas du non-respect des injonctions alors que l'ADLC peut infliger une amende journalière si l'entreprise ne se conforme pas aux injonctions.

**L'autre**, de l'aspect punitif, la Commission de la concurrence ne peut prononcer aucune sanction pour les pratiques anticoncurrentielles commises. L'absence de sanction pécuniaire constitue le point mort dans l'application du droit de la concurrence thaïlandais. En effet, le pouvoir très restreint de la Commission fait échec à l'ensemble de mission du contrôle de la concurrence.

Ces deux absences sont l'exemple du dysfonctionnement du droit de la concurrence thaïlandais. Le faible pouvoir de la Commission ressort de la composition sous influence de l'administration centrale. La structure non-indépendante affecte ensuite le déroulement de la procédure avec les moyens d'enquête limités et peu efficaces. La procédure dotée des manques du contradictoire et de l'impartialité ne peut pas justifier le pouvoir important de la Commission dans sa décision. La paralysie de la Commission de la concurrence conduit les agents économiques à abandonner leur droit. Le nombre trop limité de saisine empêche gravement l'évolution des pratiques décisionnelles de la Commission, ce qui fait du droit de la concurrence un domaine presque inexistant en Thaïlande.

*c) Les sanctions et injonctions dans la décision en droit de la consommation*

La procédure dans le domaine de la consommation en France et en Thaïlande s'attache étroitement à la procédure civile aussi bien dans le déroulement du procès que dans le jugement. Il nous reste à savoir s'il y a des dispositions spécifiques en ce qui concerne le jugement. En effet, les dispositifs sont prévus tant en droit français qu'en droit thaïlandais mais dans les façons différentes. En France, la disposition est prévue spécifiquement dans chaque domaine dans le Code de la consommation alors qu'en droit thaïlandais, la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 accorde certains pouvoirs supplémentaires au juge qui peut les appliquer dans tous les litiges de la consommation. Outre que l'emplacement, l'ampleur de ces mesures supplémentaires est aussi différente.

**En France**, la décision tend à renforcer la dimension publique du litige de la consommation. Ainsi, le Code de la consommation autorise le juge à ordonner l'affichage ou la publication du jugement. La diffusion du jugement est utilisée **d'un côté** dans les infractions du droit de la consommation comme la conformité du produit ou du service (les articles L216-3 et

L217-4 du Code de la consommation) ou les pratiques commerciales trompeuses et publicité mensongère (l'article L121-4 du même Code). **D'un autre côté**, la publication est aussi appliquée dans l'action civile collective comme l'action exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs (l'article L421-9) ou encore l'action de groupe (l'article L423-4). La diffusion de la décision a pour objectif de faire connaître au public la condamnation d'un tel produit ou service. Plus précisément, la publication dans le cadre de l'action de groupe vise expressément à informer les consommateurs qui peuvent être concernés dans l'action de groupe en cause.

Une autre question importante dans le pouvoir du juge concerne la possibilité d'octroyer un dommage punitif. Nous avons déjà évoqué ce sujet dans le cadre de la responsabilité civile dans laquelle l'application du dommage punitif est loins d'être réalisée. Dans la procédure de la consommation, cette position semble explicitement confirmée à propos de l'institution de l'action de groupe par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014. Le dernier alinéa de l'article L423-1 dispose clairement que «*L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs*», ce qui ferme la possibilité du juge de prononcer le dommage punitif.

**En Thaïlande**, dès lors que l'affaire est qualifiée litige de la consommation, le juge voit ses pouvoirs décisionnels accrus. La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 énonce alors six prérogatives dans les articles 39 à 44. Il s'agit de la possibilité d'octroyer des dommages et intérêts de montant supérieur ou d'ordonner une injonction en dehors de ce qu'a réclamé le demandeur (l'article 39), de la mise en réserve d'un droit à rectifier le jugement s'il est difficile de déterminer le montant exact des dommages physiques au moment de la procédure (l'article 40), de l'échange d'un produit défectueux par un produit neuf s'il paraît au juge que la réparation ne peut satisfaire le consommateur de son usage habituel du produit réparé (l'article 41), de l'octroi du dommage punitif (l'article 42), des injonctions du *retour et remboursement* de l'article défectueux vendu aux frais du professionnel et/ou du *retrait du marché* de produit défectueux en cause (l'article 43), et du pouvoir de convoquer *les actionnaires, les gestionnaires et le bénéficiaire d'un transfert de fonds du professionnel* dans la procédure en tant que défendeurs solidaires conjointement responsables avec le professionnel dans le jugement (l'article 44). L'article 44 est applicable lorsqu'il y a une hypothèse d'une société écran ou un incident d'un transfert abusif de fonds d'entreprise.

Les six prérogatives accordées au juge reposent toujours sur l'hypothèse de l'infériorité du consommateur face au professionnel, ce qui nécessite une intervention du juge. Mais, cette intervention vise principalement à assurer l'intérêt de la partie consommateur puisqu'il y a seulement des injonctions du retour et remboursement ou du retrait du marché de produit défectueux qui pourraient prendre effet à l'échelle publique. Nous pouvons en outre douter que les pouvoirs sont dans certains cas excessifs, par exemple l'échange d'un produit défectueux par un produit neuf, selon l'article 41 peut être prononcé à contre-gré du consommateur. En tout cas, si une telle mesure est prononcée, le défendeur peut choisir de ne pas appliquer dans la phase d'exécution.<sup>712</sup> En pratique, il n'y a pas encore de jurisprudence où le juge exerce ces pouvoirs. La mise en œuvre des mesures exorbitantes de la demande initiale du consommateur n'est pas facile.

Après la décision des autorités, les voies de recours s'imposent permettant aux justiciables de faire revoir le jugement (2°).

## 2° Les voies de recours contre la décision

Le droit de diriger un recours contre la décision est un élément nécessaire au procès équitable. Mais, le caractère équitable ne se caractérise pas seulement par l'existence de ce droit. Le droit au recours mène en fait à plusieurs interrogations en détail. Nous précisons toutefois qu'il y a d'autres types de décisions prononcées au cours de la procédure. Notre étude ici concerne uniquement le recours contre la décision à l'issue de la procédure.

### *a) Qui peut faire le recours ?*

C'est une question simple, mais importante à poser : qui peut contester la décision ? Dans **le litige de la consommation** auprès d'une autorité juridictionnelle, il n'est pas question que le droit de recours se réserve aux parties du litige. Il serait alors plus compliqué **en droit de la concurrence** dont la procédure se déroule devant une autorité administrative.

**En France**, l'article L464-8 du Code de commerce prévoit que les décisions de l'ADLC sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie qui peuvent faire un

---

<sup>712</sup> P. WAYUPARB, *Exposé sur la loi relative à la procédure des litiges de la consommation*, 2<sup>e</sup> édition, 2012, p. 156

recours en annulation ou en réformation. Outre les parties, c'est le ministre chargé de l'économie qui peut faire un recours contre la décision de l'ADLC. La disposition traduit deux aspects. **D'une part**, la procédure d'une autorité administrative comporte un caractère plus flexible en ce qui concerne les titulaires du droit de recours. Dès lors que les pratiques anticoncurrentielles peuvent porter atteinte à l'économie, l'intervention du ministre de l'économie est justifiée même s'il n'a pas saisi l'Autorité. **D'autre part**, le droit de recours du ministre signifie en fait la séparation structurale de l'ADLC à l'égard de l'administration, ce qui fait de l'Autorité un organe indépendant. Le ministre n'a aucune influence sur l'Autorité et est considéré comme une partie intéressée dans la procédure.

**En Thaïlande**, les personnes pouvant faire un recours sont plus limitées par rapport au droit français. En effet, l'article 46 de la loi relative à la concurrence 1999 prévoit que *le destinataire de la décision* peut faire appel. Le terme destinataire de la décision se limite à l'entreprise dénoncée. Le recours peut être exercé uniquement par l'entreprise mise en cause et si elle est sanctionnée, ce qui laisse à penser que la partie saisissante ne peut faire appel en cas de non-lieu. En outre, les pouvoirs publics, dans ce cas le ministre du commerce, ne peuvent en aucun cas diriger un recours puisque la Commission de la concurrence exerce déjà le contrôle pour son compte et sous sa tutelle. L'absence de la séparation organique de la Commission à l'égard du ministère du commerce empêche le pouvoir public à faire revoir la décision qu'elle soit un non-lieu ou une sanction avec les injonctions non-adaptées au regard du ministre.

*b) Les organes et juridictions compétents et les modalités de recours*

C'est ce sujet que quelques règles spéciales s'appliquent. **En droit de la concurrence**, la dérogation est prévue dans **les textes français**. La décision de l'ADLC doit être contestée devant la Cour d'appel de Paris. Les parties et le ministre chargé de l'économie disposent d'un délai d'un mois pour introduire le recours. La Cour d'appel de Paris a précisé que ce délai court à compter de la notification de la décision même si elle contient une erreur matérielle rectifiée ultérieurement par le Conseil dans la mesure où la partie peut encore comprendre la décision.<sup>713</sup> Le recours est formé par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la Cour d'appel de Paris. L'auteur de recours doit adresser par lettre recommandée avec

---

<sup>713</sup> CA Paris, 5 novembre 2008, RG n°2008/00138 en référence à la décision n° 07-D-41 du 28 novembre 2007

demande d'avis de réception une copie de la déclaration aux parties auxquelles la décision de l'ADLC a été notifiée dans les cinq jours suivant le dépôt de la déclaration (les articles R464-12 et R464-14 du Code de commerce).

Après que la Cour d'appel de Paris ait rendu la décision, un pourvoi en cassation peut être formé par les parties ou le ministre chargé de l'économie. Le président de l'ADLC peut également former le pourvoi à condition que la Cour d'appel de Paris ait annulé ou réformé la décision de l'ADLC.

**En Thaïlande**, le recours contre la décision de la Commission de la concurrence étant une autorité administrative doit être formé théoriquement devant la Cour administrative. Or, la loi relative à la concurrence 1999 ne prend pas en compte d'existence de la juridiction administrative.<sup>714</sup> Elle prévoit en effet un régime spécifique d'appel. Selon l'article 46 de la loi, le destinataire de la décision doit faire appel devant le Comité d'appel dans le délai de trente jours à compter de la réception de la décision de la Commission. Le Comité d'appel est composé de sept membres au plus. Les membres sont nommés par le ministre du commerce par leurs compétence et expérience en matière juridique, économique, de gestion ou d'administration publique. Le Comité peut statuer sur l'appel de la décision de la Commission. Dans ce cadre, il peut convoquer les personnes à l'audition ou à transmettre un document ou des preuves pour la considération d'appel. Pendant la procédure, il peut aussi suspendre l'exécution de la décision de la Commission.

L'article 47 de la loi relative à la concurrence 1999 oblige le Comité d'appel à statuer dans le délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la réception de l'appel. L'article précise encore que la décision du Comité d'appel est en dernier resort. La création de la juridiction administrative en 2001 pose ainsi deux problèmes sur la possibilité de saisir la Cour administrative. L'entreprise peu-elle saisir la Cour administrative ? Et si le destinataire de la décision de la Commission de la concurrence peut introduire le recours devant la Cour administrative, est-il nécessaire de faire appel au Comité d'appel au préalable ? La recommandation de l'Office des juridictions administratives n°1/2544 en 2001 précise que même si l'article 47 de la loi indique que la décision du Comité d'appel est en dernier resort, le caractère non-susceptible de recours ne prend effet qu'au niveau exécutif. Ce caractère

---

<sup>714</sup> La loi relative à la concurrence est datée du 22 mars 1999 alors que la loi relative à la Cour administrative et à la justice administrative est datée du 5 octobre 1999.

n'empêche pas la saisine de la Cour administrative, mais la saisine n'est recevable que si l'appel auprès du Comité d'appel avait déjà été engagé et que la décision du Comité a été rendue. Les parties disposent d'un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la notification de la décision du Comité d'appel pour saisir la Cour selon l'article 49 de la loi relative à la Cour administrative et à la justice administrative 1999.

Il nous reste alors une question à résoudre relative à la possibilité pour la partie saisissante d'agir devant la Cour administrative si la Commission a rendu la décision de non-lieu. Dès lors que la loi relative à la concurrence 1999 ne prévoit pas de régime d'appel préalable pour la partie saisissante. Dans ce cas, elle devrait alors saisir directement la Cour administrative en vertu de l'article 49 de la même loi dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la notification.

Quant à la Cour administrative compétente, il y a en fait deux possibilités. Selon l'article 47 de la loi relative à la Cour administrative et à la justice administrative 1999, la partie peut saisir la Cour administrative de son domicile ou la Cour administrative centrale où se situe le siège de la Commission de la concurrence et du Comité d'appel. Il vaut mieux confier à la Cour administrative centrale une compétence unique pour la consistance dans ses arrêts.

Si l'arrêt de la Cour administrative ne satisfait pas les parties, elles peuvent encore faire appel devant la Cour administrative suprême. Cette voie de recours est également possible pour la Commission de la concurrence si sa décision a été annulée ou réformée.

D'après cette présentation, le système mixte qui combine le recours interne et la saisine de la juridiction administrative nous paraît un peu lent et complexe d'autant plus que les parties ne disposent pas de droit égal au recours. Nous rappelons toutefois que les juridictions compétentes en droit de la concurrence thaïlandais sont *théoriquement* illustrées car en pratique les décisions de la concurrence n'ont jamais été contestées.

**En droit de la consommation**, les juridictions compétentes sont celles compétentes dans le cadre du droit commun de procédure civile sauf s'il y a les dispositions particulières. **En France**, les parties dans un litige de la consommation peuvent faire appel devant la cour d'appel dont la juridiction au premier degré de leur litige se situe dans le ressort. Si les parties ne sont pas satisfaites par l'arrêt de la cour d'appel, elles peuvent former un pourvoi devant la Cour de cassation.

**En Thaïlande**, la loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 prévoit le régime spécifique. Au niveau d'appel, les parties du litige de la consommation peuvent faire appel à la cour d'appel dont la juridiction au premier degré de leur litige est dans le ressort comme en France. L'article 45 de la loi crée à cet effet la chambre de la consommation dans chaque cour d'appel pour spécifiquement connaître ce type de litige. L'appel doit être déposé à la chambre de la consommation de la cour d'appel compétente dans le délai d'un mois à compter de la lecture de l'arrêt de la cour du premier degré.

La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 prévoit en outre un effet exceptionnel du jugement de la juridiction d'appel. L'article 49 de la loi dispose clairement que l'arrêt de la cour d'appel est en dernier ressort à moins qu'il y ait une autorisation à l'appel devant la Cour suprême dans les conditions prévues à l'article 52. Les litiges de la consommation se terminent en principe à la juridiction d'appel, les parties ne peuvent pas directement saisir la Cour suprême. L'article 51 de la loi institue le régime d'autorisation à l'appel devant la Cour suprême. La demande d'autorisation accompagnée de l'appel doivent être déposés à la juridiction du premier degré du litige dans le délai d'un mois à compter de la lecture de l'arrêt de la cour d'appel. Au cas où la demande d'autorisation à l'appel est retenue, l'affaire sera jugée en dernier ressort par la chambre de la consommation de la Cour suprême.

*c) Le cadre du contrôle des juridictions*

Les problématiques de recours ne concernent pas seulement les titulaires du droit au recours ou les juridictions compétentes, mais aussi les pouvoirs d'appréciation dont disposent les juges envers la décision initiale. **En droit de la concurrence**, le déroulement de la procédure paraît plus complexe dans la mesure où il y a plusieurs acteurs concernés devant la cour : la partie saisissante, la partie défendeuse, l'autorité administrative qui rend la première décision ainsi que les pouvoirs publics.

**En France**, étant donné que le recours est dirigé contre la décision de l'ADLC, l'Autorité est la partie à l'instance devant la Cour d'appel de Paris face à l'entreprise qui forme le recours. Cette situation est défavorable aux acteurs qui ne sont pas à l'instance de la Cour comme l'entreprise d'une autre partie ou le ministre chargé de l'économie. Mais dès lors que les pratiques anticoncurrentielles affectent les entreprises concurrentes ainsi que l'économie en général, l'intervention de ces acteurs est nécessaire. Le Code de commerce fixe les moyens

d'intervenir pour deux types d'acteurs. **D'un côté**, les entreprises qui étaient parties en cause devant l'ADLC peuvent en vertu de l'article R464-17 du Code de commerce se joindre à l'instance par la déclaration écrite et motivée dans un délai d'un mois après la réception de la copie de la déclaration d'appel du demandeur de recours. La participation est justifiée par le fait que le recours risque d'affecter les droits ou les charges de ces entreprises. En tout cas, le premier président ou son délégué de la Cour peut à tout moment mettre fin à la participation. **D'un autre côté**, le ministre chargé de l'économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, est informé de recours et invité à présenter ses observations écrites dans un délai fixé par le premier président ou son délégué de la Cour d'appel de Paris. Le ministre est en outre convoqué par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'audience pour les débats (l'article R464-18 du même Code). Au cours de l'instance, le ministre peut, à sa propre initiative ou à la demande du premier président ou de la cour, présenter ses observations orales (l'article R464-19 du même Code). L'ADLC peut également présenter ses observations dans les mêmes conditions.

Quant au pouvoir d'appréciation, le premier alinéa de l'article L464-8 du Code de commerce précise que l'action devant la Cour d'appel de Paris est un recours en *annulation* ou en *réformation*. La Cour d'appel de Paris procède à une nouvelle analyse des faits et statue en fait et en droit.<sup>715</sup> La Cour de cassation a ainsi censuré un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait annulé la décision du Conseil de la concurrence et renvoyé l'affaire au Conseil au lieu de statuer elle-même.<sup>716</sup> La Cour d'appel de Paris peut renvoyer l'affaire à l'ADLC par un seul motif de la nécessité d'une instruction complémentaire.<sup>717</sup>

Après la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation statue en dernier ressort suivant le pourvoi formé par les parties, le ministre chargé de l'économie ou le président de l'ADLC. La compétence de la Cour de cassation se limite dans le cadre du droit commun. Elle ne peut statuer que sur les problèmes de droit. Plus précisément, la Cour de cassation examine si la Cour d'appel de Paris a violé une disposition de la loi. En cas de violation, la Cour casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Paris avant de renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel de Paris autrement composée. Si la violation n'est pas fondée, le pourvoi est rejeté.

---

<sup>715</sup> A. CONDOMINES, *Guide pratique du droit français de la concurrence*, LGDJ, 2014, p. 341

<sup>716</sup> Cass. Com., 27 septembre 2005, *Bull.* IV N°181, p. 195

<sup>717</sup> Cass. Com., 26 février 2008, *Bull.* IV N°44

**En droit de la concurrence thaïlandais**, l'office du juge administratif en ce qui concerne le cadre d'appréciation n'est pas mis en évidence dans la mesure où le juge procède à la qualification des pratiques en cause ou à la fixation des amendes. Pendant la procédure d'appel interne, il est évident que le Comité d'appel dispose des pleins pouvoirs d'annulation et de réformation. C'est-à-dire, le Comité peut statuer sur l'ensemble des éléments de l'affaire. Le pouvoir du Comité d'appel est confirmé par l'article 46 de la loi relative à la procédure administrative 1996 qui accorde à l'organe d'appel de larges pouvoirs d'appréciation.<sup>718</sup>

Au contraire, aucune disposition ne confirme globalement le cadre d'appréciation des cours administratives. En général, la cour administrative du premier degré et la Cour administrative suprême<sup>719</sup> peuvent statuer tant sur les problèmes de fait que sur les problèmes de droit. Toutefois, les cours ne peuvent pas intervenir à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative en cause sauf si l'exercice du pouvoir discrétionnaire est abusif. Il nous reste de savoir l'étendue du pouvoir discrétionnaire. Cela devient alors problématique. À quel niveau les juges administratifs peuvent-ils statuer sur la caractérisation de la pratique en cause ou sur les mesures d'injonction qui relèvent essentiellement des notions économiques ? Le risque serait encore plus important d'autant plus que la Commission de la concurrence aura été dotée d'un pouvoir de sanction pécuniaire. La connaissance des notions économiques des juges sera alors indispensable. Une autre possibilité serait de transférer la compétence à la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international.

**En droit de la consommation**, le cadre du contrôle suit en principe les règles générales de la procédure civile. L'enjeu de la procédure en droit de la consommation est de trouver les processus permettant de traiter rapidement des litiges. **En France**, il n'y a aucune règle spéciale de la procédure. La cour d'appel dans le litige de la consommation connaît l'ensemble des éléments de l'affaire et statue souverainement sur le fond des affaires. La juridiction d'appel est

---

<sup>718</sup> L'article 46 de la loi relative à la procédure administrative 1996 dispose que «*Dans l'appréciation de l'appel, les agents de l'organe d'appel peuvent examiner l'acte administratif dans tous les aspects qu'ils soient les problèmes de fait et de droit, le caractère approprié de l'acte. Les agents peuvent ordonner l'annulation ou la modification de l'acte qui augmente ou réduit la charge du destinataire Ils peuvent ainsi exercer le pouvoir discrétionnaire sur le caractère approprié de l'acte ou modifier ses conditions.*»

<sup>719</sup> La juridiction administrative en Thaïlande comprend deux degrés : les cours administratives et la Cour administrative suprême. Il n'y a pas de cour administrative d'appel.

tenue de rejurer l'affaire en fait et en droit sans restriction. Quant à la Cour de cassation, elle examine uniquement la question de droit. En cas d'une méconnaissance de disposition de loi, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel. Contrairement au droit de la concurrence qui réserve la compétence unique de la Cour d'appel de Paris, l'affaire est renvoyée soit à une autre cour d'appel, soit à la même cour d'appel autrement composée. En absence de violation d'une loi, le pourvoi est rejeté. L'arrêt de la Cour d'appel devient alors définitif.

**En Thaïlande**, le système d'appel des affaires civiles impose une restriction au pouvoir d'appréciation des juges dans la cour d'appel et la Cour suprême. Selon l'article 224 du Code de procédure civile, la partie ne peut pas faire appel sur les problèmes de fait d'une affaire dont le montant n'excède pas 50 000 bahts (1 250 euros environ) à moins qu'*un juge dans le litige fasse une opinion dissidente ou certifie un motif raisonnable à l'appel* ou que *le président de la juridiction du premier degré délivre une autorisation écrite à l'appel*. Le juge d'appel ne peut pas statuer de nouveau l'affaire dans le fait sauf s'il y a eu une circonstance exceptionnelle précédemment citée. Pour l'appel devant la Cour suprême, l'article 248 du même Code interdit encore l'appel sur les problèmes de fait d'un litige dont le montant n'excède pas 200 000 bahts (5 000 euros environ) à moins qu'*un juge de la cour d'appel dans le litige fasse une opinion dissidente* ou qu'*un juge dans le litige du premier degré ou du second degré certifie lors de l'examen de l'appel devant la Cour suprême un motif raisonnable à l'appel* ou que *le président de la cour d'appel délivre une autorisation écrite à l'appel devant la Cour suprême*.

Les faits de chaque litige sont donc bien déterminés dans les juridictions des degrés différents en fonction du montant de litige. La restriction a pour objectif de filtrer les affaires moins importantes et de réduire la charge des hautes cours. Toutefois, les problèmes de droit peuvent toujours être évoqués et réexaminer dans tous les degrés de juridiction.

La loi relative à la procédure des litiges de la consommation 2008 adopte le même principe et les mêmes montant de restriction mais avec les dérogations plus contraignantes. L'article 47 de la loi interdit l'appel sur les problème de fait d'une affaire dont le montant n'excède pas 50 000 bahts (1 250 euros environ). L'article 48 prévoit ensuite une exception à l'appel. Dans les litiges de la consommation, l'appel sur les faits du litige dont le montant n'excède pas 50 000 bahts (1 250 euros environ) est soumis à l'autorisation accordée par la cour d'appel compétente du litige. La demande d'autorisation peut être déposée dans le même temps du dépôt de l'appel ou bien après que l'appel est rejeté par la cour du premier degré en raison de

l'interdiction d'appel sur les faits. Dans le second cas, la demande doit être faite dans les quinze jours à compter de la date de rejet. Le système d'appel spécifique en droit de la consommation désigne la possibilité plus étroite pour les parties à faire appel sur les problèmes de fait. L'article 32 de l'arrêté du président de la Cour suprême relatif aux litiges de la consommation du 22 août 2008 fixe la cadre d'appréciation à la demande d'autorisation à l'appel. La cour d'appel ne peut autoriser l'appel que si l'affaire est susceptible de porter atteinte à la justice ou à l'intérêt collectif des consommateurs.

Quant à **l'appel devant la Cour suprême**, la loi impose le régime d'autorisation plus restreint. Dans les litiges de la consommation, l'arrêt de la cour d'appel est en principe non-susceptible de recours. L'article 51 prévoit la possibilité pour les parties de faire une demande d'autorisation à l'appel sur les problèmes de fait dans le litige du montant supérieur à 200 000 bahts (5 000 euros environ) ou sur les problèmes de droit sans restriction de montant. L'appel devant la Cour suprême se heurte alors à double contrainte. **D'une part**, l'appel est soumis à l'autorisation accordée par la Cour suprême. **D'autre part**, dès lors que l'appel devant la Cour suprême est autorisé, la compétence de la Cour suprême se limite aux problèmes de fait dans un litige dont le montant est supérieur à 200 000 bahts (5 000 euros environ) et aux problèmes de droit. Cela veut dire que les problèmes de fait d'un litige dont le montant est inférieur ou égal à 200 000 bahts (5 000 euros environ) ne peuvent être en aucun cas réexaminés par la Cour de cassation.

Selon l'article 52 de la loi, la Cour suprême peut recevoir l'appel *s'il aborde une question concernant l'intérêt général ou d'autres questions importantes sur lesquelles la Cour suprême doit statuer*. L'article 40 de l'arrêté du président de la Cour suprême relatif aux litiges de la consommation du 22 août 2008 donnent alors des exemples des questions importantes. Elles peuvent être caractérisées lorsque l'arrêt de la cour d'appel en l'espèce est contradictoire aux autres arrêts déjà définitifs des autres cours, que la cour d'appel a statué le problème de droit à l'encontre de la jurisprudence de la Cour suprême ou que la cour d'appel a statué sur un problème de droit important qui ne fait pas encore l'objet de considération dans la Cour suprême. L'article 38 du même arrêté incombe au demandeur de préciser, **en premier lieu**, les questions courtes et précises faisant l'objet de débat devant la Cour suprême et de démontrer, **en second lieu**, la liaison de telles questions à l'intérêt général ou leur caractère essentiel à tel point que l'appel devant la Cour suprême soit autorisé.

La question sur les voies de recours entraîne en effet une série de questions en ce qui concerne les personnes titulaires du droit de recours, la modalité, la durée, les organes ou juridictions compétents ainsi que leur pouvoir d'appréciation. Le caractère pertinent de la procédure permet de compléter et aussi de légitimer l'application des règles de la concurrence et de la consommation. Toutefois, il n'y a pas de procédure parfaite. Au contraire, la procédure efficace est une procédure capable de s'adapter à l'évolution économique et sociale, ce qui relève de devoir du législateur et de l'ensemble des autorités responsables.

## Conclusion du Chapitre 2

Le Chapitre 2, intitulé *La caractérisation des étapes du contrôle*, ne visait pas à présenter la procédure dans tous les détails en raison d'un caractère divers des domaines de la concurrence et de la consommation. L'étude minutieuse s'annonçait en effet peu utile dans la mesure où le but n'est pas de savoir comment la procédure se déroule ou quelles sont les jurisprudences dans telle ou telle pratique. En revanche, notre véritable objectif était de mettre en lumière les caractéristiques qui ressortent des procédures du contrôle en droit de la concurrence et en droit de la consommation.

Ainsi, d'après notre étude, nous avons relevé un élément remarquable à travers ces deux branches juridiques : l'apparition de nombreuses procédures spéciales. Les régimes spéciaux traduisent en fait la recherche des propres solutions que les procédures traditionnelles ne peuvent pas réaliser. Les voies traditionnelles ne sont pas en mesure de répondre aux attentes du droit de la concurrence et du droit de la consommation car ces deux droits sont fondés par des concepts exorbitants de droit commun. Ils révèlent surtout la spécificité de ces deux droits qui gèrent la vie économique. La création d'une autorité administrative responsable du contrôle des pratiques anticoncurrentielles se justifie par l'exigence de créer un organe spécialisé en matière économique plutôt qu'un simple juge. La clémence peut être insérée dans la procédure par une nouvelle orientation vers l'efficacité et le résultat. La procédure simplifiée et l'augmentation du rôle du juge dans le litige de la consommation en Thaïlande trouvent leur place car la procédure civile normale ne suffit pas à protéger les consommateurs. L'action de groupe peut être instituée pour répondre à la réalité où un acte du professionnel peut causer le dommage à la grande échelle.

Ces procédures même si elles constituent une approche innovante risquent toutefois d'affecter le caractère équitable du procès qui constitue un principe fondamental. Nous avons alors vérifié si les procédures répondaient à deux exigences. **D'une part**, les procédures ne peuvent pas mettre en cause le principe du procès équitable, ce qui devient un enjeu notamment pour la procédure auprès de l'autorité administrative de concurrence. Le principe du contradictoire et celui de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement sont les éléments ciblés dans cette problématique. **D'autre part**, les procédures doivent aussi répondre

aux nouvelles attentes contemporaines de la part des acteurs économiques. Les procédures doivent en effet être simplifiées, rapides, peu coûteuses et prévisibles. Un certain niveau de consistance dans les décisions est désormais nécessaire pour permettre aux entreprises en tant qu'opérateur de droit de la concurrence ou en tant que professionnel de droit de la consommation de bien évaluer le risque dans leurs stratégies commerciales.

C'est par ce second facteur que le droit de la concurrence et le droit de la consommation peuvent prendre leur essor. Une procédure suffisamment équitable, mais qui n'est pas adaptée aux attentes du droit est vouée à la disparition. Le constat est fait en Thaïlande où la procédure de la concurrence manque gravement de cohérence avec les concepts du droit substantiel alors que la procédure de la consommation construite en prenant en compte la faiblesse réelle des consommateurs thaïlandais est beaucoup plus fréquentée. Au regard de notre étude comparative entre le droit français et le droit thaïlandais, apparaît alors inévitable une réforme en profondeur de la procédure de la concurrence en Thaïlande.

## Conclusion du Titre 2

Après avoir identifié les autorités du droit de la concurrence et du droit de la consommation, nous avons envisagé de caractériser leurs contrôles en deux aspects.

**Le premier** porte sur la nature du contrôle. Un acte du contrôle peut être analysé au regard de deux questions : *pourquoi* s'effectue le contrôle et *quand* s'effectue le contrôle ? Nous avons trouvé que la réponse était multiple. Les autorités interviennent pour plusieurs raisons. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation se lient à d'autres domaines juridiques tels que la responsabilité pénale d'entreprise, la responsabilité civile ou encore la sanction administrative. Si un contrôle est mis en œuvre pour réparer le dommage, il y a encore une distinction publique-privée entre le préjudice que subissent les entreprises concurrentes ou les consommateurs et le dommage à l'économie. Si un contrôle est effectué pour sanctionner, nous pouvons encore distinguer une sanction administrative de celle du droit pénal. Quant au moment du contrôle, nous avons également trouvé que le moment de l'intervention est divers en fonction de plusieurs critères. Les contrôles *a priori* paraissent les plus efficaces puisqu'ils visent à prévenir le dommage, mais il faut déployer des moyens importants dans ce type de contrôles. Les contrôles excessifs constitue de manière perverse un frein à la vie économique. Les contrôles *a posteriori* sont moins coûteux, mais leur efficacité est restreinte notamment quand la conséquence de l'acte n'est pas réversible ou que le nombre de plainte est trop élevé. Il faut alors choisir un bon temps du contrôle en considérant l'équilibre entre le dommage causé et les ressources déployées.

**Le second** aspect porte sur les étapes des contrôles. Le déroulement des procédures nous montre la différence d'approches et d'attitudes du législateur. Nous avons observé notamment le développement législatif croisé entre la France et la Thaïlande. Alors que le législateur français renforce le contrôle *a posteriori* par l'ADLC et les contrôles *a priori* sur les contrats de la consommation, le législateur thaïlandais préfère le contrôle *a priori* par le régime d'autorisation qui s'applique aussi à certains accords d'entente et les contrôles *a posteriori* par l'institution d'une procédure spécifique de la consommation. Cela montre ainsi l'attitude globale du législateur envers ces deux droits. **La France**, confirmée par le libéralisme économique, fait jouer les libertés économiques et effectue des contrôles rigoureux dans les cas nécessaires. **La**

**Thaïlande** qui s'attache à la politique interventionniste croit que ses interventions sont toujours nécessaires soit pour prévenir le dommage par le contrôle a priori d'entente en droit de la concurrence, soit pour aider le consommateur à avoir les armes égales face au professionnel à l'instance.

Les dispositions de loi peuvent varier selon les pays, mais l'ensemble de systèmes ne devrait pas aller à l'encontre de la nature des contrôles dans tel ou tel domaine juridique. Nous avons remarqué ainsi le lien entre la nature des contrôles du droit de la concurrence et du droit de la consommation et leurs procédures qui permettent de réaliser des contrôles correspondant à cette nature. Par exemple, la concentration économique est un domaine qui requiert un contrôle de nature *a priori* car il est beaucoup plus difficile de modifier la structure d'entreprise après la concentration. Donc, le droit de la concurrence doit davantage fixer les modalités en amont de l'opération. L'efficacité des contrôles repose sur la cohérence des deux éléments. Faute de quoi, les missions de contrôle ne peuvent pas réussir.

## Conclusion de la Partie 2

Nous avons adopté une approche institutionnelle dans cette Partie 2. Il s'agissait **d'abord** d'identifier les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation. L'étude a procédé à une distinction fondamentale entre autorités à caractère administratif et celles à caractère juridictionnel. La distinction a servi préalablement à l'identification des autorités, mais sur le plan de l'application, les compétences sont fractionnées et réparties. Certaines autorités administratives sont dotées d'un pouvoir de sanction important alors que l'application des règles de la concurrence et de la consommation aboutit à des litiges dans les juridictions tant judiciaires qu'administratives. Quant au champ d'intervention, nous avons analysé les autorités dans leur répartition territoriale et leur répartition de pouvoir suivant les domaines d'application. Ce qui a été intéressant à observer est que la répartition ne sépare pas absolument les autorités administratives et juridictionnelles. Il y a toujours un lien de coopération entre les autorités en deux catégories. Le juge a besoin de l'expertise tandis que les autorités administratives prennent en compte l'interprétation des règles par le juge.

La mise en œuvre de la structure complexe a **ensuite** été examinée. Après l'analyse de la nature du contrôle exercé par les autorités, les procédures de l'application des règles de la concurrence et de la consommation laissent transparaître une caractéristique importante. Ce sont les domaines juridiques distincts du droit commun dans leur partie substantielle. Leurs particularités entraînent par la suite des régimes exorbitants dans leur partie procédurale. La distinction entre les autorités administratives et juridictionnelles trouve son utilité dans le déroulement de la procédure. Les autorités administratives peuvent exercer le contrôle avec des moyens accrus parce que le droit de la concurrence et le droit de la consommation exigent une interprétation plus flexible par le biais de droit mou que le cadre traditionnel des autorités juridictionnelles ne peuvent pas réaliser. Dès lors que ces deux domaines juridiques s'appliquent essentiellement aux entreprises qui peuvent être touchées par la sanction pécuniaire, les procédures sont encore assouplies pour s'adapter à la vie économique. Les opérateurs disposent notamment de plusieurs choix de se libérer sans être jugés coupables. Par exemple, en droit de la concurrence, ils peuvent se dénoncer pour bénéficier d'une exemption totale ou partielle

d'amende. En droit de la consommation, ils peuvent procéder à la médiation pour régler le conflit. Les procédures pré-contentieuses sont créées pour répondre à cet environnement. Tout le reste de la procédure contribue aussi aux contrôles réparateurs, répressifs mais aussi équilibrés pour protéger l'intérêt des opérateurs et consommateurs et préserver le fonctionnement de l'économie.

Ce travail de thèse nous a ainsi permis d'apprécier au fond la réalisation des contrôles de la concurrence et de la consommation par l'État français et thaïlandais. À partir de cette étude comparative, il nous est loisible de formuler des propositions pour améliorer la performance des autorités notamment celles en Thaïlande.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Parce que les activités économiques s'épanouissent dans le cadre du marché, le droit de la concurrence et le droit de la consommation existent, s'appliquent et évoluent. Notre thèse a visé à analyser les autorités en droit de la concurrence et en droit de la consommation qui traduisent les interventions de pouvoirs publics dans les affaires économiques *a priori* privées. Notre recherche exigeait une compréhension profonde du droit substantiel de la concurrence et de la consommation.

Pour ce faire, nous avons conduit dans la partie 1 une recherche matérielle sur des aspects très divers. Sur les concepts de la concurrence et de la consommation, l'approche historique était essentielle pour connaître l'évolution du monde économique de l'Antiquité à la mondialisation. Les libertés économiques constituent en même temps les fondements et les atteintes au droit de la concurrence et au droit de la consommation. Ces deux domaines juridiques sont également marqués par des considérations économiques qui leur permettent de dépasser les contraintes du droit civil. L'approche économique offre ainsi une nouvelle interprétation du principe d'égalité. D'un point de vue socio-économique, les personnes ne sont pas sur pied égal comme suppose le droit civil, mais c'est par le droit de la concurrence et le droit de la consommation que le rapport entre elles est ajusté vers l'équilibre. Une entreprise en position dominante ne fausse pas la concurrence dans un marché. Le professionnel ne peut pas stipuler certaines clauses envers ses consommateurs.

Après l'étude des fondements, nous avons analysé le droit de la concurrence et le droit de la consommation dans leurs objectifs. Les objectifs économiques sont bien évidemment les lignes principales, mais ils sont marqués par la diversité tant dans les valeurs protégées que dans les intérêts assurés. Quant au lien entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation, il serait encore étonnant de trouver que le lien peut être parfois convergent, parfois contradictoire. Chaque domaine détient une position indépendante de l'autre. Il n'y a pas de domaine privilégié. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ne sont pas seulement des matières juridiques car les concepts se répandent et franchissent le monde

juridique. La concurrence et la consommation participent au développement technologique pour répondre aux nouvelles problématiques.

Après les concepts, l'étude nécessite d'appréhender l'analyse des acteurs. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation présentent encore des perspectives exorbitantes du droit commun. Le statut d'entreprise est accordé à toute entité qui exerce une activité économique sans distinction de la personnalité juridique et du statut public-privé. La qualification en droit de la consommation ignore aussi ces distinctions et se concentre à la fonction qu'exercent les acteurs. La recherche sur les acteurs nous montre une approche économique venant enrichir la qualification juridique. Sur la dimension publique, les deux branches évoquent la multitude des rôles des pouvoirs publics dans le monde économique, ce qui provoque par la suite des sous-catégories des branches du droit comme la libre concurrence dans la commande publique ou l'assimilation de statut de consommateur aux usagers d'un service public. Le droit du marché prend enfin l'échelle internationale à la grandeur du commerce transfrontalier. L'expansion laisse apparaître alors un nouveau défi : la différence entre les droits et la culture juridique des pays.

Après avoir caractérisé tous les aspects du droit de la concurrence et du droit de la consommation, nous avons procédé dans la partie 2 à une approche institutionnelle. Cette partie a visé à examiner comment l'État met en œuvre les règles de la concurrence et de la consommation. L'analyse, apparemment juridique, n'évite pas là aussi à intégrer des considérations économiques.

Des nouveaux aspects que présente le droit du marché contribuent à des nouvelles actions dans le cadre procédural mutualisé. La forme juridique des autorités de la concurrence et de la consommation reste inchangée au regard du juriste. Il y a toujours des autorités administratives et des autorités juridictionnelles. Mais sur le fond, leur fonctionnement est innovant. L'insertion des nouveaux concepts dans la structure existante constitue sans doute un risque sur la pertinence de l'application des règles de la concurrence et de la consommation. Par exemple, comment les juges de la Cour d'appel de Paris ou de la cour administrative en Thaïlande peuvent apprécier la pratique anticoncurrentielle en cause ? Mais le risque ne devrait pas nous pousser en arrière. Faudrait-il s'interroger sur la formation des notions économiques auprès des juges ?

Sur le plan procédural, la diversité des objectifs poursuivis par le droit du marché entraîne ainsi la multiplication des voies de recours. Il y a tant de choix de recours que nous n'avons pas pu les illustrer dans la thèse. Pour elle à l'essentiel, la victime dispose de trois possibilités : un recours administratif pour sanctionner un acte contraire à l'ordre public économique, le recours civil pour obtenir la réparation et le recours pénal pour sanctionner les infractions en droit économique. Les performances des contrôles exercés par ces autorités sont le résultat de ce que nous avons illustré tout au long de la thèse. Les avantages et contraintes rencontrés nous permettent de formuler des propositions sur les autorités de la concurrence et de la consommation.

**I. Pour la France,** le point positif réside dans la performance du pouvoir législatif qui a pu réaliser plusieurs réformes dans le temps raisonnable comme la création de l'ADLC en 2008, la réorganisation des autorités administratives de la consommation en 2010, le renforcement des pouvoirs de la DGCCRF et l'insertion de l'action de groupe en 2014. Les responsables politiques ont eu une aptitude à conduire la réforme à l'esprit ouvert avec la participation des organismes intéressés. Le cadre procédural renouvelé présente un caractère suffisamment équitable. Il y a alors équilibre entre les autorités et la structure de l'autorité est proportionnelle aux pouvoirs attribués. Par exemple, la CCA peut émettre un avis sur le caractère abusif d'une clause, mais c'est le tribunal qui juge.

Même si le modèle français est performant, il est perfectible. Les propositions ici ne sont pas une réforme globale car les réformes ont été successivement effectuées. Elles seraient plutôt des propositions d'améliorations pour optimiser la performance des autorités.

**En droit de la concurrence,** l'Autorité de la concurrence est un organe qui s'est toujours développé. La structure et le fonctionnement de l'Autorité résultent de plus de vingt ans d'expérience du Conseil de la concurrence. La procédure est fixée pour garantir le principe du contradictoire et l'impartialité du collège. Toutefois, il est regrettable que la réforme faite par la LME n'a pas pu construire à fond un caractère unique de l'Autorité à deux reprises.

**Critique 1 :** le traitement de la pratique anticoncurrentielle de portée locale relève de la compétence de la DGCCRF. Même si elle l'avantage de pouvoir sanctionner un comportement illicite d'une façon plus rapide en coopération avec l'ADLC, un souci se pose au niveau de la

consistance de la décision de la DGCCRF avec celle de l'ADLC. Mais il ne faut pas quand même transférer toute la compétence de la DGCCRF à l'Autorité puisque l'Autorité sera trop chargée et la pratique de portée locale ne serait pas traitée dans le meilleur délai.

**Proposition 1 :** Il vaut mieux prévoir une procédure permettant à l'Autorité de réviser la décision de la DGCCRF. La partie sanctionnée par la DGCCRF devrait disposer d'un court délai (quinze jours à compter de la notification de la décision) pour former un recours à l'Autorité uniquement dans le problème de la conformité avec les décisions de l'Autorité. Cette dernière doit aussi pouvoir statuer dans un court délai (trente jours après le dépôt de recours). Le recours *interne* devrait être réservé à l'initiative de la partie. L'Autorité ne peut pas intervenir par elle-même.

**Critique 2 :** l'ADLC a une compétence en matière de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, son contrôle de la concentration économique est partagé avec le ministre chargé de l'économie. Selon l'article L430-7-1 du Code de commerce, celui-ci peut encore renverser la décision de l'Autorisation dans le cadre de l'évocation par laquelle le ministre évoque l'affaire et statue sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général. Le recours contre la décision du contrôle de la concentration de l'Autorité et celle du ministre doit être dirigé devant le Conseil d'État, au lieu de la Cour d'appel de Paris. C'est la matière qui n'est pas transférée à l'autorité judiciaire. Ce régime marque alors une volonté de l'État de garder le contrôle de la concentration dans sa main propre, mais "éclate" le contrôle en matière économique.

**Proposition 2 :** Il faut alors supprimer le pouvoir d'évocation du ministre, puis transférer la compétence en matière de la concentration économique à la Cour d'appel de Paris en raison de l'expérience et de l'expertise en économie. Si la décision de l'Autorité en matière de la concentration ne lui convient pas, le ministre pourrait toujours toutefois former un recours devant la Cour d'appel de Paris comme le régime d'autres pratiques anticoncurrentielles.

**En droit de la consommation,** la démarche du législateur français a été audacieuse en ce qui concerne la codification des dispositions de la consommation et la réglementation concrète des contrats de consommation. Même si le Code de la consommation est critiqué dans sa méthode de compilation des textes et son manque de cohérence, le Code se présente malgré tout comme une source unie et accessible par les consommateurs. Quant aux contrats de

consommation, les efforts du législateur d'intervenir *a priori* pour éviter tout dommage sont notables. La structure des autorités administratives de la consommation traduit encore l'attitude des pouvoirs publics : les autorités n'ont pas de pouvoir important, mais elles sont le lieu de rencontre, d'échange et de négociation entre les parties. La composition paritaire permet d'encadrer en équilibre les contrats de consommation. La réforme récente de la structure des autorités a d'ailleurs eu pour objectif de renforcer leur fonctionnement. Il faudra toutefois encore du temps pour évaluer la performance.

**Critique :** Une seule critique se trouve au niveau de la procédure collective. Le législateur a introduit sans succès les actions collectives devant la justice exercées par l'association de consommateurs. Une nouvelle tentative fut l'insertion de l'action de groupe qui fait l'objet de débat au cours des dernières années. Sa mise en place mérite d'être saluée, mais l'action est restreinte dans plusieurs aspects. Par exemple, le dommage réclamé dans l'action de groupe se limite aux préjudices patrimoniaux, ce qui interdit l'octroi d'un dommage punitif. Plus sévèrement, seules les associations de consommateurs peuvent saisir le tribunal en action de groupe. Une des raisons essentielles est que le législateur n'a pas voulu banaliser ce type d'action qui peut nuire à la compétitivité des entreprises, mais cette limitation peut rendre la procédure encore ineffective dans la mesure où les associations ne veulent pas ou ne peuvent pas introduire l'action, faute de moyen.

**Proposition :** Il vaudrait mieux prévoir un processus permettant aux victimes de se constituer comme groupe pour saisir. Il est nécessaire de fixer le nombre maximum de membres de groupe au-dessus duquel l'action de groupe doit être introduite par l'association. Nous proposons le seuil de cinquante personnes. Si l'acte du professionnel a causé le préjudice massif à plus de cinquante personnes, les victimes ont déjà la force suffisante de faire appel à une association. Le recours direct par le groupe de petit nombre renforce la protection plus étendue aux consommateurs.

**II. Pour la Thaïlande,** il faudrait une série de réformes pour une économie plus libérale et plus loyale. La crise politique au cours des dix dernières années nuit gravement à la vie économique du pays. Les travaux parlementaires sont paralysés et ne sont pas en mesure de répondre à l'évolution économique et sociale. Un point positif est que les sociétés civiles en Thaïlande sont actives pour réclamer et proposer de nouveaux dispositifs visant à l'amélioration

des droits. Elles ont en outre un esprit ouvert et apprennent des expériences d'autres pays. Mais cela ne suffit pas.

Les problèmes du droit de la concurrence et du droit de la consommation en Thaïlande sont en fait une question d'attitude. Pour résoudre au fond ces problèmes, il faut déraciner l'incompréhension autour des deux droits. Nous proposons donc de présenter deux éléments communs pour ces deux domaines juridiques avant de proposer les idées pour chaque droit. Les deux étapes préalables sont :

**1) Opter pour un aspect plus libéral :** Le droit de la concurrence et le droit de la consommation reposent sur l'économie de marché. C'est le caractère démocratique qui doit s'insérer. **Le droit de la concurrence** n'est jamais effectif tant que la loi relative aux prix de produits et de services 1999 est en force. La cohabitation de ces deux lois signifie l'hésitation des pouvoirs publics dans les outils de contrôle du marché. Alors que le pays n'est pas dans la situation d'urgence ou de la guerre, les prix de certains produits sont toujours contrôlés. Pour renforcer le droit de la concurrence, il faut alors abroger la loi relative aux prix de produits et de services 1999 ou au moins restreindre les conditions du recours à cette loi.

**En droit de la consommation**, même s'il est vrai que les consommateurs sont toujours en faiblesse face aux professionnels, il ne faut pas abuser de cette infériorité par leur fournir une assistance excessive. L'intitulé du droit en thaïlandais «*le droit de la protection des consommateurs*» signifie une attitude bienveillante vis-à-vis des consommateurs et de rejet envers le professionnel. La société a beaucoup évolué et il y a maintenant peu de consommateurs naïfs. Au lieu de soutenir sans cesse les consommateurs, il vaut mieux repositionner le droit de la consommation comme un droit d'encadrement des relations économiques plutôt qu'un droit de soutiens. Il faut réduire les consommateurs-réclamants et favoriser les consommateurs-responsables qui apprennent comment s'occuper dans les contrats de consommation.

**2) Adopter une bonne approche :** Dès lors qu'un rééquilibrage est acquis, nous remarquons que les présents dispositifs dans ces deux droits ne correspondent pas à la nouvelle attitude. **En droit de la concurrence**, si le marché est libre, le contrôle des comportements d'opérateurs s'effectue *a posteriori* de l'acte sauf le contrôle de la concentration. Or, la loi relative à la concurrence 1999 impose les contrôles *a priori* même aux accords d'entente. Le contrôle dans ce cas doit être supprimé. Le législateur doit chercher les moyens pour renforcer

les pouvoirs de l'organe administratif du contrôle qui exerce les contrôles en principe *a posteriori*.

**En droit de la consommation**, la procédure spécifique des litiges de la consommation est un progrès véritable du droit. Mais une procédure améliorée ne suffit pas à régler les problèmes de consommateurs dès lors que le risque qui découle principalement des stipulations contractuelles n'est pas prévenu. En vue d'aider les consommateurs, plusieurs mesures *a posteriori* telles que la médiation ou la procédure spécifique sont mises en place pour régler le conflit. Or, il vaut mieux intervenir avant que le contrat ne soit conclu. Les pouvoirs publics doivent alors s'investir dans les contrôles *a priori* pour réduire le dommage. Les contrôles *a posteriori* doivent devenir des mesures secondaires.

Sur ce changement de paradigme en matière de politique économique, les travaux de réforme matérielle et institutionnelle pourront s'appuyer et se développer.

## **Propositions de réforme du droit de la concurrence thaïlandais**

### **1. En droit substantiel de la concurrence,**

**1.1 Les domaines de contrôle :** l'entente, l'abus de position dominante, la concentration économique et les pratiques restrictives sont suffisants. Même si les pratiques restrictives n'affectent pas le marché, elles peuvent être sous le contrôle de l'autorité en raison de la protection de l'intérêt des consommateurs. En revanche, le contrôle *ex ante* par le régime d'autorisation à conclure un accord de nature d'entente doit être supprimé.

**1.2 Le champ d'application :** les dérogations prévues à l'article 4 de la loi relative à la concurrence 1999 qui tiennent au statut de l'opérateur réduisent gravement la portée du droit. Le champ d'application doit être défini en référence aux activités qu'exerce une entité. Inspiré par l'article L410-1 du Code de commerce. L'article 4 peut être remplacé par la disposition suivante *«La présente loi s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, à l'exception des activités qui relèvent des prérogatives de puissance publique ou qui sont dans le cadre d'un monopole ou droit exclusif accordé par la loi ou le décret dans le périmètre strictement défini.»* Il faut ensuite définir l'étendue des dispositions qui octroient le monopole ou le droit exclusif aux ÉPIC ou entreprises publiques pour éviter le problème d'interprétation.

## **2. En droit procédurale de la concurrence**

**2.1 Vers une autorité nationale de la concurrence :** il faut sans doute un nouveaux organe de régulation qui doit être unique et indépendant. La Thaïlande a plutôt des expériences peu satisfaisantes sur les autorités administratives indépendantes en ce qui concerne les membres qui ne sont pas véritablement indépendants ou leur régime juridique qui pose problème lors d'un recours contre la décision. Ces leçons doivent être prises en compte dans l'élaboration du texte.

**2.2 Composition du collège de l'Autorité nationale de la concurrence :** la composition de la Commission de la concurrence est dominée par les acteurs politiques, les fonctionnaires et les secteurs privés. Le fonctionnement est marqué par le conflit d'intérêt et les membres peu disponibles. La nouvelle composition doit appuyer sur davantage d'expertise et répondre au problème en pratique du pays.

**En France,** le collège de l'ADLC comprend dix-sept membres. Le président est nommé par décret du Président de la République sur avis des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat compétentes en matière de concurrence. Des autres membres sont aussi nommé par décret du Président de la République. Parmi les seize membres,

1) Six membres en qualité de membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires,

2) Cinq membres choisies en qualité de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation, et

3) Cinq membres en qualité de personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

Pour **la Thaïlande,** nous proposons un collège à onze membres.

1) Un président nommé par décret du Premier Ministre sur la liste de trois personnalités choisies conjointement par l'Assemblée nationale et le Sénat,

2) Deux membres en qualité de membre ou ancien membre de la Cour suprême, de la Cour administrative ou des autres juridictions judiciaires ou administratives,

3) Quatre membres choisies en qualité de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation,

4) Deux membres en qualité de personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

5) Deux membres de représentants des associations de consommateurs.

Dès lors que l'Autorité nationale de la concurrence est une autorité indépendante, le président devrait représenter les autorités politiques. L'Assemblée nationale et le Sénat tiennent une séance commune pour le débat et votent les trois personnalités, et c'est le Premier Ministre qui en choisit une.

Les membres juristes sont nécessaire pour veiller à la bonne application des règles. Un membre de chaque ordre juridictionnelle est choisi par l'assemblée plénière de la Cour suprême et celle de la Cour administrative suprême. Un juge ou ancien juge ne peut être candidat dans les autres catégories.

Les quatre membres spécialistes prennent une part importante dans l'Autorité. Les sièges sont réservés *a priori* aux personnalités issues du monde académique, mais une personne d'un autre profil peut aussi faire la candidature. Le problème reste sur la commission de sélection. En ce qui concerne le cercle universitaire, en vertu de la Constitution de 1997, il y existe le Conseil des présidents d'université de Thaïlande. C'est un lieu de rencontre des présidents d'université pour la coopération entre universités et avec les pouvoirs publics. Dès lors que, le Conseil n'a pas de statut juridique, il ne peut pas désigner directement les quatre membres. Le Conseil sélectionne d'abord les huit personnalités dont la liste est transmise au Parlement. L'Assemblée nationale et le Sénat organisent ensuite une séance commune pour le débat et votent les quatre membres.

Les deux membres sont issus du monde des affaires. La part de ces membres dans l'Autorité est réduite en raison de leur conflit d'intérêt avec l'entreprise poursuivie, ce qui a empêché le fonctionnement de la Commission de la concurrence. Chaque membre est sélectionné séparément par la Chambre du commerce et la Chambre de l'industrie.

Les deux derniers membres sont les représentants des associations de consommateurs. Les associations de consommateurs agréées se réunissent et sélectionnent deux personnalités. Si l'Organe indépendant des consommateurs était créé, la sélection relèverait de sa compétence.

**2.3 Le mandat des membres du collègue :** le mandat des membres est de six ans, non-renouvelable et irrévocable. Tous les trois ans, la moitié de chaque branche (un juriste, deux

spécialistes, un représentant d'opérateurs et un représentant de consommateurs) quitte leur poste et est remplacée. La sélection des membres lors du premier remplacement se fait par tirage au sort.

**2.4 Le fonctionnement de l'Autorité nationale de la concurrence :** La Commission de la concurrence peut nommer les sous-comités d'enquête et les sous-comités d'experts. Cette faculté va à l'encontre du principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, ce qui doit être modifié dans le cadre de l'Autorité. Il y aurait trois unités : le collège, les rapporteurs et l'Office de l'Autorité nationale de la concurrence. L'Office reçoit et traite la saisine. Il la distribue de méthode aléatoire à un rapporteur qui assure l'enquête et l'instruction devant l'Autorité. La séparation sera effective. La fonction du rapporteur est indépendante du collège. Il doit également prévoir le régime de la demande des mesures provisoires.

**2.5 Les décisions :** selon la loi relative de la concurrence 1999, la Commission de la concurrence peut seulement prononcer des injonctions à mettre fin à la pratique en cause et/ou à prendre d'autres mesures nécessaires. Et le non-respect d'injonction peut donner lieu à poursuite pénale. Ce cadre de pouvoir n'est toutefois pas efficace. Il serait nécessaire de remplacer les poursuites pénales par des sanctions pécuniaires en fonction du chiffre d'affaire des entreprises sanctionnées. La sanction pénale en droit de la concurrence devrait avoir lieu seulement lorsque la personne prend frauduleusement part à la pratique anticoncurrentielle sanctionnée.

**2.6 Les voies de recours :** le recours interne devant le Comité d'appel devrait être supprimé. Les parties et le ministre du commerce devraient pouvoir contester toutes les décisions, y compris celles de la concentration économique, devant la Cour de propriétés intellectuelles et commerce international centrale ayant une compétence unique. Nous proposons cette juridiction en raison de la nature proche des matières. Il n'y a pas besoin de créer une nouvelle juridiction ou une procédure spécifique. L'appel de la décision de la Cour devrait être formé devant la Cour suprême.

Notre présentation se veut pour objectif de tracer la direction des points de réforme du droit de la concurrence. Il reste encore des détails à préciser notamment sur les procédures spéciales comme la clémence ou la non-contestation des griefs.

## **Propositions de réforme du droit de la consommation thaïlandais**

La réforme du droit de la consommation est encore plus difficile à réaliser puisqu'il y a beaucoup d'organes concernés. Nos propositions concernent principalement la structure des autorités et leur cadre de pouvoir.

**1. L'Organe indépendant des consommateurs :** la création de l'Organe qui représente et veille à l'intérêt des consommateurs est prévue par la Constitution de 1997 et la Constitution de 2007. Ces deux constitutions ont été abrogées respectivement par les coups d'état en 2006 et en 2014. Il est très probable que la nouvelle constitution prévoit encore la création de l'Organe qui attend toujours une loi d'application. Cette prévision traduit en effet la volonté des consommateurs d'avoir une correspondance avec les pouvoirs publics suite à la performance décevante de l'OCPC. La composition et les compétences attribuées deviennent alors un enjeu important dans cet organe.

**1.1 La composition :** les associations de consommateurs ont voulu créer un organe purement composé de consommateurs. Elles se méfient des professionnels qui peuvent avoir des réflexes corporatifs et des fonctionnaires qui mettent beaucoup de temps pour traiter la réclamation. Or, en France les autorités de la consommation sont les organes paritaires qui comporte autant de représentants de professionnels que ceux de consommateurs. S'il n'est pas possible que l'Organe soit paritaire, il faut quand même accorder une place pour les représentants de professionnels et des pouvoirs publics. Les membres professionnels et fonctionnaires ne devraient avoir que la part mineure dans l'Organe. Leur rôle serait plutôt comme coordonnateur. La participation des membres non-consommateurs est le complément nécessaire pour rendre l'Organe légitime.

**1.2 Les pouvoirs de l'Organe :** la première fonction de l'Organe serait sans doute d'émettre un avis en matière de consommation sur demande ou à sa propre initiative. Les associations souhaitent en outre lui attribuer un pouvoir d'enquête, ce qui n'est pas possible car c'est la mission qui relève des prérogatives de puissance publique. Une autre missions que l'Organe pourrait bien assurer est d'être l'intermédiaire entre les consommateurs et les pouvoirs publics. L'Organe pourrait utiliser ses réseaux pour organiser les concertations et diffuser les informations aux consommateurs. L'Organe pourrait également envoyer ses représentants à siéger dans d'autres organes qui exigent la participation de consommateurs.

**2. La Commission des clauses abusives :** la Thaïlande a déjà une réglementation sur les clauses abusives, mais elle est peu effective, faute d'un organe qui assure et développe les règles.

La création d'un organe paritaire pour émettre un avis sur le caractère abusif d'une clause est une idée intéressante. Nous proposons la composition adaptée du droit français : les représentants au nombre égal de professionnels et de consommateurs, les juges et les spécialistes en matière de contrats. La composition serait dominée par les représentants de professionnel et de consommateurs.

**3. La réforme de l'OCPC :** l'OCPC est responsable du traitement de réclamations. Il peut mener les enquêtes et procéder à la médiation. Ses missions sauf la médiation sont équivalentes à celles de la DGCCRF. Il n'y a pas besoin de le doter un statut indépendant. Les problèmes de l'OCPC sont au niveau de fonctionnement.

**3.1 La composition de la Commission de la protection du consommateur :** la composition est fixée depuis 1979 l'année de l'application de la loi. Elle est donc très bureaucratique. La Commission est présidée par le Premier Ministre. Les membres sont le secrétaire du Premier Ministre, les secrétaires permanents des six ministères, le secrétaire du Comité d'alimentation et de médicament et encore huit membres spécialistes. La Commission est donc une structure lourde, qui ne permet pas rigoureusement de fonctionner. La composition doit être réformée. La nouvelle composition devrait être réduite en nombre et contiendrait peu de membres de droit qui sont toujours occupés.

**3.2 Les missions de l'OCPC :** l'OCPC est contraint de répondre aux difficultés de consommateurs puisque l'Office est le bassin commun de tous les recours de consommateurs. Augmenter le nombre des effectifs peut en quelque sorte améliorer la situation, mais ce n'est pas la solution durable. Il faut en fait fixer la priorité dans les affaires qui affectent l'intérêt général ou l'ordre public.

Le projet à long terme de l'OCPC serait l'édiction des textes législatifs qui encadrent les contrats de consommation. Il serait d'avantage de systématiser les données collectés lors de la réclamation et de la médiation. Quels sont les contrats à l'origine du conflit ? Dans quels éléments les parties se disputent ? Les législations en vigueur sont-elles suffisantes à prévenir ou régler ce conflit ? L'OCPC travaille en partenariat avec l'Organe indépendant des consommateurs et des organismes professionnels afin de trouver les mesures rigoureuses et durables sur chaque point. Les travaux communs conduiront à une série des législations qui réglementent de manière spécifique les contrats de consommation. Cette approche *a priori* peut éviter les dommages et par la suite réduire la charge de travail de l'OCPC.

**4. La procédure des litiges de la consommation** : les pouvoirs particuliers dont dispose le juge dans la procédure de la consommation sont au profit du consommateur. En revanche, l'intervention peut affecter le juge de son caractère d'impartialité. S'il est difficile de supprimer les avantages accordés à la partie consommateur, il faut au moins limiter le pouvoir du juge notamment en ce qui concerne la recherche des faits. Dans le régime actuel, le juge procède à la recherche des faits ou désigne un agent du dossier à prendre en charge. Nous proposons que les missions relatives à la recherche des faits relèvent *a priori* de la compétence de l'agent du dossier. Lors de la saisine, l'agent du dossier procéderait à la recherche des faits supplémentaire s'il estime que la plainte du consommateur n'est pas suffisante. L'agent présenterait ensuite l'ensemble des éléments devant le juge. Le pouvoir du juge se limiterait à ce qu'il puisse ordonner à l'agent une recherche supplémentaire s'il trouve que les faits ne sont pas encore suffisants. Le juge ne pourrait ni procéder à la recherche par lui-même, ni choisir l'agent du dossier responsable. La proposition permettrait à l'agent du dossier d'exercer sa fonction d'une manière plus indépendante, ce qui renforce l'impartialité du juge.

Notre thèse a répondu ainsi à trois éléments. Elle a été **d'abord** une étude comparative entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation qui permet d'approfondir la connaissance de la régulation économique dans plusieurs aspects, qu'ils soient l'organisation des autorités de régulation, la variété des objectifs et modalités d'intervention ainsi que les approches adoptées pour chacun des droits. Le droit français et le droit thaïlandais ont fait **ensuite** l'objet de comparaison. Dans le système démocratique et l'économie de marché, les deux pays agissent différemment sur leurs problématiques du droit de la concurrence et du droit de la consommation en fonction des contextes socio-économiques de chaque pays. Le droit comparé est riche d'enseignement : il permet d'éclairer sur les caractéristiques, les évolutions, les succès et les difficultés réciproques. Toutes ces éléments contribuent à évaluer la performance des deux domaines juridiques mais surtout proposer des réformes éventuelles. Notre recherche a adopté **enfin** une approche globale du droit substantiel de la concurrence et de la consommation avant de procéder à l'étude des procédures d'application pour vérifier la correspondance entre le droit substantiel et le droit procédural.

À l'issue de notre recherche, est-il utile de poser une question essentielle : comment pouvons-nous désigner un régime des autorités de la concurrence et de la consommation qui est

en phase avec l'évolution des activités économiques ? Notre étude comparative ne vise pas à former un système idéal des autorités, mais elle permet de caractériser des éléments-clés du système utiles pour la réforme. Reste à chaque pays de réaliser son propre régime. C'était l'objet de notre thèse.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Ouvrages généraux

- ARCELIN-LÉCUYER Linda, *Droit de la concurrence Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Presses Universitaires de Rennes, 2<sup>e</sup> édition, 2013
- BRASSEUL Jacques, *Petite histoire des faits économiques des origines à nos jours*, Armand Colin, 3<sup>e</sup> édition, 2013
- CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2010
- CONDOMINES Aurélien, *Guide pratique du droit français de la concurrence*, LGDJ, 2014
- DAVO Hélène et PICOD Yves, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2010
- DECOCQ André et DECOCQ Georges, *Droit de la concurrence droit interne et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, 3<sup>e</sup> édition, 2008
- DEPINCE Malo, MAINGUY Daniel et RESPAUD Jean-Louis, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2010
- DOUCHY-OUDOT Méлина, *Procédure civile*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2014
- FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, 2012
- GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 2007
- HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 33<sup>e</sup> édition, 2012
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12<sup>e</sup> édition, 2002
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962
- MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2011
- NICOLAS-VULLIERME Laurence, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2<sup>e</sup> édition, 2011
- PRÉLOT Pierre-Henri, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette supérieur, 2<sup>e</sup> édition, 2010
- RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2011
- ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011
- SAY Jean-Baptiste, *Traité d'économie politique*, Crapelet, 1803
- SERRA Yves, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993

## II. Ouvrages spéciaux et thèses

ARCELIN Linda, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003

BACQUET-BRÉHANT Valérie, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005

BERNARD Sébastien, *Droit public économique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2013

BIDAUD Laïla, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001

BONFILS Philippe, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2009

BOURDEAU-BOROWSKY Nathalie, *Essai sur la notion de marché pertinent*, Thèse Toulouse, 2007

CALAIS-AULOY Jean, *Proposition pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990

CATALA Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, La documentation française, 2005

CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> édition, 2002

CHONÉ Anne-Sophie, *Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, 2010

CLUZEL-MÉTAYER Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006

COLBERT Jean-Baptiste, *Testament politique de messire Jean Baptiste Colbert*, La Haye Chez Henry van Bulderen, 1694

COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2012

DELVOLVÉ Véronique, *La liberté d'entreprendre*, Thèse Université Paris 2, 2002

FARJAT Gérard, *Pour un droit économique*, PUF, 2004

FENOUILLET Dominique et LABARTHE Françoise, *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2004

FIN-LAGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002

- GOLTZBERG Stefan, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2013
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912
- GUINARD Dorian, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Presses Universitaires de Sceaux, 2012
- INGELAERE Frédéric, *Droit public économique*, Ellipses, 2007
- LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Droit public économique*, LexisNexis, 7<sup>e</sup> édition, 2012
- LUCAS DE LEYSSAC Claude et PARLÉANI Gilbert, *Droit du marché*, PUF, 2002
- MACH Olivier, *L'entreprise et les groupes de société en droit européen de la concurrence*, Thèse Genève, 1974
- MÉLIN François, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence*, LGDJ, 2010
- MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004
- NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition
- PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001
- PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996
- RAPP Lucien, SYMCHOWICZ Nil et TERNEYRE Philippe, *Droit public des affaires*, Éditions LAMY, 2009
- RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2002
- SAUPHANOR Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000
- SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Les contrats de consommation Règles communes*, LGDJ, 2013
- SAVY Robert, *Droit public économique*, Dalloz, 1977
- SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008
- VOGEL Louis (dir), *Les actions civiles de concurrence Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, Édition Panthéon Assas, 2013
- ZEVOUNOU Lionel, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse Université Paris X, 2010

### III. Articles

#### Articles dans les ouvrages

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, «L'évolution des rapports entre la liberté d'entreprendre et les droits sociaux devant le Conseil constitutionnel», in *Libertés économiques et droits de l'homme*, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir), Presse universitaire de Paris ouest, 2011, p. 254 et suiv.

AUGUET Yvan, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 30 et suiv.

BIENVENU Jean-Jacques, «Les autorités de régulation et les libertés économiques», in *Les libertés économiques*, Guillaume DRAGO et Martine LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 124 et suiv.

BOY Laurence, «Le nouveau contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ?», in *Technology and competition, Technologie et concurrence, Contributions in honour of, Mélanges en l'honneur de Hanns ULLRICH*, Larcier, 2009, p. 780 et suiv.

CALAIS-AULOY Jean, «Concurrence déloyale et protection du consommateur», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 61 et suiv.

CAMBY Jean-Pierre, «La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ?», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 27 et suiv.

CHEVALLIER Jacques, «Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974 p. 281 et suiv.

DA COSTA CERQUEIRA Gustavo Vieira, «Données fondamentales pour la comparaison en droit privé français et brésilien», in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, Thales Morais da Costa, Michel STORCK et Gustavo Vieira da COSTA CERQUEIRA (dir), L'Harmattan, 2010, p. 80 et suiv.

DECOOPMAN Nicole, «Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes», in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 214 et suiv.

DRAGO Guillaume, «Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 29 et suiv.

FAURE Michael, «L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Bruno DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 114 et suiv.

FERRIER Didier, «La liberté du commerce et de l'industrie», in *Libertés et droit fondamentaux*, Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 832 et suiv.

FERRIER Didier, «Les pratiques restrictives de concurrence pour quelle finalité ?», in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz, 2006, p. 193 et suiv.

GERBER David, «Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence», in *La modernisation du droit de la concurrence*, Guy CANIVET (dir), LGDJ, 2006, p. 107 et suiv.

GHOZI Alain, «La conformité», in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002, p. 103 et suiv.

DE GROVE-VALDEYRON Nathalie, «Le cadre juridique des OGM dans l'Union européenne : une avancée pour la protection du consommateur», in *Sécurité alimentaire et OGM*, Richard OUELLET (dir), Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 177 et suiv.

HOWELLS Geraint et WIELMSSON Thomas, «EC and US Approches to Consumer Protection – Should the Gap be Bridged ?», *Yearbook of European Law*, 1997, Presse Universitaire d'Oxford, 1999, p. 212 et suiv.

IDOT Laurence, «À propos de l'internalisation du droit réflexions sur la soft law en droit de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 86 et suiv.

JOUBERT Mickael, «L'ouverture des économies depuis le XIXe siècle : enjeux et acteurs», in *Économie, sociologie et histoire du monde contemporain*, Alain BEITONE (dir), Armand Colin, 2013, p. 346 et suiv.

LEVENEUR Laurent, «Code civil, Code de commerce et Code de la consommation», in *Le Code de commerce 1807-2007*, Dalloz, 2007, p. 90 et suiv.

LIBCHABER Rémy, «La propriété, droit fondamental», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 788 et suiv.

KOVAR Robert, ««Je t'aime moi non plus» : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 47 et suiv.

LORY Jean, «Le rôle du juge civil dans la libre concurrence», in *La libre concurrence face aux juges*, Loïc GRARD et Bernard SAINTOURENS (dir), Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 100 et suiv.

MACKAAY Ejan, «L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. DEFFAINS (dir), Édition CUJAS, 2002, p. 13 et suiv.

MARTIN Gilles, «L'ordre concurrentiel et la protection de l'environnement», in *L'ordre concurrentiel Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 478 et suiv.

MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure, «La liberté contractuelle», in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir), Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, 2014, p. 809 et suiv.

NOGUELLOU Rozen, «Le consommateur et les services publics en France», in *Le consommateur Journée colombienne*, Bruylant, 2010, p. 565 et suiv.

PAISANT Gilles, «Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers», in *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lauren OJHA et Pierre-François VULLIEMIN, (éd), CEDIDAC, 2010, p. 3 et suiv.

PERL Pierre Olivier, «L'analyse économique des échanges internationaux», in *Économie, sociologie et histoire du monde contemporain*, A. BEITONE (dir), Armand Colin, 2013, p. 370 et suiv.

RAYMOND Guy, «Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation», in *Les contrats de consommation*, PUF, 2002, p. 9 et suiv.

TERNEYRE Philippe, «La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ?», in *Les libertés économiques*, G. DRAGO et M. LOMBARD (dir), Édition Panthéon Assas, 2003, p. 15 et suiv.

## **Articles dans les périodiques**

- AFCHAINÉ Marie-Agnès, «Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents», *JCP E*, n°9, 1 mars 2007, 1278
- AUGUET Yves, «Transfert de clientèle et loyauté de la concurrence développée par d'anciens salariés», *D.*, 2000, p. 325 et suiv.
- BAUBY Pierre, «L'eupéanisation du service public postal», *RCE*, 2007/2, N°2, p. 148 et suiv.
- BAZEX Michel et URLACHER Camille, «Contrôle des aides publiques par l'ASMC», *CCC*, n°7, juillet 2011, comm. 169
- BAZEX Michel, «Règles de création et de gestion d'un service public : intervention de l'Autorité de la concurrence», *CCC*, 2009, n°10, comm. 251
- BAZEX Michel et BLAZY Sophie, «Services publics et concurrence : la conciliation par le droit communautaire», *RLC*, 2005/1, p. 70 et suiv.
- BÉROUJON François, «La sanction du droit du marché par le juge administratif», *RJEP*, n° 712, octobre 2013, étude 13
- BONNET Julien, «Les contrôles *a priori* et *a posteriori*», *NCC*, N° 40-2013
- BOTTEGHI Damien et LIÉBER Sophie-Justin, «Se passer de la publicité n'est pas si facile», *AJDA*, 2010, p. 670 et suiv.
- BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, «Le «marché de la consommation durable» : regards sur la loyauté des pratiques commerciales», *CCC*, décembre 2012, p. 6 et suiv.
- BRAULT Dominique et MAULIN Romain, «La procédure de non-contestation des griefs : Un succès non contestable», *RDLC*, n°2/2011, p. 86 et suiv.
- BUSSY Florence, «*Nul ne peut être juge et partie*», *D.*, 2004, p. 1745 et suiv.
- CANIVET Guy, «De l'efficacité de la politique de la concurrence», *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, p. 86 et suiv.
- CLAUDEL Emmanuelle, «La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française», *RDLC*, n°4-2012, p. 43 et suiv.
- CLAUDEL Emmanuelle, «Les propositions du Livre blanc – Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité», *RDLC*, n°4-2008, p. 3 et suiv.
- CLÉMENT-WILZ Laure, MARTUCCI Francesco et MAYEUR-CARPENTIER Coralie, «Chronique - Droit de l'Union Européenne et droit administratif français», *RFDA*, 2010, p. 377 et suiv.

- CHEVALLIER Jacques, «Les droits du consommateur usager de services publics», *Droit social*, 1975, p. 75 et suiv.
- COENEN-HUTHER Jacques, «Pouvoir, autorité, légitimité En marge d'un livre récent d'Alain Renaut», *RESS*, XLIII-131 I 2005, p. 135 et suiv.
- DELAUNAY Benoît, «Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres», *RJEP*, n° 668, octobre 2009, étude 11, p.4 et suiv.
- DELPECH Xavier, «Modification du cadre institutionnel des politiques publiques en matière de consommation», *Dalloz actualité*, 12 juillet 2010
- DRUMMEN Jean-Bertrand, «Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence», *JCP E*, n°18, 6 mai 2010, 1443
- FARJAT Gérard, «L'importance d'une analyse substantielle en droit économique», *RIDE*, 1986, p. 9 et suiv.
- FATÔME Étienne, «Office public de l'habitat, entreprise sociale ?», *AJDA*, 2013, p. 100 et suiv.
- FOURGOUX Jean-Louis, «Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie le droit de la concurrence et le droit de la consommation en matière de clauses abusives», *CCC*, mars 2011, p. 13 et suiv.
- GIRARDOT Thierry-Xavier et RAYNAUD Fabien, «Contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres. - Application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence», *AJDA*, 1997, p. 945 et suiv.
- HOCHART Juliette et de LANZAC Pauline, «L'action en réparation du dommage résultant d'infractions au droit de la concurrence», *JCP G*, n°38, 16 septembre 2013, 976
- JAUNET Vincent, «Relation entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale», *CCC*, n°5, mai 2013, dossier 9
- JEANNENEY Pierre-Alain, «Existence d'un monopole national pour les jeux d'argent», *RJEP*, n° 673, mars 2010, comm. 14
- JULIEN Jérôme, «Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation», *CCC*, n°5 mai 2014, dossier 2
- JUSTIER Sylvain, «3 QUESTIONS Droit de la concurrence et private enforcement», *JCP E*, n°23, 7 juin 2012, 361

- KAUFF-GAZIN Fabienne, «Étiquetage des produits contenant des OGM en faible quantité», *Europe*, juillet 2005, comm. 245
- KOVAR Jean-Philippe, «Où en est la liberté du commerce et de l'industrie», *DA*, décembre 2007, p. 7 et suiv.
- LASSERRE Valérie et LE MORE Pauline, «Premières observations sur la mise en oeuvre de l'action de groupe en matière de consommation (D. n° 2014-1081, 24 sept. 2014)», *CCC*, n°11 novembre 2014, étude 11
- LASSERRE Bruno, «L'office de l'Autorité de la concurrence», *Justice & cassation*, 2010, p. 101 et suiv.
- LASSERRE Bruno, «La nouvelle Autorité de la concurrence», *RDLC*, N° 1-2009, p. 2 et suiv.
- MAZEAUD Dennis, «Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique», *RLC*, 2006/9, p. 137 et suiv.
- MEISTER Marie, «Organismes génétiquement modifiés», *Europe*, novembre 2011, comm. 434
- NICINSKI Sophie, «Actualité du droit de la concurrence et de la régulation», *AJDA* 2011, p. 649 et suiv.
- NICINSKI Sophie, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés», *RFDA*, 2008, p. 35 et suiv.
- NICINSKI Sophie, «Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles», *JCP A*, n° 44, 29 octobre 2007, étude 2287, p. 57 et suiv.
- PAISANT Gilles, «Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ?», *JCP G* n° 22, 27 mai 2013, 589
- PAISANT Gilles, «Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Quelle influence et quelle harmonisation ?», *JCP G* n°38, 20 septembre 2006, 429
- PICOD Yves, «Droit de la consommation», supplément de *Droit et procédures – La revue des huissiers de justice*, Encart n°2/63<sup>e</sup> année, février 2010
- PIERRE-MAURICE Sylvie, «Utilité de l'option de compétence territoriale au profit du consommateur», *CCC*, 2011, n°1, étude 2
- PRIEUR Raymond, «Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché», *RTD Com.*, 1960, p. 521 et suiv.
- RAYMOND Guy, «Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation», *CCC*, 2010, n°10, étude 11

VILMART Christine, «Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée», *JCP E*, n°4, 22 janvier 2009, 1077

VOGEL Louis, «Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ?», *JCP E*, n°12, 21 mars 2013, 1711

WALINE Marcel, «Le critère des actes juridictionnels», *RDP*, 1933, p. 572 et suiv.

WOLF Ernest, «La législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux», *RIDC*, 1950, Vol. 2, p. 458 et suiv.

### Articles sur Internet

CANIVET Guy (2011), *La mutation des fonctions régaliennes, état des lieux*, [En ligne] <http://www.lecercladeseconomistes.asso.fr/IMG/pdf/S13-Canivet-03.pdf> (le 26 mars 2013)

Centre européen de la consommation (2011), *Le marché européen du crédit à la consommation existe-t-il ? L'exemple Franco-Allemand*, [En ligne] [http://www.europe-consommateurs.eu/uploads/media/4.4.1\\_Le\\_marche\\_europeen\\_du\\_credit\\_a\\_la\\_consommation\\_existe\\_t\\_il.pdf](http://www.europe-consommateurs.eu/uploads/media/4.4.1_Le_marche_europeen_du_credit_a_la_consommation_existe_t_il.pdf) (le 30 novembre 2013)

CHATZISTAVROU Filippa (2007), *L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit*, *Le Portique* [En ligne], 15 | 2005, <http://leportique.revues.org/index591.html> (21 septembre 2013)

LASSERRE Bruno. (2009), *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace*, [En ligne]

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/du\\_conseil\\_a\\_l\\_autorite\\_jan09\\_bl\\_journal\\_societes.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/du_conseil_a_l_autorite_jan09_bl_journal_societes.pdf) (le 10 octobre 2014).

SAUVÉ Jean-Marc (2011), *La notion de service d'intérêt économique général Cadre européen et régimes nationaux, Allocution d'ouverture*, p. 2, [En ligne] <http://www.conseil-etat.fr/media/document/DISCOURS%20ET%20INTERVENTIONS/intervention-colloque-sieg-vd.pdf> (le 27 mars 2013)

## IV. Rapport

BARBA Catherine, *2020 : la fin du e-commerce... ou l'avènement du commerce connecté ?*, Étude de la Fédération e-commerce et vente à distance, 2011

CHATEL Luc, *De la conso méfiance à la conso confiance*, Rapport au Premier Ministre de la mission parlementaire auprès du Secrétaire d'État aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur «l'information, la représentation et la protection du consommateur», (Rapport CHATEL), 2003

Commission consommation du MEDEF, *Les propositions du MEDEF : Consultation publique sur les délais de paiement entre entreprises et le prononcé de sanctions administratives par la DGCCRF*, 2013

Commission européenne, *Sixième rapport sur les aides d'État dans le secteur des produits manufacturés et certains autres secteurs de l'Union européenne*, COM(1998) 417 final, 1998

Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations unies, *Notre avenir à tous*, (Rapport Brundtland), 1987

LAURENT Dominique, *Mission relative au mouvement consumériste en France*, Rapport présenté au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2009

LAVILLE Élisabeth, *Pour une consommation durable*, Rapport du Centre d'analyse stratégique, n°33,2011

Ministère des affaires étrangères et européennes, *La France à la loupe Le développement durable en France*, Info synthèse, 2008

Paypal, *Modern Spice Routes The Cultural Impact and Economy Opportunity of Cross-Border Shopping*, 2013

TANGKITVANICH Somkiat, *Le développement de loi relative à l'application du dommage punitif en Thaïlande*, Rapport présenté au ministère de la justice, 2010 (Rapport en thaï)

## **V. Ouvrages Thaïlandais**

BUNBANYEN Kanungnit, *Problèmes sur la procédure civile en vertu de l'article 39 de la loi relative à la protection du consommateur 1979 au regard de l'action de groupe*, Mémoire de Master à Université Thammasat, 2006

BORAMANAND Nantawat, *Droit administratif relatif au service public*, Winyuchon, 3<sup>e</sup> édition, 2004

CHETSUMON Chatchai, *Communauté ASEAN : les conséquences sur le droit thaïlandais*, Winyuchon, 2012

CHUTIWONGSE Narathip, *Les théories de la microéconomie*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 7<sup>e</sup> édition, 2004

THANITCUL Sakda, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, Winyuchon, 2<sup>e</sup> édition, 2010

THANITCUL Sakda, *Principes et jurisprudences sur le droit et la vie des affaires*, Nititham, 3<sup>e</sup> édition, 2012

SUPHANIT Susom, *L'évolution du droit thaïlandais de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2011

SUPHANIT Susom, *Le droit du marketing*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 2<sup>e</sup> édition, 2010

SUPHANIT Susom, *Le droit de la consommation*, Presse universitaire de Chulalongkorn, 4<sup>e</sup> édition, 2003

SUPHANIT Sutee, *Les principes et règles de la loi relative à la concurrence 1999*, Presse Universitaire de Thammasat, 1<sup>er</sup> édition, 2012

WAYUPARB Pairoj, *Exposé sur la loi relative à la procédure des litiges de la consommation*, 2<sup>e</sup> édition, 2012

## **VI. Articles thaïlandais**

LIKKASITWATTANAKUL Surasak, «La responsabilité pénale des personnes morales : étude à la recherche des méthodes juridiques pour la Thaïlande en comparaison du droit anglais et du droit français», *Nitisart* (Revue de la faculté de droit, Université Thammasat), mars 2009, p. 84

POLAKUL Pokin, «Les contrats administratifs en droit thaïlandais», *Journal de la Cour administrative*, Volume 1, janvier – avril 2004, p. 19

SAWAENGSUK Atukkit. (2009). «Extrême» Critiques envers l'ordonnance de la Cour administrative suprême à propos de l'affaire Map Ta Phut, [En ligne]. <http://prachatai.com/journal/2009/12/27076> (le 4 janvier 2012).

SUTHISORN Sudsanguan, *La médiation entre le détenu et la victime dans l'affaire pénale*, [En ligne] <http://www.correct.go.th/journal/j2/new7.html> (le 26 mars 2013)

## ANNEXE

Afin de faciliter la lecture, les annexes sont incluses dans la thèse pour mettre en lumière l'application des règles de la concurrence et de la consommation thaïlandaises. Quatre pièces sont ainsi annexées :

1) **La loi thaïlandaise relative à la concurrence B.E. 2542 (1999)** Il s'agit d'une version française de la loi relative à la concurrence 1999 élaborée par Monsieur Jerawat JONGSA-NGUANDEE, chargé de mission juridique au Conseil d'État de Thaïlande. Le texte est transmis en toute originalité. Cette version est une traduction non-officielle et faite seulement dans le but de faciliter la compréhension de cette loi aux étrangers. La référence à la législation thaïlandaise dans une juridiction quellequ'elle soit ne peut être faite qu'avec la version thaïlandaise.

2) **Le schéma de procédure de la Commission de la concurrence** Ce schéma est présenté dans la page 293 de l'ouvrage, *Exposé et étude de cas sur la loi relative à la concurrence 1999 (E.B. 2542)*, du Professeur Sakda THANITCUL. Nous l'avons traduit en français.

3) **Le schéma de procédure de l'Autorité nationale de la concurrence** À partir de notre proposition dans la conclusion générale, nous réalisons le schéma qui permet de comprendre le nouveau cadre procédural proposé ainsi que de le comparer avec la procédure actuelle.

4) **The Consumer protection Act B.E. 2522 (1979)** Il s'agit d'une version anglaise de la loi relative à la protection du consommateur du 30 avril 1979.

5) **Consumer case procedure Act B.E. 2551** Il s'agit d'une version anglaise de la loi relative à la procédure des litiges de la consommation du 17 février 2008.

Ces deux traductions en anglais sont élaborées par *Chandler and Thong-ek Law Offices Limited* en Thaïlande. Nous avons obtenu l'autorisation à les utiliser dans le cadre pédagogique. Ces deux versions sont des traductions non-officielles et n'ont aucune valeur juridique. Seuls les textes originaux en Thaï ont la valeur juridique.

# 1) **La loi thaïlandaise relative à la concurrence**

## **B.E. 2542 (1999)**

---

Bhumibol Adulyadej, Rex.,

Donné le 22 mars B.E. 2542 (1999)

Étant le 54<sup>e</sup> année du présent règne<sup>©</sup>

Sa majesté le Roi Bhumibol Adulyadej est gracieusement heureux de proclamer :

Attendu qu'il est opportun d'avoir une loi relative à la concurrence en révisant les règles relatives à la prévention de monopole prévues par la loi relative à la détermination de prix des produits et la prévention de monopole,

Attendu que cette loi comporte certaines dispositions relatives à la restriction de droits et des libertés des personnes dont l'article 29 conjointement avec l'article 31, l'article 35, l'article 36, l'article 45, l'article 48 et l'article 50 de la Constitution du Royaume de la Thaïlande prévoient qu'il n'est permis qu'en vertu d'une disposition législative,

En conséquence, décrété par le Roi, par et avec le conseil et le consentement de l'Assemblée nationale, comme suit

**Article 1** – Cette loi est appelée « la loi relative à la concurrence de 1999 .»

**Article 2** – Cette loi est entrée en vigueur à l'issue de 30 jours à compter du jour de la publication au Journal Officiel.<sup>1</sup>

**Article 3** – Dans cette loi :

---

© 2010, Jerawat JONGSA-NGUANDEE, Office of the Council of State of Thailand (www.krisdika.go.th www.lawreform.go.th)

NB. Cette version est une traduction non-officielle et faite seulement dans le but de faciliter la compréhension de cette loi aux étrangers. La référence à la législation thaïlandaise dans une juridiction quellequ'elle soit ne peut être faite qu'avec la version thaïlandaise.

<sup>1</sup> Publiée dans le JO. (thaïlandais), 31 mars 1999, n° 116, sect. 22 A., p. 7-22.

«des affaires» signifient des activités agricoles, industrielles, commerciales, financières, des activités d'assurance ou de service ou une autre activité déterminée par un arrêté ministériel par le ministre compétent ;

«des activités financières» signifient une activité de banque commerciale selon la loi relative aux banques commerciales, une activité de capitaux ou de crédit foncier selon la loi relative aux capitaux, aux opérations financières, et au crédit foncier, et une activité relative aux valeurs selon la loi relative aux valeurs et à la bourse ;

«des opérateurs d'affaires» signifient des distributeurs (ou vendeurs), des producteurs afin de distribution, des auteurs des commandes ou des importateurs dans le territoire national afin de distribution, ou des acheteurs afin de production ou de distribution des produits ou des prestataires de service ;

«des produits» signifient des choses qui peuvent être utilisées ou consommées ainsi que les titres de propriété de telles choses ;

«des services» signifient le fait de faire une chose quelconque, l'allocation d'une prérogative, la permission d'utiliser ou de bénéficier d'un bien ou d'une activité, en contre partie d'une rémunération ou autres bénéfices, mais n'incluent pas le contrat de travail ;

«le prix» signifie le prix d'un produit y compris le contrepartie d'une prestation de service ;

«des opérateurs d'affaires disposant d'une position dominante» signifie un ou plusieurs opérateurs d'affaires dans un marché d'un produit ou d'un service disposant de parts de marché et de montant des ventes supérieurs aux seuils déterminés par la Commission de la concurrence, avec accord du Conseil des ministres, et publié au Journal Officiel, et en considération de la situation de concurrence du marché ;

«la Commission» signifie la Commission de la concurrence ;

«les membres de la Commission» signifient les membres de la Commission de la concurrence ;

«le secrétaire général» signifie le secrétaire général de la Commission de la concurrence

«les agents compétents» signifient les fonctionnaires nommés par le ministre pour accomplir des fonctions selon cette loi ;

«le ministre» signifie le ministre responsable de cette loi.

**Article 4** – Cette loi ne s’applique pas aux actes :

- (1) de l’administration centrale, des administrations régionales ou des collectivités locales,
- (2) des entreprises publiques au sens de la loi relative à la procédure budgétaire,
- (3) des associations des agriculteurs, coopératives ou groupement de coopératives reconnus par la loi et dont l’objet est de faire commerce aux bénéfices de l’exercice du métier des agriculteurs,
- (4) d’une entreprise d’un secteur spécifique déterminé par le règlement du Ministère pour déroger, intégralement ou partiellement aux dispositions de cette loi.

**Article 5** – Le Ministre de commerce est le ministre responsable de cette loi sauf en ce qui concerne les activités financières où le ministre de commerce et le Ministre du budget sont solidairement responsables. Le Ministre de commerce est compétent pour nommer les agents compétents et pour édicter des arrêtés ministériels pour le bon fonctionnement de cette loi et compétent pour édicter des règlements prévus par cette loi.

Les arrêtés ministériels et les règlements sont entrés en vigueur après avoir été publiés au Journal Officiel.

## **Section I : La Commission de la concurrence**

**Article 6** – Est instituée la Commission de la concurrence, composée de Ministre de commerce en tant que président de la Commission, le secrétaire général du Ministère de commerce en tant que vice-président, le secrétaire général du Ministère du budget, huit à douze personnalités disposant des connaissances et des expériences en matière juridique, de sciences économique, commerciale, de gestion, et de l’administration publique nommées par le Conseil des ministres, et dont moins la moitié doit provenir du secteur privé, en tant que membres de la Commission et le secrétaire général en tant que membre de la Commission et secrétaire de la Commission.

La nomination des personnalités du premier alinéa doit être conforme aux règles prévues par l'arrêté ministériel.

**Article 7** – Les personnalités compétentes qui seront nommées comme membres de la Commission ne doivent pas être fonctionnaires politiques, personnes occupant un poste politique, un membre d'un comité d'un parti politique ou un responsable de l'administration d'un parti politique.

**Article 8** – La Commission est compétente pour :

- (1) donner avis au ministre concernant l'édiction des arrêtés ministériels selon cette loi,
- (2) édicter un règlement fixant les seuils des parts de marché et de chiffre d'affaires qui détermine si un opérateur d'affaires détiennent une position dominante,
- (3) examiner les plaintes de l'article 18(5),
- (4) édicter des règles relatives à la collecte des échantillons de produits afin de vérification ou d'analyse selon l'article 19(3),
- (5) édicter un règlement fixant le nombre de parts de marché, du chiffre d'affaires, du capital, des actions ou des actifs selon l'article 26 alinéa 2,
- (6) ordonner, en vertu des articles 30 et 31, aux opérateurs d'affaires de suspendre, de cesser ou de modifier leurs comportements,
- (7) édicter des règles relatives aux formes, règles, procédures et conditions de la demande de concentration ou d'entente afin de réduire ou restreindre la concurrence selon l'article 35,
- (8) examiner les demandes de concentration ou d'entente afin de réduire ou restreindre la concurrence selon l'article 35,
- (9) inviter une personne à venir donner des faits, des explications, des conseils ou des avis,
- (10) surveiller et faire accélérer le travail du sous-comité d'enquête en ce qui concerne l'instruction des violations de cette loi,
- (11) édicter des règles pour l'accomplissement des fonctions des agents compétents pour le bon fonctionnement de cette loi,
- (12) accomplir autres actes qui sont dans leur compétence en vertu d'une disposition législative,

(13) considérer de procéder aux poursuites pénales selon les plaintes des victimes selon l'article 55.

**Article 9** – Les membres choisis en raison de leur compétence selon l'article 6 sont nommés pour un mandat de 2 ans.

Lorsque le mandat du premier alinéa se termine et que les nouveaux membres de la Commission choisis en raison de leur compétence ne soient pas encore nommés, les membres sortants restent dans leur fonction jusqu'à l'entrée en fonction des nouveaux membres.

Les membres de la Commission choisis en raison de leur compétence qui avaient terminé leur mandat peuvent être à nouveau nommé mais ils ne doivent pas exercer plus de deux mandats consécutifs.

**Article 10** – Les dispositions des articles 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 et 83 de la loi relative aux procédures administratives de 1996 s'appliquent à la nomination et à la cessation des fonctions des membres de la Commission choisis en raison de leur compétence et à la séance de la Commission sans préjudice aux dispositions du présente loi. Les membres de la Commission choisis en raison de leur compétence cessent également leur fonction s'ils présentent des caractéristiques interdites selon l'article 7.

**Article 11** – La Commission peut désigner un sous-comité afin qu'il examine et présente un avis sur un sujet déterminé ou pour qu'il accomplisse un acte assigné et soumette un rapport à la Commission.

**Article 12** – La Commission désigne un ou plusieurs sous-comités d'experts spécialisés. Chaque sous-comité est composé de quatre à six personnalités ayant des compétences dans des matières concernées et disposant des connaissances et des expériences dans des différentes matières, par exemple, la matière juridique, scientifique, d'ingénierie, pharmaceutique, agricole, science économique, commerciale, comptable ou de gestion en tant que membres du sous-comité, et d'un représentant de la Direction de commerce intérieur en tant que membre du souscomité et son secrétaire général.

Le sous-comité d'experts spécialisé est présidé par un président choisi parmi ses membres par ses pairs.

**Article 13** – Les sous-comités d'experts spécialisés sont compétents pour apprécier et soumettre des avis à la Commission de la concurrence selon ses demandes en ce qui concerne les sujets suivants :

(1) Les comportements relatifs aux abus de position dominante, aux opérations de concentration, à la réduction ou à la restriction de la concurrence en vertu des articles 25, 26, 27, 28 et 29,

(2) L'appréciation de la demande d'autorisation de concentration, de réduction ou de restriction de la concurrence en vertu de l'article 37,

(3) Les autres issues selon que la Commission de la concurrence lui demande d'apprécier ou d'accomplir.

Pour le besoin de cette loi, les sous-comités d'experts spécialisés peuvent soumettre des avis ou des recommandations à la Commission de la concurrence en ce qui concerne l'exécution de cette loi.

Pour la mise en oeuvre des actes de l'alinéa premier, les sous-comités d'experts spécialisés ont le pouvoir de convoquer, par écrit, une personne pour qu'elle vienne faire des déclarations ou pour qu'elle lui transmette un document ou une preuve pour la considération.

**Article 14** - La Commission désigne un ou plusieurs sous-comités d'enquête. Chaque sous-comité d'enquête est composé d'une personne ayant la compétence et l'expérience en ce qui concerne le droit pénal, qui peut être nommé parmi les officiers de police ou les officiers du ministère public, et de quatre fonctionnaires au plus, ayant la compétence et l'expérience en ce qui concerne l'économie, le droit, le commerce, l'agriculture ou la comptabilité. Un représentant de la Direction de commerce intérieur est également un membre du sous-comité et son secrétaire.

Les sous-comités d'enquête sont compétents pour enquêter et instruire les dossiers des infractions selon cette loi et ensuite en faire des rapports d'avis à la Commission de la concurrence pour la considération.

Le sous-comité d'enquête est présidé par un président choisi parmi ses membres par ses pairs.

**Article 15** – Dans l’accomplissement de ses fonctions selon cette loi, les membres de la Commission de la concurrence et les membres des sous-comités d’enquête de l’article 14 disposent des mêmes pouvoirs et devoirs que les enquêteurs du code de la procédure pénale.

**Article 16** – Dans le cas où la Commission transmettrait au procureur un avis favorable à la poursuite des personnes ayant commis l’infraction, pour contester l’éventuelle décision du procureur de classer l’affaire sans suite en vertu des dispositions du code de procédure pénale, le président de la Commission de la concurrence dispose des prérogatives du directeur général de la police nationale ou du préfet selon le cas.

**Article 17** – Sans préjudices à ces dispositions, les dispositions des articles 9 et 10 s’appliquent aux sous-comités, aux sous-comités d’experts spécialisés et aux sous-comités d’enquête.

## **Section II : Le Bureau de la commission de la concurrence**

**Article 18** – Est institué le Bureau de la Commission de la Concurrence dans la Direction du Commerce Intérieur du Ministère du Commerce. Le directeur général de la Direction du Commerce Intérieur occupera le poste de secrétaire général du Bureau et sera le responsable du fonctionnement du Bureau. Il est compétent pour :

- (1) effectuer des tâches administratives de la Commission, du Comité d’appel et des sous-comités désignés par la Commission ;
- (2) prescrire des règlements pour le besoin du bon fonctionnement du Bureau de la Commission de la concurrence ;
- (3) surveiller les agissements et les conduites des opérateurs d’affaires et en faire un rapport à la Commission ;
- (4) procéder aux études, aux analyses et à la recherche concernant les produits, les services et les comportements des opérateurs d’affaires et de soumettre des recommandations et des avis à la Commission sur la prévention de la domination du marché, de la concentration des entreprises et de la réduction ou la restriction de la concurrence dans le marché ;

(5) recevoir les plaintes des personnes alléguant les infractions de cette loi et effectuer le filtrage pour soumettre les plaintes à la Commission selon les règlements de la Commission publiés au Journal Officiel ;

(6) coordonner avec des organismes gouvernementaux ou d'autres agents concernés afin d'appliquer les dispositions de cette loi ;

(7) exécuter des actes, des règlements, des avis et des résolutions de la Commission et exécuter des tâches confiées par la Commission, le Comité d'appel ou les Sous-comités désignés par la Commission.

**Article 19** – Pour la mise en oeuvre de cette loi, les agents compétents ont les pouvoirs suivants :

(1) convoquer par écrit à une personne de se présenter pour fournir des déclarations, des faits ou d'explication écrite, ou pour fournir des comptes, des registres, des documents ou toute preuve pour l'examen ou pour compléter l'examen ;

(2) entrer dans les lieux des activités, lieux de production, lieux de distribution, lieux d'achat, entrepôts ou lieux de service de l'opérateur d'affaires ou de toute personne ou d'autres lieux suspectés de façon raisonnable d'être lieux où les infractions de la loi de la concurrence ont été commises, pour vérification et l'application de cette loi ou pour la perquisition ou saisie des preuves ou biens saisissables en vertu de cette loi ou pour l'arrestation de toute personne ayant commis une infraction de cette loi sans mandat dans les cas suivants :

(a) lorsqu'un flagrant délit est commis dans tels lieux ;

(b) lorsqu'une personne commettant un flagrant délit, poursuivie, se réfugie dans tels lieux ou qu'il y a de sérieux motifs qui montrent que la personne se réfugie dans tels endroits;

(c) lorsqu'il y existe un motif raisonnable qui montre que les preuves ou les biens saisissables en vertu de cette loi se trouvent dans tels endroits et qu'il y a un doute raisonnable que, le temps d'obtenir le mandat, ces preuves ou biens saisissables seraient déplacés, dissimulés, détruits ou transformés de leur état d'origine ;

(d) lorsque la personne objet de l'arrestation est le propriétaire de lieu et que l'arrestation est faite avec un mandat ou que l'arrestation peut être faite sans mandat ;

Pour ce fait, les agents compétents ont le pouvoir de demander des faits, demander les comptes, registres, documents ou autres preuves de l'opérateur d'affaires ou de la personne concernée ou ordonner à la personne concernée qui occupe le lieu d'exécuter certains actes qui sont nécessaires.

(3) collecter des échantillons de produits, dans la quantité raisonnable, pour examen ou analyse sans avoir à en payer le prix et conformément à des modalités prévues par le règlement de la Commission publiées au Journal Officiel ;

(4) mettre sous scellés les documents, comptes, registres ou preuves pour examen et la poursuite de la procédure de cette loi.

**Article 20** – Dans l'accomplissement des fonctions des agents compétents, les personnes intéressées doivent coopérer raisonnablement avec les agents compétents.

**Article 21** – Dans l'accomplissement de leurs fonctions, des agents compétents doivent produire leur carte d'identification aux personnes concernées.

Les cartes d'identification sont dans les formes prévues par le ministre, publiées au Journal Officiel.

**Article 22** – La convocation de l'article 13 alinéa 3, de l'article 19 (1) ou de l'article 44 (3), doit être délivrée par l'agent compétent au domicile ou au siège social de la personne faisant objet de la convocation, entre la lever et le coucher du soleil ou pendant les heures d'ouverture de l'intéressé ou elle peut être envoyée par lettre recommandée avec accusée de réception.

Une fois délivrée selon les modalités du premier alinéa par l'agent compétent, si la personne faisant l'objet de la convocation refuse d'accepter la convocation écrite sans motif valable, l'agent compétent demande à l'officier administratif ou l'officier de police pour être témoin, et laisse la convocation sur place. Si l'agent compétent ne trouve pas la personne faisant l'objet de la convocation à son domicile ou à son siège social, il peut délivrer la convocation à une personne majeure qui habite dans le domicile ou qui travaille ou le siège social. S'il ne trouve personne ou que personne n'accepte la convocation, l'agent compétent doit afficher la convocation à un endroit visible du domicile ou du siège social de l'intéressé en présence d'officier administratif ou d'officier de police témoin.

Une fois les formalités de l'alinéa premier ou de l'alinéa deuxième sont accomplies, la personne faisant l'objet de la convocation est réputé avoir reçu la convocation, s'il s'agit de l'affichage de la convocation, l'intéressé est réputé avoir reçu la convocation à compter du 5e jour à compter de l'affichage, et s'il s'agit de l'envoi de la convocation par courrier recommandé avec avis de réception, l'intéressé est réputé avoir reçu la convocation à compter du 5e jour à compter de l'avis de réception.

**Article 23** – Lors de la mise en oeuvre de cette loi, les membres de la Commission, les membres du Comité d'appel, les membres des sous-comités, le secrétaire général et les agents compétents sont des officiers selon le code pénal.

**Article 24** – Pour les besoins de l'arrestation des personnes ayant commis l'infraction de cette loi, les agents compétents disposent des pouvoirs identiques à ceux des officiers administratifs ou officiers de police selon le code de la procédure pénale.

L'arrestation peut se faire sans mandat s'il s'agit d'un flagrant délit ou s'il y a d'autres circonstances dans lesquelles le code de la procédure pénale prévoit que l'officier administratif ou l'officier de police peut procéder à l'arrestation sans mandat.

### **Section III : La prévention du monopole**

**Article 25** - Il est interdit aux opérateurs d'affaires disposant une position dominante sur un marché d'adopter l'une des pratiques suivantes :

(1) fixer ou maintenir le niveau de prix d'achat ou de vente ou de tarif de la prestation de service de manière déraisonnable ;

(2) fixer les conditions obligatoires, directement ou indirectement, d'une manière déraisonnable, exigeant des autres opérateurs d'affaires qui sont ses clients de limiter leur offre de service, leur production, leur achat ou leur vente de bien ou de restreindre leur possibilité d'achat ou de vente de produit, leur possibilité d'obtenir ou de fournir une prestation de service ou leur possibilité d'obtenir des crédits de la part des autres opérateurs d'affaires ;

(3) suspendre, diminuer ou restreindre la prestation de service, la production, l'achat, la vente, la délivrance, l'importation sans justification raisonnable, détruire ou endommager les produits afin de diminuer la quantité au niveau inférieur à la demande sur le marché ;

(4) intervenir d'une manière déraisonnable sur l'exploitation d'un autre opérateur d'affaires.

**Article 26** – Il est interdit aux opérateurs d'affaires de procéder à la concentration qui pourrait créer une situation de monopole ou une concurrence inéquitable selon les prescriptions édictées par la Commission de la concurrence publiées au Journal Officiel sauf à être préalablement autorisé par la Commission.

Les prescriptions de la Commission de l'alinéa premier précisent les seuils relatifs aux parts de marché, chiffre d'affaires, nombre de capital et nombre d'actions ou d'actifs au dessus desquels elles s'appliquent.

La concentration selon l'alinéa premier signifie également :

(1) la concentration entre producteurs, la concentration entre distributeurs (ou vendeurs), la concentration entre producteurs et distributeurs ou la concentration entre prestataires de service qui a pour effet le maintien du statut de l'un et la disparition du statut de l'autre ou la création d'une nouvelle entreprise,

(2) l'acquisition de la totalité ou d'une partie d'actifs d'une autre entreprise afin d'en avoir un contrôle sur la politique d'administration, de direction ou de gestion,

(3) l'acquisition de la totalité ou d'une partie d'actions d'une autre entreprise afin d'en avoir un contrôle sur la politique d'administration, de direction ou de gestion.

La demande d'autorisation du premier alinéa est soumise par l'opérateur d'affaires à la Commission selon l'article 35.

**Article 27** – Il est interdit aux opérateurs d'affaires d'entrer en accord avec un autre opérateur d'affaires pour pratiquer un des actes ayant la caractéristique de monopoliser ou de réduire la concurrence ou de restreindre la concurrence dans un marché de produit donné ou de service donné dans l'une des manières suivantes :

(1) fixer le prix de vente d'un produit ou d'un service à un prix unique ou selon l'accord ou restreindre la quantité de vente d'un produit ou d'un service ;

(2) fixer le prix d'achat d'un produit ou d'un service à un prix unique ou selon l'accord ou restreindre la quantité d'achat d'un produit ou d'un service ;

(3) entrer dans un accord afin de posséder la domination du marché ou le contrôle du marché ;

(4) fixer un accord ou des conditions de manière collusive afin de permettre à une partie de gagner un enchère ou un appel d'offre d'un produit ou d'un service ou afin d'empêcher une partie de participer à un enchère ou à un appel d'offre d'un produit ou d'un service ;

(5) fixer la répartition géographique dans laquelle chaque opérateur d'affaires peut distribuer ou restreindre la distribution d'un produit ou d'un service, ou fixer la répartition de clientèle auquel chaque opérateur peut distribuer un produit ou fournir un service sans que les autres ne puissent entrer en compétition dans la distribution de produits ou la fourniture de service ;

(6) fixer la répartition géographique dans laquelle chaque opérateur d'affaires peut acheter un produit ou un service, ou fixer la répartition de clientèle duquel chaque opérateur peut acheter un produit ou obtenir un service ;

(7) fixer la quantité de produits ou de service que chaque opérateur d'affaires peut produire, acheter, distribuer ou fournir afin de limiter la quantité à un niveau inférieur que la demande dans le marché ;

(8) réduire la qualité de produits ou de service à un niveau inférieur à celui précédemment produit, distribué ou fourni alors que la distribution est faite à un même prix ou à un prix plus élevé ;

(9) désigner une personne ou confier à une personne la distribution exclusive ou la fourniture exclusive de mêmes produits ou de mêmes services ou de produits ou services de même genre ;

(10) fixer des conditions ou des usages concernant l'achat ou la vente d'un produit ou d'un service afin de réaliser une pratique uniforme convenue.

Dans le cas où il serait nécessaire commercialement de pratiquer des actes de (5), (6), (7), (8), (9) ou (10), pour une période de temps donnée, l'opérateur d'affaires peut demander l'autorisation de la Commission selon l'article 35.

**Article 28** – Il est interdit pour un opérateur d'affaires ayant une relation d'affaires avec un opérateur d'affaires établi hors du territoire national, que ce soit par liens contractuels, à travers la politique, le partenariat, l'actionnariat ou autres liens similaires, de faire en sorte de restreindre des possibilités pour toute personne résidant dans le territoire national souhaitant acquérir des produits et service pour la consommation de les acquérir directement des entreprises établies hors du territoire national.

**Article 29** – Il est interdit aux opérateurs d'affaires d'accomplir un acte qui n'est pas de la concurrence libre et équitable et qui a pour effet de détruire, d'endommager, d'exclure ou de restreindre l'exercice des activités d'un autre opérateur d'affaires ou afin d'entraver les activités d'autres opérateurs ou de causer la cessation de leurs activités.

**Article 30** – La Commission dispose d'un pouvoir d'ordonner, par écrit, à l'opérateur d'affaires disposant plus de 75 % de parts de marché d'interrompre, de cesser ou de modifier ses parts de marché et pour cela, la Commission peut en prévoir les règles, les moyens, les conditions et le délai à respecter.

**Article 31** – Si la Commission estime qu'un opérateur d'affaires enfreint l'article 25, 26, 27, 28 ou 29, elle a le pouvoir d'ordonner par écrit à l'opérateur d'affaires d'interrompre, de cesser ou de modifier ses actes et pour cela, la Commission peut en prévoir les règles, les moyens, les conditions et le délai à respecter.

L'opérateur d'affaires qui reçoit la décision de l'alinéa premier et qui n'en est pas d'accord, a le droit d'en faire appel selon l'article 46.

L'opérateur d'affaires ne peut pas demander les dommages-intérêts à la Commission en raison de l'ordre de l'alinéa premier.

**Article 32** – Dans la procédure de décision de l'article 31, la Commission de la concurrence doit raisonnablement donner l'occasion aux opérateurs d'affaires, les sous-comités d'expert, les sous-comités d'investigation ou les agents concernés de fournir des explications et des preuves.

Dans l'émission de la décision de l'article 31, la Commission doit préciser les motivations en fait et en droit et l'ordre est signé par les commissaires participant à la délibération.

La notification de la décision du deuxième alinéa, doit être faite dans le délai de 7 jours à compter de la décision de la Commission et l'article 22 s'y applique sans préjudice à cette disposition.

**Article 33** – La personne qui reçoit la décision de l'article 31 doit s'y conformer sauf si un juge ou le Comité d'appel a émis un jugement ou une décision de suspendre l'exécution de la décision ou de révoquer la décision de la Commission.

**Article 34** – Dans le cas où un tribunal déciderait qu'un opérateur d'affaires a commis une infraction de l'article 25, 25, 27, 28 ou 29, le tribunal ordonne également à l'opérateur d'affaires d'interrompre, cesser ou modifier l'acte visé.

#### **Section IV : La demande d'autorisation et la décision de l'autorisation**

**Article 35** – L'opérateur d'affaires qui souhaite demander l'autorisation d'accomplir un acte de l'article 26 ou 27(5), (6), (7), (8), (9), ou (10) peut soumettre la demande selon les formes, les procédures, règles et conditions prévues par la Commission et publiées au Journal Officiel.

La demande d'autorisation doit au moins

- (1) comporter les raisons et la nécessité de l'acte
- (2) comporter les procédures projetées
- (3) comporter le délai du projet.

**Article 36** – Lors de l'examen de la demande de l'article 35, la Commission doit y procéder dans le délai de 90 jours à compter de la réception de la demande et doit raisonnablement donner l'occasion aux opérateurs d'affaires, sous-comités d'experts ou agents concernés de fournir des explications et des preuves.

Dans le cas d'une nécessité qui fait que l'examen de la demande ne peut être accomplie dans le délai prévu au premier alinéa, la Commission peut prolonger le délai de 15 jours maximum et il faut constater les raisons et la nécessité de la prolongation dans la considération de la demande.

**Article 37** – Si la Commission, après l'instruction et la considération, estime que la demande d'autorisation de l'article 35 d'un opérateur d'affaire est justifiée par une nécessité commerciale raisonnable, bénéfique à la promotion du commerce, ne crée pas de dommages graves à l'économie et n'affecte pas les bénéfices et intérêts des consommateurs en général, la Commission accorde autorisation, par écrit, à l'opérateur d'affaires. Si la Commission refuse l'autorisation, le refus doit être fait par écrit et communiquer à l'opérateur d'affaires dans le meilleur délai.

En ce qui concerne l'autorisation du premier alinéa, la Commission peut prévoir un délai ou une condition à respecter par l'opérateur d'affaires ayant obtenu l'autorisation. Si elle estime que les situations économiques, les faits ou les comportements sur lesquels la Commission s'est fondée pour accorder une autorisation ont changé, la Commission peut, à tout moment, modifier, ajouter ou révoquer le délai ou les conditions prévus.

L'opérateur d'affaire visé par la décision et qui n'en est pas satisfait a le droit d'en faire appel selon l'article 46.

**Article 38** – La Commission doit énoncer les motivations, en fait et en droit, de l'autorisation ou du refus d'autorisation de l'article 37. L'autorisation ou le refus d'autorisation est signé par les membres de la Commission participant à la délibération. Les dispositions de l'article 32 s'y appliquent sans préjudice à ces dispositions.

**Article 39** – L'opérateur d'affaires ayant obtenu l'autorisation de l'article 37 doit mettre en oeuvre son commerce dans la limite du temps et des conditions prévus par l'autorisation.

En cas de violation ou de non-respect du premier alinéa, la Commission a le pouvoir de révoquer, partiellement ou intégralement, l'autorisation de l'article 37 et peut également fixer un délai dans lequel l'opérateur d'affaires doit s'y conformer.

## **Section V : L'action en dommages-intérêts**

**Article 40** – Les personnes ayant subi des dommages du fait de la violation des articles 25, 26, 27, 28 ou 29 peuvent demander les dommages-intérêts de la part des personnes ayant commis l'infraction.

L'action en dommages-intérêts du premier alinéa peut être exercée par la Commission de la protection des consommateurs ou les associations de la loi relative à la protection des consommateurs à la place des consommateurs ou à la place de leurs membres selon le cas.

**Article 41** – L'action en dommages-intérêts de l'article 40, si elle n'est pas intentée dans le délai d'un an à compter du moment où la victime connaît ou devrait connaître la violation de la loi de la concurrence, le droit d'intenter une telle action devant une juridiction est éteint.

## **Section VI : L'appel**

**Article 42** – Est institué un Comité d'appel composé de sept personnalités au plus ayant la compétence et l'expérience en matière juridique, économique, de gestion ou d'administration de l'État nommées par le Ministre.

Le président du comité d'appel est choisi parmi les membres et par ses pairs.

Le directeur de la Direction de commerce intérieur nomme des fonctionnaires de la Direction de commerce intérieur aux postes de secrétaire et de secrétaire adjoint du Comité d'appel.

**Article 43** – Les personnalités qui sont nommées comme membres du Comité d'appel ne doivent pas présenter des caractéristiques interdites de l'article 7 et ne doivent pas être membre de la Commission.

**Article 44** – Le Comité d'appel est compétent pour :

- (1) prévoir les procédures et formalités d'appel selon l'article 47 alinéa premier ;
- (2) statuer sur l'appel de la décision de la Commission de l'article 31 ou 37 ;

(3) convoquer par écrit une personne concernée à l'audition ou à lui transmettre un document ou des preuves pour la considération de l'appel ;

(4) décider d'interrompre l'exécution de la décision de la Commission de l'article 31 ou 37.

**Article 45** – Les membres du Comité d'appel sont en fonction pour un mandat de 4 ans.

Pour le premier mandat, à l'issue de 2 ans, trois membres du Comité d'appel, choisi par le tirage au sort, cessent leur fonction et cette cessation de la fonction est considérée comme si leurs mandats se terminent.

Les dispositions de l'article 9 alinéa 3 et l'article 10 s'appliquent, sans préjudices à ces dispositions, aux membres du comité d'appel.

**Article 46** – Concernant l'appel de la décision de la Commission de l'article 31 et 37, le destinataire de la décision peut faire appel devant le comité d'appel dans le délai de 30 jours à compter de la réception de la décision de la Commission.

**Article 47** – Les procédures et les formalités d'appel suivent les règles prévues par le Comité d'appel et publiées au Journal Officiel.

Le Comité d'appel doit statuer sur l'appel dans le délai de 90 jours à compter de la réception de l'appel et la décision est notifiée par écrit à l'appelant et les dispositions de l'article 36 et 38 s'y appliquent sans préjudice à ces dispositions.

La décision du Comité d'appel est une décision en dernier ressort.

La Commission et les opérateurs d'affaires doivent se conformer à la décision du Comité d'appel.

## **Section VII : Les sanctions**

**Article 48** – Toute personne qui ne se conforme pas à la convocation du sous-comité d'experts, des agents habilités ou du Comité d'appel de l'article 13 alinéa 3, l'article 19(1) ou de

l' article 44(3) selon le cas, est punie de 3 mois d'emprisonnement et/ou de 5000 bahts d'amende.<sup>2</sup>

**Article 49** - Le fait d'entraver les enquêtes ou l'exercice de la fonction des agents habilités selon les articles 19(2), (3) ou (4) ou l'article 22 est puni d'un an d'emprisonnement et/ou de 20.000 bahts d'amende.<sup>3</sup>

**Article 50** – Toute personne qui ne facilite pas l'exercice de la fonction des agents habilités selon l'article 20 est puni d'un mois d'emprisonnement et/ou de 2000 bahts d'amende.<sup>4</sup>

**Article 51** – Toute personne qui a commis une violation de l'article 25, 26, 27, 28, 29 ou qui ne se conforme pas à l'article 39 est punie de 3 ans d'emprisonnement et/ou de 6.000.000 bahts d'amende. En cas de récidive, les peines encourues sont doublées.<sup>5</sup>

**Article 52** – Toute personne qui n'exécute pas la décision de la Commission selon l'article 30, 31 ou la décision du Comité d'appel de l'article 47 est punie d'un à trois ans d'emprisonnement ou d'entre 2.000.000 et 6.000.000 bahts d'amende<sup>6</sup> et d'une astreinte jusqu'à 50.000 bahts par jour<sup>7</sup> pour toute la durée de l'inexécution.

**Article 53** – Toute personne qui a divulgué des informations concernant le commerce ou les opérations d'un opérateur d'affaires qu'il est d'usage de garder secret et qu'elle en a eu connaissance en raison de l'exercice de ses fonctions selon cette loi est punie d'un an d'emprisonnement et /ou de 100.000 bahts d'amende<sup>8</sup> sauf s'il s'agit d'une divulgation dans le cadre de l'exercice de ses fonction ou pour le bénéfice de l'instruction de l'examen du dossier.

---

<sup>2</sup> Environ 125 euros

<sup>3</sup> Environ 500 euros

<sup>4</sup> Environ 50 euros

<sup>5</sup> Environ 150 000 euros

<sup>6</sup> Environ 50 000 à 150 000 euros

<sup>7</sup> Environ 1 250 euros

<sup>8</sup> Environ 2 500 euros

Toute personne qui a obtenu des informations de la part des personnes du premier alinéa qui a divulgué de telles informations de sorte qu'il soit préjudiciable à une personne est punie de même peine.

**Article 54** – Si l'auteur de l'infraction de cette loi est une personne morale, les dirigeants, les gérants ou les personnes responsables de l'exploitation de la personne morales encourent des peines prévues pour telle infraction sauf s'ils puissent prouver que les infractions sont commises à leur insu ou sans leur accord ou qu'ils ont pris des mesures avec la diligence nécessaire pour prévenir les infractions.

**Article 55** – Pour les infractions de l'article 51 et l'article 54, les personnes ayant subi les préjudices n'ont pas le droit de déclencher eux-mêmes une action pénale, mais ont le droit de soumettre les plaintes à la Commission pour la considération selon cette loi.

**Article 56** – Pour les infractions de cette loi qui sont punies d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement non supérieur à un an, la Commission dispose d'un pouvoir d'appliquer les sanction elle-même. L'utilisation de ce pouvoir peut être déléguée par la Commission à un sous-comité, au secrétaire général ou aux agents compétents.

Lorsque l'auteur de l'infraction a payé le montant d'amende dans le délai prévu, l'action pénale est éteint selon les dispositions du code de la procédure pénale.

### **Dispositions transitoires**

**Article 57** – Dans le cas où l'opérateur d'affaires, en raison d'une nécessité, a commis des actes prévus à l'article 27 (5), (6), (7), (8), (9) ou (10) le jour où cette loi est entrée en vigueur, il doit soumettre la demande d'autorisation dans le délai de 90 jours à compter de l'entrée en vigueur de cette loi et une fois la demande d'autorisation est soumis, l'opérateur d'affaires peut continuer des actes prévus à l'article 27 (5), (6), (7), (8), (9) ou (10) jusqu'à ce qu'il reçoive la décision concernant la demande d'autorisation.

Contresigné par

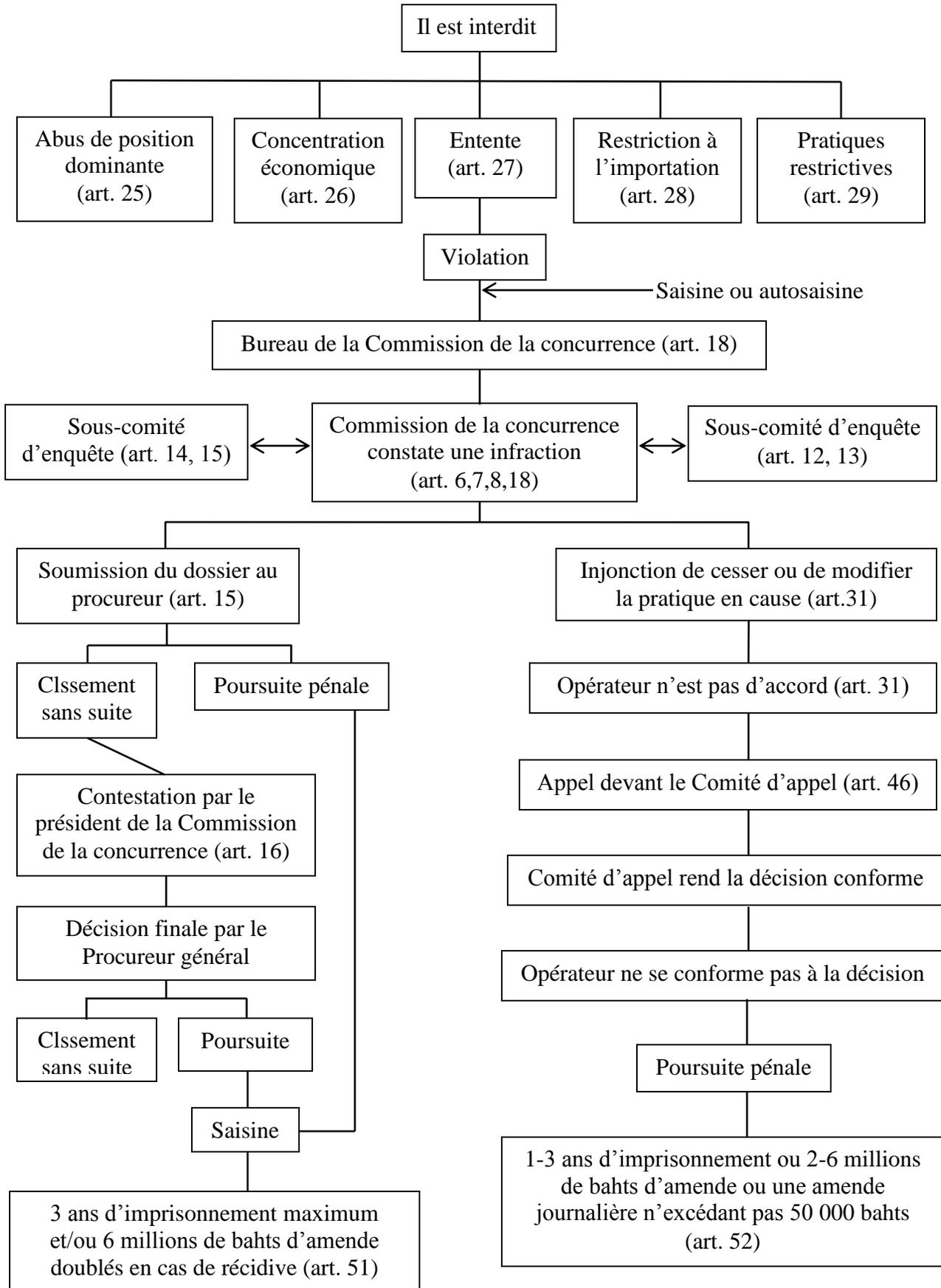
Chuan Leekpai  
Premier ministre

**Note**<sup>9</sup> : La raison de la promulgation de cette loi est comme il y a eu l'abrogation de la loi relative à la fixation de prix et à la prévention de monopole qui était en vigueur et que les dispositions relatives à la fixation de prix de produits et les dispositions relatives à la prévention de monopole étaient réunies dans une seule et même loi, il convient d'améliorer les principes relatifs à la prévention de monopole et édicter une loi spéciale relative à la concurrence comportant, de manière ordonnée, les dispositions relatives à la prévention des comportements ayant trait de monopole, de réduction ou de restriction de la concurrence, ce qui contribuera à la promotion de la libre concurrence et de la prévention de comportement déloyal dans la vie des affaires.

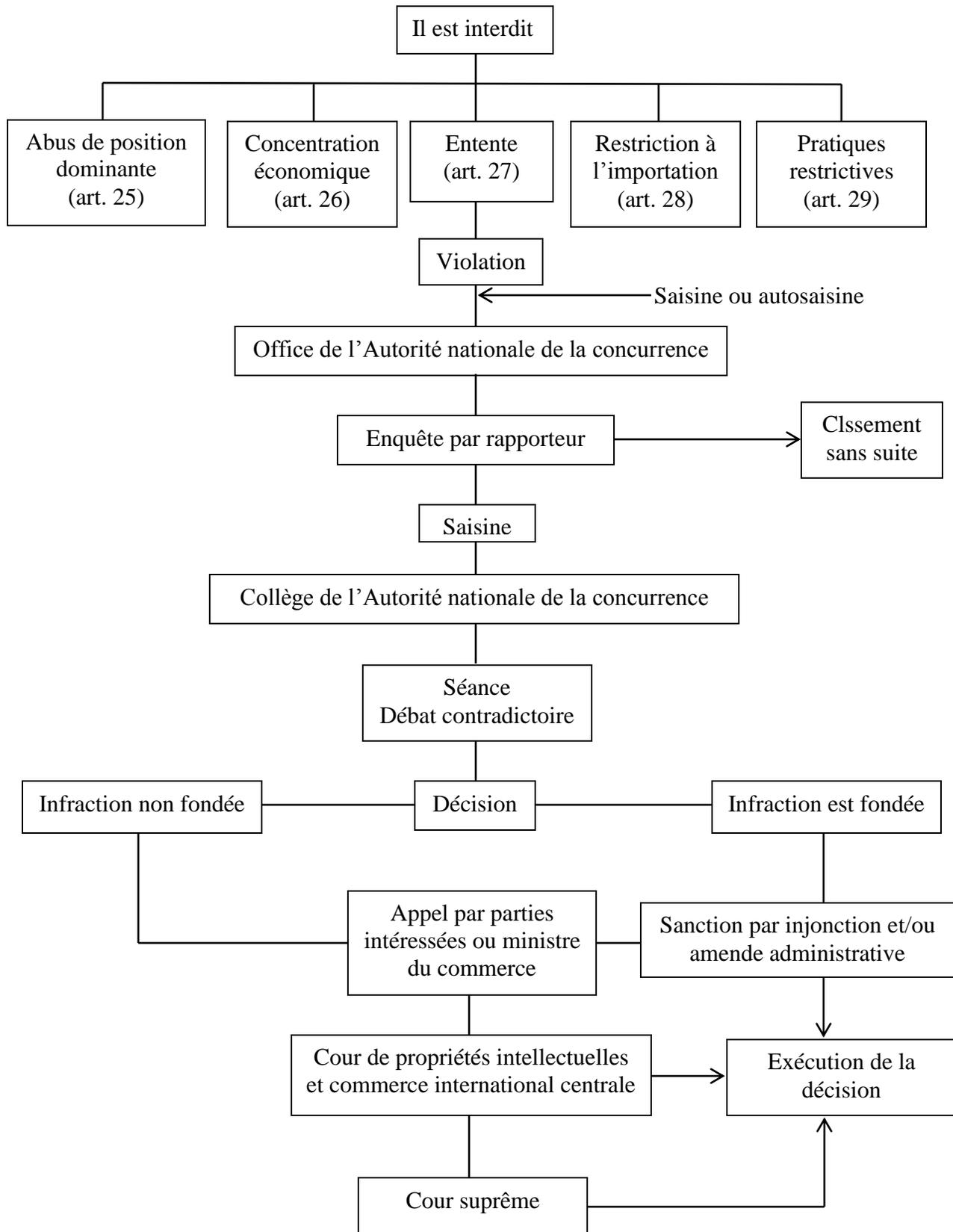
---

<sup>9</sup> Il est d'usage législatif en Thaïlande d'avoir une note d'exposé de motif pour chaque loi pour expliquer la raison de chaque loi.

## 2) Le schéma de procédure de la Commission de la concurrence



### 3) Le schéma de procédure de l'Autorité nationale de la concurrence



**4) The Consumer protection Act**  
**B.E. 2522 (1979)**

(As amended up to the Consumer Protection Act (No. 3) B.E. 2556 (2013))

---

BHUMIBOL ADULYADEJ, REX.

Given on the 30<sup>th</sup> day of April B.E. 2522 (1979)

Being the 34<sup>th</sup> Year of the Present Reign

His Majesty King Bhumibol Adulyadej has been graciously pleased to proclaim that:

Whereas it is expedient to enact a law on consumer protection,

Be it, therefore, enacted by H.M. the King, by and with the advice and consent of the National Legislative Assembly, in the capacity of the Parliament, as follows:

**Section 1.** This Act shall be called the “Consumer Protection Act, B.E. 2522 (1979)”.

**Section 2.** This Act shall come into force on and from the day following the date of its publication in the Government Gazette.

**Section 3.** In this Act:

“Buy” includes hire, hire-purchase, acquire by any means by paying consideration in term of money or other benefits.

“Sell” includes to hire out, to hire out on hire-purchase basis, or to procure for, by whatever means, in consideration of money or other benefits, as well as the offer or the invitation for such purpose.

“Commodity” means article manufactured or possessed for sale.

“Service” means the undertaking to manage an affair for another, the giving of any right or the allowing for the use of, or the giving of the benefits in, any property or business in return

---

This English translation was prepared by Chandler and Thong-ek Law Offices Limited. Although care was taken to render the translation as reliable as possible, it does not carry any legal authority. Only the original text in Thai has legal force.

for consideration in term of money or other benefits, but not including the hire of services under the Labour Law.

“Manufacture” means to make, mix, prepare, assemble, invent or convert, and it shall mean to include transforming, modifying, grading or apportioning for packing.

“Consumer”<sup>1</sup> means a person who buys or receives service from a business operator or a person who is offered or induced by a business operator to buy a commodity or to receive service, and it shall mean to include a user of commodity or a person receiving service from a business operator legitimately though the said user did not pay a consideration in return therefore.

“Business Operator” means a person who sells, manufactures for sale, orders or imports into the kingdom for sale, or buys for sale any commodity, or who renders service, and it shall mean to include operator of advertising business.

“Statement” includes the making appear of letters, picture, motion picture, light, sound, sign or any act which enables the general public to understand the meaning.

“Advertise” means to carry out any act by any means so as to make a statement appeared or known to the public for trading purpose.

“Advertising medium” means any thing used as a medium for advertising such as newspaper, printed matters, radio broadcasting, radio television, post and telegraph, telephone, or signboard.

“Label” means picture, design, paper, or any other thing which makes appear of a statement concerning commodity, which is shown at the commodity or at the container or package of the commodity or which is inserted or united with the commodity or the container or package of the commodity, and it shall mean to include the document or manual for use in connection with the commodity, the signboard put up or shown at the commodity or the container or package of the commodity.

“Contract”<sup>2</sup> means an agreement between a consumer and a business operator for the buying and selling of commodity or the rendering and receiving of service.

“Board” means the Consumer Protection Board.

“Member” means member of the Consumer Protection Board.

---

<sup>1</sup> Amended by Section 3 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>2</sup> Added by Section 4 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

“Competent Officer” means the person appointed by the Minister to execute this Act.

“Minister” means the Minister having charge and control of the execution of this Act.

**Section 4.** The consumer has the rights to receive protections as follows:

(1) The right to receive correct and sufficient information as well as quality description concerning commodity or service;

(2) The right to have the freedom of choosing commodity or service;

(3) The right to receive safety in using the commodity or service;

(3 bis)<sup>3</sup> The right to receive fairness in executing a contract;

(4) The right to receive consideration of and compensation for damages.

Such activities, however, shall be as provided by relevant laws or by this Act.

**Section 5.** In performing duties under this Act, the competent officer shall have the following powers:

(1) To count, weight, measure and inspect the commodity and collect or take same in a reasonable quantity as sample for testing without having to pay for it, provided it is in accordance with the principles laid down by the Board;

(2) To search, seize or attach the commodity, container or package of commodity or other documents which are not in conformity with this Act for the purpose of taking legal proceeding when there is a reason to suspect that this Act has been violated;

(3) To have access into the place or any carrier for the purpose of inspecting the manufacture of commodity, the sale of commodity or the service including to examine the books of accounts, documents and concerned equipment of a business operator when there is a reason to suspect that this Act has been violated;

(4) To issue summons calling any person to come to give statements or send documents and evidences necessary for the consideration of the competent officer.

While the competent officer is in the course of performing his duties as stated in paragraph one, the persons concerned shall accord him with reasonable convenience.

---

<sup>3</sup> Added by Section 5 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

**Section 6.** In performing the duties stated in Section 5 (3), if it is not an urgent case, the competent officer shall send a notice in writing to the owner or the person in possession of the place or of the carrier in advance as is reasonable, and shall perform his such duties in the presence of the person who is in possession of the said place or carrier or, if the owner or the possessor is not there, in the presence of other persons, at least two in number, who are requested by the competent officer to come to be witnesses.

Searching as stated in Section 5 (2) may be carried out by the competent officer only during sunrise and sunset.

**Section 7.** In performing duties under this Act, the competent officer shall show his identification card when requested by the person concerned.

The identification card of the competent officer shall be in the form prescribed in Ministerial Regulations.

**Section 8.** The Prime Minister shall have charge and control of the execution of this Act, and shall have the power to appoint competent officer and to issue Ministerial Regulations for the execution of this Act.

Such Ministerial Regulations shall become effective upon publication in the Government Gazette.

## **CHAPTER 1**

### **CONSUMER PROTECTION BOARD**

---

**Section 9.**<sup>4</sup> There shall be an establishment of a Board called “Consumer Protection Board” comprising the Prime Minister as Chairman, the Secretary to the Prime Minister, the Permanent Secretary for the Office of the Prime Minister, the Permanent Secretary for Agriculture and Cooperatives, the Permanent Secretary for Commerce, the Permanent Secretary for Interior, the Permanent Secretary for Industry, the Permanent Secretary for Transport and

---

<sup>4</sup> Amended by Section 6 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

Communications, the Secretary-General of the Food and Drug Administration, and not more than eight qualified persons appointed by the Council of Ministers, as board members, and the Secretary-General of the Consumer Protection Board as board member and secretary.

**Section 10.** The Board shall have the following powers and duties:

(1) To consider the complaints lodged by the consumers who have received trouble or damages caused by an act of a business operator;

(1/1)<sup>5</sup> To mediate or compromise on disputes relating to violation of the consumer's rights according to what the consumer and business operator have agreed upon before entering an action in court, provided that it is in conformance with the rules established by the Board and published in the Government Gazette;

(1/2)<sup>6</sup> To promote, develop and support the consumer protection works, provided that it is in conformance with the rules established by the Board.

(2)<sup>7</sup> To take action in connection with the commodity or service likely to injure the consumer as described in Sections 36, 37 or 38, as the case may be.

(3) To notify or publish information concerning the commodity or service which is likely to cause damage or detriment to the rights of the consumer, and in this respect it may as well mention the name of the commodity or service, or the name of the business operator;

(4) To give counsels and advices to the committees for specific affairs and to consider appeals against order of a committee for specific affairs;

(5) To lay down regulations for the performance of duties of the committees for specific affairs and sub-committees;

(6) To monitor and accelerate the competent officer, government agencies or other work units of the State to exercise their powers and duties as provided by law, as well as to accelerate the competent officer to take legal action against offences relating to infringement of the rights of the consumer;

(7) To take proceeding concerning infringement of the rights of the consumer as deemed appropriate by the Board or when requested by an applicant as stated in Section 39;

---

<sup>5</sup> Added by Section 3 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

<sup>6</sup> Added by Section 3 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

<sup>7</sup> Amended by Section 4 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

(8)<sup>8</sup> To recognize associations and foundations as stated in Section 40.

(9) To propose opinions to the Council of Ministers in relation to the policy and measures respecting consumer protection, and to consider giving opinions in any matter in relation to consumer protection as assigned by the Council of Ministers or by the Minister;

(10) To carry out any other act as provided by law to be the powers and duties of the Board.

In performing duties under this Section, the Board may assign the Officer of the Consumer Protection Board to act or to prepare recommendations to the Board for consideration and further action.

**Section 11.** The member appointed by the Council of Ministers shall hold office for a term of three years each time.

Retired members are eligible to re-appointment.

**Section 12.** Other than retirement by rotation as stated in Section 11, the member appointed by the Council of Ministers vacates office upon:

(1) death;

(2) resignation;

(3) dismissal by the Council of Ministers;

(4) becoming bankrupt;

(5) becoming incompetent or quasi-incompetent;

(6) being sentenced to imprisonment by final court's judgment, except where it is punishment for an offence committed through negligence or a petty offence.

In case a member retires prior to rotation, the Council of Ministers may appoint any person as replacement member who shall be in office only for the period equal to the remainder of the term of office of his predecessor.

In case the Council of Ministers appoints an additional member during the period the previously appointed members are still holding office, the person so appointed shall be in office

---

<sup>8</sup> Amended by Section 5 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

only for the period equal to the remainder of the term of office of the previously appointed members.

**Section 13.** At a meeting of the Board, if the Chairman is absent or is not present at the meeting, the meeting shall select one among themselves as the Chairman of that meeting.

At every meeting of the Board, there shall be members present at a number of not less than one half of the total number of members in order to constitute a quorum.

Decision of the meeting shall be by a majority of votes. Each member shall have one vote. In case of a tie, the Chairman of the meeting shall have another vote as the casting vote.

**Section 14.** There shall be appointed committees for specific affairs as follows:

- (1) Committee dealing with Advertising;
- (2) Committee dealing with Label;
- (3)<sup>9</sup> Committee dealing with Contract.

The committee for specific affairs comprises members who are qualified in the field concerned, as appointed by the Board, at a number of not less than seven and not more than thirteen persons.

The term of office of the committee for specific affairs is two years each, and Section 11, paragraph two, and Section 12 shall apply *mutatis mutandis*.

The committee for specific affairs shall have the powers and duties as provided in this Act and as assigned by the Board.

**Section 15.** The Board and the committee for specific affairs may appoint a sub-committee to consider or carry out any specific act as assigned by the Board or by the committee for specific affairs.

**Section 16.** Section 13 shall apply *mutatis mutandis* to the meetings of the committees for specific affairs and the sub-committees.

---

<sup>9</sup> Added by Section 7 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

**Section 17.** The Board and the committee for specific affairs have the power to order any person to furnish documents or information concerning the matter in a complaint or concerning any other matter which concerns protection of the rights of the consumers for consideration. In this respect, concerned persons may as well be summoned to give explanations.

**Section 18.** In performing duties under this Act, the Board or the committee for specific affairs must give the person who is accused or suspected of having committed an infringement of the rights of the consumers a reasonable chance to explain and give opinions, except where it is a case of necessity and urgency.

The determination or issuance of any matter pursuant to this Act shall be considered by the Board or the committee for specific affairs regarding injuries that may happen to both the consumer and the business operator. If it is deemed fit, the Board or the committee for specific affairs may deter interim condition and method for the enforcement in compliance with such determination or issuance of order.

**Section 19.**<sup>10</sup> There shall be established the Office of the Consumer Protection Board in the Prime Minister's Office.

The secretary-general of the Consumer Protection Board shall have the powers to exercise general supervision and control, and shall also be responsible for the carrying out of official works of the Office of the Consumer Protection Board. In this respect, a deputy secretary-general and assistant secretary-general may be appointed to help carry out such works.

**Section 20.** The Office of the Consumer Protection Board shall have the following powers and duties:

(1) To receive complaints lodged by the consumers who have received trouble or damages caused by an act of a business operator, and refer them to the Board;

(2) To follow up and observe actions of the business operator whose act is of a nature of an infringement of the rights of the consumers, and to arrange for a test or proof of any commodity or service as deemed proper and necessary for protecting the rights of the consumers;

---

<sup>10</sup> Amended by Section 8 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

(3) To support or conduct study and research of problems concerning consumer protection in conjunction with the educational institutes and other work units;

(4) To promote and support the impartation of knowledge to the consumers at all levels of education concerning the safety and the possible dangers from commodities or services;

(5) To disseminate technics and impart knowledge and education to the consumers in order to create the habit of consumption which is a promotion of health, economic use, and use of natural resources of the country for the maximum benefit;

(6) To coordinate with other government agencies or work units of the State whose powers and duties concern the control, promotion or establishment of standards of commodity or service and

(7) To carry out any other act as assigned by the Board or by the committee for specific affairs.

## **CHAPTER 2**

### **CONSUMER PROTECTION**

---

**Section 21.**<sup>11</sup> In case any matter has already been provided specifically in the law governing such, it shall be under the enforcement of the provisions of said law, and the provisions of this Chapter shall apply thereto insofar as it is not in repetition or inconsistent with the said provisions, except;

(1) In case of necessity and for the benefits of the consumer as a whole, if it appears that the competent officer under the said law has not yet taken any proceedings or has taken certain proceedings but they are not fully completed under the law governing such, and no order has been issued in relation to consumer protection under the said law within ninety days from the date of receipt of the notice from the committee on specific affairs or the Board, the committee on specific affairs or the Board shall propose such matter to the Prime Minister for issuing an order under this Chapter.

---

<sup>11</sup> Amended by Section 9 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

(2) In the case under (1), if it is a matter of urgency which cannot be left unheeded any further, the committee on specific affairs or the Board shall forward the said matter to the Prime Minister for issuing an order under the provisions under this Chapter with no need to issue a notice or to wait for the lapse of the 90-day period according to the condition set forth under (1).

In case the said law does not provide any power to the competent officer to issue orders in relation to consumer protection as provided in this Chapter, the committee on specific affairs shall have the power to issue an order under the provisions under this Chapter, except where the said law already appoints the competent officer therefor, the Board may authorize the said competent officer to exercise the powers under this Act in lieu of the committee on specific affairs.

The grant of authority to the competent officer under paragraph two shall be published in the Government Gazette.

## **Part 1**

### **Consumer Protection in Regard to Advertising**

---

**Section 22.** An advertisement shall not contain any statement which represents unfairness to the consumer or any statement which may be detrimental to the Society, whether it concerns the origin, condition, quality or description of commodity or service, as well as the delivery, the procurement or the use of commodity or service.

The following statements shall be regarded as statements which represent unfairness to the consumer or which may be detrimental to the society;

(1) Statements which are false or exaggerating;

(2) Statements which are misleading in the material part concerning commodity or service, whether or not by using or referring to technical report, statistics, or any other thing which is not true or which is exaggerating;

(3) Statements which, directly or indirectly, encourage actions against the law or moral or which lead to deterioration of the national culture;

(4) Statements which will disunite or deteriorate the unity of the public;

(5) Other statements as prescribed in Ministerial Regulations.

The statements used in an advertisement which can be realized by the general public that it cannot be true is not regarded as statement prohibited in (1).

**Section 23.** Advertising shall not be made by any mean that may be injurious to the health, body or mind, or that may create nuisance to the consumers, as prescribed in Ministerial Regulations.

**Section 24.** In case the Committee dealing with Advertising deems it that any commodity is likely to be injurious to the consumer, and which commodity has been classified by the Committee dealing with Label as a commodity under label control under Section 30, the Committee dealing with Advertising has the power to issue order as follows:

(1) To prescribe that such advertising shall be carried out with an advice or warning concerning the methods of use or dangers, in accordance with the conditions stipulated by the Committee dealing with Advertising which may be different among the advertisings which use different advertising media;

(2) To restrict the use of advertising media for such commodity;

(3) To prohibit the advertising of such commodity.

The provisions in (2) and (3) shall also apply to the advertising of the commodity which is considered by the Committee dealing with Advertising that its use or benefit is contrary to the policies on the society, moral or culture of the nation.

**Section 25.** In case the Committee dealing with Advertising considers that for any commodity or service it is necessary for the consumer to know of the facts regarding the condition, status and other information concerning the business operator, the Committee dealing with Advertising has the power to prescribe that the advertising of such commodity or service shall give the said facts as prescribed by it.

**Section 26.** In case the Committee dealing with Advertising considers that the statement in an advertisement by any advertising medium should be made known to the consumer that it is for advertising purpose, the Committee has the power to prescribe that such advertising by

advertising media shall be accompanied by an explanation to the public that it is an advertising, and may also stipulate any conditions to be abided by.

**Section 27.** In case the Committee dealing with Advertising considers any advertising to be in violation of Section 22, Section 23, Section 24 (1) or Section 25, it shall have the power to issue any or several of the following orders:

- (1) To order for change of the statement or method of advertising;
- (2) To prohibit the use of certain statements appeared in the advertising;
- (3) To prohibit the advertising or the use of such method in the advertising;
- (4) To order for an advertising to be made in order to correct the understanding of the consumer who might have already been misled, in accordance with the principles and procedures established by the Committee dealing with Advertising.

In issuing order as stated in (4), the Committee dealing with Advertising shall establish principles and procedures by taking into consideration the interests of the consumer and the faithfulness of the advertiser.

**Section 28.** In case the Committee dealing with Advertising has a sound reason to suspect that any statement used in an advertisement is false or exaggerating within the meaning of Section 22, paragraph two (1), it shall have the power to issue an order to the advertiser to prove it.

In case the advertiser quotes a technical report, result of research, statistics, certification of any institute or person, or confirms any facts in the advertisement, if the advertiser cannot prove that the statement used in the advertisement is true as quoted, the Committee dealing with Advertising shall have the power to issue order under Section 27, and it shall be deemed that the advertiser knew or should have known that such statement is false.

**Section 29.** If any business operator doubts that his advertisement is in violation of or is not in conformity with this Act, he may request the Committee dealing with Advertising to consider it and give opinion before making the advertising, in which case the Committee dealing with Advertising must give opinion and inform him of the same within thirty days from the date

of receipt of the request. If no notice of information is made within the said period, it shall be deemed that the Committee has duly given approval.

The request for opinion and the commission fees for the giving of opinion shall be in compliance with the regulations as specified by the Committee dealing Advertising. The commission fees receivable shall be treated as the state revenue.

The giving of opinion of the Committee dealing with Advertising in paragraph one shall not be deemed the deprivation of power of the Committee dealing with Advertising which will be otherwise reconsidered for decision when it has a proper reason.

Any acts committed in pursuance to opinions of the Committee dealing with Advertising as provided in paragraph one shall not be deemed a criminal offence.

## **Part 2**

### **Protection of Consumer in Regard to Label**

---

**Section 30.**<sup>12</sup> The commodity manufactured for sale by a factory under the law governing factory and the commodity imported into the Kingdom for sale shall be subject to label control.

The provisions under paragraph one shall not apply to the commodity prescribed and published in the Government Gazette by the Label Committee.

In case it appears that there be commodity that may be harmful to health, body or mind owing to its use or characteristics, or there be commodity that is generally and regularly used by the public and the prescription of label therefor will be beneficial to the consumer in that they may know of the facts in the material parts of such commodity, but the said commodity is not a commodity subject to label control under paragraph one, the Label Committee shall have the power to prescribe such commodity as a commodity subject to label control, by publishing a notice of prescription thereof in the Government Gazette.

---

<sup>12</sup> Amended by Section 10 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

**Section 31.**<sup>13</sup> Label of the commodity subject to label control shall be of the following descriptions:

(1) Must use a statement that is true, and there must not contain any statement that may give rise to misunderstanding in the materials relating to goods.

(2) Must contain the following statements:

(a) Name or trade mark of the manufacturer or importer of the commodity for sale, whichever the case may be.

(b) Place of manufacture or place of business of importer, whichever the case may be.

(c) Statement which tells the user what the said commodity is. In the case of imported goods, the name of the manufacturer country must also be stated.

(3) Must contain necessary statements, namely price, quantity, direction to use, recommendations, warning, date, month and year of expiry in the case of commodity which has limited life or in other cases, so as to protect the right of the consumer. However, it shall be in accordance with the bases and conditions prescribed and published in the Government Gazette.

The business operator who is the manufacturer of commodity subject to label control for sale or the importer of commodity subject to label control for sale, whichever the case may be, shall prepare label before selling the said commodity, and the said label must contain the statements under paragraph one. In this respect, the statements under paragraph one (2) and (3) shall be according to the bases and procedures laid down and published in the Government Gazette by the Label Committee.

**Section 32.** The prescription concerning statements in the label as stated in Section 30 shall not be done in a manner that it will force the business operator to disclose manufacturing secret, except where the said statement is necessary as it concerns the health, sanitation and safety of the consumer.

---

<sup>13</sup> Amended by Section 11 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

**Section 33.** When the Committee dealing with Label considers any label to be not in accordance with Section 31, it has the power to direct the business operator to discontinue the use of such label or to effect a remedy.

**Section 34.** If any business operator doubts that his label is in violation of or is not in conformity with Section 31, he may request the Committee dealing with Label to consider and give opinion about the label first, in which case Section 29 shall apply *mutatis mutandis*.

**Section 35.** For the purpose of controlling and examining the operation of businesses in connection with the commodities under label control, the Minister has the power to prescribe to the operators of the businesses in connection with the said commodities, through notification in the Government Gazette, to maintain and keep accounts, documents and evidences for examination by the competent officer.

The method of preparation and keeping accounts, documents and evidences as stated in paragraph one shall be as regulated in Ministerial Regulations.

## **Part 2 bis<sup>14</sup>**

### **Consumer Protection in Regard to Contract**

---

**Section 35 bis.<sup>15</sup>** In operating business of sale of any commodity or rendering of service, if the contract of sale or rendering of service must be made in writing under a law, or traditionally such a contract is normally made in writing, the Contract Committee shall have the powers to prescribe the business operation of sale of goods or rendering of service as a business that is subject to contract control.

In operating a business that is subject to contract control, the contract concluded between the business operator and the consumer shall be of the following descriptions:

---

<sup>14</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>15</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

(1) Must include a clause that is necessary, which if such clause is not so stated it will cause an undue disadvantage to the consumer.

(2) The provision of the contract unfair to consumer shall not be included.

However, it shall be in accordance with the bases, conditions and details prescribed by the Contract Committee. For the benefits of the consumer as a whole, the Contract Committee may request the business operator to prepare the contract per the form prescribed.

The prescription under paragraph one and paragraph two shall be in accordance with the bases and procedures prescribed in a royal decree.

**Section 35 ter.**<sup>16</sup> Upon the Contract Committee having prescribed that a contract of a business operation subject to contract control must include any contract term, or any contract term be included with the conditions under Section 35 bis, if the said contract fails to include the said term, or includes the said term but it is not in accordance with the conditions so laid down, it shall be regarded that the said contract contains such term or conditions, whichever the case may be.

**Section 35 quarter.**<sup>17</sup> Upon prescription by the Contract Committee not to include any contract term under Section 35 bis to the contract of a business operation subject to contract control, if the said contract includes the said contract term, it shall be regarded that the said contract contains no such contract term.

**Section 35 quinquies.**<sup>18</sup> The Contract Committee shall have the power to prescribe any business operation of sale of goods or rendering of service be subject to control of evidence of receipt of money.

In operating a business that is subject to control transaction in respect of evidence of receipt, the evidence of such receipt shall be of the following descriptions:

(1) Must contain necessary items and statement, which if no such items or statements are included it will cause an undue disadvantage to the consumer.

---

<sup>16</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>17</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>18</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

(2) No unfair statement may be included therein.

However, it shall be in accordance with the bases, conditions and details laid down by the Contract Committee.

The prescription under paragraph one and paragraph two shall be in accordance with the bases and procedures prescribed in a royal decree.

**Section 35 sexies.**<sup>19</sup> Upon the Contract Committee having prescribed that any statement be included in the evidence of receipt of money of a business operation subject to control of evidence of receipt of money, or any instatement be included with conditions for the inclusion thereof, or any statement must not be included under Section 35 quinquies, the provisions of Section 35 ter and Section 35 quarter shall apply to the evidence of receipt of money *mutatis mutandis*.

**Section 35 septies.**<sup>20</sup> In case the business operator of sale of commodity or rendering of service makes a promise that a contract of guaranty is to be concluded with the consumer, the said contract must be made in writing bearing the signature of the business operator or his representative, and same shall be handed over to the consumer together with the delivery of commodity or the rendering of service.

Should the contract under paragraph one be executed in foreign language, a Thai translation thereof shall also be accompanied therewith.

**Section 35 octies.**<sup>21</sup> The business operator has the duty to hand over the contract containing contract term or containing correct contract term and form under Section 35 bis or to hand over the evidence of receipt of money which contains the correct items and statement under Section 35 quinquies to the consumer within a period normally practiced for such category of business operation, or within a timeframe prescribed by the Contract Committee as published in the Government Gazette, whichever is the sooner.

---

<sup>19</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>20</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>21</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

**Section 35 novies.**<sup>22</sup> Any business operator suspects that his form of contract or form of evidence of receipt of money is a violation of or is not in accordance with this Act, the said business operator may ask the Contract Committee to give an opinion thereon. In this instance, Section 29 shall apply mutatis mutandis.

### **Part 3**

## **Consumer Protection in Other Regards**

---

**Section 36.**<sup>23</sup> Where there is a reason to suspect that any commodity is likely to injure the consumer, the Board has the power to order the business operator to conduct a test or proof of such commodity. If the business operator fails to carry out a test or proof of the commodity or does it with delay without reasonable ground, the Board may arrange for a test or proof for which the business operator pays the costs. In case of necessity and urgency, the Board may issue an order to prohibit the sale of such commodity temporarily until being acknowledged of the result of the test or proof of such commodity.

If the result of the test or proof appears that such commodity is likely to cause injury to the consumer, and it is not possible to prevent the danger which will arise from the commodity through the label control as described in Section 30 or by other laws, the Board shall have the power to issue any of an order as follows:

- (1) To prohibit the business operator from selling the said commodity;
- (2) To direct the business operator to return the commodity not being sold to the consumer or recall the commodity from the consumer;
- (3) To direct the business operator to correct, modify or improve the commodity to become harmless to the consumer or to change the commodity or compensate the commodity price to the consumer;
- (4) To direct the business operator who is the person ordering or bringing into the Kingdom to return the commodity out of the Kingdom;

---

<sup>22</sup> Added by Section 12 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>23</sup> Amended by Section 6 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

(5) To direct the business operator to destroy the commodity;

(6) To direct the business operator to place notices, notify or advertise on the information relating to hazards of the commodity to the consumer, or relating to the proceeding under (1), (2), (3), (4) or (5).

The business operator shall be responsible for expenses of the consumer and the costs in carrying out the proceeding under paragraph two.

For the purpose of this Section, the commodity which is likely to injure the consumer means the commodity which is likely to injure the life, body, health, hygiene or mind of the consumer.

Rules, procedures and conditions for the proceedings under paragraphs two and three shall be in accordance with the notification of the Board which is published in the Government Gazette.

The order under this Section shall be published in the Government Gazette.

**Section 37.**<sup>24</sup> In the case where the Board issues an order under Section 36, paragraph two (2), (4), (5) or (6) but the business operator fails to comply with such order, the Board shall have the power to arrange for the operation on behalf of the business operator whereas such business operator is the person to pay for the costs thereof.

**Section 38.**<sup>25</sup> When there is a reason to suspect that any service may injure the consumer, the Board has the power to issue an order to direct the business operator to carry out a test or proof of such service. If the business operator fails to carry out the test or proof of such service or carry out in delay without reasonable ground, the Board may arrange to have a test or proof whereas the business operator is the person to pay for the costs thereof. In case of necessity and urgency, the Board may issue an order to prohibit the rendering of such service temporarily until being acknowledged of the result of the test or proof of such service.

If the result of the test or proof appears that any service may injure the consumer, the Board shall have the power to issue any of an order as follows:

---

<sup>24</sup> Added by Section 7 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

<sup>25</sup> Added by Section 7 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

(1) To direct the business operator to post the notice, notify or advertise the information relating to hazards of the service to acknowledge the consumer, or relating to the proceeding under (2) or (3);

(2) To direct the business operator to correct, change or improve the procedure for rendering the service so as not to injure the consumer, or to compensate for the service price to the consumer;

(3) To prohibit the business operator from rendering of the service.

The business operator shall be responsible for the expenses of the consumer and the costs for carrying out the proceeding under paragraph two.

If the Board issues an order under paragraph two (1) but the business operator fails to comply with such order, the Board shall have the power to arrange for the proceeding on behalf of the business operator whereas the business operator is the person to pay for the costs.

For the purpose of this Section, the service which may injure the consumer means the service which may injure the life, body, health, hygiene or mind of the consumer.

Rules, procedures and conditions for proceeding under paragraphs two and three shall be in accordance with the notification of the Board which is published in the Government Gazette.

The order under this Section shall be published in the Government Gazette.

**Section 39.** In case the Board considers that it is appropriate to take legal proceedings concerning the infringement of the rights of the consumers or when a request is received from a consumer whose right has been infringed, and the Board deems it that such action will be of benefit to the consumers in general, the Board has the power to appoint a public prosecutor, with the approval of the Director-General of the Public Prosecution Department, or an official in the Office of the Consumer Protection Board whose qualification is not lower than bachelor degree in law, as the consumer protection officer whose duty it is to take legal action, civil and criminal, against those who have infringed the rights of the consumers in court. Upon the Board having informed the Ministry of Justice for information of the court, the consumer protection officer shall have the power to take action as assigned by the Board.

In filing a case in Court, the consumer protection officer shall also have the power to sue for property or damages in favor of the consumer who requested for same, and in this case shall be exempted from all fees.

**Section 40.**<sup>26</sup> An association and foundation with objectives to protect the consumer or to act against unfair trade competition and their Articles of Association in regard to the board, members and operating procedures of the association and foundation are according to conditions as prescribed in the ministerial regulations, such association and foundation may file a request to the Board for recognition so that the association and foundation will have the right and power to take action to bring suit as prescribed in Section 41.

The recognition of the association or foundation which the Board recognizes under paragraph one shall have a term of two years from the date of receipt of the recognition.

The filing of request under paragraph one shall be in conformance with rules and procedures as prescribed in the ministerial regulation.

The recognition of the association and foundation under paragraph one shall be published in the Government Gazette.

**Section 41.**<sup>27</sup> In taking legal proceedings concerning the infringement of the rights of the consumers, the association or foundation recognized by the Board under Section 40 is entitled to file civil case, criminal case and carry out any proceeding of the case to protect the consumer which is beneficial for the consumer in general under the character or class of the case which the Board may specify, and shall have the power to claim for the property and damages on behalf of the consumer if holding a letter of authorization to claim for the property and damages on his behalf from such consumer.

In taking legal proceedings at the Court, the association and foundation shall not withdraw the case unless allowed by the Court upon the latter deeming that such withdrawal will not adversely affect the protection of the consumer in general, for the civil case concerning claiming for the property or damages on behalf of the consumer. The withdrawal or judgment in the case the parties agree or compromise requires a letter of consent from the authorizing

---

<sup>26</sup> Amended by Section 8 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

<sup>27</sup> Amended by Section 8 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

member for claiming for the property or damages, as the case may be, for production to the Court.

**Section 42.**<sup>28</sup> Other than having to comply with provisions of the Civil and Commercial Code and other laws, the association and foundation recognized by the Board under Section 40 shall also comply with regulations established by the Board.

When it appears that any association or foundation recognized by the Board under Section 40 fails to comply with regulations established by the Board as stated in paragraph one, or when it appears that the association or foundation has taken up steps to file a case in bad faith, the Board shall have the power to cancel the recognition of such association or foundation.

Any association or foundation which is cancelled under paragraph two, the Board may not grant the recognition under Section 40 any further.

The cancellation of recognition of the association or foundation under paragraph two shall be published in the Government Gazette.

### **CHAPTER 3**

#### **APPEAL**

---

**Section 43.** In case the person who has received an order from the committee for specific affairs under Section 27 or Section 28 paragraph two is not satisfied with the said order, he shall have the right to appeal to the Board.

**Section 44.** The appeal stated in Section 43 shall be submitted to the Board within ten days from date the appellant has received the order from the committee for specific affairs.

The principles and procedures for lodging an appeal and the procedures for considering appeals shall be in accordance with Ministerial Regulations.

---

<sup>28</sup> Amended by Section 8 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

Appeal against order in paragraph one does not relax the enforcement of the order of the committee on specific affairs unless ordered other with temporarily by the Committee prior to the decision of the appeal.

The decision of the Board shall be final.

## **CHAPTER 4**

### **PENALTY**

---

**Section 45.** Whoever impedes or fails to afford convenience, fails to give statements or fails to furnish document or evidence to the competent officer who is performing his duties under Section 5 shall be punished by imprisonment for not more than one month, or by a fine of not more than Baht ten thousand, or both.

**Section 46.** Whoever fails to comply with the order of the Board or of the Committee for specific affairs mentioned in Section 17 shall be punished by imprisonment for not more than one month, or by a fine of not more than Baht ten thousand, or both.

**Section 47.**<sup>29</sup> Whoever intentionally causes a misleading about the origin, condition, quality, quantity, or the material part concerning the commodity or service, irrespective of whether it be his own or other's, and whoever advertises or uses label with statements which are false, or knowingly that they are false, or should have known that they could be misleading, shall be punished by an imprisonment for a term not more than six months or a fine not more than Baht fifty thousand, or both.

If the offender under paragraph one recommits the offence under paragraph one, the said offender shall be punished by an imprisonment for a term not more than one year or a fine not more than Baht one hundred thousand, or both.

---

<sup>29</sup> Amended by Section 14 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

**Section 48.**<sup>30</sup> Whoever makes advertisement by using statement mentioned in Section 22 (3) or (4), or statement prohibited by Ministerial Regulations issued under Section 22 (5), or whoever violates or fails to comply with Section 23, Section 24, Section 25, or Section 26, shall be punished by imprisonment for a term not more than three months or a fine not more than Baht thirty thousand, or both.

**Section 49.** Whoever fails to comply with the order of the Committee dealing with Advertising issued under Section 27 or Section 28, paragraph two, shall be punished by imprisonment for not more than six months, or by a fine of not more than fifty thousand, or by both such imprisonment and fine.

**Section 50.** If the offence in Section 47, Section 48, or Section 49 is committed by the owner of advertising medium or the operator of advertising business, the committee shall be liable to penalty at half of that imposed for such offence.

**Section 51.**<sup>31</sup> If the commission of the offences under Section 47, Section 48, Section 49 or Section 50 is continuous, the offender shall be liable to a daily fine not more than Baht ten thousand or not more than two times of the expenses used in such advertisement throughout the period of violation or failure to comply correctly.

**Section 52.**<sup>32</sup> Whoever sells the commodity under label control under Section 30 without label or with label but the label or the display thereof is incorrect, or whoever sells the commodity with label the use of which has been ordered discontinued by the Board under Section 33, knowingly or should have known that the failure to display label or the incorrect display of such label is against the law, shall be punished by imprisonment for a term not more than six months or a fine not more than Baht fifty thousand, or both.

---

<sup>30</sup> Amended by Section 14 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>31</sup> Amended by Section 15 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>32</sup> Amended by Section 16 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

If the offence under paragraph one is committed by the manufacturer for sale, or the importer for sale, the offender shall be punished by imprisonment for a term not more than one year or a fine not more than Baht one hundred thousand, or both.

**Section 53.** Any business operator who fails to comply with the order of the Committee dealing with Label issued under Section 33 shall be punished by imprisonment for not more than six months, or by a fine not more than Baht fifty thousand, or by both such imprisonment and fine.

**Section 54.**<sup>33</sup> Whoever accepts the hire of work of making label which is not in accordance with the law or whoever affixes the label which is not correct under the law on the commodity knowingly that the said label is not in accordance with the law, shall be punished by imprisonment for a term not more than Baht twenty thousand.

**Section 55.** Any business operator fails to comply with the Ministerial Regulations issued under Section 35 shall be punished by a fine of not more than Baht ten thousand.

**Section 56.**<sup>34</sup> Any business operator who fails to comply with the order of the Board which prohibits the sale of the commodity temporarily under Section 36, paragraph one, or violates or fails to comply with the order of the Board under Section 36, paragraph two, shall be liable for imprisonment of not exceeding five years or a fine of not exceeding five hundred thousand baht, or both.

If the business operator under paragraph one is the manufacturer for selling or the person who places the order or imports into the Kingdom for selling, or the violation or non-compliance with the order under paragraph one causes injuries to other persons, must be liable for imprisonment of not exceeding ten years or a fine of not exceeding one million baht, or both.

---

<sup>33</sup> Amended by Section 17 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>34</sup> Amended by Section 9 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

**Section 56/1.**<sup>35</sup> Any business operator who violates the order of the Board which prohibits the rendering of services temporarily under Section 38, paragraph one, or violates or fails to comply with the order of the Board under Section 38, paragraph two, must be liable for imprisonment of not exceeding five years or a fine of not exceeding five hundred thousand baht, or both.

If the violation or failure to comply with the order under paragraph one is the cause of injuries to other persons, such person shall be liable for imprisonment of not exceeding ten years or a fine of not exceeding one million baht, or both.

**Section 57.**<sup>36</sup> Any business operator fails to hand over contract containing contract term or correct contract term and form as prescribed in Section 35 bis, or whoever fails to hand over evidence of receipt of money containing correct items and statement under Section 35 quinquies to the consumer within the period under Section 35 octies, shall be punished by imprisonment for a term not more than one year or a fine not more than Baht one hundred thousand, or both.

Any business operator hands over evidence of receipt of money by filling in an amount of money higher than that to be paid by the consumer and has received such amount of money from the consumer shall be punished by imprisonment for not more than one month, or by a fine from Baht five hundred to Baht ten thousand, or by both such imprisonment and fine, unless he can prove that he has exercised proper care in doing the said business.

**Section 57 bis.**<sup>37</sup> Any business operator violates or fails to comply with Section 35 septies shall be punished by imprisonment for a term not more than one year, or a fine not more than Baht one hundred thousand, or both.

**Section 58.** Whoever commits an offence under this Act within the compound of the place of business of a business operator, and such commission is for the benefits of the business operator, it shall be presumed in the first instance that the business operator has taken part in the

---

<sup>35</sup> Amended by Section 10 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

<sup>36</sup> Paragraph one of Section 57 amended by Section 18 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

<sup>37</sup> Added by Section 19 of the Consumer Protection Act (No 2), B.E. 2541 (1998)

commission of the offence, unless he can prove that it is not possible for him to know that the said person will commit the offence despite his exercising proper care.

**Section 59.** In case the offender liable to a penalty under this Act is a juristic person, its director or manager or the person responsible for its operation shall also be liable to the penalty imposed by law on such offence, unless he can prove that he has no part in the commission of the offence.

**Section 60.**<sup>38</sup> Whoever, in bad faith, employs, hires, acts in favor, instigates or acts for an association or foundation which is recognized by the Board under Section 40 to bring suit in the Court against any business operator in civil or criminal case with the purpose maliciously bring him damages, must be liable for imprisonment of not exceeding three years or a fine of not exceeding three hundred thousand baht, or both.

**Section 61.** Whoever discloses any fact about the business of a business operator when it is normal practice for a business operator to reserve not for public disclosure, and such fact is acquired by or ascertainable to him as a result of performing duties under this Act, shall be punished by imprisonment for not more than one year, or by a fine of not more than Baht one hundred thousand, or by both such imprisonment and fine, except where it is a disclosure in the course of performing official duties or for the benefits of the investigation or court proceeding.

Whoever, having acquired or ascertained any fact from the person mentioned in paragraph one as a result of performing official duties or investigation or court proceeding, discloses it in a manner likely to damage any person shall be liable to the same penalty.

**Section 62.** The Board has the power to settle out of court fines for all offences under this Act, and it may delegate to the Committee for Specific Affairs or a sub-committee, investigating officer or the competent officer the power to do the same, by establishing the principles for the settlement, or the conditions in any respect, to the assigned person as deemed appropriate.

---

<sup>38</sup> Amended by Section 11 of the Consumer Protection Act (No 3), B.E. 2556 (2013)

Subject to the provisions of paragraph one, if the investigation officer finds during the investigation that any person has committed an offence under this Act, and the said person has agreed to accept the settlement, the investigation officer shall refer it to the Board or the person authorized by the Board to fix fines as stated in paragraph one within seven days from the date the said person declares his agreement to accept the settlement.

After the offender has paid the fine as fixed, the case shall be deemed final under the Criminal Procedure Code.

Countersigned:

***S. HOTRAKITYA***

Prime Minister

*(Ref: Government Gazette, Volume 96, Part 72, of 4th May B.E. 2522 (1979))*

5) **Consumer case procedure Act**

**B.E. 2551**

(As amended up to Consumer Case Procedure (No. 2) B.E. 2556 (2013))

---

BHUMIBOL ADULYADEJ, REX.

Given on the 17<sup>th</sup> day of February B.E. 2551 (2008)

Being the 63<sup>rd</sup> Year of the Present Reign

His Majesty King Bhumibol Adulyadej has been graciously pleased to proclaim that:

Whereas it is appropriate to have a law on consumer case procedure.

This Act contains some provisions restricting the right and liberties of an individual set forth in Section 29 together with Section 32, Section 41 and Section 43 of the Constitution of the Kingdom of Thailand, which was endorsed in the enactment of this law.

Be it, therefore, enacted an act by the King's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of The National Legislative Assembly, as follows:

**Section 1.** This Act shall be called the "Consumer Case Procedure Act B.E. 2551".

**Section 2.** This Act shall come into force upon the expiration of one hundred and eighty days from the date of its publication in the Government Gazette.

**Section 3.** In this Act:

"Consumer case" means

(1) A civil case between the consumer or person entitled to file a lawsuit on behalf of the consumer under Section 19 or under other law and the business operator concerning rights and duties under law due to consumption of goods or services;

---

This English translation was prepared by Chandler and Thong-ek Law Offices Limited. Although care was taken to render the translation as reliable as possible, it does not carry any legal authority. Only the original text in Thai has legal force.

- (2) A civil case under the law on liability for damage from unsafe goods;
- (3) A civil case related to a case under (1) or (2);
- (4) A civil case which is provided by law to be subject to the procedure under this Act.

“Consumer” means a consumer under the law on consumer protection, and includes an injured person under the law on liability for damage from unsafe goods.

“Business operator” means a business operator under the law on consumer protection, and includes an operator under the law on liability for damage from unsafe goods.

“Kor.Sor.” means the Judicial Service Commission under the law on judicial service administrative regulations.

“Case officer” means a person appointed by the Secretary-General of the Office of the Judiciary to perform duties under this Act.

**Section 4.** There shall be case officers to assist the court in the conduct of consumer cases as assigned by the court as follows:

- (1) To mediate consumer cases;
- (2) To examine and collect evidences;
- (3) To record testimonies;
- (4) To arrange to have the rights of the parties protected both before and during trial;
- (5) To perform other duties pursuant to this Act or to the stipulations of the President of the Supreme Court in performing such assistance duties.

In performing duties under this Act, the case officer shall be an official under the Criminal Code and shall have the power to issue a summons calling a ny person to provide information or to deliver documents in support of consideration of any matter according to his powers and duties.

The rules and procedures for performance of duties by the case officer shall be as providedin the stipulations of the President of the Supreme Court.

**Section 5.** A person to be appointed as a case officer must have any of the following qualifications:

- (1) Possessing a master or doctorate degree in law;

(2) Possessing a bachelor degree in law and being an ordinary member of the Thai Bar Association, and having practiced law as required by Kor.Sor. for at least one year;

(3) Possessing a bachelor degree in law and at least a bachelor in other field stipulated by Kor.Sor. and having practiced a profession stipulated by Kor.Sor. for at least four years.

The Secretary-General of the Office of the Judiciary shall have the power to consider appointing a person with qualifications under paragraph one as a case officer in accordance with the regulations stipulated by Kor.Sor.

**Section 6.** The President of the Supreme Court shall be in charge of the enforcement of this Act and shall have the power to issue stipulations so that the consumer case proceeding is conducted conveniently, rapidly and fairly. However, the said stipulations must not prejudice the rights to defense the case by the parties.

The stipulations of the President of the Supreme Court under this Act shall be enforceable upon approval by the general meeting of the Supreme Court and its publication in the Government Gazette.

## **CHAPTER 1**

### **General Provisions**

---

**Section 7.** Consumer case proceedings shall be in accordance with the provisions of this Act and the stipulations of the President of the Supreme Court under Section 6. In the absence of the said provisions and stipulations, the provisions of the Civil Procedure Code shall apply mutatis mutandis.

**Section 8.** Where there is a question as to whether any case is a consumer case, the President of the Appeal Court shall decide it, and such decision shall be final, provided, however, that it shall not affect any proceedings conducted before such decision is made.

Request for the President of the Appeal Court to make decision on the gestion under paragraph one either by a party to the case or by the discretion of the court in a consumer case

must be made no later than the day fixed for a hearing. However, if it is a request in other case, the request must be made no later than the day of settlement of issues or, in the absence of settlement of issues, the day of taking evidence. After such time limit no request for decision on the said question shall be made. Upon receipt of a request from the Court of First Instance, the President of the Appeal Court shall promptly make a decision and notify the Court of First Instance of the outcome.

To expedite the proceedings, any steps between the Court of First Instance and the Appeal Court under this Section may be taken by facsimile or other information technology media.

**Section 9.** If there is any violation of regulations or error in carrying out proceedings by any party, the court shall order the party carrying out proceedings in violation of regulations or erroneously to make correction within the period and under the conditions as the court may deem it appropriate to impose, unless such violation or error arises from the dishonesty of such party.

**Section 10.** The provision of law which requires that any juristic act is enforceable by legal action provided that there is some written evidence signed by the person to be liable shall not apply to a consumer in suing the business operator to pay debt.

Where the provision of law requires that a contract made between the consumer and the business operator must be in any particular form, although such contract has not been made correctly according to such form, if the consumer has placed a deposit or partially performed his obligation, the consumer shall have the power to file a lawsuit to force the business operator to make a contract in accordance with the form provided by law or to perform obligation in return.

In proceeding with the case under paragraph one and paragraph two, Section 94 of the Civil Procedure Code shall not apply to the consumer in filing a consumer case and proof of the juristic act or contract made between the consumer and the business operator.

**Section 11.** Notice, advertisement, covenant or any act of the business operator that makes the consumer understand at the time of making a contract that the business operator agrees to deliver or provide goods, services or any other public utility, or to perform any act for the consumer in return for the consumer's making of a contract or any agreement under which

the business operator will provide rights and benefits to the consumer in addition to those under the contract, such provision, act or agreement shall be deemed part of the contract between the consumer and the business operator, and the consumer can adduce a witness or evidence to prove such agreement, although the law requires that such contract must be made in writing or be supported by some written evidence and there is no such agreement in any writing made.

**Section 12.** In exercising his rights or performing his obligation, the business operator shall do so in good faith taking into account the appropriate business standard under the fair business system.

**Section 13.** Where damage occurs against the life, body or health due to a substance accumulated in the body of the consumer or if it takes time for the symptoms to appear, the consumer or the person authorized to file a lawsuit on behalf of the consumer shall exercise claims within three years from the date of knowledge of the damage and of the identity of the business operator to be liable, but not more than ten years from the date of knowledge of the damage.

**Section 14.** If there are negotiations concerning damages payable between the business operator and the consumer or the person authorized to file a lawsuit on behalf of the consumer, the prescription shall remain interrupted during that period until any party terminates the negotiations.

**Section 15.** The period of time provided in this Act or other laws provided by the provisions of this Act to be applicable, or the period of time stipulated by the court, may, upon the court considering it appropriate or upon request by a party to the case, be shortened or extended by the court as necessary and for the benefit of justice.

**Section 16.** Delivery of pleadings or any other documents, notification of any scheduled date, court order or other messages to a party or any other persons in a consumer case which must normally be made by a court official, may be ordered by the court to be made through registered mail with return receipt requested, telephone, facsimile, electronic mail or any other

information technology media, taking into account the necessity and urgency, convenience, rapidity, suitability to the nature of the substance of the matter communicated, in accordance with the rules and procedures provided in the stipulations of the President of the Supreme Court.

## **CHAPTER 2**

### **Consumer Case Procedure in the Court of First Instance**

---

#### **Part 1**

#### **Legal Action**

---

**Section 17.** Where a business operator is to file lawsuit against a consumer as a consumer case and the business operator is entitled to submit his complaint to the court of the jurisdiction where the consumer has domicile or to other court, the business operator shall submit his complaint to only the court of the jurisdiction where the consumer has domicile.

**Section 18.** Subject to the law on liability for damage from unsafe goods, submission of a complaint and carrying out proceedings in a consumer case which is conducted by the consumer or the person authorized to file a lawsuit on behalf of the consumer shall be exempted from all fees, but excluding final liability for fees.

If it appears to the court that the consumer or the person authorized to file a lawsuit on behalf of the consumer has filed the lawsuit without reasonable ground, claimed excessive damages, behaved himself improperly, carried out proceedings in delay or unnecessarily, or in other circumstances as the court deem it appropriate, the court may order such person to pay the exempt fees either in whole or in part to the court within the period as the court may deem appropriate, failing which the court shall have the power to strike the case from the case list.

In the case under paragraph one and paragraph two, if the court considers that the other party shall be liable to pay fees in whole or in part of both parties, the court shall pass a judgment on the fees by ordering such other party to pay the court on behalf of the consumer or the person authorized to file a lawsuit on behalf of the consumer the fees exempted from payment in whole

or in part by the consumer or the person authorized to file a lawsuit on behalf of the consumer as the court may deem appropriate.

**Section 19.**<sup>1</sup> The Consumer Protection Board, an association or a foundation recognized by the Consumer Protection Board under the law on consumer protection shall have the power to file and proceed with a consumer case on behalf of the consumer by clearly indicating the name and address of the consumer, and the provisions regarding filing of and proceeding with a case on one's behalf under the said law shall apply *mutatis mutandis*.

Withdrawal of a lawsuit or compromise in the case under paragraph one must be consented in writing by the relevant consumer and the consent must be produced to the court. In case of a request for withdrawal of case, the court may issue a permission order only when it is considered that such withdrawal does not adversely affect the protection of consumers as a whole.

If after a lawsuit is filed with the court, the recognition of the association or the foundation filing the lawsuit is withdrawn under the law on consumer protection, or being unable to proceed with the case due to any other cause, the relevant consumer shall continue to proceed with the case. If the court considers that such consumer may not be aware of the said cause, the court may issue an order notifying such person of the same and at the same time stipulating the period for entering the case. All proceedings conducted prior to entry into the case shall also be binding on such consumer. If such person does not enter the case within the period specified, the court shall have the power to order a disposal of the part of the case related to such person.

In the case under paragraph three, the consumer may ask the Consumer Protection Board or other association or foundation being recognized by the Consumer Protection Board under the law on consumer protection to further proceed with the case.

**Section 20.** Filing of a consumer case by the plaintiff may be made verbally or in writing. If the plaintiff wishes to file the case verbally, the case officer shall arrange for recording of the details of the complaint and for the plaintiff to sign it.

---

<sup>1</sup> Amended by Section 3 of Consumer Case Procedure Act (No 2) B.E. 2556

The complaint must contain the facts upon which the case is based and the relief applied for that are sufficiently clear to be understood. If the court considers that the complaint is not accurate or lacks certain substances, the court may order the plaintiff to revise the relevant part of the complaint to be accurate or clearer.

**Section 21.** After a consumer case is filed, if another complaint is filed into such case whether by means of a supplementary complaint, counterclaim or intervention in the case, or where the court issues an order that any other civil case and the consumer case be tried together, the part of the case related to the complaint subsequently filed and the cases ordered by the court to be tried together shall also be regarded as a consumer case under this Act.

## **Part 2**

### **Trial**

---

**Section 22.** If any person is afraid that an evidence to which he may have to refer in the future may be lost or be difficult to produce when a consumer case is filed, or if any party to a consumer case is afraid that an evidence to which he intends to refer will be lost before being taken or will be difficult to be taken afterwards, such person or party may file a request with the court for an order that such evidence be taken immediately.

Upon receipt by the court of such request, the court shall issue a summons calling therequisitionist and the other party or third party concerned to the court. After hearing thosepersons, the court shall issue anorder concerning the request as deemed appropriate. If the court orders a permission according to the request, the evidence shall be taken as provided in this Act. Reports and other documents related thereto shall be kept by the court.

Where the other party or third party concerned does not have domicile in the Kingdom and has not entered the case, after the court receives the request under paragraph one, the court shall issue an order on that request as a request that may be made unilaterally, and if the court has ordered a permission pursuant to the request, evidence shall be taken unilaterally.

**Section 23.** In case of an emergency, upon filing of the request under Section 22, the requisitioner may also file a motion so that the court can issue without delay an order or a summons as requested and may, if necessary, request the court to first issue an order for seizure or attachment of the document or object to be used as evidence to be taken with any conditions as the court may deem appropriate.

Sections 261, Section 262, Section 263, Section 267, Section 268 and Section 269 of the Civil Procedure Code shall apply *mutatis mutandis* to the case under paragraph one.

**Section 24.** The court shall, upon ordering acceptance of the complaint, promptly fix the day of a hearing and issue a summons calling the defendant to come to the court according to the appointment for mediation, making a statement and taking evidence on the same day. The court shall send to the defendant a copy of the complaint or of the complaint record and order the plaintiff to come to the court on such day of a hearing.

The defendant may file a written answer prior to the day of a hearing under paragraph one.

**Section 25.** On the day of a hearing, when the plaintiff and defendant are both present, the case officer or person designated by the court or mutually appointed by the parties shall conduct mediation so as for the parties to reach agreement or compromise first. In the mediation, if any party so requests or if the mediator deems it appropriate, the mediator may order that the mediation be conducted secretly and exclusively before all parties or any party.

The rules, procedures and period for mediation shall be in accordance with the stipulations of the President of the Supreme Court.

**Section 26.** If the parties cannot reach agreement or compromise, and the defendant has not filed an answer, the court shall arrange for an inquiry of the answer of the defendant whereby the defendant may file a written answer or may answer verbally. In case of filing of a written answer, if the court considers that such answer is not accurate or lacks certain substances, the court may issue an order requiring the defendant to amend the relevant part of the answer so as to be accurate or clearer. In case of a verbal answer, the court shall arrange for recording of the answer and for the defendant to sign it.

If the defendant fails to provide an answer under paragraph one, and does not receive permission from the court for an extension of time to file an answer, the defendant shall be deemed to be in default of answer.

**Section 27.** After the plaintiff is aware of the order to come to the court under Section 24 and fails to do so on the day fixed for a hearing without permission from the court for postponement of the case, regardless of whether the defendant has come to the court, the plaintiff shall be deemed to no longer wish to proceed with the case. The court shall issue an order of disposal of the case from the case list, unless the court may, under the circumstances of the case, deem it appropriate to try and adjudicate the case unilaterally by regarding the plaintiff as being in default of appearance.

After the defendant receives the summons to come to the court under Section 24 and fails to do so on the day fixed for a hearing without permission from the court for postponement of the case, if the defendant has not filed an answer, the defendant shall be deemed to be only in default of answer. However, if the defendant has filed an answer before or on the said day of hearing, the defendant shall be deemed to be in default of appearance.

**Section 28.** If any party fails to come to the court on a day other than the day fixed for a hearing under Section 24, such party shall be deemed to have waived the right to his proceedings in that session, and to be aware of the proceedings conducted by the court in that session.

**Section 29.** For any issue in dispute that needs the proof of facts concerning production, assembly, design or contents of goods, provision of service or any acts, which facts are considered by the court as being within the exclusive knowledge of the party who is the business operator, the burden of proof of such issue shall be borne by the party who is the business operator.

**Section 30.** If after a final judgment in a consumer case is rendered a legal action is brought against the same business operator as a consumer case again with the same disputed facts as those in the previous case and the court in the previous case has made a decision thereon, the court in the subsequent case may give an order regarding that the facts of such issue are

conclusive as in the previous case without taking evidence. However, if the court considers that the facts in the previous case are not sufficient for adjudicating the case, or in order to give an opportunity to the disadvantageous party to defend the case, the court shall have the power to call the evidence for taking by itself or permit the party to additionally take evidence as may be deemed appropriate.

**Section 31.** Where the court issues an order for taking evidence, the court shall inquire the party who is to take evidence as to what evidences will be referred to, and then make a note thereof, or order the party to prepare an evidence list and submit it to the court within the period as may be deemed appropriate.

**Section 32.** Before taking evidence, the court shall inform the parties of the issues in dispute and may require any party to take evidence first or later.

**Section 33.** For the benefit of justice to achieve clarity of the facts of the case, the court shall have the power to call evidence for taking by itself as may be deemed appropriate. In this connection, the court shall have the power to order the case officer to examine and collect necessary evidences and give a report thereof to the court, and shall have the power to call the Office of the Consumer Protection Board, organizations or persons concerned to provide information or produce evidences in support of its consideration.

The evidences acquired under paragraph one must be made known to all parties and it shall not bar the right of the party to object to the said evidences.

**Section 34.** In taking evidence whether adduced by any party or called by the court itself, the court shall be the one who examines the witness. A party or his attorney may examine the witness only upon permission by the court.

The court shall have the power to examine the witness concerning any facts related to the case although they are not cited by any party.

**Section 35.** Hearing and taking of evidence shall be conducted by the court continuously without postponement until completion of hearing, except in case of an unavoidable necessity, in which case the court may order a postponement of not more than fifteen days each time.

**Section 36.** The court may request an expert or specialist to provide opinion in support of trial and adjudication, provided that all parties are informed of the same and are provided with a reasonable opportunity to call his own expert or specialist to provide objecting or supplemental opinion to the opinion of the said expert or specialist.

The expert or specialist requested by the court to provide opinion shall be entitled to remuneration, travel expenses and accommodation in accordance with the rules prescribed by the Judicial Administration Commission under the law on judicial service administration regulations.

**Section 37.** Upon completion of taking necessary evidences and argument, if any, by the parties, the trial shall be deemed finished and the court shall promptly render a judgment or order. However, so long as there is no judgment or order, if the court deems it necessary to take additional evidences for the benefit of justice, the court may continue taking evidences, including, without request by any party, re-examination of a witness already examined.

### **Part 3**

#### **Judgment and Case-Adjudicating Order**

---

**Section 38.** A judgment or case-adjudicating order must include at least the facts concluded and decision on the issues of the case together with the reasons for such decision.

**Section 39.** In a case in which a consumer or a person authorized to file lawsuit on behalf of a consumer is the plaintiff, if it appears to the court that the amount of damages claimed by the plaintiff is not correct, or the sanction pursuant to the request of the plaintiff is not sufficient to remedy the damage according to the complaint, the court shall have the power to raise it for correct decision or designate appropriate sanction although it is more than that stated in the relief

applied for by the plaintiff. However, the points raised by the court for decision must be related to the fact duly raised by the parties.

**Section 40.** In case of damage against the body or health and at the time of adjudication of the case it is impossible to ascertain the extent of the actual damage, the court may state in the judgment or order that it reserves the right to revise such judgment or order within a period designated by the court, but not more than ten years from the date of the judgment or order by the court. However, before the revision, the other party must be given an opportunity to raise objection.

**Section 41.** In a case in which the consumer or the person authorized to file lawsuit on behalf of the consumer sues the business operator to be liable for defects of goods, if the court believes that such defects existed at the time of delivery of such goods and are irreparable into normal working condition, or although it is repaired it, if used for consumption, may cause danger to the life, body or health of the consumer using such goods, the court shall have the power to adjudicate that the business operator replace the goods for the consumer instead of repair of the defective goods, taking into account the nature of the goods that may be replaceable, behavior of the business operator as well as honesty of the consumer. If it appears that the consumer has benefited from the use of the goods and has caused damage to the goods, the court shall issue an order that the consumer pay the business operator for the use or damages, as the case may be, as may be deemed appropriate.

In the lawsuit under paragraph one, if the person sued is not producer or importer of the goods, the court shall issue an order calling the producer or importer into the case under Section 57 (3) of the Civil Procedure Code, and shall have the power to adjudicate such person to be jointly liable for the obligation owed by the business operator under paragraph one to the consumer.

**Section 42.** If the act upon which the complaint is based arises from the business operator's willful act to unfairly take advantage of the consumer or intent to cause damage to the consumer or, with gross negligence, indifference to damage to be caused to the consumer, or act in breach of responsibility as a professional or businessman who is usually trusted by the public,

when the court adjudicates that the business operator pay damages to the consumer, the court shall have the power to order the business operator to pay damages as punishment in addition to the amount of the actual damages fixed by the court as may be deemed appropriate, taking into account such circumstances as damage suffered by the plaintiff, benefit received by the business operator, financial condition of the business operator, relief by the business operator from the damage, and the consumer's contribution to the damage.

In fixing damages for punishment under paragraph one, the court shall have the power to fix the damages by not more than two times the actual damages fixed by the court. However, if the actual damages fixed by the court is not more than Baht 50,000, the court shall have the power to fix the damages for punishment by not more than five times the actual damages fixed by the court.

**Section 43.** In a consumer case, when the court adjudicates the case or strikes the case out of the case list, if the facts appear to the court that there are goods sold or remaining in the market that may be dangerous to the life, body or health of consumers in general, and no other preventive measures are available, the court shall have the power to issue the following orders:

(1) That the business operator, at its own expense, make an announcement and recall those goods that may be dangerous, from consumers for correction or replacement within the period specified. However, if it is not possible to do so, the price of the goods shall be paid for as the court may deem appropriate taking into account the condition of the goods at the time of the recall and the honesty of the business operator.

(2) That the business operator may not sell the remaining goods and the goods not sold to consumers shall be recalled until correction or replacement of the goods so that they are safe. However, if it is not possible to do so, the court may issue an order prohibiting the business operator from producing or importing such goods, and if it is suspected that the business operator may keep remaining goods for sale, the court shall have the power to order the business operator to destroy those remaining goods.

If it appears later that the business operator failed to comply with the court order, the court shall have the power to order an arrest and detention of the business operator or persons authorized to act for the business operator in case of the business operator being a juristic person until the said order is complied with, or order the case officer or any person to act with the

business operator being responsible for expenses incurred. If the business operator fails to pay the expenses, such person shall have the power to execute the case against the business operator as if he were a judgment creditor. The business operator or the persons authorized to act for the business operator in case of the business operator being a juristic person who is arrested on the ground of willful resisting order shall be detained until bail or bail and security is provided in the amount which the court deems appropriate to fix that he agrees to fully comply with the order. However, no business operator or persons authorized to act for the business operator in case of the business operator being a juristic person shall be detained for more than six months each time from the date of arrest or detention, as the case may be.

**Section 44.** In a case in which the business operator who is sued is a juristic person, if the facts appear that such juristic person was formed or has acted in bad faith or is involved with fraud and deception of the consumer, or has removed or transferred assets of the juristic person to the benefit of any person, and those assets are not sufficient to pay debt according to the complaint, the court shall, upon request by a party or upon the court deeming it appropriate, have the power to call the partner, shareholder, person controlling the operation of the juristic person or person receiving assets from the juristic person to become co-defendant, and shall have the power to adjudicate such person to be jointly liable for the debt owed by the juristic person to the consumer, unless such person can prove that he has no knowledge of such act. In case of the person receiving those assets from the juristic person, he must prove that he has received the assets in good faith and with consideration.

The person receiving assets from the juristic person under paragraph one shall be jointly liable for not more than the assets received by such person from the juristic person.

## CHAPTER 3

### Appeal

---

**Section 45.** The Consumer Case Section shall be established in the Appeal Court and Regional Appeal Courts with the power to try and adjudicate cases that appeal against a judgment or order of the Court of First Instance in a consumer case.

**Section 46.** Appeal against a judgment or order of the Court of First Instance in a consumer case shall be made to the Appeal Court, Consumer Case Section, or the Regional Appeal Court, Consumer Case Section, within the period of one month from the date of reading of such judgment or order.

**Section 47.** In a consumer case in which the price of property or amount in dispute at the appellate level is not more than Baht 50,000 or not more than the amount prescribed in a Royal Decree, the party may not appeal on the question of facts.

**Section 48.** Where the appellant considers that the case is prohibited from being appealed under Section 47, the appellant may file a request by making a petition for permission to lodge an appeal, with the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court together with the appeal. In such a case, after the Court of First Instance has reviewed the appeal and considers that it is a prohibited appeal, the appeal and the said petition shall be forwarded to the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court for consideration. However, if the Court of First Instance considers that the appeal is not prohibited, it shall order an acceptance of the appeal for further action.

If the Court of First Instance orders a rejection of the appeal due to the prohibition under Section 47, the appellant may file a request by making a petition for permission to lodge an appeal, with the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court within the period of fifteen days from the date of the order of the Court of First Instance. If the party has filed such a request, the order rejecting the appeal may not be appealed against.

The rules and procedures for filing a request and consideration of the request by the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional

Appeal Court under paragraphs one and two shall be in accordance with the stipulations of the President of the Supreme Court.

**Section 49.** The trial and adjudication of a consumer case in the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court must be completed promptly in accordance with the stipulations of the President of the Supreme Court.

Subject to Section 52, the judgment or order of the Consumer Case Section of the Appeal Court and of the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court shall be final.

**Section 50.** The provisions of Chapter 2 Consumer Case Procedure in the Court of First Instance shall apply mutatis mutandis to the appeal and trial and adjudication of cases by the Consumer Case Section of the Appeal Court and the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court.

## **CHAPTER 4**

### **Appeal to the Supreme Court**

---

**Section 51.** For a case on which the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court has rendered a judgment or order, the party may file a petition with the Supreme Court requesting permission for appeal to the Supreme Court on the question of fact in the case with the amount in dispute at the Supreme Court level of more than Baht 200,000 or on the question of law within the period of one month from the date of reading of the judgment or order of the Consumer Case Section of the Appeal Court or the Consumer Case Section of the Regional Appeal Court.

In filing a petition under paragraph one, the party shall file an appeal to the Supreme Court together with the petition, with the Court of First Instance which has rendered judgment or order on that case. The Court of First Instance shall then promptly forward the petition together with the said appeal to the Supreme Court for its consideration.

**Section 52.** The Supreme Court may permit any appeal to it under Section 51 when it considers that the question under the appeal is one involving public interest or it is otherwise a significant question on which the Supreme Court should make a decision.

**Section 53.** The rules and procedures for filing a petition under Section 51, consideration of the petition, examination and acceptance of the appeal to the Supreme Court, answer to the appeal to the Supreme Court and consideration and decision by the Supreme Court under Section 52 shall be in accordance with the stipulations of the President of the Supreme Court.

**Section 54.** In a case which permission is even for appeal to the Supreme Court only on a question of law, if the Supreme Court considers that the judgment or order of the Appeal Court or of the Regional Appeal Court is not proper either in whole or in part, the Supreme Court may make a decision only on the question of law and dismiss the judgment or order of the Appeal Court, Regional Appeal Court or of the Court of First Instance, and order the Appeal Court, Regional Appeal Court or Court of First Instance, as the case may be, to form a new judgment or order within the scope of the decision of the Supreme Court.

**Section 55.** The provisions of Chapter 2 Consumer Case Procedure in the Court of First Instance shall apply mutatis mutandis to the consideration and adjudication of cases by the Supreme Court.

## CHAPTER 5

### Provisional Measures before Judgment

---

**Section 56.** If prior to filing of a consumer case there are grounds entitling the plaintiff to file an application with the court for the court to order provisional protective measures before judgment under Section 254 (2) of the Civil Procedure Code, or there is a need to request the court to issue a temporary injunction prohibiting the defendant from doing any act to protect the

interest of the consumers as a whole, the person who is to become the plaintiff may file an ex parte application by motion for the said provisional measures prior to filing a complaint.

The application under paragraph one must describe the facts demonstrating the grounds to sue the business operator as defendant, and it is reasonably believable that the court should order a permission according to such application, and a statement confirming the facts by a person who knows of the grounds for such request must be recorded to support the said allegation.

**Section 57.** In considering the application under Section 56, the court shall order a permission according to the application if it is considered that

(1) The application filed and the occasion of filing the application involve appropriate and sufficient grounds for the court to order a permission according to such application; and

(2) The nature of the damage of the applicant cannot be redressed in money or compensated by any other thing, or the person who is to be sued as defendant is not in the position to redress or compensate the damage to the applicant, or it is difficult to later execute a judgment against the person who is to be sued as defendant, or damage will be caused to consumers as a whole, which is difficult to be remedied later.

Provided that which party will suffer more damage shall be taken into account.

If the court orders a dismissal of such application, such order shall be final.

**Section 58.** The court shall without delay notify the order of permission under Section 57 to the person who is to be sued as defendant.

The court order under paragraph one shall immediately apply to the person who is to be sued as defendant.

**Section 59.** Where the court orders a permission under Section 57, the court shall consider the damage that may occur to the person who is to be sued as defendant, and may order the applicant under Section 56 to deposit money or furnish security in the amount and within the period specified, and may impose any conditions as the court may deem appropriate for the damage that may occur.

**Section 60.** The person who is to be sued as defendant may file an application for the court to cancel or change the order of permission under Section 57. If the court issues an order cancelling or changing the original order, such order shall be final.

In a case under paragraph one, the person who is to be sued as defendant may file an application together with the application for cancellation or change of the order, or file an application with the court within 30 days from the date of the order by the court of cancellation or change of the original order, requesting the court to issue an order that the applicant under Section 56 pay compensation to him. After the court conducts examination and considers that the original order so cancelled or changed was made by the mistake or negligence of the applicant, and that the court was misled into believing that there were grounds to sue the person who is to be sued as defendant or that there were sufficient grounds to order a permission under Section 57, the court shall issue an order that the applicant pay compensation to the person who is to be sued as defendant in the amount as the court may deem appropriate. If the applicant fails to comply with the court order, the court shall have the power to enforce the applicant as if he were a judgment debtor.

**Section 61.** If the applicant under Section 56 does not file a lawsuit concerning the application for which the court orders a permission under Section 57, within 15 days from the date of the court order or within the period specified by the court, such order shall be deemed cancelled upon the expiration of the said period.

In a case under paragraph one, the person who is to be sued as defendant may file an application with the court within 30 days from the date such order is deemed cancelled, requesting the court to issue an order that the applicant under Section 56 pay compensation to him and requesting the court to issue an order that the applicant pay compensation to the person who is to be sued as defendant in the amount as the court may deem appropriate. If the applicant fails to comply with the court order, the court shall have the power to enforce the applicant as if he were a judgment debtor.

**Section 62.** If the applicant under Section 56 files a lawsuit concerning the application for which the court orders a permission under Section 57, within 15 days from the date of the court order or within the period specified by the court, such permission order or the permission order

which the court issues an order to change under Section 60, paragraph one, shall continue to be effective, unless the court issues an order according to the application of the defendant for cancellation or change, and Sections 260, 261 and 263 of the Civil Procedure Code shall apply *mutatis mutandis*.

**Section 63.** During trial, if it is necessary to temporarily impose any measures or means to relieve damage or prevent any event that may cause damage to a party or the consumers as a whole before adjudication of the case, when the court deems it appropriate or when a party files an application or it is found from the report of the case officer, the court shall have the power to impose such measures or means as necessary and appropriate in the circumstances for the benefit of justice, in accordance with the rules and procedures prescribed by the stipulations of the President of the Supreme Court.

For the purpose of paragraph one, the court shall have the power to issue an order to concerned persons to provide information or issue a summons calling such persons for examination about damage, events that may cause damage, as well as the business and assets of the defendant as deemed appropriate.

## CHAPTER 6

### Enforcement of Judgment or Order

---

**Section 64.** In the execution of a case, if the issuance of a decree to the judgment debtor before the issuance of a writ of execution will cause the judgment creditor to suffer damage and in case of delay the case may not be executed, the judgment creditor may file an *ex parte* application with the court for the issuance of a writ of execution immediately without first issuing a decree.

**Section 65.** After there is a final judgment in a consumer case, if it appears to the court that there are difficulties causing it impossible to execute the judgment or that any measure needs

to be imposed to execute the judgment, the court shall have the power to issue any order to solve the difficulties as necessary and appropriate in the circumstances for the benefit of justice.

### **Transitory Provisions**

---

**Section 66.** For all consumer cases pending in the court before the effective date of this Act, the relevant court shall have the power to try and adjudicate them, and they shall be governed by the law applicable before the effective date of this Act until such a case becomes final.

Countersigned by

General Surayud Chulanont  
Prime Minister

*(Ref: Government Gazette, Volume 125, Part 38 Kor, of 25<sup>th</sup> February B.E. 2551 (2008))*

**Notes:** The reasons for the promulgation of this Act are as follows: At present the economy has expanded rapidly, and more scientific knowledge and technology have been applied to production of goods and provision of services, while most consumers lack knowledge on quality of goods or services as well as marketing tactics employed by business operators. The consumers also have no bargaining power in entering into contracts to obtain goods or services, usually causing them to be at a disadvantage. When dispute arises, the process of claiming damages takes a long time and involves difficulties for the consumer to prove facts that are not in his knowledge and involves high expenses in taking legal action. The consumer is therefore in a disadvantageous position, sometimes leading to use of forceful means and resulting in confrontation between the business operator and consumers who suffer unfairness. This in turn affects the national economy as a whole. It is therefore appropriate to secure legal action system that facilitates the exercise of claims by consumers, so that consumers who suffer damage are relieved promptly, economically and efficiently, thus protecting the rights of the consumers. At the same time it will encourage business operators to place more importance on development of the quality of their goods and services. It is therefore necessary to enact this Act.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE 1 L'approche matérielle : le champ du droit de la concurrence et de la consommation.....</b>	<b>17</b>
<b>Titre 1 La définition du droit de la concurrence et du droit de la consommation .....</b>	<b>19</b>
<b>Chapitre 1 La formation du droit de la concurrence et de la consommation.....</b>	<b>21</b>
<i>Section 1 Les libertés économiques : le fondement du droit de la concurrence et de la consommation .....</i>	<i>22</i>
§ 1 La propriété et la liberté d'entreprendre : les deux concepts fondamentaux .....	22
A) La propriété : le principe préalable.....	23
1° La reconnaissance juridique du concept de propriété .....	23
2° L'aménagement contemporain du droit de propriété .....	25
B) La liberté d'entreprendre .....	27
1° Le contenu de la liberté d'entreprendre : les divergences d'appréciation en France et en Thaïlande .....	28
2° Les restrictions à la liberté d'entreprendre : l'approche divergente dans la justification en droit français et en droit thaïlandais .....	31
§ 2 Le contenu et le développement des libertés économiques.....	38
A) La liberté du commerce et de l'industrie.....	38
1° La liberté du commerce et de l'industrie : un principe à deux portées .....	39
2° La liberté de la concurrence : un principe dérivé .....	43
B) La liberté contractuelle .....	50
1° Le contenu traditionnel de la liberté contractuelle .....	51
2° Les limitations contemporaines de la liberté contractuelle .....	52
<i>Section 2 Les libertés économiques : l'articulation entre le droit de la concurrence et de la consommation .....</i>	<i>58</i>
§ 1 Les considérations économiques dans l'appréciation juridique.....	58
A) L'analyse économique en droit de la concurrence .....	59
1° L'analyse économique et la politique de la concurrence .....	60
2° L'introduction du "droit mou" ( <i>Soft law</i> ) .....	61
3° Le rôle de l'analyse économique dans l'application des règles de la concurrence .....	63
B) L'analyse économique en droit de la consommation .....	64
1° L'analyse économique dans le régime de la responsabilité civile.....	64
2° La responsabilité du fait des produits défectueux .....	66

§ 2 Le principe d'égalité en droit de la concurrence et de la consommation.....	67
A) L'égalité en matière économique .....	68
1° L'indifférence des situations inégales au regard de l'égalité en matière économique .....	68
2° La fin commune de l'égalité en matière économique .....	71
B) La mise en œuvre du principe d'égalité en droit de la concurrence et de la consommation.....	73
1° L'affirmation de l'égalité de traitement .....	74
2° Le renforcement de l'égalité des forces .....	78
<b>Conclusion du Chapitre 1 .....</b>	<b>84</b>
<b>Chapitre 2 Les objectifs du droit de la concurrence et de la consommation .....</b>	<b>85</b>
<i>Section 1 L'analyse des objectifs poursuivis .....</i>	<i>86</i>
§ 1 La diversité des valeurs protégées.....	86
A) Le bon fonctionnement du marché : la valeur primordiale assurée .....	86
1° Le bon fonctionnement assuré par le droit de la concurrence.....	87
2° Le bon fonctionnement complété par le droit de la consommation .....	91
B) Les valeurs non-économiques : les valeurs secondaires préservées.....	98
1° La concurrence-condition ou la concurrence-moyen .....	98
2° La sécurité et le bien-être des consommateurs.....	100
§ 2 La diversité des niveaux d'intérêts assurés .....	107
A) Les orientations différentes entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation.....	107
1° Du "grand droit" de la concurrence vers le "petit droit" de la concurrence	107
2° De l'approche individuelle vers l'approche collective des consommateurs en droit de la consommation.....	112
B) La place des consommateurs en droit de la concurrence.....	117
1° La protection du consommateur : un objectif du droit de la concurrence.....	117
2° La protection du consommateur : un objectif non-prioritaire du droit de la concurrence .....	122
<i>Section 2 L'impact des évolutions sociales sur le droit de la concurrence et le droit de la consommation .....</i>	<i>125</i>
§ 1 La recherche de l'équilibre en droit de la concurrence et de la consommation .....	126
A) L'équilibre concurrentiel.....	126
1° L'équilibre concurrentiel et le droit de la concurrence .....	127
2° L'équilibre concurrentiel et le droit de la consommation .....	129
B) L'équilibre social.....	131
1° L'équilibre social et le droit de la concurrence .....	131
2° L'équilibre social et le droit de la consommation .....	135

§ 2 L'investissement des notions de la concurrence et de la consommation dans d'autres domaines.....	137
A) La concurrence et la consommation dans le développement durable .....	138
1° La portée du développement durable et le droit de la concurrence.....	138
2° La loyauté dans le marché de la consommation durable et le droit de la consommation.....	141
B) La concurrence et la consommation dans le domaine de la santé .....	144
1° La libre concurrence et les produits OGM.....	145
2° Les consommateurs et les produits OGM .....	148
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>153</b>
<b>Conclusion du Titre 1.....</b>	<b>154</b>
<b>Titre 2 Les acteurs du droit de la concurrence et du droit de la consommation.....</b>	<b>155</b>
<b>Chapitre 1 Les acteurs privés : sujets de droits et titulaires d'obligations .....</b>	<b>157</b>
<i>Section 1 Les opérateurs économiques et le marché en droit de la concurrence .....</i>	<i>158</i>
§ 1 La détermination des entreprises soumises au droit de la concurrence.....	158
A) L'indépendance de la qualification au sein des personnes privées .....	159
1° L'indépendance par rapport à la personnalité juridique.....	159
2° L'indépendance par rapport aux catégories de personnes morales en droit privé .....	162
B) L'indifférence du droit de la concurrence entre les personnes privées et les personnes publiques.....	166
1° Les avantages institués ou supposés des personnes publiques.....	167
2° Le démantèlement matériel et organique des entreprises publiques .....	172
§ 2 La délimitation du marché pertinent apprécié par le droit de la concurrence .....	180
A) La qualification des activités économiques.....	181
1° Les critères d'identification des activités économiques.....	182
2° Les éléments d'exclusion des activités économiques .....	185
B) La délimitation du marché pertinent.....	191
1° Les périmètres des activités économiques concernées.....	191
2° Les périmètres géographiques .....	194
<i>Section 2 Les consommateurs, les professionnels et les contrats de consommation en droit de la consommation.....</i>	<i>197</i>
§ 1 Les notions de consommateur et de professionnel.....	197
A) La question de la nécessité d'un droit de la consommation .....	198
1° La problématique autonomisation des notions de consommateur et de professionnel .....	198
2° La construction historique des notions de consommateur et de professionnel	201

B) Les contours incertains des définitions de consommateur et de professionnel ...	204
1° L'absence de définition universelle et effective.....	205
2° L'appréciation problématique des notions de consommateur et de professionnel.....	210
§ 2 La notion de contrats de consommation.....	215
A) Les sources des contrats de consommation.....	215
1° Les contrats de consommation nommés.....	216
2° Les contrats de consommation par nature.....	218
B) Les effets des contrats de consommation.....	221
1° Les dispositions générales appliquées aux contrats de consommation.....	221
2° Les dispositions particulières appliquées aux contrats de consommation nommés.....	225
<b>Conclusion du Chapitre 1 .....</b>	<b>228</b>

**Chapitre 2 Les acteurs publics : autorité de la régulation de la concurrence et de la  
consommation .....** **230**

<i>Section 1 Les acteurs nationaux : l'État et ses positions dans le monde économique ....</i>	231
§ 1 L'État garant de la libre concurrence et de la protection du consommateur.....	231
A) L'État et ses politiques de la concurrence.....	232
1° La politique de non-intervention dans les domaines économiques.....	232
2° La politique de mise en place des organes de régulation transversale.....	237
B) L'État et ses politiques de la consommation.....	241
1° L'intervention étatique en droit de la consommation.....	241
2° La politique de la mise en place des organes de la consommation.....	243
§ 2 L'État opérateur et l'introduction de régulation sectorielle.....	246
A) Les services publics et la concurrence.....	246
1° L'évolution <i>de facto</i> des entreprises publiques vers une structure plus privée	246
2° L'introduction de la régulation sectorielle.....	251
B) Les services publics et la consommation.....	255
1° Les usagers des services publics sont-ils consommateurs ?.....	255
2° La protection du consommateur dans les services publics.....	257
§ 3 L'État demandeur dans la commande publique.....	260
A) Les personnes publiques sont-elles soumises aux règles de la concurrence ? ....	260
1° La position ambiguë entre les textes et les pratiques.....	261
2° Les objectifs différents des règles de la commande publique.....	263
B) L'encadrement de la liberté contractuelle des personnes publiques.....	265
1° Le choix du cocontractant des personnes publiques.....	266
2° Le contenu des contrats publics.....	268
<i>Section 2 Les acteurs internationaux : l'émergence d'acteurs supranationaux.....</i>	271

§ 1 L'exigence de la libre concurrence et de la protection du consommateur dans le commerce international .....	271
A) Orientations différentes entre les deux domaines juridiques.....	271
1° Le droit de la concurrence : un droit importé.....	271
2° Le droit de la consommation : un droit endogène .....	273
B) Facteurs permettant l'internationalisation des deux domaines juridiques.....	274
1° L'insertion du principe de la libre concurrence au niveau international.....	274
2° Le développement technologique et la croissance du commerce transfrontalier .....	275
§ 2 Le développement du droit de la concurrence et de la consommation à travers les acteurs internationaux .....	277
A) La création de réseaux de coopération .....	279
1° Les réseaux de coopération au sein de l'Union européenne .....	279
2° Les réseaux de coopération au sein de l'ASEAN.....	281
B) L'harmonisation des législations nationales.....	283
1° L'harmonisation du droit de la concurrence .....	283
2° L'harmonisation du droit de la consommation .....	287
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>290</b>
<b>Conclusion du Titre 2.....</b>	<b>291</b>
<b>Conclusion de la Partie 1.....</b>	<b>292</b>
<b>PARTIE 2 L'approche institutionnelle : la protection institutionnelle du droit de la concurrence et de la consommation .....</b>	<b>293</b>
<b>Titre 1 Les titulaires du pouvoir de contrôle .....</b>	<b>295</b>
<b>Chapitre 1 La dichotomie classique entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles .....</b>	<b>297</b>
<i>Section 1 Les caractères distinctifs des autorités administratives et des autorités juridictionnelles .....</i>	<i>298</i>
§ 1 L'identification des autorités administratives et des autorités juridictionnelles.....	298
A) La notion d'autorité administrative .....	299
1° Les autorités administratives en tant qu'extension du pouvoir exécutif .....	299
2° L'identification par rapport aux autorités administratives indépendantes .....	301
B) La notion d'autorité juridictionnelle.....	304
1° Les critères de la qualification des autorités juridictionnelles .....	304
2° La reconnaissance de la juridiction administrative comme autorités juridictionnelles en droit de la concurrence et en droit de la consommation.....	305
§ 2 La différenciation des autorités administratives et des autorités juridictionnelles.	306

A) L'étendue des missions confiées .....	307
1° Les compétences globales des autorités administratives.....	307
2° Les missions plus spécifiques des autorités juridictionnelles.....	310
B) Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention de l'autorité administrative .....	311
1° Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention des autorités administratives en droit de la concurrence.....	311
2° Le caractère obligatoire et préalable de l'intervention des autorités en droit de la consommation .....	313
<i>Section 2 La séparation souple des pouvoirs entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles .....</i>	<i>315</i>
§ 1 Le renforcement du pouvoir de nature juridictionnelle des autorités administratives .....	315
A) Le pouvoir de nature juridictionnelle des autorités de concurrence.....	317
1° Le caractère quasi-juridictionnel des autorités de concurrence.....	317
2° Les conséquences du caractère quasi-juridictionnel des autorités de concurrence .....	319
B) Le renforcement du pouvoir de nature juridictionnelle des autorités de consommation.....	322
1° La protection du consommateur : l'ordre public ambigu .....	322
2° Le renforcement du cadre de pouvoirs des autorités administratives de consommation .....	323
§ 2 La répartition de compétence au sein des autorités juridictionnelles.....	325
A) Le cadre des compétences de la juridiction judiciaire.....	325
1° <i>Le private enforcement</i> en droit de la concurrence et en droit de la consommation .....	326
2° Le régime exceptionnel du recours dirigé contre la décision de l'autorité du droit de la concurrence.....	328
B) Le cadre des compétences de la juridiction administrative .....	330
1° Les litiges opposant une décision des autorités administratives .....	330
2° L'applicabilité du droit de la concurrence et du droit de la consommation à la personne publique .....	332
<b>Conclusion du Chapitre 1 .....</b>	<b>335</b>
<b>Chapitre 2 Le champ d'intervention des acteurs institutionnels .....</b>	<b>337</b>
<i>Section 1 L'organisation territoriale des autorités de la concurrence et de la consommation .....</i>	<i>338</i>
§ 1 L'autorité unique ou le réseau d'autorités administratives.....	338
A) Le caractère unique des autorités en droit de la concurrence.....	339
1° La notion d'unicité .....	339

2° L'articulation entre autorité de la concurrence et autres organes de régulation .....	341
B) Le caractère diffus des autorités en droit de la consommation.....	344
1° L'éclatement des pouvoirs des autorités de consommation .....	344
2° La démarche engagée pour renforcer la structure diffuse .....	346
§ 2 La spécialisation de compétences au sein de l'ordre judiciaire .....	349
A) La spécialisation de juridictions en droit de la concurrence .....	350
1° La spécialisation justifiée de la juridiction des pratiques anticoncurrentielles	350
2° La spécialisation contestable pour les pratiques restrictives de concurrence...	352
B) La spécialisation inutile en droit de la consommation .....	353
1° L'assimilation des litiges de la consommation aux litiges civils .....	353
2° Les dispositifs pour atténuer les lacunes procédurales.....	355
<i>Section 2 La collaboration fonctionnelle entre autorités administratives et autorités juridictionnelles .....</i>	<i>357</i>
§ 1 Le lien étroit entre les autorités de la concurrence et les juridictions.....	357
A) La coopération directe entre l'autorité administrative et les juridictions .....	357
1° La communication des pièces entre l'autorité administrative et le juge pénal ..	357
2° La communication et la protection de secret professionnel entre les autorités administratives et le juge civil .....	359
B) L'intervention sous forme d'avis de l'autorité administrative de la concurrence.....	362
1° L'émission d'avis sur la demande des juridictions .....	362
2° L'émission d'avis à propre initiative de l'autorité administrative .....	364
§ 2 La position éloignée entre les autorités de consommation et les juridictions .....	365
A) Le rôle diminué des autorités d'enquête.....	365
1° La rareté de la saisine des autorités administratives dans les faits .....	366
2° L'évolution récente du cadre de pouvoir d'enquête de l'autorité administrative.....	367
B) L'intervention sous forme d'avis des autorités administratives de consommation.....	369
1° Les caractéristiques des autorités émettrices d'avis .....	370
2° La modalité de l'émission d'avis .....	372
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>374</b>
<b>Conclusion du Titre 1.....</b>	<b>375</b>
<b>Titre 2 Les caractéristiques du contrôle exercé par les autorités administratives et juridictionnelles .....</b>	<b>377</b>

<b>Chapitre 1 La caractérisation de la nature du contrôle.....</b>	<b>379</b>
<i>Section 1 La caractérisation au regard des objectifs du contrôle .....</i>	380
§ 1 Le contrôle à but réparateur .....	380
A) L'action en dommages-intérêts .....	381
1° La démonstration de la faute .....	381
2° La détermination du dommage.....	384
B) Les conséquences sur les contrats de la concurrence et de la consommation .....	386
1° La nullité des contrats de la concurrence .....	386
2° Les effets spécifiques des contrats de la consommation .....	388
§ 2 Le contrôle à but répressif.....	390
A) Les questions préalables des contrôles répressifs.....	390
1° La distinction entre la sanction administrative et la sanction pénale .....	390
2° La responsabilité pénale des entreprises.....	391
B) La position du droit pénal dans les domaines de la concurrence et de la consommation.....	393
1° Le rôle du droit pénal de la concurrence .....	393
2° Le rôle du droit pénal de la consommation .....	396
<i>Section 2 La caractérisation au regard du temps du contrôle.....</i>	398
§ 1 La notion de <i>a priori</i> et <i>a posteriori</i> .....	399
A) Les perspectives différentes selon les deux types de contrôle .....	399
B) L'exemple du contrôle <i>a priori</i> et <i>a posteriori</i> : le contrôle de constitutionnalité .....	400
§ 2 Les contrôles <i>a priori</i> et <i>a posteriori</i> en droit de la concurrence et de la consommation .....	402
A) Les critères pour adopter l'approche <i>a priori</i> ou <i>a posteriori</i> .....	402
1° La nécessité d'intervention par rapport aux caractéristiques générales du marché.....	402
2° La nécessité d'intervention par rapport aux actes contrôlés.....	404
B) Les limites à l'action <i>a priori</i> ou <i>a posteriori</i> .....	406
1° Les limites par rapport aux libertés économiques.....	406
2° Les limites par rapport au nombre de pratiques ciblées .....	407
<b>Conclusion du Chapitre 1 .....</b>	<b>410</b>
<b>Chapitre 2 La caractérisation des étapes du contrôle .....</b>	<b>411</b>
<i>Section 1 Les procédures dans la phase pré-contentieuse.....</i>	412
§ 1 Les étapes initiales dans la phase pré-contentieuse.....	413
A) La détection de l'infraction .....	413
1° La mise en contact avec les autorités administratives.....	413
2° Le programme de clémence en droit de la concurrence pour les auteurs de pratiques prohibées .....	417

B) La réalisation de l'enquête.....	419
1° Les pouvoirs d'enquête des autorités administratives.....	419
2° Les garanties procédurales au cours des enquêtes.....	424
§ 2 Les procédures alternatives dans la phase pré-contentieuse .....	428
A) Les procédures alternatives en droit de la concurrence.....	428
1° La procédure de transaction.....	429
2° Les engagements volontaires .....	430
B) Les procédures alternatives en droit de la consommation.....	432
1° L'absence de procédure alternative dans l'application d'une sanction pénale ou administrative de la consommation .....	432
2° Les procédures alternatives dans le conflit entre les professionnels et les consommateurs .....	434
<i>Section 2 Les procédures dans la phase contentieuse .....</i>	<i>436</i>
§ 1 Le déroulement de la procédure .....	437
A) La procédure en droit de la concurrence : la dualité de procès .....	437
1° La procédure normale de la concurrence .....	437
2° Les procédures rapides en droit de la concurrence français.....	441
B) La procédure en droit de la consommation : de la simplification à l'action de groupe .....	444
1° Les conditions préalables à l'application de l'action de groupe .....	446
2° Le déroulement de l'action de groupe.....	449
§ 2 Les décisions et mesures provisoires .....	451
A) Les mesures provisoires au cours de la procédure .....	452
1° Les mesures conservatoires dans la procédure de la concurrence de l'autorité administrative.....	452
2° Les mesures provisoires dans la procédure de la consommation devant l'autorité judiciaire.....	456
B) La décision à l'issue de la procédure.....	460
1° L'élaboration et le contenu de la décision.....	460
2° Les voies de recours contre la décision.....	469
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>479</b>
 <b>Conclusion du Titre 2.....</b>	 <b>481</b>
 <b>Conclusion de la Partie 2.....</b>	 <b>483</b>
 <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	 <b>485</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>499</b>
<b>ANNEXE.....</b>	<b>512</b>
La loi thaïlandaise relative à la concurrence B.E. 2542 (1999) .....	513

Le schéma de procédure de la Commission de la concurrence.....	533
Le schéma de procédure de l’Autorité nationale de la concurrence .....	534
The Consumer protection Act B.E. 2522 (1979) .....	535
Consumer case procedure Act B.E. 2551.....	563

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

### I. Revues et Périodiques

CCC	=	Contrats Concurrence Consommation
D.	=	Recueil Dalloz
DA	=	Droit Administratif
Gaz. Pal.	=	Gazette du Palais
JCP A	=	Jurisclasseur Périodique, Administrations et collectivités territoriales
JCP E	=	Jurisclasseur Périodique, Entreprise et affaires
JCP G	=	Jurisclasseur Périodique, Édition Générale
NCC	=	Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
RCE	=	Regards croisés sur l'économie
RDLC	=	Revue des droits de la concurrence
RDP	=	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RESS	=	Revue européenne des sciences sociales
RIDC	=	Revue internationale de droit comparé
RIDE	=	Revue Internationale de Droit Economique
RLC	=	Revue Lamy de la Concurrence
RJEP	=	Revue Juridique de l'Economie Publique
RTD Com.	=	Revue trimestrielle de droit commercial

### II. Organisations

AAM	=	Administration des aliments et médicaments
ADLC	=	Autorité de la concurrence
ASEAN	=	Association of Southeast Asian Nations
CCA	=	Commission des clauses abusives
Cons. Conc.	=	Conseil de la concurrence
CMC	=	Commission de la médiation de la consommation

CNC	=	Conseil national de la consommation
CSC	=	Commission de la sécurité des consommateurs
DGCCRF	=	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
FMI	=	Fonds Monétaire International
INC	=	Institut national de la consommation
OCPC	=	Office de la Commission de la protection du consommateur
OMC	=	Organisation Mondiale de Commerce

### **III. Juridictions**

TPICE	=	Tribunal de première instance des Communautés européennes
CJCE	=	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	=	Cour de justice de l'Union européenne.
CC	=	Conseil constitutionnel
CE	=	Conseil d'État
CEDH	=	Cour européenne des droits de l'homme
Cass. Com.	=	Cour de cassation, Chambre commerciale
Cass. Crim.	=	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. Soc.	=	Cour de cassation, Chambre sociale
Cass. 1 <sup>ère</sup> Civ.	=	Cour de cassation, Première Chambre civile
CA Paris	=	Cour d'appel de Paris
T.confl.	=	Tribunal du conflit

### **IV. Textes**

GATT	=	General agreement on tariffs and trade
LME	=	Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie
MURCEF	=	Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

NRE	=	Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques
TFUE	=	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

## **V. Divers**

OGM	=	Organisme génétiquement modifié
QPC	=	Question prioritaire de la constitutionnalité
REC	=	Réseau européen de la concurrence
SIEG	=	Services d'intérêt économique général
SSIG	=	Services sociaux d'intérêt général



**Résumé :** Dans l'esprit économique libéral, l'État intervient en tant que régulateur qui veille au respect des règles du marché. En effet, ces règles régissent deux ordres de relations. L'un appliqué parmi des opérateurs économiques forme les règles de la concurrence justifiées par le principe d'égalité des chances. L'autre constitue l'ensemble des règles de la consommation appliquées aux professionnels et consommateurs justifiées par l'infériorité de ces derniers dans les pratiques commerciales des professionnels. Même si les champs d'application de ces deux domaines de droits ne sont pas identiques, ils se retrouvent dans un objectif commun : favoriser un accès équitable aux produits et aux services en termes de prix et de qualité. Cette fin n'est pas pourtant assurée sans la mise en place des autorités compétentes. À ce stade, il convient dans une approche institutionnelle d'analyser des différentes natures des autorités dans ces deux domaines. En outre, dans une approche comparative, il convient d'étudier le système des autorités de la concurrence et de la consommation en France et celui existant en Thaïlande conduits dans le cadre de l'Union européenne et de la Communauté économique de l'ASEAN.

---

**Title :** Competition and consumer protection authorities : Comparative study between French law and Thai law

**Summary :** In the ideology of economic liberalism, the government assumes the role as regulator to ensure compliance with market rules and regulation. Indeed, these rules and regulations control two sets of relation. One applied between economic entities is competition rules justified by the equal opportunity principle. Other applied between business operator and consumer is consumer protection regulations justified by the subordinate position of the consumer towards the operator in commercial practices. Although, these two fields of law don't have the same scope of application, they pursue a common objective to encourage a fair access to products and services in terms of price and quality. This objective cannot be archived without installation of competent authorities. At this point, difference in nature of these authorities between two areas of law shall be analysed by an institutional approach. In addition, a comparative approach will be used to compare the competition and consumer protection authorities system in France and the system in Thailand in the context of European Union and ASEAN Economic Community.

---

**Mots-clés :** autorités ; concurrence ; consommation ; France ; Thaïlande ; entreprise ; consommateur ; professionnel ; association de consommateurs ; libertés économiques ; intervention étatique ; équilibre ; marché pertinent ; contrat de consommation ; private enforcement ; dommage punitif ; action de groupe ; régulation ; autorité unique et indépendante ; organe de concertation ; pouvoir quasi juridictionnel ; répartition de pouvoir ; procédure ; contrôles *a priori* et *a posteriori* ; sanction administrative ; DGCCRF ; Autorité de la concurrence