

**« Regards juridiques et économiques
sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels »**

**Rapport final
Mai 2015**

Sous la responsabilité scientifique de Muriel CHAGNY,
Directeur du laboratoire DANTE (UVSQ)

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit & Justice

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisé avec le soutien du GIP Missions de recherche Droit et Justice (convention n° 211.11.08.09).

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Responsable scientifique du projet

Muriel CHAGNY, Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Directeur du laboratoire de Droit des affaires et des nouvelles technologies (DANTE) et du master de Droit des contrats et de la concurrence, Membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Membres du groupe

Universitaires :

Bruno DEFFAINS, Professeur à l' Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur du Laboratoire d'économie du droit, Président, European Association of Law and Economics, Membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Anne-Marie LUCIANI, Professeur à l'Université d'Amiens

Silvia PIETRINI, Maître de conférences à l'Université de Lille 2

Linda ARCELIN LECUYER, Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

Paul GROSSER, Professeur à l'Université Paris Est Créteil Val-de-Marne, Directeur du master de droit des assurances et de la responsabilité

Arnaud LECOURT, Maître de conférences à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Directeur de l'Institut d'études judiciaires

Louis PERDRIX, Maître de conférences à l'Université Paris Est Créteil Val-de-Marne

Praticiens :

Jean-Louis FOURGOUX*, Avocat associé aux barreaux de Paris et Bruxelles, Cabinet Fourgoux et associés, Président de l'Association française d'étude de la concurrence

Charles METEAUT*, Avocat au Cabinet Redlink, Paris, Vice-président de l'AFEC Jeunes

Nizar LAJNEF*, Avocat au Cabinet UGGC

Josselin LUCAS*, Avocat au Cabinet Paul Hastings

Romain MAULIN*, Avocat au Cabinet Allen & Overy

Doctorants et étudiants :

Lénaïc GODARD, Doctorant contractuel (laboratoire DANTE)

Victor PREVESIANOS, Doctorant contractuel (laboratoire DANTE)

Godefroy DE MONTCUIT, Doctorant (laboratoire DANTE)

Elise PROVOST, Doctorant à l'Université de Liège et Panthéon-Assas (Paris 2)

Beyza BAYDUR, Docteur en droit de l'Université Toulouse 1, Avocate au Barreau d'Ankara

Julien DELAYEN, Doctorant à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Vanessa JIMENEZ SERRANIA, Doctorante à l'Université de Salamanque

Les promotions 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 du **master de Droit des contrats et de la concurrence** ont été associées à ce projet, parmi lesquels notamment **Claire LEBORGNE**, **Camille PETIAU**, **Isabelle SERFATY**, **Michael VAZ**.

* Les opinions exprimées sont propres à la responsable de la recherche et ne sauraient engager les avocats et les cabinets associés à cette recherche.

Intervenants au Colloque *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir*, Maison de l'Europe (Paris), 13 mai 2014, actes publiés à la revue *Concurrences* 3-2014 (disponible en ligne) :

Martine BEHAR-TOUCHAIS, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris1) , Codirectrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut André Tunc), Paris, Ancien membre du Collège du Conseil de la concurrence

Laurent BENZONI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Fondateur associé de Tera Consultants

Daniele CALISTI, Commission européenne, Direction générale de la concurrence

Michele CARPAGNANO, Professeur à l'Université de Trento Codirecteur de l'Osservatorio Antitrust

Suzanne CARVAL, Professeur à l'Université de Rouen, Responsable du master 2 droit des assurances, Codirectrice du Centre universitaire rouennais d'études juridiques

Muriel CHAGNY, Directeur du *master Contrats Concurrence et du laboratoire DANTE*, e l'Université de Versailles- Saint-Quentin-en-Yvelines,

Béatrice CHARLIER-BONATTI, Président de chambre au Tribunal de commerce de Paris

Emmanuelle CLAUDEL, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

Bruno DEFFAINS, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur du Laboratoire d'économie du droit, Président, European Association of Law and Economics

Jacques DERENNE, Avocat associé, Hogan Lovells, Paris et Bruxelles

Claire FAVRE, Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

Knut FOURNIER, Chercheur associé à l'Université d'Oxford

Frank GENTIN, Président du Tribunal de commerce de Paris

Laurence IDOT, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) Membre du Collège de l'Autorité de la concurrence

Agisilaos KARPETAS, Doctorant de Institut européen de l'Université de Leyde

Assimakis KOMNINOS, Avocat associé White & Case LLP, Bruxelles Visiting Research Fellow, UCL, London

Irène LUC, Conseiller à la Cour d'appel de Paris

Frédéric JENNY, Professeur à l'ESSEC, Président du Comité concurrence de l'OCDE

Charles MÉTEAUT, Avocat, Redlink, Paris, Vice-président de l'AFEC Jeunes

Anne OUTIN-ADAM, Directeur des politiques législatives et juridiques de la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Île-de-France

Sommaire

Table des abréviations	4
Introduction	5
Première Partie - Analyse critique de la réparation des dommages concurrentiels.....	16
Chapitre I – Présentation générale de la réparation des dommages concurrentiels en droit positif	17
Section 1 - Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : un contentieux méconnu dans son importance et dans sa réalité	18
Section 2 – Le contentieux privé des pratiques restrictives de concurrence : un contentieux ciblé et « concurrencé » par la mise en œuvre publique.....	43
Chapitre II – Identification des difficultés attachées à la réparation des dommages concurrentiels	63
Section 1 – Les difficultés communes à l’ensemble du contentieux privé des dommages concurrentiels.....	64
Section 2 – Les difficultés spécifiques à un mode de réparation des dommages concurrentiels.....	94
Seconde Partie – Orientations normatives de la réparation des dommages concurrentiels	123
Chapitre Préliminaire – Pour une approche unitaire cohérente de la réparation des dommages concurrentiels	125
Section 1 – La réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles sous la contrainte et sous l’influence du droit de l’Union européenne.....	126
Section 2 – L’évolution de la réparation des dommages concurrentiels par delà le droit des pratiques anticoncurrentielles.....	133
Section 3 – La réparation des dommages concurrentiels comme condition d’efficacité économique de la responsabilité civile.....	134
Chapitre I – Accroître l’effectivité de la réparation des dommages concurrentiels....	142
Section 1 – Mieux gérer le temps dans la réparation des dommages concurrentiels	143
Section 2 – Etendre les possibilités de mise en œuvre de la réparation des dommages concurrentiels.....	153
Section 3 – Encourager la mise en œuvre des actions en réparation des dommages concurrentiels.....	163
Section 4 – Amoindrir les obstacles d’ordre probatoire à la réparation des dommages concurrentiels.....	171
Chapitre II – Renforcer l’efficacité de la réparation des dommages concurrentiels ..	183
Section 1 – Faciliter la démonstration des conditions de la réparation des dommages concurrentiels.....	184
Section 2 – Améliorer le résultat de l’action en réparation des dommages concurrentiels	198
Bibliographie.....	238
Annexe 1 - Valorisation.....	273
Annexe 2 – Actes du colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir ».....	276
Table des matières.....	278

Table des abréviations

<i>al.</i>	Alinéa
<i>ass.</i>	Assemblée Plénière
<i>C.com.</i>	Code de commerce
<i>CEE</i>	Communauté Economique Européenne
<i>CEPC</i>	Commission d'Examen des Pratiques Commerciales
<i>civ. 1e</i>	Première chambre civile
<i>civ. 3e</i>	Troisième chambre civile
<i>CJCE</i>	Cour de Justice des Communautés Européennes
<i>CJUE</i>	Cour de Justice de l'Union Européenne
<i>Com.</i>	Chambre commerciale
<i>Concurrences</i>	Revue Concurrences
<i>Contrats, conc. Consum.</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Ibid.</i>	Ibidem
<i>Id.</i>	Idem
<i>J.Cl</i>	Jurisclasseur
<i>JCP E</i>	La semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
<i>LME</i>	Loi de Modernisation de l'Economie
<i>Loc. cit.</i>	Loco citato
<i>Loi NRE</i>	Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>Op. cit.</i>	Opus Citatum
<i>p.</i>	Page
§	Paragraphe
<i>PME</i>	Petites et Moyennes Entreprises
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RG</i>	Rôle général
<i>RJDA</i>	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
<i>RLC</i>	Revue Lamy de droit de la concurrence
<i>RTD Civ</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>s.</i>	Suivants
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
<i>V.</i>	Voir

Introduction

1. **Paradoxe.** - Alors que le recours à un mécanisme de mise en œuvre privée peut apparaître, du point de vue de l'analyse économique du droit, « *particulièrement adapté au droit de la concurrence* »¹, l'observation du droit français conduit, tout au contraire, à constater qu'il est très largement concurrencé par des mécanismes de mise en œuvre publique.

Ce constat concerne, au premier chef, le droit des pratiques anticoncurrentielles dont les règles peuvent pourtant être invoquées tout aussi bien devant les juridictions que devant les autorités spécialisées de concurrence – Autorité de la concurrence en France, Commission à l'échelle de l'Union européenne. Cependant, il vaut également dans le cas du droit des pratiques restrictives de concurrence édicté au Titre IV du Livre IV du code de commerce, dont l'application, si elle s'effectue uniquement devant des juridictions, repose, pour une part significative, sur l'initiative du ministre de l'Economie, de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et fait également intervenir un organe spécifique, la Commission d'examen des pratiques commerciales. En revanche, il n'en est rien en ce qui concerne le droit prétorien de la concurrence déloyale et du parasitisme, pour lequel aucune prérogative n'a été confiée à un organe public et qui fait exclusivement l'objet d'actions privées.

2. **Complément et/ou substitut.** Or, en l'état des ressources limitées des finances publiques et des atouts que le recours à un mécanisme de mise en œuvre privée présente, du point de vue de l'économie du droit², la question se pose de savoir dans quelle mesure le contentieux privé peut constituer un complément et/ou un substitut efficient à la mise en œuvre publique de la règle de concurrence.

Cela explique d'ailleurs l'attention dont le contentieux privé en matière de pratiques anticoncurrentielles fait l'objet de la part des autorités de concurrence elles-mêmes. Ainsi l'Autorité de la concurrence française a-t-elle exprimé à plusieurs reprises sa conception quant aux rapports entre réparation privée et publique ou encore à l'introduction en droit

¹ V. en ce sens not. B. Deffains et L. Benzoni, «Les apports de l'analyse économique du droit », *Concurrences* 3-2014, n° 135.

² B. Deffains et L. Benzoni, art. préc., n° 134, font état de trois grandes catégories d'avantages qui respectivement sont d'ordre informationnel (les victimes étant mieux placées pour dénoncer les agissements contraires au droit de la concurrence), tiennent aux incitations, sources d'efficacité dans la détection et la poursuite de ces comportements et enfin à des coûts moindres.

français d'une véritable action de groupe³ que le législateur a fini par adopter, avec la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation et dans laquelle la mesure emblématique de l'action de groupe a été étendue au droit des pratiques anticoncurrentielles.

De son côté, la Commission européenne s'est attachée, à partir de 2005, avec la publication d'un Livre vert, à promouvoir les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante. Après avoir longtemps tardé à aboutir, cette initiative s'est enfin concrétisée par la publication de la Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁴ qui devra être transposée en droit français dans les deux ans de son entrée en vigueur.

3. **Pluridisciplinarité** - S'inscrivant ainsi dans un contexte particulièrement mouvant sur le plan législatif, la recherche consacrée aux « Regards juridiques et économiques sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels » a entendu retenir une approche pluridisciplinaire. Tout d'abord, la réparation des dommages concurrentiels ne peut être envisagée sans conjuguer plusieurs disciplines juridiques : à la pluralité des branches composant le droit de la concurrence, il convient de combiner plusieurs disciplines juridiques, d'un point de vue substantiel et processuel, à savoir le droit commun des obligations et, tout particulièrement, le droit de la responsabilité civile, ainsi que le droit de la procédure civile. Par ailleurs, et même si l'analyse et les préconisations effectuées ont principalement reposé sur le raisonnement juridique, notamment au regard des impératifs liés à la transposition de la directive, en intégrant, le cas échéant, des solutions inspirées par le droit comparé, le choix a également été fait d'intégrer à la réflexion sur la mise en œuvre publique et/ou privée des règles de droit de la concurrence les apports de l'économie du droit.
4. **Objectifs** - Cette étude s'est efforcée tout à la fois de répondre à des besoins bien concrets, qu'il s'agisse de tenter de proposer des solutions à certaines difficultés d'ordre juridique ou pratique rencontrées par les acteurs appelés à mettre en œuvre les règles de concurrence ou

³ V. not. Cons. conc., Avis du 21 septembre 2006 *relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*. V. E. CLAUDEL, « Le conseil de la concurrence se déclare favorable à l'action de groupe ... mais avec des réserves », *RTDCom*. 2007, p. 40 et s. ; M. CHAGNY ; « L'action de groupe vue par le Conseil de la concurrence : oui, mais ... », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 10, janv.-mars 2007, p. 58, n° 718.

⁴ JOUE 5 décembre 2014, L 349, p. 1.

bien encore de faire œuvre utile dans la perspective de la transposition à venir de la Directive ainsi que d'autres évolutions législatives attendues – notamment en droit de la responsabilité civile – ou à attendre – en droit de la concurrence, au-delà du seul domaine des pratiques anticoncurrentielles, ou encore en procédure civile. Cependant, elle s'est aussi inscrite dans une démarche plus fondamentale tenant, d'un côté, à des considérations liées à la compétitivité, à l'attractivité du droit français et des places judiciaires françaises et, de l'autre côté, aux relations existant entre les disciplines juridiques et aux apports réciproques possibles.

5. **Précisions.** Il convient de préciser le champ d'étude (I) ainsi que le dispositif méthodologique (II) , puis de préciser la démarche et le plan adoptés pour cette étude (III).

I - Champ de l'étude

6. **Dommmages concurrentiels** - Les dommages concurrentiels sont entendus largement comme l'ensemble des dommages consécutifs à la violation d'une règle de concurrence quelle qu'elle soit, conformément à la conception française du droit de la concurrence en droit positif.
7. **Droit des pratiques anticoncurrentielles** - Cela étant, le choix a été fait, au cours de la recherche, d'accorder une importance prépondérante au droit des pratiques anticoncurrentielles et ceci, pour plusieurs raisons. C'est en cette matière que les enjeux de compétitivité et d'attractivité du droit français sont les plus prégnants⁵ en même temps que les difficultés à résoudre les plus complexes et les intérêts des litiges particulièrement élevés⁶. Par ailleurs et surtout, ce choix a été dicté par l'initiative prise par la Commission européenne, ayant abouti à l'adoption d'une directive qui emportera des obligations de transposition en droit français dans un bref délai de deux ans à compter de sa publication ainsi que, dans une

⁵ Si les affaires relatives à la concurrence déloyale ou aux pratiques restrictives de concurrence ne sont pas étrangères à ces préoccupations, il reste que les enjeux financiers sont, dans la plupart des cas, moindres.

⁶ Il a été relevé que le montant des dommages et intérêts réclamés au titre de pratiques anticoncurrentielles tend à s'élever : R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Paris V-René Descartes, déc. 2012 n° 73. Pour ne prendre que quelques illustrations, c'est un montant de 5 800 000 € qui est réclamé dans le dossier *Ma liste de course* (T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012, *Ma Liste de course c/ Sté HighCo*). Ce montant s'élève à plus de 70 millions d'euros dans l'affaire mettant en cause *Voyages-SNCF* (T. com. Paris, 25 août 2010, *Lastminute, Karavel c/ Voyages-SNCF*). Plus spectaculaire encore le contentieux opposant à Google un éditeur de moteurs de recherche thématiques porte sur pratiquement 300 millions d'euros (T. com. Paris, 3^e ch., 7 juin 2012, *SARL 1plusV c/ Sté Google Inc et a.*).

moindre mesure, par l'introduction de l'action de groupe en ce seul domaine.

8. **Droit comportemental de la concurrence** - Les autres pans du droit comportemental français de la concurrence⁷ ne sont pas ignorés pour autant : d'une part, ils présentent, tant d'un point de vue substantiel que sur le plan institutionnel, des caractéristiques différentes et peuvent, pour cette raison, être riches d'enseignements, dans l'approche normative retenue pour ce travail⁸ ; d'autre part, une approche cohérente de ces différents volets apparaît d'autant plus opportune qu'il n'est pas rare que des règles appartenant à différentes parties de ce droit soient invoquées concomitamment⁹.

Il convient de préciser à cet égard qu'une place plus importante est accordée au droit des pratiques restrictives de concurrence dans la mesure où sa mise en perspective avec le droit des pratiques anticoncurrentielles est particulièrement intéressante : au-delà de leurs différences, l'un et l'autre volet reposent sur des dispositions spéciales, contrairement au droit prétorien de la concurrence déloyale fondé, pour le moment du moins, sur le seul droit commun de la responsabilité civile ; ils soulèvent l'un comme l'autre, et contrairement là encore au droit de la concurrence déloyale, des problèmes d'articulation entre la mise en œuvre dans la sphère privée et dans la sphère publique ; dans un cas comme dans l'autre, et à la différence de la concurrence déloyale, l'ensemble des mesures englobées dans la réparation *lato sensu*, telle que définie dans l'étude, sont susceptibles d'être sollicitées. Pour autant, le contentieux de la concurrence déloyale est évoqué lorsque cela est apparu approprié.

⁷ L'expression s'entend par opposition au contrôle structurel des opérations de concentration. Sans être totalement étranger aux questions de réparation des dommages concurrentiels, celui-ci est apparu moins intéressant dans la perspective de ce travail et a donc été exclu du champ d'investigation. Par ailleurs, et bien que les mesures adoptées par un Etat membre au profit d'un opérateur ou d'un ensemble d'opérateurs puissent donner lieu à un contentieux sur le plan civil, le droit des aides d'Etat a été écarté ici, pour la double raison qu'il repose exclusivement sur des règles du droit de l'Union européenne et le choix a été fait de concentrer cette étude sur l'ensemble des règles relatives à ce que l'on pourrait qualifier de droit comportemental de la concurrence, susceptible d'être mis en œuvre de façon combinée à des fins réparatrices et appelant par conséquent une approche cohérente.

⁸ Les éventuelles différences existant entre les différents pans du droit comportemental de la concurrence sont à tout le moins susceptibles d'être sources de réflexions, voire d'interactions fructueuses en inspirant des évolutions dans telle ou telle partie du droit de la concurrence. V. Chapitre préliminaire de la seconde partie : « Pour une approche unitaire cohérente de la réparation des dommages concurrentiels.

⁹ Tout en faisant montre de prudence dans l'établissement de statistiques, compte tenu l'absence de publication systématique, il a pu être relevé que pratiquement 1/5 des affaires mettant en jeu le droit des pratiques anticoncurrentielles impliquent aussi l'article L. 442-6 du code de commerce au titre des pratiques restrictives de concurrence et environ 15 % portent à la fois sur le droit des pratiques anticoncurrentielles et l'article 1382 du code civil au titre de la concurrence déloyale : en ce sens, v. C. METEAUT, « A propos d'une étude empirique de la jurisprudence française », revue concurrences 2014 -3, , p. 92 et s., n° 7.

9. **Réparation** - (Trop) souvent réduite à la réparation par équivalent, autrement dit à l'indemnisation, lorsqu'il est question de dommages concurrentiels¹⁰, la réparation revêt en réalité plusieurs formes¹¹. Même si beaucoup des réflexions actuelles concernent les actions en dommages-intérêts pour l'essentiel, la réalité du contentieux est plus étendue et concerne, non seulement l'engagement de la responsabilité civile, mais aussi la nullité et les mesures d'injonction. Dans le cadre de cette étude, la réparation est entendue dans toute sa pluralité : elle s'étend au contentieux de l'urgence, la cessation des comportements litigieux étant tout à fait essentielle en la matière¹² et englobe même la nullité¹³, en considérant que le retour au *statu quo ante* constitue une forme de réparation.

10. **Contentieux privé (judiciaire)** – La recherche, relative à la réparation des dommages concurrentiels, intéresse par conséquent la mise en œuvre des règles de concurrence, autrement dit le contentieux¹⁴. Elle se focalise sur le contentieux privé des dommages concurrentiels, l'adjectif privé faisant écho à l'expression en langue anglaise de « *private enforcement* » utilisée couramment dans le cas du droit des pratiques anticoncurrentielles et couvrant le contentieux civil et commercial¹⁵.

Dès lors, sont exclues les actions exercées devant les juridictions répressives au titre de dispositions sanctionnées pénalement tant en droit des pratiques anticoncurrentielles¹⁶ qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence¹⁷. De même, sont laissées de côté les actions engagées devant des juridictions administratives, en présence de personnes publiques ou

¹⁰ Ainsi, l'initiative lancée par la Commission européenne en cas d'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles concerne exclusivement les actions en dommages et intérêts, même s'il n'est guère douteux qu'elle aura des répercussions bien au-delà : *infra* n° 193.

¹¹ *Vocabulaire juridique de l'Association H. Capitant*, sous la dir. de G. CORNU, PUF, coll. Quadrige, V° Réparation.

¹² V. not. C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002, spéc. p. 1020 : « *D'un point de vue strictement économique, le rétablissement de la situation concurrentielle de la victime est l'objectif essentiel* ». Adde G. Parléani, *Actualité de la sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles*, in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, colloque tenu à l'université de Paris-I le 29 avril 2004, LPA, 20 janvier 2005, n° 14, p. 3 et s., spéc. n° 19*.

¹³ C'est d'ailleurs en faisant référence à la nullité qu'un historien a montré le rôle important des juridictions civiles en matière d'ententes. V. à ce propos, L. PFISTER, « *Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIXe siècle* », RDC 2012-2, p. 349 et s., spéc. n° 4.

¹⁴ Le terme de contentieux est entendu ici comme « *l'ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux* » : v. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige 2007, V° Contentieux.

¹⁵ R. AMARO, th. préc., n° 10.

¹⁶ Art. L. 420-6 C. com. permettant d'agir à l'encontre de personnes physiques ayant pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

¹⁷ Un certain nombre de règles énumérées au Titre IV du Livre IV du Code de commerce sont assorties de sanctions pénales.

investies de prérogatives de puissance publique¹⁸.

En conséquence, l'étude présentée porte sur le contentieux se déroulant devant les juridictions civiles et commerciales, autrement dit le contentieux privé judiciaire. Sans être exclus, ce d'autant qu'ils peuvent nourrir des propositions de renforcement de l'effectivité de la réparation¹⁹, les modes alternatifs de règlement des litiges n'ont pu être pris en compte qu'à la marge, compte tenu de la difficulté extrême à prendre connaissance d'affaires dans lesquelles la résolution du contentieux s'est opérée de cette façon.

II – Dispositif méthodologique

11. **Matériau** - L'étude effectuée reposait au premier chef sur la collecte et l'analyse de décisions françaises se rapportant à la réparation des dommages concurrentiels dans la conception étendue qui en a été retenue et en s'efforçant de la rendre aussi complète que possible. De surcroît, cette collecte a dû être réalisée, tout au long de la recherche, afin d'intégrer au fur et à mesure à la réflexion les nouvelles questions apparues ou les éventuelles évolutions intervenues, soit à la suite d'un changement des dispositions légales, soit à la suite d'une inflexion de la pratique décisionnelle ou de la jurisprudence.

Des précisions doivent encore être apportées à cet égard en ce qui concerne l'accès aux sources et le traitement des données, non sans avoir indiqué au préalable que cette tâche a bénéficié du concours d'étudiants rattachés à plusieurs promotions du master II de droit des contrats et de la concurrence de l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines ainsi que de plusieurs doctorants du laboratoire DANTE et de plusieurs membres de l'association française d'étude de la concurrence (comité des jeunes), auxquels des remerciements doivent être adressés à ce titre.

12. **Modes diversifiés de collecte** - Compte tenu du caractère crucial de ces données, et pour s'efforcer de réaliser une collecte aussi étendue que possible, il a été nécessaire de combiner différentes modalités.

¹⁸ Si cela concernait traditionnellement le droit des pratiques anticoncurrentielles, la réforme portée par la loi du 17 mars 2014 conférant à la DGCCRF des pouvoirs de sanction administrative aboutit à ce que les juridictions administratives puissent se trouver saisies, mais dans le cadre de contentieux publics, de procédures relatives à des règles relevant du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

¹⁹ *Infra* n° 220 et s.

En effet, contrairement aux décisions de l’Autorité de concurrence, faisant l’objet d’une publication systématique et rapide sur le site internet de l’Autorité – les décisions rendues par les juridictions judiciaires d’appel et surtout de première instance est difficile, en l’absence de toute publication systématique et organisée. Si les arrêts de la Cour de cassation sont quant à eux aisément accessibles *via* le site Legifrance, on ne saurait, à l’évidence, s’en contenter malgré tout leur intérêt dans la perspective de l’étude qui requiert aussi et peut-être surtout l’analyse de décisions rendues par des juridictions du fond.

Ainsi les décisions ont-elles été récoltées, tout d’abord, à partir de sites ou ressources publiques. S’agissant du droit des pratiques anticoncurrentielles, le site internet de la Commission européenne met en ligne les décisions transmises par les juridictions nationales dans lesquelles ces dernières mettent en œuvre les dispositions du Traité appréhendant ententes et abus de position dominante. En droit des pratiques restrictives de concurrence, le législateur en 2005 a confié à la Commission d’examen des pratiques commerciales le soin de publier dans son rapport annuel « *une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions (du Titre IV du Livre IV) ayant fait l’objet de sanctions administratives ou pénales* », lequel « *comprend également les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs* » (art. L. 440-1 C com.). Ces informations, rassemblées avec l’aide de la DGCCRF en ce qui concerne les actions initiées par le ministre de l’Economie, avec l’aide de la faculté de droit de Montpellier dans le cas des actions d’initiative privée, sont ensuite mises en ligne sous forme de bilans de jurisprudence et commentées sur le site internet de la Commission.

Des décisions ont encore été réunies à partir d’une utilisation systématique de certaines bases de données juridiques, éventuellement en prenant également appui sur des travaux antérieurs ou concomitants réalisés par des membres de l’équipe de recherche²⁰ ou par des auteurs ayant étudié le sujet de façon approfondie²¹ ainsi que *via* des contacts et partenariats informels.

²⁰ M. CHAGNY et JL FOURGOUX, « *Competition law, private enforcement and competition redress in France* », 2012-2013, AHRC Project, www.clcpecreu.co.uk. ; AFEC, Observations formulées sur le projet de document d’orientation « la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l’article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne », septembre 2011 ; Groupe de recherche *ad hoc* constitué avec des doctorants du laboratoire DANTE, des étudiants du master de droit des contrats et de la concurrence, en partenariat avec l’AFEC jeunes (v. à ce propos, Ch. Méteaut, préc.). V. déjà M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouv. Bibl th., vol. 32, Dalloz 2004 ; S. PIETRINI, *L’action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles, Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruylant Concurrences, 2012. Et tout récemment, B. LEHAIRE, *L’action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, sous la direction conjointe de L. ARCELIN et de K. DIAWARA, Université de la Rochelle et de Laval, 2014.

²¹ R. AMARO, th. préc.,

13. **Traitement** – Il a été procédé, dans un premier temps, à une analyse sommaire systématique des décisions collectées, destinée à les classer et à identifier celles présentant un intérêt particulier au regard de la recherche conduite.

Au contraire, une sélection importante a été effectuée en vue d'écartier après lecture des décisions collectées, celles ne présentant pas de réel intérêt pour la recherche. Cela est le cas notamment lorsque l'invocation de la ou des règles de concurrence apparaît assez anecdotique ou purement accidentelle, pour ne pas dire fantaisiste, ou bien encore lorsque la prétention n'est aucunement étayée²².

En l'absence de publication systématique des décisions rendues par les juridictions judiciaires²³ et malgré les efforts réalisés du point de vue de la collecte, cette étude ne saurait en aucun cas prétendre à l'exhaustivité quant aux décisions à partir desquelles elle a été menée. Dès lors, la représentativité des données collectées et examinées est nécessairement limitée : il a en conséquence été décidé, au cours de la recherche, de ne pas établir de statistiques²⁴ et de faire seulement état de tendances à partir desquelles la réflexion peut utilement être conduite²⁵, en privilégiant une analyse qualitative. Les décisions « remarquables » (au sens positif comme au sens négatif) identifiées ont servi, non seulement à étudier et tirer des enseignements de la démarche adoptée par les juridictions, à mettre en évidence les difficultés pouvant se présenter, mais encore à réfléchir sur d'éventuelles évolutions.

14. **Projets de réforme et droit comparé** - La recherche menée à bien a également supposé de suivre au plus près les projets de réforme et autres réflexions prospectives, qu'ils aient d'ores et déjà abouti (travaux initiés par la Commission et ayant donné lieu à la publication de la directive ainsi que d'un guide pratique sur la quantification du préjudice pour aider les

²² En ce sens, les observations de C. METEAUT, art. préc., n° 14 et 16. Pour des exemples respectifs des deux cas de figure, v. Nîmes, 9 janvier 2012, RG n° 10/02754 (affaire dans laquelle une pratique anticoncurrentielle contraire à l'article L. 420-1 du code de commerce a été dénoncée en présence d'un comportement consistant simplement pour une entreprise chez qui le courrier de son concurrent arrivait par erreur à ne pas le renvoyer) et Colmar, 2 février 2010, RG n° 09/04652 (la juridiction étant conduite à rappeler que l'invocation d'un abus de position dominante sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce nécessite de définir un marché pertinent, caractériser une position dominante ainsi qu'un abus de celle-ci).

²³ Cette situation peut être regrettée du point de vue de l'accessibilité et de la visibilité des décisions de justice en la matière. *Infra* n° 259.

²⁴ Pour des statistiques présentées sous forme de tableaux synthétiques et concernant le droit des pratiques anticoncurrentielles, v. R. AMARO, th. préc., p. 855 et s. Pour autant, l'auteur se montre prudent dans leur usage compte tenu de l'impossibilité de procéder à un recensement exhaustif : th. préc., n° 55.

²⁵ En ce sens, C. METEAUT, art. préc.

juridictions nationales et les parties engagées dans des actions en dommages-intérêts ; loi relative à l'action de groupe en droit français) ou qu'ils soient encore en cours (réforme de la responsabilité civile et, dans une moindre mesure, du droit commun des contrats).

Elle s'est également attachée à intégrer à la réflexion des enseignements et solutions « venus d'ailleurs », empruntés au droit comparé en prenant appui, pour ce faire, sur un certain nombre d'ouvrages, mais également sur des contacts avec des chercheurs de pays se rattachant à des traditions juridiques différentes.

Une place particulière doit être accordée à cet égard aux travaux de recherche menés, à l'échelle de l'Union européenne, en droit des pratiques anticoncurrentielles, dans le cadre du « *Comparative Private Enforcement and Collective Redress Project* » et auquel le responsable scientifique a pu être associé. L'atelier organisé à Glasgow en mars 2012, puis la conférence qui s'est tenue à Londres le 15 septembre 2012, ont permis, non seulement d'établir de nombreux liens avec des représentants de la plupart des Etats de l'Union européenne (Bulgarie, République tchèque, Estonie, Hongrie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Chypre, Grèce, Finlande, Irlande, Luxembourg, Malte, Autriche, Danemark, Portugal, Espagne, Suède, Belgique, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni), mais encore d'accéder à des éléments de droit comparé pour la plupart de ces pays.

Il convient également de faire état des liens avec l'*Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza* de la Faculté de droit de l'Université de Trento, qui s'intéresse tout particulièrement au contentieux privé du droit des pratiques anticoncurrentielles et dont l'un des promoteurs a participé au colloque final du 13 mai 2014. Réciproquement, le responsable de la recherche a contribué à la quatrième édition de la conférence de Trento, du 18 au 20 avril 2013, sur les recours collectifs en droit de la concurrence ainsi qu'à la cinquième édition en avril 2015.

D'autres liens ont encore pu être établis, notamment *via* les activités de Rapporteur général adjoint, puis de Rapporteur général de la Ligue internationale de droit de la concurrence, facilitant ainsi les prises de contact avec des praticiens et/ou universitaires de différents Etats (USA, Suisse, Allemagne, Angleterre, Italie, ...). Ils ont notamment permis la participation de plusieurs spécialistes étrangers au colloque final du 13 mai 2014.

15. **Partenariats informels** - Enfin, un certain nombre de partenariats informels et de contacts ont été noués, qui se sont avérés précieux pour le succès de la recherche, non seulement du point de vue de la collecte, mais plus encore pour la restitution de celle-ci et sa valorisation.

Des liens ont ainsi pu être établis, au début de la recherche, avec la Conférence des tribunaux de commerce qui ont permis d'obtenir, en format papier ou *via* internet, la communication d'un nombre substantiel de décisions rendues par les juridictions consulaires dans les différents domaines du droit de la concurrence.

Un partenariat plus spécifique a été mis en œuvre avec le tribunal de commerce de Paris qui est appelé à connaître d'une part importante du contentieux de la concurrence : outre des échanges très fructueux à l'occasion de séminaires, cela a surtout débouché sur le lancement d'Entretiens de la concurrence dont la première édition a eu lieu le 12 septembre 2014 et qui sera suivie par une deuxième édition le 17 septembre 2015.

De même, des contacts ont été pris avec certaines chambres de la cour d'appel de Paris, laquelle occupe une place particulière dans le contentieux concurrentiel puisqu'elle est, à la fois, chargée de connaître de l'intégralité des recours formés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et est désormais la seule juridiction d'appel en France pour le droit des pratiques anticoncurrentielles et une partie importante du contentieux des pratiques restrictives de concurrence. Des étudiants de master participant à la recherche ont ainsi fait des stages au sein de cette juridiction.

La Directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a également bien voulu accorder à la recherche l'appui de ses services en ce qui concerne les décisions rendues en matière de pratiques restrictives de concurrence.

Plusieurs manifestations et en particulier le congrès des experts-comptables de justice sur le préjudice économique, organisé à Nice, le 30 septembre 2011 et au cours duquel le responsable scientifique du projet est intervenu sur le thème des *principes juridiques de la réparation du préjudice économique*, a permis d'établir des liens avec la Compagnie des experts comptables de justice elle-même, ainsi que, de façon individuelle, avec un certain nombre d'experts sollicités dans des contentieux concurrentiels.

Des liens ont également été noués avec la Commission européenne et plus précisément l'Unité « Private Enforcement » de la DG Concurrence, un de ses représentants ayant notamment participé au colloque final organisé à la Maison de l'Europe à Paris, le 13 mai 2014.

Sans pouvoir citer ici toutes les personnes ayant apporté leur soutien, que ce soit au titre de la communication de décisions publiques, d'échanges informels et de confrontations d'idées, d'invitations du responsable de la recherche à des séminaires et colloques ou encore de participation au colloque final du 13 mai 2014, il convient d'adresser à chacune d'elles de

sincères remerciements pour cette contribution et de leur dédier le résultat de cette recherche dont elles seront au demeurant destinataires.

III – Démarche et plan de l'étude

16. **Démarche en deux temps.** – Les objectifs poursuivis ainsi que la volonté d'intégrer les apports de l'analyse économique du droit ont dicté la démarche en deux temps adoptée.

Celle-ci consiste à procéder, pour commencer, à une analyse de type critique, conduite à partir d'une étude aussi complète que possible du droit positif en vue de disposer d'une vue aussi exacte que possible de la réalité du contentieux des dommages concurrentiels et de pouvoir mettre au jour les principales difficultés existant à l'heure actuelle et de nature à empêcher ou limiter les possibilités pour les victimes de dommages concurrentiels de demander et d'obtenir réparation à ce titre. Cette première approche peut s'avérer riche d'enseignements en elle-même, que ce soit en confirmant certains points de vue ou en remettant en cause certaines idées pourtant bien établies.

Pour autant, et aussi instructive qu'elle puisse être, cette première phase est également et surtout le préalable nécessaire au second temps de l'étude qui vise à offrir, de façon prospective, une approche normative : celle-ci est bien destinée, au premier chef, à faciliter l'adaptation requise du droit français en matière de contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, mais elle ne s'y limite pas ; les propositions formulées concernent plus largement le contentieux de la réparation dans toute sa diversité, incluant la cessation des pratiques et la nullité ; bien au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, elles s'appliquent, selon les cas, à tout ou partie du reste du droit comportemental de la concurrence et pourraient même rejaillir sur le droit de la responsabilité civile et sur le droit de la procédure civile.

Première Partie - Analyse critique de la réparation des dommages concurrentiels 16

**Seconde Partie – Orientations normatives de la réparation des dommages concurrentiels
..... 123**

Première Partie - Analyse critique de la réparation des dommages concurrentiels

17. **Plan** - L'analyse critique de la réparation des dommages concurrentiels dans le droit positif français étant conçue comme le préalable à la formulation de propositions normatives visant à modifier les règles ou la pratique judiciaire françaises, elle est destinée mettre en évidence les difficultés qui, pour l'heure, font obstacle ou restreignent les possibilités pour les victimes de pratiques contraires au droit de la concurrence de demander une réparation des dommages concurrentiels par elles subis. La mise au jour de ces écueils doit cependant être précédée d'une présentation panoramique de la matière.

Chapitre I – Présentation générale de la réparation des dommages concurrentiels en droit positif 17

Chapitre II – Identification des difficultés attachées à la réparation des dommages concurrentiels 63

Chapitre I – Présentation générale de la réparation des dommages concurrentiels en droit positif

18. **Aperçu** - La connaissance du contentieux privé français des pratiques anticoncurrentielles, autour duquel cette étude est principalement bâtie, apparaît inversement proportionnelle à l'importance des enjeux qui lui sont attachés sur le plan pratique et contribue à accentuer l'idée d'un très net déséquilibre au profit de la mise en œuvre des règles dans la sphère publique, devant l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne dont les décisions sont quant à elle publiées systématiquement. Ainsi, et alors que la réparation des dommages concurrentiels en la matière est appelée à se développer, sous l'impulsion de la Commission européenne, elle apparaît méconnue tant dans son importance que dans sa réalité (Section 1). De son côté, le contentieux privé des pratiques restrictives de concurrence est plus facilement accessible à toutes les personnes intéressées, grâce à la mesure de diffusion instituée par le législateur français ayant conféré, à partir de 2005, une mission à cet égard à la Commission d'examen des pratiques commerciales. La réparation des dommages concurrentiels en la matière apparaît ciblée sur quelques règles et promise à une « concurrence » accrue d'une mise en œuvre dans la sphère publique (Section 2)

Section 1 - Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : un contentieux méconnu dans son importance et dans sa réalité 18

Section 2 – Le contentieux privé des pratiques restrictives de concurrence : un contentieux ciblé et « concurrencé » par la mise en œuvre publique..... 43

Section 1 - Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : un contentieux méconnu dans son importance et dans sa réalité

19. **Sous-développement : mythe ou réalité ?** - Le contentieux privé du droit des pratiques anticoncurrentielles en France est fréquemment présenté comme « *totalelement sous-développé* ». Ces termes sont quasiment ceux-là même employés dans le rapport Ashurst établi à la demande de la Commission européenne en 2004²⁶. Du reste, plusieurs années après, en juin 2011, la Commission elle-même ne mentionne qu'une seule et unique décision rendue par une juridiction française dans son projet de document d'orientation sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁷. De même, et en dépit de l'obligation faite par l'article 15 § 2 du règlement 1/2003 aux États membres de transmettre à la Commission, « *sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties* », une « *copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application* » des articles 101 ou 102 du traité, force est de constater que les décisions ainsi transmises et mises en ligne sur le site internet de la Commission restent en nombre limité²⁸.

Il convient cependant de relever que ces différentes sources d'information ne concernent que le contentieux concurrentiel dans lequel le droit de l'Union européenne était invoqué et surtout qu'elles sont loin de refléter la réalité du contentieux judiciaire privé des pratiques anticoncurrentielles en France. En effet, sans nier que ce contentieux est moins développé qu'il ne pourrait l'être²⁹, les juridictions françaises ont été appelées à statuer sur des prétentions fondées, à titre principal, reconventionnel ou en défense, sur le droit des pratiques

²⁶ V. notamment en ce sens, Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, août 2004, faisant état d'un « *total sous-développement* ».

²⁷ Projet de document d'orientation « la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », juin 2011.

²⁸ Ces décisions sont accessibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/?ms_code=fra

Il faut au demeurant relever qu'une partie importante des décisions mentionnées correspondent à des cas dans lesquels la juridiction est intervenue à l'occasion d'un recours formé à l'encontre de l'Autorité de la concurrence ou de l'ancien Conseil de la concurrence.

²⁹ On peut à cet égard mettre en perspective le contentieux français notamment avec celui d'autres grands pays de l'Union européenne, tels que le Royaume-Uni et l'Allemagne. V. plus largement à ce propos l'étude réalisée dans les différents pays de l'Union européenne sous la coordination de BARRY RODGER, 2012-2013, AHRC Project, www.clcpecreu.co.uk : B. Rodger (ed.), *Competition Law Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Wolters Kluwer, International Competition Law Series, vol. 56, 2014 V. infra l'approche comparative. *Adde Private Enforcement of Competition Law*, Lex Nova 2011

anticoncurrentielles³⁰, qu'il s'agisse du seul droit national ou en appliquant simultanément celui-ci et les règles européennes, dans un nombre non négligeable d'affaires puisque le nombre de décisions recensées dans le cadre de cette étude dépasse aisément les cent cinquante.

20. **Dispositions de fond concernées** - Ces décisions concernent au premier chef les interdictions des ententes et des abus de position dominante qui, communes au droit de l'Union européenne et au droit interne français, sont respectivement prévues aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et aux articles L. 420-1 et L. 420-2 al. 1 C. com. Ont également été intégrées celles dans lesquelles sont invoquées les deux dispositions spécifiques au droit français respectivement consacrées à l'interdiction des abus de dépendance économique (art. L. 420-2 al. 2 C. com.) et celle des prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.).
21. **Sanctions civiles et droit commun** - Il importe de souligner la place occupée en ce qui concerne les sanctions par les dispositions du droit commun des obligations. Cela est vrai au premier chef en ce qui concerne les demandes en dommages et intérêts ainsi que celles visant à obtenir la cessation des pratiques, pour lesquelles ni le droit interne des pratiques anticoncurrentielles, ni le droit de l'Union européenne n'aménagent de dispositions spécifiques. Tout au plus, le règlement 1/2003 évoque-t-il, mais seulement dans l'un de ses considérants, l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Aussi est-ce bien évidemment en puisant dans le droit commun de la responsabilité et de la procédure civile que les juridictions ont pu mettre en œuvre ces deux formes de réparation.
- Bien que la nullité soit pour sa part envisagée par un texte spécifique au droit des pratiques anticoncurrentielles tant en droit interne qu'en droit européen³¹, le recours aux raisonnements et solutions du droit commun a également été nécessaire au moment de prononcer la nullité d'un engagement anticoncurrentiel, dans la mesure où les textes spéciaux demeurent parcellaires.
- Au final, c'est donc en prenant appui sur le droit commun que les juridictions françaises ont pu se prononcer, et ceci, depuis longtemps, sur les différentes sanctions civiles susceptibles

³⁰ Il faut ajouter que « les questions d'indemnisation des dommages liés aux pratiques anticoncurrentielles sont bien souvent traitées par la voie transactionnelle ou arbitrale hors la présence des tribunaux » : en ce sens notamment, *Annexe aux observations présentées par l'AFEC sur le projet de document d'orientation La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

³¹ Art. 101 TFUE et art. L. 420-3 C. com

d'être sollicitées en cas de violation du droit des pratiques anticoncurrentielles.

22. **Dualité des contentieux (sphère privée et sphère publique)** - Du point de vue de sa mise en œuvre, le droit des pratiques anticoncurrentielles se caractérise en ce qu'il relève de la compétence partagée des juridictions et de l'autorité française ou européenne de concurrence. Les règles qui le composent sont en effet susceptibles de donner lieu alternativement ou conjointement à la saisine d'une juridiction et/ou à l'intervention d'une autorité de concurrence³². C'est en considération de la mise en œuvre possible du droit de la concurrence tant dans la sphère privée que dans le cadre de la sphère publique que la recherche est consacrée à la « réparation privée **et publique** des dommages concurrentiels »³³. Ce dernier adjectif est utilisé en écho à la référence communément faite au « *public enforcement* » dans la terminologie anglo-américaine. Quand ils ne conservent pas l'expression en langue anglaise, les juristes français utilisent, selon les cas, l'appellation de « contentieux objectif » ou celle de « contentieux public »³⁴ pour désigner les actions engagées dans la sphère publique.

23. **Articulation des contentieux (sphère privée et sphère publique)** - Quelle que soit la terminologie retenue, la coexistence de ces deux voies de mise en œuvre des mêmes règles impose de s'intéresser à leur articulation, en adoptant en l'occurrence, dans le cadre de cette étude, le point de vue des victimes de dommages concurrentiels.

Qu'il s'agisse de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne, ces dernières ne peuvent prononcer aucune sanction civile. Si elles détiennent le monopole du prononcé des amendes à l'encontre des contrevenants, il reste que du point de vue de l'agent économique victime des agissements, le prononcé d'une sanction pécuniaire, aussi élevée soit-elle, ne peut procurer qu'une satisfaction morale - en tant qu'elle porte atteinte à la santé financière du contrevenant³⁵ - et elle ne saurait lui suffire, la plupart du temps. Les autorités spécialisées peuvent également ordonner la cessation des pratiques contraires au droit de la concurrence³⁶

³² Les dispositions de droit interne français ne peuvent évidemment pas être invoquées devant la Commission européenne.

³³ Souligné par nos soins.

³⁴ Sur ces appellations et pour une défense de cette dernière expression, R. Amaro, th. préc., n° 8.

³⁵ L. IDOT, « La plainte en droit de la concurrence. Opposition ou convergence des systèmes français et communautaire ? », *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 255 et s., spéc. p. 257, n° 3.

³⁶ V. art. L. 464-2 C. com. Et art. 7 Règlement 1/2003. A ce propos, v. not. N. DECOOPMAN, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", *JCP* 1987, I, 3303 ; R. POESY, *Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : étude des rapports entre le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence*, th. Nice 2000, sous la dir. de A. PIROVANO, p. 27 p. 355 et s., n° 628 et s. .

et disposent encore de la faculté d'adopter des mesures conservatoires³⁷. Cela étant, elles se montrent assez parcimonieuses dans l'octroi de ces mesures de sorte que les demandes formulées devant elles ne sont pas souvent satisfaites. Par conséquent il apparaît que la « réparation publique » des dommages concurrentiels n'est pas aussi satisfaisante pour les victimes que le contentieux privé peut l'être aussi bien lorsqu'il est engagé en sus d'un contentieux public ou isolément.

24. **Contentieux privé complémentaire** - L'expression, couramment utilisée en droit des pratiques anticoncurrentielles, de contentieux complémentaire³⁸ vise *stricto sensu* les cas dans lesquels « l'action (est) exercée au civil, alors qu'une même action a été aussi exercée devant l'autorité de concurrence, qu'elle ait ou non déjà abouti à une décision définitive »³⁹.

Au sein de cette catégorie, il est possible de distinguer les **actions dites de suivi ou consécutives**, appellation faisant écho à l'expression en langue anglaise d'actions *follow on*, qui sont exercées après l'adoption d'une décision par une autorité de la concurrence, ceci quel que soit le contenu de cette dernière décision (condamnation, engagements, ...). Sont également considérées, dans cette étude, comme des actions consécutives, celles à l'occasion desquelles la Commission ou l'Autorité de la concurrence aurait été consultée, respectivement sur le fondement de l'article 15 § 1 du règlement 1/2003 ou de l'article L. 463-3 C. com., par la juridiction saisie qui, dans sa décision, peut prendre appui sur l'avis ayant été délivré. Il convient d'observer que cette faculté a été utilisée avec parcimonie par les juridictions françaises : aucun avis n'a été sollicité auprès de la Commission⁴⁰ ; quant à l'Autorité de la concurrence, le nombre de saisines pour avis émanant des juridictions reste limité⁴¹, même si l'on peut faire état de quelques cas assez anciens⁴² ainsi que d'une tendance notable, dans la

³⁷ En droit interne, v. Art. L. 464-1 C. com. Le texte précise que ces mesures « ne peuvent intervenir 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 ». Il adresse en outre une directive stricte, indiquant qu'« elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ». La loi NRE a accordé au Conseil de la concurrence la possibilité de prononcer « les mesures qui lui paraissent nécessaire » (art. L. 464-1 al. 1 mod.). En droit de l'Union européenne, v. art. 8 Règlement 1/2003.

³⁸ M. CHAGNY, « la place des dommages intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », RLC 2005-4, p. 186 et s., spéc. p. 191 ; S. PIETRINI, L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles, th. préc., n° 587.

³⁹ R. SAINT-ESTEBEN, « l'action au civil et les droits de la défense », in *la réparation du préjudice causé par une pratiques anticoncurrentielles en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque à la Cour de Cassation, 17 octobre 2005.

⁴⁰ En ce sens, E. CLAUDEL, « Coopération entre juge judiciaire et autorité de la concurrence - *L'amicus curiae* », Travaux réalisés par TEE, 2014.

⁴¹ E. CLAUDEL, préc., selon laquelle la procédure d'avis instituée en 1987 a été utilisée 46 fois en tout sur une période de 28 ans, soit moins de deux affaires par an.

⁴² Paris 13 janvier 1998, *Union des groupements d'achats publics (UGAP)/Camif* et Avis n° 96-A-13 du 17 décembre 1996, *demande d'avis de la cour d'appel de Paris au sujet de l'activité de l'UGAP* (à propos d'un

période récente, de certaines formations de la Cour d'appel de Paris à saisir pour avis l'Autorité de la concurrence. Il en a été ainsi, alors même que l'Autorité de la concurrence avait antérieurement rendu sur saisine d'office un avis⁴³ dans lequel la Cour pouvait trouver des éléments susceptibles d'être utilisés dans sa décision, cette juridiction choisissant d'interroger l'Autorité sur la licéité d'une clause de non-réaffiliation insérée dans un contrat de franchise alimentaire⁴⁴. De même, et plutôt que d'extrapoler à partir d'un avis antérieur relatif au fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne, dans lequel était envisagée la situation de l'entreprise Google⁴⁵, la même formation a invité l'Autorité à donner son avis sur le caractère de pratique anticoncurrentielle des agissements dénoncés au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce et, pour ce faire, à procéder à l'examen du marché pertinent, du marché affecté, de la position de la société Google sur ce marché et de la constitution de l'abus de prédation⁴⁶.

Il faut noter que le contentieux privé peut également se dérouler **avant** qu'intervienne la **saisine d'une autorité de concurrence**, mais cela est vraiment rare⁴⁷ ou, encore **de façon parallèle**⁴⁸, les deux instances se déroulant de façon concomitante, avec le cas échéant, une décision de la juridiction de surseoir à statuer, dans l'attente de la décision à intervenir de la part de l'autorité de concurrence⁴⁹.

abus de position dominante consistant notamment pour l'UGAP à imposer à ses cocontractants une obligation d'approvisionnement exclusif). V. aussi TGI Paris, 26 janvier 2005, RG n° 00/16758 ; T. com. Nanterre, réf., 28 avril et 30 juin 2005, *BP France c. Shell et Butagaz*.

⁴³ Aut. Conc., Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

⁴⁴ Paris, ch. 5-4, 16 novembre 2011, *SAS Carrefour Proximité France c/ Sté Etablissements Segurel*, RG n° 09/16817), puis après avis, 6 mars 2013. A noter que l'avis rendu par l'Autorité a pu être « exploité » par la même formation dans une affaire similaire ; Paris, ch. 5-4, 3 avril 2013, *Diapar c/ Carrefour proximité France et a.*, RG n° 10/24013.

⁴⁵ Comp. le raisonnement suivi par le Tribunal de commerce de Paris dans la même affaire : T.com Paris, 15^e ch., 31 janvier 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc.*, CCE 2012, comm. 51, obs. M. CHAGNY.

⁴⁶ Paris, pôle 5, ch. 4, 20 novembre 2013, n° 12/02931, *SARL Google France et sté Google Inc. c/ SAS Cartographes*, CCE 2014, Comm. n° 6, obs. M. CHAGNY.

⁴⁷ Paris, 1^{ère} Ch., sect A, 13 juillet 2000, *SA France Telecom c/ SA Wappup. Com, Petites affiches*, 3 avril 2001, n° 66, p. 6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; T. com., réf., Marseille, 25 juillet et 10 octobre 2007, *SAS Euro Power Technology c/ SA EDF*.

⁴⁸ Pour une illustration, v. T. com. Paris, 7 juin 2012, *SARL 1plusV c/ Google Inc et SARL Google France*, RG n° 2011058513 (plainte déposée devant la Commission européenne). V. aussi, Cass. Com., 6 mai 2008, n° 05-11382, *M.R et M. P. c/ Volkswagen* (plainte devant la Commission européenne) ; Paris 5^e ch. B, 28 février 2008, *SA Transports Location Béton TLB c/ SAS Cemex Bétons Nord Ouest*, RG n° 02/01235 (saisine en parallèle du Conseil de la concurrence) ;

⁴⁹ T. com. Paris, 7 juin 2012, *SARL 1plusV c/ Google Inc et SARL Google France*, RG n° 2011058513 (sursis à statuer en l'état d'une plainte déposée devant la Commission européenne). Ce contentieux parallèle devrait cependant se raréfier à l'avenir compte tenu des dispositions prévues par la Directive, tant en ce qui concerne l'accès aux pièces du dossier des autorités de concurrence en cours de procédure publique que par les mesures conférant un effet liant aux décisions rendues par les autorités de concurrence.

25. **Contentieux privé autonome** - Quant à l'expression de contentieux autonome, elle correspond à ce qu'il est convenu d'appeler les actions indépendantes, en écho à l'expression anglaise d'actions *stand alone*. Cela vise toutes les affaires dans lesquelles une autorité de la concurrence n'a pas été appelée à prendre position, au contentieux ou pour avis, dans le litige concerné, même si elle est, en revanche, intervenue dans des dossiers s'en rapprochant. Est, par exemple, rangé dans cette catégorie le litige dans lequel un distributeur, exclu pour avoir procédé à des ventes par correspondance en violation de l'interdiction contractuelle faite par le fabricant de produits parapharmaceutiques, a entendu tirer profit de la décision rendue, à l'encontre de ce fabricant, par l'autorité française de concurrence à propos de l'interdiction de vente sur Internet stipulée dans ses contrats de distribution sélective⁵⁰. Il en est de même de la décision rendue par le Tribunal de commerce de Paris qui, pour condamner la société Google, s'est placé dans le sillage d'un avis rendu par l'Autorité de la concurrence sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne ne concernant pas directement l'affaire portée devant lui⁵¹.
26. **Articulation et prééminence de la sphère publique** - Que ce soit du côté des institutions Françaises⁵² ou de celles de l'Union européenne⁵³, l'idée selon laquelle le contrôle exercé par la sphère publique, devant les autorités de concurrence, doit se voir reconnaître une place prépondérante, tandis que le contentieux privé interviendrait à titre de complément, apparaît fortement ancrée et trouve du reste sa traduction dans différentes mesures destinées à préserver les procédures de concurrence, telles les restrictions apportées à l'accès aux dossiers des autorités spécialisées.

⁵⁰ Com., 20 mars 2012, *Atrium Santé c/ PFDC*

⁵¹ T.com Paris, 15^e ch., 31 janv. 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc. : Comm. com. électr.* 2012, comm. 51, obs. M. CHAGNY.

⁵² V. à ce propos, Cons. conc., Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles. V. E. CLAUDEL, « Le conseil de la concurrence se déclare favorable à l'action de groupe ... mais avec des réserves », *RTDCom.* 2007, p. 40 et s. ; M. CHAGNY ; « L'action de groupe vue par le Conseil de la concurrence : oui, mais ... », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 10, janv.-mars 2007, p. 58, n° 718. En témoignent également les dispositions adoptées par la loi de simplification du droit et la loi Outremer en vue de préserver l'attractivité des programmes de clémence et plus largement la mise en œuvre publique du droit de la concurrence, quitte à entraver les actions engagées devant les juridictions : *infra* n° 26.

⁵³ V. notamment Commission, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, Pt. 1.2 « Objectifs, principes directeurs et portée du livre blanc », pp. 3-4. V. Aussi l'ordre dans lequel la proposition initiale de directive présentée par la Commission énonçait les deux objectifs poursuivis, en évoquant en premier celui consistant à « optimiser l'interaction entre la mise en œuvre des règles ... par la sphère publique et leur mise en œuvre à l'initiative privée » : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM (2013) 404 final.

Bien plus, il est parfois soutenu, à l'instar du point de vue exprimé par l'ancien Conseil de la concurrence dans son avis sur l'action de groupe, que « *le traitement au civil ne s'avère en réalité efficace que lorsque l'affaire a été préalablement traitée par le Conseil* ». En d'autres termes, il n'y aurait de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles réellement efficace qu'en présence d'un examen préalable du dossier dans la sphère publique. Ce point de vue semble avoir fait école auprès du législateur français, comme le montre un bref aperçu des changements apportés dans la période récente au cadre législatif.

27. **Changements récents du cadre législatif** - Si l'on excepte le choix effectué, dans la loi NRE du 15 mai 2001, en faveur de la spécialisation des juridictions judiciaires appelées à mettre en œuvre le droit des pratiques anticoncurrentielles, les dispositions adoptées en France au cours de la période récente et qui intéressent, à un titre ou un autre, le contentieux privé dans ses relations avec la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles devant une autorité de concurrence traduisent la prééminence accordée au contentieux objectif, quitte à risquer de réduire dans certains cas les possibilités de réparation des dommages concurrentiels devant le juge judiciaire.

Ainsi le législateur a-t-il restreint en deux temps les voies d'accès aux pièces du dossier de l'Autorité de la concurrence, d'abord par la loi de simplification du droit ayant écarté le jeu de la loi dite CADA permettant l'accès aux documents administratifs dans le cas de l'Autorité de concurrence⁵⁴, ensuite, par la loi Outremer qui a considérablement limité les possibilités de communication judiciaire résultant de l'application des dispositions du droit commun de la procédure civile⁵⁵.

Plus récemment, si la France s'est enfin dotée, par la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, d'une véritable action de groupe, dont le domaine a été étendu au droit des pratiques anticoncurrentielles, le choix a été fait de n'admettre la nouvelle action collective en droit de la concurrence qu'en présence d'une décision antérieure adoptée dans la sphère publique⁵⁶.

Du côté de l'Union européenne, la directive du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux

⁵⁴ Art. 6 modifié de 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 : « *ne sont pas communicables (...) les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision* ».

⁵⁵ *Infra* n° 26.

⁵⁶ *Infra* n° 26.

dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, qui marque l'aboutissement de l'initiative lancée en 2005 par la Commission, traduit certes la volonté de promouvoir le contentieux privé, mais également celle de parvenir à une articulation optimale avec le contentieux public destinée à préserver ce dernier.

28. **Mise à l'épreuve** - Il apparaît d'autant plus opportun de mesurer, à l'épreuve des décisions françaises collectées, la part de vérité de l'assertion selon laquelle le contentieux privé complémentaire est et devrait être préféré au contentieux autonome.

En effet, sur un plan purement quantitatif, il a pu être observé que, même si la part des actions complémentaires semble s'accroître sur la période plus récente, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles est majoritairement constitué d'actions exercées de façon autonome, représentant au moins trois quart des décisions recensées.

Dans une approche plus qualitative, il convient de s'intéresser successivement au contentieux privé complémentaire (§1) et au contentieux privé autonome (§2) afin d'en tracer les contours et d'en décrire les principales caractéristiques.

§1. Le contentieux privé complémentaire des pratiques anticoncurrentielles

29. **Premier aperçu** - Sans surprise, le contentieux complémentaire correspond généralement à des affaires dans lesquelles la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est invoquée devant le juge judiciaire, par le demandeur et à titre principal, ceci après une décision de condamnation d'une autorité de concurrence, autrement dit dans le cadre d'une action consécutive⁵⁷.

On observe aussi que ces actions visent, dans la quasi-totalité des cas, à l'obtention de dommages-intérêts⁵⁸ et font suite, dans la plupart des litiges, à la condamnation d'ententes⁵⁹

⁵⁷ V. cependant, pour des affaires dans lesquelles la décision judiciaire est rendue avant la saisine de l'autorité de concurrence : Paris, 1^{ère} Ch., sect A, 13 juillet 2000, *SA France Telecom c/ SA Wappup. Com, Petites affiches*, 3 avril 2001, n° 66, p. 6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; T. com., réf., Marseille, 25 juillet et 10 octobre 2007, *SAS Euro Power Technology c/ SA EDF. Pour des contentieux objectifs et privés intervenant en parallèle*, T. com. Paris, 7 juin 2012, *SARL IplusV c/ Google Inc et SARL Google France*, RG n° 2011058513 (plainte déposée devant la Commission européenne) ; Com., 6 mai 2008, n° 05-11382, *M.R et M. P. c/ Volkswagen* (plainte devant la Commission européenne) ; Paris 5^e ch. B, 28 février 2008, *SA Transports Location Béton TLB c/ SAS Cemex Bétons Nord-Ouest*, RG n° 02/01235 (saisine en parallèle du Conseil de la concurrence).

⁵⁸ V. cependant, pour des demandes en nullité, Com 6 février 2007, *Concurrence /JVC France* ; Cass. Com., 24 octobre 2000, *Bull. IV*, n° 163, *Carrières de Sainte-Marthe*. Pour une observation similaire, v. R. AMARO, th. préc., n° 73 et s.

et, en particulier, de cartels ayant connu un fort retentissement, que la condamnation émane de la Commission européenne⁶⁰ ou de l'autorité française de concurrence⁶¹.

Pour autant, force est de constater, à rebours de la faveur marquée envers le contentieux complémentaire tant par la Commission européenne que par le législateur français avec la loi Hamon, non seulement que le nombre d'actions de ce type est actuellement assez faible (A), mais encore que ces actions exercées en complément des actions publiques ne sont pas toujours couronnées de succès (B).

A. La relative rareté du contentieux complémentaire

30. **Faiblesse du contentieux en France** - La recherche effectuée a mis en évidence la faiblesse du nombre d'actions consécutives exercées en France, au regard du nombre de décisions de condamnation rendues par la Commission et par l'Autorité de la concurrence⁶². Ce constat, également effectué par la Commission européenne⁶³, ne s'applique pas, de façon similaire, à l'ensemble des pays de l'Union européenne⁶⁴, conduisant par conséquent à rechercher, autant que possible, des éléments d'explication.
31. **Type de contentieux** - Sans doute peut-on observer que, s'agissant de cartels, la saisine du

⁵⁹ V. cependant, à propos de l'interdiction des abus de position dominante, T. Com Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *Numéricable et a. c/ France Telecom*, RG 2009073089, CCE 2011, comm. 76, obs. M. CHAGNY. V. aussi la véritable saga Lectiel dans laquelle la Cour de cassation a rendu deux arrêts de cassation : v. en dernier lieu, Com. 3 juin 2014, n° 12-29482, *SCP Bes-Ravise (liquidateur de la société Lectiel) c/ France Telecom Orange*, prononçant la cassation partielle de Paris, Pôle 5, ch 10, 27 juin 2012. V. antérieurement, Com. 23 mars 2010, n° 08-21768 et 08-20427, CCE 2010, n° 12, comm. 122, note M. CHAGNY, cassant Paris, 30 septembre 2008. *Adde* Versailles, 12^e ch., 24 juin 2004, *SA Verimedia c/ SA Mediatrice et a.* ; T. com. Paris, 3^e ch., 7 juin 2012, *SARL IplusV cM/ Sté Google Inc et a.* ; Paris 5^e ch. B, 28 février 2008, *SA Transports Location Béton c/ SAS Cemex Bétons Nord-Ouest*, n° 02/01235. Pour un constat similaire, v. R. AMARO, th. préc., n° 73.

⁶⁰ On songe en particulier à l'affaire du cartel de la Lysine qui a donné lieu à plusieurs développements judiciaires intéressants en particulier la question de la répercussion des dommages (*infra* n°161). Il est encore possible de mentionner l'affaire JCB : Com. 15 novembre 2011, n° 10-21701, et sur renvoi après cassation, Paris, ch. 5 4, 26 juin 2013, *sté JCB Sales et a. c/ SA Central Parts*.

⁶¹ On peut à cet égard faire état du cartel de la téléphonie mobile (Civ. 1^{ère}, 26 mai 2011, n° 10-15676), de l'affaire des Lycées d'Ile-de-France (TGI Paris, réf. 15 janvier 2009, *Conseil régional d'Ile de France et Région Ile-de-France*, RG n° 08/55030, 0859948, 08/59949, RLC 2009, n° 19, p. 97, note M. CHAGNY) ou encore de celle de la Signalisation routière (Douai, 2^e ch., 2 mars 2011, *SA Signaux Girod c/ SA Signature et a.*, RG n° 11/01079).

⁶² V. en ce sens, C. METEAUT art. préc., n° 19 et 20.

⁶³ V. not. en ce sens, les différentes interventions de D. CALISTIT (dont celle publiée à la revue *Concurrences*, 2014-3, p. 46 et s.).

⁶⁴ Selon les études effectuées notamment par la Commission européenne, le contentieux indemnitaire est davantage développé en Allemagne, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. V. aussi l'étude réalisée dans les différents pays de l'Union européenne sous la coordination de Barry Rodger, 2012-2013, AHRC Project, www.clcpecreu.co.uk : B. Rodger (ed.), *Competition Law Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Wolters Kluwer, International Competition Law Series, vol. 56, 2014.

juge des référés aux fins d'obtenir la cessation d'une pratique à laquelle l'Autorité a déjà mis fin n'aurait guère de sens ; il en serait de même d'ailleurs, en l'absence de tout support contractuel, d'une demande en nullité.

Cela étant, et même si la Commission européenne semble trop souvent envisager les cartels au premier chef⁶⁵, les possibilités de contentieux complémentaire ne se limitent pas à ceux-ci. Ainsi la nullité peut-elle présenter un intérêt dans le cas de certains accords entre concurrents⁶⁶ ou, plus encore, dans les relations verticales : cela suppose que celui qui invoque la nullité considère que, nonobstant le fait que l'autorité de concurrence a déjà mis un terme à la pratique litigieuse, l'annulation de la clause ou du contrat, vecteur de la pratique, est nécessaire en ce qu'elle n'opère pas uniquement pour le futur, mais également, rétroactivement, pour le passé⁶⁷.

Par ailleurs, on pourrait imaginer que la procédure de référé soit sollicitée notamment aux fins d'obtenir une provision sur la base de la décision antérieure de l'autorité de concurrence. Pourtant, cette voie d'action n'a pas connu un grand succès jusqu'à présent⁶⁸, même si l'on pourrait imaginer qu'elle se développe à l'avenir en corrélation avec certaines des mesures initiées par la Directive et, en particulier, avec l'effet liant octroyé aux décisions des autorités de concurrence.

De prime abord, l'utilisation du référé à des fins de cessation des pratiques pourrait sembler présenter peu d'intérêt à partir du moment où une procédure a été engagée devant une autorité spécialisée. Pourtant, et compte tenu de la parcimonie avec laquelle les mesures conservatoires sont prononcées par les autorités de concurrence, cela pourrait être utile à une victime souhaitant obtenir la cessation, à titre provisoire, des pratiques dénoncées et en cours d'examen par l'autorité spécialisée⁶⁹. Il s'avère néanmoins, à l'examen du contentieux, que cela est assez rare⁷⁰.

⁶⁵ Cela est manifeste tant dans sa pratique décisionnelle concernant, pour l'essentiel des cartels ainsi que quelques cas emblématiques d'abus de position dominante (affaires Microsoft, Google ...) que dans la réflexion qu'elle a menée sur le contentieux privé, envisagé comme un contentieux indemnitaire pensé avant tout en considération des cartels.

⁶⁶ On songe par exemple à l'hypothèse dans laquelle une cession de droits sociaux s'est accompagnée d'un engagement de non-concurrence contraire au droit des pratiques anticoncurrentielles.

⁶⁷ V. à ce propos, Com 6 février 2007, *Concurrence IJC France*.

⁶⁸ En ce sens, v. aussi R. AMARO, « le référé de droit commun en droit des pratiques anticoncurrentielles : brève analyse du contentieux porté devant le juge français », *Concurrences*, N° 4-2013, Art. N° 57387, p.216, qui ne recense qu'une seule décision. TGI Paris, ord., 15 janvier 2009, *Conseil régional d'Île-de-France et Région Île-de-France*, RG 08/55030, 08/59948, 08/59949 ; RLC, 2009/19, p. 97, note M. CHAGNY.

⁶⁹ En ce sens, v. aussi R. AMARO, art. préc., n° 3. Une telle action est en effet possible alors que l'autorité de concurrence est saisie : v. Paris, 1re ch. A, 27 juin 1990, *Internip c/ SA Matif* ; D. 1991, somm. p. 251, obs. C GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC.

⁷⁰ Rapp. R. AMARO, art. préc., qui recense seulement trois décisions précédant ou succédant à une décision de condamnation de l'Autorité de la concurrence.

32. « **Concurrence** » des **MARL** - En outre et surtout, même si l'on devait admettre, à l'instar du point de vue qui semble être celui des autorités de concurrence, que le contentieux privé a principalement une vocation indemnitaire⁷¹, il n'en est pas moins notable que l'invocation du droit de la concurrence dans le cadre du contentieux complémentaire est peu développée en France.

Cela s'explique en partie par le fait qu'actuellement les questions de sanctions civiles et, en particulier, d'indemnisation des dommages liés aux pratiques anticoncurrentielles sont bien souvent traitées *via* un mode alternatif de règlement des litiges, notamment par voie transactionnelle ou arbitrale hors la présence des tribunaux⁷². Précisément, cela est particulièrement fréquent dans le cas d'agissements antérieurement condamnés par une autorité de concurrence.

33. « **Concurrence** » de **juridictions étrangères** - La large échelle – bien au-delà des frontières d'un seul Etat - sur laquelle prennent place certaines des pratiques anticoncurrentielles condamnées par les autorités de concurrence permet, dans une certaine mesure, aux victimes de préférer agir en réparation devant les juridictions de tel pays plutôt que de tel autre, en considération des avantages et/ou inconvénient attachés à tel ou tel dispositif législatif.

34. **Inaction des victimes** - S'y ajoute également la quasi-absence d'actions introduites par des consommateurs, le contentieux des pratiques anticoncurrentielles apparaissant très nettement comme un contentieux entre professionnels. Les consommateurs s'abstiennent généralement d'agir en raison du caractère diffus du dommage subi du fait de la pratique anticoncurrentielle. Ce phénomène d'« apathie rationnelle » concerne également des entreprises, spécialement des PME, lorsque celles-ci se trouvent dans une position assez similaire à celle des consommateurs finals, autrement dit lorsqu'elles ont subi un dommage dont la faiblesse du montant peut les faire hésiter à demander réparation.

⁷¹ Un tel point de vue peut être contesté. Surtout, il ne saurait valoir dans le cas du contentieux autonome dans lequel la nullité, en demande ou à titre de moyen de défense, est invoquée significativement : *Infra* n° 47 et s.

⁷² V. en dernier lieu, le dossier « Arbitrage et droit de la concurrence », *AJCA* 2014, n°05-06, p. 203 et s. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence - Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, th. LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 346, 2001 ; C. NOURISSAT, « La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence », in C. NOURISSAT et R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p. 51s. *Adde* L. IDOT, « Private Enforcement of Competition Law – Recommendations Flowing from the French Experience », in J. BASEDOW (dir.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer, « International Competition Law Series », 2007, p. 85 et s., spéc. p. 87. B. B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006.

Dans le cas des entreprises et, tout particulièrement des plus petites d'entre elles, peut interférer aussi, dans certains cas, la crainte de représailles commerciales lorsque l'auteur des pratiques est l'un de leurs cocontractants⁷³.

Les mécanismes de recours collectif existant en France sont apparus tout à fait insuffisants à pallier cette abstention des victimes. Une seule affaire a été initiée, à notre connaissance, par une association de consommateurs à la suite de la condamnation par le Conseil de la concurrence de l'entente nouée entre les opérateurs de téléphonie mobile et elle s'est en outre soldée par un échec⁷⁴. Il faudra se poser la question de savoir, dans une approche critique, si la nouvelle action de groupe « à la française » introduite par la loi Hamon du 17 mars 2014 pourra constituer un remède efficace à cette réticence à agir d'une partie des victimes.

35. **Éloignement des victimes** - Par ailleurs, il faut indiquer que dans certains affaires, dans lesquelles les victimes ont subi un préjudice à la suite de la répercussion, le long de la chaîne économique, des surcoûts engendrés par la pratique anticoncurrentielle (*passing on*), l'absence de tout lien contractuel avec l'auteur des agissements fait qu'elles ignorent parfois radicalement leur situation de victime ou qu'à tout le moins, cet éloignement rend particulièrement difficile l'exercice d'une action de leur part. Ainsi, à notre connaissance, aucune victime indirecte, à laquelle a été répercuté un dommage, n'a introduit à ce jour d'action en réparation en France.
36. **Procédure négociée** - Enfin, et sans prétendre avoir recensé l'ensemble des éléments de compréhension du faible niveau des actions en réparation des dommages concurrentiels, il convient de signaler également l'incidence du développement des procédures dites négociées, en particulier le recours croissant à la procédure d'engagements, dont le soutien probatoire incertain ne semble pas de nature à favoriser l'action des victimes, à moins qu'il ne contrarie les espoirs nourris par celles qui se décident à agir.

B. Le succès limité du contentieux complémentaire

37. **Décision antérieure** - Plus que les cas, au demeurant assez rares, dans lesquels le contentieux

⁷³ Ce phénomène ne concerne pas uniquement le contentieux complémentaire des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi le contentieux autonome, mais encore et peut-être surtout le droit des pratiques restrictives de concurrence.

⁷⁴ Com. 26 mai 2011 n° 10-15676, *UFC Que choisir c/Bouygues*.

privé se déroule parallèlement ou même en amont de la procédure engagée dans la sphère publique, retient véritablement l'attention l'hypothèse, de loin la plus fréquente en pratique, où une décision d'une autorité de concurrence est déjà intervenue.

38. **Absence de condamnation** - A vrai dire, on ne s'étonnera guère que celui qui invoque l'existence de pratiques anticoncurrentielles devant le juge judiciaire, alors que l'autorité de concurrence précédemment saisie n'a pas rendu une décision condamnant sur ce fondement les pratiques dénoncées, ne puisse se contenter de prendre appui sur une telle décision pour convaincre la juridiction du bien-fondé de sa prétention. L'absence de condamnation peut tenir à des raisons différentes, allant d'un défaut d'intérêt communautaire dans le cas de la Commission ⁷⁵, à l'absence de démonstration de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles - soit à défaut de preuves⁷⁶, soit du fait de la mise en œuvre de techniques propres au droit de la concurrence (non-franchissement du seuil de sensibilité, exemption et règle de raison)⁷⁷ – en passant par la mise en œuvre de la procédure d'engagements⁷⁸. L'importance prise en pratique par cette dernière, aussi bien devant l'Autorité de la concurrence que devant la Commission européenne, soulève la délicate question de l'influence exercée, d'un point de vue probatoire, sur les actions privées par la décision de l'autorité de concurrence dans le cas où une telle procédure dite négociée a joué. Cela concerne la démonstration même de la violation de la règle de concurrence, en présence d'une procédure d'engagements, mais aussi, plus largement l'accès aux preuves se rapportant à la procédure de concurrence⁷⁹.

39. **Décision antérieure de condamnation** - Plus étonnant, et contrairement à ce que l'on pourrait croire, le succès n'est pas toujours au rendez-vous pour celui qui invoque à son profit une décision par laquelle une autorité de concurrence est antérieurement entrée en condamnation.

⁷⁵ Un rejet de plainte par la Commission pour défaut d'intérêt communautaire ne permet de tirer aucune conclusion quant aux chances d'établir ou non l'existence d'une pratique anticoncurrentielle.

⁷⁶ Pour une illustration dans laquelle le Conseil de la concurrence avait conclu à l'absence d'objet ou d'effet anticoncurrentiel de la pratique consistant pour une société d'édition à refuser l'insertion d'annonces publicitaires et où les demandeurs ont finalement obtenu gain de cause devant le juge judiciaire, mais non pas sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante, mais sur celui de l'abus de droit : v. Paris, 25^e ch. A, 29 février 2008, *M. Thierry D. et Mme Carmen G. c/ Sarl la Famille Educatrice*, RG 06/03934.

⁷⁷ Ces différentes hypothèses conduisent à des raisonnements différents sur le plan civil.

⁷⁸ Art. 9 du Règlement 1/2003 du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2002 et Art. L. 464-2 C. com.

⁷⁹ *Infra* n° 122 et s., spéc. n° 127, et 128 et s.

40. **Succès facilité** - De prime abord, l'existence d'une décision antérieure rendue par une autorité de concurrence semble de nature à favoriser le succès de la prétention, du moins lorsqu'il s'agit d'une décision de condamnation facilitant grandement la démonstration - nécessaire quelle que soit la mesure sollicitée (cessation, réparation par équivalent, nullité) - de la violation du droit de la concurrence⁸⁰.

Cela est certainement vrai lorsque celui qui invoque l'infraction se prévaut d'une décision rendue par la Commission bénéficiant du principe de primauté⁸¹.

On notera à ce propos, que dans le cas particulier des actions de groupe, la loi Hamon a prévu de doter d'un effet liant à l'égard des juridictions saisies les décisions adoptées par une autorité de concurrence de n'importe quel Etat membre de l'Union européenne.

Cela étant, et alors même qu'en l'état du droit positif, les décisions de l'Autorité de la concurrence française ne lient pas juridiquement les juridictions appelées à statuer sur les sanctions civiles, l'examen du contentieux montre qu'elles bénéficient, dans les faits, d'une forte autorité morale, le juge de droit commun tenant quasi-systématiquement compte de la solution retenue dans le contentieux concurrentiel⁸². Ainsi trouve-t-on plusieurs affaires dans lesquelles l'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles, après condamnation par une autorité de concurrence, se fait avec succès, qu'il s'agisse de demander des dommages-intérêts isolément⁸³ ou en accompagnement d'une demande en nullité⁸⁴. Il a d'ailleurs été précisé que la suppression antérieure d'une clause anticoncurrentielle, par injonction adressée par le Conseil de la concurrence, ne rend pas sans objet la demande en nullité d'une clause⁸⁵.

Cet avantage probatoire pour la victime pourra sembler valoir également dans le cas où la condamnation a été assortie toutefois d'une certaine mansuétude à l'égard de l'auteur des

⁸⁰ Pour un exemple récent concernant une demande d'indemnisation, v. Paris, 27 février 2014, Pôle 5 – Chambre 5, n° 10/18285, *SNC Doux aliments Bretagne et autres c/ société Ajinomoto Eurolysine* : « l'existence d'une faute de la société Ajinomoto Eurolysine résulte de la condamnation prononcée à son encontre le 7 juin 2000 par la Commission des Communautés Européennes et qui a été confirmée par la décision du Tribunal de première instance du 9 juillet 2003 ». Pour une demande en nullité, v. Com 6 février 2007, *Concurrence /JVC France* ; Cass. Com., 24 octobre 2000, *Bull. II*, n° 163, *Carrières de Sante-Marthe*.

⁸¹ Art. 16 du règlement CE n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité : « Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission (...) ». V. déjà CJCE, 28 février 1991, aff. C-234/89, *Delimitis*, et CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-344/98, *Masterfoods*.

⁸² V. par exemple, T. Com Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *Numéricable et a. c/ France Telecom*, RG 2009073089, CCE 2011, comm. 76, obs. M. CHAGNY.

⁸³ Versailles, 12^e ch., 24 juin 2004, *SA Verimedia c/ SA Mediatrice et a.* (100. 000 euros) ; Paris, 19 mai 1993, *Mors c/ Labinal*, JDI 1993, p. 957, note L. Idot (5 millions d'euros) ; T. Com Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *Numéricable et a. c/ France Telecom*, déc. préc.

⁸⁴ Com., 6 mai 2008, n° 05-11382, *M.R et M.P. c/ Volkswagen*.

⁸⁵ Com 6 février 2007, *Concurrence /JVC France*.

pratiques anticoncurrentielles. Ainsi la procédure de clémence⁸⁶, si elle offre à son bénéficiaire une immunité totale ou partielle de l'amende encourue, n'en caractérise pas moins une violation de l'interdiction des ententes et ne protège aucunement des actions en réparation exercées par les victimes⁸⁷. Il devrait en être de même en cas de non-contestation des griefs ou de transaction⁸⁸.

41. **Avantage à nuancer (portée de la décision)** - Pour autant, une décision antérieure de condamnation ne facilite pas toujours la tâche probatoire de la victime et ne suffit pas toujours à caractériser la violation de la règle de concurrence, et ceci même lorsqu'elle émane de la Commission, Elle peut soulever en effet la délicate question de savoir quelle est la portée exacte d'une décision de condamnation pourvue d'un effet contraignant⁸⁹.

Une affaire ayant donné lieu à un arrêt de censure de la Cour de cassation et, en dernier lieu, à une décision de la cour d'appel de Paris, sur renvoi après cassation, illustre ainsi les limites et les interrogations pouvant se présenter en pareil cas et la façon dont la juridiction saisie peut et doit les traiter.

Après la condamnation, par la Commission, de JCB Services et de ses filiales pour avoir mis en place une politique contraire à l'article 81 CE (désormais 101 TFUE), l'action en responsabilité civile formée à l'encontre de plusieurs sociétés du groupe avait été accueillie par une Cour d'appel. La Cour de cassation avait alors reproché aux juges du fond de ne pas avoir précisé « *quelle avait été la participation (des filiales) aux pratiques discriminatoires sanctionnées par les autorités et juridictions européennes de concurrence et ayant causé préjudice* » au demandeur à l'action⁹⁰. Dans l'arrêt rendu sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris commence par rappeler que les infractions au droit de l'Union européenne constituent des fautes civiles selon le droit français, puis s'attache à montrer, en prenant appui

⁸⁶ Art. L. 464-2-IV C. com. et art. 464-8 C. com., complétés par Aut. Conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, 2 mars 2009. Comp. Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE C 298, 8 décembre 2007, p. 17.

⁸⁷ Aut. Conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, 2 mars 2009, pt 47 ; Comm. CE, Communication préc., pt 39. Cette solution est au demeurant imposée par le principe, à valeur constitutionnelle, de réparation du dommage causé à autrui : Cons. const. 22 oct. 1982 et Cons. const. 23 juillet 1999, n° 99-416 DC *loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

⁸⁸ Cependant, dans un cas comme dans l'autre, la victime peut se heurter à certaines difficultés tenant, soit à l'exclusion de l'accès au dossier afin de préserver l'attractivité du programme de clémence, soit à des interrogations quant à la valeur probatoire d'une non-contestation de griefs devant l'autorité de concurrence ou d'une procédure de transaction devant la Commission : *infra* n° 131 et n° 124.

⁸⁹ Sur ces questions délicates d'imputabilité, v. *infra* n° 173 et M. CHAGNY, « Imputability issues in the collection of damages », in *Antitrust damages in EU Law and policy, 7th annual conference of the Global competition Law centre, Collège d'Europe, Bruxelles, 7-8 novembre 2013*, à paraître.

⁹⁰ Com. 15 novembre 2011, n° 10-21701. V. cependant, sur renvoi après cassation, Paris, ch. 5 4, 26 juin 2013, *sté JCB Sales et a. c/ SA Central Paris*, *RJCom* 2013, obs. M. CHAGNY.

sur les motifs de la décision européenne, que les sociétés visées dans celle-ci en tant que « filiales », ont « contribu(é) à la réalisation des infractions relevées » et ainsi « commis une faute délictuelle selon le droit interne français ». L'arrêt d'appel ajoute à ce propos que « le fait qu'elles ne soient pas condamnées dans les décisions communautaires n'interdit pas à la juridiction nationale d'apprécier au regard des éléments qui lui sont soumis, notamment des décisions communautaires, les éléments de leur comportement constitutifs d'une faute ».

On relèvera encore dans cette décision le soin pris par la juridiction pour caractériser les agissements personnels de la société-mère alors même que celle-ci était destinataire de la décision de condamnation prononcée par la Commission européenne⁹¹. *In fine*, dans cette affaire, la Cour d'appel parvient à la conclusion que les différentes sociétés mises en cause, « par les décisions prises par l'une, par l'exécution par les autres de ces décisions, ont commis des fautes qui ont concouru à la réalisation du préjudice subi par (le demandeur à l'action) ».

42. **Avantage à nuancer (autres conditions que la violation du droit de la concurrence) -**

Quand bien même la démonstration de l'infraction ne présente pas de difficulté, le succès de l'action est loin d'être assuré, la prétention formulée au titre de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles pouvant se heurter à des obstacles liés aux règles actuelles de procédure et/ou de responsabilité civile. Il peut entre autres s'agir du jeu de la prescription⁹² ou, dans le cas des actions en indemnisation, des exigences probatoires mises à la charge du demandeur auquel il incombe de rapporter la preuve, outre de la faute commise, d'un dommage présentant certains caractères et du lien de causalité entre ce dommage et le fait générateur de responsabilité. Ces difficultés se présentent, non seulement dans le cadre d'actions au fond, mais aussi à l'occasion de référé-provision⁹³.

⁹¹ Ce raisonnement précautionneux de la Cour d'appel est vraisemblablement à relier aux difficultés susceptibles de se présenter lorsque, à l'intérieur des groupes de sociétés, la présomption d'imputabilité des agissements de la filiale à la société-mère a vocation à jouer dans le cadre de la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles dans la sphère publiques. Sur les difficultés que cela soulève et les voies possibles de réconciliation entre droit de la concurrence et responsabilité civile, v. M. CHAGNY, « Imputability issues in the collection of damages », in *Antitrust damages in EU Law and policy, 7th annual conference of the Global competition Law centre, Collège d'Europe, Bruxelles, 7-8 novembre 201* ; *Infra* n° 173 et 375 et s.

⁹² V. TGI Paris, réf., 15 janvier 2009, *Conseil régional d'Ile-de-France et Région Ile-de-France*, déc. préc. V. aussi Paris, ch. 5 4, 26 juin 2013, *sté JCB Sales et a. c/ SA Central Parts*, déc. préc., dans laquelle les demandes formulées par la victime échouent, pour partie, à raison du jeu de la prescription. Mettant en œuvre les règles de prescription antérieures à la réforme de 2008 et applicables aux faits de l'espèce, la Cour d'appel de Paris admet que la prescription décennale, prévue par l'ancien article 2270-1 du code civil et courant à compter de la manifestation du dommage, a éteint une partie des créances indemnitaires.

⁹³ TGI Paris, ord., 15 janvier 2009, *Conseil régional d'Île-de-France et Région Île-de-France*, RG 08/55030, 08/59948, 08/59949 ; *RLC*, 2009/19, p. 97, note M. CHAGNY, considérant que la victime ne rapportait « aucune

Si ces exigences ne sont en rien spécifiques au contentieux complémentaire et seront développées ultérieurement⁹⁴, il importe de signaler à ce stade qu'elles ont conduit à l'échec de quasiment toutes les actions consécutives à des grands cartels tels que celui de la Vitamine et celui de la Lysine répertoriées dans cette étude. Dans ces litiges, la situation de l'acheteur intermédiaire réclamant réparation est apparue fragilisée par la question de la répercussion des dommages sur les acheteurs subséquents, question qui fera l'objet de développements ultérieurs⁹⁵.

§2. Le contentieux privé autonome des pratiques anticoncurrentielles

43. **Caractéristique commune** - A l'instar du constat déjà effectué pour le contentieux complémentaire, on peut mettre en évidence le fait que le contentieux autonome des pratiques anticoncurrentielles est dans l'ensemble un contentieux de professionnels ; alors même qu'une partie au moins des pratiques anticoncurrentielles ont lieu au détriment des utilisateurs finals et, en particulier des consommateurs, il n'a été possible de collecter qu'une seule et unique action initiée par un consommateur, à propos duquel il a au demeurant été observé qu'il visait « à rétablir un ordre public économique dont il n'est pas le gardien »⁹⁶.
44. **Diversité (voie procédurale)** - Par-delà ce trait caractéristique commun, les affaires dans lesquelles le droit des pratiques anticoncurrentielles est invoqué sans prendre appui sur une décision antérieure de condamnation prononcée par une autorité de concurrence se distinguent par une plus grande diversité que le contentieux complémentaire.
- La diversité se manifeste, tout d'abord, dans la façon dont le moyen tiré du droit de la concurrence est invoqué : en demande principale, à titre de défense ou encore par voie de demande reconventionnelle.

démonstration convaincante et contradictoire d'un dommage, direct et personnel, lié à la perte d'une chance d'obtenir des prix concurrentiels moins élevés ».

⁹⁴ *Infra* n° 150 et s.

⁹⁵ T. Com. Nanterre, 6^e ch., 11 mai 2006, *Laboratoires Arkopharma c/ sté Roche et sté Hoffmann La Roche* ; Paris, ch. 5 4, 16 février 2011, *SCA Le Gouessant c/ SA Ceva Santé et SAS Ajinomoto Eurolysine* et Com. 15 mai 2012, n° 11-18495 *Affaire le Gouessant*. V. cependant Paris, 27 février 2014, Pôle 5 – Chambre 5, n° 10/18285, *SNC Doux aliments Bretagne et autres c/ société Ajinomoto Eurolysine*, sur renvoi après cassation : Com. 15 juin 2010 ; censurant Pôle 5 - Chambre 4 de la cour d'appel de Paris, le 10 juin 2009, RG 07/10478, infirmant T. Com. Paris, le 29 mai 2007, RG 2006073999.

⁹⁶ Paris, 14 e ch. B, 1^{er} juin 2007, *SA France Telecom c/ M. Jean Christian R*, RG n° 06/21059.

45. **Diversité (mesures sollicitées)** - Elle concerne, ensuite, les mesures sollicitées, allant de l'indemnisation à la nullité, sans oublier le contentieux non négligeable de la cessation. Autant le choix d'invoquer la nullité et/ou le prononcé de dommages et intérêts dépend largement de la configuration du litige, autant il apparaît possible, en prenant notamment appui sur une étude récente⁹⁷, de faire apparaître des différences notables dans l'usage des différentes procédures de référé offertes aux plaideurs. Ainsi le référé fondé sur les articles 809 al. 1er et 873 al. 1er du code de procédure civile et visant à faire cesser un « *trouble manifestement illicite* » semble, vraisemblablement à raison de sa moindre exigence sur le plan probatoire, nettement préféré aux autres voies possibles. Le référé reposant sur les articles 808 et 872 du code de procédure civile se heurte à l'écueil de l'absence de contestation sérieuse⁹⁸. S'agissant du référé prévue aux articles 809 al. 1er et 873 al. 1er⁹⁹, la démonstration d'un « *dommage imminent* » au sens de ces textes apparaît particulièrement périlleuse en raison de la licéité de principe du dommage concurrentiel¹⁰⁰. Quant au référé-provision, prévu aux articles 809 al. 2 et 873 al. 2 du code de procédure civile, il ne semble guère avoir été sollicité jusqu'à présent dans le cadre du contentieux autonome.

Ont pu être mises en évidence, s'agissant de la qualification des agissements dénoncés en référé et dont la cessation est demandée pour mettre fin à un trouble manifestement illicite, des différences notables dans le raisonnement suivi par le juge des référés : là où il se montre parfois peu exigeant¹⁰¹, il s'attache, au contraire, dans d'autres affaires, à ce que soit davantage caractérisé le trouble manifestement illicite et pour ce faire, le caractère anticoncurrentiel de la pratique dénoncée¹⁰². Il va de soi qu'une telle démonstration est plus ou moins aisée selon le type d'agissements mis en cause, notamment lorsqu'ils correspondent à des restrictions caractérisées de concurrence. Peut cependant également interférer le fait qu'une pratique assez similaire ait pu antérieurement être examinée, dans une procédure d'avis ou au contentieux, par une autorité de concurrence, les observations formulées à cette occasion pouvant dans une certaine mesure être transposées à l'appui du raisonnement adopté

⁹⁷ V. aussi R. AMARO, art. préc.

⁹⁸ M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, préf. B. Lasserre, Litec, 2010, p. 418 et s., n° 342.

⁹⁹ V. toutefois : Orléans, ch. com., 15 juillet 2004, *SAS Toyota France c/ SARL Auto Diffusion 45*, RG 04/01063, enjoignant à un constructeur automobile de réintégrer un distributeur évincé dans son réseau afin de prévenir le dommage imminent.

¹⁰⁰ R. AMARO, art. préc., n 2 et 4.

¹⁰¹ Pour des illustrations, v. Versailles, 14e ch., 10 février 2010, *SAS Canal + Distribution c/ SAS BFM TV*, RG 09/09651 ; Paris, 14e ch. A, 25 janvier 2006, *Traclet c/ SARL Boulangeries Paul*, RG 05/11004.

¹⁰² Paris, 1re ch. A, 13 juillet 2000, *SA France Télécom et al. c/ SA Wappup.com.*, *Les Petites affiches*, 3 avril 2001 n° 66, p. 6, note M. MALAURIE-VIGNAL ; TGI Strasbourg, ord., 8 janvier 2008, *Puma France c/ Over Stock* ; CCE, 2008/4, comm. 55, note M. CHAGNY.

par le juge des référés.

46. **Diversité (règles de concurrence)** - La diversité concerne aussi les règles de droit sollicitées. Sont invoquées, isolément ou concurremment, aussi bien l'interdiction des ententes, celle des abus de position dominante, mais aussi, dans une moindre mesure, les dispositions spécifiques au droit français que sont la prohibition des abus de dépendance économique et celle des prix abusivement bas.
47. **Diversité (litiges)** - Cette diversité est encore tangible dans la physionomie des litiges : selon les cas, les règles de concurrence sont invoquées, à l'occasion de litiges contractuels, par un contractant (A) ou bien en l'absence de tout lien contractuel (B).

A. L'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles dans des litiges contractuels

48. **Aperçu** - L'examen de la jurisprudence collectée révèle que dans nombre d'affaires, le droit des pratiques anticoncurrentielles est utilisé, dans le cadre de litiges d'ordre contractuel, par l'une des parties au contrat. Comme l'observation a pu en être faite, il s'agit en ce cas, sans cependant que cela soit systématique, de relations déséquilibrées¹⁰³. Il faut sans doute y voir une explication des tentatives constatées de la part de certains plaideurs d'invoquer le bénéfice de l'interdiction de l'abus de dépendance économique¹⁰⁴, la plupart du temps sans aucun succès, compte tenu de l'interprétation très restrictive dont cette disposition fait l'objet en jurisprudence¹⁰⁵.

Il importe également de noter que si les différents types de contrats de distribution¹⁰⁶ sont particulièrement bien représentés dans ce contentieux, celui-ci concerne aussi les contrats les

¹⁰³ Rappr. R. AMARO, th. préc., n° 57.

¹⁰⁴ Pour rappel, l'article L. 420-2 al. 2 C. com. requiert, selon sa lettre même, un rapport de client à fournisseur et ne peut donc être utilisée que dans les relations verticales.

¹⁰⁵ Paris 5^e ch. B, 7 décembre 2007, *SA Dell c/ SARL Rivale*, RG n° 05/10897 (abus de dépendance économique) ; T. com. Nanterre, 5^e ch., 22 juin 2007, *SA Concurrence c. Sony France* ; Montpellier, 25 octobre 2011, *SARL Montpellier Diffusion Presse c/ Mme Claude C*, RG n° 10/08486, Paris 5^e ch. B, 4 décembre 2008, *Chelmarne Voyages c/ SA N. Distribution*, RG n° 05/23981 ; Paris 5^e ch. B, 15 mai 2008k, *SA Arte France c/ SA Mediamétrie*, RG n° 05/23026 ; Chambéry, ch. Com., 11 juin 2002, *Association des agents immobiliers de Tignes c/ Sté des téléphériques de la Grande Motte*, RG n° 00/01145. Pour une illustration récente, v. Paris Pôle 5, 4^e ch., 15 Janvier 2014, N° 11/19418, *SA SPBI c/Sarl Boat Développement*, RJCom 2014, obs. M. CHAGNY.

¹⁰⁶ V. notamment, s'agissant de la distribution sélective, les actions initiées, dans le domaine de l'électronique grand public, par M. Jean Chapelle et les sociétés animées par celui-ci : T. com. Nanterre, 18 juin 1994 et Versailles, 27 juin 1996, *Chapelle c/Sony* ; T. com. Paris 6 juin 1995 et Paris 22 octobre 1997, *sté Concurrence*

plus divers, qu'il s'agisse de la cession de parts sociales¹⁰⁷, en passant entre autres par le bail commercial¹⁰⁸ ou encore la prestation de services¹⁰⁹.

49. **Moyen de défense et instrumentalisation** - Le secours du droit de la concurrence est ainsi recherché, par voie reconventionnelle ou à titre de moyen de défense, pour échapper aux conséquences d'une inexécution contractuelle, par le défendeur à l'action qui conteste la licéité de la clause violée au regard de l'interdiction des ententes et/ou des abus de position dominante. Il en va ainsi, par exemple¹¹⁰, d'une clause d'exclusivité¹¹¹, d'une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation¹¹² ou encore d'une clause pénale¹¹³.

Comme l'observation a pu en être faite, le droit de la concurrence peut être et est parfois utilisé comme un instrument permettant d'échapper sans bourse délier à ses engagements, à l'instar de ce que permettait, dans le passé, l'ancienne jurisprudence relative à l'indétermination du prix jusqu'au revirement opéré par la Cour de cassation en 1994 et 1995¹¹⁴. Loin d'être marginal¹¹⁵, ce phénomène n'a cessé, selon nous, de se développer, au fil des années.

c/ Sony ; T. com. Nanterre 16 septembre 1997, *sté Concurrence c/ Sony*. Il existe aussi, par exemple, un nombre significatif de décisions rendues dans le domaine de la distribution automobile 10 octobre 2000, 13 mars 2001, 29 janvier 2002, 28 janvier 2003, 28 juin 2005, 15 septembre 2009. Dans les différents domaines couverts par un règlement d'exemption, la Cour de cassation a été conduite à rappeler, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice, aux juridictions du fond quelle était la portée d'un règlement d'exemption par catégorie et ceci, à plusieurs reprises : v. notamment, 11 février 2003, 3 décembre 2003.

¹⁰⁷ Pau, 2^e ch., 18 juin 2009, *SA Keolis Pyrénées c/ Jean Bernard P et a.*

¹⁰⁸ Paris, ch. 5-4, 3 juillet 2013, *SCI Odysseum 2 et a. c/ Sté Polygone 2 et a.*, RG n° 11/17158 ; Angers, 7 juin 2011, *SAS Carrefour Property c/ Mme Véronique G.*

¹⁰⁹ Com. 10 juillet 2007, n° 06-14657 ; Versailles, 12^e ch., 31 mars 2011, *SELARL Bauland Gladel Martinez c/ SA Chep France*, RG n° 10/09794.

¹¹⁰ On peut encore citer le cas d'une clause de résultat (Paris 5^e ch. A 15 juin 2005, *SA Automobiles de Gap et des Alpes c/ SA Citroën*, RG 03-15008), celui d'une clause d'agrément (Paris, 5^e ch. A, 21 septembre 2005, *SARL Socovi c/ SA Jean-Louis David France*, RG n° 03/13694).

¹¹¹ Com. 14 décembre 1999, *Sterczinski c/ Waber-Reuter* ; 24 novembre 1999 Aix-en-Provence, 6 mars 2008, *SARL France Boissons Toulon c/ SARL Frères*, RG n° 06/16540 ; Aix-en-Provence, 2^e ch., 14 juin 2007, *SAS Agenda Frabce c/ Jena-Luc V*, RG n° 05-21016. Pour une clause d'exclusivité territoriale, v. Cass. Com., 18 juin 2002, n° 00-20039, *Les petites affiches*, 3 juillet 2003, n° 132, p. 16, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; Paris, 5^e ch. A, 31 mai 2006, *Mkat c/ Salmon*, RLC 2007, n° 11, p. 165, obs. J. RIFFAULT-SIK.

¹¹² Com. 9 juin 2009, *Perrodin c/ Casino France* ; Paris, ch. 5-4, 16 novembre 2011, *SAS Carrefour Proximité France c/ Sté Etablissements Segurel*, RG n° 09/16817, puis après avis, 6 mars 2013 ; Rouen, 15 septembre 2011, *SAS Carrefour Proximité France c/ M. Marcel B*, RG 10-04492. V. encore Pau 2^e ch., 18 juin 2009, *SA Keolis Pyrénées c/ Jean Bernard P. et a.*, RG n° 07/02797 (contentieux opposant le cessionnaire et le cédant de parts sociales à propos de l'inexécution d'un engagement de non-concurrence dont la validité s'est trouvée contestée, mais en vain).

¹¹³ Com., 31 mai 2005, *M.X c/ Brasseries Miles*. V. aussi Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 5 octobre 2007, *Michel C c/ SARL EBN*, RG n° 06/04120, dans laquelle un débitant de boissons excipait de la nullité d'une clause prévoyant l'indemnisation du brasseur en cas de cession du fond de commerce sans reprise du contrat d'approvisionnement par l'acquéreur du fond.

¹¹⁴ L. LEVENEUR, obs. sous Com. 7 octobre 2007, CCC 1998, n° 2 : « Chassez la nullité (...) par la porte - celle du droit civil-, elle revient discrètement (...) par la fenêtre - celle du droit de la concurrence ! ». V. aussi

50. **A titre principal** - Le droit des pratiques anticoncurrentielles est également invoqué en demande et à titre principal, le plus souvent¹¹⁶ en ce cas à l'occasion d'une rupture des relations contractuelles¹¹⁷, hypothèse dans laquelle le contractant n'a plus rien à perdre, d'un point de vue commercial. La résiliation du contrat peut être motivée par une inexécution contractuelle¹¹⁸ dont la réalité est contestée par le demandeur à l'action faisant valoir la contrariété de la clause au droit des pratiques anticoncurrentielles. Dans cette perspective, c'est souvent la nullité de la stipulation litigieuse qui est demandée (par exemple, pour une clause d'exclusivité¹¹⁹), assortie, le cas échéant, de dommages et intérêts¹²⁰ ou encore d'une demande de voir ordonner la reprise des relations. Cela étant, le demandeur à l'action sollicite parfois exclusivement l'indemnisation du préjudice que lui a causé son éviction¹²¹.

Mérite d'être signalée une affaire récente dans laquelle la Cour d'appel de Paris a eu à se prononcer sur une demande en nullité des conditions générales de vente de compagnies d'aviation assortie d'une demande de dommages et intérêts¹²² en dehors de toute rupture des relations contractuelles. Une agence de voyages, après avoir tiré parti de différences tarifaires selon que les billets étaient au départ de Londres ou au départ de Paris, avait dû acquitter un supplément de prix sur le fondement des conditions générales de vente interdisant de

M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouv. Bibl. th., vol. 32, Dalloz, 2004, n° 402.

¹¹⁵ Comp. R. AMARO, th. préc., n° 68, selon lequel, c'est « à la marge », que le droit des pratiques anticoncurrentielles est invoqué en défense ou par voie reconventionnelle.

¹¹⁶ Cela n'est cependant évidemment pas systématique, v. pour l'indemnisation d'un abus de position dominante tenant à une clause d'approvisionnement exclusif, Paris 22 octobre 2001 et 13 janvier 1998, *UGAP c/ CAMIF*. ; v. aussi Montpellier, 25 octobre 2011, *SARL Montpellier Diffusion Presse c/ Mme Claude C*, RG n° 10/08486, se plaignant d'un abus de dépendance économique en raison du système de règlement et d'avance de trésorerie lui étant imposé.

¹¹⁷ Par exemple, Paris ch. 5-4, 17 novembre 2010, *SAS Réseaux Télécommunications internationales c/ France Telecom*, RG n° 08/24184 ; Paris 5^e ch. B, 7 décembre 2007, *SA Dell c/ SARL Rivale*, RG n° 05/10897 (abus de dépendance économique-non) ; Paris ch. 5 10, 16 novembre 2011, *SARL E_Kanopi c/ Google*, RG n° 11/12595. V. aussi Orléans, ch. com., 15 juillet 2004, *SAS Toyota France c/ SARL Auto Diffusion 45*, RG 04/01063, enjoignant à un constructeur automobile de réintégrer un distributeur évincé dans son réseau afin de prévenir le dommage imminent.

¹¹⁸ Com., 21 janvier 2003, *sté Moto-Ouest c/ sté MBK* ; 28 janvier 2003, *Exploitation du garage Saint-Pierre c/ Rover France* ; 20 mars 2012, *Atrium Santé c/ PFDC*. Adde Paris ch. 5 5, 2 juillet 2009, *SAS Medint c/ Sté Bausch Lomb France*, dans laquelle la rupture du contrat de distribution était justifiée par la violation d'une clause d'exclusivité stipulée au profit d'un autre distributeur, clause dont la licéité a été contestée sur le fondement de l'interdiction des ententes, mais en vain.

¹¹⁹ Com., 6 avril 1999, *Mme Daubresse c/ Les Fils de Louis Mulliez Phildar*.

¹²⁰ Com. 15 septembre 2009, *Carrefour de la qualité c/ RFA*.

¹²¹ Paris, 25 e ch. A, 28 juin 2002, *P. Streiff Motorsport et a. c/ Speedy France SAS* (à la suite de l'exclusion d'une manifestation sportive) ; Paris, ch. 5 4, 27 avril 2011, *Mehri Bassam c/ SNC Presse Paris Services* (à propos d'une clause de révocation *ad nutum*), dans laquelle l'exploitant d'un kiosque à journaux obtient la condamnation pour abus de position dominante d'une société de presse titulaire d'un monopole de fait sur le marché parisien et à ce titre le versement de 25000 euros de dommages et intérêts.

¹²² Paris, ch. 5 4, 14 décembre 2011, *SARL CHADEP c/ British Airways et Compagnie Emirates*, RG n° 09/20639.

bénéficiaire des tarifs plus attractifs proposés dans d'autres États membres. Après s'être exécutée, l'agence de voyages a assigné en justice ses cocontractants sur le double fondement de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante et a obtenu satisfaction sur le fondement des articles 101 § 1 TFUE et L. 420-1 C. com., la nullité étant prononcée et des dommages-intérêts accordés.

51. **Preuve** - Si, comme déjà indiqué, le droit des pratiques anticoncurrentielles se prête à une certaine instrumentalisation dans les relations contractuelles, notamment à travers la sanction radicale qu'est la nullité, cela ne saurait suffire à expliquer l'importance, révélée par l'étude, du contentieux autonome entre les parties à un contrat. Celle-ci s'explique aussi par le fait que la démonstration des agissements est facilitée au moins dans un certain nombre de cas, notamment quand ceux-ci se manifestent dans le contrat lui-même ou en liaison avec celui-ci. En outre, l'appréciation et la qualification des agissements sont également facilitées, du moins au regard de l'interdiction des ententes, grâce à l'utilisation du règlement d'exemption et des lignes directrices applicables aux restrictions verticales ainsi que par une pratique décisionnelle française assez fournie, au moins en certaines matières, sur laquelle il est possible de prendre appui, même si elle ne concerne pas directement l'affaire portée devant la juridiction judiciaire.

B. L'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles en l'absence de tout lien contractuel entre les parties à l'instance

52. **Aperçu** - L'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles intervient également en l'absence de tout lien contractuel entre le demandeur et le défendeur à l'action, pour l'essentiel sur le fondement de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. En effet, si l'interdiction des prix abusivement bas a vocation à s'appliquer uniquement dans des rapports entre concurrents, force est de constater que cette disposition n'est invoquée que de façon très marginale, et généralement en combinaison avec au moins une autre règle de concurrence¹²³.

¹²³ Com. 6 décembre 2005, n° 05-10929, *Bull. civ.* IV, n° 242, affaire dans laquelle le demandeur a invoqué en vain, outre l'article L. 420-5, les articles L. 420-1 et L. 420-2 C. com. V. aussi T.com. Paris, 15^e ch., 31 janv. 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc., Comm. com. électr.* 2012, comm. 51, obs. M. CHAGNY ; Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n° 12/02931, *SARL Google France et sté Google Inc. c/ SAS*

53. **Défense** - De façon classique et assez ancienne, l'interdiction des ententes ou des abus de position dominante est invoquée, par voie reconventionnelle ou à titre de moyen de défense, notamment¹²⁴, pour tenter de se soustraire à l'action en contrefaçon exercée par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle¹²⁵ et/ou à l'action en concurrence déloyale intentée par le promoteur d'un réseau de distribution à l'encontre d'un revendeur parallèle¹²⁶ ou du tiers complice de la violation d'un engagement de non-concurrence ou de non-réaffiliation¹²⁷.
54. **Demande principale** - Cela étant, il arrive aussi qu'une entreprise introduise une action sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles pour se plaindre des pratiques d'éviction dont elle fait l'objet de la part d'opérateurs concurrents. Dans la plupart des cas, ce sont alors des dommages-intérêts qui sont réclamés en réparation des préjudices causés par l'entente¹²⁸, l'abus de position dominante¹²⁹ ou des agissements relevant des deux prohibitions. Cette demande peut cependant être assortie, selon les cas, d'une demande de

Bottin Cartographes, CCE 2014, Comm. N° 6, obs. M. CHAGNY (abus de position dominante et prix abusivement bas).

¹²⁴ Pour une hypothèse plus originale, v. Cass. Com. 9 novembre 2010, *Bull.* IV, n° 69.

¹²⁵ C'est le cas des affaires Sacem notamment pour lesquelles la société de gestion des droits d'auteur a été opposée aux exploitants de discothèque qui, après avoir vainement tenté d'échapper au paiement des redevances musicales, cherchaient le secours de l'interdiction des ententes et/ou des abus de position dominante : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1983, *M. Basset c/ Sacem* ; 3 décembre 1985, *Duprez et Vivien c/ Sacem* ; 20 juin 1990, *M. Benno, la société « Auberge dy cœur volant et Pacha Club » c/ Sacem* ; 29 janvier 1991, *La Bricherie c/ Sacem* ; 14 mai 1992, *M. Landemaine c/ Sacem* ; 13 octobre 1993, *Hunité c/ Sacem* ; 30 mars 2004, *Le Phoenix c/Sacem*. Et encore, plus récemment, Colmar, 1^{ère} ch. Civ., 21 novembre 2006, *SARL LA Salamandre c/ SACEM*, RG n° 04/00928. V. aussi, à propos d'un brevet, Paris, 4^e ch A, 10 mai 2006, *Luk Lamellen und Kupplungsbau c/ SA Valeo*, RG, n° 06/10916 et TGI Paris, 26 janvier 2005, RG n° 00/16758, dans lequel un équipementier assigné en contrefaçon a demandé reconventionnellement l'octroi de dommages et intérêts au titre d'un abus de position dominante commis, selon lui, par son concurrent.

¹²⁶ Par exemple, Com., 29 janvier 2008, *Ducasse c/ Lavillauroy* ; Paris 5^e ch. B, 18 avril 2008, *SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific création*, CCE 2008, n° 7, comm. 90, note M. CHAGNY ; Paris, 5^e ch. 1, 8 juin 2005, *SA LJC Diffusion c/ SA La Roche Posay* ; Paris 5^e ch. A ;, 2 mars 2005, *Syffoc et a. c/ SA Juva Santé et a.* ; Paris 5^e ch. A, 22 septembre 2004, *Sté Maclock c/ Sté Seiko France*. Pour un cas dans lequel la demande principale portait sur des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale et a donné lieu à une demande reconventionnelle consistant à soutenir (vainement) que l'action en justice elle-même constituait un abus de position dominante, v. Versailles, 12^e ch. , 22 mars 2007, *SA Dentalbia c/ SA Visiodent*, RG n° 06/01589 ; v. encore Versailles 12^e ch., 24 mai 2007, *SARL Mano Medical c/ Idexx Laboratoires Inc.*, RG n° 07/01287.

¹²⁷ Paris, ch. 5-4, 3 avril 2013, *Diapar c/ Carrefour proximité France et a.*, RG n° 10/24013.

¹²⁸ CA, *Association ACIP Consistoriale Israelite de Paris c/ M. Moshe Alloun*, 24 novembre 2004 (boycott).

¹²⁹ T. com Paris, 15^e ch., 31 janvier 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc. Comm.* et Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n° 12/02931, *SARL Google France et sté Google Inc. c/ SAS Cartographes*, déc. préc. (prix prédateurs et prix abusivement bas).

V. aussi Paris, 1^{ère} ch. H, 1^{er} septembre 1998, *SA SFR c/ France Telecom*, RG n° 98/12345, enjoignant à France Télécom sur le fondement de l'article 809 CPC de cesser les agissements litigieux consistant à faire usage de ses fichiers d'abonnés au service de téléphonie fixe pour inciter ses abonnés à recourir à ses offres de téléphonie mobile.

cessation des pratiques¹³⁰ ou encore d'une demande en nullité d'une stipulation contractuelle source de l'éviction anticoncurrentielle¹³¹.

55. **(In)efficacité ?** - Si, comme déjà indiqué, le contentieux autonome a pu être présenté comme ayant une « *efficacité faible* »¹³², ce qui devrait conduire à lui préférer le contentieux complémentaire, cette appréciation mérite, à notre sens, d'être relativisée et nuancée. En réalité, dans une partie des affaires à l'occasion desquelles une ou plusieurs règles du droit des pratiques anticoncurrentielles sont invoquées en vain, il est possible d'observer que la prétention est à peine, voire pas du tout étayée, quand elle n'apparaît pas franchement fantaisiste¹³³. A l'évidence, cela ne saurait se produire de la même manière lorsqu'une décision de concurrence est déjà intervenue dans la même affaire ; en pareil cas, celui qui invoque une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles a la possibilité de prendre appui sur cette décision pour articuler ses prétentions.

Par ailleurs, et comme l'observation en a déjà été faite, l'invocation de l'interdiction des abus de dépendance économique est, en l'état de l'interprétation très restrictive de cette disposition par la jurisprudence, vouée à l'échec.

A cela, s'ajoute le fait que jusqu'à la mesure de spécialisation des juridictions, instaurée par la loi NRE du 15 mai 2001, mais rendue effective seulement à partir de l'adoption du décret d'application en décembre 2005, toute juridiction pouvait être appelée à statuer sur le droit des pratiques anticoncurrentielles sans nécessairement disposer des compétences et des

¹³⁰ Paris, 1^{ère} ch. H, 1^{er} septembre 1998, *SA SFR c/ France Telecom*, RG n° 98/12345, enjoignant à France Télécom sur le fondement de l'article 809 CPC de cesser les agissements litigieux consistant à faire usage de ses fichiers d'abonnés au service de téléphonie fixe pour inciter ses abonnés à recourir à ses offres de téléphonie mobile. Et pour des affaires également en référé, concernant le secteur des pompes funèbres, v. Com. 20 mars 1990, *Bull. IV*, n° 85 ; 10 juillet 1989, *Bull. IV*, n° 216.

¹³¹ Com., 12 janvier 1999, n° 97-10808, *OFUP* (exclusivité).

¹³² V. outre le point de vue de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne, R.Amaro, th. préc., n° 68 et s. consacré à un § 2 Un contentieux à l'efficacité faible, mais qui nuance cependant par la suite son propos.

¹³³ Rapp. R. AMARO, th. préc., n° 68, observant qu' « *il n'est pas rare aussi que les plaideurs se contentent d'alléguer une pratique anticoncurrentielle sans chercher à la prouver par des éléments matériels décisifs* ». Pour quelques illustrations, v. par exemple, Colmar, 2 février 2010, RG n° 09/04652 (affaire dans laquelle le juge a dû rappeler au demandeur que l'abus de position dominante au sens de L. 420-2 du code de commerce, requiert de définir un marché pertinent, de mettre en évidence une position dominante, ainsi qu'un abus de celle-ci) ; Riom, 25 janvier 2012, *Fédération environnement durable et a. c/ SARL Agreole Développement et a.*, RG n° 10/02536. Adde Paris ch. 5 5, 2^e janvier 2010, *SARL Laudat c/ Groupe Volkswagen France* et Cass. Com. 27 avril 2011, n° 10-125528, se fondant sur l'article L. 420 C. com. sans autre précision ; Paris, ch. 5 5, 2 juillet 2009, *Après la Classe c/ SARL Solidarité Entreprise*, Paris 5^e ch. B, 4 décembre 2008, *SARL Chelmarne Voyages c/ SA N. Distribution* ; Paris 5^e ch. B, 15 mai 2008, *SA Arte France c/ SA Mediamétrie*. Pour un exemple particulièrement révélateur de l'invocation « fantaisiste » du droit des pratiques anticoncurrentielles, v. Nîmes, 9 janvier 2012, RG n° 10/02754), affaire dans laquelle une pratique anticoncurrentielle contraire à l'article L. 420-1 du code de commerce a été dénoncée en présence d'un comportement consistant simplement pour une entreprise chez qui le courrier de son concurrent arrivait par erreur à ne pas le renvoyer.

moyens en la matière. Ainsi, et alors même que le droit des pratiques anticoncurrentielles était invoqué de façon plutôt satisfaisante au regard des éléments constitutifs requis notamment, ont pu être collectées des décisions reposant sur un raisonnement contestable¹³⁴. Cela étant, ce phénomène est assurément en très nette régression du fait de la familiarisation des juges avec la matière, facilitée par le mécanisme de spécialisation et qui pourrait encore être renforcée par différentes mesures¹³⁵.

56. **Distinction selon les affaires** - En définitive, il convient sans doute de distinguer selon le type d'affaires concernées qui, selon les cas, se prêtent mieux à un contentieux complémentaire ou autonome : s'il ne fait guère de doute que, sauf cas de figure particulier, il est préférable de saisir une autorité de concurrence dans les affaires de cartels ou, plus généralement, lorsque les agissements dénoncés sont difficiles à mettre en évidence, comme dans le cas de certains abus de position dominante (affaires de ciseaux tarifaires par exemple), il en va bien autrement lorsqu'est en cause notamment une stipulation contractuelle, qu'elle soit contestée par un cocontractant ou un concurrent.

¹³⁴ Ainsi une affaire opposant un établissement hôtelier à une société de remontées mécaniques a-t-elle donné lieu à des appréciations telles que « l'ancienneté donne des avantages » ou encore à des reproches consistant pour la société ayant engagé l'action en justice et dénoncé des pratiques contraires au droit de la concurrence à avoir « multiplié les moyens de droit complexes » ou encore à « s'être adjoint les services d'un cabinet d'avocats de la capitale » ...

¹³⁵ *Infra* n° 253 et s.

Section 2 – Le contentieux privé des pratiques restrictives de concurrence : un contentieux ciblé et « concurrencé » par la mise en œuvre publique

57. **Aperçu** - Il est d'usage dans la langue juridique française de désigner par le nom de pratiques restrictives de concurrence les règles rassemblées au sein du titre IV du Livre IV du code de commerce¹³⁶. Ce dernier, intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence », comporte en effet un titre IV traitant « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ». La formulation même traduit le caractère hétérogène de ces règles ainsi que l'ambiguïté des rapports qu'elles entretiennent avec les autres normes du Livre IV, notamment les « pratiques anticoncurrentielles ».
- Les pratiques restrictives de concurrence se caractérisent par leur nombre, leur pluralité ainsi que par les critiques qui sont parfois adressées à leur réglementation. La diversité concerne tant les prohibitions (§1) que leur sanction (§2).
58. **Accès aux décisions** - Le recensement des décisions rendues en droit des pratiques restrictives est facilité par les bilans annuels de jurisprudence publiés sous l'égide de la Commission d'examen des pratiques commerciales et se rapportant, d'un côté, aux actions initiées par le ministre de l'Economie et, de l'autre, aux actions introduites par la victime des pratiques.

§1. Diversité des prohibitions

59. **Domaine large** - Les normes encadrant les pratiques restrictives de concurrence ont été édictées en considération de situations bien spécifiques. Elles ont toujours été adoptées à la suite de rapports parlementaires ou d'experts sur les relations entre fournisseurs et grande distribution¹³⁷. En raison de leur importance pour l'Économie nationale et notamment le niveau des prix à la consommation, lesdites relations font, depuis l'après-guerre, l'objet de

¹³⁶ Il s'agit d'une spécificité française, le terme pratiques restrictives de concurrence désignant en droit européen les pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, selon les intitulés du Code de commerce, seules les pratiques visées dans le chapitre II du Titre IV devraient constituer des pratiques restrictives de concurrence. Mais les renvois du chapitre I au chapitre II justifient les habitudes langagières qui désignent sous ce terme toutes les pratiques visées par le Titre IV.

¹³⁷ D. FERRIER, Les rapports successifs et leurs effets : *LPA* 2005, p. 6.

l'attention et de l'interventionnisme des pouvoirs publics. Mais le Titre IV est rédigé en termes généraux et par conséquent pourvu d'un domaine d'application beaucoup plus large, ce qui constitue d'ailleurs l'une des critiques dirigées à son encontre.

60. **Réformes législatives** - Malgré la contestation dont il est l'objet, le Titre IV ne cesse de s'enrichir de nouvelles dispositions, à l'occasion des nombreuses réformes dont il a fait l'objet, tandis que rares sont, en sens inverse, les abrogations de dispositions y figurant.

Sans examiner les différentes modifications intervenues dans le détail, il convient de faire état des deux dernières interventions législatives : la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME) a en effet modifié en profondeur le cadre législatif applicable aux pratiques restrictives de concurrence, et cette réforme a été parachevée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « Loi Hamon », qui est entrée en vigueur le 19 mars dernier. Il convient également, par-delà la diversité des dispositions accumulées au gré des réformes, de faire apparaître quelques lignes de force.

61. **Présentation panoramique** - A la lecture du Titre IV, grande est l'hétérogénéité des règles qu'il contient et qui, selon les cas, imposent une obligation de facturation et de transmission des conditions générales de vente, prohibent la revente à perte, les prix minimaux de revente imposés, le déséquilibre significatif dans les conventions conclues entre professionnels ainsi que la rupture brutale de leurs relations commerciales, encadrent les délais de paiement ainsi que les enchères inversées entre fournisseurs et producteurs...

Pourtant, au fil des réformes, la physionomie du Titre IV s'est modifiée : tandis que les règles destinées à protéger les entreprises en tant que concurrentes étaient abrogées (interdiction du refus de vente et des ventes liées, puis interdiction des pratiques discriminatoires) ou amoindries (notamment l'interdiction de la revente à perte), le dispositif de protection des entreprises envisagées comme des cocontractants était nettement étoffé. Ainsi peut-on distinguer, pour l'essentiel, d'une part, des règles instituant une transparence aux différentes époques de la vie du contrat (formalisme précontractuel avec la communication des conditions générales de vente, contractuel avec la convention unique, également dénommée plan d'affaires, au stade de l'exécution avec la délivrance d'une facture), d'autre part, des instruments de police tarifaire, enfin des dispositions visant à sanctionner des abus liés au déséquilibre des relations commerciales.

Il importe également de signaler que coexistent, au sein du Titre IV et, en particulier de l'article L. 442-6 du code de commerce, des dispositions qui, pour certaines d'entre elles, sont

très ciblées, visant un type de pratique bien particulier (par exemple, l'imposition de prix minima de revente ou bien la pratique dite des primes de référencement), tandis qu'au fil du temps sont apparues d'autres règles pourvues d'une lettre très large et applicables à des pratiques très diverses, la plus caractéristique de ce point de vue étant la disposition qui appréhende le déséquilibre significatif.

62. **Application différenciée des règles** - La diversité des dispositions elles-mêmes se double d'une mise en œuvre nettement différenciée. En effet, le nombre de décisions est extrêmement variable en fonction des dispositions concernées : la luxuriance du contentieux relatif à la rupture brutale des relations contraste avec la rareté des affaires se rapportant, par exemple, à la menace de rupture brutale. Outre la rupture brutale des relations commerciales, l'autre pratique qui est le plus souvent l'objet d'une action en réparation est celle relative au déséquilibre significatif des droits et obligations¹³⁸.

63. **Déséquilibre significatif** - La sanction du déséquilibre significatif a été introduite par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 qui a supprimé l'interdiction de discrimination abusive prévue à l'ancien article L. 442-6 I 1°, libéralisant ainsi les négociations entre fournisseurs et distributeurs. Le législateur a voulu, tout en consacrant la liberté de négociation entre opérateurs économiques, en prévenir aussi efficacement que possible les éventuels abus et a instauré une nouvelle pratique commerciale restrictive de concurrence. L'article L. 442-6 I 2° du code de commerce dispose désormais qu'il est interdit *« de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*.

En pratique, le champ d'application de cette disposition est large, quant aux contrats et contractants concernés ainsi que quant aux obligations susceptibles d'être à l'origine d'un déséquilibre significatif. Même si, en l'absence à ce jour d'arrêts de la Cour de cassation, il existe à certains égards une divergence en jurisprudence sur le point de savoir comment entendre la notion de partenaire commercial¹³⁹, il n'en est pas moins à même d'appréhender

¹³⁸ « Actions en justice à l'initiative de acteurs économiques, bilan des décisions judiciaires civiles et pénales », 2013, Faculté de droit de Montpellier, p.40, <http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>

¹³⁹ Nancy, 14 février 2013, n°12/00378 : *« un professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans les activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus étroite de cocontractant »*. V. aussi Douai, ch. 2, section 1, 13 septembre 2012, n° 12/02832 : l'article L. 442-6-1-2° du code de commerce *« vise de façon générale les partenaires commerciaux sans instaurer la moindre réserve concernant la nature ou la forme de leurs relations commerciales »*

de nombreuses situations.

Des clauses de résiliation unilatérale¹⁴⁰, des clauses relatives aux délais de paiement¹⁴¹, des clauses de révision des prix¹⁴², des clauses de pénalités¹⁴³ et même des clauses de reprise des invendus¹⁴⁴ ont pu être sanctionnées à ce titre. La question de savoir s'il est possible d'appliquer ce texte aux déséquilibres tarifaires a été tranchée avec netteté par la cour d'appel de Paris, selon laquelle il incombe au juge, en application de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce, d' « examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif »¹⁴⁵.

Quant aux deux éléments constitutifs découlant de la lettre du texte, à savoir le comportement consistant dans « le fait de soumettre ou tenter de soumettre » et son résultat, « un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », ils ont également été éclairés par la jurisprudence.

S'agissant, tout d'abord, de la notion de soumission, le tribunal de commerce de Paris a pu se montrer assez restrictif en exigeant de prouver la « coercition », la « contrainte », la « pression » et la « menace » reprochées à l'auteur de la pratique dénoncée¹⁴⁶, là où le tribunal de commerce de Lille avait visé le fait d'imposer sans négociation¹⁴⁷. La cour d'appel de Paris qui est désormais en principe, du fait de la mesure de spécialisation des juridictions, la seule cour d'appel compétente pour connaître de cette règle, considère pour sa part que « la tentative de soumission ne suppose pas l'exercice de pressions irrésistibles ou de coercition, mais plutôt l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties dont il se déduit la soumission du partenaire, influencé par de simples suggestions, invitations fermes ou pressions » et qu'elle « se traduit par l'insertion de ces clauses dans les contrats dès lors (...) qu'il n'y a pas de pouvoir réel de négociation pour les fournisseurs »¹⁴⁸. Elle a

Comp. Lyon, ch. civ. 1 A, 16 mai 2013, n°11/07152, excluant la mise en œuvre du texte, dès lors qu' « il n'est pas soutenu que (les contractants) auraient antérieurement (à la conclusion du contrat litigieux) entretenu quelque relation que ce soit » et qu'ainsi, la partie invoquant le bénéfice de la règle sur le déséquilibre significatif ne peut être qualifiée, lors de la souscription du contrat litigieux, de partenaire commercial. V. déjà dans le même sens, Lyon, ch. Civ. 1 A, 10 mai 2012, n° 10/08302.

¹⁴⁰ T. com. Meaux, 6 déc. 2011, *Cora*.

¹⁴¹ T. com. Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-5184, *Min. Éco. c/ SAS Castorama* ; T. com. Meaux, 6 déc. 2011, *Min. Éco. c/ Provera* ; CA Paris, 12 sept. 2013, n° 11/22934.

¹⁴² T. com. Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, *Min. Éco. c/ Eurochan* ; T. com. Bobigny, 29 mai 2012, n° 2009/015041.

¹⁴³ T. com. Lille, 6 janv. 2010, préc. ; T. com. Lille, 7 sept. 2011, préc.

¹⁴⁴ T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n° 2009/02296, *Min. Éco. c/ EMC* ; T. com. Bobigny, 29 mai 2012, préc.

¹⁴⁵ Paris, Pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° 12/01166.

¹⁴⁶ T. com Paris, 24 septembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG n°2011058615.

¹⁴⁷ T. com Lille, 6 janvier 2010, n° RG / 2009-05184.

¹⁴⁸ Paris, pôle 5, Ch. 4, 18 décembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG 12/00150 ; dans le même sens Paris,

plus récemment précisé dans deux arrêts rendus par la même Chambre que « *la notion de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations prévues à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce consiste à faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial, du fait du déséquilibre du rapport de force existant entre les parties, des obligations injustifiées et non réciproques* »¹⁴⁹.

Quant au déséquilibre significatif, la cour d'appel de Paris l'a d'abord défini, dans une affaire où était en cause un déséquilibre tarifaire comme le fait « *d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne* »¹⁵⁰, puis a ensuite indiqué que « *le déséquilibre significatif, peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties* », faisant également référence à « *des clauses prévoyant des obligations ou des avantages injustifiés, sans contrepartie ou sans motif légitime* »¹⁵¹.

En dernier lieu, la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé, dans deux arrêts du 3 mars 2015¹⁵², que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce invite à procéder à une analyse globale et concrète du contrat et à apprécier le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation.

Cette disposition mérite de retenir tout particulièrement l'attention du point de vue de l'étude entreprise dans la mesure où elle se prête aux différentes sanctions civiles possibles et où tant la nullité que l'octroi de dommages et intérêts peuvent soulever des difficultés, au moment de sanctionner un déséquilibre significatif¹⁵³.

64. **Rupture brutale** - Quant à la règle sur la rupture brutale, elle vise le fait de rompre une relation commerciale établie (notion plus extensive que la simple relation contractuelle), sans préavis écrit tenant compte, d'une part, de la durée des relations écoulées, et, d'autre part, d'autres circonstances (situation de dépendance dans laquelle se trouve la victime de la rupture, notoriété des produits objets de la relation, amortissement des investissements...) ¹⁵⁴.

11 sept. 2013, n° 2009/02296, *Eurachan c/ min.*

¹⁴⁹ Paris, Pôle 5, Ch. 4, 1^{er} octobre 2014, RG n° 13/16336 ; Paris, Pôle 5, Ch. 4, 29 octobre 2014, RG n° 13/11059.

¹⁵⁰ Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, *SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté Ikea Supply A.*

¹⁵¹ Paris, Pôle 5, Ch. 4, 1^{er} octobre 2014, RG n° 13/16336 ; Paris, Pôle 5, Ch. 4, 29 octobre 2014, RG n° 13/11059.

¹⁵² Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10907, *Provera et n° 13-26525, Eurachan.*

¹⁵³ Un type de difficulté similaire se présente dans le cas d'une autre disposition, l'article L. 442-6-I_1° du code de commerce lorsqu'est sanctionné le fait d'obtenir un avantage manifestement disproportionné au regard du service rendu. Aussi des décisions relatives à cette disposition seront-elles également prises en compte.

¹⁵⁴ Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.57 ; Com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971 ; Com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885 011.

Cette disposition introduite par la loi du 1^{er} juillet 1996 a donné lieu à de très nombreuses décisions parmi lesquelles une jurisprudence étoffée de la Cour de cassation. Ainsi le nombre d'affaires portées devant lui sur ce fondement est tel que le Tribunal de commerce de Paris a fait le choix de consacrer l'une de ses deux chambres spécialisées en droit de la concurrence au contentieux de la rupture brutale.

Les éléments constitutifs de cette disposition étant bien établis et de nombreuses études lui ayant été consacrées¹⁵⁵, il n'y sera pas davantage fait référence ici. Cette règle étant le support de nombreuses d'actions en indemnisation, elle peut avoir vocation à servir de modèle de raisonnement, de sorte que son contentieux sera pris en compte au stade de l'indemnisation.

65. **Spécificité française ?** - Les règles encadrant les pratiques restrictives de concurrence sont souvent décrites comme spécifiques au droit français. Il importe cependant de relativiser cette dernière description, en considération, à la fois de dispositions existant dans certains droits étrangers, et surtout de la réflexion engagée par la Direction Marché intérieur de la Commission en vue d'adopter, le cas échéant, des règles européennes en la matière. Une Communication récente de la Commission sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement interentreprises¹⁵⁶ définit d'une manière générale ces dernières comme « *des pratiques qui s'écartent largement de la bonne conduite commerciale, qui sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et qui sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre* » et encourage les parties prenantes ainsi que les États membres à traiter les difficultés en ce domaine de manière appropriée et proportionnée, compte tenu des spécificités nationales et des bonnes pratiques. Par la place que cette communication accorde au problème de mise en œuvre, compte tenu notamment de la réticence des opérateurs économiques à mettre en cause leur partenaire, elle ne peut qu'encourager les réflexions sur l'effectivité des règles et la nécessité de disposer de procédures et de sanctions adaptées.

66. **Ambivalence des objectifs** - La question de savoir si les règles prohibant les pratiques restrictives ont une nature concurrentielle ou contractuelle suscite des divergences¹⁵⁷. Certains auteurs considèrent qu'elles sont « *totalemt étrangères aux finalités économiques du droit*

¹⁵⁵ V. not. K. LE COUVIOUR, « « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », RTDCom. 2008-1, p. 1 ; M. CHAGNY, « La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles », RLDA juill.-août 2010, 51, n° 2980, p. 94.

¹⁵⁶ COM(2014) 472 final.

¹⁵⁷ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.

de la concurrence » et « visent à assurer la protection des cocontractants » pour en conclure « qu'il s'agit pratiquement de droit civil »¹⁵⁸. La terminologie employée par le législateur révèle d'ailleurs parfois cette préoccupation (loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales de 1996). Le fait que les pratiques restrictives de concurrence soient sanctionnables *per se*, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'elles portent atteinte au bon fonctionnement du marché, peut faire douter du caractère concurrentiel des normes les prohibant. Mais l'insertion du Titre IV dans un Livre IV intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » ainsi que le rôle conféré au ministre de l'Économie pour la mise en œuvre de ses dispositions accèdent la thèse opposée. Aussi, une autre partie de la doctrine estime, au contraire, que ces dispositions ont pour objet de « réaménager la notion d'ordre public »¹⁵⁹, qu'elles prennent le contrat en considération en tant que « fait social » plutôt que comme un « acte juridique »¹⁶⁰, ce qui modifie l'approche traditionnelle de la distinction entre les parties et les tiers ¹⁶¹ et qu'elles participent à la préservation d'un ordre public de direction en sanctionnant des pratiques réputées nocives pour l'économie¹⁶².

67. **Ordre public économique** - La jurisprudence semble plutôt consacrer cette seconde conception. Dans un arrêt du 8 juillet 2008, la Cour de cassation a estimé que l'action conférée au ministre de l'Économie pour mettre en œuvre certaines pratiques restrictives de concurrence est une « action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence »¹⁶³. Si, dans une première décision, le Conseil constitutionnel avait visé « l'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux » sans indiquer s'il était un ordre public de protection ou de direction¹⁶⁴, il a précisé ultérieurement que cette action « vise à garantir l'ordre public économique »¹⁶⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme observe aussi que « le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public

¹⁵⁸ L. VOGEL, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, RCC, n°155/2000, p.7. Dans le même sens, J.Cl FOURGOUX, Inutilité du droit interne de la concurrence, RJC 1989, p.145 ; L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert 2011, n° 365 s.

¹⁵⁹ F. DREIFUSS NETTER, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, RTDCiv, 1990, p.373 ; dans le même sens M. MALAURIE-VIGNAL, Droit interne de la concurrence, A.Colin, 2003, n°7 ; J.L. LESQUIN, L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté, RCC n°85/1995, p.55et s.

¹⁶⁰ N. DECOOPMAN, À propos des autorités administratives indépendantes et de la régulation, in Les transformations de la régulation juridique, sous la direction de G.J MARTIN, LGDJ 1998, p.245.

¹⁶¹ MA. FRISON-ROCHE, Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique, RTDCiv 1998, n°15, p.48.

¹⁶² A.-M. LUCIANI, Une histoire juridique d'amour-haine : les pratiques restrictives de concurrence, *Mélanges en l'honneur de N. Decoopman*, Les frontières du Droit, PUF, 2014.

¹⁶³ Com., 8 juillet 2008, *ministre de l'Économie c/ Galec*, n° 07-16.761 et *ITM Alimentaire c/ ministre de l'Économie*, n° 07-13.350.

¹⁶⁴ Cons. Constit., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC.

¹⁶⁵ Cons. Constit., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC.

économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs »¹⁶⁶.

Cette intégration dans l'ordre public économique ne fait pas obstacle à ce que les règles du Titre IV participent aussi à la protection de la partie faible et permettent un rééquilibrage des relations contractuelles. Cette dualité se reflète au demeurant dans la manière dont sont sanctionnées les règles encadrant les pratiques restrictives de concurrence.

§2. Diversité des sanctions

68. **Un contentieux (exclusivement) judiciaire** - La diversité des règles se prolonge sur le terrain des sanctions : tandis qu'une partie d'entre elles sont assorties de sanctions pénales, d'autres font exclusivement l'objet de sanctions civiles. Quoiqu'il en soit et par-delà la diversité des sanctions prévues, l'ensemble des règles du Titre IV était, jusqu'à il y a peu, la chasse-gardée du juge judiciaire qui, dans certains cas (pratiques visées à l'article L. 442-6 du code de commerce), est un juge spécialisé, dans d'autres cas (les autres règles du Titre IV) ne l'est pas.

Cependant, la loi Hamon du 17 mars 2014 a changé la donne et mis un terme à cette exclusivité en conférant certains pouvoirs de sanction et d'injonction à la DGCCRF, le contentieux éventuel étant porté devant le juge administratif.

69. **Juridiction compétentes (spécialisation ou non)** - La loi LME du 4 août 2008 a posé le principe de la spécialisation des juridictions, mais seulement pour les pratiques énumérées à l'article L. 442-6 du code de commerce. Entré en vigueur le 1er décembre 2009, le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009¹⁶⁷, désormais codifié à l'article D 442-3 du Code de commerce confie le contentieux de cette disposition à des juridictions spécialisées qui sont les mêmes que celles auxquelles le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est réservé. En première instance, elles sont au nombre de huit et en appel, seule la cour d'appel de Paris est compétente.

Si le choix de retenir les mêmes juridictions peut sembler cohérent, il n'est pas sans soulever des difficultés en termes d'allongement de la durée des contentieux tant le périmètre retenu est restreint, notamment au stade de l'appel : la mesure de spécialisation n'a pas été accompagnée de moyens supplémentaires au bénéfice de la cour d'appel de Paris, alors que

¹⁶⁶ CEDH, 5^e sect., 17 janvier 2012, requête n° 51255/08, *GALEC c/ France*.

¹⁶⁷ JO 15 nov. 2009, p. 19761.

certaines des dispositions concernées donnent lieu à un nombre très élevé de contentieux.

Les juridictions spécialisées au sens de l'article D. 442-3 du Code de commerce ont compétence exclusive dès lors que le demandeur fonde sa demande, même subsidiairement, sur le fondement de l'article L442-6 du même code, la Cour de cassation considérant que « *la détermination du tribunal compétent n'est pas subordonnée à l'examen du bien-fondé des demandes* »¹⁶⁸.

En revanche, s'agissant des autres dispositions du Titre IV, elles peuvent être mises en œuvre devant n'importe quelle juridiction judiciaire compétente selon les règles ordinaires de désignation des juridictions.

70. **Dépénalisation** - À l'origine, les pratiques restrictives de concurrence et les règles permettant d'assurer la transparence des relations commerciales entre opérateurs économiques étaient sanctionnées pénalement. L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 a opéré une vaste dépénalisation et fait de la responsabilité civile la sanction de la plupart d'entre elles.

71. **Rôle croissant du ministre de l'Economie (sanctions civiles)** - Cependant, en parallèle, cette ordonnance a institué au profit du parquet, du ministre de l'Économie et du président du Conseil de la concurrence la possibilité d'exercer une action devant les juridictions civiles et commerciales pour les pratiques visées par l'article L. 442-6 du code de commerce faisant l'objet de sanctions civiles. Ce droit d'action s'ajoute au droit d'intervention général dont dispose le ministre de l'Economie sur le fondement de l'article L. 470-5 du code de commerce.

Par la suite, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) a accru considérablement les prérogatives du ministère public et du ministre de l'Economie en leur permettant de demander à la juridiction saisie, outre la cessation des pratiques déjà prévue antérieurement, la nullité des clauses ou contrats illicites, la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende civile ainsi que la réparation des préjudices subis. Ce faisant, est apparue une forme de « repénalisation » originale au travers d'instruments civilistes.

72. **Loi Hamon (sanctions administratives)** - Récemment, la loi Hamon a inséré, après le titre VI du livre IV du code de commerce un titre VI bis intitulé « *Des injonctions et sanctions*

¹⁶⁸ Com, 26 mars 2013, n°12-12685.

administratives » qui comprend les articles L. 465-1 et L. 465 2 du Code de commerce, lesquels donnent pouvoir à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation (DGCCRF), après une procédure contradictoire, d'une part et de façon générale, d'enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite, d'autre part et pour un nombre limitativement énuméré de pratiques, de prononcer à l'égard des contrevenants une amende administrative. Il s'agit là, à n'en pas douter, d'un pas de plus vers une publicisation accrue du contentieux des pratiques restrictives de concurrence, en raison de l'inefficacité des sanctions civiles notamment en cas de non-respect du formalisme contractuel ou du dépassement des délais de paiement maxima prévus par la loi. Il convient donc d'évoquer distinctement l'invocation des dispositions du Titre IV par les victimes et par les pouvoirs publics.

73. **Initiatives des victimes (dispositions sanctionnées pénalement)** - Il est rare que les victimes de pratiques restrictives de concurrence fassent état au plan judiciaire de celles-ci durant la relation commerciale.

C'est généralement lorsque celle-ci est rompue ou pour invoquer une exception d'inexécution que les victimes, voire les mandataires liquidateurs, font valoir la violation d'une règle du Titre IV.

Il est leur possible de solliciter des sanctions civiles en se fondant sur des textes assortis de sanctions pénales, ce qu'elles font parfois, avec un succès inégal. Ainsi l'article L. 441-3 du Code de commerce imposant une obligation de facturation respectant un certain nombre d'exigences est-il invoqué par des débiteurs cherchant à échapper au paiement de leur dette. La Cour de cassation considère que l'irrespect des obligations de facturation n'a pas d'incidence sur l'existence de l'obligation litigieuse¹⁶⁹. Tout au plus, l'absence de facture conforme est reçue par les juges comme un élément parmi d'autres lorsqu'il s'agit de relever l'inexistence d'un prétendu engagement¹⁷⁰. Le non-respect de la règle impose à celui qui invoque la créance d'en rapporter la preuve en son principe et son montant, conformément à l'article 1315 du Code civil¹⁷¹. Il a été jugé qu'en matière de référés, l'absence d'une facture conforme constitue une contestation sérieuse s'opposant à la demande de paiement

¹⁶⁹ Civ. 3^{ème}, 19 mars 2013, n° 12-14147 ; voir aussi Nîmes, 19 décembre 2013, Montpellier, 14 mai 2013, Douai, 19 novembre 2013 ; Amiens, 28 novembre 2013, Amiens 2 avril 2013.

¹⁷⁰ Paris, 18 janvier 2013 ; Aix-en-Provence, 14 février 2013, Pau, 24 septembre 2013 ; Chambéry, 19 mars 2013.

¹⁷¹ Douai, 19 novembre 2013.

provisionnel¹⁷². Ainsi les conséquences probatoires peuvent être considérées comme une sanction civile réellement incitative qui participe à assurer le respect de la loi.

74. **Initiatives des victimes (sanctions civiles)** - De prime abord, le texte se prêtant le mieux à une prétention de la part d'entreprises à l'encontre d'un cocontractant est assurément l'article L. 442-6 du code de commerce. Dans sa rédaction actuelle, il prévoit en son I, douze types de pratiques au titre desquelles il est possible d'« *engage(r) la responsabilité de son auteur et l'oblige(r) à réparer le préjudice causé* » ; il énumère en son II cinq séries de pratiques pour lesquelles il prévoit la nullité de plein droit des clauses ou contrats concernés.

En outre, la possibilité d'agir en référé a expressément été prévue par l'article L. 442-6-IV du code de commerce, que la jurisprudence a cependant décidé de soumettre aux conditions prescrites pour le référé de droit commun¹⁷³. Il est en outre admis que les victimes préfèrent le référé de droit commun en lieu et place de la procédure spécifique¹⁷⁴. La Cour de cassation a ainsi accepté qu'en cas de rupture brutale des relations commerciales établies, le juge puisse user des pouvoirs que lui confèrent les articles L. 442-6-IV du Code de commerce et 873 du Code de procédure civile en ordonnant la poursuite des relations commerciales entre les parties après avoir retenu que la rupture litigieuse constituait un trouble manifestement illicite et était de nature à causer à la victime un dommage imminent¹⁷⁵.

Le fait de n'avoir pas prévu expressément pour les pratiques énumérées au I la possibilité au bénéfice de la victime de demander la nullité a pu nourrir des doutes sur le point de savoir si la victime dispose effectivement d'une telle prérogative. Il reste que les dispositions de ce texte, comme plus largement celles du Titre IV, sont d'ordre public, de sorte qu'elles peuvent fonder une demande en nullité conformément aux articles 6, 1131 et 1133 du code civil¹⁷⁶.

Toutefois, pendant l'exécution des contrats litigieux, le contentieux judiciaire des pratiques restrictives se caractérise par une très faible mise en œuvre par les victimes, soucieuses avant tout du maintien de leur activité. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il porte essentiellement sur la rupture brutale des relations commerciales. Il est alors souvent engagé par des administrateurs judiciaires et à l'occasion de ces actions une critique globale du rapports ayant existé entre les parties est parfois menée (déséquilibre significatif, délais de paiement...). Les victimes peuvent aussi privilégier le recours aux MARL, notamment à

¹⁷² Colmar, 3 avril 2013.

¹⁷³ Com. 27 juin 1989, *sté Technison France c/ Serap ameublement*, Bull. civ. IV, p. 139, n° 208 .

¹⁷⁴ Com. 17 juil. 1990, *SA Minolta France c/ SA Semavem*, Bull. civ. IV, p. 151, n° 220 ; D. 1991, p. 471, note P. REYNES.

¹⁷⁵ Com., 10 nov. 2009, n° 08-18.337, *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 93, N. MATHEY.

¹⁷⁶ *Infra* n° 144.

l'arbitrage. La Cour de cassation a clairement affirmé que l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce ne fait pas échec à l'application d'une clause compromissoire¹⁷⁷ ou de médiation, à condition toutefois que cela entre dans le cadre de son objet¹⁷⁸. Mais les clauses prévoyant le recours à un mode alternatif de règlement des litiges sont inopposables aux pouvoirs publics, ce qui atténue considérablement l'intérêt à y recourir.

75. **Pouvoirs publics (enquêtes)** - L'Administration peut procéder à des contrôles permettant de vérifier que les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce sont respectées, à travers l'activité de la brigade LME, créée en 2009 après l'adoption de la LME pour renforcer les moyens de contrôle et permettre aux professionnels victimes de s'adresser plus facilement à la DGCCRF. Du reste, la loi Hamon a renforcé les pouvoirs d'enquête prévus aux articles L. 450-3 et L. 450-4 du code de commerce.

76. **Pouvoirs publics (initiatives)** - L'article L.442-6 dispose en son paragraphe III que *« l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence¹⁷⁹ lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros »*.

L'extension de ces prérogatives a répondu à la volonté du législateur de pallier l'inaction des victimes directes dont il était et est encore constaté, tant en France d'ailleurs que par la Commission européenne dans son étude sur les pratiques commerciales déloyales, qu'elles s'abstiennent d'agir par crainte de représailles commerciales, phénomène que la

¹⁷⁷ Civ 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-67013, *Sté Doga c/ Sté HTC* ; Cass.civ 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-23669.

¹⁷⁸ Com, 12 juin 2012, n° 11-18852.

¹⁷⁹ Dans une espèce ayant donné lieu à une action du Président de l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, et dans laquelle le ministre de l'économie était intervenu, la faculté pour le Président de l'ADLC d'interjeter appel était contestée. Il a été jugé que puisque le président de l'ADLC peut agir sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce, il peut exercer les voies de recours comme cela est d'ailleurs expressément prévu à l'article R. 442-1, et donc interjeter appel, en dépit du fait que l'alinéa 2 de l'article L. 442-6 III, qui énumère les demandes pouvant être formulées, ne vise que le ministre et le ministère public (Caen, 1^{ère} ch. civile, 26 mars 2013, *Président de l'ADLC c/ société ...*, RG 11/03883, un pourvoi a été formé contre cet arrêt).

communication de la Commission européenne du 15 juillet 2014 désigne sous l'appellation de « facteur crainte ».

En réalité, et quoique les mêmes prérogatives aient été confiées au ministère public et au ministre de l'Économie, seul ce dernier en a fait véritablement usage.

A titre d'illustration, en 2013, vingt-quatre décisions intéressant les pratiques restrictives de concurrence civiles ont été rendues dans des contentieux ayant pour origine une action du ministre (18) ou dans lesquels il est intervenu volontairement (6), dont 18 portent sur le fond des affaires. Parmi ces 18 décisions, 12 ont été rendues dans un sens favorable au ministre¹⁸⁰. Pour l'exercice de cette action, le ministre est soumis aux règles du code de procédure civile¹⁸¹.

77. **Amende civile** - Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, le ministre de l'Économie comme le ministère public peuvent solliciter le prononcé d'une amende civile. Initialement fixé en valeur absolue exclusivement, à hauteur de deux millions d'euros, le plafond a été complété par la suite pour prévoir également un plafond en valeur relative correspondant à trois fois le montant des sommes indûment perçues. En revanche, et contrairement à ce qui est prévu en droit des pratiques anticoncurrentielles pour les sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence, aucun critère n'est posé par le texte à l'attention des juridictions appelées à se prononcer.

Comme l'énonce le Conseil constitutionnel à la faveur d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui était soumise, les dispositions pour lesquelles il est possible de se voir infliger cette amende civile doivent respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles le principe de légalité des délits et des peines qui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription¹⁸².

Progressivement, le montant des amendes civiles allouées par les juridictions commerciales augmente. Le montant total des amendes civiles prononcées, déjà très important en 2008 avec 1 537 300 €, avait été très largement dépassé avec une somme de 4 491 301 € en 2009. En 2010, les questions prioritaires de constitutionnalité déposées sur les articles L. 442-6 I 2° et III du code de commerce et les sursis à statuer qui en ont découlé expliquent la baisse du

¹⁸⁰ CEPC, Bilan de la jurisprudence civile et pénale pour l'année 2013, http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2013_dgcrf.pdf

¹⁸¹ « L'équilibre entre les parties est assuré par la soumission de l'action du ministre aux dispositions du code de procédure civile, que ce soit pour le mode de résolution des conflits, pour l'administration de la preuve ou encore pour la communication des pièces », Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 septembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG 11/17941 (un pourvoi a été formé contre cet arrêt).

¹⁸² Cons. constit., déc. n° 2010-85, QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils*.

montant des amendes civiles prononcées, qui s'est élevé à 756 500 €. À compter de 2011, ce montant a de nouveau progressé : 2 288 000 € en 2011 et 4 827 000 € en 2012. Pour 2013, la tendance se confirme : le montant des amendes civiles s'établit à 4 975 000 euros, sur un total de dix affaires. Comparativement, le montant global annuel des amendes pénales prononcées pour infraction aux règles encadrant les pratiques restrictives de concurrence et la transparence a abouti à un total de 276 725 € en 2013, 459 345 € en 2012 et 427 340 € en 2011¹⁸³.

En ce qui concerne le calcul du montant, la Cour d'appel de Paris considère que *« l'amende civile doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, mais lucratives en matière commerciale (...) la gravité du comportement en cause et le dommage à l'économie en résultant doivent être pris en compte »*¹⁸⁴.

78. **Sanctions civiles à la place des victimes** - La possibilité reconnue au ministre de l'Economie et au ministère public de demander le prononcé de sanctions civiles qui sont habituellement celles prévues au bénéfice de la victime directe des pratiques a été contesté sur le plan constitutionnel ainsi que sur le fondement de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation¹⁸⁵, le Conseil constitutionnel¹⁸⁶ et la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁸⁷ ont tour à tour admis la conformité des dispositions controversées aux règles constitutionnelles ou européennes invoquées. *« Ni la liberté contractuelle, ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, (l') autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés »*, a ainsi affirmé le Conseil constitutionnel, introduisant toutefois une réserve tenant à ce que *« les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action »*¹⁸⁸.

Cette réserve n'a pas lieu de s'appliquer lorsque le ministre demande la cessation des pratiques pour l'avenir sans solliciter la nullité des contrats et n'intervient pas, ce faisant, dans

¹⁸³ CEPC, Bilan de la jurisprudence civile et pénale pour l'année 2013, préc.

¹⁸⁴ Paris, 18 septembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG n°12/03177 (cet arrêt est définitif). En l'espèce, la Cour avait relevé le caractère insuffisamment dissuasif de la première amende prononcée 8 ans auparavant (500 000 euros) et la gravité du comportement du distributeur ..., qui a tenté d'échapper à une décision de justice et n'a pas consenti à répondre aux demandes de la DGCCRF. Elle avait prononcé une amende de 2 millions d'euros.

¹⁸⁵ Com, 8 juillet 2008, n° 07-16761.

¹⁸⁶ Cons. Constit., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC.

¹⁸⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Galec contre France*, 17 janvier 2012, n° 51255/08.

¹⁸⁸ Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 mai 2011, *Système U*.

le champ contractuel des parties ; en conséquence, il n'a pas l'obligation d'informer les fournisseurs de sa démarche¹⁸⁹.

S'agissant des sanctions civiles concernées par la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, les juges du fond appliquent cette exigence de manière rigoureuse, recherchant à chaque fois si cette information a été portée à la connaissance du tiers lésé¹⁹⁰. Toutes les parties au contrat contesté doivent être informées de l'action du ministre¹⁹¹. L'information doit être fournie en temps utile pour permettre l'intervention des fournisseurs s'ils le souhaitent¹⁹². Cependant, la réserve n'impose pas l'information des fournisseurs préalablement à l'introduction de l'action. Mais une information délivrée uniquement en cause d'appel prive les fournisseurs de la possibilité de formuler des demandes personnelles distinctes de celles du ministre : dès lors, la demande en nullité des contrats ne saurait prospérer. Lorsque plusieurs sanctions civiles sont demandées, l'obligation d'information ne visant que les prérogatives qui sont ordinairement celles du cocontractant victime, les autres demandes, et notamment celle relative à l'amende civile, ne sont pas affectées¹⁹³.

Il est désormais admis sans la moindre contestation possible que le ministre de l'Economie a la faculté, sous réserve de procéder à l'information requise, de demander, non seulement le prononcé de la nullité, mais aussi la répétition de l'indu.

79. **Réparation des préjudices causés** - Une difficulté subsiste, en revanche, en ce qui concerne la possibilité de demander la réparation des préjudices causés ou, plus exactement, la portée d'une telle possibilité en l'état de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 mai 2011. En effet, ce dernier a admis que le ministre puisse solliciter « *la condamnation à restitution et, le cas échéant, à paiement de dommages et intérêts [qui] sont prononcées par jugement en conséquence de l'annulation des clauses illicites* ». Ce faisant, il peut sembler avoir réservé la faculté de demander des dommages et intérêts à la seule hypothèse où cette demande est formulée en complément d'une demande en nullité et où le préjudice apparaît consécutif à l'annulation des clauses ou contrats illicites. Reste qu'en l'absence, pour le moment, d'actions du ministre visant à obtenir « *la réparation des préjudices causés* », n'est

¹⁸⁹ Paris, 4 juillet 2013, *Société ... c/ Ministre*, RG 12/07651 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt) ; Paris, 20 novembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG 12/04791 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt) ; CA Paris, 18 décembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG 12/00150 ; (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

¹⁹⁰ Nîmes, 26 janvier 2012, RG 09-05026 ; CA Paris, 20 nov. 2013.

¹⁹¹ Paris, 12 juin 2013, *Ministre c/ Société...*, RG n°11/03025 (cet arrêt est définitif).

¹⁹² Paris, 3 octobre 2013, *Président de l'ADLC c/ Société ...*, RG 12/01879 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

¹⁹³ Poitiers, 2ème ch. civile, 29 janvier 2013, *Ministre c/ Société...*, RG 11/03252 (cet arrêt est définitif).

pas tranchée avec certitude la question de savoir si le ministre dispose effectivement, au regard des principes constitutionnels, de la faculté de formuler une demande autonome de réparation des préjudices soufferts par le cocontractant victime des pratiques.

Il est par ailleurs permis de s'interroger, en l'absence de précision dans le texte, sur le point de savoir si le ministre de l'Economie peut demander la réparation du préjudice causé à l'ordre public économique par les pratiques litigieuses, ce qui soulèverait en outre des interrogations relatives, d'une part, à la possibilité de formuler une telle demande conjointement à une demande d'amende civile, d'autre part et surtout à l'évaluation d'un tel préjudice.

80. **Nullité et répétition de l'indu** - La reconnaissance de la possibilité offerte au ministre de l'Economie de demander la nullité au titre de la violation des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce n'est pas sans conséquence sur la nature de la nullité¹⁹⁴.

Une fois admise une telle possibilité, et comme lorsque la demande en est faite par la victime elle-même, les juges saisis sont amenés à déterminer quelle doit être l'étendue de cette nullité, si elle doit être restreinte à la partie de l'acte infectée par le vice ou, au contraire, se propager à l'ensemble de l'acte voire, au-delà, à des conventions qui en sont indivisibles, sauf à se demander s'il ne faut pas, dans certaines hypothèses, cantonner les effets de la nullité pour faire échec à une manœuvre destinée à dissuader le contractant à demander la nullité¹⁹⁵.

S'y ajoutent des interrogations quant aux conséquences du prononcé de la nullité, le texte de l'article L. 442-6-III du code de commerce faisant référence à la répétition de l'indu, tandis que la Cour de cassation a jugé, à propos de l'action en nullité et des restitutions auxquelles elle donne lieu, que celles-ci ne sont pas régies par les règles applicables à la répétition de l'indu.

S'agissant de l'action du ministre, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, dans une affaire où aucun mouvement de fonds n'était intervenu et où des intérimaires avaient été mis à disposition de l'auteur de la pratique litigieuse, que l'action en répétition de l'indu requiert « *seulement la constatation d'un avantage indu reçu par le distributeur du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou manifestement disproportionné au regard du service rendu* »¹⁹⁶.

¹⁹⁴ *Infra* n° 96 et s.

¹⁹⁵ *Infra* n° 142 et s.

¹⁹⁶ Com. 18 octobre 2011, *min Eco c/ Carrefour*, 10-15296.

Il convient, en outre, de souligner que le ministre est amené à solliciter le paiement de sommes, non pour son propre compte, mais pour le compte de cocontractants qui, de leur côté, ne le réclament pas, voire ne le souhaitent pas. Cette difficulté n'a aucunement été envisagée par le texte qui est très laconique. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 mai 2011, a indiqué à ce propos qu'« *en application des dispositions contestées, les sommes indûment perçues et les indemnités sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition* » : ainsi sont-elles consignées sur un compte au Trésor public et les victimes peuvent les réclamer¹⁹⁷.

81. **Nature de la responsabilité civile** - S'il ne fait aucun doute qu'une action en responsabilité civile intentée par le ministre de l'Economie, tiers à l'acte litigieux, serait de nature délictuelle, la question se pose de savoir, lorsqu'elle est exercée par une victime à l'encontre de son cocontractant, si elle est de nature contractuelle ou délictuelle.

La chambre commerciale de la Cour de cassation opte tant en droit interne¹⁹⁸ qu'en droit international¹⁹⁹ pour une qualification délictuelle de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. La première Chambre civile étend, quant à elle, dans des affaires dotées d'éléments d'extranéité, la compétence du juge élu²⁰⁰ et de l'arbitre²⁰¹, ce que certains auteurs ont pu interpréter comme une préférence pour une qualification contractuelle. Le débat a un intérêt pratique, notamment en matière de compétence territoriale²⁰², de validité des clauses compromissaires ou limitative de responsabilité et de désignation de la loi applicable, lorsque le litige comporte un élément d'extranéité.

82. **Préjudice réparable** - La question de la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité civile interfère entre autres sur l'étendue de la réparation du préjudice. En matière délictuelle, le principe est celui de la réparation intégrale, alors qu'en cas de responsabilité contractuelle, seul le préjudice prévisible est indemnisable, conformément aux

¹⁹⁷ Cons. Constit., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC ; TC Paris, 14 mai 2013, *Société ... c/ Ministre*, RG n°12/12993 (un appel a été formé contre ce jugement).

¹⁹⁸ Com., 6 févr. 2007, n° 04-13178 ; solution confirmée notamment par Com., 13 janv. 2009, n° 08-13971, Com., 15 sept. 2009, n° 07-10493.

¹⁹⁹ Com., 21 oct. 2008, n° 07-12336 ; Com., 18 janv. 2011, n° 10-11885 ; Com. 20, mai 2014, n° 12-26.705.

²⁰⁰ Civ 1^{ère}, 22 oct. 2008, n° 07-15823.

²⁰¹ Civ 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 09-67013.

²⁰² Pour ce qui est des clauses de règlement des litiges, v. notamment v. Com. 20 mars 2012, n° 11-11.570 : « *l'arrêt relève encore que cette clause qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous les litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large et compréhensive pour s'appliquer à ceux découlant de faits de rupture brutale partielle des relations commerciales établies entre les parties, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue* ».

dispositions de l'article 1150 du Code civil²⁰³. Toutefois, cette limitation au seul dommage prévisible cède en cas de dol et de faute lourde équivalente au dol.

Dans tous les cas de figure, seul le préjudice causé directement par la pratique incriminée peut être réparé conformément à l'exigence d'un dommage direct et d'un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage.

83. **Injonctions administratives** - Les agents habilités, dans les conditions prévues au paragraphe II de l'article L. 450-1 du code de commerce, à rechercher et constater les infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du livre IV du même code peuvent, depuis la loi Hamon, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite. En vertu du paragraphe II de l'article L. 465-1, lorsque le professionnel n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut prononcer à son encontre une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale.
84. **Sanctions administratives** - Par ailleurs, la loi *Hamon* a soumis un certain nombre de manquements prévus au titre IV du livre IV au prononcé d'amendes administratives, en prévoyant à chaque fois un montant maximal de 75 000 € pour les personnes physiques et de 375 000 € pour les personnes morales.
85. **Régime applicable aux sanctions et injonctions administratives** - L'article L. 465-2 fixe des règles relatives au régime des amendes administratives réprimant les manquements mentionnés au titre IV du livre IV du code de commerce ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction prévues à l'article L. 465-1. En particulier le paragraphe IV de l'article L. 465-2 prévoit qu'« *avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales* » et que, « *passé ce délai, l'autorité administrative peut, par*

²⁰³ Civ 1^{ère}, 28 avr. 2011, n°10-15.056.

décision motivée, prononcer l'amende ». Le paragraphe VI du même article dispose que « *lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé* ». Son paragraphe VII indique que « *lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé* ».

Le Conseil constitutionnel a validé la plupart de ces dispositions, constatant l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue à l'exception de l'article 123 de la loi déferée²⁰⁴.

86. **Rôle particulier de la CEPC** - Parallèlement à l'extension des pouvoirs dévolus au ministre de l'Economie, le législateur a institué, par la loi NRE du 15 mai 2001, une Commission d'examen des pratiques commerciales qui est un organe composé pour partie de représentants du monde professionnel. Si elle ne dispose pas d'un pouvoir de sanction au sens strict du terme, elle a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis. Ces avis peuvent être délivrés sur auto-saisine ou encore à la demande d'un certain nombre de personnes ayant la faculté de la saisir et peuvent porter sur « *la conformité au droit* » (sans précision ni restriction) de la pratique ou de documents.

Par ailleurs, depuis la loi du 4 août 2008, elle peut être saisie pour avis par une juridiction : initialement cantonnée au seul article L. 442-6 du code de commerce, cette saisine pour avis à l'initiative de juridictions a été étendue par la loi Hamon à l'ensemble du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Si, pour le moment, les juridictions judiciaires n'ont quasiment pas fait usage de cette faculté, elles reprennent parfois dans leurs décisions le contenu d'avis rendus par la Commission²⁰⁵. C'est au demeurant pour partie en faisant référence à la CEPC que les reproches de non-conformité de la règle sur le déséquilibre significatif au principe de légalité des délits et des

²⁰⁴ Cons. Constit., n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.

²⁰⁵ Par exemple, T. com. Lille, 6 janvier 2010, déc. préc.

peines ont été écartés tant sur le terrain constitutionnel²⁰⁶ qu'au regard de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁰⁷.

87. **Conclusion** - Au final, et comme on le voit, c'est un bilan nuancé qui se dégage de l'étude effectuée à partir de la jurisprudence. Sans être inexistant, le contentieux privé des dommages concurrentiels pourrait être davantage développé. S'il n'est pas dénué de tout résultat, son efficacité n'en semble pas moins pouvoir être renforcée. Aussi convient-il de rechercher les voies possibles du progrès tant en termes d'effectivité que d'efficacité de la réparation privée des dommages concurrentiels. Dans cette perspective, et préalablement, il importe donc d'identifier les limites actuelles auxquelles se heurte l'invocation des règles du droit comportemental de la concurrence devant les juridictions judiciaires.

²⁰⁶ Cons. constit., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32. Pour des commentaires de cette décision, v. B. FAGES, « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », *RTD Civ.* 2011 p. 121; « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011, p. 415, note Y. PICOD ; M. CHAGNY, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.* 2011 p. 392 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC* 2011/27, p. 4.; *Concurrences*, n° 1-2011, p. 131, obs. J.-L. FOURGOUX; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP* 2011, p. 477. Adde G. CANIVET, « Questions de constitutionnalité dans le secteur de la distribution », *RLDA* juin 2013, supplément au n° 83, p. 39 et s., spéc. pp. 42-43.

²⁰⁷ Paris, Pôle 5, 4^e ch., 1^{er} octobre 2014, RG n° 13/16336 .

Chapitre II – Identification des difficultés attachées à la réparation des dommages concurrentiels

88. **Typologie** - La renonciation à se prévaloir de la violation du droit de la concurrence ou l'insuccès rencontré à l'occasion de l'invocation d'une règle du droit comportemental de la concurrence tiennent parfois, comme cela a été constaté à l'examen de certaines affaires, à une méconnaissance de ces règles et/ou une utilisation de celles-ci à mauvais escient²⁰⁸. Cela étant, l'abstention comme l'échec peuvent aussi trouver leur origine dans des difficultés de différents types qui sont autant de limites à la mise en œuvre effective et/ou efficace du droit de la concurrence à des fins de réparation. Certaines d'entre elles sont communes au contentieux privé des dommages concurrentiels dans son ensemble (Section 1), tandis que d'autres varient selon les mesures sollicitées et sont spécifiques à un mode de réparation des dommages concurrentiels (section 2).

Section 1 – Les difficultés communes à l'ensemble du contentieux privé des dommages concurrentiels..... 64

Section 2 – Les difficultés spécifiques à un mode de réparation des dommages concurrentiels..... 94

²⁰⁸ *Supra* n° 54.

Section 1 – Les difficultés communes à l’ensemble du contentieux privé des dommages concurrentiels

89. **Deux séries de difficultés** - L’utilisation du droit de la concurrence est susceptible, quelle que soit la mesure sollicitée, de se heurter à des obstacles en empêchant radicalement l’application (§1) ou à des freins de nature à dissuader les opérateurs d’y recourir (§2).

§1. Les obstacles à la mise en œuvre du droit de la concurrence

90. **Prescription et reconnaissance du droit** - L’invocation du droit de la concurrence est assujettie à des contraintes de type procédural qui tiennent, pour l’une, au jeu éventuel de la prescription (A) et, pour l’autre, à la reconnaissance du droit de se prévaloir en justice de la violation d’une règle de concurrence (B).

A. La prescription

91. **Un obstacle général** - Pour avoir été mis en évidence, notamment par la Cour de justice dans l’arrêt Manfredi²⁰⁹, à propos du droit des pratiques anticoncurrentielles, l’obstacle radical que peuvent constituer les règles relatives à la prescription à la mise en œuvre de règles par les agents économiques vaut de façon générale pour l’ensemble du droit de la concurrence.
92. **Un obstacle à relativiser** - A vrai dire, et comme y invitait la juridiction européenne²¹⁰, il convient d’apprécier les dispositions se rapportant à la prescription dans leur ensemble, autrement dit en ayant égard à la durée du délai, mais également à son point de départ, mais encore à l’admission ou non de causes de suspension ou d’interruption.

²⁰⁹ CJCE, 13 juillet 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*.

²¹⁰ « Il incombe à la juridiction nationale de vérifier si une règle nationale en vertu de laquelle le délai de prescription pour demander réparation d’un dommage causé par une entente ou une pratique interdite par l’article 81 CE court à compter du jour où cette entente ou cette pratique interdite a été mise en œuvre, en particulier si cette règle nationale prévoit également un délai de prescription court et que ce délai ne puisse être suspendu, rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l’exercice du droit de demander réparation du préjudice subi ».

De ce point de vue, il convient d'observer que si la loi du 17 juin 2008²¹¹ réformant le droit français de la prescription s'est plutôt attachée à raccourcir la période de temps à l'issue de laquelle l'action en justice est éteinte - le nouveau délai de droit commun étant fixé à cinq ans-, elle a néanmoins prévu que ce délai court à compter du « *jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »²¹². Par ailleurs, elle admet des possibilités assez étendues d'interruption et de suspension²¹³. Enfin, si elle institue nouvellement un délai butoir général, courant à compter de la naissance du droit, celui-ci apparaît d'une longue durée (vingt ans).

Il faut encore ajouter, s'agissant plus particulièrement de l'exception de nullité, que celle-ci est perpétuelle et peut dès lors être invoquée sans limitation de durée dès lors qu'elle intervient à titre de moyen de défense²¹⁴. Au final, le jeu éventuel de la prescription pourrait ne pas sembler figurer parmi les difficultés majeures attachées à l'utilisation de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

93. **Un obstacle possible** - Cela étant, et s'agissant plus particulièrement du droit des pratiques anticoncurrentielles, la longueur des procédures de concurrence est telle que l'on trouve en jurisprudence des affaires dans lesquelles la prétention de la victime, après le déroulement d'une procédure engagée devant une autorité de concurrence²¹⁵, a été privée d'effet en totalité²¹⁶ ou partiellement²¹⁷. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle admis le jeu de la prescription en écartant l'argument avancé par la victime selon lequel la prescription n'a pu courir dans la mesure où sa créance indemnitaire dépendait de la condition de sa reconnaissance par les juridictions de l'Union européenne : « *l'instance devant les juridictions communautaires dont l'objet est de déterminer les infractions à la législation communautaire, de les sanctionner et non de réparer le préjudice qui peut résulter de la*

²¹¹ Pour une étude générale de la prescription, V. DURAND-GIRARD, *La prescription en droit civil. Essai d'une théorie unitaire*, th. Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2008, sous la dir. de G. LOISEAU.

²¹² Art. 2224 C. civil.

²¹³ Art. 2234 et 2238 C. civ.

²¹⁴ En ce grand en effet, la survie, au-delà du délai de prescription, de l'exception neutralisant la demande principale peut être admise sans porter atteinte au principe. Il en irait tout autrement en cas de demande reconventionnelle en annulation : v. à ce propos, J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ 4^e éd, 2014, n° 2300 et 2548.

²¹⁵ V. aussi, dans le cas d'un contentieux autonome, Angers, ch. Com., 7 juin 2011, *SAS Carrefour Property c/ Madame Véronique G.*, RG n° 10/0117 (action en nullité).

²¹⁶ TGI Paris ord., 15 janvier 2009, *Conseil régional d'Ile-de-France et Région Ile-de-France*, RG n° 08/55030, 08/59948, 08/59949.

²¹⁷ Paris, Pôle 5, Ch. 5, 26 juin 2013, n°120441, *JCB Sales Ltd et a. c/ SA central Park*.

*commission de ces infractions, ne peut avoir suspendu la prescription ici encourue »*²¹⁸.

94. **Cas particulier de l'action de groupe** - Cette difficulté, même si elle a été mise en évidence dans des décisions rendues sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2008²¹⁹, n'en a pas moins conduit le législateur à prendre soin, dans la loi du 17 mars 2014 introduisant l'action de groupe en droit français, d'éviter que le jeu de la prescription empêche l'exercice de l'action collective en réparation : à cette fin, il a prévu une interruption de la prescription du fait de « *l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou la Commission européenne* » et ceci « *jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive* »²²⁰.

B. La reconnaissance du droit d'invoquer en justice le droit de la concurrence

95. **Importance** - Les règles relatives à la reconnaissance du droit d'agir apparaissent comme un obstacle plus sérieux, dans un premier temps en raison de certaines incertitudes juridiques, mais aussi et surtout en raison de l'insuffisance des mécanismes destinés à pallier l'abstention des victimes des agissements contraires au droit de la concurrence.
96. **Cessation et réparation** - De prime abord, le droit de la concurrence est susceptible d'une large utilisation. Toute personne ayant subi un dommage causé par une violation du droit de la concurrence a le droit d'en demander réparation, quand bien même elle aurait pris part à la violation de la règle de concurrence. Elle a ainsi la possibilité, et sous réserve bien évidemment de satisfaire les conditions requises, de demander à ce titre la cessation des pratiques et/ou l'allocation de dommages et intérêts.

²¹⁸ Paris, Pôle 5, Ch. 5, 26 juin 2013, n°120441, *JCB Sales Ltd et a. c/ SA central Park*.

²¹⁹ La Cour d'appel de Paris a fait application ainsi admis de l'ancien article 2270-1 du code civil qui instituait une prescription décennale courant à compter de la manifestation du dommage.

²²⁰ Art. IV, complétant l'article L. 462-7 du code de commerce. Pour des observations critiques d'un point de vue processualiste, v. S. AMRANI-MEKKI, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence – Le point de vue d'un processualiste », novembre 2008, *Revue Concurrences* N° 4-2008, art. n°22090, spéc. n° 18. Ce faisant, la loi rejoint par l'objectif la directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (*Infra* n° 216 et s., spéc. n° 219).

97. **Nullité** - La détermination des personnes admises à invoquer la nullité, en demande principale, à titre de moyen de défense ou encore par voie reconventionnelle, dépend, de la nature de la nullité : selon la théorie moderne des nullités, la sanction, conçue comme un « droit de critique », doit être calquée sur la finalité de la règle transgressée, ce qui conduit à raisonner à partir de la raison d'être de la disposition, de la nature des intérêts protégés²²¹. Encore faut-il que la possibilité même d'invoquer la nullité, quelle qu'en soit la nature, soit reconnue, à tout le moins pour la victime.

98. **Pratiques anticoncurrentielles** - La question n'a jamais véritablement fait difficulté en droit des pratiques anticoncurrentielles.

La nullité est expressément prévue par une partie des dispositions, puisqu'il y est fait référence à l'article 101 § 2 TFUE relatif aux ententes et à l'article L 420-9 C. com. applicable aux ententes, abus de position dominante et de dépendance économique.

Bien que rien n'ait été envisagé pour les abus de position dominante en droit de l'Union européenne et pour les prix abusivement bas en droit interne, les contrats et clauses, vecteurs de tels comportements encourent, sans le moindre doute, cette sanction sur le fondement des principes du droit français²²².

Quant à sa nature, il est bien établi que la nullité encourue au titre des pratiques anticoncurrentielles est absolue. En effet, qu'elles ressortissent au droit interne ou au droit communautaire, les dispositions destinées à les appréhender servent un objectif d'intérêt général ; elles visent à « *assurer la liberté de la concurrence et le fonctionnement de l'économie de marché* » et sont « *des règles d'ordre public de direction économique* »²²³. Ainsi, tout intéressé, y compris le contrevenant lui-même, a le droit d'invoquer la nullité – absolue - d'une clause ou d'un contrat contraire à l'interdiction des ententes ou des abus de position dominante²²⁴.

²²¹ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon 1909, A. Rousseau éd., sous la dir. de E. GAUDEMET. V. aussi E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réimp. 1937, Sirey 1965, p. 166, distinguant, pour déterminer les titulaires de l'action en nullité, selon que la règle violée est d'intérêt général ou d'intérêt particulier.

²²² En ce sens, à propos du droit de l'Union européenne, Ch. PECNARD et E. RUIZ, « Les sanctions civiles du droit communautaire de la concurrence par le juge national : les exemples anglais et français », *RDAI* 1993, p. 637 et s., p. 649.

²²³ V. les développements de E. CLAUDEL, *Droit des ententes et pratiques anticoncurrentielles*, th. Paris X, 1994, sous la dir. de M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, p. 394 et s., n° 484 et s. : « *la nullité absolue, caractère commun aux ordres juridiques français et communautaire* ».

²²⁴ Com. 3 janv. 1996, *sté Roussel-Uclaf c/ sté Cyprine France*, *RJDA* 1996, p. 578, n° 806 : « Tout contractant est recevable à invoquer le caractère illicite d'une convention entachée de nullité » rappelle la haute juridiction à des magistrats qui, pour écarter un moyen de défense tiré de la nullité d'une convention constitutive d'une entente prohibée, observent que la partie au contrat « n'invoque la nullité que pour échapper à ses obligations ;

99. **Pratiques restrictives de concurrence** - S'agissant du droit des pratiques restrictives de concurrence, la question de savoir si la nullité peut être prononcée à la demande de la victime a été davantage controversée dans la mesure où les textes spéciaux sont demeurés silencieux et où l'article L. 442-6 du Code de commerce a prévu, quant à lui, au II, des cas spéciaux de nullité de plein droit visant des hypothèses très ciblées et au III, l'octroi au ministre de l'Economie de la possibilité de demander la nullité des clauses et contrats contraires à l'une des pratiques énoncées au I du même texte.

Tout doute a été assez rapidement levé par la Cour de cassation en ce qui concerne des dispositions sanctionnées pénalement, à l'instar de l'article L. 442-5 C. com. prohibant l'imposition d'un prix minimum de revente²²⁵.

Cela étant, les interrogations se sont majoritairement concentrées sur l'article L. 442-6 C. com. dans la mesure où cette règle, comme déjà indiqué, prévoit expressément pour certaines pratiques (II) ou au bénéfice d'un plaideur singulier, le ministre de l'Economie (III), le prononcé de la nullité, tandis qu'elle se contente d'indiquer en son I qu'« engage la responsabilité de son auteur ». Elles ont en outre été alimentées par certaines décisions qui ont pu exclure le prononcé de la nullité²²⁶.

Cependant, et conformément à ce que la majorité de la doctrine²²⁷ a soutenu, la jurisprudence dominante a admis la nullité de clauses ou de contrats contraires à l'article L. 442-6-I, qu'il s'agisse de donner effet à l'interdiction des avantages manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu²²⁸ ou plus récemment à l'interdiction du déséquilibre

[qu'] ayant participé à son élaboration, l'ayant exécuté et ayant procédé à sa résiliation, elle doit être déclarée irrecevable à invoquer à l'encontre de son cocontractant une nullité qu'elle détourne de sa finalité ». *Adde* Paris 1^{er} oct. 1980, *SNC Davey Bickford, D.* 1983, somm. p. 222, obs. Ch. GAVALDA et Cl. LUCAS DE LEYSSAC ; Paris 22 fév. 1967, *Laffort c/ Laboratoires Sarbach, JCP* 1967, II, 15233, note J. ROBERT ; Paris 3 nov. 1982, *SCI rue du Paradis c/ Chambre syndicale des négociants en porcelaine, Gaz. Pal.* 1984, I, p. 58, note Ph. LAURENT ; *D.* 1985, somm. p. 219, obs. Ch. GAVALDA et Cl. LUCAS DE LEYSSAC (entente).

²²⁵ Com. 7 octobre 1997, *SA Desmazières c/ Stephan, CCC* 1998, n° 2, obs. L. LEVENEUR (annulation du contrat par lequel sont imposés les prix de revente).

²²⁶ V. en particulier Versailles, 30 septembre 2004, *Interbrew c/ France Boissons, RLC* 2004/I, n° 79, note M. CHAGNY.

²²⁷ V. notamment M. BEHAR-TOUCHAIS, *RLC*, n° 20, juillet 2009, p. 146 ; V. SELINSKY, "La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce", *RLC* 2005-2, n° 177, p. 114 et s. ; C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002, p. 972 ; M. CHAGNY, *RLC* 2004/I, n° 79 ; Y. PICOD, *Encyclopédie Dalloz*, V° Nullité, mars 2013, n°22. *Adde* Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, "L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat", in *Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 601 et et s.

²²⁸ V. not. Nîmes, 10 mars 2011, *Concurrences* 3-2011, p. 140, obs M. CHAGNY ; Nîmes, 25 Février 2010, *Concurrences* 4-2010, p. 146, obs M. CHAGNY, Paris, 12 Février 2010, *Concurrences* 3-2011 p.132 obs J.-L. FOURGOUX ; Paris, Pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, *SAS Valensi et Paris, Concurrences*, n° 3-2011, p. 133, obs. J.-L. FOURGOUX ; Paris Pôle 5 ch. 5, 24 mars 2011, *Accorequip, Concurrences*, n° 3-2011, p. 135, obs. J.-L. FOURGOUX.

significatif. On notera, à propos de cette dernière disposition, que les juridictions, peut-être influencées par la sanction expressément prévue à l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour la règle assez similaire de protection des consommateurs, ont à plusieurs reprises considéré que la stipulation litigieuse « doit (...) être réputée non écrite par application de l'article L. 442-6-1 2° du code de commerce »²²⁹, retenant ainsi ce qui peut s'apparenter à une forme de nullité partielle²³⁰.

Au demeurant, cette jurisprudence paraît bien avoir été confortée par le Conseil constitutionnel²³¹ et par la Cour européenne des droits de l'homme²³² ainsi qu'en dernier lieu, par la Cour de cassation²³³.

Même si les interrogations semblent ainsi assez largement levées, il reste à savoir quelle est la nature de la nullité encourue au titre du droit des pratiques restrictives de concurrence.

En effet, certains auteurs ont pu se demander si ses dispositions ne visaient pas avant tout à préserver les intérêts d'une catégorie de personnes de sorte que, et même si elles bénéficient aussi à la concurrence dans son ensemble, elles appartiennent à l'ordre public de protection²³⁴. Cela étant, d'autres considérations conduisent à admettre, à l'inverse, que l'intérêt général est concerné au premier chef²³⁵, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs considéré²³⁶.

²²⁹ Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; Rouen, ch. Civ. 1, 12 décembre 2012, N° 12/01200.

²³⁰ V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd, 2011, spéc., n° 721 : « il est douteux que le « réputé non écrit » se distingue d'une nullité partielle ».

²³¹ Cons. constit., déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Système U, Concurrences* n° 3-2011, p. 129, obs. M. CHAGNY : « les dispositions contestées n'interdisent [pas] au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ».

²³² CEDH, 5^e sect., 17 janvier 2012, *Galec c/ France*, n° 51255/08, *Concurrences* 2-2012, p. 98, obs. M. CHAGNY : « le ministre, par son action, n'exclut pas les **contractants lésés par la relation commerciale, puisque ces derniers restent en droit d'engager eux-mêmes une action en justice aux fins d'obtenir l'annulation des clauses ou des contrats illicites, la répétition de l'indu et le paiement de dommages-intérêts, ou de se joindre à l'instance** » (souligné par nos soins).

²³³ Com. 11 septembre 2012. *Carrefour c/ Valensi*, N° 11/14620, *Concurrences* n° 4-2012, p. 98, obs. J.-L. FOURGOUX.

²³⁴ J. ROCHFELD, «Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats», *RTDC* 2001, p. 671 et s., spéc. p. 679, selon qui il s'agit « prioritairement la défense d'intérêts privés ». « Peut-on encore regarder cette nullité comme indiscutablement absolue alors qu'aujourd'hui les comportements stigmatisés le sont davantage pour des raisons de protection d'une partie faible ? » .

Comp. Ch. VILMART, «L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. 1 – De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives», *JCP E* 2001, p. 1994 et s., spéc. p. 1997, selon laquelle lorsque la nullité est spécialement prévue au II de l'art. L. 442-6 Com. , elle serait absolue tandis qu'elle serait relative dans le silence gardé par le texte. Cette distinction repose, selon nous, sur un critère contestable ; la nature de la nullité ne dépend pas du point de savoir si elle est ou non textuelle.

²³⁵ V. les propos tenus par le Rapporteur E. BESSON, lors de la deuxième lecture à l'Assemblée Nationale dont il ressort que la nullité instituée par l'art. L. 442-6-II C. com. est absolue. - J.-P. BRILL, «Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986», *Gaz. Pal.* 1987-2, doct. p. 775 et s., spéc. p. 776 ; J. MESTRE et B. FAGES, «L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat», in *Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque préc., *RTDCom.* 1998, p. 71 et s., spéc. p. 73, qui estiment que la nullité qui sanctionne la violation d'une règle de concurrence est absolue.

Telle est du reste l'orientation retenue par la jurisprudence majoritaire, selon laquelle la nullité peut être prononcée lorsque celle-ci est requise par la partie protégée comme par tout intéressé²³⁷.

100. **Exercice du droit** - Cela étant, il existe un décalage important entre la reconnaissance du droit d'invoquer la violation du droit de la concurrence et l'exercice effectif de ce droit par les titulaires.

En réalité, cela ne concerne guère l'utilisation en défense d'une règle de concurrence, notamment pour faire jouer l'exception de nullité²³⁸. En revanche, ce phénomène est bien réel lorsqu'il s'agit de solliciter, à titre principal, la mise en œuvre de l'une de ses règles.

101. **Crainte de représailles** - Ainsi, la crainte de représailles commerciales peut-elle inciter un professionnel, notamment une PME, à s'abstenir d'agir à l'égard notamment de l'un de ses cocontractants. Cette réticence peut concerner aussi bien la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles que du droit des pratiques restrictives de concurrence. Elle joue indifféremment dans le cas des demandes, à titre principal, en nullité comme en dommages et intérêts.

102. **Domage diffus** - La renonciation à faire valoir ses droits concerne tout particulièrement les actions en indemnisation, dans le cas des dommages dits diffus. Les victimes ayant subi individuellement un dommage de faible montant craignent d'engager des frais plus importants que le résultat financier obtenu en cas de succès de leur action.

Cela est encore plus vrai dans le cas des victimes indirectes, pour lesquelles l'« éloignement » rend plus difficile l'accès aux informations et preuves ainsi d'ailleurs que l'identification des

²³⁶ Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 mai 2011, Système U, *faisant éte des "objectifs de préservation de l'ordre public économique"*, ainsi que de "*l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales*".

²³⁷ V. not. Nîmes, 2ème ch. B, 25 février 2010, *Ministre de l'économie c/ SAS Carrefour France*, RG 07/00606) : "*dès lors qu'une clause d'une convention ou d'un contrat prévoit l'obligation d'exécuter une obligation prohibée par des dispositions d'ordre public, telles celles prévues à l'article L. 442-6-I, cette obligation repose nécessairement sur une cause illicite, atteinte donc de nullité relative au sens de l'article 1131 ; elle peut ainsi être annulée lorsqu'elle est requise par la partie protégée ou tout intéressé*". L'arrêt comporte une erreur de plume en ce qu'il fait référence à la nullité relative alors que la sanction de la cause illicite est de façon constante la nullité absolue. V. déjà T. Com. Versailles 7 mars 1997, *Min. Eco. c/ Auchan*, RJDA 1997, p. 723, n° 1053., qui sanctionne la technique de la cagnotte, en prononçant la nullité absolue de la convention sur le fondement de l'interdiction des pratiques discriminatoires.

²³⁸ Sauf à imaginer que l'étendue de la nullité puisse être un facteur dissuasif, notamment parce que celle-ci se propagerait, en raison d'une clause d'indivisibilité à d'autres contrats. V. à ce propos Paris Pôle 5 Ch. 5, 2 février 2012, *SAS Carrefour c/ min. Economie*, RG 09/22350 ; Trib. Com. Evry, 3e ch., 14 octobre 2009, *Ministre de l'économie c/ Carrefour*, n° RG / 2008F00380. *Infra* n° 144 et 250.

dommages subis, si bien qu'elles peuvent, soit renoncer d'emblée à une action dont le succès apparaît très incertain, soit, plus radicalement, ignorer l'existence même de leur droit à réparation.

103. **Information des victimes** - Ces différentes difficultés n'ont pas été totalement ignorées jusqu'alors.

S'agissant, tout d'abord, de la conscience par les victimes de leur droit à réparation, il convient de signaler, mais cela ne concerne que les actions consécutives, que tant la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence s'efforcent d'attirer l'attention des victimes de certaines pratiques anticoncurrentielles qu'elles condamnent sur le droit de celles-ci à agir en réparation.

104. **Prérogatives du ministre** - En ce qui concerne, ensuite, les professionnels, mais spécifiquement pour le droit des pratiques restrictives, cette constatation de la pusillanimité des professionnels, victimes des agissements de leurs cocontractants, à agir en justice a conduit le législateur à confier à des tiers, et en particulier au ministre de l'Économie, des prérogatives qui sont allées croissant au fil des réformes. Initialement investi, de même que le ministère public, du seul droit de demander la cessation des pratiques contraires à l'article L. 442-6 et la jurisprudence ayant refusé d'étendre ses pouvoirs²³⁹, celui-ci a, depuis la loi du 15 mai 2001, tout comme le ministère public, la possibilité de demander la nullité de l'engagement, la répétition de l'indu ainsi que « *la réparation des préjudices* », outre la faculté de solliciter le prononcé d'une amende civile²⁴⁰. Les contestations dont ces pouvoirs ministériels ont fait l'objet, tant sur le plan de la conformité à la CEDH²⁴¹ que de la

²³⁹ Paris 9 juin 1998, *ITM marchandises internationales*, CCC 1998, n° 116, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *JCP* 1998, I, 185, p. 2156, n°4, obs. G. VINEY: L'extension par voie jurisprudentielle de ces prérogatives au-delà de la cessation des pratiques a été refusée : « *le pouvoir d'agir du ministre dans l'exercice de sa mission de gardien de l'ordre public ne peut tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique, par la seule cessation des pratiques illicites* », le ministre n'ayant pas « *la faculté de se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires pour évaluer à leur place le préjudice (...) et en solliciter la réparation* ». Il est encore indiqué que « *le ministre n'a pas le pouvoir de saisir directement une juridiction de l'ordre judiciaire pour demander la nullité d'une convention à laquelle il n'est pas partie* » et il n'a « *pas davantage le pouvoir de solliciter la restitution des prix et valeurs des biens en cause, au lieu et place de la victime* ».

²⁴⁰ Art. L. 442-6-III C. com.

²⁴¹ Com., 8 juillet 2008, *ministre de l'Économie c/ Galec*, n° 07-16.761 et *ITM Alimentaire c/ ministre de l'Économie*, n° 07-13.350, évoquant une « *action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* » qui « *n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* ». CEDH, 5^e sect., 17 janvier 2012, requête n° 51255/08, *GALEC c/ France* : le ministre « *agit avant tout en défense de l'ordre public économique* », elle ajoute que les cocontractants « *disposent d'un droit de recours autonome à celui du ministre et vice versa* ». Il n'est pas établi que l'action du ministre aurait entaché la procédure d'iniquité en contravention avec l'article 6 § 1 CEDH : nécessité d'informer les cocontractants de l'exercice de l'action, elle indique que cette obligation « *est justifiée par un impératif de protection des fournisseurs* ». Elle en déduit qu'à

constitutionnalité²⁴², ont été levées pour l'essentiel²⁴³, sous réserve de respecter cependant les exigences posées par le Conseil constitutionnel dans sa réserve d'interprétation en ce qui concerne l'information à délivrer aux parties au contrat en cas d'action engagée par le ministre de l'Économie²⁴⁴. Comme le montre l'examen de la jurisprudence, ces pouvoirs ont été largement utilisés par le ministre, du moins en ce qui concerne la demande en nullité et en répétition de l'indu, de même que l'amende civile ainsi que, dans une moindre mesure, l'action en cessation des pratiques, mais cela a été fait de manière ciblée, tant en ce qui concerne les dispositions mises en œuvre que les secteurs d'activité²⁴⁵.

Par ailleurs, et comme déjà indiqué, la loi Hamon a accru les pouvoirs ministériels en lui permettant dorénavant, non plus seulement d'agir en justice, mais également de sanctionner directement certaines pratiques ou de faire injonction au contrevenant de mettre un terme à ses agissements contraires à l'une quelconque des règles du Titre IV du Livre IV du code de commerce²⁴⁶.

105. **CEPC** - En parallèle, également à destination des professionnels et orientée vers le droit des pratiques restrictives de concurrence - même si le texte qui définit ses missions ne l'y cantonne pas²⁴⁷-, le législateur a créé la Commission d'examen des pratiques commerciales, dont la composition, comprenant un nombre égal de représentants du secteur de la production et de celui de la distribution, l'absence de pouvoir de sanction, les missions et le mode de fonctionnement peuvent, dans certaines hypothèses, permettre de surmonter les réticences déjà évoquées à assigner en justice son partenaire commercial.

supposer cette exigence non satisfaite, il n'est pas démontré pour autant que cela aurait causé un préjudice quelconque dans le chef de la requérante, celle-ci ayant la faculté d'attirer ses cocontractants à l'instance.

²⁴² Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 mai 2011, *Système U* : *ni la liberté contractuelle, ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés* ».

²⁴³ On pourrait s'interroger en ce qui concerne la réparation des préjudices compte tenu de la solution adoptée tant par la Cour de cassation qui, dans ses arrêts, n'envisage pas du tout la réparation, que par le Conseil constitutionnel qui semble n'envisager que les dommages et intérêts consécutifs au prononcé de la nullité.

²⁴⁴ Cette réserve tient à ce que « *les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action* » : Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 mai 2011, *Système U*. Cela concerne les prérogatives qui correspondent habituellement à celles de la victime des pratiques (nullité, répétition de l'indu, réparation des préjudices subis).

²⁴⁵ Le secteur de la distribution *lato sensu* apparaît largement privilégié par les initiatives ministérielles même si la période récente montre que des actions sont également entreprises dans d'autres domaines (nouvelles technologies notamment, avec les affaires concernant les centrales de réservation hôtelière en ligne ou encore Apple).

²⁴⁶ V. art. L. 465-2 C. com. pour l'injonction administrative ; pour la sanction administrative, v. not. Art. L. 441-6, L. 441-7, L. 441-8 C. com.

²⁴⁷ Art. L. 440-1 C. Com. Sauf en ce qui concerne les demandes d'avis pouvant être formulées par les juridictions qui sont limitées au Titre IV du Livre IV du code de commerce.

106. **Recours collectifs (insuffisance)** - Le législateur français semble ainsi avoir privilégié la recherche des solutions du côté des organes publics, qu'il s'agisse de sanctionner ou de réguler par voie d'avis et de recommandation.

En effet, les mécanismes de recours collectifs du droit français, considérés comme particulièrement utiles dans le cas de l'indemnisation, sont longtemps apparus tout à fait insuffisants à remédier à l'inertie des victimes individuelles, aussi bien pour les consommateurs que pour les entreprises.

En ce qui concerne ces dernières, leurs organisations professionnelles ont la possibilité d'agir devant une juridiction civile ou commerciale uniquement lorsque les faits portent un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent ou à la loyauté de la concurrence²⁴⁸ ; elles ne peuvent donc pas demander réparation des préjudices subis individuellement par les entreprises victimes.

Quant à l'action en représentation conjointe²⁴⁹, elle n'est quasiment jamais utilisée par les associations de consommateurs habilitées à l'exercer. Selon un rapport établi par la DGCCRF, cinq actions en représentation conjointe seulement auraient été exercées en dix ans. Dans l'affaire de la téléphonie mobile, l'UFC-Que Choisir a ainsi fait le choix de ne pas y recourir en raison de ses défauts. L'association de consommateurs, qui a l'obligation d'obtenir le mandat écrit des consommateurs représentés, se voit interdire de solliciter publiquement les mandats. En outre, cette action implique une lourde gestion administrative du dossier et est susceptible d'engager, en cas d'échec, la responsabilité de l'association, en tant que mandataire.

Après bien des péripéties et des palinodies²⁵⁰, la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 a introduit dans le droit français une véritable action de groupe permettant d'obtenir la *« réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou de mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles »*²⁵¹ et dont le champ d'application a été étendu, au-delà des litiges de droit de la consommation, au droit des

²⁴⁸ Art. L. 470-7 C. com

²⁴⁹ Art. L 422-1 et suivants du Code de la consommation

²⁵⁰ V. notamment Rapport pour la libération de la croissance française (dit « rapport Attali ») ; Rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires (dit « rapport Coulon »). S'agissant des propositions de loi, v. en particulier, Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire, Sénat, 22 décembre 2010.

²⁵¹ Art. L. 423-1 et suivants du Code de la consommation.

pratiques anticoncurrentielles²⁵². Il s'agit là, à n'en pas douter, d'une « *pièce maîtresse de la promotion des droits de la victime dans les contentieux concurrentiels* »²⁵³. Si des dispositions spécifiques ont été consacrées à l'« *action de groupe intervenant dans le domaine de la concurrence* »²⁵⁴, il demeure que le dispositif ne bénéficie, pour le moment, qu'aux consommateurs, à l'exclusion des entreprises, notamment des PME ; il ne couvre pas l'ensemble du droit comportemental de la concurrence, alors qu'il aurait pu sembler présenter un intérêt en droit des pratiques restrictives de concurrence. En outre, et même si le législateur n'a pas complètement fait abstraction du particularisme de la matière concurrentielle²⁵⁵, il est permis de s'interroger sur le point de savoir si l'action « à la française » ainsi instituée, par son domaine et par son régime, constitue une réponse suffisante et adaptée à l'inaction d'une partie des victimes de pratiques contraires au droit de la concurrence²⁵⁶.

§2. Les freins à l'utilisation du droit de la concurrence

107. **Deux séries de freins** - Si certaines caractéristiques de l'action en justice peuvent parfois dissuader les victimes de pratiques contraires au droit de la concurrence d'agir au contentieux (A), la difficulté cruciale à laquelle elles se heurtent, le plus souvent, et ceci quelle que soit leur situation sur le plan procédural, est d'ordre probatoire (B).

²⁵² M. CHAGNY et V. PIRONON, « Les recours collectifs en droit du marché », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 205 et s., spéc. n° 15 « Une extension opportune mais limitée au droit de la concurrence ». V. sur la base du projet initial, M. CHAGNY, « Class actions in France : much ado about nothing ? », IV Trento Biennial Congress, *Antitrust and Enforcement in Italy and the European Union*, 18-19 avril 2013, en cours de publication.

²⁵³ M. CHAGNY et V. PIRONON, art. préc.

²⁵⁴ L'article 1^{er} de la loi comporte une section 6 ainsi intitulée et composée de trois articles destinés à être incorporés dans le Code de la consommation. Par ailleurs, deux dispositions figurant dans l'article 2 concernent spécifiquement les actions de groupe exercées sur le fondement du droit de la concurrence. M. CHAGNY et V. PIRONON, art. préc., n°20 : « *sans doute le législateur n'a-t-il pas totalement ignoré le particularisme de la matière* ».

²⁵⁵ Ainsi s'est-il soucié d'éviter la survenance de la prescription.

²⁵⁶ *Infra* n° 233 et s.

A. Les freins matériels à l'exercice d'une action sur le fondement du droit de la concurrence

108. **Coûts et longueur des procédures** - Sans doute, la question des coûts attachés à l'action en justice ainsi que celle de la longueur des procédures ne sont-elles pas spécifiques au droit de la concurrence. Cependant, elles prennent parfois des reliefs particuliers méritant d'être soulignés.
109. **Configuration du litige** - Sur le plan financier, tout d'abord, les coûts sont susceptibles, au moins dans certains cas, de dissuader une victime d'agir pour dénoncer la violation d'une règle de concurrence.
- Cela est d'autant vrai lorsqu'on est en présence d'un litige complexe, sur le plan de la qualification des agissements dénoncés et/ou pour l'évaluation des dommages concurrentiels, rendant nécessaire le recours à une expertise de partie ou pour lequel une mesure d'expertise judiciaire sera vraisemblablement ordonnée, celui qui agit ayant alors l'obligation d'en assumer les frais au moins temporairement.
- De ce point de vue, plus la taille de l'entreprise est petite et plus la configuration du procès aura un impact sur sa décision d'agir ou non en justice. La nécessité de recourir à un avocat compétent en droit de la concurrence génère des coûts dont l'impact est particulièrement sensible pour les PME et les TPE, et encore plus pour les consommateurs, ce d'autant plus que leurs préjudices sont parfois bien inférieurs. En pareil cas, lorsque les coûts du procès sont supérieurs au montant des dommages et intérêts espérés, il n'est pas rationnel d'agir en justice. Même si le droit de la procédure civile français permet que les frais de justice soient, au moins, en partie remboursés, l'engagement d'une procédure et des frais qu'elle implique n'est pas toujours économiquement rationnel du point de vue de la victime.
110. **Charge des frais de justice** - De prime abord, le principe, énoncé aux articles 696 et 700 du code de procédure civile, selon lequel la partie qui succombe est condamnée à prendre en charge les dépens et à payer à l'autre partie la somme déterminée par le juge, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens, peut être perçu comme un moyen de responsabiliser celui qui décide d'introduire l'action en justice plutôt que comme un frein : en cas de succès de celle-ci, il peut espérer récupérer au moins une partie des frais engagés pour faire valoir ses droits, mais il s'expose aussi, en cas d'insuccès, à assumer les dépens ainsi qu'une partie des sommes engagées par le défendeur à l'action.

En outre, des tempéraments sont apportés par le code de procédure civile. D'une part, selon l'article 696, le juge a la possibilité de mettre la totalité ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie que la partie succombant, à condition toutefois de motiver sa décision pour des raisons d'équité notamment. D'autre part, l'article 700 indique qu'au moment de condamner le perdant au paiement des frais irrépétibles, le juge doit tenir compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée ; il ajoute qu'il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.

Dès lors, c'est la façon dont les juridictions exercent la faculté d'appréciation dont elles disposent qui est déterminante et qui, à la lecture des décisions, est extrêmement variée et partant assez imprévisible²⁵⁷.

111. **Durée** - La complexité du litige peut rejaillir sur la durée du litige, notamment en ce que sa résolution implique de lourdes opérations d'expertise, qu'il s'agisse de la qualification des pratiques dénoncées ou de leurs conséquences sur le plan civil (indemnisation ou restitutions). Si cela ne concerne pas uniquement le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, cela apparaît particulièrement vrai en cette matière. Ainsi le contentieux opposant la société Mors et la société Labinal a donné lieu à des opérations d'expertise complexes de sorte que l'arrêt d'appel fixant le montant de dommages-intérêts est intervenu plus de cinq années après la précédente décision rendue avant dire droit²⁵⁸.

Si le contentieux complémentaire et, plus précisément, consécutif, en ce qu'il permet, lorsqu'une condamnation est intervenue, de s'appuyer sur la qualification des pratiques effectuée par l'autorité spécialisée, semble bien alléger la tâche de la victime du point de vue probatoire²⁵⁹, il comporte un inconvénient sérieux tenant à l'allongement de la procédure du fait de l'ajout de la durée de l'action privée à celle de l'action exercée devant l'autorité de concurrence. Même si l'on prend soin d'éviter, en pareil cas, la survenance de la prescription²⁶⁰, cela n'en est pas moins susceptible de conduire la victime, soit à s'abstenir radicalement d'agir, d'autant que l'écoulement du temps renforce à n'en pas douter les difficultés probatoires, soit à préférer, lorsqu'elle peut se prévaloir d'une décision de concurrence qui lui est favorable, opter pour un mode alternatif de règlement des litiges.

En l'absence, pour le moment, de tout mécanisme de nature à remédier à ce défaut, et compte

²⁵⁷ Cela peut aller d'un montant symbolique à un montant très élevé.

²⁵⁸ Paris 19 mai 1993 et Paris 30 septembre 1998, déc. préc.

²⁵⁹ V. à ce propos les mesures portées par la directive et leur transposition en droit français : *infra* n° 289 et s.

²⁶⁰ *Supra* n° 93 et *infra* n° 219.

tenu également du coût des actions en justice, cela peut expliquer, en partie au moins, la relative rareté des actions consécutives devant les juridictions, les modes alternatifs de règlement des litiges apparaissant attractifs, en pareil cas, surtout pour les questions d'indemnisation, tant pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles que pour ceux qui s'en plaignent.

Cette difficulté peut sembler particulièrement prégnante, dans le cas de la nouvelle action de groupe, dans la mesure où celui-ci comporte deux phases et où, en outre, son exercice est différé, selon le choix du législateur, par l'exigence d'une décision antérieure de constatation de l'infraction devenue définitive. Cette difficulté accrue n'a pas été méconnue, puisqu'il a été dérogé, à l'initiative du Sénat, au principe selon lequel les mesures de publicité ne peuvent être mises en œuvre qu'après épuisement des recours susceptibles d'être formées à l'encontre du jugement retenant la responsabilité du professionnel²⁶¹ : le juge s'est vu octroyer la faculté d'ordonner l'exécution provisoire de son jugement en ce qui concerne la publicité, ceci afin de permettre aux victimes de se déclarer²⁶². Il n'est pas sûr pour autant que cette dérogation permette d'accélérer suffisamment la procédure.

B. Les freins probatoires aux prétentions fondées sur le droit de la concurrence

112. **Obstacle majeur** - Quelle que soit la position procédurale du plaideur, l'invocation du droit de la concurrence se heurte à une difficulté majeure tenant à l'administration de la preuve requise.

Conformément à l'article 9 du code de procédure civile, il appartient à celui qui formule une prétention d'en établir la réalité, autrement dit de supporter la charge de la preuve.

L'objet de la preuve diffère selon la mesure sollicitée : s'il est toujours nécessaire de démontrer la violation du droit de la concurrence, il faut encore établir l'existence d'un dommage présentant certains caractères et d'un lien de causalité pour obtenir une indemnisation (art. 1382 C. civil)²⁶³.

Ainsi « *l'inaccessibilité et la dissimulation fréquente des éléments de preuve déterminants dont disposent les défendeurs* » figurent-elles parmi les principaux obstacles recensés par la

²⁶¹ Art. L. 423-4 C. consom.

²⁶² Art. L. 423-19 C. consom. Sur cette disposition, N. HOMOBONO, « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », in *Les réformes du droit de la concurrence en questions*, Colloque AFEC, Paris 20 juin 2013, Concurrences, n° 3-2013, art. n° 53092, p. 54, spéc. n° 106 à 108.

²⁶³ Ces dernières exigences, spécifiques aux demandes en dommages-intérêts, seront évoquées ultérieurement.

Commission dans les différents travaux qu'elle a menés, en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles²⁶⁴, cette préoccupation se reflétant d'ailleurs très largement dans le texte de la directive consacrée aux actions en dommages et intérêts exercées en cas de violation de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante²⁶⁵.

S'ils sont sans doute particulièrement aigus dans ce cas de figure, les obstacles d'ordre probatoire ne se limitent cependant pas à cette seule partie du droit de la concurrence, ni à la réparation par équivalent.

113. **Contentieux autonome ou complémentaire** - De prime abord, lorsque la prétention fondée sur la violation d'une règle de concurrence peut bénéficier, sur le plan probatoire, d'un soutien émanant du contentieux public, les difficultés pourraient sembler moindres. Il convient dès lors d'envisager successivement le cas du contentieux autonome (1) et celui du contentieux complémentaire (2).

1. Les difficultés probatoires dans le cas du contentieux autonome

114. **Mécanismes possibles** - Dans l'hypothèse où la prétention fondée sur le droit de la concurrence est indépendante d'une intervention dans le cadre de la sphère publique, et selon le principe dispositif, le juge ne peut suppléer la carence de celui qui se prévaut du droit de la concurrence.

Cela étant, et dans l'hypothèse où le droit européen des pratiques anticoncurrentielles est applicable, il importe de souligner l'obligation faite au juge national par la Cour de justice « *d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national, au nombre desquels figure celui d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires, y compris la production par l'une des parties ou par un tiers d'un acte ou d'une pièce* » dans l'hypothèse où il « *constate que le fait de faire supporter (...) la charge de la preuve (...) du caractère*

²⁶⁴ Comm. , *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, p. 2. V. à ce propos, J.-L. FOURGOUX, « Le Livre blanc : volontariste en théorie, limité en pratique ? », Colloque Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts, préc., p. 37 et s. ; Ph. RINCAZAUX, « L'accès aux preuves dans le procès civil », Colloque Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts, préc., p. 41 et s. V. aussi *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 décembre 2005, COM (2005), 672 final. J.-L. LESQUINS, L'établissement de pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil, in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, Les Petites affiches, 20 janvier 2005, p. 17 et s.

²⁶⁵ V. Section 2 Chapitre I de la seconde Partie : Amoindrir les obstacles d'ordre probatoire à la réparation des dommages concurrentiels.

d'aide d'État de la taxe sur les ventes directes, est susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile l'administration d'une telle preuve, du fait notamment que celle-ci porte sur des données dont [l'entreprise] ne peut disposer »²⁶⁶.

Il convient par conséquent d'évoquer les possibilités et les limites des instruments de droit commun prévus par le code de procédure civile (a). Par ailleurs, certains mécanismes spécifiques sont susceptibles d'être utilisés en droit des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi en droit des pratiques restrictives, soit à la demande de la juridiction saisie, soit à l'initiative de l'autorité publique (b).

a. Les dispositifs de droit commun prévus par le Code de procédure civile

115. **Arsenal probatoire** - De prime abord, l'arsenal probatoire offert aux parties par le code de procédure civile semble assez étoffé puisqu'il prévoit tout à la fois des possibilités d'obtention des pièces en cours d'instance et avant tout procès.

116. **En cours de procédure** - En cours de procédure, l'article 11 alinéa 2 prévoit que « *si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte* » et ajoute qu' « *il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». Le Code précise ensuite en ses articles 138 à 142 le détail de ces possibilités d'accès judiciaire à des pièces détenues par une partie ou par un tiers.

De nature à faciliter la situation probatoire des plaideurs, ces dispositions ne sont pas sans conditions et sans limites. La jurisprudence exige que les documents demandés soient suffisamment spécifiés, de façon à permettre au juge saisi de les identifier et d'en apprécier l'intérêt²⁶⁷. L'article 11 accorde au juge une simple faculté, de sorte qu'il n'est pas tenu d'accéder à la demande qui lui est présentée. Il apprécie souverainement « *l'opportunité et la pertinence de la demande* », la preuve recherchée devant présenter un intérêt certain, ou du

²⁶⁶ CJCE 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoire Boiron*, pt 55. Rendu à propos des aides d'Etat, cette jurisprudence reposant sur l'exigence d'effectivité est assurément transposable au droit des pratiques anticoncurrentielles.

²⁶⁷ Com., 12 mars 1979, n° 77-13.595, *Bull. civ.* 1979, IV, n° 97 – Cass. 2e civ., 15 mars 1979, n° 77-15.381 : *Bull. civ.* 1979, II, n° 88.

moins présumé, dans l'établissement des faits allégués²⁶⁸. En outre, et s'agissant à tout le moins des tiers²⁶⁹, ceux-ci ont la possibilité de faire valoir un « *empêchement légitime* » afin de faire échec à une demande de production forcée. Enfin, les sanctions prévues en cas de refus de communication ne sont peut-être pas aussi étoffées qu'elles pourraient (devraient ?) l'être, l'injonction de produire une pièce pouvant être assortie d'une astreinte²⁷⁰. Si des dommages et intérêts pourraient être alloués²⁷¹, l'évaluation de leur montant laisse craindre une sanction purement symbolique²⁷².

117. **Mesures *in futurum*** - En amont d'un procès, l'article 145 du Code de procédure civile, concernant les mesures d'instruction dites *in futurum*, dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* »²⁷³. L'éventail des mesures, qui correspondent à « *celles prévues par les articles 232 à 284-1 (du) Code* »²⁷⁴, est assez étendu.

Leur obtention, en référé ou sur requête, est uniquement assujettie à la démonstration d'un motif légitime et de la nécessité de conserver ou établir les faits dont peut dépendre la solution d'un litige potentiel²⁷⁵. Aussi ce dispositif peut-il apparaître particulièrement approprié dans le cas du contentieux autonome, en l'absence de tout appui pouvant être trouvé dans des investigations conduites par une autorité de concurrence²⁷⁶. L'étude de la jurisprudence révèle d'ailleurs l'utilisation qui en est faite, non sans succès, que ce soit par voie de requête²⁷⁷ ou en

²⁶⁸ Civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 06-16.278, *Bull. civ.* 2008, I, n° 259.

²⁶⁹ V. aussi, plus généralement, l'article 10 du code civil, aux termes duquel "*chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la volonté*" sauf à invoquer un "*motif légitime*" l'en empêchant.

²⁷⁰ Art 139 CPC, dans le cas des tiers, et auquel renvoie l'article 142 CPC, dans le cas d'une partie.

²⁷¹ L'article 10 du code civil dispose que Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation (d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la volonté) lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts.

²⁷² Sur les limites des dommages et intérêts tenant au principe de réparation par équivalent et à l'évaluation de leur montant, *infra* n° 162 *et s.*

²⁷³ M. FOULON, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 311 *et s.*

²⁷⁴ Civ. 2e, 8 février 2006, n° 05-14198, *Bull. civ. II*, no 44. I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, nouv. Bibl. th., vol. 34, 2004, pp. 107 à 125, no 151 à 176.

²⁷⁵ Par exemple, Com., 5 nov. 1985, *Bull. civ.* 1985, IV, n° 260.

²⁷⁶ V. en ce sens aussi, R. AMARO, art. préc., spéc. N° 8. Ce n'est pas dire pour autant qu'il soit privé de tout intérêt dans le cas de contentieux complémentaires, mais les dispositions limitant l'accès aux pièces détenues par les autorités publiques peuvent alors interférer. *Infra* n° 128 *et s.*

²⁷⁷ Paris, ch. 1-2, 16 novembre 2011, *SA Auto Ritz c/ SA Automobiles Citroën*, RG n° 11/05787, dans laquelle un ancien distributeur a obtenu par ordonnance sur requête une mesure d'instruction *in futurum*.

référé²⁷⁸. Il reste que, bien évidemment, cette procédure ne saurait permettre d'obtenir le bénéfice de mesures trop générales, les pièces recherchées devant être suffisamment identifiées, sous peine que la demande perde sa légitimité ²⁷⁹.

Par ailleurs, cette voie préalable d'accès aux éléments de pièces peut se trouver limitée, voire fermée dans certains cas en raison de la nécessité de préserver un secret professionnel ou un secret d'affaires, sans que cette objection soit systématiquement accueillie cependant²⁸⁰. Il convient de signaler à cet égard qu'une procédure a été conçue au sein du tribunal de commerce de Paris afin de parvenir à concilier autant que faire se peut protection du secret des affaires et droit à la preuve²⁸¹, laquelle procédure pourrait inspirer la pratique judiciaire de façon plus générale²⁸².

b. L'usage limité des mécanismes spécifiques au droit de la concurrence

118. **Intervention du ministre** - Tout d'abord, il convient de signaler la possibilité d'intervention, en vertu de laquelle le ministre ou son représentant a la faculté de déposer des conclusions et de les développer verbalement à l'audience devant les juridictions civiles ou pénales, dans toutes les instances fondées sur une disposition quelconque du Livre IV du Code de commerce²⁸³ ou sur le droit européen des pratiques anticoncurrentielles²⁸⁴. Si elle peut effectivement présenter un intérêt sur le plan du soutien probatoire apporté à la victime, cette

²⁷⁸ Versailles, 14e ch., 10 février 2010, *SAS Canal + Distribution c/ SAS BFM TV*, RG 09/09651 ; Pau 2e ch. 01, 28 septembre 2009, *Société ZF Passau GmbH c/ SAS Vandael et al.*, RG 03/03721, obtenant le prononcé de mesures d'instruction en vue de pouvoir établir un abus de dépendance économique sous la forme d'augmentation tarifaire et chiffrer le dommage Montpellier, 5e ch. A, 8 novembre 2007, *SNC Le Polygone c/ Sté Civile Odysseum II*, RG 07/06074, obtenant en référé la communication des contrats de bail liant son concurrent à des preneurs.

²⁷⁹ Douai, 2e, ch. 02, 1er juillet 2010, *SARL Motor Box c/ SA Axa France et EURL Darnal Expertises*, RG 08/01462, rejetant la demande de communication sur le fondement de l'article 145 CPC en considérant que « l'extrême généralité des pièces réclamées s'apparente davantage à une mesure générale d'investigation dont la légitimité fait défaut ».

²⁸⁰ Paris, ch. 1-2, 16 novembre 2011, *SA Auto Ritz c/ SA Automobiles Citroën*, RG n° 11/05787, dans laquelle l'ordonnance fut contestée en faisant valoir le secret des affaires, mais en vain car le juge d'appel a considéré que le demandeur établissait le motif légitime qui était le sien de recourir à l'article 145.

²⁸¹ Pour une description de cette procédure, v. en particulier l'intervention de J.-F. REIGNIER, lors des premiers Entretiens de la concurrence du Tribunal de commerce de Paris, 12 septembre 2014.

²⁸² *Infra* n° 278.

²⁸³ Art. L. 470-5 C. com. Le ministre chargé de l'économie - ou son représentant - peut également produire des procès-verbaux et rapports d'enquête.

²⁸⁴ Art. L. 470-6 C. com.

faculté d'intervention semble avoir été relativement peu mise à profit et davantage en droit des pratiques restrictives de concurrence qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles²⁸⁵.

119. **Pratiques anticoncurrentielles (initiative des autorités)** - S'agissant, ensuite, spécifiquement du droit des pratiques anticoncurrentielles, la Commission est habilitée par le règlement 1/2003, « *lorsque l'application cohérente de l'article (101) ou (102) du traité l'exige* », à soumettre de son propre chef, « *des observations écrites aux juridictions des États membres* » ainsi qu'à « *présenter des observations orales* », mais cette fois uniquement « *avec l'autorisation de la juridiction* » concernée²⁸⁶. Cette faculté est cependant utilisée de façon modérée²⁸⁷. Les mêmes prérogatives sont également prévues au profit des autorités nationales de concurrence²⁸⁸, « *le président de l'Autorité de la concurrence (ayant) qualité pour agir en demande et en défense et présenter des observations devant toute juridiction au nom de cette Autorité* »²⁸⁹.

120. **Pratiques anticoncurrentielles (initiative des juridictions)** - Les possibilités de coopération ne sont guère plus utilisées lorsque leur usage est laissé à l'initiative des juridictions au bénéfice desquelles a été aménagée la possibilité de saisir pour avis la Commission et l'Autorité de concurrence.

En effet, si l'article 15 § 1 du Règlement 1/2003 autorise, s'agissant des *procédures d'application du droit européen des pratiques anticoncurrentielles*, les *juridictions nationales* à « *demander à la Commission (...) un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence* »²⁹⁰, cette faculté n'a jamais été utilisée par une juridiction française²⁹¹.

De même, l'article L. 462-3 alinéa 1^{er} du code de commerce dispose que « *l'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union*

²⁸⁵ V. sur ce point les bilans de jurisprudence publiés par la Commission d'examen des pratiques commerciales.

²⁸⁶ Art. 15 § 3 Règlement 1/2003.

²⁸⁷ Dans le cadre du contentieux autonome, on peut seulement citer, pour la France, l'affaire Garage Grémeau devant la cour d'appel de Paris en 2006. Par comparaison, on relève deux affaires pour la France, dans le cadre du contentieux public : en 2011, *Orange caraïbes* HC et en 2009, l'affaire *Pierre Fabre*. E. CLAUDEL, « Coopération entre juge judiciaire et autorité de la concurrence – L'amicus curiae », TEE, 2014.

²⁸⁸ Art. 15 §3 Règlement 1/2003.

²⁸⁹ Art. R. 461-1 C. com.

²⁹⁰ V. aussi communication 2004-C101 du 27/04/2004 sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales.

²⁹¹ E. CLAUDEL, « Coopération entre juge judiciaire et autorité de la concurrence – L'amicus curiae », TEE, 2014.

européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies » en prenant soin de prévoir que « le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation de l'Autorité ». Cela étant, force est de constater que les juridictions ont fait une utilisation assez modérée de cette faculté, puisqu'ont été recensées, depuis l'institution de ce mécanisme par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, 46 demandes d'avis, émanant au demeurant, pour l'essentiel, de quelques juridictions seulement²⁹².

Il est vrai que, comme le montre l'examen de la jurisprudence, les juridictions n'hésitent pas, lorsque les circonstances du litige s'y prêtent, à prendre appui sur des avis ou des décisions rendues par les autorités de concurrence à l'occasion d'autres affaires²⁹³.

121. **Pratiques restrictives de concurrence** - S'agissant, enfin, du droit des pratiques restrictives de concurrence, le législateur a octroyé en 2008 aux juridictions la faculté de saisir pour avis la Commission d'examen des pratiques commerciales. Initialement cantonnée aux seules règles édictées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, cette possibilité a été utilisée une seule fois à notre connaissance et ceci, dans une hypothèse où le texte donnant lieu à la saisine n'était pas applicable pour des raisons d'application de la loi dans le temps. Elle n'en a pas moins été élargie par la loi Hamon du 17 mars 2014 à l'ensemble des dispositions du titre IV du Livre IV du code de commerce et mériterait également d'être davantage exploitée. Il est vrai que, là encore, les juridictions peuvent se référer à des avis antérieurs de la Commission et publiés sur le site de celle-ci. Par ailleurs et peut-être surtout, certaines juridictions du fond, à l'instar du tribunal de commerce de Paris, sollicitent parfois l'avis de la DGGCRF à titre d'*amicus curiae*.

2. Les difficultés probatoires dans le cas du contentieux complémentaire

122. En première analyse, la situation probatoire de celui qui se prévaut d'une violation du droit de la concurrence alors que les pratiques ont fait ou font l'objet d'un examen dans le cadre de la sphère publique semble être favorisée, à tel point que la question des voies d'accès aux pièces figurant dans les dossiers des autorités publiques ne présenterait guère d'intérêt. En réalité, l'existence d'une procédure initiée devant une autorité de concurrence ne favorise pas

²⁹² E. CLAUDEL, préc., mentionnant le TGI et la Cour d'appel de Paris ainsi que le Conseil d'Etat.

²⁹³ V. par exemple, T.com Paris, 15^e ch., 31 janvier 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc.*, CCE 2012, comm. 51, obs. M. CHAGNY.

toujours autant qu'on pourrait le croire le contentieux privé en facilitant la démonstration de l'infraction au droit de la concurrence (a). Aussi convient-il également d'évoquer les difficultés d'accès et d'utilisation des preuves rattachées au contentieux public (b).

- a. L'avantage probatoire variable résultant de la procédure engagée devant une autorité publique

123. **Hypothèses concernées** - De façon liminaire, il convient d'observer que cette question ne concerne pas exclusivement la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par la Commission et l'Autorité de la concurrence.

En effet, d'une part, l'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a introduit dans le Code de commerce un nouvel article L. 464-9 conférant au ministre de l'Economie un pouvoir de sanction et d'injonction pour les pratiques anticoncurrentielles dites de dimension locale. Si initialement rien n'avait été prévu, s'agissant de la publication des décisions rendues en application de ce texte, la décision a été prise, le 13 décembre 2012, de mettre en ligne sur le site internet²⁹⁴ de la DGCCRF, ces décisions accompagnées d'un communiqué rappelant les faits ainsi que la jurisprudence. Si les décisions rendues antérieurement à cette date ont été anonymisées pour respecter les engagements initiaux de la DGCCRF, tel n'est pas le cas des décisions adoptées ultérieurement qui sont donc portées à la connaissance de tous.

D'autre part, et s'agissant cette fois des pratiques restrictives de concurrence, la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 a investi le ministre de l'Economie d'un pouvoir assez similaire d'injonction pour l'ensemble des dispositions du Titre IV et de sanction administrative pour un certain nombre de pratiques²⁹⁵. A ce stade, la publication des décisions n'est pas prévue par les dispositions légales, mais pourrait être instituée à l'avenir de la même façon que pour les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale.

Sans ignorer les possibilités offertes à cet égard au plaideur qui entendrait faire valoir une pratique stigmatisée par les services du ministre de l'Economie, on raisonnera ci-après à partir des décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles la situation

²⁹⁴ V. sur ces pratiques, la conférence de A. MARIE, « Actualités du droit des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale », *Les Réactifs de l'AFEC*, 13 mars 2014.

²⁹⁵ Art. L. 465-2 C. com.

apparaît plus complexe et appelle par conséquent davantage de développements.

124. **Condamnation au fond** - Il n'est pas douteux que la tâche de celui qui invoque, dans un contentieux privé, l'existence de pratiques anticoncurrentielles soit facilitée, sur le plan probatoire, lorsqu'il peut prendre appui sur la décision d'une autorité spécialisée constatant les agissements et les qualifiant comme tels.

Cet avantage indéniable, cantonné cependant à l'hypothèse d'actions consécutives, a du reste conduit le législateur français à reconnaître d'ores et déjà, dans le cas de l'action de groupe, un effet liant à l'égard des juridictions saisies, au profit non seulement des décisions de l'Autorité de la concurrence, mais aussi de celles adoptées par une autorité de concurrence de n'importe quel État membre de l'Union européenne. Sur le plan pratique, et sans en nier radicalement l'intérêt sur le plan probatoire, il est cependant permis de s'interroger sur les modalités dans le cas où la demande serait fondée sur une décision libellée dans une langue autre que le français.

Par ailleurs, et que l'on soit en présence d'un effet liant ou seulement d'une autorité morale, comme c'est pour le moment le cas, hors l'hypothèse d'une action de groupe, pour les décisions de l'Autorité de la concurrence, une décision de condamnation ne lève pas toute difficulté, en particulier quant à l'identification des personnes concernées par la condamnation et pour lesquelles il est possible de conclure à la violation d'une règle de concurrence. Cela est tout particulièrement vrai dans le cas des demandes d'indemnisation, de sorte que les difficultés d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles constatées par une décision de concurrence seront, pour l'essentiel évoquées à ce titre²⁹⁶.

Certaines hypothèses plus spécifiques méritent d'être évoquées plus avant.

125. **Non-contestation de griefs et transaction** - Cela concerne, tout d'abord, les affaires dans lesquelles l'action publique a donné lieu à une condamnation, assortie toutefois d'une certaine mansuétude, par le jeu de la procédure de non-contestation de griefs en droit interne ou de transaction, devant la Commission européenne²⁹⁷.

Lorsque le contrevenant se montre coopératif, une fois la pratique détectée et en voie d'être sanctionnée, obtenant ainsi le bénéfice de la procédure de non-contestation de griefs ou d'une transaction, il est permis de penser que le raisonnement tenu à propos d'une condamnation

²⁹⁶ *Infra* n° 175 et s..

²⁹⁷ Art. L. 464-2-III C. com. et Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du Règlement 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, 2008/C, 167-01, 2 juillet 2008.

sans mansuétude est transposable en présence d'une décision de condamnation accordant une réduction de la sanction pécuniaire. Ainsi la décision de l'Autorité de la concurrence statuant sur les griefs pourrait-elle être utilisée au soutien de l'action privée exercée devant le juge judiciaire²⁹⁸. Il a cependant été fait observer, par analogie, que l'ordonnance qui valide une composition pénale, malgré son caractère juridictionnel, est dépourvue d'autorité au pénal sur le civil en raison de l'absence de débat contradictoire et de la vocation réparatrice de cette procédure²⁹⁹.

Cela étant, telle n'est pas nécessairement la position adoptée par le juge judiciaire. En outre, et s'agissant de la portée de la non-contestation des griefs en elle-même, la question est débattue³⁰⁰ : l'Autorité de la concurrence considère que «*devant les juridictions civiles, les entreprises victimes de pratiques ne sauraient s'[en] prévaloir*»³⁰¹, la non-contestation de griefs ne constituant ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité³⁰². Pourtant, la lettre même du texte comme la pratique décisionnelle développée sur son fondement par l'Autorité de la concurrence pourraient inciter à retenir une autre conclusion. Non seulement la disposition légale impose que l'entreprise ne conteste pas la réalité des griefs, mais encore l'Autorité exige que celle-ci ne conteste ni la réalité des pratiques, ni leur qualification au regard du Code de commerce, ni l'imputabilité des pratiques à la personne morale. Au regard de telles exigences, il n'est pas interdit de discerner, dans l'attitude du contrevenant ne contestant pas les griefs, «*une manifestation non équivoque de volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques*», autrement dit un aveu³⁰³.

126. **Mesures conservatoires** - Il convient également d'évoquer l'hypothèse dans laquelle l'autorité de concurrence a eu à se prononcer sur une demande de mesures conservatoires. En pareil cas, et comme l'a jugé la Cour de cassation, dans une affaire en référé où la licéité d'une clause d'exclusivité se trouvait contestée à raison de sa contrariété au droit des pratiques anticoncurrentielles, «*en l'état de la décision 10-D-07 du 2 mars 2010 de cette Autorité, rendue sur une demande de mesures conservatoires, (...) la preuve de l'illicéité de la*

²⁹⁸ C. en ce sens, Cons. conc., Rapport 2005, p. 138.

²⁹⁹ R. AMARO et M.-J. ASNARD, «*Autorité/force de chose jugée/décidée*», TEE, 4 juillet 2014.

³⁰⁰ Ce sujet n'est pas purement théorique ; il se peut que l'Autorité de la concurrence déclare *in fine* non établies des pratiques qui ont pas été contestées par les entreprises poursuivies. : v. par ex. Cons. conc., n° 05-D-70, 19 décembre 2005, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées*.

³⁰¹ Cons. conc., Rapport annuel pour 2005, p. 138.

³⁰² Paris, 29 janvier 2008, *Le Goff Confort SA* : «*la non contestation des griefs, qui fait partie intégrante de la procédure suivie devant le Conseil, ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité*».

³⁰³ Civ. 3^e, 4 mai 1976, *Bull.* n° 182.

clause d'exclusivité dont la société Accentiv/Kadeos demandait l'application n'était pas rapportée au jour où elle statuait »³⁰⁴. Il est vrai que l'analyse conduite dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires fondée sur l'article L. 464-1 du code de commerce ne conduit pas l'Autorité à qualifier les agissements dénoncés comme constitutifs de pratiques anticoncurrentielles, mais seulement à examiner *prima facie* s'ils sont « **susceptibles de constituer des pratiques contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et aux articles 101 et 102 TFUE** »³⁰⁵.

127. **Non-condamnation** - Se pose enfin la question de savoir quelle est l'incidence, d'un point de vue probatoire, d'une décision de non-condamnation.

On écartera d'emblée de la réflexion le cas des décisions par lesquelles la Commission rejette une plainte faute d'intérêt communautaire suffisant, faisant ainsi application d'un principe d'opportunité des poursuites.

Il est permis de penser que l'absence de condamnation prononcée par l'Autorité de la concurrence, quelle qu'en soit la motivation, n'interdit pas au plaignant ou à une autre victime d'invoquer une violation du droit de la concurrence dans un contentieux privé. Cependant, lorsque l'autorité spécialisée a conclu à l'absence de pratique anticoncurrentielle, la tâche probatoire de celui qui agit en réparation risque d'être délicate, quoique de façon variable selon les hypothèses.

Ainsi la situation de la victime apparaît-elle plus inconfortable dans le cas où l'absence de condamnation tient à un défaut de preuve ou encore au jeu d'une exemption³⁰⁶, plutôt qu'à l'application de la théorie du seuil de sensibilité³⁰⁷ ou encore à la souscription d'engagements par l'entreprise mise en cause. Cette dernière hypothèse mérite d'autant plus l'attention que le recours par les autorités de concurrence à la procédure d'engagements est en plein essor.

³⁰⁴ Com. 15 novembre 2011, n° 10-27388.

³⁰⁵ Souligné par nos soins. En l'occurrence, l'Autorité de concurrence n'avait pas exclu effectivement au terme de son examen que la clause d'exclusivité contestée soit susceptible de contrevenir au droit des pratiques anticoncurrentielles : V. Aut. Conc., n° 10-D-07, 2 mars 2010.

³⁰⁶ Lorsqu'une pratique est admise par le jeu d'une règle de raison ou parce qu'elle bénéficie d'une exemption en raison de sa contribution au progrès économique, elle est licite. Dans ces hypothèses, aucune règle spéciale de concurrence n'a été enfreinte, si bien que le succès d'une éventuelle action en réparation nécessite que la victime prouve un écart de conduite fautif autre que la violation de la règle de concurrence.

³⁰⁷ Dans cette hypothèse, la pratique produit des effets trop insignifiants pour mériter attention et sanction de l'Autorité de la concurrence. La victime peut alors utiliser la décision, même si elle ne lie pas les juridictions, pour obtenir réparation en arguant de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. En pareil cas, la règle spéciale de concurrence, telle qu'énoncée par les textes sans aucune référence à une exigence de sensibilité, est bien transgressée, de sorte qu'il existe une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

128. **Engagements** - Se pose effectivement la question de savoir quels enseignements il est possible de tirer en pareil cas sur le plan probatoire, dans le cadre d'un procès au civil, cette interrogation n'étant pas résolue, pour le moment, par une disposition contraignante en droit français³⁰⁸.

Si la Cour de cassation a été appelée à se prononcer, c'est seulement en ce qui concerne la mise en œuvre d'une procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence, à propos de laquelle elle a jugé que le seul fait de proposer la souscription d'engagements ne vaut pas reconnaissance de responsabilité et qu'ainsi la preuve de la contrariété de la clause critiquée au droit de la concurrence n'était pas rapportée au jour où la juridiction civile statuait, à savoir avant la décision d'engagements³⁰⁹. Il est clair et indiscutable que le seul fait de proposer de souscrire des engagements ne constitue pas une reconnaissance de pratiques anticoncurrentielles.

Reste la question de savoir quelle influence peut exercer une décision d'acceptation d'engagements sur la caractérisation et la qualification des pratiques dans un contentieux privé ultérieur.

Il convient d'observer, à ce propos, que les pratiques litigieuses sont décrites plus brièvement dans une telle décision et surtout ne sont pas qualifiées au regard de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, seules des préoccupations de concurrence étant exprimées. Une distorsion peut apparaître de ce point de vue entre la disposition légale et la pratique décisionnelle des autorités de concurrence : en effet, le règlement 1/2003 vise à cette occasion l'hypothèse dans laquelle « *la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction* »³¹⁰ ; de même, le texte français indiquait, à l'origine, que l'autorité spécialisée française « *peut (...) accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* »³¹¹. Sa rédaction a cependant été modifiée par l'ordonnance du 14 novembre 2008, afin de remplacer la référence antérieurement faite aux « *pratiques*

³⁰⁸ R. MAULIN, « To what extent can cooperative procedures (leniency, commitment and settlement procedures) before the French Competition Authority limit the risks arising from a competition law infringement », *Global Antitrust Review* 2011. *Adde* M. CHAGNY, « L'articulation entre actions privées et actions publiques », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 18, janv.-mars 2009, p. 117 et s.).

³⁰⁹ Com. 15 novembre 2011 n° 10-27388. La décision d'engagements a été adoptée par l'Autorité de la concurrence postérieurement (Aut. Conc., n° 27 avril 2011, n°11-D-08) à l'arrêt critiqué devant la Cour de cassation (1^{er} décembre 2010). La seule décision de l'Autorité qui pouvait être retenue à l'appui de la demande était une décision relative à une demande de mesures conservatoires (Aut. Conc., n° 10-D-07, 2 mars 2010), ayant considéré que « *les clauses d'exclusivité dénoncées sont donc susceptibles de constituer des pratiques contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et aux articles 101 et 102 TFUE* » (souligné par nos soins).

³¹⁰ Art. 9 du Règlement 1/2003 (souligné par nos soins).

³¹¹ Souligné par nos soins.

anticoncurrentielles » par les « *préoccupations de concurrence* ». Ce changement est sans doute de nature (c'était du reste son objet) à conforter l'affirmation selon laquelle « *le demandeur d'une réparation devant le juge civil serait en l'occurrence renvoyé à sa propre capacité de démontrer son préjudice et la faute de son adversaire à partir des éléments qu'il apporte lui-même et non pas sur la base d'une infraction qu'aurait constatée [l'Autorité], celle-ci n'ayant pas été établie* »³¹².

Il n'est pas interdit pour autant au juge judiciaire de voir dans l'existence de préoccupations de concurrence suivies d'une modification volontaire du comportement ou du contrat des indices dont il est lui possible de tenir compte au moment de se prononcer sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Le cas des procédures d'engagements n'en constitue pas moins l'une des situations dans lesquelles l'accès aux preuves figurant dans les dossiers des autorités de concurrence est crucial.

b. Les difficultés d'accès et d'utilisation des preuves liées à la mise en œuvre publique du droit de la concurrence

129. **Hypothèses concernées** - Les restrictions à l'accès et à l'utilisation des preuves liées à la mise en œuvre publique du droit de la concurrence concernent, très largement, pour le moment les dossiers de l'Autorité de concurrence³¹³. Cela étant, et à l'avenir, la question pourrait également se poser de savoir dans quelle mesure il est concevable, d'un côté, d'avoir accès au dossier de la DGCCRF, notamment en ce qui concerne des pratiques restrictives de concurrence examinées dans le cadre des nouveaux pouvoirs d'injonction ou de sanction, de l'autre, d'obtenir communication d'un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales non publié³¹⁴.

³¹² Cons. conc., Rapport 2005, p. 153. Cons. conc. n° 06-D-20, 13 juillet 2006, Pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par Internet : « *l'évaluation préliminaire de concurrence sur laquelle se fonde la procédure ne saurait être confondue avec une qualification des pratiques* » ; « *la décision du Conseil conduisant, le cas échéant, à accepter ces engagements, ne peut être assimilée à une décision qualifiant une pratique* ».

³¹³ Il est fait abstraction ici de l'accès aux preuves détenues par la Commission européenne car les difficultés ne sauraient être résolues dans un cadre français.

³¹⁴ La question ne se posera plus pour les avis adoptés dans le futur puisque le décret n° 2015-91 du 28 janvier 2015 relatif aux modalités de publication des avis rendus par la Commission d'examen des pratiques commerciales a modifié l'article D 440-8 du code de commerce pour en faire disparaître l'exigence d'un accord de l'auteur de la saisine.

130. **Dispositifs légaux disponibles** - Dans cette perspective, et selon les cas de figure, deux dispositifs sont susceptibles d'être sollicités, selon qu'il s'agit de faire valoir un droit d'accès à des documents administratifs ou de solliciter une communication judiciaire.

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 dite « loi CADA » a institué en son article 6 un droit d'accès direct susceptible d'être utilisé auprès de l'Autorité de concurrence.

S'agissant de l'accès judiciaire, ont déjà été évoqués, à propos du contentieux autonome, les moyens procéduraux offerts par le Code de procédure civile, en amont d'un procès comme en cours d'instance³¹⁵.

Pourtant, de sérieuses difficultés se présentent dans l'utilisation de ces dispositifs comme d'ailleurs dans l'usage en justice de pièces obtenues dans le cadre d'une procédure engagée devant l'Autorité de la concurrence³¹⁶.

131. **Fermeture de l'accès direct aux dossiers** - Un amendement législatif a introduit dans la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit une disposition³¹⁷ qui a soustrait « *les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision* » à l'obligation de communication des documents administratifs, édictée par la loi 78-753 du 17 juillet 1978. A cette occasion, le législateur est allé bien au-delà de l'intention, affichée par l'auteur de l'amendement, de préserver les dossiers se rattachant aux programmes de clémence et a édicté en réalité une exclusion générale supprimant, en toute occurrence, toute possibilité d'accès direct, aux documents de l'Autorité.

132. **Restrictions à l'accès judiciaire (clémence)** - Par la suite, la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer a complété l'article L. 462-3 du code de commerce en lui ajoutant un

³¹⁵ *Supra* n° 114 et s. Pour être complet, il faudrait également évoquer la possibilité de recourir à l'article 145 CPC en amont d'une saisine de l'Autorité de concurrence, en vue de pouvoir étayer l'acte de saisine. V. p. ex. T. com., réf., Marseille, 25 juillet et 10 octobre 2007, *SAS Euro Power Technology c/ SA EDF*. Cela étant, la problématique se ramène très largement en ce cas aux développements déjà présentés à propos du contentieux autonome.

³¹⁶ M. CHAGNY, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *D.* 2013, p. 851 .

³¹⁷ Art. 50 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

alinéa aux termes duquel : « *L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction* ».

Tout d'abord, et sans le moindre doute, la disposition nouvelle soustrait radicalement (*a priori* et de façon générale) les documents relatifs à la clémence à toute communication susceptible d'être ordonnée par une juridiction sur le fondement du code de procédure civile. Si la compatibilité de cette option radicale avec la jurisprudence de la Cour de justice imposant une mise en balance au cas par cas semble douteuse³¹⁸, la Directive change quant à elle la perspective pour le futur³¹⁹.

133. **Restrictions à l'accès judiciaire (autres situations)** - Ensuite, et peut-être surtout, il est permis de se demander dans quelle mesure l'accès aux pièces du dossier est véritablement ouvert en dehors de cette hypothèse spécifique.

Cette interrogation tient à ce que le texte prévoit que l'Autorité « *peut transmettre (...) des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance* »³²⁰.

Compte tenu de cette restriction, c'est seulement dans des cas assez marginaux qu'un accès judiciaire aux pièces du dossier apparaît possible³²¹. Or, même en pareil cas, la rédaction utilisée dans le texte, indiquant que l'Autorité de la concurrence « peut transmettre », semble conférer à cette dernière un pouvoir d'appréciation - dont la portée n'est pas précisée - dans la suite à donner à une demande émanant d'une juridiction et fondée sur une ou plusieurs règles du code de procédure civile.

³¹⁸ V. not. CJUE 14 juin 2011, Pfleiderer, aff. C-360/09 : s'il revient « *aux États membres d'établir et d'appliquer les règles nationales quant au droit d'accès des personnes lésées par une entente aux documents relatifs à des procédures de clémence* », dans le respect du principe d'équivalence et d'effectivité, « *il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de celles-ci fournies volontairement par le demandeur de clémence* » (souligné par nos soins). V. aussi CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, *Rev. Jur. Com.* 2013, p. 338, chr. M. CHAGNY.

³¹⁹ *Infra* n° 264 et s.

³²⁰ Souligné par nos soins.

³²¹ Dans la plupart des cas, au moins une partie - celle dont la responsabilité est mise en jeu au titre de pratiques anticoncurrentielles - a pris part à la procédure devant l'Autorité de la concurrence. Il faut donc imaginer des cas dans lesquels le droit des pratiques anticoncurrentielles est invoqué par quelqu'un qui n' a pas pris à cette procédure et à l'encontre d'une entreprise n'ayant pas été mise en cause devant l'Autorité de la concurrence : groupes de sociétés ; restrictions verticales intéressant de nombreux protagonistes. On peut aussi songer où le document déjà détenu est une confidentielle, expurgée de certains éléments.

En outre, si la limitation de la communication judiciaire aux « pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance » peut sembler parée des vertus de la logique, elle doit aussi être appréciée à l'aune du principe législatif d'interdiction de la divulgation, même si celui-ci a été assorti d'un tempérament jurisprudentiel, d'une part, et du fait que la partie disposant desdites pièces n'est pas toujours celle qui souhaite les utiliser, d'autre part. La plupart du temps, les pièces du dossier sont en possession de celui dont la responsabilité est recherchée au titre de pratiques anticoncurrentielles et qui a très vraisemblablement été partie à la procédure devant l'Autorité de la concurrence. Or il est à craindre que ce dernier refuse de les produire spontanément ou soulève, à tout le moins, force difficultés en se retranchant derrière l'interdiction légale de divulgation frappée de sanctions pénales.

134. **Articulation entre droit commun et règles spécifique (Jurisprudence)** - De façon assez contemporaine à l'intervention législative et indépendamment de celle-ci, des juridictions ont dû répondre à la question de savoir dans quelle mesure une victime, après avoir saisi l'Autorité de la concurrence, peut obtenir, au soutien de sa prétention dans un contentieux privé, la production forcée de pièces du dossier d'instruction sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile. En l'occurrence, c'est tout particulièrement dans le cas où la procédure s'est achevée par une décision d'engagements que leur a été soumise cette interrogation impliquant de résoudre une difficulté d'articulation entre le droit commun de la preuve résultant du code de procédure civile et les règles spécifiques à la procédure se déroulant devant l'Autorité de la concurrence.

Le Tribunal de commerce de Paris s'était montré favorable à l'utilisation de preuves rattachées à la procédure devant l'Autorité de la concurrence. Faisant application de l'article 138 CPC, il a enjoint à l'Autorité de la concurrence de communiquer les versions non confidentielles de plusieurs pièces du dossier d'instruction et rejeté la demande en rétractation formée par l'Autorité³²².

Dans son arrêt du 20 novembre 2013³²³, la cour d'appel de Paris a en revanche considéré qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de production forcée concernant des pièces que le demandeur détient déjà. Elle a admis, en pareil cas, la possibilité pour l'Autorité d'invoquer un empêchement légitime, indiquant que « l'Autorité et ses agents n'ont pas à assumer le risque d'une violation du secret professionnel au lieu et place de la partie qui est seule à

³²² T. com. Paris, 15^e ch., 24 août 2011 et 16 mars 2012, *MLDC c/ High CO et Sogec*.

³²³ Paris, Pôle 5 ch. 4, 20 novembre 2013, n° 12-05813, *Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS Ma liste de courses et a. V.* aussi Paris, Pôle 5 ch. 4, 24 septembre 2014, n° 12-06864, *SA Eco-Emballages et SA Valorplast, c/ DKT et Au. Conc.*

même de connaître exactement, alors qu'elle-même en dispose déjà, les pièces nécessaires à l'exercice de ses droits ».

135. **Restrictions à la divulgation** - l'article L. 463-7 C. com., qui organise le secret de l'instruction dans le cadre de la procédure devant l'Autorité de la concurrence, frappe de sanctions pénales la divulgation par une partie des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé.

La jurisprudence a été amenée à préciser la portée de ce texte spécifique au regard des principes généraux et notamment du respect des droits de la défense. Dans un arrêt Semavem, la Cour de cassation a admis que la divulgation dans un procès civil demeurerait possible, mais seulement lorsqu'elle est nécessaire à l'exercice des droits de la défense³²⁴.

Restait cependant à savoir si le tempérament jurisprudentiel ainsi énoncé valait uniquement au profit du défendeur ou concernait également le demandeur à l'instance. Dans un premier temps, le tribunal de commerce de Paris a estimé que la divulgation de pièces issues du dossier d'instruction était possible dès lors qu'elles sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense, en ce compris le demandeur à l'instance³²⁵, mais ce raisonnement a été effectué de façon subsidiaire³²⁶. Dans un second temps, la cour d'appel de Paris a admis, dans une autre affaire, que le tempérament jurisprudentiel à l'article L. 463-6 s'applique lorsque la « *divulgation est nécessaire à la reconnaissance judiciaire pour une des parties à l'instance de ses droits* », que celle-ci soit en position de demandeur ou de défendeur, à la condition « *de justifier de la nécessité de produire de telles pièces pour l'exercice de ses droits dans le litige* »³²⁷.

136. Non négligeables apparaissent les difficultés auxquelles sont susceptibles de se heurter les prétentions formulées devant le juge judiciaire sur le fondement du droit de la concurrence, et ceci quelle que soit la mesure recherchée par celui qui s'en prévaut.

D'autres difficultés s'y ajoutent qui sont cependant spécifiques à un mode particulier de réparation des dommages concurrentiels.

³²⁴ Com. 19 janvier 2010, 08-19761, *SEMAVEM*.

³²⁵ T. com. Paris, 8 novembre 2011, *SAS Outremer Telecom c. SA Orange Caraïbe et SA France Telecom*.

³²⁶ La juridiction a estimé, pour commencer, que la production de pièces issues du dossier d'instruction ne constitue pas une divulgation au sens de l'article 463-6 du Code de commerce parce qu'elles sont connues par les parties, avant de raisonner, de façon superfétatoire (« de plus »), sur le tempérament Semavem.

³²⁷ Paris, Pôle 5 ch. 4, 20 novembre 2013, n° 12-05813, *Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS M liste de courses et a.*

Section 2 – Les difficultés spécifiques à un mode de réparation des dommages concurrentiels

137. **Annonce** - Les difficultés spécifiques à un mode donné de réparation des dommages concurrentielles sont évoquées en envisageant successivement les mesures d'urgence (§1), la nullité (§2) et l'indemnisation (§3).

§1. Les difficultés spécifiques aux mesures d'urgence

138. **Identification du problème** - Les difficultés spécifiques aux mesures d'urgence tiennent, pour l'essentiel, à ce que la complexité de contentieux de concurrence apparait difficilement conciliable avec des mesures provisoires³²⁸.

139. **Contexte des mesures provisoires** - La place du juge des référés est certes grandissante dans le droit économique, mais les textes et la pratique judiciaire soulignent la nécessaire prudence que le juge doit s'imposer. Comme cela a déjà été évoqué, il ne faut pas s'en tenir à l'expression traditionnelle selon laquelle le juge des référés est juge de l'évidence. En effet, le juge des référés de droit commun peut faire cesser des pratiques contraires au droit de la concurrence sur le fondement de plusieurs textes - à savoir les articles 808 et 809 du code de procédure civile, pour le juge civil, et les articles 872 et 873 pour le juge commercial – et dans différentes hypothèses.

Il convient de préciser ici, s'agissant des pratiques restrictives de concurrence, que le référé-concurrence, spécifiquement institué, en ce qui concerne les agissements contraires à l'article L. 442-6 du code de commerce par ce même article en son IV, est soumis, malgré son originalité, aux conditions prescrites pour le référé de droit commun (art. 808 ou 809, 872 ou 873 du Code de procédure civile)³²⁹.

Quelles que soient les règles de concurrence concernées, le juge des référés peut ordonner dans les cas d'urgence, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. En outre, « *même en présence d'une contestation sérieuse* », il peut prescrire en référé les mesures qui s'imposent (mesures conservatoires ou

³²⁸ Pour un aperçu de ces difficultés, M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, préf. B. Lasserre, Litec, 2010, pp. 418 à 430, no 342 à 348.

³²⁹ Com. 27 juin 1989, *sté Technison France c/ Serap ameublement*, Bull. civ. IV, p. 139, n° 208.

de remise en état), soit pour prévenir un « *dommage imminent* », soit pour faire cesser un « *trouble manifestement illicite* ».

Cependant, le juge civil ou commercial face à un litige mettant en jeu, non seulement les intérêts du demandeur, mais aussi le bon fonctionnement du marché, sera partagé entre la crainte de laisser une victime sans réponse efficace et l'appréhension de modifier le bon fonctionnement du marché.

Le juge des référés ne peut procéder à un examen détaillé et approfondi des enjeux et des moyens et doit être convaincu que les conditions d'application du code de procédure civile l'autorisant à intervenir sont suffisamment acquises.

C'est pourquoi les victimes doivent surmonter une difficulté propre à la matière et présenter des dossiers qui soient suffisamment clairs pour être intelligibles au cours de débats parfois très courts et dans le flot des dossiers traditionnels, si une audience en cabinet n'a pas été prévue.

Or, le propre des dossiers de droit de la concurrence et en particulier de ceux relatifs à des pratiques anticoncurrentielles est de cumuler le plus souvent les complications qui peuvent en altérer la compréhension.

140. **Complexité des dossiers de concurrence (faits)** - Le premier handicap réside dans la description des faits qui sera plus détaillé que pour d'autres contentieux. Il faut en effet décrire, non seulement l'activité des intervenants mais aussi, dans le cas des pratiques anticoncurrentielles, proposer une définition du marché pertinent, et une appréciation des agissements dénoncés. Or, le plus souvent, lors d'une demande en référé, la pratique dénoncée n'a pas été encore examinée, ni tranchée par une juridiction du fond ou par l'Autorité de la concurrence. On peut alors songer à invoquer des décisions antérieures, mais les marchés peuvent avoir évolué et l'entreprise mise en cause ne manquera pas, expertise privée à l'appui, d'affaiblir la force de conviction du demandeur. Le demandeur pourra aussi tenter par anticipation de s'appuyer sur ses propres experts, mais au risque de rendre le trouble illicite dénoncé moins manifeste.

141. **Complexité des dossiers de concurrence (règles concernées)** - Un autre handicap tient aux règles mêmes du droit de la concurrence. Certes, les juridictions sont désormais spécialisées, mais le droit de la concurrence, spécialement le droit des pratiques anticoncurrentielles, présente la particularité de mêler intimement droit et économie (avec un vocabulaire et des notions, telles que l'élasticité croisée de la demande, peu familières aux juristes), droit

commercial et droit de l'Union lui-même très perméable au droit américain de la concurrence. La compréhension des règlements d'exemption ainsi que de leurs effets sur le litige en cours est, dans certaines situations, assez délicate. A tel point que les juridictions du fond spécialisées elles-mêmes estiment parfois devoir saisir la CJUE d'une question préjudicielle³³⁰.

De même, et s'agissant cette fois du droit des pratiques restrictives de concurrence, certaines difficultés à l'interprétation ou à la mise en œuvre des textes peuvent là encore constituer des obstacles à leur invocation devant le juge des référés. Ainsi la modification de la définition du seuil de revente à perte, si elle présente bien des avantages, a assurément rendu plus complexe la détermination de ce seuil et donc la mise en évidence *prima facie* d'une pratique de revente à perte. De même, une règle telle que celle appréhendant les déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties peut sembler peu compatible avec une procédure de référé, compte tenu des difficultés que la démonstration d'un déséquilibre significatif contractuel peut susciter.

Dès lors, les hésitations dans la compréhension du droit de la concurrence et dans sa mise en œuvre sont des moyens qui peuvent être utilement employés en défense pour s'opposer à toute intervention du juge des référés.

Cela est d'autant plus vrai que, dans certaines hypothèses, d'autres règles, comme celles liées à la régulation spécifique du secteur concerné, doivent également être appliquées, rendant le dossier encore plus complexe.

142. **Preuve** - La charge de la preuve pesant sur le demandeur, comme dans tout référé devant le juge civil ou commercial, pose par ailleurs, la difficulté de l'accès aux éléments probants lorsque la victime n'invoque pas le caractère anticoncurrentiel d'une clause contractuelle. La démonstration du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite est alors encore moins aisée à effectuer. Ainsi l'entreprise qui dénonce un prix de prédation ne pourra, même avec l'aide d'une mesure d'instruction fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, asseoir sérieusement une demande de cessation qui obligerait l'opérateur dominant à augmenter ses prix. En effet, pour pouvoir qualifier la pratique de prédatrice, il faut avoir accès à la comptabilité analytique et à des informations détaillées concernant l'opérateur en position dominante et détenues par celui-ci.

³³⁰ Pour ne prendre qu'une illustration, on peut citer l'affaire Fabre dans laquelle la chambre régulation de la cour d'appel de Paris a formé un recours préjudiciel devant la Cour de justice pour voir préciser l'interprétation du règlement d'exemption en ce qui concerne les restrictions à la commercialisation en ligne par les distributeurs.

Même lorsqu'il s'agit de plaider en référé sur le caractère anticoncurrentiel d'une clause d'exclusivité ou une exclusivité de distribution, le juge des référés exigera une démonstration complète de la délimitation du marché, de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel et de l'absence d'exemption éventuelle³³¹. De même, à défaut de solutions antérieures claires permettant au juge des référés de se prononcer avec peu d'hésitations sur la validité ou le caractère anticoncurrentiel d'un contrat de distribution³³², le juge des référés aura une réelle propension à renvoyer les parties à se pourvoir au fond.

§2. Les difficultés spécifiques à la nullité

143. **Typologie** - Les difficultés spécifiques à la nullité tiennent, d'une part, à la discordance conceptuelle entre cette sanction et certaines règles du droit de la concurrence, d'autre part, à ses effets et, plus précisément, à la détermination de l'étendue de la nullité ainsi qu'aux conséquences attachées à la rétroactivité dans le cas où, faute de pouvoir ordonner les restitutions en nature, des restitutions en valeur doivent être ordonnées.

A. La difficulté conceptuelle attachée à l'usage de la nullité en droit de la concurrence

144. **Formation et effets** - La nullité présente une difficulté conceptuelle en droit de la concurrence et en particulier en droit des pratiques anticoncurrentielles. Alors qu'il s'agit incontestablement d'une sanction qui se rattache à la formation des actes juridiques, le droit des pratiques anticoncurrentielles quant à lui appréhende les comportements à raison de leurs effets anticoncurrentiels. Or, comme cela a été bien mis en évidence, le contrôle par l'effet « *ne porte pas sur la régularité du processus de formation de l'acte mais sur la situation créée par son existence ou son exécution* »³³³. Il consiste à vérifier que l'engagement « *ne produit pas, même indirectement, un effet interdit pour lui-même par une règle spéciale* »³³⁴. Aussi ne peut-on que partager le constat des conséquences perturbatrices d'une annulation

³³¹ Paris 1^{er} Décembre 2010 ; 10/22405, *ACCENTIVE Kadéos c/FNAC*, Paris 16 Avril 2008, 07/21738, *PANINI c/ NRJ Mobile* ; Paris 13 mai 2009, 08/21796, *Avignon OFF c/ Avignon festival*.

³³² Paris 1-2, 17 Janvier 2013 11/17764, 3 *W santé c Pierre Fabre interdiction de vente par internet* ; Paris 1-3, 25 Mars 2014,, 13/13 168 *Candy c/ Magimix*.

³³³ N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, Economica, Coll. Droit civil série études et recherches, 1998, préf. de A. GHOZI, pp. 354-355, n° 662.

³³⁴ N. RONTCHEVSKY, th. préc., p. 349, n° 655.

dans ce cas de figure, et partant l'inadaptation de cette sanction³³⁵, ce qui peut conduire à préconiser une différenciation des sanctions applicables selon que l'illicéité tient à la formation de l'acte ou à ses seuls effets.

B. Les difficultés liées à l'étendue de la nullité

145. **Silence des dispositions spéciales** - La nullité peut, selon les cas, affecter le contrat en entier ou seulement une partie de celui-ci, voire se propager à d'autres conventions. Or les dispositions spéciales du droit de la concurrence, qu'il s'agisse du droit des pratiques anticoncurrentielles ou du droit des pratiques restrictives, sont laconiques. Du côté des pratiques anticoncurrentielles, tandis que l'article 101 § 2 TFUE prévoit que « *les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* », l'article L. 420-3 C. com. dispose qu' « *est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2* » ; s'il admet ainsi la possibilité de limiter la nullité à une clause, il ne fournit aucune indication ni critère. S'agissant des pratiques restrictives, l'article L. 442-6 du Code de commerce n'est pas plus explicite, puisqu'il prévoit la nullité de certaines clauses ou contrats (en son II) et la possibilité de « *faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites* » (III), sans autre précision. C'est donc à partir des principes du droit commun que les juridictions saisies décident, après avoir identifié le champ minimum de la nullité (correspondant exactement aux stipulations contraires à la règle de concurrence et à elles seules³³⁶), s'il y a lieu ou d'étendre la nullité d'une clause à l'ensemble du contrat ou encore la nullité d'un accord aux conventions complémentaires. En droit de l'Union européenne, la Cour de justice a, conformément au principe de l'autonomie procédurale, considéré qu'il appartient aux juridictions nationales de

³³⁵ E. CLAUDEL, *Droit des ententes et pratiques anticoncurrentielles*, th. Paris X, 1994, sous la dir. de M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, p. 435, n° 534 qui évoque « *plus qu'un bouleversement, une négation des principes gouvernant cette sanction* ». V. aussi D. HOUTCIEFF, La nullité, sanction des pratiques anticoncurrentielles à la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats, Colloque du Mans, Revue Juridique de l'Ouest ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouv. Bibl. th., vol. 32, Dalloz, 2004, n°398 et s.

³³⁶ CJCE 13 juil. 1966, aff. jointes 56 et 58/64, *Gründig Consten c/ Comm.* CE, Rec., p. 429, spéc. p. 498 : « *la nullité de plein droit édictée par l'art.85 §2, s'applique aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, ou à l'accord dans son ensemble si ces éléments n'apparaissent pas séparables de l'accord lui-même ; il appartenait donc à la Commission, ou bien de se limiter dans le dispositif de la décision attaquée à constater l'infraction dans les seuls éléments de l'accord frappé par l'interdiction, ou bien de préciser dans les motifs les raisons pour lesquelles ces éléments ne lui apparaissent pas séparables de l'ensemble de l'accord* ». Cf. CJCE 30 juin 1966, *Sté technique minière c/ Maschinenbau*, aff. 56/65, Rec., p. 337, pt. 360 ; GA-CJCE, p. 203, n° 24 ; D. 1966, p. 669 et s., note J. RIDEAU ; JCP 1966, I, 2029, chr. F.-Ch. JEANTET.

déterminer l'incidence d'une ou plusieurs clauses entachées de nullité sur la validité d'un contrat considéré dans son ensemble, en se référant aux règles du droit national³³⁷.

146. **Critère volontariste** - Conformément au droit commun, la juridiction saisie est donc invitée à procéder à une analyse subjective en se prononçant sur l'importance que revêt la stipulation litigieuse aux yeux de l'un des contractants. Au regard de ce critère volontariste, dans le cas où la stipulation litigieuse a été la cause impulsive et déterminante de l'engagement d'une partie, la nullité se propage à l'ensemble du contrat ; dans le cas contraire, seule la clause est nulle. Ainsi trouve-t-on en jurisprudence des décisions qui justifient de la sorte la propagation de la nullité au contrat dans son intégralité³³⁸.

Pour autant, cette approche ne va pas sans difficultés. D'un côté, en l'absence d'intention clairement exprimée, le « pronostic rétrospectif »³³⁹ auquel les tribunaux se livrent en vue de rechercher l'attitude la plus probable des parties - autrement dit une volonté virtuelle - peut conduire à des résultats très incertains et est source d'imprévisibilité. De l'autre côté, et s'il est vrai que les cocontractants peuvent avoir inséré une clause réglant expressément les conséquences d'une éventuelle nullité, il reste que la volonté des parties ne doit pas pouvoir faire échec à l'efficacité de la sanction en cas de violation d'une disposition d'ordre public.

147. **Efficacité** - En réalité, il a pu être montré que d'autres considérations peuvent interférer avec le respect de la volonté des parties³⁴⁰. Cela est vrai en droit de la concurrence, matière dans laquelle cet objectif peut être amené à s'effacer devant l'impératif d'efficacité de la sanction. A cet égard, le cantonnement de la nullité à la fraction illicite présente des avantages du point de vue de l'efficacité de la sanction comme au regard de la situation du contractant exempt de tout reproche. Outre qu'elle assure la sauvegarde de l'acte, mis en conformité avec la règle de droit, la nullité partielle a pour conséquence de maintenir le contrevenant dans liens d'un contrat qui - expurgé des clauses contraires au droit de la concurrence - présente moins d'intérêt, ce qui renforce l'efficacité de la sanction ainsi prononcée.

³³⁷ CJCE 14 déc. 1983, aff. 319/82, *Sté de vente de ciments et de bétons de l'est c/ Firma Kerpen, Rec.*, p. 4173, spéc. pt. 12 ; CJCE 18 déc. 1986, *VAG c/Magne*, aff. C-10/86, *Rec.*, p. 4071, spéc. pt. 16 ; *JCP* 1987, II, 20821, concl. J. MISCHO, note P. DURAND.

³³⁸ V. par exemple, « la clause d'exclusivité d'un contrat, cause impulsive et déterminante de l'engagement, est nulle (...). Cette nullité (...) s'étend au contrat en son entier » : Paris 18 mai 1989, *Garage Diderot c/ Fiat France* ; Lyon 3e ch. 26 mai 1989, *Sidat Toyota c/ Automobiles Costelloise* ; Paris 29 juin 1989, *Etablissements Magne c/ VAG France*, D. 1990, somm. p. 366 et s., obs. D. FERRIER ; Paris 23 mars 1989, *Euro Garage c/ Renault*, RTDC 1989, p. 537, obs. J. MESTRE ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 551. *Adde* Paris 20 déc. 1971, *Stricker Boats c/ sté Garoche*, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 702 et s.

³³⁹ Selon l'expression de F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, p. 384, n° 395.

³⁴⁰ V. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM 1999, n°540 et s.

Tel est du reste le raisonnement que paraît bien avoir suivi la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 février 2012³⁴¹. En première instance, le tribunal de commerce d'Evry avait, après avoir constaté une rémunération de services contrevenant à l'article L. 442-6 du code de commerce, refusé de prononcer la nullité des stipulations concernant la rémunération des services et la répétition des sommes versées en raison de l'indivisibilité existant entre les contrats de services et les contrats de vente conclus entre les mêmes parties. Les juges consulaires avaient estimé qu'en raison de l'indivisibilité des deux conventions, la nullité de l'une d'elles ne saurait être prononcée sans entraîner corrélativement la remise en cause de l'autre, ajoutant que la nullité « *aurait en tout état de cause des conséquences indésirables* »³⁴².

Sur appel interjeté par le ministre de l'Economie, la Cour d'appel infirme de ce chef le jugement et prononce la nullité des seuls contrats de service. Elle énonce pour ce faire : « *Si le trouble porté à l'ordre économique généré par ces pratiques doit être sanctionné par le versement d'une amende civile, la réparation du trouble passe par la restitution aux fournisseurs des sommes indûment versées. Dans ces conditions, la stipulation contractuelle d'indivisibilité des deux contrats ne saurait faire obstacle à l'application d'un texte d'ordre public sans le priver d'une grande partie de sa portée et violer les dispositions de l'article 6 du code civil qui dispose qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public* »³⁴³.

148. **Correction du contrat** - C'est à cette orientation encore que l'on peut rattacher un mouvement récent de juridictions du fond procédant à une « correction » ou encore à un remodelage du contrat comportant des stipulations contraires au droit de la concurrence.

Un tel mouvement a été constaté, dans la période récente, à propos de la règle sur le déséquilibre significatif ; il a consisté à développer, en dehors de la lettre des textes, le « réputé non écrit », lequel peut apparaître comme une forme de nullité partielle³⁴⁴. Dans plusieurs affaires, en effet, des cours d'appel ont décidé, après avoir admis qu'une stipulation contractuelle était à l'origine d'un déséquilibre significatif, qu'elle devait « *être réputée non écrite par application de l'article L. 442-6-I 2° du code de commerce* »³⁴⁵.

Plus récemment encore, on a pu observer, toujours à propos de la règle sur le déséquilibre

³⁴¹ Paris, Pôle 5 Ch. 5, 2 février 2012, *SAS Carrefour c/ min. Economie*, RG 09/22350.

³⁴² T. Com. Evry, 3e ch., 14 octobre 2009, *Ministre de l'économie c/ Carrefour*, n° RG / 2008F00380.

³⁴³ Souligné par nos soins. V. aussi rejetant le pourvoi Com. 10 septembre 2013, pourvoi n°12-21804.

³⁴⁴ « *Il est douteux que le « réputé non écrit » se distingue d'une nullité partielle* » écrivent Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, spéc., n° 721.

³⁴⁵ Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; Rouen, ch. Civ. 1, 12 décembre 2012, N° 12/01200.

significatif, un arrêt dans lequel la cour d'appel de Paris a procédé au remodelage d'une disposition d'un règlement intérieur d'un GIE³⁴⁶. Cependant, il s'agit pour le moment, à notre connaissance, d'un courant minoritaire³⁴⁷, qui mériterait, tout à la fois, d'être encouragé et encadré dans l'exercice d'un tel pouvoir de réécriture³⁴⁸.

C. Les difficultés attachées à la rétroactivité de la nullité et aux restitutions en valeur

149. **Rétroactivité et restitutions** - La nullité a pour conséquence l'anéantissement rétroactif *erga omnes*, c'est-à-dire tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, des engagements concernés qui sont censés n'avoir jamais existé³⁴⁹. Lorsque l'acte a déjà été partiellement ou totalement exécuté, la nullité nécessite une remise des choses dans l'état où elles se trouvaient au moment de la conclusion de l'acte annulé³⁵⁰, en vertu de la maxime *quod nullum est, nullum producit effectum*³⁵¹. Il est donc nécessaire que chacune des parties restitue ce qu'elle a reçu de l'autre. Ces restitutions réciproques s'effectuent en principe en nature, mais, lorsque cela s'avère impossible, il y a lieu d'ordonner une restitution en valeur.
150. **Difficultés des restitutions en valeur** - Si les restitutions en nature évitent les difficultés tenant à l'évaluation, il en va bien autrement des restitutions qui s'opèrent en valeur. L'évaluation à effectuer en pareil cas soulève alors des difficultés qui ne cèdent en rien aux problèmes rencontrés au moment de déterminer quel montant de dommages et intérêts doit être alloué en réparation du préjudice subi du fait de la violation du droit de la concurrence. Or les nullités en droit de la concurrence concernent assez fréquemment des contrats dont l'une des obligations a pour objet une prestation de service, de sorte qu'elle ne peut donner lieu à restitution en nature lorsqu'elle a été exécutée. Bien plus, certaines des règles de concurrence reposent, à l'instar de celle appréhendant la

³⁴⁶ Paris Pôle 5, Chambre 4, 29 octobre 2014, RG n° 13/11059.

³⁴⁷ Pour un exemple beaucoup plus ancien de réécriture d'une clause de non-concurrence, Paris 23 sept. 1999, *sté Fleury-Michon et a. c/ Aoste Holdig, PA* du 30 mars 2000, n° 64, p. 12, note M. MALAURIE-VIGNAL avec le concours de M.-R. GARCIA.

³⁴⁸ M. CHAGNY, th. Préc. N° 733 et s.

³⁴⁹ CJCE 25 nov. 1971, aff. 22/71, *Béguelin c/ Import export.* ; CJCE 6 fév. 1973, *Brasseries de Haecht II*. Les accords contraires à l'article 81 § 1 sont réputés n'avoir produit aucun effet de droit dans les rapports entre les entreprises liées par eux et ne sont pas opposables aux tiers.

³⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1998, D.1998, Jurisp., p.381. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préf. G. Cornu, éd. Cujas 1991 - J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, JCP. 1989, I, 3397.

³⁵¹ A. PIEDELIEVRE, *Quelques réflexions sur la maxime « Quod nullum est, nullum producit effectum »*, Mélanges Voirin, p.639 et s.

rémunération manifestement disproportionnée au regard de la valeur du service rendu ou encore de celle sanctionnant le déséquilibre significatif entre les droits et obligations, sur la mise en évidence d'une disproportion ou d'un déséquilibre susceptible d'accroître la complexité de la détermination du montant à allouer au titre d'une restitution en valeur.

Cette complexité explique sans doute la tentation parfois marquée par certaines juridictions du fond, en présence d'une rémunération manifestement disproportionnée, de raisonner, pour ordonner les restitutions, comme si une rémunération avait été versée au titre d'un service faisant totalement défaut. Un tel raisonnement, s'il facilite assurément leur tâche, du point de vue de l'évaluation, les expose cependant à la censure de la Cour de cassation. Ainsi, la Chambre commerciale a-t-elle cassé pour violation de la loi une décision ayant condamné le distributeur à restituer aux fournisseurs l'intégralité des sommes versées au titre des clauses de rémunération annulées après avoir constaté pour une partie des services concernés, que les sommes facturées étaient manifestement disproportionnées par rapport à leur valeur. S'agissant de services dont la rémunération est manifestement disproportionnée à leur valeur, *« seules devaient être remboursées les sommes excédant la valeur réelle des services dont l'arrêt constatait qu'ils avaient été effectivement rendus, fussent-ils sans proportion avec la valeur réelle de ces services »*, énonce ainsi l'arrêt du 10 septembre 2013³⁵².

§3. Les difficultés spécifiques à l'indemnisation

151. **Typologie** - Les difficultés propres aux actions en dommages-intérêts se rattachent, d'une part, à l'identification du dommage réparable (A), d'autre part, à l'évaluation des dommages-intérêts devant être alloués au titre de la réparation par équivalent (B) et enfin à la détermination des personnes devant assumer la dette ainsi qu'à la répartition éventuelle de cette charge entre coresponsables (C).

³⁵² Com. 10 septembre 2013, n° n°12-21804.

A. L'identification du dommage réparable

152. **Examen** - Pour identifier le dommage réparable, il ne suffit pas de s'intéresser à la victime qui prétend obtenir réparation afin de vérifier si elle a effectivement subi un dommage ouvrant droit à réparation (1) ; il importe également d'évoquer les moyens de défense susceptibles d'être invoqués par celui dont la responsabilité civile est recherchée (2).

1. *Les exigences relatives au dommage subi par la victime*

153. **Variétés** - A première vue, le droit français de la responsabilité civile est très souple quant aux dommages susceptibles d'être réparés : il admet la réparation du dommage matériel et moral, de la perte éprouvée comme du gain manqué conformément à ce que prévoit l'article 1149 du Code civil.

154. **Exigences** - Cette souplesse se manifeste également quant aux exigences qu'un dommage quel qu'il soit doit satisfaire pour ouvrir droit à réparation : il doit présenter certains caractères, en particulier, être certain et être la suite directe du fait générateur de responsabilité.

155. **Certitude** - La certitude requise du dommage n'empêche pas que puissent être réparés, non seulement un dommage actuel, mais aussi un dommage futur, sous réserve d'être effectivement certain. Par ailleurs, et quoique la réalisation d'une chance ne puisse jamais être certaine, la perte d'une chance consécutive au fait générateur de responsabilité n'en est pas moins réparable dès lors que cette chance était réelle et sérieuse et qu'a ainsi disparu la probabilité d'un élément favorable.

156. **Lien de causalité** - Il reste que, une fois établi le caractère certain du dommage, la responsabilité en découlant ne peut être imputée à une personne donnée que s'il existe un lien suffisant de causalité entre le fait générateur et le dommage invoqué.

Cette exigence, simple de prime abord, est en réalité à l'origine de bien des difficultés de mise en œuvre, tout particulièrement dans le domaine économique. N'admettre l'indemnisation que des seuls dommages directs revient en effet à écarter ceux qui, quoique bien réels, ont d'autres causes que le fait générateur de responsabilité. Ils peuvent résulter, par exemple, de

circonstances extérieures (une conjoncture économique défavorable à la victime ; l'apparition d'une réglementation contraignante), ou encore des « prédispositions », des faiblesses propres à la victime (par exemple, une gamme de produits vieillissante, une mauvaise stratégie).

La difficulté est particulièrement aiguë dans le cas des dommages en chaîne ou en cascade, c'est-à-dire lorsqu'un premier dommage en cause un deuxième qui, à son tour, entraîne un troisième, et ainsi de suite, ou bien encore lorsqu'une première victime a pu répercuter tout ou partie du dommage dont elle a souffert sur un tiers. Plus on s'éloigne du premier cercle de dommage ou de la première victime, plus la certitude du lien causal s'amenuise. Or le droit de la concurrence se prête assurément à de telles configurations, notamment dans le cas du « passing on », autrement dit de la répercussion du dommage, le long de la chaîne économique, sur des acheteurs indirects. Si les principes français n'interdisent aucunement à l'acheteur indirect d'engager une action en responsabilité civile à l'encontre de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles, son éloignement, l'absence de lien avec l'entreprise responsable rendent délicate sa situation³⁵³.

Une autre hypothèse pourrait également être de nature à soulever des difficultés : il s'agit de celle, récemment désignée sous l'appellation du « préjudice d'ombrelle » ou de « l'effet de prix de protection », et correspondant au préjudice subi sur le marché par celui qui, bien que contractant avec une entreprise n'ayant pas pris part aux pratiques anticoncurrentielles, n'en a pas moins subi un renchérissement des prix pratiqués, son cocontractant ayant (sans commettre de faute, puisqu'il s'est simplement adapté à la situation « concurrentielle » du marché) fixé ses prix à la hausse. Saisie sur recours préjudiciel, la Cour de justice a énoncé le principe selon lequel, compte tenu de l'exigence d'effectivité, *« l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une interprétation et à une application du droit interne d'un État membre qui consiste à exclure de manière catégorique, pour des motifs juridiques, que des entreprises participant à une entente répondent sur le plan civil de dommages résultant de prix qu'une entreprise ne participant pas à cette entente a fixés, en considération des agissements de ladite entente, à un niveau plus élevé que celui qui aurait été appliqué en l'absence d'entente »*³⁵⁴. Ainsi « la victime d'un prix de protection (« umbrella pricing ») peut obtenir la réparation du dommage subi par les membres d'une entente, quand bien même elle n'aurait pas eu de liens contractuels avec ceux-ci, dès lors qu'il est établi que cette entente était, selon les circonstances de l'espèce et, notamment, les spécificités du marché

³⁵³ On d'ailleurs constaté l'absence d'actions engagées, à notre connaissance, par des acheteurs indirects.

³⁵⁴ CJUE, 5 juin 2014, C-557/12, *Kone AG et a. c/ ÖBB-Infrastruktur AG*.

concerné, susceptible d'avoir pour conséquence l'application d'un prix de protection par des tiers agissant de manière autonome, et que ces circonstances et spécificités ne pouvaient être ignorées par les membres de ladite entente »³⁵⁵. Rendue à propos du droit autrichien, privilégiant la théorie de la causalité adéquate, selon laquelle « l'auteur d'un préjudice doit assurer la réparation de toutes les conséquences, y compris fortuites, dont il pouvait in abstracto escompter la survenance éventuelle, mais non la réparation des conséquences atypiques »³⁵⁶, cette décision ne soulève pas de difficulté de principe en droit français. Si la jurisprudence n'a pas consacré explicitement une théorie unique de la causalité, il peut être observé que, s'agissant de la responsabilité pour faute, elle tend à privilégier un raisonnement fondé sur la théorie de l'équivalence des conditions et permettant d'admettre plus largement l'existence d'un rapport de cause entre le dommage et le fait générateur.

157. **Assouplissement (« préjudice inclus »)** – La jurisprudence a consacré, sous l'impulsion de la Cour de cassation, un assouplissement probatoire dans les affaires de concurrence déloyale³⁵⁷ et de parasitisme³⁵⁸, se contentant de « déduire l'existence du dommage de celle de la faute »³⁵⁹.

Les juridictions recourent, pour ce faire, à deux procédés : elles se réfèrent, selon les cas, au « préjudice moral », mettant alors l'accent sur la situation de la victime directe exclusivement, ou au « trouble commercial », expression qui reflète mieux la coexistence d'un dommage à l'opérateur et d'un dommage à la concurrence.

Cela se traduit par des formules telles que « il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral »³⁶⁰ ou encore « il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice résultant des faits

³⁵⁵ Pt 34.

³⁵⁶ Pt 14.

³⁵⁷ Paris 24 mai 1995, *SA Infodidact c/ SARL Tegam*, D. 1996, somm. p. 252, obs. M.-L. IZORCHE : « ces éléments (...) justifient la réparation d'un préjudice qui s'infère des actes de concurrence déloyale eux-mêmes ».

³⁵⁸ V. Paris 1er juil. 1993, *PA* 18 oct. 1993, n° 125, p. 12, note O. GAST : « le comportement parasitaire est fautif et engendre nécessairement, au détriment du concurrent, un préjudice ».

³⁵⁹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, Bibl. dr. Privé, t. 250, LGDJ, 1995 p. 133, n° 125 V. déjà L. MERMILLOD, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, th. Lyon, 1954, LGDJ Pichon et Durand-Auzias, p. 72, n° 56 : « Les tribunaux n'hésitent généralement pas à ne plus requérir une preuve de l'existence du préjudice, mais à se contenter de la preuve de l'existence du procédé déloyal, inférant ainsi de la cause à l'effet ».

³⁶⁰ Com. 9 fév. 1993, *Mercedes Benz c/ Tchumak*, Bull. civ. IV, p. 34, n° 53 ; JCP E 1994, II, 545, note C. DANGLEHANT ; G. VINEY, JCP 1993, I, 3727, n°42. V. aussi Com. 29 juin 1993, *Cosset c/ sté Montargeoise automobile*, D. 1995, somm. p. 211, obs. Y. PICOD ; Com. 27 fév. 1996, *sté Pompes funèbres de l'Esterel c/ SA Delesse*, RJDA 1996, p. 522, n° 732 ; D. 1997, somm. p. 104, obs. Y. SERRA ; Com. 3 juil. 2001, *sté Mondial Bracelets c/ sté Cobra*, RJDA 11/01, p. 974, n° 1162 (Souligné par nos soins).

*fautifs, [...] le créancier ayant un intérêt né et actuel à ce que soient sanctionnés des faits générateurs d'un **trouble commercial** »³⁶¹.*

158. **Assouplissement ? (pratiques anticoncurrentielles)** - Cet assouplissement a été étendu, plus récemment, par certaines juridictions dans des affaires pour lesquelles la demande en réparation était fondée sur le droit des pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi le tribunal de commerce de Paris a-t-il affirmé, à propos de pratiques d'éviction constitutives d'abus de position dominante, « *qu'il s'infère nécessairement de l'ensemble des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice pour les sociétés qui en ont été victimes, serait-il simplement moral* »³⁶². Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a, à son tour, adopté un raisonnement similaire pour accueillir la demande formée par la victime d'un cartel³⁶³.

Il reste que ce courant jurisprudentiel demeure pour le moment sporadique et n'a pas, à ce jour, été consacré par la Cour de cassation.

159. **Illustration** - En outre, la souplesse ne signifie évidemment pas que le demandeur obtiendra réparation de tous les dommages qu'il invoque.

Pour ne prendre qu'une illustration, le tribunal de commerce de Paris a ainsi refusé d'accorder réparation, à la fois, au titre de la perte subie et du gain manqué en considérant que « *la perte subie et le gain manqué sont des notions qui se recoupent, (...), qu'il y a donc redondance* » pour ne retenir que le chef de préjudice correspondant au « gain manqué » représenté par les investissements qui ne sont pas rentabilisés du fait de la difficulté de capter de nouveaux clients et/ou de la perte d'anciens clients³⁶⁴. La même décision a également écarté le principal chef de préjudice invoqué tenant à la perte de valeur du fonds de commerce en considérant que le demandeur avait procédé à l'acquisition du fonds de commerce sur la base du portefeuille de clients existants et donc à un prix inférieur à celui qu'il aurait dû acquitter dans le cas où les abus de position dominante n'auraient pas été commis.

³⁶¹ V. Com. 22 oct. 1985, *sté générale mécanographique c/ sté Etienne Bureau*, Bull. civ. IV, p. 206, n° 245 ; D. 1986, somm. p. 339 et s., obs. Y. SERRA. V. aussi Com. 22 mai 1984, *sté Lintermans c/ sté Patrick Alès*, Bull. civ. IV, p. 143, n° 172 (Souligné par nos soins).

³⁶² T. Com Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *Numéricable et a. c/ France Telecom*, RG 2009073089, CCE 2011, comm. 76, obs. M. CHAGNY. V. déjà, à propos d'une affaire de boycott, T. com. Paris, 24 novembre 2004.

³⁶³ Paris, ch. 5 4, 26 juin 2013, *sté JCB Sales et a. c/ SA Central Parts*.

³⁶⁴ T. Com Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *Numéricable et a. c/ France Telecom*, RG 2009073089, CCE 2011, comm. 76, obs. M. CHAGNY.

2. *L'obstacle tenant aux moyens de défense susceptibles d'être invoqués par celui dont la responsabilité est recherchée*

160. **Dans la réalisation du dommage** - S'agissant des moyens de défense se rattachant à la réalisation même du dommage, et à défaut de revêtir les caractères de la force majeure, le fait d'un tiers ayant contribué à causer le dommage n'aura en principe pas d'incidence pour la victime dans la mesure où chacun des coresponsables peut être tenu pour le tout envers elle. Quant à l'attitude fautive de la victime ayant contribué à la réalisation de son propre dommage, elle produit un effet exonératoire, mais partiel en principe dès lors qu'elle ne satisfait pas les exigences de la force majeure.

161. **Postérieurement à la réalisation du dommage** – A l'heure actuelle, le droit français refuse, en matière de responsabilité délictuelle, de mettre à la charge de la victime une obligation de modérer son préjudice. La jurisprudence de la Cour de cassation est très nette en ce sens : *« l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables ; la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »*³⁶⁵.

En revanche, la situation des victimes apparaît grandement fragilisée, compte tenu de la solution prétorienne adoptée en la matière, par le moyen de défense consistant, pour l'auteur de la pratique anticoncurrentielle, à faire valoir que l'acheteur direct, ayant acquitté un prix d'acquisition majoré en raison de l'entente ou de l'abus de position dominante, a pu répercuter tout ou partie du dommage sur un tiers. Pour avoir, pour le moment, été envisagée dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles et avec des acheteurs comme victimes, cette situation ne s'y limite pas : elle peut concerner également des offreurs ; elle peut aussi intervenir à propos de pratiques restrictives de concurrence, par exemple, dans le cas où un déséquilibre financier significatif serait répercuté sur des tiers.

S'il ne saurait être question d'indemniser la victime immédiate lorsque son dommage a été intégralement répercuté sur des tiers, il faut cependant relever que celle-ci peut avoir subi un dommage tenant à l'effet volume, par exemple, si la hausse de ses prix de vente lui a fait perdre des clients. En outre et surtout, au regard du moyen de défense, il est essentiel de

³⁶⁵ Civ. 2^e, 19 juin 2003 (2 arrêts rendus sur le fondement de l'art. 1382 C. civ.) ; solution réitérée par Cass. Civ. 2, 25 octobre 2012, n° 11-25511 : *« l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »* (Art. 3 loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 et principe de la réparation intégrale). Comp. Cass. Civ. 2, 24 nov. 2011, n° 10-25635, mais en application de l'art. 1147 C. civ.

savoir qui, de l'acheteur intermédiaire ou de l'auteur des pratiques, supporte la charge et donc le risque de preuve.

162. **Répercussion des surcoûts** - Dans les années 2006 et 2007, des victimes du cartel des vitamines ont été déboutées de leur action en indemnisation, faute de rapporter la preuve du lien de causalité³⁶⁶. Considérant que l'acheteur intermédiaire avait la possibilité « *de répercuter cette majoration dans ses prix de vente* », les juges ont considéré que « *ne l'ayant pas fait (...) alors qu'[il] le pouvait (...), [il] a librement arrêté sa politique tarifaire sans que la responsabilité des [entreprises ayant commis une pratique anticoncurrentielle] puisse être engagée* »³⁶⁷. Pourtant, il est bien établi, en droit français de la responsabilité délictuelle, que la victime n'est pas tenue de modérer son préjudice. Par ailleurs, un tel raisonnement apparaissait contraire au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne.

Ultérieurement, les acheteurs intermédiaires, qui, s'estimant victimes du cartel de la lysine, ont assigné en justice l'un des membres de l'entente, se sont également heurtés à des difficultés d'ordre probatoire tenant à la répercussion des surcoûts générés par la pratique anticoncurrentielle.

L'un d'eux a vu sa prétention définitivement écartée : la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'appel ayant refusé de l'indemniser³⁶⁸, en considérant que la répercussion des coûts est la pratique commerciale habituelle et normale et en retenant que le demandeur ne démontrait pas qu'il n'avait pas pu répercuter les effets de la hausse des prix de la lysine sur ses clients. Dans son arrêt – non publié, il est vrai –³⁶⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime que la Cour d'appel a pu statuer comme elle a fait en l'état de ces constatations et appréciations dont elle déduit que les sociétés demanderesses n'établissent pas avoir subi de préjudice résultant des surcoûts de la lysine provoqués par l'entente. Ce faisant, la Cour de cassation admet à tout le moins qu'il soit possible de se contenter de la circonstance que « *la répercussion des surcoûts est la pratique commerciale habituelle et normale* ».

Dans une autre affaire, la Cour de cassation³⁷⁰ avait déjà censuré un arrêt d'appel qui, pour condamner un membre du cartel à payer des dommages-intérêts, avait considéré que « *la*

³⁶⁶ SA Laboratoires Arkopharma c/ sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche, RLC n°10, janv.-mars 2007, obs. M. CHAGNY.

³⁶⁷ T. Com. Nanterre, 6^e ch., 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche, RLC n°10, janv.-mars 2007, obs. M. CHAGNY.

³⁶⁸ Paris, ch. 5 4, 16 février 2011, SCA Le Gouessant c/ SA Ceva Santé et SAS Ajinomoto Eurolysine.

³⁶⁹ Com. 15 mai 2012, n° 11-18495.

³⁷⁰ Com. 15 juin 2010, n° 09-15818.

circonstance que les sociétés DOUX auraient été en mesure de répercuter ce surcoût sur les hausses de prix du produit est sans incidence sur l'étendue de leur droit à réparation » et avait ainsi méconnu le principe de réparation intégrale qui commande, en droit français, l'étendue du dommage réparable et exclut l'enrichissement sans cause de la victime³⁷¹. La Chambre commerciale reproche à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché « *si les sociétés DOUX avaient, en tout ou partie, répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l'infraction commise par la société AE, de sorte que l'allocation de dommages-intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause* ». Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris a fait peser, dans le sillage de la jurisprudence de la Cour de cassation, la charge de la preuve dans cette hypothèse sur l'acheteur intermédiaire agissant en réparation. Pour écarter le grief fondé sur la contrariété de cette règle prétorienne au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne³⁷², la Cour d'appel énonce que, « *s'agissant du préjudice* », « *si la preuve incombe au demandeur, celle-ci peut être rapportée par la démonstration que la hausse abusive n'a pas été reportée sur le prix ou que cette répercussion ne pouvait être faite* »³⁷³. Celui qui supporte la charge de la preuve peut donc alternativement l'administrer en établissant, soit une absence avérée de répercussion, soit une impossibilité de répercussion du surcoût. En l'occurrence, et à l'examen du contexte sectoriel notamment, marqué par « *une forte concurrence en provenance des pays émergents* », dans lequel « *la grande distribution a représenté plus de 80% des achats* » des ménages, pour lequel « *la fixation du prix dépend de nombreux facteurs dont l'attente du consommateur, la concurrence avec d'autres produits carnés, la concurrence internationale, le rapport de force avec la grande distribution et les subventions européennes* », le demandeur à l'action en indemnisation, « *trop dépendant* », « *ne pouv(ait) imposer à (son) distributeur une augmentation des prix, alors même qu'(il) n'était pas en mesure de le justifier par une variation à la hausse d'un élément essentiel de celui-ci* ». Il n'en est pas moins permis de nourrir des doutes sur la conformité de cette solution à l'exigence d'effectivité à laquelle les solutions procédurales nationales doivent satisfaire lorsqu'il s'agit d'un recours fondé sur le droit de l'Union européenne³⁷⁴.

³⁷¹ Pôle 5 - Chambre 4 de la cour d'appel de Paris, le 10 juin 2009, RG 07/10478, infirmant Trib. Com Paris, le 29 mai 2007, RG 2006073999.

³⁷² Dans cette affaire, le demandeur en réparation faisait également valoir la contrariété de la règle jurisprudentielle au principe d'équivalence, mais ce grief pouvait être écarté sans difficulté dans la mesure où la règle française s'applique indistinctement aux affaires dans lesquelles l'action en réparation est fondée sur le droit de l'union européenne ou sur le droit interne de la concurrence. Tel est d'ailleurs le raisonnement suivi par la cour d'appel de Paris à cet égard.

³⁷³ Paris, 27 février 2014, Pôle 5 – Chambre 5, n° 10/18285, SNC *Doux aliments Bretagne et autres c/ société Ajinomoto Eurolysine*.

³⁷⁴ *Infir* n° 305.

B. L'évaluation des dommages-intérêts alloués au titre de la réparation

163. **Principe de la réparation intégrale** - Quel que soit le type de dommage subi et la règle de concurrence violée, la règle essentielle qui gouverne l'évaluation des indemnités est celle de la réparation intégrale du dommage. Quoiqu'elle ne soit formulée par le Code civil qu'à propos de la responsabilité contractuelle - étant énoncée par l'article 1149 du code civil aux termes duquel « *les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du profit dont il a été privé* » -, elle s'applique pareillement en matière délictuelle. Selon une formule communément utilisée par la jurisprudence, « *le propre de la responsabilité est de rétablir l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »³⁷⁵.

Même si plusieurs projets - dont une proposition de loi³⁷⁶ - ont envisagé d'introduire une disposition consacrant, selon les cas, les dommages-intérêts punitifs ou restitutoires, aucune réforme du droit de la responsabilité civile n'est intervenue et aucune disposition spécifique n'a été consacrée en droit de la concurrence pour le moment, contrairement au domaine voisin de la propriété intellectuelle.

Ainsi est-il usuel de retrouver, dans des décisions relatives au droit de la concurrence, l'affirmation selon laquelle « *il est de jurisprudence constante que la réparation doit être appréciée au regard de la seule ampleur du préjudice subi par la victime, et nullement en fonction de la gravité des fautes imputées à l'auteur du dommage* »³⁷⁷. Les juridictions, qui violeraient ouvertement ce principe, s'exposeraient inmanquablement à une censure de la Cour de cassation si celle-ci était amenée à connaître de l'affaire, à la faveur d'un pourvoi³⁷⁸.

Le caractère contraignant de ce principe est régulièrement souligné à l'attention des juges qui, faute de disposer d'éléments précis pour évaluer le préjudice subi, allouent une somme forfaitaire et auxquels il est rappelé que « *la réparation du préjudice doit correspondre à ce dernier et ne saurait être forfaitaire* »³⁷⁹, ou encore à l'attention de juridictions qui auraient pris en considération les profits ou les économies réalisés par l'auteur des agissements sanctionnés et auxquels il est rappelé que « *le préjudice subi du fait d'actes de concurrence*

³⁷⁵ Pour une affirmation ancienne de cette solution, v. entre autres, Cass. 2e civ., 23 nov. 1966, Bull. civ. 1966, II, n° 916.

³⁷⁶ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, Sénat 9 juillet 2010, n° 657, Art. 1386-25.

³⁷⁷ Par exemple, T. com. Paris 30 mars 2011, *Numéricable*, à propos de pratiques anticoncurrentielles.

³⁷⁸ V. par ex. Civ. 1re, 14 mai 1992 : Bull. civ. 1992, I, n° 138 (cassation pour violation de la loi au visa de l'article 1382 du code civil).

³⁷⁹ Com., 23 novembre 2010, JurisData n° 2010-021985.

déloyale et de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur de ces actes »³⁸⁰.

164. Les difficultés tiennent, pour l'essentiel, aux conséquences liées au principe de réparation intégrale (1), auxquelles pourraient s'ajouter des difficultés tenant à l'office du juge (2).

1. Les difficultés liées au principe de réparation intégrale

165. **Deux difficultés majeures** - Les deux séries de conséquences attachées au principe de réparation intégrale sont, l'une comme l'autre, sources de difficultés dans la mise en œuvre pratique³⁸¹.

166. **Identifier tous les chefs de dommages réparables** - Il importe, tout d'abord, de tenir compte de tous les chefs de dommages à partir du moment où ils sont effectivement réparables, ce qui nécessite de procéder concrètement à l'identification des dommages réparables. Simple dans son principe, cette tâche est en réalité complexe en pratique.

Cela est notamment le cas lorsque des dommages ont eu lieu en cascade ou lorsque la perte d'un avantage donné, par exemple, l'éviction d'un marché prestigieux du fait de pratiques anticoncurrentielles, entraîne la perte d'un autre avantage : dans l'illustration ici retenue, l'entreprise évincée risque, en outre, d'être privée de la possibilité de se prévaloir d'un « effet de vitrine » qui lui aurait permis de pouvoir prétendre à d'autres attributions de marché.

Cela implique également de faire le départ entre ce qui résulte effectivement de la violation du droit de la concurrence et ce qui trouve son origine dans d'autres causes telles que la conjoncture économique, la gestion ou la politique du demandeur en réparation.

A cela s'ajoute le fait que l'étendue du dommage dans le temps n'est pas simple à déterminer, soit que le dommage se soit fait ressentir, non pas immédiatement, mais de façon différée, soit qu'il se poursuive après la fin des agissements contraires aux règles de concurrence.

167. **Évaluation conforme au principe de réparation intégrale** - Pour que le principe de réparation intégrale soit respecté en pratique, il faut encore que l'évaluation effectuée soit

³⁸⁰ Com., 21 février 2012, *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 122, M. MALAURIE-VIGNAL.

³⁸¹ M. CHAGNY, L'évaluation du préjudice économique – principes juridiques, *revue Experts*, n° 99, décembre 2011, p. 4 et s.

telle qu'elle compense entièrement et efficacement les dommages subis.

En toute occurrence, cela suppose de comparer la situation de la victime avec celle qui aurait été la sienne en l'absence de faute de concurrence, autrement dit de reconstituer un scénario hypothétique en remplaçant le marché, puis le demandeur lui-même, dans une situation virtuelle – celle d'un marché compétitif³⁸².

Pour ce faire, il est nécessaire de disposer de données suffisamment fiables et précises. La difficulté est, à cet égard, plus ou moins aiguë selon qu'il s'agit de procéder à une évaluation de dommages d'ores et déjà survenus ou de prendre en compte un dommage futur (dès l'instant où il est effectivement certain).

Dans cette dernière hypothèse, il peut être nécessaire de raisonner en termes de probabilité. Or la Cour de cassation a posé une règle bien établie selon laquelle « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ». Elle nécessite par conséquent d'estimer, à la fois, l'avantage maximum pouvant être obtenu et le taux de chance de parvenir à cet avantage, estimations plus ou moins délicates selon les cas de figure. Si l'on prend l'exemple d'une entreprise évincée de l'attribution d'un marché par des pratiques anticoncurrentielles, il convient, à la fois, de déterminer le montant des gains qui auraient été retirés du marché s'il avait été conclu et les chances qui étaient les siennes de conclure le marché en l'absence de pratiques anticoncurrentielles. La difficulté est particulièrement accusée lorsque la victime des pratiques était un nouvel entrant sur le marché.

Même lorsqu'il s'agit d'évaluer un dommage d'ores et déjà survenu, toute difficulté n'est pas pour autant supprimée. Outre les problèmes tenant à la communication des données par l'entreprise concernée, notamment dans des secteurs sensibles, il peut arriver, en présence d'une société nouvelle ou d'un produit nouveau, que les données fassent défaut ou bien, dans le cas où l'activité fluctue au gré des années, que les données disponibles ne soient pas parfaitement probantes. S'il est vrai que l'on peut aussi procéder en se référant à des éléments de comparaison extérieurs, encore faut-il qu'il en existe effectivement, qu'ils soient accessibles et aussi qu'ils soient pertinents.

³⁸² A. BENABENT, « La mise en jeu de la responsabilité civile », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, Les Petites affiches, 20 janvier 2005, p. 31 et s.

168. **Facteur temps** - S'y ajoute le fait que le facteur temps peut interférer à différents égards sur l'évaluation et doit par conséquent être pris en compte afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

Conformément à ce principe, et s'agissant de la consistance même du dommage, la Cour de cassation a décidé depuis longtemps que l'évaluation doit être effectuée en se plaçant au jour de la décision de justice, et ceci de façon générale, quels que soient la responsabilité et les dommages concernés³⁸³. Il en résulte qu'il faut tenir compte des changements intervenus jusqu'à cette date dans la consistance du dommage, qu'il s'agisse d'améliorations ou d'aggravations, sous réserve qu'elles ne soient pas du fait de la victime. Il est également nécessaire, pour le futur, de prendre en considération, autant que faire se peut, les événements normalement prévisibles au jour de la décision.

Par ailleurs, il est en principe nécessaire de tenir compte, alors même que la consistance du dommage serait constante, lors de son évaluation chiffrée, des fluctuations monétaires ainsi que des intérêts moratoires. Alors qu'il s'agit d'une composante essentielle de la réparation dans le cas des pratiques et des affaires qui s'inscrivent dans la durée, force est de constater que cette incidence temporelle est rarement prise en compte dans les décisions adoptées en matière de concurrence³⁸⁴.

169. **Souplesse dans la mise en œuvre ?** - L'évaluation des dommages soulève, en matière de pratiques anticoncurrentielles, des difficultés telles que la Commission européenne invite les juridictions nationales à faire preuve d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre du principe d'équivalence de la réparation au dommage³⁸⁵ et s'efforce de les aider dans leur mission *via* la publication d'un Guide pratique³⁸⁶. La réflexion normative ultérieure reviendra, plus précisément, sur ces initiatives, mais il convient, à ce stade, d'examiner s'il existe également certaines difficultés liées à l'office du juge.

³⁸³ Cass. Req. 23 mars 1942.

³⁸⁴ Pour un constat similaire, à propos des pratiques anticoncurrentielles, v. notamment Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

³⁸⁵ Livre blanc, préc. pt. 2.5. : le calcul du *quantum* du préjudice « *peut se révéler excessivement difficile, voire pratiquement impossible, si le principe selon lequel le montant exact du dommage doit toujours être calculé avec précision est appliqué strictement* », est-il indiqué avant d'ajouter que « *des exigences contraignantes peuvent se révéler disproportionnées au regard du montant des dommages subis* ».

³⁸⁶ Guide pratique des services de la Commission concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2. Les difficultés attachées à l'office du juge

170. **Pouvoir souverain** – En France, les juges du fond disposent, sous réserve de ne pas violer le principe de réparation intégrale, d'un pouvoir souverain d'appréciation lorsqu'ils procèdent à l'évaluation du dommage³⁸⁷. La Cour de cassation indique, à ce propos, que « *les juges du fond justifient suffisamment l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'ils en font* » ou encore qu'ils ne sont tenus ni « *de préciser les éléments qui servent à l'évaluer* », ni « *de s'expliquer sur la méthode d'évaluation appliquée* ».

Cette très – trop ? – grande liberté conférée aux juridictions a fait l'objet de critiques doctrinales³⁸⁸. L'idée, selon laquelle l'efficacité de la réparation se trouverait améliorée en soumettant le juge saisi d'une demande en réparation par équivalent à une exigence accrue de motivation, sous un contrôle plus étroit de la Cour de cassation, s'est traduite dans des projets de réforme³⁸⁹, mais ceux-ci sont demeurés lettres mortes jusqu'à présent.

171. **Utilisation** - Si les juridictions ne peuvent allouer une indemnité forfaitaire, elles peuvent en revanche attribuer une indemnité « *tous chefs de préjudices confondus* »³⁹⁰. A l'examen des décisions qui ont pu être recensées, on observe que, dans un nombre non négligeable des affaires, la discussion sur l'évaluation du préjudice est réduite.

Pour ne prendre que quelques illustrations à partir de la jurisprudence de cours d'appels, on peut signaler, entre autres³⁹¹, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, dans lequel la juridiction énonce qu'« *au vu des éléments dont la Cour dispose, l'entier préjudice de la société MDS sera justement réparé par la somme de 40 000 euros* »³⁹² ou encore d'une décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans laquelle cette dernière prononce une condamnation à des dommages et intérêts sans précision sur la façon de déterminer le montant alloué³⁹³.

³⁸⁷ Cass. com., 9 mars 2010, JurisData n° 2010-001523

³⁸⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2001, spéc. n° 63 et s. V. not. n° 66, pp. 189-190.

³⁸⁹ V. not. Art. 1374, Avant-projet de réforme de droit des obligations : « *Le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués qu'il prend en compte. En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision* ».

³⁹⁰ V. par exemple, CA 24 juin 2004, *l'erimedia*.

³⁹¹ V. aussi Paris, 20/06/2013, RG12-12752, pour l'octroi d'une somme de 10 000 euros de dommages et intérêts sous forme de provision en mentionne seulement qu'il « convenait » d'allouer à la demanderesse une telle somme.

³⁹² Versailles, 18/11/2010, RG09-05695.

³⁹³ Aix-en-Provence, 23/05/2012, RG10-09965 : « *en raison du refus injustifié de son adversaire, n'a pu réaliser un chiffre d'affaires ni un bénéfice sur les produits CHAUMET qu'elle était apte à vendre, ce qui constitue un préjudice financier que la Cour évalue à la somme de 50 000 euros* ».

Cette façon de procéder permet parfois de prononcer une condamnation de principe, alors que la victime n'a pas réellement subi de préjudice ou n'a pas apporté d'éléments suffisants à l'appui de sa prétention³⁹⁴. Cependant, il faut également signaler, en sens inverse, le risque d'allouer une indemnisation en-deçà des dommages effectivement subis par les victimes de pratiques contraires au droit de la concurrence.

172. **Evaluation plus circonstanciée** - Pour autant, d'autres décisions témoignent d'un raisonnement plus étoffé³⁹⁵.

Mérite notamment d'être signalé le raisonnement suivi, par une formation de la cour d'appel de Paris, au moment de fixer le *quantum* des dommages-intérêts alloués à la victime d'agissements anticoncurrentiels. L'arrêt se réfère à « *la nature spécifique du préjudice induit par [les pratiques]* », et à « *la nature des fautes considérées* », à savoir des discriminations tarifaires anticoncurrentielles, « *présumées entraîner des distorsions importantes de concurrence* »³⁹⁶. Peut-être y a-t-il là matière à réflexion et à approfondissement dans le cadre d'une approche normative.

On constate que le raisonnement est d'autant plus développé que les parties elles-mêmes ont fourni des éléments à destination des juridictions judiciaires, ceci qu'il s'agisse du demandeur mais aussi du défendeur. Ainsi le tribunal de commerce de Paris, le 12 février 2014, devant lequel étaient critiquées sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante des pratiques de ciseau tarifaire, de ventes liées et de prix prédateurs, a évalué le préjudice subi par un opérateur téléphonique à partir d'estimations fournies par l'auteur des pratiques condamnées. Raisonnant à partir du nombre de clients potentiels sur le marché aval de la téléphonie fixe à destination des résidences secondaires ainsi que du revenu annuel associé, la juridiction a appliqué ces chiffres en tenant compte de la durée de la période concernée, pour évaluer *in fine* le montant des dommages et intérêts à octroyer à la victime des pratiques à plus de cinquante et un millions d'euros de dommages et intérêts³⁹⁷.

³⁹⁴ Com., 3 juin 1998, JurisData n° 1998-002605, relatif à une affaire dans lequel le préjudice moral est souverainement apprécié à un montant de 500 000 francs.

³⁹⁵ Pour quelques illustrations, v. Paris, 03/04/2013, RG10-24013 ; T. com. Paris 30/03/2011, *Numéricable*, RG2009073089, Paris, 27/02/2014, RG10-18285 et T. com. Paris, 12/02/2014, *SFR c Orange*, RG2012031951 (A noter que ce jugement a été infirmé par la cour d'appel de Paris, mais pour des raisons liées à la délimitation du marché pertinent).

³⁹⁶ Paris, ch. 5 4, 14 décembre 2011, *SARL CHADEP c/ British Airways et Compagnie Emirates*, RG n° 09/20639.

³⁹⁷ T. com. Paris, 12 février 2014, RG2012031951. Ce jugement a été infirmé en appel, non pour des raisons tenant à l'évaluation des préjudices concurrentiels, mais parce que, en amont, la Cour d'appel a retenu une autre délimitation du marché pertinent aboutissant à écarter l'existence de pratiques anticoncurrentielles : Paris, Pôle 5 ch. 4, 8 octobre 2014, n° 14-05766, *Orange c/ SFR*.

Les parties au litige ont parfois fait le choix de produire des travaux réalisés par des experts au soutien de leurs prétentions. Ainsi la cour d'appel de Paris, dans une affaire relative au cartel de la lysine, a-t-elle pris appui sur une étude produite par le demandeur en réparation, laquelle s'appuyait, en l'occurrence, sur la décision de la Commission européenne ayant condamné les pratiques d'entente à l'origine du préjudice dont la réparation était demandée³⁹⁸. De même, le Tribunal de commerce de Paris, dans sa décision du 30 mars 2011 concernant la société Numéricable, a procédé de façon assez détaillée au calcul du gain manqué en prenant en considération les études économiques produites par les parties au litige³⁹⁹.

Dans certaines affaires, c'est le juge lui-même qui décide de recourir à une mesure d'expertise pour évaluer le montant du préjudice causé par les pratiques, soit qu'il estime ne pas disposer d'assez d'éléments pour procéder à l'évaluation⁴⁰⁰, soit que la complexité de l'évaluation à effectuer le conduise à estimer nécessaire l'éclairage d'un expert⁴⁰¹.

C. La détermination des personnes responsables et la répartition de la dette de réparation entre coresponsables

173. **Charge et répartition de la dette** - Il n'est pas rare que les difficultés tenant à l'évaluation des dommages et intérêts se prolongent par une autre difficulté consistant à déterminer qui doit supporter la charge de la dette de responsabilité. Peut en outre s'y ajouter, en cas de pluralité de responsables, une seconde interrogation sur le point de savoir comment répartir la dette de responsabilité entre eux.
174. **Notion spécifique d'entreprise (droit des pratiques anticoncurrentielles)** - Ces difficultés sont liées, pour une large part, à ce que le droit de la concurrence raisonne à partir d'un sujet, l'entreprise, notion qui revêt une acception spécifique au droit de la concurrence et est identifiée, sans tenir compte du statut juridique ou de la personne qui l'exploite, à partir de l'exercice autonome d'une activité économique sur le marché.

³⁹⁸ Paris, 27 mars 2014, RG10-18285.

³⁹⁹ T. com. Paris 30/03/2011, *Numéricable*, RG2009073089.

⁴⁰⁰ Paris, Pôle 5, Ch. 5, 26 juin 2013, n°120441, *JCB Sales Ltd et a. c/ SA central Park*, arrêt dans lequel la Cour d'appel décide, en présence d'éléments insuffisants pour chiffrer celui-ci de désigner un expert. V. aussi Versailles, 18/06/2009, RG08-00418.

⁴⁰¹ UGAP, 23 juin 2004

Il est bien connu que le droit des pratiques anticoncurrentielles raisonne à partir, non pas des personnes juridiques, mais de l'entreprise, unité économique pouvant être constituée de plusieurs personnes physiques ou morales⁴⁰².

175. **Droit des pratiques restrictives de concurrence** - Cela est également vrai en ce qui concerne le droit des pratiques restrictives de concurrence, comme l'a mis en évidence un arrêt de la Cour de cassation rendu le 21 janvier 2014⁴⁰³. Si cet arrêt se rapporte à l'amende civile instituée par l'article L. 442-6-III du code de commerce et, plus précisément, à la question de savoir si une amende civile peut être prononcée à l'encontre d'une société ayant absorbé par voie de fusion l'auteur de pratiques restrictives de concurrence contrevenant à l'article L. 442-6-I du même code, la solution qu'il édicte peut avoir des répercussions au-delà et soulever des difficultés similaires à celles exposées ci-après en ce qui concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles⁴⁰⁴. La Cour de cassation y énonce en effet que « *les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite* ». Dès lors, les mêmes raisonnements, mais aussi des difficultés similaires paraissent pouvoir s'appliquer au droit des pratiques restrictives comme en droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour le moment, les difficultés sont sans doute plus nombreuses et accusées dans ce dernier cas, compte tenu notamment de la coexistence possible de deux procédures, l'une, de type public, devant une autorité de concurrence et l'autre, devant une juridiction judiciaire. Cependant, il n'est pas interdit d'imaginer que deux procédures successives puissent se dérouler devant le juge judiciaire, la première à l'initiative du ministre de l'Economie sollicitant une amende civile et/ou la cessation d'une pratique, la seconde ultérieurement, à l'initiative d'une victime de la pratique agissant en indemnisation. En outre, avec l'octroi récent d'un pouvoir d'injonction et

⁴⁰² CJCE 3 avril 1991, *Höffner*, n° C-41/90; CJUE, 18 juillet 2013, *Schindler*, n° C-501/11 pt 103. Pour une présentation des solutions, v. J. DERENNE, « L'imputation des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 3-2014, p. 95.

⁴⁰³ Com., 21 janvier 2014, n° 12-29166, *Concurrences* 2-2014, obs. M. CHAGNY.

⁴⁰⁴ V. M. CHAGNY, « Imputability issues in the collection of damages », in *Antitrust damages in EU Law and policy, 7th annual conference of the Global competition Law centre, Collège d'Europe, Bruxelles, 7-8 nov. 2013*, in J. DERENNE, E. MORGAN de RIVERY, N. Petit (eds), *Antitrust damages in EU law and policy*, GCLC Annual Conference Series n° 5, Bruylant, 2014, p. 99 et s. ; Adde M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », *AJCA* 2014, n° 7, p. 265. V. aussi S. CARVAL, « Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? – Aperçu sur les solutions du droit commun de la responsabilité civile », *Concurrences* n° 3-2014, p. 98 ; R. SAINT-ESTEBEN, « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : la voix du silence », *Concurrences* n° 3-2014, Editorial, p. 5.

de sanction administrative au bénéfice de la DGCCRF, il est là encore possible d’imaginer qu’une victime puisse, postérieurement à la mise en œuvre de tels pouvoirs à l’encontre d’une entreprise, introduire une action en réparation.

1. Difficultés tenant à la désignation des personnes civilement responsables

176. **Divergence conceptuelle** - Les difficultés quant à la détermination des personnes civilement responsables tiennent, pour une grande part, à ce que, tandis que le droit de la concurrence raisonne à partir de l’entreprise, unité économique pouvant être constituée de plusieurs personnes physiques ou morales, le droit français de la responsabilité civile raisonne quant à lui à partir des personnes juridiques.

Il y a donc entre ces deux branches du droit une divergence conceptuelle qui soulève la question de savoir dans quelle mesure les actes d’une unité économique peuvent être imputés, du point de vue de la responsabilité civile, aux différentes personnes juridiques réunies, selon le droit de la concurrence, au sein d’une même entreprise.

177. **Effet liant et groupe de sociétés** - Le problème qui se présente est accentué lorsque les décisions des autorités de concurrence sont pourvues, comme c’est déjà le cas pour les décisions rendues par la Commission européenne, d’un effet liant. Il concerne tout particulièrement les affaires mettant en cause un ou des groupes de sociétés.

En pareil cas, la jurisprudence a admis, que les agissements d’une filiale puissent être imputés à la société-mère, celle-ci étant solidairement responsable du paiement de l’amende avec toutes les personnes juridiques constituant l’entreprise⁴⁰⁵. Cette condamnation de la société-mère à raison des pratiques anticoncurrentielles de sa filiale est fondée, selon les cas, sur la démonstration que la filiale « *applique pour l’essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère* »⁴⁰⁶ ou sur une présomption d’imputabilité applicable en cas de détention, directe ou indirecte, de la quasi-totalité du capital social de la filiale⁴⁰⁷.

Dans le premier cas de figure, le juge judiciaire appelé à statuer sur une action en responsabilité civile peut aisément identifier une faute civile personnelle de la société-

⁴⁰⁵ Pour une présentation des solutions, v. J. DERENNE, « L’imputation des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 3-2014, p. 95.

⁴⁰⁶ CJCE 14 juillet 1972, *ICI*, n° 48/69, pt 133 ; CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, n° C-97/08.

⁴⁰⁷ V. CJUE, 8 mai 2013, *ENI*, n° C-508/11 ; 20 janvier 2011, *General Quimica SA.*, C-90/09 P.

mère consistant à ne pas avoir empêché le comportement anticoncurrentiel d'une filiale sur laquelle elle exerce effectivement une influence décisive *via* les instructions qu'elle lui adresse. Dans la seconde hypothèse en revanche, la caractérisation d'une faute civile apparaît difficile à partir du moment où la société-mère est responsable en droit de la concurrence en raison des relations capitalistiques⁴⁰⁸ sans avoir à établir, ni son implication personnelle, ni sa connaissance des pratiques, ni même qu'elle a exercé un pouvoir de direction sur la filiale dans le cadre de la mise en œuvre des pratiques reprochées⁴⁰⁹. Or il n'existe pas à ce jour en droit français de cas de responsabilité civile du fait d'autrui permettant de fonder une condamnation d'une société-mère n'ayant commis aucune faute.

178. **Retrait d'un règlement d'exemption** - Une autre difficulté peut tenir à ce que des entreprises se seraient fiées à un règlement d'exemption dont le bénéfice est retiré dans leur cas particulier conformément à l'article 29 du Règlement 1/2003. Or les Lignes directrices sur les restrictions verticales indiquent à ce propos au point 77 qu'« *une décision de retrait de l'exemption ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait* ». Pourrait, en pareil cas, se poser la question de savoir dans quelle mesure une juridiction judiciaire pourrait imputer aux auteurs d'un contrat s'étant vu retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie des comportements anticoncurrentiels les conduisant à réparer le préjudice causé par ces pratiques.

179. **Absence de condamnation concurrentielle** - Il est encore possible qu'une juridiction judiciaire puisse être saisie d'une action en réparation formée à l'encontre d'une entité n'ayant pas été condamnée dans le cadre d'une procédure de concurrence.

Cette hypothèse est loin d'être un cas d'école. Elle peut notamment concerner une entente verticale de grande ampleur, telle celle de l'affaire des Parfums, dans laquelle l'autorité de concurrence a retenu l'existence d'une entente entre les fournisseurs et la grande majorité des distributeurs, sans nécessairement établir, dans sa décision, l'adhésion à l'entente de chacun des distributeurs. Du reste, la Cour de cassation a récemment rendu un arrêt dans lequel elle établit une différence entre, d'un côté, l'« *entente verticale généralisée au sein d'un réseau de distribution, impliquant des distributeurs représentant une part significative de la distribution*

⁴⁰⁸ CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, préc., pt 61 ; CJUE 8 mai 2013, *ENI*, préc., pts 46 à 52.

⁴⁰⁹ CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, préc., pt 59.

concernée » et, de l'autre, l'« *entente totale* », requérant quant à elle l'identification de l'ensemble des membres du réseau ayant adhéré à la mesure anticoncurrentielle⁴¹⁰.

De façon plus originale, peut se présenter la question de savoir s'il est envisageable de rechercher la responsabilité civile du cocontractant d'une entreprise condamnée pour avoir commis une pratique unilatérale constitutive d'un abus de position dominante. Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi été saisi d'une action en dommages et intérêts formée, non pas contre les NMPP antérieurement condamnées par le Conseil de la concurrence pour abus de position dominante, mais à l'encontre de leur cocontractant, RELAIS H. Il a estimé, dans sa décision du 27 septembre 2011, que l'auteur de la pratique condamnée et son cocontractant ont conjointement mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Il a justifié cette décision en reprenant une constatation du Conseil de la concurrence selon laquelle les pratiques « *avaient pour seul but d'éliminer les concurrents de RELAIS H* » pour en conclure qu' « *il est patent que des agissements déloyaux ont été entrepris par NMPP au seul profit de RELAIS* », l'idée étant qu'une société qui a bénéficié des pratiques commerciales d'une autre société doit être obligatoirement considérée comme coauteur des pratiques. Cette position, qui en l'absence de recours, n'a pas été soumise à la Cour d'appel, peut sembler contestable dans la mesure où la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est imputable à ses seuls auteurs et où l'imputabilité à d'autres personnes ne saurait être admise du seul fait que celles-ci en ont tiré profit ; d'autres éléments sont nécessaires à l'engagement de la responsabilité de ces dernières.

2. Difficultés tenant à la répartition de la dette de réparation

180. **Difficultés liées à la Directive** - Quant aux difficultés tenant à la répartition de la dette de réparation, certaines d'entre elles prennent leur source dans la directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union qui devra être transposée en droit français dans les deux ans de son entrée en vigueur⁴¹¹. Aussi celles-ci ne

⁴¹⁰ Com. 7 octobre 2014, n° 13-19476, *Sté Kontiki c/ président de l'Autorité de concurrence et ministre de l'Economie*.

⁴¹¹ M. CHAGNY, « Imputability issues in the collection of damages », in *Antitrust damages in EU Law and policy, 7th annual conference of the Global competition Law centre, Collège d'Europe, Bruxelles, 7-8 nov. 2013*, in J. DERENNE, E. MORGAN de RIVERY, N. PETIT (eds), *Antitrust damages in EU law and policy*, GCLC Annual Conference Series n° 5, Bruylant, 2014, p. 99 et s. ; *Adde* M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s)

seront-elles pas exposées à ce stade, mais ultérieurement, à l'occasion de l'évocation des orientations normatives largement inspirées, comme on le verra, par ce changement législatif d'ampleur⁴¹².

181. **Difficultés actuelles** – D'autres difficultés peuvent d'ores et déjà se présenter au juge de la réparation en l'état actuel. Le droit français de la responsabilité a édicté la règle prétorienne de la responsabilité *in solidum* qui repose sur l'indivisibilité du dommage, les conséquences de l'activité des coauteurs devant être indissociables⁴¹³ ; l'obligation *in solidum* n'a pas lieu d'être lorsque chacun des faits générateurs a causé des dommages distincts, chacun des responsables ne devant alors répondre que du dommage qui lui est imputable. Il reste que dans le cas, par exemple, où deux violations du droit de la concurrence se succèdent dans le temps, dont les auteurs seraient partiellement les mêmes, partiellement différents, la situation soumise à la juridiction saisie pourrait être complexe à résoudre.

responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJCA 2014, n° 7, p. 265.

⁴¹² *Infra* n° 348 et s.

⁴¹³ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 420.

182. Conclusion de la première partie -

183. L'examen, effectué dans une perspective critique, de la situation française actuelle de la réparation des dommages concurrentiels a permis de mettre en évidence que, contrairement à ce qui est trop souvent avancé, le contentieux des dommages concurrentiels est loin d'être inexistant et qu'il apporte, dans ses différentes facettes, des solutions aux victimes souhaitant se prévaloir de la violation d'une règle de concurrence.

Pour autant, et comme l'a montré l'analyse destinée à faire apparaître les principales difficultés, celles-ci ne doivent être ni ignorées, ni minimisées, tant elles limitent l'effectivité et l'efficacité de la réparation des dommages concurrentiels. Ces difficultés sont diverses à plusieurs titres : d'abord, en ce qu'elles concernent, selon les cas, un seul ou l'ensemble des modes de réparation envisagés par cette étude ; ensuite, en ce qu'elles concernent, pour certaines d'entre elles, le droit de la concurrence dans son ensemble et, pour d'autres, plus particulièrement un pan du droit de la concurrence, à savoir le droit des pratiques anticoncurrentielles ; enfin, en ce que certaines sont d'ordre conceptuel, tandis que d'autres sont davantage pratiques.

S'agissant spécifiquement du droit des pratiques anticoncurrentielles, la Directive, qui est l'aboutissement d'un long processus initié par la Commission européenne à la fin de l'année 2005, devrait changer assez considérablement la perspective à brève échéance. Elle doit par conséquent être largement prise en considération aussi bien dans la recherche des solutions à proposer aux difficultés d'ores et déjà signalées qu'en ce qui concerne des nouveaux problèmes que certaines mesures portées par ce texte et/ou le silence conservé par celui-ci pourraient générer. Au demeurant, l'incidence contraignante de cette directive pourrait se prolonger par une influence bien au-delà de son champ d'application.

Aussi est-ce à la lumière de celle-ci qu'il convient d'envisager, dans une perspective normative, les différentes voies possibles d'une amélioration du droit français, qu'il s'agisse d'une réforme des règles de droit actuelles, d'une évolution de la pratique judiciaire ou encore de proposer, à droit et pratique constants, des solutions à certaines difficultés.

Seconde Partie – Orientations normatives de la réparation des dommages concurrentiels

184. **Plan** – Comme nous l’avons vu, l’examen du droit positif français conduit à plaider, avec d’autres, en faveur d’un « *aggiornamento* » du contentieux privé concurrentiel⁴¹⁴ en vue de résoudre certaines difficultés précédemment identifiées et qui sont autant de freins et/ou d’obstacles sur la voie de la réparation des dommages concurrentiels.

Les enjeux attachés à une réparation effective et efficace de ces dommages sont considérables et méritent à eux seuls qu’on s’attache à remédier autant que faire se peut aux limites et problèmes mis en lumière. Il en va en effet, sur le plan du droit, de l’intérêt d’une bonne justice, mais aussi, d’un point de vue économique, du bon fonctionnement du marché sur lequel évoluent les auteurs des pratiques contraires au droit de la concurrence ainsi que certaines des victimes (entreprises en situation de concurrence ou cocontractantes) et dont les consommateurs finals sont les bénéficiaires ultimes, mais encore, dans une perspective de concurrence entre les systèmes juridiques dans une économie mondialisée, de l’attractivité du droit français.

A ces différentes considérations, s’ajoute désormais, à l’initiative de la Commission européenne, l’obligation faite à la France, comme aux autres Etats membres de l’Union européenne, de transposer sous deux ans la directive récemment entrée en vigueur⁴¹⁵. Il importe bien évidemment d’intégrer les contraintes découlant de ce texte dans la réflexion à conduire en vue d’une évolution du droit et de la pratique judiciaire en France. Cependant, et au-delà du champ d’application de cette directive, il convient également d’envisager son influence possible, notamment dans une perspective de cohérence de la réparation des dommages concurrentielles, quels qu’en soient les modes et les fondements⁴¹⁶. Aussi et,

⁴¹⁴ Selon l’expression de C. LUCAS de LEYSSAC, « Rapport de synthèse », in *les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, les petites affiches 20 janvier 2005, n°14, p. 65 et s., spéc. p. 71. V. aussi R. AMARO, th. préc., n° 51.V. déjà M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouv. Bibl. th., vol. 32, Dalloz, 2004.

⁴¹⁵ JOUE 5 décembre 2014, L 349, p. 1.

⁴¹⁶ Cette réflexion a déjà été menée partiellement dans le cadre notamment du colloque organisé au titre de la recherche menée avec le soutien financier de la mission GIP Justice : *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir*, 13 mai 2014, Maison de l’Europe (publication des actes à la revue *Concurrences* 2014-3). V. sur ce point, M. CHAGNY, « Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective », *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir*, *Concurrences* 2014-3. Pour une

préalablement à la formulation précise de propositions normatives, il s'agit de proposer une approche unitaire cohérente de la réparation des dommages concurrentiels, prenant appui sur la directive, mais aussi plus largement sur les contraintes résultant du droit de l'Union européenne et de sa jurisprudence.

Les orientations normatives proposées ci-après sont rassemblées autour de deux axes majeurs consistant, pour l'un, à accroître l'effectivité des actions en réparation des dommages concurrentiels et, pour l'autre, à renforcer l'efficacité de la réparation obtenue par la victime de pratiques contraires au droit de la concurrence.

Chapitre Préliminaire – Pour une approche unitaire cohérente de la réparation des dommages concurrentiels.....	125
Chapitre I – Accroître l'effectivité de la réparation des dommages concurrentiels....	142
Chapitre II – Renforcer l'efficacité de la réparation des dommages concurrentiels ..	183

première réflexion conduite à partir de la proposition de directive, M. CHAGNY, « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2013, p. 2532.

Chapitre Préliminaire – Pour une approche unitaire cohérente de la réparation des dommages concurrentiels

Distinction nécessaire - A ce stade préliminaire, il convient d'envisager séparément le droit des pratiques anticoncurrentielles qui, contrairement aux autres dispositions françaises de concurrence, comporte un volet européen pour la mise en œuvre duquel les systèmes nationaux sont soumis à différentes exigences et pour lequel, en dernier lieu, des initiatives prises par la Commission européenne se traduiront prochainement, pour certaines d'entre elles, par des contraintes sur les droits et juridictions nationales. Cela permet de prendre la mesure de l'étendue des contraintes et de l'influence possible du droit de l'Union européenne sur le droit français des pratiques anticoncurrentielles (Section 1) avant d'évoquer l'évolution du droit français de la concurrence par-delà et sous l'influence du droit des pratiques anticoncurrentielles (Section 2). Il importe également d'évoquer la réparation des dommages concurrentiels en tant que condition d'efficacité économique de la responsabilité civile (Section 3).

Section 1 – La réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles sous la contrainte et sous l'influence du droit de l'Union européenne..... 126

Section 2 – L'évolution de la réparation des dommages concurrentiels par delà le droit des pratiques anticoncurrentielles..... 133

Section 3 – La réparation des dommages concurrentiels comme condition d'efficacité économique de la responsabilité civile..... 134

Section 1 – La réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles sous la contrainte et sous l’influence du droit de l’Union européenne

185. Pour prendre la mesure des contraintes et de l’influence possible du droit de l’Union européenne quant à la réparation des dommages consécutifs à des pratiques anticoncurrentielles, il convient d’identifier les sources de cette contrainte (§ 1), avant d’examiner dans quelle mesure il faut s’attendre à une évolution en matière de pratiques anticoncurrentielles au-delà de la directive (§ 2).

§1. Les sources contraignantes en matière de réparation des dommages concurrentiels

186. **Initiative de la Commission européenne** – A l’issue d’un long processus de consultation initié en décembre 2005⁴¹⁷, qui s’est ensuite accompagné du lancement d’une consultation sur les recours collectifs⁴¹⁸, puis sur un guide pratique consacré à la quantification des dommages et intérêts⁴¹⁹, la Commission européenne a publié, le 11 juin 2013, pas moins de six documents⁴²⁰ intéressant, quoiqu’à des degrés divers⁴²¹, les actions en dommages et intérêts exercées en cas de violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles.

⁴¹⁷ Comm. CE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 décembre 2005, COM (2005) 672 final ; Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final.

⁴¹⁸ Comm., *Renforcer la cohérence de l’approche européenne en matière de recours collectifs*, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final.

⁴¹⁹ Comm., *Projet de document d’orientation – La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l’article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne*, juin 2011.

⁴²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs » ; recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation prévus dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l’UE ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l’Union européenne ; communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l’article 101 ou 102 du TFUE ; Guide pratique sur la quantification des préjudices dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l’article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne

Comme le Livre blanc l'annonçait déjà⁴²², ces documents sont d'une force normative variable. Ainsi la recommandation consacrée à la délicate question des recours collectifs se contente de préconiser, du moins pour le moment. Quant au Guide pratique sur la quantification des préjudices, il a un « *caractère purement informatif* »⁴²³. Les documents dépourvus de valeur contraignante n'en présentent pas moins, notamment le Guide, un intérêt bien réel pour la réflexion entreprise. Cependant, la perspective est évidemment différente en présence d'un instrument contraignant comme l'est la directive faisant partie du « paquet » publié par la Commission.

187. **Genèse de la directive** - La proposition de directive, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, présentée en juin 2013 a, ensuite, connu le processus législatif en usage dans l'Union européenne, lequel a abouti, le 17 avril 2014, au vote par le Parlement européen d'un texte amendé, sur la base d'un compromis, et ultérieurement adopté par le Conseil⁴²⁴. Il s'agit là du premier texte à valeur contraignante en ce qui concerne les recours indemnitaires exercés au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles.
188. **Transposition** - La directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014⁴²⁵ mérite, pour cette raison, une attention toute particulière : imposant une mise en conformité des droits nationaux, elle requiert dans les deux ans de son entrée en vigueur⁴²⁶, l'adoption des mesures nécessaires à la mise en conformité du droit français. Ce faisant, elle réduit à due concurrence, dans son domaine d'application, le principe d'autonomie procédurale des États membres qui

⁴²¹ Aussi louable que soit la volonté d'aborder la question des recours collectifs, de façon transversale, il ne faudrait pas que l'élargissement du champ d'application potentiel conduise à différer trop longtemps une initiative qui peut sembler nécessaire en droit de la concurrence ou encore à ignorer des difficultés propres à cette matière. Rappr. AFEC, Observations formulées sur la consultation de la Commission sur le recours collectifs, 2011, spéc. p. 3.

⁴²² Le Livre blanc évoquait « *un cadre* » non contraignant ou « *un instrument législatif communautaire* ».

⁴²³ Guide pratique, préc., pt 7 et Communication, préc pt 12.

⁴²⁴ V. P7_TA-PROV(2014)0451. Ce texte est disponible à l'adresse suivante :

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. Les articles de cette directive seront cités ci-après sans autre précision. Comp. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM (2013) 404 final.

⁴²⁵ JOUE L. 349 du 5 décembre 2014, p. 1.

⁴²⁶ Art. 21 D.

détiennent, *via* leur juridictions le monopole des sanctions civiles et auxquels il appartient de fixer le régime de celles-ci⁴²⁷ tant qu'une législation européenne n'est pas intervenue.

A la différence de l'autre instrument contraignant qu'est le règlement, la directive présente l'avantage de laisser davantage de liberté aux Etats membres et d'éviter toute intervention superfétatoire lorsque les dispositions nationales sont déjà conformes aux mesures proposées⁴²⁸.

189. **Stricte conformité et compatibilité** - Cette latitude appréciable peut cependant également donner prise à des recours en manquement à raison de la tardiveté ou des erreurs de mise en conformité. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une directive qui, comme en l'espèce, comporte des dispositions d'intensité normative variable, instituant, selon les cas, une « *obligation de stricte conformité* » ou, en présence d'une marge d'appréciation, une « *obligation de compatibilité* »⁴²⁹.

Ainsi faut-il mettre en perspective les règles françaises actuelles avec les exigences portées par la Directive afin d'identifier quelles modifications sont nécessaires aux fins d'éviter une transposition incorrecte exposant la France à un recours en manquement.

Cependant, et spécialement dans une matière source de nombreuses difficultés⁴³⁰, il importe également de discerner les options de politique juridique offertes par la Directive.

Dans cette réflexion, il convient de prendre en considération, non seulement la tradition juridique française et l'articulation des modifications à introduire avec le droit français de la concurrence, des obligations et de la procédure civile, mais aussi l'attractivité du droit français face à la véritable compétition existant en ce domaine entre les systèmes juridiques.

190. **Impératif d'effectivité** - Il ne faudrait cependant pas réduire les impératifs pesant sur le système juridique français en matière de réparation des dommages concurrentiels à la seule Directive.

En effet, il importe de tenir compte du fait qu'en dehors de son domaine d'application et des prescriptions qu'elle pose à destination des Etats membres, le principe dit d'autonomie procédurale déjà évoqué est assorti, selon la jurisprudence de la Cour de justice, de deux limites qui sont respectivement l'équivalence et l'effectivité. Si l'exigence d'équivalence,

⁴²⁷ La Cour de justice a fait référence à ce principe d'autonomie procédurale à propos du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : v. CJCE, 20 septembre 2001, C-453/99, *Courage* et 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*.

⁴²⁸ Pt. 3.4 de l'exposé des motifs accompagnant la proposition initiale de directive.

⁴²⁹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 3^e éd., 2001, n° 215.

⁴³⁰ V. Chapitre II Identification des difficultés attachées à la réparation des dommages concurrentiels.

imposant en substance de ne pas soumettre un recours fondé sur la violation du droit de l'Union européenne à un régime moins favorable que celui réservé à un recours exercé en cas de violation d'une règle nationale, ne soulève pas de difficultés en droit français, il pourrait en aller autrement de l'impératif d'effectivité. On notera d'ailleurs que la Directive elle-même prend soin de rappeler, dans le cas des actions en dommages et intérêts, l'obligation faite aux Etats membres, de « *veille(r) à ce que toutes les règles et procédures nationales ayant trait aux actions en dommages et intérêts soient conçues et appliquées de manière à garantir que toute partie lésée puisse effectivement exercer le droit à réparation intégrale du préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence que lui confère l'Union* »⁴³¹. Toutefois, cette exigence concerne plus largement la mise en œuvre nationale du droit des pratiques anticoncurrentielles et, plus précisément, les sanctions civiles des comportements anticoncurrentiels dans leurs ensemble, sans se limiter aux seules actions en dommages et intérêts⁴³².

§2. Vers une évolution du droit français des pratiques anticoncurrentielles au-delà de la directive

191. **Double dépassement** - Une évolution dans la réparation des dommages en cas de pratiques anticoncurrentielles est à attendre et par conséquent à anticiper en raison d'un dépassement vraisemblable de la directive en ce qui concerne, tout à la fois, son champ d'application et son contenu.

A. Le dépassement probable du champ d'application de la directive

192. **Champ d'application** - Quoique la Directive elle-même prévoit son application aux seules actions en dommages et intérêts exercées en cas de violation du droit de l'Union européenne, ainsi que du droit national lorsqu'il est appliqué en parallèle, il est permis de penser que, selon toute vraisemblance, son influence ira bien au-delà, au fil de la pratique judiciaire.

⁴³¹ Art. 3. L'exigence d'équivalence, également rappelée dans cet article, ne soulève pas de difficulté en droit français.

⁴³² CJCE, 20 sept. 2001, C-453/99, *Courage* et 13 juillet 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*.

193. **Du droit européen au droit interne** - Tout d'abord, et s'agissant du point de savoir dans quelle mesure les recours fondés sur la violation du droit interne peuvent être « contaminés » par les solutions imposées lorsque le droit de l'Union européenne est applicable, tout prête à croire, malgré les dénégations de la directive ⁴³³, que le phénomène de « communautarisation » du droit français des pratiques anticoncurrentielles ⁴³⁴ devrait s'opérer, cette fois encore, lorsque des actions en dommages et intérêts seront engagées sur le fondement du seul droit national. Cela est d'autant plus probable qu'en l'espèce, la Directive s'imposera aux règles nationales dès lors qu'elles s'appliquent concurremment au droit de l'Union européenne⁴³⁵.

Dans ces conditions, il est peu crédible qu'une juridiction, appelée à statuer sur une demande en réparation similaire, applique deux régimes différents selon qu'elle est saisie simultanément sur le fondement du droit de l'Union et du droit français ou exclusivement au titre de ce dernier. Au demeurant, si un tel phénomène ne se produisait pas, on pourrait s'interroger sérieusement sur le point de savoir si une différenciation de cette sorte est opportune.

194. **De l'indemnisation aux autres sanctions civiles** - Par ailleurs, il est plausible qu'un phénomène d'attraction analogue conduise à l'extension d'une partie des solutions prévues, par la directive, dans le cas des actions en dommages et intérêts, aux autres sanctions civiles. Cela apparaît d'autant plus vraisemblable qu'il n'est pas rare, en pratique, qu'une indemnisation soit demandée concurremment à d'autres mesures telles que la nullité⁴³⁶. Ainsi il paraît difficilement concevable qu'une juridiction, dès lors qu'elle est liée par une décision de constatation d'infraction au moment de caractériser une faute ouvrant droit à réparation, s'affranchisse totalement de ce constat et considère la violation non établie lorsqu'il s'agit de prononcer la nullité, le cas échéant, au cours de la même instance.

Il va de soi que l'extension au-delà des demandes d'indemnisation n'a de sens et ne peut s'envisager que pour les dispositions de la directive qui ne sont pas, du fait de leur contenu même, limitées aux seuls dommages et intérêts. Autant elle est donc concevable pour les règles relatives, par exemple, à l'accès aux preuves, à la prescription ou encore aux

⁴³³ Considérant 10.

⁴³⁴ En dernier lieu, L. IDOT, « Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence vers un droit comparé de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinosi*, Dalloz 2013, p. 627.

⁴³⁵ Art. 4 § 2.

⁴³⁶ *Supra* n° 49. Adde M. CHAGNY et JL FOURGOUX, « Competition law, private enforcement and competition redress in France », 2012-2013, AHRC Project, www.clcpecreu.co.uk. Il faut excepter cependant le cas des cartels qui se prêtent seulement à des actions en dommages et intérêts.

procédures de règlement consensuel des litiges, autant elle ne saurait se produire bien évidemment dans le cas d'une présomption d'existence du dommage ou de dispositions concernant l'évaluation des dommages et intérêts.

B. Le dépassement opportun du contenu de la directive

195. **Deux raisons** - Au moment de se livrer à une réflexion destinée à accroître l'effectivité et l'efficacité de la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles, on ne saurait se contenter des mesures portées par la directive. En effet, d'un côté, l'impératif d'effectivité du droit de l'Union européenne peut nécessiter de faire évoluer la matière au-delà des prescriptions de la directive. De l'autre côté, il convient également de tenir compte de difficultés ignorées, voire suscitées, par la directive et de tenter d'y remédier.
196. **Impératif d'effectivité** - D'origine jurisprudentielle et déjà mis en œuvre, par la Cour de justice, dans ses arrêts *Courage et Manfredi*, à propos du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles⁴³⁷, le principe d'effectivité est mis à l'honneur par la directive qui rappelle l'obligation faite aux Etats membres de respecter cet impératif dans les domaines où, à défaut d'intervention du droit de l'Union européenne, l'autonomie procédurale s'applique. La directive elle-même souligne, dans l'un de ses considérants, la nécessité de respecter les principes d'effectivité et d'équivalence pour « *toutes les règles nationales (...), y compris celles concernant des aspects non traités dans la présente directive, tels que la notion de lien de causalité entre l'infraction et le préjudice* »⁴³⁸. Au delà même de la réparation *stricto sensu*, ce sont toutes les règles et procédures françaises applicables aux différentes formes de réparation des dommages concurrentiels (incluant la nullité et ses conséquences ainsi que les mesures visant à faire cesser les pratiques pour l'avenir) qui doivent être éprouvées à l'aune de l'exigence d'effectivité. Certes, celle-ci ne s'impose aux Etats membres que dans le cas où le droit de l'Union européenne est mis en œuvre. Toutefois, et comme cela a été exposé précédemment, le phénomène de « communautarisation » du droit national ne devrait pas manquer de se produire, cette fois encore.

⁴³⁷ CJCE, 20 sept. 2001, C-453/99, *Courage* et 13 juillet 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*.

⁴³⁸ Considérant 11.

197. **Difficultés non résolues** – La directive, quoiqu'elle comporte un nombre significatif de dispositions, n'aborde pas dans son ensemble toutes les difficultés attachées à la réparation des dommages concurrentiels. Ainsi ne traite-t-elle pas, par exemple, de la très délicate question du lien de causalité. De même, elle n'envisage pas dans son intégralité la question de la contribution à la dette entre les coauteurs. En outre, elle pourrait bien avoir amplifié certaines difficultés préexistantes, voire créé de nouvelles interrogations en raison de certaines de ses dispositions telles que celle introduisant une clémence civile. Aussi peut-il sembler opportun de concevoir la directive comme un minimum pouvant et même devant être dépassé.

198. **Renforcement des réparations** - Tenir compte voire anticiper le dépassement probable de la directive, du fait de la pratique judiciaire, et en même temps, prendre la mesure du dépassement opportun de celle-ci, telles sont les voies d'une transposition en droit français qui ne soit pas seulement conforme au regard des exigences juridiques, mais également cohérente et réussie du point de vue de l'objectif de renforcement des réparations en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Il est alors permis de souhaiter étendre la réflexion et certaines des mesures à intervenir au droit français de la concurrence dans son ensemble.

Section 2 – L'évolution de la réparation des dommages concurrentiels par delà le droit des pratiques anticoncurrentielles

199. **Lien** - Les différents volets constitutifs du droit comportemental de la concurrence ont indiscutablement partie liée. Un même comportement peut être appréhendé sur le fondement de plusieurs règles de concurrence n'appartenant pas au même ensemble de règles : à titre d'illustration, un dénigrement constitutif de concurrence déloyale peut également être saisi en tant qu'abus de position dominante ; de même, une rupture peut faire l'objet d'un double contrôle en application d'une règle du Titre IV et d'une disposition interdisant les pratiques anticoncurrentielles. Devant le juge judiciaire, des règles se rattachant au droit des pratiques anticoncurrentielles, au droit des pratiques restrictives ou à la concurrence déloyale, peuvent être invoquées concurremment dans une même instance.
200. **Réflexion coordonnée** - Dès lors, il est permis de penser que ces différents volets peuvent et même doivent donner lieu à une réflexion d'ensemble et que des influences réciproques peuvent être fructueuses⁴³⁹. Dans cette optique, la directive peut être le vecteur d'une évolution, au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, du droit de la concurrence dans son ensemble en vue d'un renforcement de la réparation des dommages concurrentiels. En sens inverse, il n'est pas interdit, tant que les mesures portées par la directive ne l'interdisent pas, de s'inspirer de solutions ayant déjà cours dans ces autres parties du droit de la concurrence. Cette approche unificatrice du droit de la concurrence est d'autant plus opportune qu'une même prétention peut être soutenue sur le fondement simultanément du droit des pratiques anticoncurrentielles et/ou du droit des pratiques restrictives et/ou de la concurrence déloyale.

⁴³⁹ V. en dernier lieu, M. CHAGNY, « Vers une unification du droit des restrictions verticales ? », CCC juin 2014, p. 36 et s.

Section 3 – La réparation des dommages concurrentiels comme condition d’efficacité économique de la responsabilité civile

201. **Prolongement** - L’ouverture proposée par la directive laisse présager de profondes modifications dans la manière dont on envisage sous l’angle du dialogue interdisciplinaire droit-économie les problèmes de responsabilité, notamment dans le cas d’un nombre élevé de victimes. Il importe de développer, d’un point de vue un peu plus général, les implications en termes d’économie du droit, sur le plan économique (incitation, recours et dissuasion et répartition du surplus) et juridique (représentation que l’on se fait de la responsabilité civile).
202. **Effectivité** – La question peut être opportunément abordée et traitée sous l’angle de l’effectivité des normes. Ce concept, étant à la fois économique et juridique, permet de sortir d’une opposition entre logique économique, d’un côté, arguments juridiques de l’autre, et ainsi de considérer, en même temps, les deux aspects du problème. En termes économiques, l’effectivité est la capacité du droit à fournir des incitations optimales afin que les règles soient respectées et que les compensations soient payées. Il s’agit ici de penser l’interaction entre existence des règles de droit et comportements individuels vis-à-vis de ces règles. En termes juridiques, l’effectivité renvoie assez naturellement à la question de savoir si les dispositifs juridiques sont cohérents entre eux et s’ils ne violent pas le principe d’effectivité des normes de l’Union européenne.

§1. Une approche économique de la responsabilité civile

Analyse économique du droit - L’analyse économique du droit ne pose pas directement la question de l’effectivité des normes dans la mesure où elle se concentre sur les problèmes d’efficacité. Pour autant, le sujet n’est pas ignoré. En témoignent les débats relatifs à l’utilisation de la responsabilité civile comme instrument d’internalisation des risques de dommages. Les études sur le sujet cherchent à décrire les mérites respectifs des différents systèmes de responsabilité civile fondés ou non sur la notion de faute. Mais, une fois ces mérites constatés au plan théorique, l’analyse se concentre sur les limites rencontrées en pratique. Les problèmes d’information du tribunal ainsi que les difficultés liées à la solvabilité des agents responsables ont ainsi souvent été mis en avant (voir par exemple Shavell, 1987). Il est, par ailleurs, une autre limite qui ramène directement à la question de l’effectivité et qui tient à la probabilité que l’agent responsable fasse l’objet d’une procédure.

203. **Incitation à la prévention** - Pour illustrer le propos, il est possible de raisonner à partir du cas le plus simple, à savoir celui d'un accident unilatéral avec niveau d'activité exogène (Deffains, 2000). Pour cela, on considère une situation où l'activité d'un agent impose un risque de dommages à des tiers, les victimes subissant une perte de montant D en cas d'accident. La probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. Soit $p(x)$ cette probabilité, où x représente l'effort de prévention de l'agent avec $p' < 0$ et $p'' > 0$. Les précautions de l'agent réduisent les bénéfices qu'il retire de son activité, ce coût de prévention étant dénoté par $C(x)$ avec $C' > 0$ et $C'' > 0$. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers :

$$\underset{x}{\text{Min}} CS(x) = C(x) + p(x)D \quad (1)$$

En supposant une solution intérieure à ce problème, l'effort de prévention socialement optimal x^* satisfait la condition de premier ordre :

$$C'(x^*) + p'(x^*)D = 0 \quad (2)$$

En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul.

Dans ce qui suit, on analyse le rôle de la responsabilité civile en tant que mécanisme d'incitation à la prévention. Dans certains cas, ce mécanisme réalisera l'optimum ; dans d'autres cas, le niveau de précaution sera sous-optimal. On suppose ici que l'activité générant les risques est socialement désirable quel que soit le degré de précaution de l'agent.

204. **Responsabilité sans faute** - Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est légalement responsable des dommages qu'il provoque, quel que soit par ailleurs le degré de précaution avec lequel il exerce son activité. L'agent générateur de risques fait alors face à la fonction de coût « sans faute » :

$$K_s(x) = C(x) + p(x)D \quad (3)$$

En supposant la neutralité au risque, l'agent minimise ce coût, ce qui implique qu'il adopte le niveau de précaution socialement optimal.

205. **Responsabilité pour faute** - Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent imposant les risques n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme ou standard de comportement « raisonnable » fixé par le

tribunal compte tenu des caractéristiques de la situation⁴⁴⁰. On suppose que la norme juridique est efficace, en ce sens qu'il correspond au niveau de précaution optimal. Dans ce cas, l'agent fait face à la fonction de coût « pour faute » :

$$K_f(x) = \begin{cases} C(x) + p(x)D & \text{si } x < x^* \\ C(x) & \text{si } x \geq x^* \end{cases} \quad (4)$$

Avec une telle règle, l'agent adoptera donc également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le tribunal : s'il ne respecte pas le niveau de précaution x^* , son coût privé se confond avec le coût social, ce qui n'est plus vrai à partir de x^* puisque le tribunal ne lui impute plus la charge des dommages. L'intérêt de l'agent est donc de respecter x^* de façon à minimiser son coût privé.

206. **Comparaison des règles de responsabilité** - Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le tribunal doit en effet être en mesure de fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal. Si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop élevée, l'optimum sera encore réalisé car son coût privé continuera d'être minimisé en x^* . En d'autres termes, l'équivalence des deux formes de responsabilité ne sera avérée que si le tribunal détient les informations permettant de fixer la norme de comportement en x^* . On peut remarquer que cette équivalence concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime de responsabilité retenu. Avec la responsabilité sans faute, l'agent générateur de risque supporte la totalité des coûts, avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

207. **Probabilité de saisine du juge** - Ce raisonnement soulève toutefois une difficulté immédiate en termes d'effectivité. En effet, il a été implicitement supposé tout au long de l'analyse que la probabilité de saisine du juge par la victime d'aller est égale à l'unité. Plus précisément, le problème du coût social pourrait être réécrit sous la forme :

⁴⁴⁰ Plusieurs méthodes peuvent être appliquées par le tribunal pour déterminer la norme légale : analyse coût-bénéfice, règle du juge Hand, principe du « bonus pater familias »,...

$$\underset{x}{\text{Min}} CS(x) = C(x) + qp(x)D$$

avec $q = 1$

Cette hypothèse n'est pas réaliste. De ce fait, on observera que si la probabilité est strictement inférieure à 1, les incitations à prévenir le dommage sont insuffisantes. Dans l'exemple retenu, l'effort sera strictement inférieur au niveau optimal. Il s'agit bien là d'une question d'effectivité dans la mesure où le signal reçu par l'agent à l'origine du risque s'avère inadapté. En pratique, il existe de nombreuses raisons de croire que la probabilité d'accéder au juge est strictement inférieure à 1. On peut bien entendu mettre en avant les contraintes financières de certains agents⁴⁴¹. Mais d'autres raisons peuvent également contribuer à réduire la probabilité d'agir en justice. On pense plus particulièrement à la dispersion des dommages. En effet, lorsqu'un très grand nombre de personnes sont atteintes si faiblement que personne n'a intérêt, individuellement, à mener l'affaire devant les tribunaux, il est clair que les incitations de l'agent générateur du risque sont très insuffisantes. Imaginons par exemple que 10000 personnes soient victimes d'un produit mis en vente par une seule entreprise et que seule la moitié de ses victimes décide d'aller devant le juge. Au mieux, les incitations seront inférieures de moitié à ce qui serait socialement souhaitable. Si l'on considère que le problème réside moins dans une contrainte financière des agents que dans la faiblesse de l'enjeu au niveau individuel, différents moyens d'actions existent pour rétablir l'effectivité de la norme juridique. Il s'agit notamment des politiques agissant sur D , par exemple par l'admission de dommages intérêts punitifs, ou de celles qui, comme la possibilité d'engager des actions collectives, influencent directement q .

208. **Action à dimension collective** – Il convient de remarquer que le problème de « sous-investissement au procès » par les victimes est d'autant plus important lorsque l'action comporte une dimension collective. En effet, dès lors que le défendeur subit une externalité négative lié au procès (le risque d'être poursuivi sur le même fondement par plusieurs victimes), il a intérêt à surinvestir dans le procès. Cela lui permet en effet de signaler à l'ensemble des victimes que la bataille judiciaire sera difficile. Au contraire, la victime seule n'investit qu'à hauteur de ses bénéfices attendus. Or, le décalage sera d'autant plus important que la victime percevra la défense agressive de l'auteur du dommage comme une probabilité

⁴⁴¹ Même si le service public de la justice garantit en principe l'accès au juge pour tous, les coûts d'une action en justice ne sont pas nuls si l'on considère les honoraires d'avocats, les frais d'expertises et un certain nombre de coûts divers. De ce fait, on comprend que certains puissent être dans l'incapacité d'agir. C'est précisément ce qui motive les politiques d'aide judiciaire que d'assurer la prise en charge de certains coûts par l'Etat.

plus faible d'une issue favorable. Un résultat classique en économie du droit veut d'ailleurs que l'aversion pour le risque influence négativement la probabilité d'aller devant le juge.

Le phénomène décrit est bien connu de la littérature consacrée à l'évaluation des règles de responsabilité civile. Il permet de comprendre l'importance de l'effectivité de la norme en matière économique et qui vaut tout autant en matière pénale. La question n'est alors plus simplement celle de l'indemnisation des victimes de dommages, mais, plus généralement, celle de la sanction optimale. Si la probabilité de détection est insuffisante (en particulier si les victimes ne portent pas plainte), les auteurs d'actes criminels ou délictueux peuvent être insuffisamment dissuadés.

§2. La prise en compte des actions collectives dans l'analyse économique

209. **Aperçu économique et juridique** - Les actions collectives peuvent constituer un moyen de corriger les défaillances du système de responsabilité lorsque les victimes sont dispersées et insuffisamment incitées à agir en justice. En pratique, ces actions permettent à un certain nombre de personnes qui ont les mêmes griefs contre un défendeur à les faire valoir par le biais d'une partie agissant à titre de représentant en agissant ensemble. Les personnes qui sont dans la même position vis-à-vis du défendeur peuvent constituer ensemble « un groupe de demandeurs », étant précisé que les victimes ont le droit de se joindre au groupe ou de ne pas y participer. Sous l'angle juridique, au lieu de procédures individuelles multiples, intentées par différents demandeurs qui soulèveraient les mêmes questions de fait et de droit contre un même défendeur, les actions de groupe permettent qu'un problème commun à de nombreux demandeurs soit réglé en une seule procédure devant le tribunal.
210. **Attraits des actions de groupe** - Les travaux d'analyse économique ont focalisé l'attention sur l'action de groupe en tant que mécanisme de régulation des risques dont les conséquences peuvent affecter un grand nombre de victimes (risques industriels, risques liés à la consommation de produits, risques environnementaux,...). Trois aspects essentiels de l'action de groupe ont pu être soulignés (Deffains, 2008). Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, l'action de groupe permettrait de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais de justice entre les nombreux membres du groupe, l'action collective assurerait un meilleur accès à la justice en rendant

possible des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, l'action de groupe servirait l'efficacité en faisant en sorte que les auteurs de dommages potentiels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence.

Toutefois, les actions collectives ne sont pas sans soulever elles-mêmes des difficultés. En particulier, elles sont des exemples typiques de biens publics où le risque de passer clandestin est important.

211. **Cession de créances** - Il est donc permis de s'interroger sur l'opportunité de procéder différemment, dans certaines circonstances, en ayant recours à un mécanisme de rachat de droits. Sur ce point, il semble opportun de distinguer selon que la difficulté contentieuse a trait à une relation consommateur/producteur ou à une relation inter entreprises), dans la mesure où, les enjeux ne sont pas de même nature, le nombre de victimes peut être très différent et leurs stratégies de défense peuvent diverger⁴⁴².

L'originalité dans l'affaire *Cartel Claim Damages* - du nom de la société à l'origine du procédé consistant à racheter les créances indemnitaires d'entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles – tient à l'existence d'un transfert de créances au profit d'un tiers, lequel transfert n'a, en principe, pas lieu d'être avec l'action collective. S'il en est plutôt à ses débuts, ce mécanisme apparaît de nature à favoriser le contentieux privé de la concurrence e créant un « marché des créances ».

212. **Mise en œuvre privée** – La mise en œuvre privée du droit de la concurrence, à titre de complément ou de substitut de l'action publique, est un sujet de recherche en économie du droit qui s'intéresse aux situations dans lesquelles les activités de détection et de poursuite devant la justice sont confiées aux parties privées. La décision continue, en principe, de relever d'un organe public, le plus souvent dans le cadre d'un jugement rendu par un tribunal, de sorte que le mécanisme privé se trouve limité à la mise en œuvre du droit.

⁴⁴² On imagine en particulier qu'une entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle menée par un concurrent puissant hésitera à le poursuivre en justice par crainte de mesure de rétorsion dans l'avenir ou simplement faute des moyens suffisants par rapport à son adversaire.

213. **Coût de la mise en œuvre publique** - En principe, ce type de dispositif apparaît inutile puisque le mécanisme public devrait être suffisant pour atteindre l'optimum⁴⁴³. En particulier, dans le domaine du droit de la concurrence, les autorités seraient en mesure de détecter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, à l'échelle de l'Union européenne, le choix a été fait historiquement de concentrer la mise en œuvre du droit de la concurrence au profit de la Commission, ce qui implique, bien entendu, une forte centralisation. Ce modèle a par ailleurs été assez largement dupliqué en ce qui concerne les autorités nationales de concurrence réunies, qui plus est, avec la Commission au sein d'un réseau (Réseau européen de concurrence dit REC).

Il incombe aux autorités de la concurrence de rechercher et de traiter l'information, de procéder à l'instruction des affaires, puis d'adopter une décision. Chacune de ces étapes implique un travail complexe et hautement qualifié, de sorte que la mise en œuvre du droit de la concurrence dans un tel contexte s'avère particulièrement coûteuse⁴⁴⁴.

214. **Avantages de la mise en œuvre privée** - Il s'agit de l'une des raisons qui a conduit la Commission à promouvoir une participation plus active des parties privées dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. La directive du 26 novembre 2014 s'inscrit sans conteste dans cette perspective. Si l'objectif affiché est d'améliorer l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, ce texte pose, plus généralement, la question des avantages du recours à un mécanisme de mise en œuvre privé.

D'une manière générale, les avantages liés à un tel mécanisme peuvent être regroupés en trois grandes catégories selon la littérature. En premier lieu, les victimes d'un dommage sont souvent les mieux placées pour identifier ceux ou celui qui en sont à l'origine. Non que des agents publics n'y parviendraient pas, mais les agents privés bénéficient d'avantages informationnels (Polinsky et Shavell, 2000). En second lieu, les incitations des agents privés peuvent être plus efficaces pour détecter et poursuivre les comportements à l'origine des dommages dans la mesure où ils sont directement motivés par le montant des dommages et intérêts qu'ils peuvent obtenir (Becker et Posner, 1974). Enfin, les coûts relatifs à la recherche et à la détection des comportements condamnables ainsi que les coûts des poursuites pourraient être plus faibles (Posner, 1970). Sur la base de ces différents arguments, la littérature s'est efforcée d'identifier les conditions de mise en œuvre optimale du droit. C'est

⁴⁴³ En supposant bien entendu que le régulateur recherche la maximisation du bien-être social.

⁴⁴⁴ On peut notamment remarquer que l'on considère largement qu'un grand nombre de cartels ne sont pas détectés par les autorités de la concurrence. Pour une synthèse des différents travaux et évaluations existants sur cette question, voir par exemple Combe, 2006.

ainsi par exemple que Garoupa et Klerman (2000) proposent un modèle général permettant de délimiter les champs respectifs des mécanismes privés et publics⁴⁴⁵.

Au regard de ces arguments de nature, à la fois, théorique et empirique, le recours à des mécanismes de mise en œuvre privé semble particulièrement adapté au droit de la concurrence. Demeure cependant la question de savoir dans quelle mesure le développement de tels mécanismes, qui participent, de fait, à une « marchandisation » des droits à réparation, ne heurtent pas les principes juridiques. Cet examen doit être effectué en s'attachant successivement à l'accroissement de l'effectivité et au renforcement de l'efficacité de la réparation des dommages concurrentiels.

⁴⁴⁵ Cependant, on doit noter qu'un certain nombre d'auteurs doutent que les sanctions civiles soient réellement efficaces contre les cartels. D'une part, car elles sont essentiellement fondées sur la réparation du préjudice. Or, même en ajoutant les sanctions civiles aux amendes, le niveau de sanction resterait inférieur à son niveau dissuasif (Combe, 2006). Plus fondamentalement, on comprend également que les sanctions civiles peuvent être un frein à la détection des cartels. En effet, l'un des dispositifs principaux de lutte anti-cartel est constitué des programmes de clémences qui permettent à certains membres des cartels d'obtenir l'immunité totale ou partielle devant les autorités de la concurrence. De plus en plus utilisés, ces programmes ont pour but de favoriser l'instabilité des cartels et donc de construire des incitations qui permettent leur autodissolution. On voit bien que, dans ce cadre, la perspective d'obtenir l'immunité est moins attrayante si l'entreprise sait qu'elle devra tout de même rembourser le préjudice subi par les consommateurs.

Chapitre I – Accroître l’effectivité de la réparation des dommages concurrentiels

215. Accroître l’effectivité de la réparation des dommages concurrentiels suppose de combiner plusieurs mesures destinées, selon les cas, à tenter de remédier à des obstacles radicaux ou encore à atténuer certaines difficultés susceptibles de dissuader les victimes d’agir en réparation.

Dans cette perspective, il convient de s’attacher, tout d’abord, dans la lignée des dispositions prévues par la directive, mais aussi bien au-delà, à différentes mesures relatives au temps dans la réparation des dommages concurrentiels (Section 1). Il importe également d’étendre les possibilités de mise en œuvre de la réparation (Section 2), mais aussi d’en encourager l’exercice par différents moyens (Section 3). Enfin, l’importance des difficultés d’ordre probatoire, doublée de la place que leur accorde la directive, conduit à s’intéresser à la question cruciale de l’accès aux preuves (Section 4).

Section 1 – Mieux gérer le temps dans la réparation des dommages concurrentiels	143
Section 2 – Etendre les possibilités de mise en œuvre de la réparation des dommages concurrentiels.....	153
Section 3 – Encourager la mise en œuvre des actions en réparation des dommages concurrentiels.....	163
Section 4 – Amoindrir les obstacles d’ordre probatoire à la réparation des dommages concurrentiels.....	171

Section 1 – Mieux gérer le temps dans la réparation des dommages concurrentiels

216. **Méthodes** - Au regard des dispositions prévues par la directive, des modifications doivent être apportées aux règles relatives à la prescription conduisant à un allongement du délai pour agir (§1). Cependant, il importe également de favoriser le développement des différentes procédures de résolution conventionnelle des litiges intéressant le droit de la concurrence (§2) et, de façon plus ciblée, d'envisager différents moyens de remédier à la longueur des procédures (§3).

§1. Modification des règles relatives à la prescription : vers un allongement du délai pour agir en réparation des dommages concurrentiels

217. **Délai de prescription** - Même si le droit français prévoit un délai conforme à l'exigence d'une durée de « *cinq ans au minimum* » prévue par la directive⁴⁴⁶, il sera nécessaire de modifier le droit positif en raison des dispositions de cette dernière destinées à retarder le point de départ du délai, dans plusieurs cas de figure.
218. **Point de départ** - S'agissant, tout d'abord, de la règle générale énoncée par la directive, en vertu de laquelle les délais « *ne commencent pas à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considérée comme ayant connaissance* » d'un certain nombre d'éléments⁴⁴⁷, sa rédaction apparaît assez proche de l'article 2224 du code civil, aux termes duquel le point de départ se situe au jour où « *le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Pourtant, il n'en sera pas moins nécessaire d'introduire une disposition spécifique au droit de la concurrence. Il faudra en effet, d'un côté, reprendre fidèlement les éléments précis dont la connaissance réelle ou raisonnable est cumulativement exigée pour

⁴⁴⁶ Art. 10 § 3 D.

⁴⁴⁷ Art. 10 § 2 D.

faire courir le délai⁴⁴⁸ et, de l'autre côté, décaler, ainsi que le prévoit la directive, le point de départ à la fin de l'infraction⁴⁴⁹.

Ces dispositions pourraient présenter une utilité dans le cas de la violation des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence, de sorte qu'il pourrait sembler souhaitable de consacrer un article spécifique du Code de commerce prenant place dans le Titre VII du Livre IV relatif aux « Dispositions diverses ».

219. **Délai butoir et effectivité** – Ensuite, l'exigence, énoncée par la directive, à propos de la clémence civile qu'elle admet⁴⁵⁰, d'un délai de prescription « *raisonnable et suffisant pour permettre aux parties lésées* », auxquelles interdiction sera faite, en principe, de rechercher la responsabilité civile du bénéficiaire de l'immunité, d'agir à l'encontre « *des autres entreprises impliquées dans la même infraction* »⁴⁵¹, n'est pas sans soulever des interrogations quant à sa transposition en droit français. La solution la plus évidente consiste à introduire une disposition spécifique à cette question dans la partie du Code de commerce consacrée aux pratiques anticoncurrentielles, mais elle risque de ne pas suffire, notamment en l'état de l'article 2232 du code civil prévoyant un délai butoir de vingt ans, courant à compter du jour de la naissance du droit, avec lequel peut se présenter un problème d'articulation. Au regard de ce cas particulier, mais aussi, plus largement, de la volonté que traduit la directive d'allonger le délai d'action, on peut se poser la question de savoir si le délai butoir est pleinement conforme aux exigences du droit de l'Union européenne. En effet, si l'un des considérants de la directive indique que « *les États membres devraient être en mesure de maintenir ou d'introduire des délais de prescription absolus applicables en général* », elle précise que cela vaut seulement « *pour autant que la durée de ces délais de prescription ne rende pas pratiquement impossible, ou excessivement difficile, l'exercice du droit à réparation intégrale* »⁴⁵². Pour ces différentes raisons, il est permis de se demander s'il ne faudrait pas compléter ce texte du code civil pour introduire une nouvelle exception dans le cas des actions en dommages et intérêts exercées en cas de pratiques anticoncurrentielles. En pareil cas, cela supposerait de compléter l'alinéa 2 de l'article 2232 énonçant d'ores et déjà différents cas dans lesquels le délai butoir n'est pas applicable.

⁴⁴⁸ Il s'agit « a) du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence; b) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice; et c) de l'identité de l'auteur de l'infraction ».

⁴⁴⁹ Comp. l'art.10 § 3 prop. Dir., selon lequel le délai ne commence pas à courir « *avant la date à laquelle une infraction continue ou répétée prend fin* ».

⁴⁵⁰ *Infra* n° 354.

⁴⁵¹ Art.11 § 3 *in fine*.

⁴⁵² Considérant 36.

220. **Actions consécutives** - En ce qui concerne, enfin, les mesures plus ciblées prévues par la directive nécessitant une intégration dans le droit français, il est nécessaire, d'intégrer une règle destinée à éviter le jeu de la prescription dans le cas des actions consécutives exercées après une procédure engagée dans la sphère publique⁴⁵³. Imposant une mesure de ce type, la directive laisse en revanche aux Etats membres le choix entre un cas particulier de suspension ou d'interruption⁴⁵⁴, ce qui implique de déterminer laquelle des deux options privilégier.

Le mécanisme de l'interruption présenterait assurément l'avantage d'un régime unitaire plus cohérent dans la mesure où c'est ce choix que le législateur français a déjà effectué dans le cas des actions de groupe⁴⁵⁵. Cependant, le fait que la suspension entraîne un allongement moindre du délai d'action⁴⁵⁶ pourrait conduire à préférer cette dernière solution⁴⁵⁷. La mise en œuvre de cette dernière solution pourrait donner lieu, soit à l'adjonction d'une disposition supplémentaire aux textes actuels aménageant une suspension (article 2239 bis ou article 2239 – II C. civ.), soit à l'introduction d'une règle dans le Code de commerce. Là encore, il est permis de s'interroger, en l'état du développement croissant des initiatives publiques en droit des pratiques restrictives de concurrence, sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun de prévoir que cette nouvelle disposition s'applique à l'ensemble du Livre IV du code de commerce.

221. **Suspension et règlements consensuels des litiges** - Il conviendra, par ailleurs, de modifier l'article 2238 du code civil prévoyant une suspension de la prescription en cas de recours à certains modes alternatifs de règlement des litiges limitativement énumérés (médiations, conciliations et conventions de procédure participative)⁴⁵⁸ afin d'étendre, comme le fait la

⁴⁵³ Pour des critiques formulées sur une telle mesure, v. S. AMRANI-MEKKI, « Inciter les actions (...) », art. préc., n° 32 à 34. Rapp. L.-B KREPPER, Réactions de la CCIP sur la proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles, 25 juin 2009, spéc. IX.

⁴⁵⁴ Art. 10 § 4. Comp. *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, prévoyant l'ouverture d'un nouveau délai de prescription de deux ans minimum commençant à courir le jour où la décision constatant l'infraction est devenue définitive.

⁴⁵⁵ Art. L. 462-7 al. 4 C. com. issu de la loi du 17 mars 2014 : « *L'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive.* »

⁴⁵⁶ Pour les effets respectivement attachés à la suspension et à la prescription, v. art. 2230 et 2231 C. civ.

⁴⁵⁷ La mise en œuvre de cette dernière solution pourrait donner lieu, soit à l'adjonction d'une disposition supplémentaire aux textes actuels aménageant une suspension (article 2239 bis ou article 2239 – II C. civ.), soit à l'introduction d'une règle dans le Code de commerce.

⁴⁵⁸ « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première*

directive ⁴⁵⁹, son domaine d'application à n'importe quelle « *procédure de résolution consensuelle du litige* »⁴⁶⁰. Cette mesure visant à favoriser le recours aux modes de résolution consensuelle des litiges, en évitant qu'en cas d'échec, l'action en justice soit prescrite, apparaît souhaitable au-delà du seul cas des pratiques anticoncurrentielles, dans l'ensemble du droit de la concurrence et même au-delà, tant le développement des voies de résolution consensuelle des litiges apparaît souhaitable, étant l'un des moyens de remédier à la longueur et au coût des procédures.

§2. Développement des procédures de résolution conventionnelle des litiges

222. **Dispositif lié à l'action de groupe** - La longueur des actions en justice, ainsi que d'ailleurs leur coût, constituent indéniablement un frein à la réparation des dommages concurrentiels. Aussi ne peut-on que se féliciter que le législateur, dans le cadre de l'action de groupe introduite en droit français par la loi Hamon du 17 mars 2014, ait prévu une place pour les modes alternatifs de règlement des litiges.
- S'il s'agit là d'un moyen de favoriser un règlement rapide des litiges, il convient aussi de s'assurer, *via* un contrôle approprié, que ces solutions, pour rapides qu'elles soient, pèchent du point de vue de l'efficacité, par un résultat très peu satisfaisant pour les victimes. Ainsi est-ce la raison pour laquelle les dispositions relatives à l'action de groupe prévoient un contrôle exercé par le juge.
223. **Favoriser et contrôler** - En dehors du dispositif spécifique à l'action de groupe et réservé, pour le moment, aux seuls consommateurs et au droit des pratiques anticoncurrentielles, il existe d'ores et déjà, en droit français, différents dispositifs permettant une résolution

réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois».

⁴⁴⁶ Art. 18 § 1, prévoyant la suspension du délai de prescription « *pendant la durée de la procédure de résolution consensuelle du litige* », ceci « *à l'égard des parties qui participent ou ont participé à ladite procédure ou y ont été représentées* ». S'y ajoute la possibilité offerte, « *sans préjudice des dispositions du droit national en matière d'arbitrage* », aux juridictions de suspendre la procédure pendant une durée ne dépassant pas deux ans (Art. 18 § 2 et § 3).

⁴⁶⁰ Comp. Art. 2238 C. Civ. et Art.18 § 1, ce dernier ne comportant aucune précision ni restriction. *Adde* la définition énoncée à l'Art. 4 – 21) : « *tout mécanisme permettant aux parties de parvenir à un règlement extrajudiciaire d'un litige relatif à la réparation d'un préjudice* » (souligné par nos soins).

consensuelle des litiges et qui vont de la transaction *interpartes* à l'arbitrage en passant, entre autres, par la médiation ou encore la conciliation. Il ne s'agit pas dans le cadre de cette étude de revenir en détail sur chacune de ces procédures, mais de mettre en lumière quelques éléments de nature à en favoriser, le cas échéant, l'utilisation dans le domaine du droit de la concurrence ainsi que d'éviter certains risques, accrus dans le cas où une asymétrie de puissance significative existe entre les parties au litige.

224. **Information et formation** - Tout d'abord, et s'agissant des modes de résolution requérant le concours des magistrats, il serait sans doute opportun de mieux faire connaître les différentes voies offertes par l'arsenal français actuel très étoffé, tant à destination des justiciables, de leurs avocats et des magistrats. Il ne suffit pas à cet égard d'informer, il faut aussi former et, le cas échéant, charger spécialement certains magistrats de ces questions. Cela est particulièrement vrai en première instance car un litige a vraisemblablement plus de chances d'être résolu de cette manière à ses débuts qu'après l'adoption d'une première décision frappée appel. S'il existe d'ores et déjà des formations de l'Ecole nationale de la magistrature ou encore des initiatives internes à certaines juridictions, celles-ci pourraient être amplifiées. A cet égard, l'exemple du tribunal de commerce de Paris en matière de conciliation pourrait mériter de faire école.

225. **Favoriser** – Il convient, ensuite de rendre, attractif le choix de rechercher une résolution consensuelle d'un litige de concurrence.

Dans cette perspective, il importe, comme le droit français le fait déjà et comme la directive requiert de le faire avec un champ d'application plus général, d'éviter que le fait de tenter de trouver une solution par un moyen conventionnel ne vienne priver, en cas d'échec, de l'action en justice en raison du jeu de la prescription⁴⁶¹.

Il est également opportun et désormais nécessaire, en raison des prescriptions de la directive⁴⁶², qu'une disposition précise l'incidence d'un règlement consensuel intervenu entre certaines des parties au litige sur l'ensemble des personnes impliquées dans celui-ci.

Il est permis de penser que ces différentes mesures portées par la directive quant aux modes consensuels de règlement des litiges gagneraient à s'appliquer de façon plus générale, au droit de la concurrence dans son ensemble et même au-delà. Dans cette perspective, les

⁴⁶¹ *Supra*, n° 229.

⁴⁶² Art. 19.

dispositions correspondantes pourraient être insérées dans le Titre III du Livre V consacré aux « Dispositions communes en matière de Résolution amiable des différends ».

Il devrait sans doute en aller autrement d'un autre texte qui pourrait être introduit dans le Code de commerce afin de prévoir, conformément à l'article 18 § 4 de la directive, que l'« *autorité de concurrence (puisse) considérer la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel et avant qu'elle n'ait adopté sa décision d'imposer une amende comme une circonstance atténuante* ». Une telle mesure ne semble pas présenter de réelle utilité en dehors du droit de la concurrence, même si elle pourrait trouver également à s'appliquer en ce domaine au droit des pratiques restrictives de concurrence au regard de l'amende civile ou de l'amende administrative. En revanche, elle peut effectivement sembler de nature à favoriser les mesures d'indemnisation dans le cadre d'une transaction *interpartes*.

Il n'est cependant pas certain qu'il soit nécessaire de compléter le texte de l'article L. 464-2 du code de commerce relatif aux sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence qui, dans son communiqué Sanctions du 16 mai 2011, évoque la possibilité de prendre en compte au stade de l'individualisation de la sanction différentes circonstances atténuantes. A moins que le législateur français n'entende imposer à l'Autorité de tenir effectivement compte d'une telle circonstance.

Il pourrait en être autrement si l'on souhaitait que cette mesure concerne également l'amende civile et les sanctions administratives prévues en cas de pratiques restrictives de concurrence et pour lesquelles une adjonction aux textes actuels serait requise⁴⁶³.

226. **Contrôler** - Si un contrôle judiciaire est opportun de façon générale, l'hypothèse qui retient le plus l'attention est à n'en pas douter la transaction appelée à intervenir *interpartes*.

Celle-ci présente un réel intérêt notamment dans l'hypothèse où une décision de concurrence est déjà intervenue, qu'il s'agisse de résoudre les questions d'indemnisation consécutive à la violation d'une règle de concurrence ou de rééquilibrer, le cas échéant, un contrat dont l'équilibre voulu par les parties s'est trouvé modifié considérablement par la décision de concurrence, celle-ci ayant, par exemple, abouti à la réduction très nette de la durée d'un engagement d'exclusivité, comme dans l'affaire de l'iPhone. Les dispositions du Code civil relatives à la transaction, qui permettent à l'heure actuelle un contrôle *a posteriori* sur le fondement du dol et de la violence, sont-elles suffisantes en présence de parties de forces très inégales ?

⁴⁶³ S'agissant de l'amende civile de l'article L. 442-6-III C. com., ce serait également l'occasion de fixer des directives à l'attention des juridictions afin d'en préciser le mode de calcul.

Il a pu être proposé, et il est vrai que certaines affaires, dans lesquelles la transaction elle-même a contrevenu au droit de la concurrence en instituant une rétroactivité condamnée par l'article L. 442-6 du code de commerce⁴⁶⁴, paraissent soutenir ce point de vue, de prévoir *a priori* un « *contrôle judiciaire des transactions afin de veiller à leur caractère équitable* »⁴⁶⁵. Il est vrai que certains exemples étrangers vont en ce sens⁴⁶⁶. Cela étant, imposer un dispositif d'homologation judiciaire des transactions, même en les limitant aux consommateurs et aux professionnels se trouvant en situation de déséquilibre, ne va pas sans inconvénients : d'une part, comme cela est admis par l'auteur lui-même, en nécessitant « *un examen préalable potentiellement complexe* » destiné à déterminer s'il y a lieu ou non, au regard des rapports de force en présence, de faire jouer la procédure d'homologation ; d'autre part, cela ajoute aux missions des juridictions judiciaires déjà fort amples. Peut-être, dans le cas des transactions conclues entre professionnels, pourrait-on se contenter d'un contrôle *a posteriori* qui pourrait être conduit sur le fondement d'une règle telle que celle appréhendant le déséquilibre significatif. A moins que l'on envisage de confier à la Commission d'examen des pratiques commerciales, sous réserve de renforcer les moyens de cet organe, le soin de donner un avis *a priori* sur le caractère non manifestement déséquilibre de la transaction qui lui serait soumise.

§3. Moyens de remédier à la longueur des procédures de réparation des dommages concurrentiels

227. **Réduire ou anticiper** - Outre le développement des MARL, d'autres moyens peuvent être envisagés à l'effet, selon le cas, de réduire la longueur des procédures de réparation des dommages concurrentiels (A) ou d'anticiper partiellement, par une mesure provisoire, la réparation à intervenir (B).

A. Réduire la durée des procédures de réparation des dommages concurrentiels

228. **Fixation du calendrier de procédure** - Tout d'abord, et comme la proposition en a été faite

⁴⁶⁴ Il s'agit de la bien connue affaire Galec.

⁴⁶⁵ En ce sens not. R. AMARO, th. préc., n° 294.

⁴⁶⁶ V. notamment l'exemple du Québec, art. 508.1 al. 4 du CPC pour les recours individuels et art. 1025 du CPC pour les recours collectifs. B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, sous la dir. de L. ARCELIN et K. DIAWARA, Université de la Rochelle et Université de Laval, 2014.

par l'actuel Président du Tribunal de commerce de Paris lors des premiers Entretiens de la concurrence organisés par cette juridiction le 12 septembre 2014, il serait opportun que les juridictions consulaires disposent de la possibilité de fixer d'autorité, en cas de désaccord des parties, un calendrier de procédure, ce qui nécessiterait la modification de l'actuel article 446-2 du code de procédure civile⁴⁶⁷. Aux termes de cette disposition spécifique à la procédure orale, « *lorsque les débats sont renvoyés à une audience ultérieure, le juge peut organiser les échanges entre les parties comparantes. Si les parties en sont d'accord, le juge peut ainsi fixer les délais et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces* »⁴⁶⁸. Le changement de rédaction, consistant à supprimer la condition tenant à l'accord des parties, permettrait à n'en pas douter d'accélérer le cours des procédures et ce, bien au-delà des seules affaires de concurrence.

229. **Punir et réparer ?** - S'agissant, plus spécifiquement, du droit des pratiques anticoncurrentielles, il convient de souligner que certaines mesures de la directive, consistant, d'un côté à restreindre temporairement l'accès aux dossiers de l'autorité nationale de concurrence et, de l'autre, à reconnaître à ses décisions de condamnation un effet liant, devraient inciter fortement les victimes à préférer, plus encore qu'à l'heure actuelle, introduire les actions en réparation, non pas parallèlement à une procédure devant l'autorité de concurrence, mais consécutivement à celle-ci.

Ce développement inéluctable des actions consécutives présente cependant un inconvénient tenant à l'allongement parfois très significatif de la durée de la procédure, comme l'illustrent certains contentieux introduits devant l'Autorité de la concurrence⁴⁶⁹. Aussi peut-on s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun de recourir à un mécanisme renforçant l'effectivité des actions consécutives en les accélérant. Cela supposerait que l'organe appelé à statuer au titre de l'action publique puisse également se prononcer sur l'action privée, comme c'est le cas du juge répressif qui statue également sur le montant des dommages et intérêts alloués aux victimes d'infractions.

Si l'idée a été émise depuis longtemps de confier cette double mission à une juridiction judiciaire spécialisée⁴⁷⁰, il reste que telle n'est pas la voie retenue en droit français. Le choix y

⁴⁶⁷ F. GENTIN, Propos tenus lors des Entretiens de la concurrence organisés par le Tribunal de commerce de Paris, le 12 septembre 2014.

⁴⁶⁸ Souligné par nos soins.

⁴⁶⁹ Outre les affaires très connues de la téléphonie mobile ou encore des Parfums, on peut citer l'affaire Lectiel : v. Paris, Pôle 5 ch. 10, 27 juin 2012, RG n° 10/18278, CCE 2013, comm.6, obs. M. CHAGNY.

⁴⁷⁰ V. notamment C. LUCAS DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », RJ Com., 1992, p. 273 et s., spéc. p. 280 et s.

a été fait d'instituer une autorité administrative indépendante n'ayant pas compétence pour se prononcer sur les sanctions civiles. A cet égard, et compte tenu précisément de la nature administrative de l'autorité spécialisée, il est permis de ne pas partager le point de vue selon lequel celle-ci devrait aussi se préoccuper de l'indemnisation des victimes, ce qu'elle ne souhaite d'ailleurs pas en tant que gardienne du bon fonctionnement des marchés⁴⁷¹.

A également été évoquée, plus récemment, une solution, inspirée du droit anglais : il s'agirait, à l'instar de la possibilité reconnue au *Competition Appeal Tribunal* de se prononcer, en même temps qu'il examine les recours formés à l'encontre de l'autorité britannique de concurrence (*Office of Fair Trading* initialement et désormais *Competition Market Authority*), sur les sanctions civiles, de permettre à la Cour d'appel de Paris de se prononcer, à la fois, sur l'action privée et sur le recours formé à l'encontre de la décision de l'Autorité de la concurrence⁴⁷². Cette solution présenterait assurément l'avantage d'accélérer le traitement du litige sur le plan civil, sauf cependant à regretter qu'elle prive les justiciables d'un degré de juridiction. En outre, elle rendrait plus que jamais nécessaire de renforcer les moyens financiers et humains octroyés à la cour d'appel de Paris⁴⁷³.

B. Anticiper la réparation à intervenir par une mesure provisoire d'urgence

230. **Possibilités** - Une autre voie pour réduire les inconvénients attachés à la longueur des procédures consiste à développer les mesures d'urgence, qui revêtent une grande importance en droit de la concurrence, en exploitant davantage les dispositifs existant voire en adoptant des mesures spécifiques au droit de la concurrence.

231. **Droit commun et référé-provision** - Au regard des dispositifs existant en droit commun de la procédure civile, on peut notamment souligner les avantages potentiels du référé-provision, particulièrement dans le cas d'un contentieux consécutif. En effet, ce type de référé peut permettre l'obtention d'une provision à valoir sur le paiement à venir d'une obligation, à condition que celle-ci ne soit pas sérieusement contestable, mais sans avoir à établir une situation d'urgence.

Sans doute cette procédure n'est-elle pas limitée à l'hypothèse d'une action consécutive et

⁴⁷¹ Comp. A. MASSON, « "Private Enforcement" vertical et horizontal : les difficultés d'une conciliation », RLC, 2006/7, p. 79.

⁴⁷² AFEC, *Observations formulées sur la consultation de la Commission sur les recours collectifs*, 2011, p. 17.

⁴⁷³ *Infra* n° 261.

certaines pratiques contraires au droit des pratiques anticoncurrentielles ou, plus largement, au droit de la concurrence dans son ensemble, peuvent autoriser l'exercice avec succès d'un référé-provision.

Cela étant, lorsque la victime est en mesure de se prévaloir d'une décision de condamnation d'une autorité de concurrence, sa tâche devrait s'en trouver facilitée. Elle pourrait ainsi obtenir par anticipation, sans avoir à attendre la fin du contentieux judiciaire engagé au fond, le paiement d'une partie des dommages et intérêts auxquels elle prétend. Au regard des difficultés d'évaluation des dommages concurrentiels, il semble peu probable et peu souhaitable que la provision allouée corresponde à la totalité de la créance indemnitaire invoquée.

Plus largement, on peut souhaiter voir renforcer, même s'il existe déjà des sessions organisées par l'Ecole nationale de la magistrature, la formation des juridictions spécialisées en matière de mesures d'urgence ou, à l'inverse, la formation des juges des référés au droit de la concurrence, selon que l'on décide de soustraire les référés à la compétence des seuls juges spécialisés ou, au contraire, de soumettre ces procédures à la spécialisation⁴⁷⁴.

232. **Mesures spécifiques au droit de la concurrence** – Au vu des constatations précédemment effectuées quant à l'utilisation des procédures de référé et de l'importance cruciale, en ce domaine, de disposer de mesures provisoires en urgence, il est permis de se demander s'il ne serait pas opportun d'édicter une règle spécifique au droit de la concurrence. Une telle disposition existe déjà dans le cas des pratiques restrictives de concurrence⁴⁷⁵, mais son utilité se limite, du fait de l'assujettissement, par la jurisprudence, du référé-concurrence aux exigences du référé de droit commun, à la possibilité d'action reconnue sur ce fondement au ministre de l'Economie. On pourrait imaginer étendre le domaine d'application de ce texte au-delà des seules pratiques énoncées à l'article L. 442-6 du code de commerce pour l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence ainsi que pour les pratiques anticoncurrentielles. Si tel était le cas, on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'assouplir les conditions prescrites pour les référés de droit commun.

Par ailleurs, il serait souhaitable de lever l'incertitude existant à l'heure actuelle sur le point de savoir si les procédures de référé sont ou non soumises à la mesure de spécialisation prévue pour les pratiques anticoncurrentielles et pour les pratiques visées à l'article L. 442-6

⁴⁷⁴ *Infra* n° 257.

⁴⁷⁵ Art. L. 442-6-IV C. com.

du code de commerce⁴⁷⁶.

Section 2 – Etendre les possibilités de mise en œuvre de la réparation des dommages concurrentiels

233. **Pallier l'inaction des victimes directes.** – Compte tenu de l'importante difficulté tenant à l'inaction de victimes directes dans nombre de cas, soit que l'enjeu individuel du litige soit faible (dommage de masse et phénomène d'apathie rationnelle), soit que les professionnels victimes s'abstiennent d'agir par crainte de représailles commerciales, l'élargissement du cercle des personnes investies du droit de demander réparation des dommages concurrentiels est un impératif pour un système juridique en quête d'effectivité.

Si le législateur français s'est attaché, dans la période récente, à remédier à ce problème majeur en introduisant une véritable action de groupe en droit français, il reste que ce dispositif peut encore être perfectionné en vue d'améliorer son adaptation à la réparation des dommages concurrentiels (§1). En outre, même reconfiguré dans le futur, il ne saurait suffire et doit être complété par le renforcement des dispositifs de défense de l'intérêt collectif et de l'intérêt général (§ 2).

§1. Perfectionner le dispositif de l'action de groupe en vue d'une meilleure adaptation à la réparation des dommages concurrentiels

234. **Améliorations envisageables** – Si l'on peut se féliciter que le législateur ait enfin introduit l'action de groupe en droit français et que son périmètre ait été étendu au droit des pratiques anticoncurrentielles, il n'en est pas moins permis de mettre en évidence certaines possibilités d'amélioration pour le futur, notamment à la lumière de la Communication et de la Recommandation publiées par la Commission européenne le 11 juin 2013⁴⁷⁷. Trois aspects méritent plus particulièrement l'attention, à savoir l'extension du domaine (A), la nécessité de

⁴⁷⁶ *Infra* n° 257.

⁴⁷⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs » ; recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation prévus dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'UE.

reconsidérer à plusieurs égards les moyens attachés à l'action de groupe (B) et la résolution de certaines difficultés éludées par le dispositif actuel (C).

A. L'extension du domaine de l'action de groupe

235. **Entreprise et droit de la concurrence** - Il est, tout d'abord, permis de souhaiter que le domaine de l'action de groupe soit étendu au droit de la concurrence dans son ensemble et que son bénéfice soit élargi aux entreprises. En effet, s'abstenir d'agir en justice n'est pas l'apanage des consommateurs, mais concerne aussi les entreprises et en particulier les PME⁴⁷⁸. Ainsi la recommandation de la Commission européenne préconise-t-elle d'ouvrir l'action de groupe aux « *différents domaines dans lesquels le droit de l'UE confère des droits aux citoyens et aux entreprises* ». Ce regret, s'il n'est pas propre au droit de la concurrence, prend des reliefs particuliers en cette matière, compte tenu de l'asymétrie de puissance pouvant exister entre l'auteur des pratiques et les entreprises victimes. Par ailleurs, l'action de groupe peut s'avérer utile en droit des pratiques restrictives de concurrence lorsque les partenaires d'un même fournisseur ou distributeur s'abstiennent d'agir par crainte de représailles commerciales.

Cela supposerait d'introduire des dispositions relatives à l'action de groupe, actuellement exclusivement insérées dans le Code de la consommation, dans le Code de commerce dans les dispositions générales du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. A moins que l'on préfère, comme cela a été suggéré, l'implanter, de façon plus générale, dans le code de procédure civile⁴⁷⁹.

B. Les moyens à reconsidérer de l'action de groupe

236. **Deux piliers** - L'action de groupe telle qu'elle a été conçue par le législateur français repose sur deux piliers, à savoir, d'un côté, les associations de consommateurs qui sont bien sûr à l'initiative de l'introduction de l'action, mais qui ont aussi un rôle essentiel dans la diffusion de l'information, et de l'autre côté, le juge judiciaire pourvu d'un rôle central dans le

⁴⁷⁸ S. PIETRINI, th. préc., n° 117, p. 155-156.

⁴⁷⁹ S. AMRANI-MEKKI, « Le code de la consommation à l'épreuve des recours individuels et collectifs », article préc.

dispositif. Cependant, les choix faits à leur égard peuvent laisser craindre une insuffisance des moyens et conduire à suggérer de reconsidérer ceux-ci.

237. **Organes de représentation (moyens humains et financiers)** - Quant aux moyens des organes de représentation, le monopole conféré aux associations de défense des consommateurs, représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 411-1 du code de la consommation⁴⁸⁰, devrait sans doute être repensé, même si cette orientation restrictive répondait à la volonté « *d'éviter les abus dans l'usage de cette action* », sous la forme de « *demandes fantaisistes* » ou encore de « *procédures dilatoires instrumentalisées par un concurrent* »⁴⁸¹. En effet, compte tenu du petit nombre d'associations satisfaisant les exigences légales, on pourrait craindre que celles-ci n'engagent qu'un nombre très limité de recours collectifs, en opérant une sélection dans les affaires qu'elles entendent initier⁴⁸². Cela est d'autant plus à craindre que ces associations disposent de ressources financières limitées et que la loi du 17 mars 2014, si elle n'a pas ignoré la question du financement des actions, ne l'a pas totalement réglée⁴⁸³. Comme le soulignait le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, l'association « *peut avoir à faire face à une très lourde charge de travail dans le cadre d'une action de groupe* ».

A cela il a été ajouté que, le droit des pratiques anticoncurrentielles constituant un contentieux assez complexe, on peut s'interroger sur le point de savoir si certaines associations disposent d'une compétence suffisante en la matière⁴⁸⁴.

L'extension du bénéfice de l'action de groupe aux entreprises pourrait être l'occasion de reconsidérer, à la lumière des premières expériences, le choix fait à cet égard en ce qu'il faudrait, à tout le moins, élargir la faculté d'initiative à des associations et syndicats professionnels.

238. **Moyens (dossiers concernés)** - Un autre progrès nous semble devoir être réalisé quant au choix fait, pour le moment, de limiter les possibilités d'action de groupe en droit des pratiques

⁴⁸⁰ Art. L. 423-1 C. conso.

⁴⁸¹ N. HOMOBONO, « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », article préc., n° 34 et 36.

⁴⁸² B. LEHAIRE, th. préc., p. 153 : « *il est à craindre ... une limitation du nombre des actions de groupe en fonction des choix de l'association de consommateurs* ».

⁴⁸³ Art. L. 423-3-4 C. consom., conférant au juge la faculté d'ordonner « le paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association », en ce compris ceux liés au recours aux services d'un membre d'une profession judiciaire réglementée. En revanche, aucune disposition n'est prévue en ce qui concerne le financement de l'action par un tiers. Comp. La recommandation de la Commission, en ses points 14 à 16 et 32. V. B. LEHAIRE th. préc., n° 166 et s.

⁴⁸⁴ S. PIETRINI, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », Gaz. Pal. 3 septembre 2013.

anticoncurrentielles aux seuls cas ayant donné lieu à une condamnation par une autorité de concurrence. Ce faisant, l'initiative des entités investies du droit d'agir est assujettie aux poursuites mises en œuvre par les autorités de concurrence et par les options procédurales adoptées par ces dernières. Autant il apparaît opportun de faciliter, ainsi que le fait la loi, les actions collectives de suivi, autant le fait d'empêcher toute action de groupe introduite de façon indépendante n'emporte pas la conviction⁴⁸⁵ et ne correspond d'ailleurs pas aux préconisations de la Commission européenne dans sa recommandation⁴⁸⁶. Elle mérite d'être reconsidérée dans la mesure où comme l'a montré l'étude du contentieux individuel des pratiques anticoncurrentielles, certaines affaires, à l'instar de celles afférentes à des pratiques verticales se matérialisant dans des documents contractuels et ayant déjà donné lieu à une pratique décisionnelle bien affermie, se prêtent bien à un contentieux indépendant. Une évolution sur ce point apparaît d'autant plus souhaitable que la solution actuelle interdit toute action de groupe dès lors qu'aucune violation des règles de concurrence n'a été constatée dans une procédure de concurrence et ceci quelle qu'en soit la raison. Cela vaut en particulier en présence de décisions d'acceptation d'engagements⁴⁸⁷ : si de telles décisions mettent fin aux agissements à l'origine des « *préoccupations de concurrence* » pour le futur, ceux-ci ont néanmoins pu causer des préjudices pour la réparation desquels la loi ferme la porte aux recours collectifs.

Cette limitation radicale à l'exercice de l'action de groupe semble d'autant plus devoir être reconsidérée qu'elle pourrait être critiquée au regard de l'effectivité du droit à réparation ouvert aux victimes, impératif que les Etats membres sont tenus de respecter⁴⁸⁸.

Au demeurant, cela deviendrait inéluctable si l'on étendait le champ de l'action de groupe, au-delà du droit des pratiques anticoncurrentielles, à l'ensemble du droit de la concurrence.

239. **Juridictions compétentes** - Des progrès peuvent également être réalisés en ce qui concerne les juridictions. La loi Hamon, en son article 2, a donné compétence à tous les tribunaux de grande instance alors qu'il peut sembler préférable, au moins dans le domaine du droit des

⁴⁸⁵ M. CHAGNY et V. PIRONON, « Les recours collectifs en droit du marché », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 205.spéc. n°16 et 17. V. aussi B. LEHAIRE, th. préc., p. 153 ; S. PIETRINI, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », art. préc.

⁴⁸⁶ Comm., Recommandation préc., Pt 33 : la Commission européenne n'y exclut pas l'exercice d'actions autonomes, mais préconise que la juridiction saisie « évite de statuer en contradiction avec la décision que l'autorité publique envisage de prendre » lorsque cette dernière a engagé une procédure après l'introduction d'un recours collectif.

⁴⁸⁷ Art. 9 du Règlement 1/2003 du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2002 et Art. L. 464-2 C. com.

⁴⁸⁸ CJCE 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage* et 13 juill. 2006, aff. C-295/04, *Manfredi*. V. aussi l'article 3 de la directive.

pratiques anticoncurrentielles déjà soumis à une spécialisation, de réserver la connaissance des actions de groupe à un nombre limité de juridictions disposant, tout à la fois, des moyens de traiter des contentieux de masse et d'un volume suffisant de dossiers en la matière⁴⁸⁹. Au demeurant, la spécialisation en ce domaine pourrait opportunément être complétée sur le plan des moyens humains et financiers⁴⁹⁰.

C. Résoudre des difficultés éludées dans le dispositif actuel

240. **Omission** - On peut regretter que le dispositif actuel ait fait l'impasse (volontairement ou non) sur certaines difficultés auxquelles il faudrait s'efforcer de remédier dans une perspective de perfectionnement de l'action de groupe. Elles se rattachent selon les cas au contexte international de l'action ou bien à la démonstration et à l'évaluation du préjudice concurrentiel.

241. **Contexte international** - Tout d'abord, il est permis de regretter que la loi, bien qu'elle permette l'exercice d'un recours collectif en prenant appui sur une décision adoptée dans un autre Etat-membre, ne semble pas envisager la possibilité que des personnes susceptibles d'être concernées par l'action de groupe puissent être domiciliées en dehors de la France.

En outre, et plus largement, la nouvelle action soulève nombre d'interrogations relatives à sa mise en œuvre dans un contexte international, les difficultés en pareil cas étant accentuées par le caractère collectif de l'action ainsi que par la possibilité que des recours individuels subsistent. Ainsi peut-on se demander de quelle manière s'appliqueront les règles de litispendance et de connexité en présence de plusieurs recours collectifs diligentés « *pour les mêmes faits* » dans des Etats distincts⁴⁹¹.

Enfin, et de façon très pratique, si la loi a permis qu'un recours collectif puisse être diligenté sur le fondement d'une décision rendue par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre, rien ne semble avoir été prévu quant aux difficultés liées à la traduction d'une décision généralement assez longue en droit des pratiques anticoncurrentielles et libellée dans une langue utilisée dans l'un des vingt-sept pays de l'Union européenne.

⁴⁸⁹ V. soulignant les difficultés en la matière L. FRANCOIS-MARTIN et I. DAULOUEDE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », CCC 2014, n° 5, dossier 5 ; C. NOURISSAT, « L'action de groupe, c'est maintenant (ou presque...) », *Procédures*, 2014, n° 5, repère.

⁴⁹⁰ *Infra* n° 262 et s.

⁴⁹¹ Pour des développements, v. M. CHAGNY et V. PIRONON, « Les recours collectifs en droit du marché », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 205.

242. **Préjudice concurrentiel** - Si l'article L. 423-3 al 3 du Code de la consommation indique que le juge doit prendre les mesures d'instruction légalement admissibles, cela a été qualifié de « *précision symbolique* »⁴⁹². Or l'accès aux preuves est une question cruciale en matière de pratiques concurrentielles⁴⁹³, même si, en l'état de la limitation de l'action de groupe aux seuls recours consécutifs à une décision de condamnation rendue par une autorité de concurrence, la démonstration requise porte sur l'identification et l'évaluation du préjudice réparable. Les difficultés en la matière pourraient inciter à traduire dans le droit positif une proposition visant à reconnaître la spécificité du préjudice concurrentiel de consommation et à le doter d'un régime spécifique⁴⁹⁴.

§2. Renforcer les dispositifs de défense d'un intérêt collectif ou de l'intérêt général

243. **Voies d'amélioration** – Il existe d'ores et déjà, en droit français, des dispositifs destinés à assurer la prise en compte de l'intérêt collectif ou de l'intérêt et qui reposent, dans un cas, sur l'initiative d'un groupement tel qu'une association de consommateurs ou une organisation professionnelle (A) et, dans l'autre, sur celle du ministère public ou du ministre de l'Economie (B). Des améliorations sont concevables dans les deux hypothèses, à plusieurs titres.

A. Développer les prérogatives des groupements de défense d'un intérêt collectif

244. **Organisations professionnelles et associations de consommateurs** - Une réflexion mérite d'être engagée en vue d'étoffer les possibilités d'agir reconnues à des groupements de défense d'un intérêt collectif, qu'il s'agisse des organisations professionnelles ou des associations de consommateurs.

A l'heure actuelle, l'article L. 470-7 du code de commerce dispose que « *les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour*

⁴⁹² B. LEHAIRE, th. préc., p. 187.

⁴⁹³ *Infra* n° 262 et s.

⁴⁹⁴ B. LEHAIRE, th. préc. Pour un développement sur ce point, *infra* n° 301 et s.

les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de la concurrence ». Même s'ils sont (trop) rares, quelques cas témoignent de l'utilité que de telles prérogatives peuvent présenter, en complément de l'action de victimes directes ou en l'absence de celles-ci. Ainsi un jugement du tribunal de commerce de Paris a-t-il fait droit à la demande formée par un syndicat professionnel de défense de l'industrie Hôtelière à l'encontre de plusieurs exploitants de sites de réservations en ligne et de prestations relatives aux voyages afin d'obtenir l'allocation de dommages et intérêts au titre des frais engendrés pour le Syndicat pour obtenir la cessation des pratiques et au titre de l'atteinte portée aux intérêts collectifs de la profession⁴⁹⁵. Une difficulté peut cependant se présenter dans le cas où une pratique donnée a porté atteinte, non pas à l'ensemble de la profession concernée, mais seulement à une partie de ses membres.

Il serait souhaitable que les dispositions de l'article L. 470-7 reconnaissent plus nettement le rôle possible des groupements professionnels, en leur permettant d'agir, tant en défense de la loyauté que de la liberté de la concurrence (à laquelle se réfère le droit des pratiques anticoncurrentielles), pour l'atteinte causée au secteur qu'ils représentent.

Les prérogatives ainsi reconnues pourraient, en outre, être élargies à la faculté de demander la cessation des pratiques, à l'instar de celles attribuées par les articles L. 421-2 et L. 421-6 du code de la consommation⁴⁹⁶ aux associations de consommateurs⁴⁹⁷, investies de la possibilité d'agir devant les juridictions civiles afin de faire cesser ou interdire un certain nombre de pratiques contrevenant aux règles de consommation. Il pourrait également être opportun, au regard de la place du consommateur dans le droit de la concurrence, d'étendre les prérogatives des associations de consommateurs aux hypothèses de violation des règles de concurrence.

⁴⁹⁵ T. com. Paris, 15^e ch., 4 octobre 2011, *Synhorcat et a. / Expedia et a.*

⁴⁹⁶ Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée. Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. Les associations et les organismes mentionnés au premier alinéa peuvent également 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.

⁴⁹⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2005/2, p. 39 et s., spéc. p. 40 et 41, n^o 4 et s.

B. Améliorer le cadre des initiatives conduites dans l'intérêt général

245. **Extension et réduction du droit d'action** - De façon alternative ou complémentaire au développement des initiatives susceptibles d'être prises par des groupements de défense d'un intérêt collectif, on pourrait songer à conférer au ministre de l'Economie le droit de saisir les juridictions civiles et commerciales au titre des pratiques anticoncurrentielles, sur le modèle du système institué à l'article L. 442-6-III, pour les pratiques restrictives de concurrence énumérées à l'article L. 442-6 du Code de commerce et qui, après de fortes contestations, tant sur le plan constitutionnel que sur le fondement de la convention européenne des droits de l'homme, a été conforté successivement, par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et, en dernier lieu, par la Cour européenne des droits de l'homme. Comme cela a déjà été souligné, une telle faculté serait particulièrement utile dans le cas où le législateur français déciderait, en parallèle, de réactiver au moyen d'une réécriture du texte l'interdiction des abus de dépendance économique qui a été conçue, à l'instar de plusieurs dispositions de l'article L. 442-6 C.com, pour des hypothèses de déséquilibre contractuel de nature à dissuader la victime des pratiques d'agir en justice⁴⁹⁸. En sens inverse, on pourrait mettre en doute l'utilité du droit d'action dont dispose actuellement le ministre de l'Economie en ce qui concerne les ruptures brutales dans la mesure où, comme on l'a vu, celles-ci sont très largement dénoncées en justice par les partenaires évincés ou leurs liquidateurs.

Ces prérogatives s'ajouteraient à celles déjà envisagées en ce qui concerne la cessation des pratiques⁴⁹⁹ et pourraient être réunies au sein de l'actuel article L. 470-5 du Code de commerce prévoyant la possibilité pour le ministre de l'Economie de déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience ainsi que de produire procès-verbaux et rapports d'enquête.

Il ne nous semble pas opportun d'exclure de ces prérogatives la possibilité de demander à la juridiction de prononcer une amende civile⁵⁰⁰, mais seulement de prévoir que celle-ci n'a pas lieu de s'appliquer dans l'hypothèse où une autre sanction répressive a déjà été infligée et

⁵⁰¹ « Quel droit français et européen de la distribution : approche prospective », in *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, Lamy droit des affaires, suppl. Juin 2013. V. à ce propos, la proposition d'amendement formulée par l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., 15-A-06, 31 mars 2015) à l'attention du législateur en vue d'être intégré en cours d'élaboration de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances ; M. Chagny, « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits ? », AJCA avril 2015, p. 3.

⁴⁹⁹ *Supra* n°231.

⁵⁰⁰ Comp. R. AMARO, th. préc., n° 203.

qu'elle devrait venir en déduction d'une telle sanction dans l'hypothèse – peu vraisemblable au demeurant – où une autorité de concurrence serait saisie postérieurement des mêmes agissements sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles.

En revanche, et au vu de la quasi-absence d'utilisation, par le Ministère public, des pouvoirs actuellement reconnus sur le fondement de l'article L. 442-6-III, on pourrait réserver ces prérogatives au ministre de l'Economie tant pour le droit des pratiques restrictives que pour le droit des pratiques anticoncurrentielles.

246. **Cadre plus précis.** – L'aménagement ainsi effectué des prérogatives au bénéfice du ministre de l'Economie devrait s'accompagner d'un cadre plus précis quant à ses pouvoirs en prenant appui sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. Cela impliquerait d'introduire des précisions d'ordre général quant aux prérogatives correspondant ordinairement à celles de la victime directe ainsi que des précisions plus spécifiques en ce qui concerne le régime de l'amende civile et la répétition de l'indu.

Une clarification devrait, de surcroît, être apportée en ce qui concerne la réparation *stricto sensu*, dans la mesure où à l'heure actuelle, la rédaction du texte est ambiguë, prévoyant que « *la réparation des préjudices causés peut être demandée* ». Il serait sans doute préférable de laisser à la victime directe, *via* une action individuelle ou un recours collectif, le soin de demander réparation du préjudice par elle subi et de cantonner la possibilité pour le ministre de demander réparation du préjudice dans l'intérêt général.

247. **Sanctions administratives et/ou CEPC** – Reste la possibilité controversée, désormais reconnue à la DGCCRF, de prononcer des sanctions administratives au titre de certaines pratiques et d'ordonner, de façon plus large, des injonctions administratives. Sans méconnaître l'impératif d'effectivité auquel ces nouveaux pouvoirs ont visé à répondre, il est permis de penser qu'une dérogation à la compétence des juridictions administratives aurait été bienvenue, tant le juge administratif n'apparaît pas comme le juge naturel des contrats de droit privé dans lesquelles les pratiques ainsi sanctionnées prennent place. Redonner compétence en la matière aux juridictions judiciaires serait d'autant plus opportun que celles-ci, contrairement aux juges administratifs, sont désormais familières avec la matière des pratiques restrictives de concurrence et qu'en outre, cela permettrait de concentrer en quasi-totalité la connaissance de l'ensemble des litiges relatifs au droit comportemental dans son ensemble au sein d'un seul et même ordre juridictionnel.

Dans une perspective plus ambitieuse, on pourrait s'interroger sur le point de savoir si la Commission d'examen des pratiques commerciales ne devrait pas, sous le bénéfice d'une réorganisation et d'un renforcement des moyens, se voir reconnaître la possibilité d'infliger des sanctions administratives et d'ordonner des injonctions, ainsi que l'avait proposé la Commission Canivet. Cette orientation pourrait apparaître d'autant plus opportune si la réflexion initiée par la Commission européenne en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels aboutissait *in fine*, au-delà des recommandations contenues dans la communication du 15 juillet 2014, à des dispositions contraignantes pour les Etats-membres⁵⁰¹.

⁵⁰¹ V. M. CHAGNY, « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas », *RTDCom* 2014, n° 4.

Section 3 – Encourager la mise en œuvre des actions en réparation des dommages concurrentiels

248. **Typologie** - Elargir le cercle des titulaires ne saurait suffire à renforcer l'effectivité de la réparation des dommages concurrentiels. Il importe également d'encourager ceux-ci à agir quand ils en ont la possibilité et, à cette fin, de s'attacher à lever ou à réduire certains obstacles susceptibles de les dissuader d'agir. Ces freins, de diverses natures, peuvent tenir à une sanction en particulier, à savoir la nullité (§ 1), mais aussi au coût et au financement de l'action (§ 3), mais encore, à différentes difficultés liées à la juridiction à saisir (§3).

§1. Lever les freins spécifiques à la nullité et à ses « diminutifs »

249. **Droit d'invoquer la nullité** - Tout d'abord, et même si la jurisprudence tend à reconnaître, de la façon la plus nette qui soit, le droit pour le contractant victime d'une pratique contraire à l'article L. 442-6-I du code de commerce, de demander la nullité de la clause ou du contrat concerné⁵⁰², une modification du texte à cet égard présenterait l'avantage d'une meilleure accessibilité et lisibilité du droit, à destination des justiciables et notamment des PME, en même temps qu'elle éviterait d'emblée les hésitations qui pourraient naître, dans un futur proche, du fait des changements apportés au droit commun des contrats par la réforme entreprise du Titre III du Livre III du Code civil.

La modification de l'article L. 442-6 pourrait, au demeurant, être l'occasion de repenser la rédaction d'un article particulièrement long et d'envisager séparément les règles de fond, d'un côté, et les sanctions de l'autre.

250. **Correction du contrat** - Consacrer une disposition spécifique à la nullité serait d'autant plus opportun que cela permettrait aussi de donner un fondement textuel à la sanction du « réputé non écrit », qui n'est pas expressément prévue en droit de la concurrence, contrairement au droit de la consommation, voire, plus largement, au pouvoir de correction ou de remodelage

⁵⁰² V. En tout dernier lieu, Paris Pôle 5, Chambre 4, 29 octobre 2014, RG n° 13/11059 : « *les contrats contraires aux dispositions des articles L. 442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par tout personne intéressée* ».

du contrat par le juge, en assortissant celui-ci d'un certain nombre d'exigences destinées à l'encadrer⁵⁰³.

251. **Propagation de la nullité** - Comme cela a déjà été signalé, l'étendue de la nullité et, plus précisément, le risque de disparition de l'intégralité du contrat, voire de contrats unis par un lien d'indivisibilité, peut concourir à dissuader un contractant victime d'une pratique de la dénoncer en justice. C'est la raison pour laquelle il conviendrait également de prévoir une disposition limitant, en raison de l'atteinte à l'ordre public et de l'efficacité de la sanction, le rôle de la volonté des parties dans la détermination finale de l'étendue de la nullité. Cela est d'autant plus vrai que, là encore, la réforme du droit commun des contrats pourrait rejaillir sur la façon dont les juridictions mettent en œuvre la nullité en droit de la concurrence. Qu'il s'agisse du pouvoir de correction ou du pouvoir d'appréciation à laisser au juge entre la volonté et l'impératif d'efficacité, il importe, dans l'élaboration des textes du Code de commerce, de veiller à leur bonne articulation avec les solutions du droit commun telles qu'elles résulteront de l'ordonnance portant réforme du Code civil dans le domaine du droit des contrats notamment..

252. **Caducité** - Quitte à adopter des dispositions spécifiques au droit de la concurrence et relatives à la mise à néant des actes contraires au droit de la concurrence, on pourrait s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait opportun de remplacer, dans certains cas, la nullité par la caducité. Celle-ci, appelée à faire prochainement son entrée dans le Code civil, « *frappe un acte, régulièrement formé mais qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité ou un élément nécessaire à sa perfection du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté* »⁵⁰⁴, de sorte que, comme cela a été soutenu⁵⁰⁵, elle pourrait apparaître comme la sanction appropriée lorsqu'un engagement, originairement licite, est stigmatisé en raison de ses effets anticoncurrentiels.

⁵⁰³ Pour des propositions relatives à un pouvoir de correction judiciaire du contrat, M. CHAGNY, th. préc., n° 733 et s. ainsi que les différents auteurs cités à l'appui de cette proposition.

⁵⁰⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 76. V. notamment V. WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, I, 290, p. 181 et s. ; F. GARRON, *La caducité du contrat (étude de droit privé)*, th., PUAM, 1999, préf. J. MESTRE, p. 309, n° 249 : « la situation juridique d'un contrat valablement formé qui cesse d'exister à la suite de la disparition de l'un des éléments essentiels à sa survie »..

⁵⁰⁵ En ce sens, E. CLAUDEL, *Droit des ententes et pratiques anticoncurrentielles*, th. Paris X, 1994, sous la dir. de M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, p. 412, n° 505.

§2. Réduire les freins liés au coût et au financement des actions

253. **Cession de créances** - Après avoir fait état, dans son Livre blanc, des difficultés liées au coût de l'action en justice, la Commission a finalement renoncé dans la proposition de directive à adopter des mesures à ce titre, sauf à s'efforcer de favoriser les modes conventionnels de règlement des litiges⁵⁰⁶.

Par ailleurs, elle n'a pas ignoré le développement du recours au mécanisme de cession de créances, initié en premier lieu par la société Cartel Damages Claim, puisque dans les dispositions relatives à l'utilisation des preuves obtenues grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, elle évoque expressément le cas de « *la personne qui a racheté sa demande* »⁵⁰⁷. Il reste que le procédé trouve une limite sérieuse en droit français : elle tient à la possibilité offerte par l'article 1699 du code civil, au débiteur cédé d'un droit litigieux (en l'occurrence, l'auteur de l'acte contrevenant au droit de la concurrence) au sens de l'article 1700 du Code civil, d'exercer un retrait litigieux, autrement dit de mettre fin au procès, en versant au cessionnaire le prix par lui payé à la victime cédante, retirant ainsi à l'opération toute logique spéculative. Aussi ne paraît-elle, en l'état du droit positif, constituer une solution véritablement efficace en droit français. Le développement de sociétés de financement doit être, en tout état de cause, suivi avec précautions.

Faudrait-il alors envisager la création d'un fonds public, à l'instar de solutions existant dans plusieurs systèmes de droit étrangers⁵⁰⁸ ? Les auteurs de travaux récents consacrés à la réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles y sont généralement favorables⁵⁰⁹.

Du reste, le législateur français avait pu l'envisager, même si la proposition de loi Chatel prévoyant la création d'un Fonds d'aide d'accès à la justice⁵¹⁰ est restée lettre morte. Dans l'hypothèse où on entendrait instituer un tel fonds au titre du droit de la concurrence, il convient de souligner que son bénéfice ne devrait pas être réservé aux seuls consommateurs, des entreprises pouvant également se trouver dans des situations financières gravement obérées, parfois du fait mêmes des pratiques⁵¹¹. Outre qu'il faudrait, dans cette perspective, assujettir l'octroi d'un financement public à certaines conditions, afin d'éviter les actions

⁵⁰⁶ *Supra* n°221 et s.

⁵⁰⁷ *Infra* n° 263 et s.

⁵⁰⁸ Pour une description du système québécois, B. LEHAIRE, th. préc.

⁵⁰⁹ S. PIETRINI, th. préc. ; R. AMARO, th. préc. ; B. LEHAIRE, th. préc.

⁵¹⁰ Art. L 571-1, al. 1^{er} C. cons. : « *le fonds d'aide d'accès à la justice est une personne morale de droit privé qui a la charge d'avancer tout ou partie des frais engagés, soit par des consommateurs ayant engagé une action en réparation d'un préjudice à l'encontre de professionnels, soit par des associations exerçant une des actions définie aux chapitre I et II du titre II du livre IV du présent code* ».

⁵¹¹ Il suffit de songer aux hypothèses de rupture brutale entre autres.

insuffisamment sérieuses ainsi que les effets d'aubaine au profit d'un bénéficiaire n'en ayant pas réellement besoin, demeure le problème crucial des sources alimentant un tel fonds, même si l'on pourrait songer à lui allouer une fraction des amendes infligées au titre de la violation d'une règle de concurrence.

§3. Remédier à des difficultés afférentes à la juridiction saisie.

254. **Accompagnement** - Dans un contexte purement interne, le choix, précédemment effectué par le législateur français en faveur d'une spécialisation des juridictions, mérite d'être accompagné et rationalisé.
255. **Spécialisation opportune** - La spécialisation, par l'habitude qu'elle implique à connaître d'un contentieux, est perçue comme un facteur de progrès dans la mise en œuvre de la règle de droit, en permettant d'améliorer connaissances et aptitude⁵¹².
C'est sans doute cette quête d'effectivité qui a conduit le législateur français à décider de réserver à un nombre limité de juridictions, le contentieux afférent aux pratiques anticoncurrentielles⁵¹³, puis, pour une partie du droit des pratiques restrictives de concurrence (à savoir l'article L 442-6 du code de commerce) ⁵¹⁴, pour laquelle les solutions ont été calquées sur la première mesure⁵¹⁵.
Sans remettre en cause le principe même de la spécialisation, plusieurs améliorations de ce dispositif apparaissent concevables.
256. **Extension du périmètre** - Quant à son périmètre, tout d'abord, cette mesure devrait être étendue, d'un point de vue matériel, au-delà des les pratiques visées à l'article L. 442-6 du code de commerce, à l'ensemble du Titre IV du Livre IV, afin que la mesure concerne l'ensemble des dispositions constituant le droit comportemental de la concurrence.

⁵¹² S. ROZES, « Un profil nouveau pour les juges », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 435 et s., spéc. p. 438.

⁵¹³ Art. L. 420-7 C. com. et Décret n° 2005-1756 du 30 déc. 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, JO n° 304 du 31 déc. 2005, p. 20831.

⁵¹⁴ Art. L. 442-6-III C. com. mod. par L. 4 août 2008 et Décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009.

⁵¹⁵ L'examen conjoint des deux textes est à cet égard fort éloquent. Cf. not. art. 22 D. 2005 et art. 8. D. 2009 ; v. aussi tableau XI bis D. 2005 et annexe 4-2-1 D. 2009.

Comme cela a déjà été évoqué, à propos de l'action de groupe, il serait très souhaitable que la connaissance des recours collectifs exercés au titre de pratiques anticoncurrentielles soit réservé aux tribunaux de grande instance correspondant à ceux retenus en droit des pratiques anticoncurrentielles par le décret de spécialisation⁵¹⁶.

257. **Améliorations techniques** - D'un point de vue technique, ensuite, et pour donner à la mesure de spécialisation son plein effet, il conviendrait de prévoir que les juridictions non spécialisées soient tenues de relever d'office leur incompétence lorsque le litige relève de la spécialisation.

Il faudrait aussi, dans l'intérêt d'une bonne justice, apporter des réponses légales à plusieurs difficultés procédurales suscitées par la spécialisation : même si une partie d'entre elles ont été résolues par la jurisprudence, là encore l'accessibilité du droit y gagnerait. A titre d'exemple, la Cour de cassation a nettement (« à bon droit ») approuvé une Cour d'appel d'avoir pleinement fait jouer la mesure de spécialisation à l'occasion d'une affaire dans laquelle « *l'assignation introductive d'instance invoqu[ait] expressément l'article L. 420-2 du code de commerce* », le défendeur à l'action « *soulevait] une question relative à l'application de l'article L. 420-1 du code de commerce* », en retenant qu'« *il ressort tant du libellé de l'article L. 420-7, que des travaux parlementaires, que le législateur a entendu conférer une compétence exclusive aux tribunaux spécialisés dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles* »⁵¹⁷. Il en va autrement, au stade de l'appel : le 7 octobre 2014, la chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel, devant laquelle le demandeur avait fondé ses demandes, non plus seulement sur le droit commun des contrats comme en première instance, mais également sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, d'avoir, après avoir énoncé que les dispositions des articles L. 442-6, III, alinéa 5, et D. 442-3 du code de commerce ont pour conséquence de priver toute cour d'appel autre que celle de Paris du pouvoir de connaître des demandes fondées sur les dispositions du premier de ces textes, d'une part, déclaré irrecevables les demandes en ce qu'elles étaient fondées sur l'article L. 442-6-I, et d'autre part, statué sur l'application de l'article 1134 du Code civil⁵¹⁸.

⁵¹⁶ *Supra* n° 238.

⁵¹⁷ Cass. com. 9 novembre 2010, n° 10-10937, *Rocade distribution c/ Distribution Casino*.

⁵¹⁸ Com. 7 octobre 2014, n° 13-21086.

258. **Référé** - Subsiste une interrogation, dans le cas du référé, sur le point de savoir si ces actions doivent ou non être portées uniquement devant les juges des référés siégeant dans l'une des juridictions spécialisées.

La lettre des dispositions respectivement applicables au référé devant le Tribunal de grande instance (articles 808 et 809 du code de procédure civile) et au référé commercial (articles 872 et 873) diffère puisque seuls ces derniers textes prévoient que la compétence du juge des référés s'exerce « *dans les limites de la compétence du tribunal* »⁵¹⁹. Cette rédaction a conduit le juge des référés d'Albi, devant lequel le droit des pratiques anticoncurrentielles se trouvait invoqué, à considérer qu'il lui était demandé de statuer dans un domaine échappant à la compétence de sa juridiction et que seul le juge des référés siégeant dans la juridiction spécialisée était compétent ⁵²⁰.

Même si des considérations d'opportunité ont parfois été avancées en faveur d'une exclusion de la spécialisation dans le cas du référé ⁵²¹, il nous semble que les avantages de la spécialisation l'emportent aussi, et peut-être surtout, pour le juge de l'évidence. La confirmation ou consécration d'une compétence réservée également en matière de référé rendrait cependant d'autant plus cruciale l'extension éventuelle des juridictions spécialisées et la traduction de la spécialisation dans les moyens dévolus aux juridictions concernées ainsi que leur organisation.

259. **Augmentation des juridictions spécialisées ?** - S'il faut se féliciter que les deux décrets de spécialisation concernant respectivement les pratiques anticoncurrentielles et une partie des pratiques restrictives aient retenu la compétence des mêmes juridictions, il reste que le choix effectué est celui d'une très (trop ?) forte concentration, puisque cela se limite à huit ressorts en première instance et à la seule cour d'appel de Paris.

Cette situation sera d'autant plus prégnante si l'on décide d'étendre, comme cela est préconisé, la spécialisation à l'ensemble du droit des pratiques restrictives de concurrence et si l'on confirme l'application de la spécialisation aux procédures de référé. La réflexion sur le point de savoir s'il conviendrait d'élargir, sur le plan géographique, le périmètre de la spécialisation à d'autres juridictions est à conduire en ayant en perspective, tout à la fois, le

⁵¹⁹ Art. 872 CPC : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures (...)* ». Art. 873 CPC : « *Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état (...)* » (souligné par nos soins).

⁵²⁰ T. com. Albi, ord. réf., 28 oct. 2009, n° 2009 004733, SA SIAC c/ SA Renault, CCC 2010, comm. 11, D. Bosco.

⁵²¹ V. not. D. BOSCO obs. préc. ; R. AMARO, th. préc.

souci d'éviter l'encombrement des juridictions et donc l'allongement des procédures, mais aussi la diffusion de la culture de concurrence sur le territoire national, mais encore et peut-être surtout la constitution de formations spécialisées, gages d'une cohérence dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.

260. **Réseau et diffusion de décisions** - Dans la logique de la spécialisation, il faudrait aussi favoriser la diffusion des décisions rendues par les juridictions spécialisées en application du droit de la concurrence. Au-delà de l'obligation, faite par le règlement 1/2003, de transmettre, à la Commission européenne, les décisions statuant sur le fondement du droit de l'Union européenne, cela serait profitable, plus généralement, aux justiciables et permettrait de favoriser la constitution d'un réseau entre les juridictions spécialisées.

Pour faciliter la diffusion de ces décisions et, le cas échéant, la constitution d'une base de jurisprudence, il est possible, d'une part, de mettre en place un système de collecte des décisions, à l'instar de ce que le législateur français a prévu pour le droit des pratiques restrictives de concurrence en confiant à cet égard une mission à la Commission d'examen des pratiques commerciales, le cas échéant, avec l'appui de centres de recherches. D'autre part, il est souhaitable de procéder à une diffusion sélective mais plus fréquente de décisions qui pourrait être effectuée *via* un observatoire.

261. **Augmentation des moyens et adaptations nécessaires** - En toute occurrence, il convient de tirer toutes les conséquences, sur le plan de l'organisation et du fonctionnement judiciaire, ainsi que des moyens, de la décision de spécialiser les juridictions.

Ainsi faut-il doter ces juridictions et, en particulier, la cour d'appel de Paris, des moyens humains et financiers adaptés à l'étendue de leurs missions, sous peine d'allonger la durée du contentieux à un point tel que l'exercice des actions en réparation soit rendu excessivement difficile ou pratiquement impossible pour le justiciable⁵²². Cela passe par la constitution au sein d'une juridiction, et notamment de la Cour, de chambres spécialisées en nombre suffisant.

Dans la logique de la spécialisation et de l'importance des questions de concurrence pour l'économie, il serait souhaitable, afin de disposer de magistrats aussi compétents que possible, de mieux reconnaître la spécialisation en droit de la concurrence, tant sur le plan des carrières

⁵²² M. CHAGNY, « D'un 15 mai à l'autre : à juge judiciaire spécialisé, moyens spéciaux ? », AJCA 3-2014, p. 97.

professionnelles que du point de vue de la formation, la création de certificats de spécialisation en droit de la concurrence pouvant être envisagée.

262. **Cour d'appel de Paris** - S'agissant de la Cour d'appel de Paris, qui occupe une place sans égal dans le contentieux français du droit de la concurrence, on pourrait suggérer une réorganisation supposant de consacrer *a minima* une chambre supplémentaire au droit de la concurrence⁵²³, qui pourrait être en charge des procédures de référé et d'ordonnances sur requête, et de recentrer davantage le contentieux de ces chambres sur le droit de la concurrence, alors qu'elles sont, pour le moment, appelées à connaître de contentieux dont le lien avec la matière concurrentielle est assez éloigné⁵²⁴.

On pourrait, en outre, s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun que la formation appelée à statuer sur les recours formés contre les décisions de l'Autorité de concurrence (actuelle chambre 5-7) soit constituée autour d'un Président qui serait fixe tandis que ses assesseurs seraient puisés dans un « vivier » constitué par l'ensemble des magistrats des différentes chambres en charge du droit de la concurrence (quatre actuellement et cinq avec une chambre en charge des référés et ordonnances sur requêtes). Une telle organisation ne serait pas à proprement parler une révolution, puisqu'elle avait cours, à notre connaissance, dans le passé. La constitution d'un tel « pôle » dédié au droit de la concurrence pourrait favoriser, à la fois, des échanges en interne entre les magistrats rattachés à ce pôle, mais aussi en externe, avec les autres professionnels du droit spécialisé en droit de la concurrence, notamment les avocats ainsi que l'ancien Premier Président Draï l'avait institué après l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Cela permettrait au demeurant de mettre à disposition de l'ensemble des chambres dédiées à la concurrence un « pool » d'assistants de justice et un économiste pouvant être intégré à la juridiction en tant que Conseiller en service extraordinaire, à l'instar de ce qui a pu être, dans le passé, à la Cour de cassation.

⁵²³ En sus des chambres 5-7, 5-4, 5-5 et 5-11.

⁵²⁴ Autant les questions relatives aux contrats de distribution, par exemple, présentent des liens assez évidents avec le droit de la concurrence, autant la matière douanière, par exemple, en paraît assez éloignée.

Section 4 – Amoindrir les obstacles d’ordre probatoire à la réparation des dommages concurrentiels

263. **Cas spécifique et cas général** - Le caractère tout à fait décisif des obstacles probatoires conduit à s’interroger, à plusieurs égards, sur les moyens d’améliorer la situation de celui qui invoque au soutien de sa prétention la violation d’une règle de concurrence. Pour ce faire, il convient d’envisager distinctement le régime spécifique concernant les preuves détenues par les autorités de concurrence (§ 1) et le régime général d’accès aux preuves applicable à la réparation des dommages concurrentiels (§ 2).

§1. Le régime spécifique applicable aux preuves détenues par les autorités de concurrence

264. **Réécriture nécessaire** - S’il existe d’ores et déjà, des dispositions régissant en droit français l’accès aux preuves détenues par l’Autorité de la concurrence ainsi que leur utilisation dans le cadre d’un contentieux⁵²⁵, il n’en est pas moins nécessaire de réécrire les textes pour tenir compte des mesures prévues par la directive.
265. **Effectivité ?** - On observera à cet égard que, de prime abord, les restrictions à l’accès et à l’utilisation des pièces du dossier ne semblent guère aller dans le sens d’une effectivité renforcée de la réparation des dommages concurrentiels. C’est du reste ce qui a conduit la Cour de justice, dans ses arrêts *Pfleiderer* et *Donau Chemie*⁵²⁶, à proscrire les exclusions radicales. Cependant, la directive, sous l’impulsion de la Commission européenne, traduit l’idée que la protection du « *public enforcement* », et en particulier des procédures négociées facilitant la mise à jour d’infractions, concourt *in fine* à l’effectivité des actions privées, qu’elle rend possibles.
- En outre, il convient de relever que, même si dans sa version finale, la directive se rapproche davantage des dispositions françaises, elle est tout de même un peu en retrait de celles-ci, de

⁵²⁵ M. CHAGNY, L’accès judiciaire au dossier de l’Autorité de la concurrence après la loi Outremer du 20 novembre 2012, *Dalloz* 2013, p. 851 ; v. aussi « Preuve et actions privées en droit de la concurrence », conférence organisée sur invitation par l’Association française en faveur de l’institution consulaire (AFFIC), 15 février 2013, Tribunal de commerce de Paris.

⁵²⁶ CJUE, 14 juin 2011, aff. C-360/09, *Pfleiderer* et 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, *Rev. Jur. Com.* 2013, p. 338, chr. M. CHAGNY.

sorte que sa transposition en droit français devrait tout de même améliorer la situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

A. L'accès aux preuves contenues dans les dossiers des autorités de concurrence

266. **Article L. 462-3 C. com.** - L'article L. 462-3 du code de commerce, dans sa partie relative à la production des pièces par l'Autorité de la concurrence, doit être modifié, à plusieurs titres, pour tenir compte du régime de divulgation « à trois niveaux » prévu par la directive. Devront également être introduites des dispositions relatives à la production forcée des pièces du dossier par une partie ou par un tiers autre que l'Autorité.

267. **Exclusions radicales sous contrôle judiciaire** – Là où le texte français, dans sa version actuelle, exclut de toute communication judiciaire « *l'ensemble des pièces élaborées ou recueillies* » au titre de la procédure de clémence, il devra, dans le futur, ne concerner que les « *déclarations des entreprises effectuées en vue d'obtenir la clémence* »⁵²⁷. En sens inverse, il devra également prévoir l'exclusion des « *propositions de transaction* »⁵²⁸ ou assimilées, ce qui correspond, en droit français, aux renoncements à contester les griefs⁵²⁹.

Ainsi sera-t-il désormais possible avec certitude, à rebours de la jurisprudence de la Cour de justice⁵³⁰, de poser des exclusions absolues à l'accès aux pièces du dossier des autorités de concurrence.

Doit cependant être prévu un dispositif de contrôle judiciaire destiné à réduire au strict minimum les exclusions absolues⁵³¹ et s'assurer de leur bien-fondé⁵³². Il faudra sur ce point prévoir que l'examen soit effectué par un juge n'étant pas appelé à connaître du dossier sur le fond, ceci afin d'éviter tout risque de conservation en mémoire du contenu d'une pièce dont il n'aurait pas dû avoir connaissance.

268. **Absence d'avis de clémence** - Même si cette interrogation peut sembler marginale, on peut se demander si l'exclusion de tout accès a ou non vocation à s'appliquer dans le cas

⁵²⁷ Comp. Art. 6 § 6 a) et Art. L. 463-2 C. com. V. aussi Considérant 24.

⁵²⁸ Art. 6 § 6 b).

⁵²⁹ Art. 4 pt 18.

⁵³⁰ CJUE, 14 juin 2011, aff. C-360/09, *Pfleiderer* et 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, *Rev. Jur. Com.* 2013, p. 338, chr. M. CHAGNY, prônant une approche « au cas par cas » abandonnée par la directive.

⁵³¹ Art. 6 § 8.

⁵³² Art. 6 § 7.

particulier où une demande de clémence n'aboutit finalement pas à un avis de clémence et à une exonération totale ou partielle de l'amende. Une telle hypothèse, aussi singulière qu'elle puisse paraître, pourrait bien se présenter : l'affaire Butagaz⁵³³ a mis en évidence le fait qu'une demande de clémence pouvait être fondée sur des documents qui se sont révélés *in fine* être falsifiés ; il pourrait également se faire que le bénéfice de la clémence soit retiré au motif que l'entreprise ne coopère pas convenablement pendant l'instruction de l'affaire qu'elle a contribué à mettre à jour. Sans doute pourrait-on faire observer que là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Toutefois, on pourrait se demander s'il ne serait pas opportun, quitte à réécrire le texte français, de régler cette question avec certitude.

269. **Possibilités de communication judiciaire.** – Outre les deux cas d'exclusion radicale, la directive prévoit la limitation de l'accès aux informations établies, « *soit par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence, soit par les autorités de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure, ainsi qu'aux propositions de transaction retirées* »⁵³⁴, mais seulement à titre temporaire : le droit d'accès à ces pièces renaît lorsque l'autorité de concurrence a clos sa procédure⁵³⁵.

Elle ajoute que la divulgation des autres éléments de preuve provenant du dossier d'une autorité de concurrence « *peut être ordonnée à tout moment* »⁵³⁶.

Dès lors, il est nécessaire d'intégrer ces différentes possibilités de communication judiciaire dans une disposition. Celle-ci devra, tout à la fois, reprendre les critères spécifiques posés à l'attention des juridictions⁵³⁷ appelées à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité et mentionner la faculté offerte à l'Autorité de la concurrence de « *donner son avis sur la proportionnalité* », « *de sa propre initiative* »⁵³⁸.

⁵³³ Aut. Conc., n° 10-D-36, 17 décembre 2010, Pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné.

⁵³⁴ Art. 6 § 5. Il peut s'agir, par exemple, dans le premier cas, d'une réponse à une demande d'informations de l'autorité de concurrence ou des déclarations de témoins et, dans le second cas, d'une communication des griefs (Considérant 23).

⁵³⁵ Art. 6 § 5. Le considérant 23 mentionne « *par exemple une décision au titre de l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 ou du chapitre III de ce même règlement, à l'exception de décisions sur des mesures provisoires* ».

⁵³⁶ Art. 6 § 9.

⁵³⁷ Art. 6 § 4.

⁵³⁸ Art. 6 § 11. Considérant 27 : « *Les États membres devraient pouvoir créer un système prévoyant qu'une autorité de concurrence soit informée des demandes de divulgation d'informations lorsque la personne qui introduit une telle demande ou à qui une telle demande est adressée est concernée par l'enquête de l'autorité de concurrence portant sur l'infraction présumée, sans préjudice des dispositions nationales régissant les actions "ex parte"* ».

270. **Subsidiarité** – La directive, dans sa version finale, se rapproche indéniablement de la solution française, dès lors qu'elle consacre le caractère subsidiaire d'une divulgation par l'autorité de concurrence ; elle prévoit que celle-ci a lieu d'être uniquement « *lorsqu'une partie ou un tiers n'est pas en mesure ou ne peut raisonnablement pas fournir les preuves demandées* »⁵³⁹. Il n'en est pas moins nécessaire de modifier l'article L. 462-3 du code de commerce qui, dans sa rédaction actuelle, restreint la communication aux « *pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance* » et peut sembler conférer à l'Autorité de la concurrence une faculté, dont celle-ci pourrait user à sa discrétion, plutôt qu'une obligation⁵⁴⁰. A vrai dire, cette question doit être envisagée conjointement à celle des limites à l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier dont la directive se préoccupe également.

B. L'utilisation de preuves issues du dossier de l'Autorité de concurrence

271. **Article L. 463-6 C. com.** - La transposition de la directive commande, à n'en pas douter, la réécriture de l'article L. 463-6 du code de commerce relatif au secret de l'instruction.

Ce texte pose en effet une interdiction générale et sans limitation de durée⁵⁴¹. Il a par ailleurs été assorti par la jurisprudence Semavem d'un tempérament reposant sur l'exercice des droits de la défense et non sur le type de pièces concernées⁵⁴².

272. **Réaménagement des restrictions** - Or, les restrictions à l'utilisation des preuves issues du dossier des autorités de concurrence aménagées par la directive en son article 7 font quant à elles directement écho aux limites instituées pour la production forcée des éléments du dossier : il en résulte qu'elles sont, selon les cas, définitives ou simplement temporaires et qu'en outre, elles concernent uniquement les pièces faisant l'objet d'une exclusion, les autres pièces pouvant être utilisées à n'importe quel moment.

⁵³⁹ Art. 6 § 10.

⁵⁴⁰ Art. L. 462-3 al. 2 C. com. : « *L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées (...)* » (souligné par nos soins).

⁵⁴¹ L'art. L. 463-6 C. com. prohibe « *la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé* ».

⁵⁴² Com. 19 janvier 2010, n° 08-19.761, Bull. civ. IV, n° 8.

En outre, la directive apporte, quant aux personnes auxquelles le droit d'utiliser ces preuves est réservé, des précisions qui font défaut dans le texte français actuel et qu'il faudra donc intégrer dans celui-ci à l'occasion de son réaménagement⁵⁴³.

273. **Sanctions** - Enfin, la directive se préoccupe « *d'assurer le plein effet des restrictions à l'utilisation des preuves* ». Elle prévoit, à ce propos, que les preuves concernées « *soient réputées irrecevables* » ou « *protégées d'une autre manière par la législation nationales* »⁵⁴⁴. L'adjonction, au cours de l'élaboration du texte, de cette solution alternative, permet de considérer que la disposition française actuelle, instituant des sanctions pénales, suffit à satisfaire les exigences portées par le texte européen

274. **Inspiration (DGCCRF et CEPC)** - Au-delà de l'obligation de transposition résultant de la directive, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun d'adopter une disposition relative à l'accès des dossiers de la DGCCRF, dans le cas où elle intervient dans des affaires concernant, soit des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale, soit des pratiques restrictives de concurrence pour lesquelles elle met en œuvre les prérogatives de sanction et d'injonction conférées par la loi Hamon. Les règles spécifiquement prévues pour les dossiers des autorités de concurrence pourraient inspirer les solutions à adopter dans ces hypothèses.

Dans une certaine mesure, l'interrogation vaut aussi pour les avis rendus par la Commission d'examen des pratiques commerciales qui, jusqu'à l'adoption récente d'un nouveau décret⁵⁴⁵, n'étaient pas publiés si l'auteur de la saisine ne donnait pas son consentement. Sans doute ne peut-on pas trouver dans ces avis des éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'une pratique et pas davantage, en l'absence de toute force normative contraignante, une qualification liante pour les juridictions ; ils n'en sont pas moins susceptibles d'éclairer, d'un côté, les entreprises au-delà de l'auteur de la saisine et ainsi contribuer à une régulation des comportements par voie d'incitation, et de l'autre, les juridictions et ainsi participer à l'édification de la jurisprudence.

⁵⁴³ Art. 7 § 3 : cela concerne la personne ayant obtenu les éléments grâce à l'accès au dossier, ainsi que « *la personne physique ou morale qui a succédé dans (s)es droits* », en ce compris « *la personne qui a racheté sa demande* ». Le considérant 31 précise que l'utilisation des preuves est également permise aux « *autres personnes morales appartenant à la même entreprise* ».

⁵⁴⁴ Art. 7 § 1 et 2.

⁵⁴⁵ Décret n° 2015-91 du 28 janvier 2015 relatif aux modalités de publication des avis rendus par la commission d'examen des pratiques commerciales.

§2. La communication et la production de preuves dans le contentieux autonome de la réparation des dommages concurrentiels

275. **Droit commun** - Lorsque la violation d'une règle de concurrence est invoquée directement devant le juge judiciaire sans qu'une autorité de concurrence ait eu à se prononcer antérieurement sur l'affaire, celui qui invoque cette prétention doit se fonder sur les dispositions applicables à l'accès aux preuves et respecter le principe de la loyauté des preuves.

Cependant, des aménagements devront être apportés de façon certaine aux dispositions actuelles du code de procédure civile en ce qui concerne l'accès aux preuves, du moins dans le cas des pratiques anticoncurrentielles (A). Par ailleurs, et au regard de certaines propositions parfois formulées, il convient de s'interroger sur l'admission éventuelle de tempéraments aux principes de loyauté de la preuve ou de la contradiction (B).

A. L'aménagement nécessaire des règles relatives à l'accès aux preuves

276. **Niveau minimal** - Outre les dispositions propres aux dossiers des autorités de concurrence, la directive s'attache également à la divulgation des pièces dans le cas plus général où celles-ci seraient détenues par l'autre partie au litige ou par un tiers.

Hors certaines exceptions, les dispositions consacrées à cette question instituent seulement un niveau minimal de divulgation, de sorte qu'il est loisible aux Etats membres de conserver ou d'adopter des règles plus favorables à l'accès aux preuves⁵⁴⁶, cette latitude laissée aux systèmes nationaux laissant dès lors subsister la possibilité de *forum shopping*.

277. **Elargissement de la production forcée** - De prime abord, le pouvoir d'injonction reconnu par la directive aux juridictions nationales habilitées à ordonner, non seulement aux parties à la procédure, mais aussi à des tiers, de produire des preuves, à la requête du demandeur comme du défendeur, n'est pas sans évoquer celui conféré par le code de procédure civile en ses articles 11 alinéa 2 et 138 à 142.

⁵⁴⁶ Art. 5 § 8. Le texte en exclut les paragraphes 4 et 7 ainsi que l'article 6.

On observe cependant que la directive ne se contente pas de viser, comme l'art. 11 al. 2, « *tous documents* » et qu'elle concerne plus largement « *tous les autres éléments contenant des informations quel qu'en soit le support* »⁵⁴⁷. En outre, il en résulte que la production forcée peut porter, non seulement sur des éléments de preuve, mais encore sur des catégories de preuves : même s'il est indiqué que celles-ci doivent être « *circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible* »⁵⁴⁸, cela n'en apparaît pas moins comme un changement significatif apporté au droit français de la preuve qui devra trouver sa traduction en droit français⁵⁴⁹.

De même, on observe que si la directive confère, comme le fait déjà le droit français, un rôle central au juge *via* différents garde-fous, elle encadre davantage sa mission de contrôle.

278. **Contrôle judiciaire** - En plus d'une vérification de « *la plausibilité de la demande de dommages et intérêts* », visant à éviter les actions téméraires⁵⁵⁰, la directive subordonne, de façon générale, la production forcée à un contrôle de la pertinence des preuves sollicitées par le demandeur à la divulgation.

A l'heure actuelle, il n'existe pas en droit français de dispositions légales françaises similaires ; pour autant, les juridictions, saisies d'une demande de production forcée, vérifient que les éléments de preuve sollicités sont suffisamment spécifiés - de façon à pouvoir les identifier et en apprécier l'intérêt - et s'assurent également que leur production serait utile⁵⁵¹. S'agissant, par ailleurs, du contrôle de proportionnalité que la directive implique d'exercer à partir des « *intérêts légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés* », en s'appuyant « *en particulier* » sur différentes considérations qu'elle précise⁵⁵², il ne trouve pour sa part qu'un écho imparfait dans l'article 147 du code de procédure civile. Ce texte invite le juge à « *limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* », de sorte que les éléments d'appréciation qu'il fournit à ce dernier ne correspondent pas exactement à ceux mentionnés par la directive. En outre, cette disposition concerne pour le moment les mesures d'instruction uniquement.

⁵⁴⁷ Art. 2 point 13.

⁵⁴⁸ Art. 5 § 2 et considérant 6.

⁵⁴⁹ Rappr. les propos de F. JENNY, in *La réparation des dommages concurrentiels dans les systèmes juridiques étrangers*, *Concurrences* 3-2014, p. 5 et s. ceux de J.-L. FOUGOUX, in *Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective* (non publiée).

⁵⁵⁰ Art. 5 § 1.

⁵⁵¹ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-16278, Bull. civ. I, n° 259 ; Com. 12 mars 1979, n° 77-13595, Bull. IV, n° 97 ; Aix-en-Provence, 21 nov. 1995, JCP G 1996, II, 22597, obs. J.-J. DAIGRE.

⁵⁵² Art. 5 § 3.

Néanmoins, une transposition littérale de la directive en la matière ne semble pas s'imposer, compte tenu de la possibilité de maintenir un régime plus favorable à la divulgation.

279. **Protection des informations confidentielles** - Tout autre est le sort à réserver aux mesures relatives à la protection des informations confidentielles⁵⁵³ dès lors que la disposition correspondante est exclue de la faculté laissée aux Etats membres de disposer de règles conduisant à une divulgation plus large⁵⁵⁴. L'introduction de dispositions nouvelles sera donc indispensable, sauf à observer qu'elle pourra s'effectuer en corrélation avec une réflexion plus large engagée tant par l'Union européenne qu'en France sur la protection du secret des affaires⁵⁵⁵.

A l'heure actuelle, en droit français, il est déjà possible d'échapper à la production forcée en faisant valoir le secret des affaires à titre d'*empêchement légitime* » dans le cas d'un tiers⁵⁵⁶, ou de « *motif légitime* », pour une partie au procès⁵⁵⁷, mais cela n'est pas systématique⁵⁵⁸. La jurisprudence ainsi développée ne semble pas suffire à constituer les « *mesures efficaces de protection* » requises par la directive : cette dernière envisage toute une « *série de moyens* » allant entre autres des « *modifications aux passages sensibles dans les documents* » aux « *audiences à huis clos* », en passant notamment par la limitation du « *cercle des personnes autorisées à prendre connaissance* »⁵⁵⁹. Aussi faudra-t-il, dans le travail de transposition, retranscrire fidèlement la directive sur ce point, ce qui n'interdit pas pour autant de s'inspirer des pratiques déjà développées devant certaines juridictions judiciaires, telles que le tribunal de commerce de Paris⁵⁶⁰.

⁵⁵³ Art. 5 § 4.

⁵⁵⁴ Art. 5 § 8, réservant le cas du paragraphe 5. Assez étonnamment, rien de tel n'a été prévu pour la disposition destinée à préserver le « *secret professionnel* » (Art. 5 § 6) que le Parlement avait appelée de ses vœux (Résolution préc., Pt 13).

⁵⁵⁵ Pour l'Union européenne, v. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM/2013/0813 final, sur laquelle v. la position du Conseil de l'Union européenne, le 26 mai 2014. Pour la France, v. Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, n° 2139, 16 juillet 2014, dite proposition Urvoas du nom du Député à l'initiative de cette proposition.

⁵⁵⁶ Art. 11 al. 2 CPC.

⁵⁵⁷ Art. 10 C. Civ. (dans le silence gardé par les dispositions du Code de procédure civile).

⁵⁵⁸ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MÉKKI, *Théorie générale du procès*, PUF Thémis, 2^e éd., 2013, n° 263, pp. 877-879.

⁵⁵⁹ Considérant 17.

⁵⁶⁰ V. à ce propos les interventions de F. GENTIN, « Propos introductifs », *Concurrences* 3-2004, p. 3 et de J.-L. FOURGOUX (non publiée). *Adde*, C. DUPARC et J.-F. REIGNIER, « L'articulation des institutions dans les contentieux de concurrence », in *Les Entretiens de la concurrence du Tribunal de commerce de Paris*, 12 septembre 2014.

280. **Droit d'être entendu ?** - On peut s'interroger sur le point de savoir s'il convient ou non de modifier les dispositions françaises afin de permettre, comme la directive l'exige, *aux « personnes à qui une demande de production de preuve est adressée (...) d'être entendues avant qu'une juridiction nationale n'ordonne la production d'informations »*⁵⁶¹. En l'état du droit positif, une demande de rétraction peut être formée, mais seulement après la décision du juge *« exécutoire de droit à titre provisoire »*⁵⁶² et exclusivement par les tiers⁵⁶³. Cependant, dans la mesure où le régime français apparaît plus favorable à la divulgation, le choix pourrait être fait de conserver celui-ci en l'état.
281. **Sanctions.** Des changements assez significatifs devraient être apportés au droit français en ce qui concerne les sanctions. Non seulement les comportements sanctionnés, selon l'article 8 de la directive, sont bien plus variés qu'en droit français, allant bien au-delà du seul refus de se conformer à une injonction⁵⁶⁴, mais en outre, la palette des sanctions *« effectives, proportionnées et dissuasives »* apparaît plus large⁵⁶⁵. Les sanctions d'ores et déjà prévues par le droit français au titre de la production forcée des pièces⁵⁶⁶ devraient être étendues aux différentes hypothèses visées par la directive - parmi lesquelles, le non-respect des limites pour l'utilisation des preuves et des obligations imposées en vue de protéger des informations confidentielles. Par ailleurs, la possibilité reconnue au juge de *« tirer toute conséquence »* dans le seul cas de résistance à une mesure d'instruction devrait être étendue aux différentes hypothèses appréhendées dans le texte européen⁵⁶⁷.
282. **Domaine d'application** - Si les aménagements suscités par la directive ne concernent que le droit des pratiques anticoncurrentielles, il est permis de penser qu'une partie au moins des modifications à apporter devraient avoir un champ d'application plus large, s'étendant à

⁵⁶¹ Art. 5 § 7.

⁵⁶² Art. 140 CPC.

⁵⁶³ Art. 141 CPC.

⁵⁶⁴ V. l'énumération de l'art. 8 § 1, envisageant les cas *« a) d'omission ou de refus de se conformer à une injonction de divulgation d'une juridiction nationale; b) de destruction de preuves pertinentes; c) d'omission ou de refus de se conformer aux obligations imposées par une injonction d'une juridiction nationale protégeant des informations confidentielles; ou d) de non-respect des limites fixées dans le présent chapitre pour l'utilisation des preuves »*.

⁵⁶⁵ Art. 8 § 2.

⁵⁶⁶ L'article 11 al. 2 CPC prévoit la faculté d'assortir l'injonction d'une astreinte ultérieurement liquidée à titre de sanction, en cas de défaut d'exécution. *Adde* art. Art 139 CPC, pour les tiers, et auquel renvoie l'article 142 CPC, dans le cas d'une partie. V. aussi art. 10 C. civ., qui évoque, outre l'astreinte ou l'amende civile, les dommages et intérêts.

⁵⁶⁷ L'art. 11 al. 1 CPC concerne les mesures d'instruction. Dès lors, cette sanction n'est pas applicable à la production forcée des pièces : L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 8e éd. 2013, n° 572, p. 457.

minima à l'ensemble des actions fondées sur des règles de concurrence quelles qu'elles soient, voire couvrant les mesures de production forcée des pièces de façon plus générale.

L'incorporation de ces règles au sein du Code de procédure civile permettrait, même s'il s'agit en partie de consacrer des solutions jurisprudentielles, d'offrir un cadre légal plus accessible pour les justiciables. Tel est le cas pour les dispositions précisant l'office du juge et les exigences à satisfaire par le demandeur à la production forcée. De même, les dispositions relatives aux sanctions complèteraient l'arsenal actuellement offert aux juridictions, renforçant à due concurrence l'effectivité des mesures de production forcée.

Enfin, s'agissant des règles prévues au titre de la protection des informations confidentielles, elles confèreraient au secret des affaires un statut processuel plus précis qu'à l'heure actuelle, qui paraît opportun bien au-delà des seules procédures de concurrence. Toutefois, s'agissant de ces dernières dispositions, une localisation alternative pourrait être le code de commerce, sans pour autant limiter le domaine de ces règles protectrices au droit de la concurrence.

B. L'admission éventuelle de tempéraments au principe de loyauté de la preuve ou du contradictoire

283. **Utilité** - En droit français, l'article 145 du code de procédure civile dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Les mesures d'instruction dites *in futurum* susceptibles d'être ordonnées par voie de requête ou de référé occupent une place majeure dans les procédures de concurrence engagées en l'absence d'intervention préalable d'une autorité de concurrence.

284. **Limites** - Cependant, lors des premiers Entretiens de la concurrence organisés par le Tribunal de commerce de Paris, le 12 septembre 2014, ont été mises en évidence des limites attachées à l'utilisation de ces mesures par voie de requête⁵⁶⁸.

Dans son arrêt *Optical Center*⁵⁶⁹, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation énonce que « *le respect du principe de la contradiction qui fonde l'exigence posée à l'alinéa 3 de*

⁵⁶⁸ C. DUPARC et J.-F. REIGNIER, « L'articulation des institutions dans les contentieux de concurrence », in *Les Entretiens de la concurrence du Tribunal de commerce de Paris*, 12 septembre 2014.

⁵⁶⁹ Civ. 2^e, 10 février 2011, n° 10-13894.

*l'article 495⁵⁷⁰ du code de procédure civile, requiert que copie de la requête et de l'ordonnance soit remise à la personne à laquelle elle est opposée **antérieurement à l'exécution des mesures d'instruction qu'elle ordonne** et que, d'autre part, l'ordonnance ne peut être exécutée contre cette personne qu'après lui avoir été notifiée* ». La Cour censure en conséquence, pour violation des articles 495 alinéa 3 et 503⁵⁷¹ du code de procédure civile, un arrêt qui avait refusé de rétracter une ordonnance autorisant l'huissier de justice désigné à ne faire état de cette ordonnance qu'une fois sa mission accomplie, estimant pour ce faire que « *l'ordonnance sur requête autoris(ait) l'huissier de justice à agir dans l'anonymat et qu'aucun texte ne précise quand l'huissier de justice commis doit dévoiler son identité* ».

L'observation a été faite que cette jurisprudence a pour conséquence de « *retirer à l'article 145 son effet de surprise* » et encore que « *certaines constatations sont impossibles* », « *l'efficacité de certaines mesures ressort(ant) uniquement de l'effet de surprise absolu* »⁵⁷².

285. **Evolution ?** - Faudrait-il alors, ainsi que cela a été proposé, modifier la rédaction de l'article 503 du Code de Procédure Civile afin de permettre au juge, « *en cas de nécessité* », de « *déroger au principe de notification préalable et autoriser l'huissier de justice à ne pas décliner son identité jusqu'à cette notification* »⁵⁷³? Ce serait, ce faisant, se rapprocher du régime nouvellement institué par la loi Hamon du 17 mars 2014 au bénéfice des enquêteurs de la DGCCRF. Aux termes du nouvel article L. 450-3-2 du code de commerce, « *I- lorsque l'établissement de la preuve de l'infraction ou du manquement en dépend et qu'elle ne peut être établie autrement, les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent différer le moment où ils déclinent leur qualité au plus tard jusqu'à la notification à la personne contrôlée de la constatation de l'infraction ou du manquement. II.- Pour le contrôle de la vente de biens et de la fourniture de services sur internet, les agents mentionnés au I peuvent faire usage d'une identité d'emprunt* ».

Il faudrait évidemment, en pareil cas, que le juge, dans son ordonnance, soit tenu de « *définir strictement l'intervention dérogatoire de l'huissier de justice, en considération du caractère indispensable et proportionné aux intérêts antinomiques en présence* »⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Aux termes de cet alinéa, « *copie de la requête et de l'ordonnance est laissée à la personne à laquelle elle est opposée* ».

⁵⁷¹ L'article 503 alinéa 1 dispose que « *Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire* ».

⁵⁷² C. DUPARC et J.-F. REIGNIER, « L'articulation des institutions dans les contentieux de concurrence », in *Les Entretiens de la concurrence du Tribunal de commerce de Paris*, 12 septembre 2014.

⁵⁷³ C. DUPARC et J.-F. REIGNIER, préc.

⁵⁷⁴ C. DUPARC et J.-F. REIGNIER, préc.

286. **Droit des pratiques anticoncurrentielles** – Pourrait par ailleurs se poser, la question de savoir si le principe de loyauté dans l'administration des preuves, applicable, selon l'Assemblée plénière⁵⁷⁵, à l'ensemble des procédures de concurrence, pourrait être fragilisé au nom de l'impératif d'effectivité dans le cas où la victime de pratiques anticoncurrentielles serait dans une situation où il lui serait pratiquement impossible ou excessivement difficile d'administrer la preuve de celles-ci, sauf à être autorisée, à titre exceptionnel, à pouvoir utiliser un moyen de preuve contraire à ce principe, s'il s'agit du seul moyen d'établir la réalité des agissements anticoncurrentiels.

Si l'on devait estimer que le droit de la concurrence justifie de déroger, sous des conditions devant assurément être restrictives et sous un strict contrôle judiciaire, au principe de loyauté des preuves, un texte devrait être inséré à cet effet dans le Code de commerce.

Il n'est cependant pas certain qu'une telle dérogation à un principe aussi essentiel soit nécessaire à partir du moment où d'autres mécanismes permettent de renforcer l'effectivité de la réparation des dommages concurrentiels.

⁵⁷⁵ Ass. Plén. 7 janvier 2011, n° 09-14316 : « affirmant, sous le visa des articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence et que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

Chapitre II – Renforcer l’efficacité de la réparation des dommages concurrentiels

287. **Responsabilité civile** - Si les mesures destinées à améliorer l’efficacité de la réparation des dommages concurrentiels conduisent, comme on l’a vu, à modifier à certains égards les règles actuelles de procédure civile, soit en y aménageant des dérogations spécifiques au droit de la concurrence, soit en apportant des changements pourvus d’un domaine plus ample, l’efficacité de la réparation conduit, pour une grande part, à s’attacher aux règles de la responsabilité civile. Cela vaut, dans une certaine mesure, en ce qui concerne les aménagements destinés à faciliter la démonstration des conditions nécessaires à la réparation des dommages concurrentiels (section 1). Cela est encore plus vrai lorsque l’on s’attache aux mesures de nature à améliorer le résultat de l’action en responsabilité civile (Section 2). Dès lors, certaines des mesures envisagées pourront et même devront être rattachées à la réforme du droit français de la responsabilité civile qui pourrait suivre celle du droit commun des contrats.

Section 1 – Faciliter la démonstration des conditions de la réparation des dommages concurrentiels..... 184

Section 2 – Améliorer le résultat de l’action en réparation des dommages concurrentiels 198

Section 1 – Faciliter la démonstration des conditions de la réparation des dommages concurrentiels

288. **Triptyque et preuve** - Dans un domaine où la preuve est complexe et coûteuse, on ne saurait s'étonner que la directive s'efforce d'alléger le fardeau probatoire de la victime de pratiques anticoncurrentielles, à laquelle il incombe en principe, tant au regard des règles françaises qu'européennes⁵⁷⁶, d'administrer la preuve des éléments nécessaires au succès de sa prétention.

En toute occurrence, la victime, quelle que soit la mesure qu'elle entend solliciter, doit démontrer la violation d'une règle de concurrence. Lorsqu'elle entend obtenir l'allocation de dommages et intérêts, il lui revient d'établir, outre le fait générateur de responsabilité, un dommage réparable – *i.e.* présentant certains caractères et uni au fait générateur par un lien de causalité. Aussi s'intéressera-t-on successivement aux moyens de nature à faciliter la preuve de la violation d'une règle de concurrence (§ 1), puis à ceux facilitant la démonstration du dommage réparable (§ 2).

§1. Les mesures facilitant la démonstration de la violation d'une règle de concurrence

289. **Moyens variés** - Plusieurs moyens sont susceptibles de faciliter la démonstration incombant en principe à la victime quant à la violation d'une règle de concurrence. L'un d'eux, spécifique au droit des pratiques anticoncurrentielles et prévu par la directive, concerne l'hypothèse dans laquelle une décision de condamnation a été rendue préalablement par une autorité de concurrence et permet d'alléger son fardeau probatoire. Il est également possible d'accompagner par d'autres mesures la victime dans l'administration de la preuve qui lui revient.

⁵⁷⁶ Art 2 Règl 1/2003 et art 9 CPC.

A. L'allègement du fardeau probatoire en présence d'une décision de condamnation rendue par une autorité de concurrence

290. **Solution différenciée** - Dans le cas des actions consécutives, c'est-à-dire postérieures à une décision adoptée par une autorité de concurrence, la directive confère, aux décisions définitives (ne pouvant pas ou plus faire l'objet d'un recours par les voies ordinaires)⁵⁷⁷ et ayant constaté une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles, une valeur probatoire différenciée selon que la procédure de concurrence s'est ou non déroulée dans le même Etat membre que celui devant lequel l'action en dommages et intérêts est engagée.
291. **Un seul Etat membre** - Dans le cas où les deux procédures prennent place dans le même Etat membre, la directive prévoit que la violation du droit de la concurrence est « établie de manière irréfragable »⁵⁷⁸.
- Sur le plan pratique, le changement ne devrait pas être aussi considérable qu'il n'y paraît de prime abord dès lors que les juridictions accordent dans les faits une autorité morale réelle à la décision de l'Autorité de la concurrence⁵⁷⁹, facilitant ainsi la tâche probatoire de la victime.
- Pour autant, la consécration de l'effet liant sur le plan juridique devrait, en permettant l'établissement de la faute au sens de l'article 1382 du code civil - à l'imitation de ce qui existe déjà pour les décisions adoptées par les organes de l'Union européenne⁵⁸⁰ -, faciliter notamment l'octroi de provisions⁵⁸¹ et partant, améliorer la situation des victimes.
292. Par ailleurs, il n'en faudra pas moins introduire dans le Code de commerce une disposition spécifique consacrant juridiquement un tel effet liant. A cette occasion, le législateur français pourrait (tenter de) résoudre les difficultés tenant à la portée de l'effet liant. Contrairement à la rédaction retenue par la proposition initiale de directive⁵⁸², la rédaction finale du texte cantonne assurément la portée de l'effet liant à la seule faute. Pour autant, la précision selon

⁵⁷⁷ V. Art. 2 § 12.

⁵⁷⁸ Art. 9 § 1.

⁵⁷⁹ v. T. com. Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, RG 2009073089, SAS Numéricable et a. c/ France Telecom Orange, CCE 2011, comm. 76, obs. M. CHAGNY.

⁵⁸⁰ Rappr. Paris, Pôle 5, ch. 4, 26 juin 2013, n° 12-0441 : « les infractions à la législation communautaire constituent des fautes civiles selon le droit français ».

⁵⁸¹ F. DUPUIS-TOUBOL, « La Réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspectives » in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger*, Colloque Cour de cassation, 17 octobre 2005 (disponible en ligne).

⁵⁸² Cette rédaction était directement inspirée de l'article 16 § 2 du Règlement 1/2003 et prévoyait que les juridictions nationales « ne (peuvent) pas rendre de décision allant à l'encontre de (la) constatation d'infraction ».

laquelle « *l'effet de la constatation ne devrait toutefois porter que sur la nature de l'infraction ainsi que sur sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale telle qu'elle a été relevée par l'autorité de concurrence ou l'instance de recours dans l'exercice de sa compétence* »⁵⁸³ n'en laisse pas moins subsister certaines interrogations⁵⁸⁴.

293. **Un autre Etat membre.** – Dans le second cas de figure, lorsque la procédure de concurrence s'est déroulée dans un autre Etat membre, la directive dans sa version finale⁵⁸⁵ prévoit seulement que la décision définitive d'une autorité de concurrence vaut « *au moins en tant que preuve prima facie du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise* »⁵⁸⁶. Un choix est ainsi laissé aux législateurs nationaux qui ont la possibilité d'adopter une législation correspondant à la solution minimale prescrite par la directive ou bien d'aller au-delà, voire de retenir une solution uniforme en reconnaissant un effet liant aux décisions de condamnation quel que soit l'Etat membre dont relève l'autorité de concurrence s'étant prononcée.

En France, le législateur a, dans le cas des actions de groupe⁵⁸⁷, accordé une force probante identique aux décisions des autorités de concurrence, quelque soit l'Etat membre dans lequel elles ont été rendues. Il pourrait donc sembler approprié d'aligner la solution à retenir pour les litiges individuels sur celle déjà arrêtée dans le cas des recours collectifs.

Cependant, en sens inverse, la prudence pourrait inciter, au moins dans un premier temps, à préférer limiter la force probante des décisions rendues par des autorités de concurrence d'autres Etats membres en considérant qu'elles valent seulement commencement de preuve d'une violation du droit de la concurrence. Outre les incertitudes d'ordre conceptuel, déjà évoquées et qui ne sont pas propres aux décisions étrangères, il convient également de tenir compte des difficultés pratiques de traduction en présence de vingt-quatre langues officielles dans l'Union européenne. En France, depuis l'Ordonnance de Villers-Cotteret, la langue de

⁵⁸³ Considérant 34.

⁵⁸⁴ Pour un recensement de l'ensemble des difficultés, mais sous l'empire de l'ancienne rédaction, v. M. CHAGNY, « Imputability issues in the collection of damages », préc.

⁵⁸⁵ V. l'opposition du Parlement européen, Résolution préc., Pt 14. De fortes critiques ont été portées à l'encontre de la reconnaissance d'un effet liant aux décisions de concurrence. V. par exemple, E. CLAUDEL, « Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité », *Concurrences* 2-2009, n° 20 et s. Comp. E. MORGAN de RIVERY, « Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur Etat et à l'étranger ? », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles*, Concurrences, 2007, p. 35. D'autres objections tiennent au principe même, en ce qu'une telle mesure prive les juridictions de leur liberté de juger et le défendeur de la possibilité de mieux défendre sa cause : Rapp. R. ST-ESTEBEN, « L'action au civil et les droits de la défense », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger*, préc.

⁵⁸⁶ Art. 9 § 2.

⁵⁸⁷ Art. L. 423-17 C. cons.

procédure est le français : cette exigence s'impose non seulement aux juges, mais également aux parties, aussi bien pour leurs écritures que pour les documents produits, et peut ainsi aboutir à ce que, en l'absence de traduction en langue française, un document écrit en langue étrangère produit à titre de preuve soit écarté. Pour tenir compte de cet obstacle, on pourrait imaginer d'admettre le recours à une traduction libre plutôt qu'à une traduction juré.

294. **DGCCRF** - Dans la mesure où la DGCCRF est également investie de prérogatives lui permettant de transiger ou sanctionner, dans le cas des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale, et, depuis la loi Hamon, d'adresser des injonctions ou d'imposer des sanctions administratives au titre de pratiques contraires au Titre IV du Livre IV du Code de commerce, on pourrait s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun de reconnaître un effet liant aux décisions ainsi adoptées.

Pourtant, une telle possibilité doit être écartée dès lors que les recours formés à l'encontre des décisions adoptées en application de ces prérogatives relèvent des juridictions de l'ordre administratif et non de l'ordre judiciaire.

B. L'accompagnement du fardeau probatoire en l'absence de décision de condamnation rendue par une autorité de concurrence

295. **Portée précisée** - Ainsi que cela a été montré dans la première partie de cette étude⁵⁸⁸, les enseignements pouvant être tirés, au stade du contentieux civil, à partir de certaines catégories de décisions rendues par les autorités de concurrence sont empreints d'incertitude, en l'absence de solution nettement arrêtées en jurisprudence.

Aussi pourrait-on mettre à profit le travail de transposition de la directive pour éclaircir la portée des décisions adoptées par l'Autorité de concurrence sur les litiges privés engagés devant le juge judiciaire.

Il s'agirait ainsi de préciser quel soutien probatoire la victime peut trouver dans de telles décisions. Cela est particulièrement vrai en présence d'une non-contestation de griefs ou encore d'une décision d'engagements⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ *Supra* n° 124 et s.

⁵⁸⁹ La Cour de cassation ne s'est à ce jour prononcée que sur une proposition d'engagements : Com. 15 novembre 2011, n° 10-27388.

296. **Coopération renforcée** - Comme le constat en a été fait, s'il existe d'ores et déjà plusieurs mécanismes de coopération susceptibles d'être utilisés par le juge judiciaire, il apparaît que ceux-ci, qu'ils concernent l'Autorité de la concurrence, la Commission, ou encore la Commission d'examen des pratiques commerciales, sont assez peu voire pas du tout utilisés⁵⁹⁰. Aussi semble-t-il souhaitable, au moins dans le cas des organes français, d'en développer l'utilisation.

S'agissant de la Commission d'examen des pratiques commerciales, il conviendrait sans doute de faire mieux connaître son action auprès des juridictions concernées, par une sensibilisation de celles-ci *via* des communications et des formations. Peut-être serait-il également opportun d'ajouter à la possibilité de saisine pour avis une autre procédure plus souple et plus rapide permettant qu'un membre de son Bureau puisse être entendu en qualité de sachant par la juridiction ; cela est d'autant plus vrai que la Commission comporte parmi ses membres des personnalités qualifiées dans le domaine économique et dans le domaine juridique.

Du côté de l'Autorité de la concurrence, peut-être pourrait concevoir, à côté de la procédure d'avis telle qu'actuellement prévue par les dispositions légales, la possibilité pour un juge judiciaire de solliciter l'intervention d'une personne rattachée au service juridique ou, plus encore, au service économique de l'Autorité, ceci à titre d'*amicus curiae*. Ainsi le rapporteur du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs avait présenté, avec l'avis favorable du Gouvernement, un amendement visant à compléter l'article L. 462-3 C. com. par un II aux termes duquel « *l'Autorité peut également être invitée par les juridictions à les éclairer sur une question relative aux pratiques anticoncurrentielles visées au I* »⁵⁹¹. Une telle « *procédure d'amicus curiae* » visait à conférer aux juridictions la faculté de « *solliciter l'expérience de l'Autorité de la concurrence* »⁵⁹², mais le projet de loi concerné n'a pas abouti, faute d'avoir été voté avant la fin de la législature et le changement de majorité.

On pourrait réenvisager son introduction en droit français en vue de faciliter la tâche probatoire des victimes. Une telle solution, suffisante lorsque les magistrats estiment avoir seulement besoin d'un éclairage, présenterait l'avantage de la souplesse et de la rapidité.

⁵⁹⁰ *Supra* n° 117 et s.

⁵⁹¹ V. Amendement 469, Ass. Nat., Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs (n°3508), par D. FASQUELLE, 6 juillet 2011, n°3632.

⁵⁹² Selon la présentation faite par le Rapporteur qui ajoute que l'expérience de l'Autorité serait sollicitée « *notamment pour faire constater le non-respect des règles de concurrence et obtenir réparation du préjudice causé* ».

Cela étant, il reste à savoir si l’Autorité disposerait des moyens humains pour répondre à ce type de demande si elle devait se développer. Aussi peut-on proposer une autre voie alternative ou complémentaire.

297. **Pôle d’expertise** – De façon plus radicale et au regard du succès réduit rencontré pour le moment par les procédures de coopération existantes, on pourrait, plus radicalement, envisager la constitution d’un pôle d’expertise en droit et économie de la concurrence dont feraient partie des personnalités qualifiées en droit ou en économie de la concurrence. Ces dernières pourraient être sollicitées par les juridictions spécialisées à l’effet de donner un éclairage expertal sur une ou plusieurs difficultés d’ordre juridique ou économique liée à la mise en œuvre d’une règle de concurrence.

Il ne serait pas inconcevable de rattacher ce pôle d’expertise à la Commission d’examen des pratiques commerciales, ce qui pourrait être l’occasion de renforcer les moyens dont elle dispose.

§2. Les mesures facilitant la démonstration du dommage réparable

298. **Voies possibles** - En droit français, seul le préjudice causé directement par la pratique incriminée peut être réparé conformément à l’exigence d’un dommage direct et d’un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice. Le droit de l’Union européenne ne prévoit pas autre chose qui, dans l’arrêt Manfredi, a reconnu le droit à toute personne de demander réparation du préjudice subi lorsqu’il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et l’infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles⁵⁹³.

Sans remettre en cause ces exigences dans leur principe, il est possible d’en faciliter la démonstration à l’aide de présomptions, ainsi que le prévoit d’ailleurs, dans certaines hypothèses se rattachant au droit des pratiques anticoncurrentielles, la directive (A). Il est également concevable d’envisager un assouplissement dans leur mise en œuvre concrète (B).

⁵⁹³ CJCE 13 juillet 2006, aff. C-295/04 à C-298/04, pt. 61.

A. Alléger le fardeau probatoire de la victime à l'aide de présomptions

299. **Présomptions variées** - La directive recourt à différents types de présomption permettant de faciliter la tâche probatoire des victimes, ceci dans des hypothèses circonstanciées tenant soit au type d'infraction commise, soit au cas particulier de la répercussion des dommages le long de la chaîne économique (« passing-on »).

300. **Présomption de préjudice** - Tout d'abord, elle prévoit, dans le cas des cartels⁵⁹⁴, qu'il soit présumé que les infractions ainsi commises causent un préjudice et ajoute que « *l'auteur de l'infraction a le droit de renverser cette présomption* »⁵⁹⁵. C'est poser là une présomption légale telle qu'envisagée à l'article 1349 du code civil, opérant un déplacement de la charge de la preuve et pour laquelle le défendeur conserve la possibilité de démontrer qu'aucun dommage n'a été causé par ses agissements.

Cela n'est pas sans évoquer les procédés développés, en France, en matière de concurrence déloyale, par la Cour de cassation⁵⁹⁶, et dont on a constaté l'utilisation dans la période récente en droit des pratiques anticoncurrentielles, mais seulement dans quelques décisions et sans approbation de la Cour de cassation⁵⁹⁷. On pourrait même observer que celle-ci a, tout au contraire, réaffirmé, à propos de la question de la répercussion des surcoûts, que « *la preuve du préjudice incombe à la partie qui l'invoque* », excluant toute présomption en pareil cas⁵⁹⁸. Il convient, en outre, d'observer qu'au-delà de domaines d'application différents, la règle prétorienne se démarque de la solution retenue par la directive en ce que, contrairement à cette dernière, sa formulation, en indiquant qu'« *il s'infère nécessairement* » un préjudice ou un trouble commercial⁵⁹⁹, paraît dénier à l'auteur des pratiques toute possibilité de rapporter la preuve contraire.

301. **Elargissement du domaine** - La transposition de la directive sur ce point nécessitera l'introduction dans le code de commerce d'un texte à cet effet. S'il ne semble pas douteux que

⁵⁹⁴ Par son domaine ainsi circonscrit, la mesure n'est pas sans rappeler la règle Hongroise édictant une présomption simple selon laquelle un cartel augmente les prix de 10 %. Cependant, il est expressément précisé au considérant 47 que « *cette présomption ne devrait pas porter sur le montant réel du préjudice* ». Elle semble se rapprocher davantage de la jurisprudence allemande aux termes de laquelle tout cartel engendre un surcoût.

⁵⁹⁵ Art. 17 § 2.

⁵⁹⁶ *Supra* n° 156

⁵⁹⁷ *Supra* n° 157.

⁵⁹⁸ Com. 15 mai 2012, n° 11-18495. Sur le cas particulier de la répercussion du dommage, *infra* n° 303 et s.

⁵⁹⁹ Selon les cas, il est indiqué qu'« *il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral* » ou qu'« *il s'infère nécessairement d'un acte déloyal un trouble commercial constitutif d'un préjudice* ».

la présomption doit être simple, il est permis de s'interroger quant au domaine à lui conférer : quoique la directive n'envisage que les cartels et indique en son considérant 47 qu' « *il convient de limiter cette présomption réfragable aux ententes* » horizontales, cela ne devrait pas empêcher les Etats-membres de favoriser l'effectivité du droit à réparation des victimes en élargissant le champ de la mesure au delà de cette seule catégorie d'infraction.

Se pose alors la question de savoir quelle extension mérite d'être envisagée. Plusieurs possibilités se présentent à cet égard.

302. **Type de préjudice** - Comme cela a été proposé par l'auteur d'une thèse récente, on peut raisonner à partir de la catégorie de préjudice concurrentiel concerné : distinguant, d'un côté, le préjudice concurrentiel de consommation, entendu comme « *celui subi par l'acheteur d'un bien et l'utilisateur d'un service disponible massivement et qui a fait l'objet d'une pratique anticoncurrentielle* »⁶⁰⁰, et de l'autre, le préjudice concurrentiel d'affaires, « *résultant quant à lui des opérations de toute nature liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière en lien avec des pratiques anticoncurrentielles* », Monsieur Lehaire préconise d'admettre, dans le cas d'un préjudice de consommation, que celui-ci soit inféré de la faute de concurrence, tandis que cette solution ne serait pas applicable dans l'hypothèse d'un préjudice d'affaires⁶⁰¹.

303. **Généralisation ?** - Sans méconnaître l'intérêt de la distinction ainsi proposée⁶⁰², on pourrait également considérer, à partir du moment où « *cette présomption ne devrait pas porter sur le montant réel du préjudice* »⁶⁰³, qu'elle pourrait être appliquée plus largement. Ainsi a-t-il pu être argumenté en faveur de l'application d'une telle présomption dans l'hypothèse d'actes précisément dirigés contre une ou des entreprises déterminées, par exemple, des pratiques d'exclusion, dénigrement ou encore discrimination⁶⁰⁴.

Au-delà, et dans la mesure où la présomption d'existence du dommage à introduire sous la contrainte de la directive, dans le cas des cartels, serait appelée à prendre place aux côtés d'une règle prétorienne posant une présomption de nature différente en ce qui concerne la

⁶⁰⁰ B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, sous la dir. de L. ARCELIN et K. DIAWARA, Université de la Rochelle et Université de Laval, 2014, n° 105, p. 271.

⁶⁰¹ En ce sens, B. LEHAIRE, th. préc., n° 108 et s., p. 275 et s.

⁶⁰² Sur d'autres conséquences susceptibles d'être attachées à cette distinction, *infra* n° 345 et s.

⁶⁰³ Considérant 47.

⁶⁰⁴ AFEC, *Observations formulées sur le projet de document d'orientation « la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »*, sept. 2011, p. 12.

concurrence déloyale, on peut considérer souhaitable d'opérer une uniformisation de la présomption, en la calquant sur celle prescrite par la directive. Sans doute la jurisprudence de la Cour de cassation pourrait-elle faire évoluer sa jurisprudence dans cette direction, mais il est permis de penser que l'adoption d'un texte, d'ores et déjà nécessaire en droit des pratiques anticoncurrentielles, serait préférable. On pourrait à cette occasion s'interroger sur l'opportunité d'une généralisation de la présomption à l'ensemble des règles de concurrence, ceci d'autant plus que, comme on l'a déjà indiqué, un même comportement peut être appréhendé, à la fois, en tant que pratique anticoncurrentielle et en tant qu'acte de concurrence déloyale et/ou pratique restrictive de concurrence. Il peut sembler difficile d'admettre selon les cas, l'application d'une présomption irréfragable ou simple ou encore l'exclusion de toute présomption, le risque étant intégralement mis à la charge de la victime. Aussi l'extension de la présomption simple d'existence du préjudice pourrait-elle sembler opportune tant au droit des pratiques anticoncurrentielles dans son ensemble qu'au droit des pratiques restrictives de concurrence⁶⁰⁵.

304. **Répercussion des dommages** – La directive traite, ensuite et avec force détails, de la répercussion des dommages le long de la chaîne économique. Même si ce cas de figure ne s'est pas (encore) présenté, à notre connaissance, le texte européen prend soin d'envisager, outre l'hypothèse classique de la répercussion des surcoûts, celle miroir concernant les sous-coûts, précisant à cet égard que les règles posées dans le premier cas s'appliquent *mutatis mutandis* lorsque l'infraction au droit de la concurrence porte sur les livraisons ou prestations de services effectuées à l'entreprise contrevenante. Elle envisage aussi bien le cas du cocontractant direct que celui de la victime n'ayant pas contracté avec l'auteur de la pratique anticoncurrentielle⁶⁰⁶. Plusieurs dispositions devront être insérées en conséquence dans le Livre IV du code de commerce.

305. **Cocontractant indirect** – S'agissant du « cocontractant indirect » qui, sans avoir contracté avec l'auteur de la pratique anticoncurrentielle, a subi un dommage du fait de la répercussion du surcoût ou du sous-coût, la directive consacre son droit d'agir, comme le fait d'ores et déjà le droit français. Elle s'attache cependant à atténuer les difficultés probatoires auxquelles une

⁶⁰⁵ Au demeurant, il est possible de citer une affaire dans laquelle la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui, tout en stigmatisant un refus de vente, avait refusé d'accorder des dommages-intérêt au motif que la preuve de l'existence du préjudice n'étant pas rapportée. « *Il résulte de la suspension d'approvisionnement fautive un trouble commercial pour l'entreprise qui en est victime* », énonce la Chambre commerciale dans sa décision : Com. 5 déc. 2000, sté Parasanté c/ OCP Répartition, RJDA 04/01, p. 460, n° 512.

⁶⁰⁶ Une mesure est également prévue en cas de pluralité d'actions (Art. 15).

telle victime est confrontée en raison de son éloignement et de l'absence de lien avec l'entreprise contrevenante.

A cette fin, la directive, retenant une solution différente de celle envisagée dans le Livre blanc, qui faisait bénéficier le contractant indirect d'une présomption simple de répercussion intégrale du surcoût illégal⁶⁰⁷, réaffirme tout au contraire que « *la charge de la preuve concernant l'existence et l'ampleur de cette répercussion incombe au demandeur* »⁶⁰⁸ ; cependant, elle en facilite l'administration par une présomption légale opérant un déplacement de l'objet de la preuve : « *l'acheteur indirect est réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion (...) lorsqu'(il) a démontré que le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence, que l'infraction a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur et qu'il a acheté les biens ou services concernés par l'infraction ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant* »⁶⁰⁹. Le jeu de cette facilité probatoire est par ailleurs logiquement écarté « *lorsque le défendeur peut démontrer de façon crédible, à la satisfaction de la juridiction, que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect, ou qu'il ne l'a pas été entièrement* »⁶¹⁰.

306. **Cocontractant direct.** - Quant à l'action exercée par le cocontractant direct, plus vraisemblable au regard du contentieux passé⁶¹¹, elle soulève tout particulièrement la question de savoir dans quelle mesure l'auteur de l'infraction peut contester le droit à indemnisation en faisant valoir la répercussion des dommages sur des tiers (« *passing-on defence* »). Tout en admettant ce moyen de défense, à l'instar du droit français⁶¹², la directive souligne par ailleurs le « *droit d'une partie lésée, à demander et à obtenir réparation pour le manque à gagner* »⁶¹³, par exemple, dans le cas où l'acheteur direct a perdu une partie de sa clientèle, des clients potentiels ayant renoncé à l'achat des produits renchérissés. Pour bienvenu qu'elle soit, cette affirmation est pleinement satisfaite au regard des principes français de la responsabilité, de sorte qu'une transposition sur ce point semble superfétatoire. Par ailleurs et surtout, la directive fait peser la charge de la preuve concernant l'existence et l'ampleur de

⁶⁰⁷ Livre blanc, Pt 2. 6.

⁶⁰⁸ Art 14 § 1.

⁶⁰⁹ Art. 14 § 2. Pour justifier cette facilité probatoire, la directive fait état d'une « *pratique commerciale selon laquelle les augmentations de prix sont répercutées en aval de la chaîne de distribution* ».

⁶¹⁰ Art. 14 § 2.

⁶¹¹ *Supra* n° 160 et s., pour une présentation des solutions jurisprudentielles françaises en pareil cas.

⁶¹² Com. 15 juin 2010, sur lequel v. Y. UTZSCHNEIDER, H. PARMENTIER, « Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence ; la Cour de cassation accepte le “passing-on defence” », D. 2010, p. 2781.

⁶¹³ Art. 12 § 3.

cette répercussion sur le défendeur⁶¹⁴. Autant l'indication selon laquelle, à cette occasion, le défendeur « *peut raisonnablement exiger la production d'informations par le défendeur et par des tiers* » apparaît comme une simple déclinaison, dans l'hypothèse particulière du *passing-on*, des dispositions édictées plus généralement quant à la production des pièces⁶¹⁵ et ne devrait donc pas nécessiter de mesures de transposition autres que celles nécessaires à ce titre, autant l'adoption d'un texte est indispensable à l'effet de briser la jurisprudence française selon laquelle il incombe à la victime d'établir la non-répercussion du dommage⁶¹⁶.

Il est même permis de se demander si une transposition prochaine de la directive sur ce point ne serait pas souhaitable, à moins que les juridictions elles-mêmes n'en fassent application par anticipation. Cela pourrait sembler d'autant plus opportun que la jurisprudence française actuelle peut sembler au principe d'effectivité. Quoiqu'une telle argumentation ait été réfutée par la Cour d'appel de Paris⁶¹⁷, des doutes peuvent cependant être nourris à cet égard en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice.

Si cette juridiction n'a pas eu, pour le moment, à se prononcer sur cette question, elle a en revanche rendu, le 9 novembre 1983, un arrêt préjudiciel concernant le point de savoir si un Etat membre peut subordonner le remboursement de taxes nationales perçues en violation de prescriptions du droit communautaire à la preuve que ces taxes n'ont pas été répercutées sur d'autres personnes⁶¹⁸. Il résulte de cet arrêt que le droit de l'Union « *ne fait pas obstacle à ce qu'un système juridique national refuse une restitution de taxes indument perçues lorsque celle-ci entraînerait un enrichissement sans cause des ayant droit. Rien ne s'oppose donc (...) à ce que les juridictions tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que les taxes indument perçues ont pu être incorporées dans le prix des marchandises et répercutées ainsi sur les acheteurs* ». « *Par contre* », est-il ajouté, « ***seraient incompatibles avec le droit communautaire toutes modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire. Tel est le cas notamment de présomptions ou de règles de preuve qui visent à rejeter sur le contribuable la charge d'établir que les taxes indument payées n'ont pas été répercutées sur d'autres sujets*** »⁶¹⁹.

Quoiqu'énoncé à propos de la répercussion de taxes indûment perçues, le raisonnement paraît transposable au moment de déterminer, au regard des impératifs du droit de l'Union

⁶¹⁴ Art. 13.

⁶¹⁵ *Supra* n° 275 et s.

⁶¹⁶ Com. 15 mai 2012, n°11-18495.

⁶¹⁷ Paris 27 février 2014, n° 10/18285, SNC Doux Aliments Bretagne et a. c/ sté Ajinomoto Eurolyse et a.

⁶¹⁸ CJCE, 9 nov. 1983, Aff. 199/82, Administration des finances de l'Etat italien et San Giorgio, pts 13 et 14.

⁶¹⁹ Souligné par nos soins.

européenne, qui, de la victime ou de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles, doit supporter le risque de preuve attaché à la répercussion des surcoûts sur les acheteurs indirects. Selon ce raisonnement, le principe d'effectivité, à l'aune duquel doivent être examinées les règles nationales régissant l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles commises en violation des articles 101 § 1 ou 102 du TFUE, commande de considérer comme incompatible et par conséquent d'écarter toute présomption ou règle de preuve visant à rejeter sur la victime la charge d'établir que les préjudices subis du fait des pratiques ont été répercutés sur des tiers.

307. **Domaine** – La possibilité de répercuter des dommages, le long de la chaîne économique, en cas de chaîne de contrats ne se limite pas au droit des pratiques anticoncurrentielles et peut intervenir en cas de violation d'une autre règle de concurrence. On peut en particulier imaginer que des difficultés du même type se présentent en cas de violation de la règle appréhendant le déséquilibre significatif⁶²⁰. Par exemple, un sous-traitant pourrait préférer agir, non pas contre son cocontractant direct ayant répercuté dans ses propres exigences tarifaires les obligations auxquelles lui-même aurait été soumis, mais à l'encontre du maître de l'ouvrage lui-même.

A l'inverse, ce dernier, s'il voyait sa responsabilité recherchée par son cocontractant, pourrait soutenir, à titre de moyen de défense, que le dommage lié au déséquilibre significatif a été répercuté sur un cocontractant subséquent. Les solutions établies par la directive, en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, pourraient inspirer le raisonnement à suivre au-delà de ce pan du droit de la concurrence. Se pose alors la question de savoir s'il convient de laisser aux juridictions le soin de procéder de la sorte si elles l'estiment approprié ou s'il serait préférable de donner à la disposition nécessaire à la transposition de la directive un champ d'application élargi au droit des pratiques restrictives de concurrence⁶²¹.

B. Assouplir la mise en œuvre des exigences relatives au dommage réparable

308. **Lien de causalité** – Parmi les différentes conditions auxquelles est assujettie l'admission de la réparation du dommage, l'exigence tenant à l'existence d'un lien de causalité entre le

⁶²⁰ Art. L. 442-6-I-2° C. com.

⁶²¹ Le droit de la concurrence déloyale n'est pas concerné, quant à lui, par cette hypothèse dans la mesure où les agissements correspondant sont mis en œuvre en dehors de toute relation contractuelle.

préjudice dont l'indemnisation est demandée et le fait générateur de responsabilité, en l'occurrence la violation du droit de la concurrence, est sans doute celle qui soulève, comme on l'a vu, le plus de difficultés⁶²². Il n'est pas toujours aisé de « *distinguer entre « l'aléa économique » et les atteintes illicites au marché* », pour reprendre l'expression d'un magistrat⁶²³, et ceci en procédant poste de préjudice par poste de préjudice.

Pour ne prendre qu'une illustration, la hausse des prix mise à la charge des victimes d'une entente horizontale peut s'expliquer, non seulement par le cartel lui-même, mais également par bien d'autres causes sans rapport avec une pratique anticoncurrentielle.

Sans doute dans certains cas de figure peut-il être opportun de recourir à une analyse économétrique afin de mettre en évidence les relations causales existant entre différents phénomènes économique. Pour autant, les enseignements susceptibles d'en être tirés ne sont pas nécessairement probants. En outre, l'engagement de tels travaux supposant de conduire une analyse de régression multiple peut ne pas toujours être opportun au regard de son coût et des enjeux financiers correspondant aux préjudices dont la réparation est demandée.

309. **Autonomie procédurale tempérée** - Si la Cour de justice a énoncé, comme on l'a vu, l'exigence d'un lien de causalité entre le préjudice et la pratique anticoncurrentielle, elle a également affirmé, comme elle l'a encore rappelé récemment dans l'affaire Kone, qu'en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'application de la notion de lien de causalité, mais en assortissant cette autonomie procédurale des limites habituelles que sont les principes d'équivalence et d'effectivité⁶²⁴.

Dans la lignée de cette jurisprudence, le Guide pratique de la Commission fait écho à l'exigence « *d'un lien de causalité ou d'un lien de proximité de la cause établissant un rapport entre l'acte illicite et le préjudice* » ou encore à la nécessité pour « *les juridictions nationales (d') établir si le demandeur a subi un préjudice imputable à l'infraction* »⁶²⁵. La directive ne change rien en l'occurrence, puisqu'elle a choisi de ne pas traiter cette question, laissant donc aux Etats-membres le soin de la régir ; elle n'en réserve pas moins le jeu des exigences d'équivalence et d'effectivité, soulignant, dans l'un de ses considérants, la

⁶²² *Supra* n° 155 et s.

⁶²³ N. REGIS, « Le préjudice économique des entreprises », Bulletin d'information, 1^{er} mai 2013, p. 6 et s., spéc. p. 7.

⁶²⁴ CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone AG et a. (pt 24). V. déjà CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-295/04 à C-298/04, Manfredi, pts 61 et 64.

⁶²⁵ Comm., *Guide pratique sur la quantification des préjudices dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, pt 3 et pt 4.

nécessité, pour « *toutes les règles nationales (...) , y compris celles concernant des aspects non traités dans la présente directive, tels que la **notion de lien de causalité** entre l'infraction et le préjudice* », de respecter ces principes⁶²⁶.

310. **Assouplissement** - L'effectivité du droit à réparation pourrait bien commander une application plus souple des exigences requises en ce qui concerne les caractères du dommage et plus encore quant au lien de causalité. Ainsi a-t-il été soutenu que le doute quant à la relation causale ou quant à la certitude du dommage, qui profite en principe au défendeur, ne devrait « *plus systématiquement pénaliser la victime* »⁶²⁷. Plus particulièrement, il a, par exemple, été proposé qu'à partir du moment où une victime apporterait la preuve d'une perte de clients concomitante aux pratiques anticoncurrentielles, cette perte de clientèle serait présumée résulter desdits agissements, à moins que leur auteur soit en mesure de prouver que la perte de clientèle a, en réalité, une autre origine ⁶²⁸.

De façon plus générale, l'article 1349 du Code civil permet aux juridictions de développer des présomptions entendues comme « *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ».

⁶²⁶ Considérant 11. Souligné par nos soins.

⁶²⁷ En ce sens, v. not. F. DUPUIS-TOUBOL, Action civile en matière de pratiques anti-concurrentielles : éléments de problématique, in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque du 17 octobre 2005, Cour de cassation.

⁶²⁸ *Ibid.*

Section 2 – Améliorer le résultat de l’action en réparation des dommages concurrentiels

311. **Indemnisation** - S’il est vrai que le résultat de l’action, lorsque la réparation est entendue dans une acception large, concerne aussi l’étendue de la nullité, le montant des restitutions à ordonner et les différentes mesures de cessation des pratiques susceptibles d’être ordonnées, l’indemnisation, apparue comme l’une des difficultés majeure⁶²⁹, mérite tout particulièrement l’attention en vue d’une efficacité renforcée⁶³⁰.

La détermination des restitutions lorsqu’elles doivent être effectuées en valeur soulève, en ce qui concerne l’évaluation en elle-même, des difficultés assez analogues à celles relatives à l’évaluation du préjudice concurrentiel, de sorte que les développements ci-après pourraient s’y appliquer en tant que besoin⁶³¹.

Si l’étendue de la réparation des dommages concurrentiels retient en tout premier lieu l’attention (§1), il ne faut pas ignorer les questions se rattachant à la charge de la réparation (§2).

§1. L’étendue de la réparation des dommages concurrentiels

312. **Principe de réparation intégrale** - La directive, en son article 3, affirme le droit à réparation intégrale dont doit disposer la victime de pratiques anticoncurrentielles et précise que cela « couvre (...) le droit à une indemnisation de la perte subie et du manque à gagner, plus le paiement des intérêts ». De prime abord, cela ne pose pas de difficulté en droit français, puisque l’article 1147 du code civil admet la réparation de la perte éprouvée comme du gain manqué - auxquels la jurisprudence a ajouté la perte de chance - et que l’article 1153-1 prévoit quant à lui le prononcé d’intérêts.

Encore faut-il que le principe de réparation intégrale soit effectivement respecté. Or les difficultés pratiques d’évaluation du préjudice concurrentiel sont telles que la directive a pris

⁶²⁹ Les propositions relatives à l’étendue de la nullité et au pouvoir de correction du juge ont été présentées précédemment : *Supra* n° 249 et s.

⁶³⁰ La détermination des restitutions lorsqu’elles doivent être effectuées en valeur soulève, en ce qui concerne l’évaluation en elle-même, des difficultés assez analogues à celles relatives à l’évaluation du préjudice concurrentiel sur laquelle l’attention sera exclusivement portée ici.

⁶³¹ Rappr. Guide d’évaluation, préc., note 6 : « Bien qu’il ne traite pas spécifiquement de la détermination du montant des indemnisations accordées dans d’autres recours au civil, les éléments qu’il contient peuvent également servir à cette fin, notamment en ce qui concerne les actions en restitution ».

soin de réaffirmer, dans ce cas précis, l'exigence d'effectivité⁶³² : « la quantification du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle peut donc, en tant que telle, constituer un obstacle majeur à l'effectivité des demandes de réparation », expose-t-elle, en outre, dans l'un de ses considérants⁶³³. Il convient à cet égard d'observer que les problèmes liés à l'évaluation des préjudices sont assez similaires quelle que soit la règle de concurrence concernée, de sorte les avancées à intervenir sous l'aiguillon de l'Union européenne pourraient et même devraient faire école plus généralement dans le droit de la concurrence dans son ensemble.

313. **Orientations** - L'approche de la réparation en termes d'efficacité conduit à envisager, d'abord, les voies permettant de remédier ou d'atténuer les difficultés d'évaluation susceptibles de porter atteinte au principe de réparation intégrale (A). Mais il convient, ensuite et en complément, de s'interroger sur les possibilités de dépassement des difficultés d'évaluation attachées au principe de réparation intégrale (B).

A. L'atténuation des difficultés d'évaluation en vue d'une réparation intégrale des préjudices concurrentiels

314. **Voies envisageables** - Pour permettre une meilleure évaluation des préjudices concurrentiels à réparer, on peut envisager deux séries de mesures pouvant, au demeurant, être combinées : d'un côté, il s'agit d'encadrer davantage à plusieurs égards l'office du juge et de l'autre, il convient de l'aider dans sa mission d'évaluation.

⁶³² Art. 17 § 1.

⁶³³ Considérant 45.

1. Les exigences renforcées quant à l'office du juge

315. **Estimer le *quantum*** - La directive requiert, s'agissant de l'ampleur de l'indemnisation à laquelle la victime peut prétendre, que « *les juridictions soient habilitées à estimer le montant du préjudice* »⁶³⁴ et réitère en outre spécifiquement cette exigence dans l'hypothèse particulière de la répercussion des dommages⁶³⁵.

A vrai dire, le droit français paraît d'ores et déjà satisfaire cet impératif : selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge a l'obligation d'« *évaluer le dommage dont il a constaté l'existence en son principe* », l'insuffisance d'éléments ne le dispensant pas de procéder à cette évaluation⁶³⁶.

316. **Obligation d'interprétation conforme à l'effectivité** - Une autre obligation résultant du droit de l'Union européenne pourrait conduire, cette fois, à une évolution de la jurisprudence, voire à une adaptation des règles de droit.

Dans la mesure où la détermination du préjudice en la matière est le « *résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes* »⁶³⁷ et nécessite la reconstitution d'un scénario (« contrefactuel ») présentant un caractère hypothétique, l'évaluation est, comme le souligne le Guide pratique établi par la Commission, « *par nature, soumise à d'importantes limites quant au degré de certitude et de précision que l'on peut en attendre* ». Il en résulte que les juridictions nationales appelées à mettre en œuvre et à interpréter les règles de droit applicables « *doivent tenir compte de ces limites inhérentes à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts pour infraction aux articles 101 et 102 du TFUE conformément au principe d'effectivité du droit de l'UE, de sorte que l'exercice du droit à réparation garanti par le traité ne soit pas rendu pratiquement impossible ni excessivement difficile* »⁶³⁸. Il est encore indiqué que « *des difficultés excessives dans l'exercice du droit à réparation garanti par l'ordre juridique de l'UE peuvent survenir et susciter dès lors des préoccupations quant au respect du principe d'effectivité (...)*

⁶³⁴ Art. 17 § 1 *in fine*.

⁶³⁵ Art. 12 § 5.

⁶³⁶ Par exemple, Civ. 3^e, 2 février 2011, n° 10-30427. V. encore Com. 30 novembre 2010, n° 09-15264 « *en refusant d'évaluer le montant d'un dommage dont elle constatait l'existence en son principe, alors qu'elle était saisie d'une demande de réparation, la cour d'appel a violé* » les articles 4 et 1382 du code civil.

⁶³⁷ CJCE, 7 Juillet 2000, aff. C-104/89 et C-37-90, Mulder e. a. / Conseil et Commission, pt. 79, soulignant, à propos de l'évaluation du manque à gagner, la nécessité de disposer d'une marge d'appréciation importante soit à l'endroit des chiffres et données statistiques à retenir, soit surtout en ce qui concerne l'utilisation de ceux-ci pour le calcul et l'évaluation du préjudice.

⁶³⁸ Guide pratique pt 17.

si les exigences relatives au degré de certitude et de précision dans la quantification du préjudice subi se révèlent trop sévères »⁶³⁹.

Vainement fera-t-on observer que le Guide pratique est dépourvu d'effet contraignant à l'égard des juridictions nationales dans la mesure où il rappelle ici, dans le cas de l'évaluation, une exigence posée par la Cour de justice à plusieurs reprises, rappelée par la directive et qui s'impose dès lors bel et bien aux juges nationaux.

S'il est vrai qu'en définitive, l'impératif auxquelles les juridictions françaises sont soumises dans l'évaluation des préjudices concurrentiels n'est pas nouveau - la directive n'ayant pas apporté de changement d'ordre juridique -, celle-ci n'en rend pas moins nécessaire, en ce qu'elle place la réparation au premier plan, à tout le moins une réflexion et peut-être même une évolution dans la pratique judiciaire en ce domaine.

Ainsi a-t-on déjà souligné l'opportunité qu'il y aurait à assouplir l'application de l'exigence du lien de causalité, de même qu'il importe, au regard de l'exigence d'un préjudice certain d'en faire une application raisonnable, compatible avec les réalités d'une matière dans lesquelles des hypothèses sont souvent nécessaires⁶⁴⁰, et non pas une application absolue⁶⁴¹.

317. **Motivation et contrôle** - Au-delà, c'est la question de l'office du juge et du contrôle opéré par la Cour de cassation qui doit retenir l'attention.

Le pouvoir souverain, actuellement conféré aux juges du fond français, au moment de procéder à l'évaluation du dommage, sous réserve de ne pas violer le principe de réparation intégrale, a suscité des critiques doctrinales⁶⁴². Elle a également fait l'objet d'un examen attentif de la part d'un groupe de travail constitué sous l'égide de la Cour de cassation⁶⁴³.

Sans doute les juridictions du fond sont soumises à une exigence de motivation, sous le contrôle de la Cour régulatrice, mais celui-ci est « *d'une faible intensité* » Ainsi est-il considéré qu'une juridiction apprécie « *souverainement le montant du préjudice dont elle a*

⁶³⁹ Guide pratique, pt 8.

⁶⁴⁰ F. JENNY, « A French perspective on the quantification of antitrust harm », 2010, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/jenny.pdf>, selon lequel il est difficile de concilier l'exigence de certitude avec les réalités d'un contentieux dans lequel le dommage ne peut bien souvent être prouvé qu'à l'aide d'hypothèses.

⁶⁴¹ Rappr. not. F. DUPUIS-TOUBOL, « Action civile en matière de pratiques anti-concurrentielles : éléments de problématique », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque du 17 octobre 2005, Cour de cassation, faisant valoir que « *la certitude d'un préjudice doit être raisonnable et non absolue* ».

⁶⁴² V. not. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 2001, spéc. n° 66 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, préf. P. DELEBECQUE, PUAM 2003.

⁶⁴³ O. MATUCHANSKY et M. GUYOMAR, « Le contrôle du juge de cassation en matière d'évaluation du préjudice économique », in *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 315 et s.

justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments »⁶⁴⁴. Il est encore admis que les juges du fond puissent effectuer une évaluation globale sans être tenus de s'expliquer sur chacun des chefs de préjudice⁶⁴⁵.

318. **Réforme législative** - Une partie de la doctrine civiliste plaide, depuis longtemps, en faveur d'une exigence accrue de motivation sous un contrôle plus étroit de la Cour de cassation. Tel est en particulier le cas des professeurs Geneviève Viney et Patrice Jourdain qui expriment leur souhait d'un contrôle de l'insuffisance des motifs « *obligeant le juge à exprimer les raisons qui l'ont conduit à fixer l'indemnité au montant qu'il a retenu* »⁶⁴⁶. Une telle orientation a été envisagée dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations dont l'article 1374 prévoyait : « *Le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués qu'il prend en compte. En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision* ». Cependant, elle n'a pas prospéré pour le moment en droit français de la responsabilité civile, faute pour la réforme attendue d'être intervenue.

Sans doute pourrait-on également imaginer que la modification de l'office du juge intervienne dans le seul domaine du droit des pratiques anticoncurrentielles⁶⁴⁷, celui-ci servant en quelque sorte de terrain d'expérimentation.

319. **Evolution jurisprudentielle** - Cependant, il est permis de se demander, à la suite d'autres auteurs⁶⁴⁸, si une évolution en la matière n'est pas concevable à droit constant, sous l'impulsion de la Cour de cassation.

Comme l'observation en a été faite, un contrôle plus serré est d'ores et déjà effectué dans certains domaines. Ainsi, s'agissant de l'indemnité de cessation de contrat due à l'agent commercial, la Chambre commerciale a souligné à l'attention des juges du fond que celle-ci « *a pour objet de réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature* »⁶⁴⁹. On y voit « *en la matière, un véritable*

⁶⁴⁴ Ass. plén. 26 mars 1999, Bull. AP, n° 3.

⁶⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991, Bull. I, n° 249.

⁶⁴⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 64. Adde L. REISS, th. préc. n° 358.

⁶⁴⁷ Les juges du fond ne sont pas tenus de préciser les éléments à partir desquels est effectuée l'évaluation, sauf si la loi en dispose autrement : Soc. 13 juin 1990, Bull. V, n° 274.

⁶⁴⁸ O. MATUCHANSKY et M. GUYOMAR, art. préc., p. 323 et s.

⁶⁴⁹ Com. 5 avril 2005, Bull. IV n°76. Si un autre auteur (N. REGIS, « Le préjudice économique des entreprises », Bulletin d'information, 1^{er} mai 2013, p. 6 et s., spéc. P. 18, fait également observer que la Cour de cassation effectue « *un contrôle poussé* » en ce qui concerne le dommage à l'économie (citant à l'appui, Com.

contrôle de la méthode employée par les juges du fond »⁶⁵⁰. Dès lors peut-on considérer que « rien n'empêcherait le juge de cassation d'estimer, dans l'exercice de son contrôle d'interprétation et d'application de la loi, que les dispositions des articles 1382, 1147 et 1149 du code civil et celles de tous les autres textes fondant des régimes de responsabilité, obligent d'une manière générale les juges du fond à préciser tant les diverses composantes du préjudice qu'ils le chiffrage des différents chefs de préjudice continuerait bien évidemment de relever de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Cela étant, faire peser sur les juridictions du fond une exigence accrue de motivation devrait s'accompagner d'autres mesures destinées à les aider dans leur mission d'évaluation⁶⁵¹.

2. *L'aide apportée au juge dans sa mission d'évaluation*

320. **Variétés des aides** - L'aide susceptible d'être apportée au juge dans l'évaluation des préjudices causés par une violation des règles de concurrence peut prendre la forme, dans une affaire donnée, d'un appui expertal sous différentes formes et, de façon plus générale, d'un support méthodologique non contraignant.

a. L'appui expertal dans la mission d'évaluation

321. **Autorité de concurrence** - Dans le cas particulier des pratiques anticoncurrentielles, la directive envisage de faire appel à l'expertise de l'autorité nationale de concurrence. Il convient cependant de signaler un décalage sur ce point entre ce que prévoit le texte lui-même et le considérant de la directive s'y rapportant. En effet, l'article 17 semble bien conférer une simple faculté à l'autorité nationale de concurrence en prévoyant que « *les Etats membres veillent à ce que, dans le cadre d'une procédure relative à une action en dommages et intérêts, une autorité nationale de concurrence puisse, à la demande d'une juridiction nationale, aider ladite juridiction nationale en ce qui concerne la quantification du montant*

12 juillet 2011, n° 10-17482, Bull. IV, n° 116), il reste que comme il le reconnaît lui-même, le contrôle n'est pas exercé « *sur le terrain de l'indemnisation proprement dite, mais sur celui de la sanction* », de sorte que l'exemple apparaît moins convaincant.

⁶⁵⁰ O. MATUCHANSKY et M. GUYOMAR, art. préc., p. 325. Rapp. S. ROUQUIE, note sous Com. 5 avril 2005, JCP 2005, G, II, 10102, selon lequel la Cour de cassation « *contrôle les éléments constitutifs du préjudice* ».

⁶⁵¹ Rapp. O. MATUCHANSKY et M. GUYOMAR, art. préc., évoquant « *trois pistes* », constituées d' « *une exigence accrue de motivation des juges du fond* », mais aussi d' « *un effort souhaitable de typologie et d'une justification renforcée de l'utilisation des travaux d'expertise* ».

des dommages et intérêts lorsque cette autorité nationale estime qu'une telle aide est appropriée»⁶⁵². Au contraire, le considérant 46 indique que « *lorsque la demande en est faite, les autorités nationales de concurrence fournissent des orientations concernant le quantum* », formulation qui peut paraître impérative. En réalité, une telle aide serait sans doute particulièrement appropriée dans le cas de pratiques à l'origine de préjudices multiples et diffus.

Reste également à savoir en quoi consisterait cette aide qui ne devrait pas cependant pas s'identifier à une évaluation *stricto sensu* des préjudices subis par chaque victime d'une pratique anticoncurrentielle. Dans le cas contraire, en effet, il pourrait sembler plus efficace de confier à l'Autorité de la concurrence le soin, non seulement de déterminer le montant, mais aussi d'accorder elle-même des dommages et intérêts aux personnes lésées en faisant la demande.

322. **Contenu des décisions** - Peut-être serait-il opportun que l'Autorité de la concurrence s'attache à faire figurer dans ses décisions autant d'éléments que possibles de nature à faciliter la tâche d'une juridiction appelée à statuer ultérieurement sur une demande d'indemnisation. D'ores et déjà, et tout en soulignant les différences existant entre dommage à l'économie et préjudice privé, il a pu être observé que les développements contenus dans une décision en ce qui concerne le dommage à l'économie peuvent fournir des indications utiles : il peut s'agir, entre autres, de la durée de la pratique ou encore de sa description précise, de la taille du marché affecté ou encore des parts de marché détenues par les auteurs des pratiques, mais également, dans certains cas, d'indications, plus ou moins précises selon les cas⁶⁵³, sur l'ampleur possible des préjudices⁶⁵⁴.

Il reste que la possibilité de prendre appui sur une décision de l'Autorité est limitée au cas dans lequel celle-ci a effectivement été saisie des pratiques et a adopté une décision de condamnation. Aussi ne peut se contenter d'une telle solution qui, du reste, ne concerne pas les règles de concurrence autres que celles relatives aux pratiques anticoncurrentielles.

323. **Recours à l'expertise** - Ainsi le recours à l'expertise apparaît-il comme nécessaire dans un

⁶⁵² Souligné par nos soins.

⁶⁵³ Comp. les trois exemples cités par Emmanuel COMBE : si dans l'affaire des lessives (décision n° 11-D-17, pt 630), il est fait mention de *surprix de 4 à 6 %* et dans celle de la signalisation routière (décision n° 10-D-39, pt 374), d'un « *ordre de grandeur entre 5 et 10 % a minima* », la décision relative aux monuments historiques est quant à elle beaucoup plus précise, faisant état d'un surprix de 24,1 % (décision n° 11-D-02, pt 663).

⁶⁵⁴ E. COMBE, Dommage à l'économie, préjudice individuel : quelles relations ? quelles différences ?, Entretien de la concurrence, 12 septembre 2014.

certain nombre d'hypothèses. Tout en reconnaissant qu'une telle intervention est « *souvent indispensable en la matière* », un magistrat n'en a pas moins évoqué le « *risque que le juge s'en remette aveuglement à l'avis du « sachant* » » ; il considère alors l'exigence de motivation comme « *un bon rempart contre les partis-pris injustifiés ou techniquement erronés* »⁶⁵⁵.

Au-delà et s'agissant d'un domaine où, assez fréquemment, les enjeux sont tels qu'il est recouru à des expertises et notamment à des expertises de partie, certains - dont des experts eux-mêmes - ont plaidé en faveur de l'introduction, en droit français, de la règle du « Daubert standard » érigeant crédibilité et sérieux de l'expertise en conditions préalables de recevabilité⁶⁵⁶. Ainsi Monsieur Maurice Nussenbaum a-t-il souligné, dans différentes contributions⁶⁵⁷, dont certaines spécifiquement consacrées au droit de la concurrence⁶⁵⁸, les vertus que pourrait présenter l'acclimatation en France de cette règle posée par la Cour suprême américaine. Celui-ci envisage deux hypothèses distinctes⁶⁵⁹. La première correspond à la conception traditionnelle, dans laquelle il s'agit pour le juge, appelé à prendre appui sur des expertises (de partie ou judiciaires), de se prononcer sur la recevabilité de l'expertise ; cette question est débattue au cours d'une audience préliminaire au cours de laquelle il convient d'apprécier la validité, d'un point de vue scientifique, des méthodes utilisées et de vérifier si elles peuvent être appliquées au cas d'espèce. Cela suppose que le juge « *acquiert la compréhension des principes et méthodes expertales utilisés à travers leur discussion contradictoire* »⁶⁶⁰.

Monsieur Nussenbaum suggère cependant « *par extension* » une seconde acception de la règle du Daubert standard, « *port(ant) sur l'utilisation par le juge lui-même d'une méthodologie issue de la jurisprudence et s'appuyant sur une analyse de nature économique* »⁶⁶¹.

⁶⁵⁵ N. REGIS, « Le préjudice économique des entreprises », Bulletin d'information, 1^{er} mai 2013, p. 6 et s., spéc. p. 7.

⁶⁵⁶ N. REGIS, « Le préjudice économique des entreprises », Bulletin d'information, 1^{er} mai 2013, p. 6 et s., spéc. p. 7.

⁶⁵⁷ V. en particulier M. NUSSENBAUM, « Les critères Daubert : implications pour la procédure judiciaire en France », <http://www.sorgemeval.fr/IMG/pdf/criteres-daubert-par-Maurice-Nussenbaum.pdf> ;

M. NUSSENBAUM, « L'évaluation des préjudices économiques : l'application des critères Daubert », Colloque de la CEACC du 7 avril 2010, *LA force probante de l'expertise et/ou l'apport de l'approche américaine par les critères Daubert* »,

http://www.sorgemeval.com/IMG/pdf/l_evaluation_des_prejudices_eco_application_des_criteres_daubert_Colloque_CEACC_du_7_4_10-2.pdf

⁶⁵⁸ V. not. M. NUSSENBAUM et C. KARSENTI, « L'application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France », Concurrences n° 4-2010 (disponible en ligne sur le site de la revue Concurrences)

⁶⁴⁷ M. NUSSENBAUM et C. KARSENTI, « L'application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France », art. préc., n° 27.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ *Ibid.*

b. Support méthodologique non contraignant

324. **Guider sans imposer** - Sans prétendre enfermer le juge appelé à évaluer les préjudices concurrentiels dans un carcan assurément plus inefficace qu'opportun, il est possible d'apporter à celui-ci une aide sur le plan méthodologique.

325. **Guide pratique de la Commission** - Telle est d'ailleurs l'orientation clairement retenue en matière de pratiques anticoncurrentielles par l'Union européenne puisque la directive prévoit expressément, dans l'un de ses considérants, que «*la Commission devrait fournir des orientations générales au niveau de l'Union*»⁶⁶². Cette dernière a d'ores et déjà publié, en même temps que la proposition initiale de directive, le 11 avril 2013, un Guide pratique sur la quantification des préjudices⁶⁶³ qui se veut «*purement informatif, ne li(ant) nullement les juridictions nationales*»⁶⁶⁴. Comme le souligne ce document, les orientations qu'il comporte ne sont pas seulement utiles pour les juridictions, mais également pour les parties au litige qui pourraient même y trouver un appui dans la voie d'un règlement consensuel⁶⁶⁵.

326. **Diffuser et compléter en France** - Compte tenu de l'utilité que peut effectivement présenter ce genre de *vade-mecum*⁶⁶⁶, il convient non seulement d'en assurer la diffusion auprès des différents publics intéressés, mais aussi de le prolonger au plan français.

Cela semble d'autant plus concevable que d'autres initiatives ont pu se faire jour dans des domaines proches. Ainsi le Tribunal de commerce de Paris a-t-il d'ores et déjà élaboré, dans le cas de la concurrence déloyale, une grille d'analyse présentée sous forme synthétique et destinée à permettre, à partir d'une série de questions, d'identifier les différents chefs de préjudice et de les mettre en perspective avec la dichotomie bien connue de la perte éprouvée et du gain manqué résultant de l'article 1147 du code civil. Des éléments d'appréciation sont également proposés en ce qui concerne le préjudice moral, souvent réputé rebelle à toute rationalisation.

Il peut sembler d'autant plus opportun de poursuivre et d'amplifier en France de tels travaux et réflexions que l'initiative prise par la Commission gagnerait à être acclimatée dans la

⁶⁶² Considérant 46.

⁶⁶³ *Guide pratique sur la quantification des préjudices dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

⁶⁶⁴ Guide pratique, Pt 7.

⁶⁶⁵ Guide pratique, Pt 6.

⁶⁶⁶ Pour reprendre le qualificatif de S. CARVAL, «*La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste*», *Concurrences*, n°2-2014, p. 52 et s.

pratique et le droit français ainsi qu'à être élargie, au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, à l'ensemble du droit de la concurrence, étant au demeurant susceptible d'être étendue, dans une étape ultérieure, au préjudice économique *lato sensu*.

327. **Un groupe de travail** - A cet égard, et plutôt que de multiplier les différentes initiatives, on pourrait s'efforcer de les rationaliser en constituant un groupe de travail, placé sous l'égide d'un Haut magistrat et d'un universitaire, et qui associerait l'ensemble des acteurs intéressés, à savoir des magistrats appartenant à différentes juridictions (Tribunal de commerce spécialisé, cour d'appel de Paris, Cour de cassation), des professeurs de droit civil et de droit de la concurrence, des économistes, des experts de justice, mais également, *via* des associations spécialisées en droit de la concurrence telle que l'AFEC, des avocats et des juristes d'entreprises. Pourrait prendre part à ces travaux un organisme consultatif tel que la Commission d'examen des pratiques commerciales réunissant en son sein des compétences juridiques et économiques, des personnalités qualifiées, mais aussi des praticiens. La réflexion ne serait pas uniquement conduite dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, mais plus largement en droit de la concurrence. L'objectif ne serait aucunement de produire des directives contraignantes, mais à l'imitation du Guide pratique, d'élaborer une sorte de « retour d'expérience » à partir de cas déjà traités et/ou analysés par les différents participants au groupe et pouvant également intégrer, *via* l'association européenne des juges en droit de la concurrence, certaines expériences étrangères lorsque leur intégration est concevable au regard des principes juridiques français.

Si l'aide ainsi apportée peut consister, tout à la fois, à fournir des enseignements d'ordre méthodologique et à proposer une typologie des préjudices concurrentiels⁶⁶⁷, son principal intérêt tient peut-être dans la sensibilisation et l'invitation au pragmatisme qu'emporte une telle démarche à destination et en association avec des magistrats.

328. **Méthodologie générale** – Dans tous les cas de figure, et comme le rappelle notamment le Guide pratique⁶⁶⁸, il s'agit, au moment de procéder à l'évaluation des dommages et intérêts destinés à compenser les préjudices subis, de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de violation d'une règle de concurrence. En tant que telle, cette

⁶⁶⁷ Rappr. Guide pratique, Pt 6.

⁶⁶⁸ Guide pratique, Pt 11 et s. Pour une étude très complète de ce document, v. M. NUSSENBAUM, « L'estimation des préjudices dans les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles à la lumière du guide pratique de 2013 et de la proposition de directive du 17 avril 2014 », AJCA octobre 2014, n° 7, p. 261 et s.

démarche supposant de comparer la situation réelle et celle qui aurait dû se produire, n'est aucunement spécifique au droit de la concurrence. Cependant, en la matière, l'établissement du scénario de référence («scénario contrefactuel»), impliquant de reconstituer – pour le passé et pour l'avenir - une histoire qui, par définition, ne s'est pas produite, est particulièrement délicate.

Cette reconstitution peut s'effectuer à partir de plusieurs méthodes exposées dans le Guide pratique⁶⁶⁹ destinées, dans tous les cas, à permettre une estimation de la valeur d'une variable choisie en fonction du cas examiné⁶⁷⁰ et qui sera mise en perspective avec la même variable, dans la situation réelle.

329. **Méthodes comparatives** – Sans entrer ici dans le détail des développements contenus dans le Guide pratique⁶⁷¹, la première catégorie envisagée correspond aux méthodes comparatives.

A cet égard, la plus connue, utilisée dans bien des domaines en dehors même du droit de la concurrence, est sans doute celle dite « avant-après », mais dont il faut souligner qu'elle ne repose pas nécessairement uniquement sur une comparaison avec la période ayant précédé la pratique contraire au droit de la concurrence ; elle peut en effet aussi impliquer de s'intéresser à la période ayant suivi la cessation de la pratique. Il convient cependant, pour ce faire, de pouvoir déterminer à quel moment ladite pratique a effectivement commencé ou cessé de produire ses effets. Il faut par ailleurs être conscient que les variations mises en évidence par ce moyen peuvent, pour partie, trouver leur origine dans d'autres circonstances que la contravention à la règle, ce que le recours, en complément, à une analyse économétrique de régression peut permettre de déterminer. Encore faut-il que les données soient disponibles et fiables, ce qui ne sera pas le cas en présence d'une entreprise nouvellement créée ou encore ayant lancé un produit nouveau.

La comparaison effectuée à partir d'éléments extrinsèques peut, en ce cas notamment, apparaître utile. S'agissant de pratiques anticoncurrentielles, il s'agit alors de se référer à d'autres marchés qui, différents, soit d'un point de vue géographique, soit sur le plan sectoriel, n'ont pas été affectés par la violation de la règle de concurrence. Cela étant, la référence à d'autres marchés géographiques ne peut se concevoir qu'en présence de pratiques ayant affecté des marchés de dimension locale, régionale ou au maximum nationale. Quant à

⁶⁶⁹ Pour une vue d'ensemble, v. la partie 2 du Guide.

⁶⁷⁰ *Infra* n° 330.

⁶⁷¹ Pour une présentation des différentes méthodes, v. M. NUSSENBAUM, « L'estimation des préjudices dans les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles à la lumière du guide pratique de 2013 et de la proposition de directive du 17 avril 2014 », art. préc.

la prise en compte de marchés sectoriels différents, cela suppose que la comparaison soit pertinente, autrement dit qu'une corrélation puisse être établie quoiqu'il s'agisse de produits différents. S'agissant de pratiques restrictives de concurrence ou bien encore d'actes de concurrence déloyale, il est pareillement possible de prendre en compte la situation d'entreprises concurrentes de la victime et se trouvant dans une position similaire ou bien encore des chiffres moyens fournis par un organisme professionnel, sous réserve bien évidemment que de telles données existent, soient accessibles et pertinentes.

Lorsque cela est concevable et notamment que les données nécessaires peuvent être recueillies, il est possible de combiner les deux types de comparaison précédemment exposées (méthode dite des « doubles différences »). En pareil cas, l'évolution de la variable de référence est analysée sur une certaine période et est mise en perspective avec l'évolution pendant la même période de la même variable, mais sur un marché de comparaison non affecté par la violation du droit de la concurrence. Cela permet de la sorte d'estimer la part d'évolution de la variable prenant son origine dans l'infraction⁶⁷².

330. **Méthodes économétriques et financières** – Il existe d'autres méthodes qui consistent à simuler la situation sur le marché, selon les cas, à partir de modèles économiques (méthodes économétriques) ou en élaborant un scénario contrefactuel à partir des coûts de production auxquels on ajoute une marge raisonnable (méthodes financières).

Dans le cas des méthodes économétriques, on utilise généralement des modèles de représentation du comportement des entreprises sur les marchés oligopolistiques, qu'il s'agisse de concurrence par les prix (modèle de Bertrand) ou par les quantités (modèle de Cournot). Comme le soulignent tant le Guide lui-même que les spécialistes de la matière, de tels modèles, bâtis sur des hypothèses théoriques et simplificatrices⁶⁷³, présentent un caractère spéculatif. Ils ne doivent pas pour autant être mis à l'écart, du moins si l'on est en mesure de disposer des données requises avec une fiabilité suffisante et de savoir quel est l'impact possible de la simplification sur les résultats obtenus.

Quant aux méthodes financières, si elles supposent de procéder à une évaluation du coût unitaire de production, la difficulté cruciale tient à la détermination de la marge « raisonnable » pour laquelle différentes solutions sont concevables à partir d'une comparaison pouvant être effectuée dans le temps, avec des entreprises similaires évoluant

⁶⁷² M. NUSSENBAUM, « L'estimation des préjudices dans les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles à la lumière du guide pratique de 2013 et de la proposition de directive du 17 avril 2014 », art. préc.

⁶⁷³ *Ibid.*

sur un marché géographique comparable non affecté ou sur des marchés de produits comparables.

331. **Variable** - Encore faut-il préalablement déterminer quelle(s) variable(s) économique(s) prendre en considération. Selon les cas, il peut s'agir entre autres des prix, des marges bénéficiaires, du volume des ventes, des parts de marché. En réalité, et comme l'explique le Guide pratique, cela dépend du type de préjudice dont la réparation est recherchée⁶⁷⁴, si bien que cela rend d'autant plus utile une réflexion destinée à dresser une typologie des principaux préjudices concurrentiels.

332. **Typologie** - Il ne s'agirait évidemment pas de proposer une classification fermée sous la forme d'une nomenclature, mais plutôt d'essayer d'établir une typologie des préjudices économiques susceptibles de résulter des principaux cas de violation des règles de concurrence.

Dans cette perspective, il est possible de s'appuyer sur certains travaux déjà conduits quant au préjudice économique, notamment par le professeur Maurice Nussenbaum⁶⁷⁵, invitant à dissocier selon que la perturbation a concerné un bien ou un actif patrimonial n'engendrant pas de revenus ou, au contraire, un actif d'exploitation générateur de marge, par différence entre les revenus produits et les coûts attachés. A partir de là, il est possible de distinguer, tout d'abord en ce qui concerne le passé entre, d'un côté, les coûts supplémentaires et destructions d'actifs correspondant aux pertes éprouvées, et de l'autre, les pertes de revenus passées, constitutives de gains manqués. S'agissant ensuite de l'avenir, il est possible de distinguer, d'une part, les coûts supplémentaires futurs et d'autre part, les insuffisances de revenus futurs. Cette approche, qui a le mérite de se rattacher assez aisément aux catégories bien connues du droit français que sont la perte éprouvée et le gain manqué, pourrait être affinée dans le cas particulier des préjudices concurrentiels.

Les longs développements que le Guide pratique consacre, à ce propos, à ce qu'il considère être « *les deux principales catégories de préjudice* »⁶⁷⁶ - à savoir ceux liés à la hausse des prix et ceux trouvant leur origine dans l'éviction d'entreprises ou de leurs produits – présentent de ce point de vue une réelle utilité, même si l'on pourrait souhaiter adjoindre à de tels

⁶⁷⁴ Guide pratique, Pt 15.

⁶⁷⁵ V. not. M. NUSSENBAUM, « L'évaluation des préjudices économiques », Revue de Droit bancaire et financier no 3, mai 2013, étude 13 ; Cycle de conférences 2006-2007 « Risques, assurance et responsabilité – Limites de la réparation – La réparation du préjudice économique », in Les Limites de la réparation du préjudice, Dalloz 2009, Thèmes et commentaires, p. 279 et s.

⁶⁷⁶ Pts 21 et 22.

développements des fiches plus synthétiques permettant de faciliter, en première approche, la lecture par les utilisateurs.

333. **Préjudices liés à des hausses de prix** - Tout d'abord, certaines pratiques peuvent être à l'origine d'une hausse des prix devant être acquittés par les clients, qu'il s'agisse d'ententes sur les prix, de répartition de marchés ou de limitation de la production ou bien de certains abus de position dominante conduisant à la fixation de prix excessifs. Il convient de noter que le même raisonnement devra être appliqué dans l'hypothèse d'une stabilisation des prix obtenue artificiellement au cours d'une période durant laquelle des conditions normales de marché auraient dû conduire à une baisse des prix.

Ces surcoûts peuvent affecter non seulement le cocontractant direct, mais aussi ses propres cocontractants en cas de répercussion de tout ou partie des surcoûts sur ces derniers.

Par ailleurs, aux surcoûts attachés au renchérissement des prix peut s'ajouter un effet volume dans le cas où le cocontractant direct enregistre, du fait de la répercussion, une baisse de ses ventes se traduisant par un manque à gagner. L'effet sur les volumes de vente d'un surcoût dépend du point de savoir si la demande est très élastique ou pas.

Il convient de noter qu'un raisonnement assez similaire peut être tenu en cas de baisse des prix d'achat au profit des auteurs des pratiques, par exemple dans le cas de cartels d'acheteurs.

334. **Préjudices découlant des pratiques d'éviction** – Ensuite, certaines pratiques produisent des effets d'éviction, soit que des entreprises soient radicalement exclues ou empêchées d'entrer sur un marché, soit que leurs parts de marché soient réduites. Tel est le cas de différentes pratiques d'abus d'exclusion, comme les prix prédateurs, les ventes liées ou encore les rabais de fidélité, mais également d'ententes verticales conférant une exclusivité.

Les concurrents ainsi évincés subissent un préjudice sous la forme d'un manque à gagner. Il faut cependant signaler qu'ils peuvent aussi supporter des coûts spécifiques engagés en vue de lutter contre la pratique d'éviction. Lorsqu'il s'agit de nouveaux entrants empêchés de rentrer sur un marché et pour lesquels on ne dispose par conséquent d'aucune donnée au titre de la période avant l'infraction, la seule possibilité consiste à raisonner à partir d'un marché géographique ou de produits comparable sur lequel l'entreprise est présente. Il convient également de tenir compte des manques à gagner futurs.

Par ailleurs, il importe de souligner que la pratique d'éviction de concurrents, en réduisant la pression concurrentielle, peut également occasionner des préjudices pour les clients, pouvant

se traduire par une hausse des prix ainsi qu'une baisse de la qualité et de l'innovation.

335. **Pistes** - Le Guide de la Commission ne méconnaît pas pour autant que les pratiques peuvent produire d'autres effets négatifs que ceux qu'il envisage pour l'essentiel, par exemple sur l'innovation, et qu'elles peuvent causer des dommages à d'autres victimes que les concurrents et les acheteurs directs et indirects.

La méthodologie générale déjà évoquée ainsi que sa concrétisation pour les cas spécifiquement évoqués en détail peuvent, du reste, servir dans d'autres hypothèses et nourrir la réflexion au-delà dans l'ensemble du droit de la concurrence.

Sans prétendre ici à l'exhaustivité, le droit des pratiques restrictives de concurrence gagnerait par exemple à ce que certaines orientations puissent être proposées dans le cas de la violation de la règle relative à l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ou de celle relative au déséquilibre significatif en présence d'un déséquilibre tarifaire.

Par ailleurs, il semble nécessaire d'envisager la question des intérêts, dont la directive a relevé, à propos des pratiques anticoncurrentielles qu'il s'agit d'une « *composante essentielle de l'indemnisation* »⁶⁷⁷ et qui apparaissent trop souvent négligés. La réflexion à conduire quant à la prise en compte du facteur temps dans l'évaluation des dommages et intérêts afin de tenir notamment de l'érosion monétaire et de la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital⁶⁷⁸ dépasse très largement le seul contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

336. **Pragmatisme** - Il en est de même de l'invitation au pragmatisme que le Guide pratique lance, à propos de la méthodologie, en soulignant à l'attention de ses lecteurs qu'il convient de tenir compte du fait que les coûts induits par certaines méthodes peuvent être disproportionnés au regard des enjeux financiers ou encore qu'il peut être recouru, selon les cas, à d'autres méthodes « *moins scientifiques* »⁶⁷⁹.

Le pragmatisme doit également se manifester dans l'évaluation retenue elle-même. En effet, et comme le souligne la directive dans l'un des considérants, l'évaluation, dans la mesure où elle « *suppose une comparaison avec une situation qui est hypothétique par définition (...) ne*

⁶⁷⁷ Considérant 12.

⁶⁷⁸ Guide pratique, pt 20.

⁶⁷⁹ Guide pratique, Pt 8 et Pt 120.

peut donc jamais être absolument exacte»⁶⁸⁰. Ainsi faut-il admettre, lorsque la certitude absolue est impossible, de procéder par « *estimations ou approximations, dès lors qu'elles sont le seul instrument possible de la quantification* »⁶⁸¹. Comme cela a été souligné à juste titre, cette approche est parfaitement compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage* »⁶⁸². Ainsi, dans le cas où différentes estimations sont effectuées pour approcher la valeur du préjudice subi, il ne faut pas choisir le *quantum minimum* au motif que l'on est sûr que le préjudice est au moins de ce montant, sous peine de sous-indemniser systématiquement, mais « *la valeur la plus probable, c'est-à-dire celle dont la probabilité de réalisation est la plus importante* ». Comme l'explique Monsieur Nussenbaum, il convient de retenir « *la mesure la plus probable* » et, en présence de « *plusieurs mesures équiprobables* », de procéder à une moyenne entre elles⁶⁸³.

B. Le dépassement des difficultés d'évaluation attachées au principe de réparation intégrale

337. **Solutions** - Parallèlement à la recherche de solutions destinées à atténuer les problèmes d'évaluation des préjudiciels concurrentiels, méritent d'être explorées d'autres voies destinées à dépasser ces difficultés en développant des alternatives au principe de réparation intégrale. Elles consistent, pour l'une, à s'en affranchir radicalement en introduisant les dommages et intérêts punitifs et/ou restitutoires en droit français de la concurrence. Pour les autres, et tenant compte du fait que l'allocation de dommages et intérêts est de peu d'efficacité lorsque la consistance du préjudice est faible, elle reposent sur une évaluation forfaitaire ou sur le développements de substituts.

⁶⁸⁰ Considérant 46.

⁶⁸¹ S. CARVAL, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste », art. préc., n° 26.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, LPA du 20 janvier 2005, n° 14, p. 39.

1. *L'introduction de dommages et intérêts punitifs et/ou restitutoires en droit de la concurrence*

338. **Ni perte, ni profit.**- Pour le moment, le droit français refuse, que ce soit de façon spécifique au droit de la concurrence ou, plus généralement, en droit de la responsabilité, d'admettre la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs et/ ou restitutoires. De façon constante, la Cour de cassation considère, conformément au principe de réparation intégrale, que le préjudice doit être « *réparé dans son intégralité, sans perte, ni profit* »⁶⁸⁴ et que les caractéristiques de la faute n'ont pas à être prises en compte dans l'évaluation du préjudice.

339. **Adversaires** – La perspective d'introduction en droit français de dommages et intérêts punitifs et/ou restitutoires n'est pas sans rencontrer une forte opposition.

Celle-ci repose, tout d'abord, sur la conviction qu'il ne faudrait pas porter atteinte à la mission et aux préceptes classiques du droit de la responsabilité civile. « *La réparation civile ne doit pas jouer un rôle pénal, satisfaire un obscur sentiment de vengeance* » explique-t-on en dénonçant « *un fâcheux retour aux premières conceptions de la réparation* »⁶⁸⁵. Aussi est-ce en arguant de la contrariété « *aux principes les plus fondamentaux du droit français de la responsabilité civile* » et, en particulier, à celui selon lequel la réparation doit être « *exactement proportionnée au préjudice et non une source d'enrichissement* »⁶⁸⁶ que l'opportunité d'un tel changement a été combattue⁶⁸⁷.

S'y ajoute, ensuite, le risque de certaines dérives, notamment d'un détournement du contentieux par des plaideurs désireux de réaliser des profits par ce moyen, mises en avant à partir de l'exemple américain⁶⁸⁸ et qui sont « *brandies comme autant de raisons de refuser toute évolution vers des dommages et intérêts punitifs* »⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Civ. 2^e, 23 janvier 2003, Bull. civ. IV, n° 20.

⁶⁸⁵ Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, "Quelle(s) réparation(s) ?", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle – Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry, 7 et 8 déc. 2000, *Resp. civ. ass.*, juin 2001, n° 6 bis, p. 62 et s., spéc. p. 64, n° 19. V. encore, R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs » in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, PA, 2005, n° 14, p. 53.

⁶⁸⁶ X. DE MELLO, "Loyauté ou liberté de la concurrence ?", PA 15 juil. 1994, p. 30, n° 84.

⁶⁸⁷ S. PIEDELIEVRE, "Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle – Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry, 7 et 8 décembre 2000, *Resp. civ. ass.* 2001, n° 6 bis, p. 68 et s., spéc. p. 69, n° 6. Selon cet auteur, il s'agit d'« une fausse bonne idée » (p. 72, n° 22). V. aussi les doutes émis par Ph. BRUN, "Rapport introductif", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle – Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry, 7 et 8 décembre 2000, *Resp. civ. ass.* 2001, n° 6 bis, p. 4 et s., spéc. p. 8, n° 35.

⁶⁸⁸ P. AREEDA et H. HOVENKAMP, *Antitrust Law. An analysis of Antitrust Principles and their Application*, Little Brown & C°, 1995, vol. 2, spéc. § 355 b 2, p. 181 et s. cité par D. FASQUELLE, "Amendes civiles ou

340. **Opportunité** - Cela étant, ces arguments sont loin d'emporter la conviction. S'agissant, pour commencer, du risque tenant à la production d'effets pervers, il est possible de concevoir des mécanismes destinés à les atténuer⁶⁹⁰.

Par ailleurs, les craintes tenant à l'altération de la responsabilité civile font bien peu de cas de la pratique par laquelle des juridictions, dans certaines affaires, s'affranchissent discrètement des principes classiques en intégrant dans leur évaluation des dommages-intérêts une punition latente⁶⁹¹.

En réalité, une évolution du droit français sur ce point pourrait être opportune car utile⁶⁹².

Si la responsabilité civile présente bien des vertus en tant qu'instrument de régulation du marché, la crainte est parfois exprimée d'une efficacité moindre à d'autres sanctions en raison du principe de la réparation intégrale⁶⁹³, notamment en présence d'une tentative qui, ayant avorté, n'a occasionné aucun préjudice⁶⁹⁴.

Or, la dissuasion étant essentielle à l'efficacité de la loi, il importe de faire échec aux calculs économiques des contrevenants en intégrant la possibilité de ne pas être sanctionné⁶⁹⁵ et pour

« dommages punitifs » ? », art. préc., p. 58.

⁶⁸⁹ M. CHAGNY, « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », RLDA janvier 2007, p. 96 et s., spéc. p. 99.

⁶⁹⁰ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, Bibl. dr. Privé, t. 250, LGDJ, 1995 ; L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », art. préc., spéc. pp. 10-11. Adde B. LEHAIRE, th. préc., n° 114, p. 293 : « *les dommages et intérêts punitifs ne riment pas avec les excès américains. Il s'agit d'une question d'encadrement législatif et de politique judiciaire* ».

⁶⁹¹ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », Rapport français, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, sous la dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, t. XXXII, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 263 et s. V. aussi B. LEHAIRE, th. préc., n° 117, p. 296 : « *une reconnaissance officielle de la part du législateur français serait davantage une révélation qu'une création* ».

⁶⁹² V. également en faveur d'une telle évolution, not. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., p. 211 et s., n° 198 et s. Aux yeux de l'auteur, le droit de la concurrence constitue l'un des domaines d'élection de la peine privée (pp. 282-284, n° 254). V. aussi G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle – Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 82 et s. ; Ph. LETOURNEAU, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque préc., p. 83 et s., spéc. p. 93 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, p. 17, n° 45 ; L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial [...] », art. préc., pp. 10-11.

⁶⁹³ V. à ce propos, sur les craintes suscitées par la dépenalisation opérée en 1986, au profit de la responsabilité civile, G. VIRASSAMY, « Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels », *D.* 1988, chr. p. 113 et s., spéc. p. 119, n° 22 et encore p. 120, n° 24.

⁶⁹⁴ V. à propos de l'action en responsabilité aménagée par l'article L. 442-6 C. com. pour les pratiques restrictives, G. VIRASSAMY, « Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels », *D.* 1988, chr. p. 113 et s., spéc. p. 122, n° 30.

⁶⁹⁵ P. REY et J. TIROLE, « Quelles régulations pour le commerce ? », Assises du commerce et de la distribution, 13 janvier 2000, Conseil d'analyse économique, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française 2000, p. 9 et s., spéc. pp. 29-30. Adde, M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 6/94, p. 483 et s., spéc. pp. 485-486,

ce faire, de s'orienter vers « *des sanctions plus fortes* » que la simple réparation du préjudice subi par l'opérateur⁶⁹⁶. Par ailleurs, et du côté de la victime, il importe de lui « *envoyer (...) le signal que, malgré les difficultés à évaluer son préjudice, la prise en compte de la faute et du gain illicite lui permettront d'agir à bon escient pour récupérer une somme qui compensera le coût de son action et de ses efforts* »⁶⁹⁷.

Sans doute pourrait-on craindre que l'augmentation du montant des dommages et intérêts constitue une incitation à régler le conflit par voie judiciaire plutôt que par voie transactionnelle⁶⁹⁸. Cela étant, la nuance est de mise car le renchérissement des coûts du procès accroît, à l'inverse, la probabilité d'un règlement amiable⁶⁹⁹.

A l'instar d'une amende, découpler le montant des dommages et intérêts du préjudice subi par la victime présenterait l'avantage, en l'absence d'action introduite dans l'intérêt général devant l'Autorité de la concurrence ou par le ministre de l'Economie, d'infliger un désavantage financier suffisamment substantiel au contrevenant. Cela inciterait en outre les victimes qui, au moins pour certaines infractions, en sont les premières informées, à agir en justice⁷⁰⁰. Cela servirait, par conséquent, l'impératif d'efficacité de la règle en évitant que sa violation soit profitable.

A cet égard, l'édiction d'une disposition en ce sens serait nettement préférable à la pratique déjà évoquée qui, étant masquée et ponctuelle, d'une part, pêche par son imprévisibilité et ne

n° 19-21 ; D. FASQUELLE, "Amendes civiles ou « dommages punitifs » ?", in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, colloque du 6 déc. 2000, organisé par le CREDA de la CCI de Paris, *Gaz. Pal.* 9-10 nov. 2001, p. 50 et s., spéc. p. 56. A cet égard, l'analyse économique du droit peut apporter un concours précieux : T. KIRAT, *Economie et droit, La Découverte*, 1999 ; N. MERCURO et S. G. MEDEMA, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997 ; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Aspen Law & Business, 1998 ; A. STROWEL, "Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – Autour de Bentham et Posner", in *Droit et économie, APD*, 1992, Sirey, t. 37, p. 143 et s. ; R. COOTER et T. ULEN, *Law and Economics*, third ed., Addison-Wesley, 2000, pp. 351-355 ; E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit, 1- Fondements*, Thémis Montréal et Bruylant Bruxelles, 2000 ; E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008, v. not. P. 355.

⁶⁹⁶ En ce sens, v. les rapports parlementaires de J.-P. CHARIE, *Pour une libre concurrence à dimension humaine : redéfinir les règles de loyauté*, Rapport AN n° 2187, 1995, p. 9 et p 264 ; J.-Y LE DEAUT, *Rapport sur l'évolution de la distribution : de la coopération à la domination commerciale*, AN 2/2000, n° 2072, p. 211.

⁶⁹⁷ B. LEHAIRE, th. préc., n° 125, p. 310.

⁶⁹⁸ B. DEFFAINS, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », 1997, *Revue française d'économie*, 57, p. 64.

⁶⁹⁹ B. DEFFAIS, art. préc., p. 73.

⁷⁰⁰ L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial [...] », art. préc., spéc. pp. 10-11. J.-Cl. FOURGOUX, « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 1999, p. 2005 et s., spéc. p. 2010 : « *les dommages-intérêts alloués aux entreprises victimes seraient plus efficaces et plus dissuasifs que les amendes au profit de l'Etat qui ne rétablissent pas l'équilibre des forces entre les entreprises confrontées à la concurrence* ». S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. Bibl. dr. pr., LGDJ, 1995, t. 250, préf. G. VINEY, p. 344, n° 304.

peut pas exercer d'influence sur le comportement des contrevenants potentiels, d'autre part, ne peut faire l'objet de contrôle et s'avère donc propice aux déviances⁷⁰¹.

L'évolution qu'a connue le droit de la propriété intellectuelle peut apparaître comme un exemple à suivre à cet égard.

341. **L'exception de la propriété intellectuelle** - En droit de la propriété intellectuelle, la juridiction appelée à fixer le montant des dommages et intérêts dus par le contrefacteur à la victime prend en considération, depuis la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon, les bénéfices réalisés par le contrefacteur.

La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon au profit des titulaires de droits d'auteur et droits voisins a modifié les dispositions correspondantes du code de la propriété intellectuelle afin de préciser que « *la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon.* » La nouvelle rédaction indique par ailleurs expressément que les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits comprennent « *les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées* ».

342. **Projets de réforme de la responsabilité civile** - Il convient d'ajouter qu'à côté d'interventions législatives ponctuelles, plusieurs projets de réforme du droit de la responsabilité civile ont envisagé l'introduction d'une disposition consacrant, selon les cas, les dommages-intérêts punitifs ou restitutoires dans certaines hypothèses correspondant peu ou prou à une faute volontaire et lucrative.

La première initiative en ce sens émane des auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription élaboré en 2005 par une commission présidée par le professeur Pierre Catala. Tout en énonçant le principe de réparation intégrale, ce projet ajoute un article 1371⁷⁰² consacrant les dommages et intérêts punitifs et aux termes duquel :

⁷⁰¹ G. VINEY, "Rapport de synthèse", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle – Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 82 et s., spéc. p. 86, n° 32.

⁷⁰² D. FASQUELLE et R. MESA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme et le rapport Catala », D. 2005, p. 2666 ; M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence – Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », JCP G 2006, I 149.

*« L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des **dommages-intérêts punitifs** dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».*

De son côté, le groupe de réflexion réuni sous la direction du professeur François Terré optait pour des dommages et intérêts restitutoires en proposant l'adoption d'un article 54 selon lequel *« Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, **le montant de profit retiré par le défendeur** plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité »*⁷⁰³.

Quant à la *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*,⁷⁰⁴ elle prévoyait l'introduction d'un article 1386-25 en vertu duquel *« Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des **dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double des dommages et intérêts compensatoires**.*

Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. A défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public ».

Ces projets n'ont pour l'heure pas abouti, faute pour la réforme du droit de la responsabilité civile d'avoir vu le jour. Cela étant, celle-ci, loin d'avoir fait l'objet d'un abandon définitif, pourrait intervenir, une fois adoptée la réforme actuellement engagée du droit commun des contrats.

⁷⁰³ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.

⁷⁰⁴ *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, Sénat 9 juillet 2010, n° 657.

Dans cette perspective, il convient de vérifier si l'application aux pratiques anticoncurrentielles d'une disposition autorisant le prononcé de dommages-intérêts punitifs ou restitutoires serait compatible avec le droit de l'Union européenne.

343. **Compatibilité avec le droit de l'Union européenne** - Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice et, plus particulièrement de l'arrêt *Manfredi*, le doute n'est pas permis : un Etat membre peut parfaitement autoriser le prononcé de dommages et intérêts punitifs à l'encontre de l'auteur de pratiques anticoncurrentielles. Encore faut-il s'assurer que l'adoption de la directive n'a pas apporté de modification sur ce point.

Alors que le Livre vert de la Commission pouvait laisser augurer une intervention en faveur de l'affranchissement du principe de la réparation intégrale⁷⁰⁵, la directive a choisi, compte tenu des oppositions rencontrées⁷⁰⁶, de réaffirmer et d'explicitier ce principe⁷⁰⁷. Reste alors à savoir si ce choix pourrait contrarier la mise en œuvre d'une disposition nationale autorisant un découplage entre le préjudice et le montant de l'indemnisation.

L'hésitation peut être de mise à cet égard dans la mesure où l'article 3 § 3 dispose que la réparation intégrale « *n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts* ». Il est encore fait écho à la nécessité d'éviter une réparation excessive dans les dispositions relatives à la répercussion des surcoûts⁷⁰⁸.

Il n'est cependant pas acquis que la directive, telle qu'elle est formulée, interdise toute possibilité d'appliquer des dommages et intérêts punitifs ou multiples, dans la mesure où elle entend seulement écarter la « *réparation excessive* ».

344. **Réparation adéquate** – Or, on peut relever que le mécanisme des *treble damages*, consacré aux Etats-Unis et consistant à allouer des dommages et intérêts égaux à trois fois le préjudice prouvé, est destiné, avant que de punir, à octroyer une réparation adéquate, compte tenu des difficultés d'évaluation du préjudice⁷⁰⁹. En pareil cas, l'application d'un coefficient

⁷⁰⁵ Comm. CE, Livre vert, préc., option 16.

⁷⁰⁶ Parlt, Résolution préc., pt F. « *l'objectif des actions de nature privée en dommages et intérêts doit être de compenser pleinement le préjudice* ».

⁷⁰⁷ Art. 3 et, dans le cas particulier d'une répercussion du surcoût, art. 12 § 1.

⁷⁰⁸ Art. 12.

⁷⁰⁹ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977) : « *Section 4, in contracts, is in essence a remedial provision* ». V. en ce sens, P. AREEDA, « *Antitrust Violations Without Damages Recovery* », (1976) 89/6 Harv. L. Rev. 1127 ; A. M. POLINSKY, « *Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages : Lesons from the Theory of Enforcement* », (1985-1986) 74 Geo. L. J. 1231, p. 1234. V. aussi F.-X. LICARI, note sous

multiplicateur permet de compenser une sous-évaluation et de parvenir à un niveau acceptable de réparation⁷¹⁰.

On observera en outre que la Commission, dans son Guide pratique d'évaluation, indique que « *le droit interne des États membres peut prévoir que le gain illicite réalisé par l'entreprise ou les entreprises responsables de l'infraction joue un rôle — directement ou indirectement — dans l'estimation du préjudice subi par les parties lésées* »⁷¹¹.

345. **Régime** - Il reste à savoir quel régime pourrait être retenu, étant précisé qu'il conviendrait de faire preuve de prudence dans l'introduction d'une telle réforme et, à cette fin, de cantonner la prérogative ainsi conférée aux juridictions.

Tout d'abord et s'agissant des cas dans lesquels elle aurait vocation à jouer, il est nécessaire de caractériser une faute spécifique, exigence que l'on retrouve dans les trois projets français évoqués : par-delà les différences existant entre ces derniers, on peut identifier l'exigence d'un comportement volontaire et d'une faute lucrative, entendue comme celle « *dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés* »⁷¹².

Ensuite, les trois projets ont en commun de faire obligation au juge de motiver spécialement sa décision, exigence opportune au regard de la nécessaire protection des justiciables et d'une mise en œuvre satisfaisante de la peine privée, sous le contrôle *in fine* de la Cour de cassation⁷¹³.

En revanche, ils se distinguent en ce que là où deux d'entre eux (l'avant-projet Catala et la proposition de loi) font coexister dommages et intérêts compensatoires et dommages et intérêts punitifs de l'autre, le projet Terré offre quant à lui une alternative entre dommages et intérêts compensatoires et dommages et intérêts restitutoires.

Quant au montant et au mode d'évaluation, chacun des projets retient une solution différente : dans la logique restitutoire, le projet Terré fait du profit retiré par le défendeur l'élément de calcul des dommages et intérêts à allouer à la victime alternativement à une indemnisation de type compensatoire ; la proposition de loi retient quant à elle une solution qui pourrait évoquer les *treble damages* en ce qu'elle fixe un plafond en valeur relative correspondant au double des dommages et intérêts compensatoires ; de son côté, l'avant-projet Catala ne donne

Poitiers, 1^{ère} ch. Civ., 26 février 2009, n° 07-02404, Clunet, n° 4, 2010, p. 18.

⁷¹⁰ B. LEHAIRE, th. préc., n° 131, pp. 322-323.

⁷¹¹ Guide pratique, préc., Pt 5.

⁷¹² G. VINEY, « Exposé des motifs du Sous-titre III « De la responsabilité civile », p. 143 et s., spéc. p. 148.

⁷¹³ S. CARVAL, th. préc., pp. 360-361, n° 317.

aucune indication. Il est permis de regretter cette absence de toute indication à l'attention des juridictions, au risque d'une trop grande liberté et partant de disparités choquantes⁷¹⁴. Bien qu'il présente le mérite de la simplicité, le mécanisme reposant sur l'application d'un coefficient multiplicateur aux dommages et intérêts, dont l'introduction a déjà été envisagée à plusieurs reprises en droit français de la concurrence⁷¹⁵, peut sembler trop frustré, même lorsqu'il s'agit d'un plafond : il ne fournit aucun autre indicateur à partir duquel le juge pourra calculer le montant de la peine infligée. Tout en conservant un tel plafond en valeur relative, pouvant être établi par un coefficient multiplicateur appliqué soit au préjudice souffert par la victime, soit au bénéfice réalisé par l'auteur de la violation de la règle, il convient de mentionner différents paramètres d'évaluation parmi lesquels devraient figurer la gravité du comportement, la capacité contributive de son auteur⁷¹⁶, option qui n'est pas sans rappeler celle choisie pour les sanctions pécuniaires prononcées par les autorités de la concurrence⁷¹⁷. Si le projet Terré attribue logiquement les dommages et intérêts restitutoires à la victime, l'avant-projet Catala offre au juge la faculté de les accorder intégralement à la victime ou de les allouer, pour une part au Trésor public tandis que la proposition de loi semble imposer un partage, « *dans la proportion que le juge détermine* », entre la victime et « *un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime* » ou, à défaut au Trésor public. Au regard des besoins de financement précédemment évoqués⁷¹⁸, on préférera que le Trésor public soit un attributaire subsidiaire, en l'absence de possibilité de versement à un fonds d'indemnisation. Il semble opportun en revanche de laisser au juge le soin de déterminer la répartition des sommes allouées entre les attributaires.

⁷¹⁴ S. CARVAL, th. préc., pp. 358-359, n° 316. V. aussi, M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs », art. préc., n° 11 ; D. FASQUELLE et R. MESA, art. préc., p. 2666.

⁷¹⁵ V. se référant expressément au dit mécanisme et jugeant qu'il « a prouvé son efficacité » : Cl. VILLAIN, *Rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution*, janv. 1995, p. 84. V. pour une initiative gouvernementale, l'art. 9 d'un avant-projet gouvernemental (*Projet de loi instituant diverses mesures contre la concurrence déloyale*) cité par X. DE MELLO, « Loyauté ou liberté de la concurrence ? », art. préc., p. 30. Cf. pour une initiative parlementaire, *Proposition de loi tendant à assainir les règles de concurrence dans le domaine commercial*, AN n° 1874, 22 déc. 1994, destinée à compléter le dispositif sanctionnateur des pratiques restrictives et dont l'art. 3 prévoyait notamment que « *Les dommages-intérêts alloués à la victime peuvent être portés à trois fois les sommes dues au titre de la réparation dudit préjudice* ».

⁷¹⁶ Cf. S. CARVAL, th. préc., p. 355 et s., n° 314 et s. et S. PIEDELIEVRÉ, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir », art. préc., p. 72, n° 17, qui cite en exemple l'art. 1621 du Code civil du Québec dont l'alinéa 2 invite le juge à tenir compte « de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou partie, assumée par un tiers ».

⁷¹⁷ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th. Nouv. bibl., Dalloz, 2001, vol. 7, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, p. 342, n° 236, qui suggère de s'inspirer de ces guides pour encadrer les prérogatives du juge judiciaire.

⁷¹⁸ *Supra* n° 252.

D'un côté, on peut considérer que les dommages et intérêts punitifs ont d'abord vocation à être alloués à la victime, sous peine d'être privés de tout effet incitatif à l'égard de cette dernière⁷¹⁹ ; dans cette perspective, la réalisation d'un gain par celle-ci, tant que la somme demeure à un niveau raisonnable, peut apparaître comme une rémunération plutôt qu'un enrichissement immérité⁷²⁰. De l'autre, il est bienvenu d'éviter un enrichissement excessif indu, au risque le cas échéant de fausser le jeu du marché, ce que permet précisément le versement d'une fraction de la somme excédentaire à un autre que la victime.

2. *L'admission de l'indemnisation forfaitaire au titre des préjudices concurrentiels*

346. **Préjudice concurrentiel de consommation** - Sans franchir le Rubicon et introduire des dommages et intérêts punitifs, on peut songer à admettre qu'il soit procédé à une évaluation forfaitaire de l'indemnisation allouée en réparation de certains préjudices concurrentiels. Une telle proposition a été faite, à l'imitation du Québec dont les juridictions admettent l'octroi d'une indemnité forfaitaire dans le cas où l'évaluation du préjudice est tellement complexe qu'« *il est presque impossible d'attacher un chiffre exact* » permettant de couvrir « *à peu près adéquatement le préjudice* », ceci à la condition que « *la preuve soit rapportée qu'un dommage véritable a été subi* »⁷²¹. Il s'agit, explique-t-on, d'une évaluation « *sur une base forfaitaire laissée à la discrétion des juges* » qui « *ne perturbe pas la conception traditionnelle des dommages et intérêts* » puisqu'elle « *ne propose pas l'introduction de dommages et intérêts punitifs* ». Cette solution concernant des préjudices de faible montant peut sembler particulièrement appropriée, ainsi que le soutient M. Lehaire, dans le cas de ce que cet auteur appelle les préjudices concurrentiels de consommation⁷²². Il souligne que l'évaluation forfaitaire, dans laquelle les juges « *se fondent cependant sur des éléments factuels figurant au dossier leur permettant de quantifier un préjudice* », présente l'intérêt, dans ce cas de figure, de concrétiser la réparation en présence d'un préjudice « *minime à l'échelle d'un individu et diffus à l'échelle du groupe de victimes* »⁷²³.

⁷¹⁹ D. FASQUELLE, « Amendes civiles ou « dommages punitifs » ? », art. préc., p. 59.

⁷²⁰ S. CARVAL, th. préc., p. 362, n° 318.

⁷²¹ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2007, p. 1078.

⁷²² B. LEHAIRE, th. préc., n° 111, pp. 280-282. Sur la typologie proposée par cet auteur, *supra* n° 301.

⁷²³ B. LEHARIE, th. préc., n° 112, pp. 283-285.

347. **Préjudice concurrentiel d'affaires** - On pourrait cependant se demander si cette évaluation forfaitaire ne pourrait pas trouver à s'appliquer, au-delà des seuls préjudices de consommation tels que cet auteur les a envisagés, à dans d'autres hypothèses correspondant à ce que celui-ci qualifie de préjudice d'affaires.

Il pourrait en être ainsi lorsque le préjudice souffert est d'un faible montant, par exemple dans l'hypothèse d'une tentative de pratique visée à l'article L. 442-6 du code de commerce qui, sans avoir véritablement abouti, a produit certains effets. A cet égard, on ne peut manquer de relever que l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit d'ores et déjà le versement d'une « *indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après (la) date* » de paiement.

Du reste, la réflexion pourrait même s'étendre au-delà des préjudices de faible montant comme le montre l'exemple de la propriété intellectuelle. Sous l'aiguillon d'une directive⁷²⁴, la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon a introduit dans le calcul du montant de l'indemnisation due à la victime d'actes contrefaisants la possibilité pour la juridiction saisie « *à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, (d') allouer à titre de dommages intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* ».

Renforçant, selon son titre même, la lutte contre la contrefaçon, la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 a, à son tour, modifié les articles correspondants du code de la propriété intellectuelle⁷²⁵. Cette législation s'inscrit dans la continuité de la précédente, mais en apportant certaines précisions et en améliorant à certains égards le sort de la victime. Conservant à cette dernière la possibilité alternative de demander une somme forfaitaire, la loi prévoit désormais que celle-ci doit être supérieure à la somme qu'elle aurait pu obtenir dans le cas d'une autorisation. Il est dorénavant prévu en effet que « *la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette*

⁷²⁴ Dir. 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE L 157, 30 avril, rect. L 195, 2 juin.

⁷²⁵ N. BINCTIN, La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon, JCP 2014. 416. M. CLEMENT-FONTAINE, « Panorama de la loi du 1^{er} mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », AJCA juin 2014, p. 117 et s. ; M. OUANICHE, « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », JCP E 2014, n° 1194.

*somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée »*⁷²⁶.

En tout état de cause, et quel que soit le domaine retenu, une intervention législative serait indispensable à l'effet d'autoriser expressément, dans les hypothèses à déterminer, l'indemnisation à partir d'une évaluation forfaitaire. Actuellement, en effet, les juridictions du fond qui procèdent de la sorte encourent immanquablement la censure de la Cour de cassation⁷²⁷.

3. Le développement de substituts à l'indemnisation des préjudices concurrentiels de consommation

348. **Réparation fluide** - Il a été proposé de s'inspirer de la « fluid recovery » américaine, c'est-à-dire d' « *un système original de réparation comparable à une forme de réparation en nature* » dans lequel « *le juge va chercher à épouser au mieux les contours du préjudice par un système de réparation effectif* »⁷²⁸. Monsieur Lehaire fait ainsi référence à l'affaire emblématique des « yellow cabs » pour laquelle les juges, en présence d'une entente sur les prix nouée entre les taxis de Los Angeles, ont ordonné une baisse des prix proportionnée à la hausse des prix attachée à l'entente et ceci pendant une période équivalente à la durée de la pratique⁷²⁹. Ce système a permis d'adapter la réparation aux actions de groupe⁷³⁰.

Selon M. Lehaire, la réparation fluide est « *particulièrement intéressante pour réparer les effets d'une pratique anticoncurrentielle. Elle permettrait au juge d'exiger une baisse de prix, l'octroi de rabais ou de bons de réduction, la gratuité temporaire d'un service et toute autre mesure privant le défendeur de son gain illicite* »⁷³¹.

Ce type de mesures pourrait être mis en œuvre, dans le cas de l'action de groupe, sur le fondement de l'article L. 423-3 alinéa 2 du code de la consommation : ce texte indique, sans autre précision, que « *lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel* », le législateur ayant précisément eu à l'esprit l'hypothèse où le préjudice subi est faible.

⁷²⁶ Art. L.615-7 CPI (Souligné par nos soins).

⁷²⁷ Pour un exemple, v. Civ I 3 juillet 1996, n° 94-14820, Bull. I n° 296.

⁷²⁸ B. LEHAIRE, th. préc., n° 136, p. 340-341.

⁷²⁹ Daar v. Yellow Cab Co. 67 Cal.2d 695 (1967).

⁷³⁰ M. MALINA, « Fluid Class Recovery As a Consumer Remedy In Antitrust Cases », (1972) 47 New York University Law Review 477.

⁷³¹ B. LEHAIRE, th. préc., p. 342, n° 137. V. déjà en ce sens, Cons. Conc., Avis 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, pt 61.

§2. La charge de la réparation des dommages concurrentiels

349. **Mesures nécessaires** - La transposition de la directive nécessitera, à n'en pas douter, l'introduction de dispositions relatives à la charge de l'indemnisation dans l'hypothèse des coauteurs et qui pourraient, pour certaines d'entre elles, avoir une portée bien au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles (A). Cependant, il conviendrait également de se saisir de la difficulté, précédemment mise en évidence⁷³², qui tient à la divergence conceptuelle entre les notions d'entreprise au sens du droit de la concurrence et de responsable au sens du droit civil (B).

A. L'indemnisation en cas de pluralité de responsables

350. **Transposition** - Même si les principes posés par la directive apparaissent assez proches de ceux arrêtés de longue date par la jurisprudence française en ce qui concerne l'obligation et la contribution à la dette de responsabilité des coauteurs, il sera bel et bien nécessaire d'adopter des dispositions en vue d'effectuer la transposition requise en droit français. Cela étant, il convient à cet égard de distinguer la règle générale énoncée par la directive et les tempéraments dont elle accompagne celle-ci.

1. La règle générale de la solidarité entre les coauteurs

351. **Différences (notion)** - Le principe de responsabilité solidaire énoncé à l'article 11 de la directive à l'endroit « *(d)es entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint* » rappelle à première vue les solutions arrêtées par la jurisprudence française aussi bien en ce qui concerne l'obligation que la contribution à la dette des coresponsables : en substance, chacun est susceptible de se voir réclamer par la victime la

⁷³² *Supra* n° 175 et s.

réparation intégrale de son préjudice ; en pareil cas, il dispose d'un recours à l'encontre des autres responsables.

Pourtant, à y regarder de plus près, le contenu de cette disposition et celui de la règle prétorienne diffèrent à plusieurs égards.

Tout d'abord, la directive se réfère à la solidarité et non pas à l'obligation *in solidum*, création jurisprudentielle qui, si elle produit les mêmes effets principaux, se distingue en revanche en ce qu'elle n'emporte pas les effets secondaires de la solidarité, plus favorables à la victime.

352. **Différences (raisonnement)** - Ensuite, contrairement à l'approche française raisonnant à partir de l'indivisibilité du dommage, les conséquences de l'activité des coauteurs devant être indissociables⁷³³, la directive fonde quant à elle la solidarité sur « *un comportement conjoint* ». En outre, le contenu de cette notion n'est pas défini et n'est éclairé que par une seule illustration, à savoir celle du cartel, si bien que soit le législateur lui-même, soit la pratique judiciaire devra d'explicitier⁷³⁴.

Même si l'entente verticale n'est pas citée à titre d'illustration, il s'agit bel et bien d'un comportement collectif, de sorte qu'il est permis de penser qu'elle donne lieu, autant qu'une entente horizontale, à une responsabilité solidaire. Cette solution continue de s'appliquer au cas dans lequel l'une des parties à la relation verticale serait victime de la pratique anticoncurrentielle à laquelle elle a pris part, par exemple, parce qu'étant tenue dans les liens d'un engagement d'exclusivité, elle aurait acheté les produits à des prix trop élevés. Il reste cependant à savoir si le comportement conjoint au sens de la directive s'identifie nécessairement à un comportement collectif de violation du droit de la concurrence ou s'il peut s'étendre au-delà : on songe, entre autres, à l'hypothèse dans laquelle sont caractérisées, tout à la fois, des pratiques d'entente et d'abus de position dominante ou encore à celle dans laquelle plusieurs entreprises abusent de leur position dominante collective. En l'état actuel du droit français, le raisonnement conduit à partir, non pas des faits générateurs de responsabilité, mais de leurs conséquences sur la victime sous la forme d'un dommage indivisible, permet de faire jouer l'obligation *in solidum* dans ces hypothèses dès l'instant où il est établi que les conséquences sont indissociables. Telle qu'elle se présente, la directive ne paraît pas exclure de retenir une acception du comportement conjoint permettant de rendre compatibles les solutions actuelles du droit français avec celle prévue par la

⁷³³ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

⁷³⁴ Se pose la question de savoir quelles sont les hypothèses concernées. V. M. CHAGNY, « Imputability issues in the collection of damages », préc.

directive, dans la mesure où celles-ci apparaissent plus favorables aux victimes : entendue largement, la notion de comportement conjoint apparaît à même de couvrir, outre les comportements collectifs *stricto sensu*, reposant sur une concertation, d'autres comportements, dès lors qu'ils produisent des résultats indissociables pour leurs victimes.

353. **Répartition de la dette entre coauteurs** – Enfin, il reste à savoir comment *in fine* la dette de réparation sera répartie entre les coresponsables. La directive laisse aux Etats membres le soin de définir les critères pertinents à partir desquels cette répartition sera effectuée, en fonction de la « *responsabilité relative dans le préjudice* »⁷³⁵. Elle fournit à cet égard des exemples non limitatifs (« tels que ») qui, pour l'un, concernant le rôle joué dans le cartel, semble se rattacher à la gravité du comportement, tandis que les autres (chiffre d'affaires, part de marché) sont davantage liés à l'incidence du comportement indépendamment de sa gravité⁷³⁶. Même si la directive réserve expressément le jeu de l'impératif d'effectivité, le raisonnement suivi par les juridictions françaises au moment de déterminer la contribution respective des coauteurs semble compatible avec cette exigence⁷³⁷.

Il n'en est pas moins permis de penser qu'en l'absence de toute disposition légale fixant les solutions applicables dans l'hypothèse des coauteurs, et alors que la jurisprudence apparaît parfois un peu fluctuante, l'édiction par le législateur français de critères à l'attention des juridictions appelées à se prononcer pourrait être utile.

Au demeurant, et comme il apparaît que les solutions prévues par la directive, du moins en ce qui concerne la règle générale, apparaissent assez aisément compatibles avec celles résultant de la jurisprudence française, la transposition de la directive sur ce point pourrait s'effectuer, non pas dans le Code de commerce, mais dans le Code civil. A l'heure actuelle, celui-ci ne comporte aucune disposition relative aux effets de la responsabilité civile et gagnerait à être enrichi à ce titre, les solutions étant applicables bien au-delà du droit des pratiques anticoncurrentielles et même du droit de la concurrence *lato sensu*.

Il en est de même des dispositions spécifiquement prévues en ce qui concerne l'effet des règlements consensuels sur les actions en dommages et intérêts ultérieures⁷³⁸ qui peuvent s'avérer utiles en dehors des affaires relatives à des pratiques anticoncurrentielles.

⁷³⁵ Art. 11 § 2 et considérant 33.

⁷³⁶ Considérant 37.

⁷³⁷ V. pour un exemple très récent, dans un tout autre domaine que la concurrence, TGI Nanterre, 2^e ch. 10 avril 2014, n° RG 12/13064, JCP G 2014, 678, note J. DUBARRY; D. 2014, 1434, note J.-S. BORGHETTI. selon lequel la contribution à la dette de chacun des laboratoires doit être déterminée en fonction de la gravité de leur faute respective et de la participation de chacun à la survenance du dommage.

⁷³⁸ Art. 19.

354. **Décision d'une autorité de concurrence** - Il en va bien autrement d'une question spécifique, cette fois-ci, au droit des pratiques anticoncurrentielles. Celle-ci concerne la prise en compte par le juge civil d'éléments intervenant dans la fixation du montant de l'amende prononcée par une autorité de la concurrence..

Même si amendes et dommages et intérêts répondent à des finalités distinctes (sanction et dissuasion d'un côté vs réparation de l'autre), certains des éléments retenus pour le prononcé de l'amende semblent pouvoir concourir à déterminer « *la responsabilité relative dans le préjudice* ». Il en est ainsi du rôle personnel dans l'infraction, en tant que meneur ou incitateur, des mesures prises en vue de contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction ou encore des mesures de rétorsion prises à l'égard des autres entreprises en vue de faire respecter les pratiques constitutives de l'infraction⁷³⁹. Il en est de même du fait que l'infraction ait été commise par négligence⁷⁴⁰, du caractère limité de la participation à l'infraction ou bien du rôle passif dans l'entente⁷⁴¹. En présence d'une décision pourvue d'un effet liant, se pose la question de savoir si de telles circonstances, relevées par l'autorité de concurrence, devraient ou non être prises en compte par le juge judiciaire appelé à statuer sur la répartition de la charge de la dette de responsabilité entre les coauteurs. Il est encore permis de se demander, dans le cas où l'autorité spécialisée aurait déterminé comment la charge définitive de l'amende doit être répartie en fixant les quote-parts de responsabilité concurrentielle⁷⁴², si cette répartition s'imposerait au moment de partager la dette civile de responsabilité. Dans la version finale de la directive, l'un des considérants précise que « *l'effet (liant) de la constatation ne devrait toutefois porter que sur la nature de l'infraction ainsi que sur sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale telle qu'elle a été relevée par l'autorité de concurrence ou l'instance de recours dans l'exercice de sa*

⁷³⁹ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n o 1/2003, JOUE 210, 1^{er} septembre 2006, p. 2 et s., pt 28. V. par exemple, Commission, Appareillage de commutation à isolation gazeuse, COMP/38.899, JOUE C 005, 10 janvier 2008, p. 7 et s., pt 514, appliquant une surcharge de 50 % à l'amende infligée à un contrevenant ayant pris en charge le secrétariat de l'entente.

⁷⁴⁰ CJCE, 10 décembre 1985, C-260/82, NSO / Commission.

⁷⁴¹ Lignes directrices pour le calcul des amendes, préc., pt 29.

⁷⁴² Plusieurs entreprises coauteurs d'une infraction peuvent être condamnées solidairement au paiement de l'amende : v. CJCE 6 mars 1974 C- 6/73 & 7/73, Commercial solvents ; TPI , 3 mars 2011, T-117/07 & 121/07, *Areva et Alstom v/ Comm* ; 3 Mars 2011, aff. jointes T-122/07 to 124/07, *Siemens*. Il suffit que chaque entreprise ait participé à l'infraction (même de façon différente) pour que la Commission puisse les condamner solidairement au paiement de l'amende. Pour ce qui concerne la charge définitive de l'amende, la Commission a seule compétence pour fixer les quotes-parts de responsabilité dans l'infraction. Les codébiteurs ne peuvent se répartir. A défaut d'avoir fixé les quotes-parts, une répartition égale doit être opérée.

compétence ⁷⁴³. En dépit de la tournure restrictive de la phrase, la référence à la « portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale » est suffisamment large pour nourrir à tout le moins le doute sur ce point et pourrait inciter le législateur à considérer que la répartition de la responsabilité concurrentielle s'impose au juge chargé de statuer sur la répartition de la dette de responsabilité sur le plan civil.

⁷⁴³ Considérant 34.

2. Les tempéraments apportés à la règle générale de solidarité

355. **Clémence et PME.** – Parallèlement à l'énoncé de la règle générale de solidarité, la directive a aménagé des tempéraments à celle-ci qui sont destinés à limiter de façon différente, pour l'un, la responsabilité des entreprises ayant obtenu l'immunité d'amende au titre d'un programme de clémence⁷⁴⁴ et, pour l'autre, celle des petites et moyennes entreprises⁷⁴⁵.

Si l'un comme l'autre requièrent à coup sûr l'adoption de dispositions spécifiques dans le Code de commerce, la mesure prévue en faveur du bénéficiaire d'une immunité au titre d'un programme de clémence ne saurait se concevoir, compte tenu de son objet même, en dehors du droit des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, celle aménagée au profit des PME pourrait être pourvue d'un domaine plus large si elle s'inscrivait dans une réflexion plus ample portant sur le point de savoir s'il serait opportun de réserver un sort plus favorable aux PME lorsqu'elles violent une règle de concurrence.

B. La conciliation à trouver entre entreprises ayant enfreint le droit de la concurrence et personnes civilement responsables.

356. **Entreprise et personne** - Comme on l'a vu⁷⁴⁶, il existe, en l'état actuel du droit, une sérieuse difficulté trouvant son origine dans la différence des sujets à partir desquels droit de la responsabilité civile et droit de la concurrence raisonnent. Tandis que le droit civil connaît des personnes physiques ou morales, le droit de la concurrence raisonne quant à lui à partir de l'entreprise, notion autonome pouvant englober plusieurs personnes distinctes, dans le cas des groupes de sociétés ou encore des contrats d'agence dans lesquels l'agent, quoique juridiquement indépendant, est un simple auxiliaire du commettant auquel il est en quelque sorte « agrégé ».

357. **Effet liant** - Ce problème est accentué lorsque les décisions des autorités de concurrence sont pourvues d'un effet liant : tel est déjà le cas de celles rendues par la Commission européenne ainsi que de celles adoptées par une autorité nationale de concurrence, dans le cas d'une

⁷⁴⁴ Art. 11 § 3.

⁷⁴⁵ Art. 11 § 2 et § 3, réservant le bénéfice du régime de faveur aux petites ou moyenne entreprise au sens de la recommandation C(2003)1422 de la Commission et assujettissant son octroi à la satisfaction cumulative de deux conditions négatives et de deux conditions positives.

⁷⁴⁶ *Supra* n° 173 et s.

action de groupe ; il en sera de même, à l'avenir, dans le cadre d'actions individuelles, pour les décisions de condamnation de l'autorité française de concurrence, dont la directive prévoit en son article 9 qu'elles permettront de considérer la violation du droit de la concurrence « *comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts* »⁷⁴⁷.

Lorsqu'une condamnation a été prononcée en droit de la concurrence, à l'encontre d'une société-mère, à raison des agissements de sa filiale, par le seul jeu de la présomption d'imputabilité applicable en cas de détention directe ou indirecte de la quasi-totalité du capital de cette dernière, la question se pose de savoir sur quel fondement la responsabilité civile de la société-mère pourrait être retenue alors que celle-ci n'a pris aucune part à la pratique anticoncurrentielle.

358. **Solution (découplage du droit de la concurrence et du droit civil)** - Il a pu être soutenu que la condamnation intervenue à l'encontre de la société mère en application de la notion d'entreprise spécifique au droit de la concurrence n'impose pas au juge de retenir l'engagement de la responsabilité civile de cette dernière, exception faite du cas dans lequel, notamment en cas d'insolvabilité de la filiale, l'impératif d'effectivité l'exigerait⁷⁴⁸. Cette position prend appui sur l'arrêt Schindler dans lequel la Cour de justice a énoncé que « *le principe de la responsabilité personnelle des personnes morales (...) revêt une importance particulière, notamment sous l'angle de la responsabilité dans la sphère du droit civil* », tout en rappelant que ce principe « *ne saurait être pertinent pour définir l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence, susceptible d'être sanctionné en application des articles [101 et 102 TFUE]* »⁷⁴⁹.

359. **Solution (coïncidence du droit de la concurrence et du droit civil)** - Cela étant, la juridiction appelée à statuer sur une demande d'indemnisation peut considérer, tout au contraire, que l'effet liant attaché aux décisions de condamnation des autorités de concurrence lui impose d'admettre la responsabilité civile de la société-mère à laquelle une pratique

⁷⁴⁷ Rappelons que pour les décisions émanant d'autorités nationales de concurrence d'autres États membres, leurs décisions de condamnation valent « *au moins en tant que commencement de preuve du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise* » : Art. 9 § 1 et 2.

⁷⁴⁸ R. SAINT-ESTEBEN, « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : la voix du silence », Concurrences 3-2014, Éditorial.

⁷⁴⁹ CJUE, 18 juillet 2013, Schindler, C-501/11 P, pts 101 et 102.

anticoncurrentielle commise par sa filiale a été imputée à raison des seules relations capitalistiques.

En pareil cas, et dès lors qu'une faute de la société-mère ne pourrait être caractérisée qu'au prix d'artifices, il peut sembler opportun d'admettre que l'engagement de la responsabilité de cette dernière à raison des agissements de sa filiale constitue un cas de responsabilité du fait d'autrui. Dans cette perspective, il conviendrait de consacrer, soit par la voie législative, soit par la voie prétorienne, un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui, lequel pourrait être fondé sur le contrôle (exclusivement ou notamment capitalistique – selon la portée que l'on veut conférer à cette innovation) d'une personne morale. Si certaines propositions doctrinales et avant-projets avaient pu aller en ce sens, elles n'ont pas abouti, pour le moment. L'introduction d'une disposition de ce type pourrait ainsi intervenir sous l'aiguillon du droit de la concurrence, mais sans nécessairement que la portée du texte soit restreinte au seul droit pratiques anticoncurrentielles. En l'absence d'une réforme sur ce point, il reste possible que la Cour de cassation fasse le choix d'admettre un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui à partir de l'article 1384 alinéa 1er du code civil⁷⁵⁰.

Il convient également de faire état d'une autre possibilité qui a pu être proposée en doctrine et qui supposerait que le juge, lorsqu'il statue sur une demande en réparation fondée sur le droit de la concurrence, raisonne, non plus à partir des personnes juridiques, mais de l'entreprise ; cela le conduirait à considérer, en toute occurrence, que la responsabilité civile de la société-mère est une responsabilité personnelle⁷⁵¹. Cependant, il est permis de penser que la première solution, reposant sur l'admission d'un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui, serait moins perturbatrice du droit de la responsabilité civile et permettrait par ailleurs de répondre à d'autres besoins que ceux résultant de la spécificité du raisonnement tenu en droit des pratiques anticoncurrentielles.

⁷⁵⁰ S. CARVAL, « Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? – Aperçu sur les solutions du droit commun de la responsabilité civile », *Concurrences* 3-2014, p. 98.

⁷⁵¹ En ce sens, la proposition de M. BEHAR-TOUCHAIS et S. CARVAL, Séminaire TEE, 8 septembre 2014.

360. Conclusion de la seconde partie -

Après avoir mis en évidence, à l'issue du premier temps de cette étude, reposant sur une analyse critique du droit positif, la réalité du contentieux des dommages concurrentiels dans sa réalité et dans ses attraits, trop souvent minimisés, comme dans ses faiblesses, dénoncées à juste titre et dont il fallait prendre la mesure en identifiant les difficultés auxquelles la mise en œuvre privée du droit de la concurrence, la recherche s'est poursuivie, dans un second temps, dans une optique prospective visant à formuler des propositions destinées à remédier autant que faire se peut aux obstacles antérieurement mis à jour. Aux enjeux attachés à une réparation effective et efficace des dommages concurrentiels sont considérables quelque soit le pan du droit de la concurrence concerné s'ajoute, dans le cas du droit des pratiques anticoncurrentielles, un impératif tenant à l'obligation faite à la France, comme aux autres Etats-membres de transposer la directive du 26 novembre 2014 dans les deux ans de son entrée en vigueur.

Aussi cette directive a-t-elle occupé une place centrale dans la réflexion normative proposée dans l'étude, en vue d'en intégrer les contraintes à respecter dans son champ d'application, mais aussi d'en envisager l'influence possible au-delà de son domaine, dans une perspective de cohérence de la réparation des dommages concurrentiels, quels qu'en soient les modes (indemnisation, nullité et restitutions, cessation) et les fondements (droit des pratiques anticoncurrentielles, droit des pratiques restrictives, droit de la concurrence déloyale).

Les orientations proposées ont été rassemblées autour de deux axes majeurs consistant, pour l'un, à accroître l'effectivité des actions en réparation et, pour l'autre, à renforcer l'efficacité de la réparation obtenue par la victime de pratiques contraires au droit de la concurrence. Certaines des mesures proposées nécessitent une modification des règles de droit actuellement en vigueur, prenant place, selon les cas, dans le Code de commerce, dans le Code civil ou encore dans le Code de procédure civile, tandis que d'autres supposent une évolution de la pratique des juridictions ou encore l'octroi de moyens humains et financiers. Certaines d'entre elles sont imposées par la directive là où d'autres apparaissent opportunes dans une perspective d'amélioration de la situation des victimes, sans être nécessaires à la mise en conformité du droit français. Elles se rattachent, pour une partie d'entre elles au fond là où d'autres sont davantage d'ordre institutionnel ou organisationnel. Selon les cas, leur champ d'application est limité au seul droit des pratiques anticoncurrentielles ou devrait s'étendre au-delà, aux autres volets du droit de la concurrence, voire, dans certaines hypothèses, plus largement, à la responsabilité et à la procédure civile.

361. Conclusion générale

L'examen effectué, dans une perspective critique, à partir d'une étude fouillée de la jurisprudence française, s'est avéré en lui-même riche d'enseignements, que ce soit en confirmant certains points de vue ou en remettant en cause des idées pourtant bien établies. Le panorama présenté a permis de mettre en évidence, contrairement à ce qui est trop souvent écrit, que le contentieux des dommages concurrentiels est loin d'être inexistant et qu'il apporte, dans ses différentes facettes, des solutions aux victimes souhaitant se prévaloir de la violation d'une règle de concurrence. Cependant, il a également confirmé que le contentieux privé pourrait être davantage développé et être plus satisfaisant quant aux résultats obtenus. Sans doute la renonciation à se prévaloir de la violation du droit de la concurrence ou l'insuccès rencontré à l'occasion de l'invocation d'une règle de concurrence tiennent parfois à une méconnaissance de ces règles et/ou une utilisation de celles-ci à mauvais escient. Cependant, l'abstention comme l'échec peuvent aussi trouver leur origine dans des difficultés de différents types qui font obstacle ou restreignent les possibilités pour les victimes de pratiques contraires au droit de la concurrence de demander une réparation des dommages concurrentiels par elles subis.

Ces difficultés concernent, selon les cas, un seul ou l'ensemble des modes de réparation envisagés (cessation, indemnisation, nullité et restitutions), le droit de la concurrence dans son ensemble ou plus particulièrement un pan du droit de la concurrence ; elles sont, pour certaines, d'ordre conceptuel tandis que d'autres sont davantage d'ordre pratique. En tout état de cause, elles ne doivent être ni ignorées ni minimisées tant elles limitent l'effectivité et l'efficacité de la réparation des dommages concurrentiels. Aussi importait-il de rechercher les voies possibles d'une amélioration du droit français, qu'il s'agisse d'envisager une réforme des règles de droit actuelles, une évolution de la pratique judiciaire ou encore de tenter de proposer, dans certains cas, à droit et pratique constants, des solutions destinées à atténuer certains problèmes précédemment mis au jour.

Compte tenu de l'obligation faite à la France, comme aux autres Etats-membres de l'Union européenne, de transposer, dans les deux ans de son entrée en vigueur, la directive du 26 novembre 2014 concernant le droit des pratiques anticoncurrentielles, les contraintes découlant de cette dernière ont bien évidemment été intégrées à l'étude prospective, ce en y ajoutant les exigences tenant à la jurisprudence européenne. En même temps, il convenait

aussi de mettre en évidence la marge de manœuvre dont dispose l'Etat français dans cette entreprise de transposition. A, en outre, été envisagée l'influence possible de la directive, au-delà de son champ d'application restreint au droit des pratiques anticoncurrentielles et à l'indemnisation, dans une perspective de cohérence de la réparation des dommages concurrentielles, quels qu'en soient les modes (indemnisation, mais aussi cessation, nullité et restitutions) et les fondements (droit des pratiques anticoncurrentielles, mais également droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale).

Les orientations normatives proposées en vue d'une évolution du droit et de la pratique judiciaire en France s'articulent autour de deux axes majeurs consistant, pour l'un, à accroître l'effectivité des actions en réparation des dommages concurrentiels et, pour l'autre, à renforcer l'efficacité de la réparation obtenue par la victime de pratiques contraires au droit de la concurrence.

D'un côté, les mesures destinées à améliorer l'effectivité visent à remédier à des obstacles radicaux empêchant les victimes de se prévaloir de la violation de la règle de concurrence ou à atténuer certaines difficultés susceptibles de les dissuader de faire valoir leurs droits en justice.

Elles supposent donc d'accorder, une place significative de la réflexion aux considérations temporelles et, pour ce faire, non seulement à apporter des modifications aux règles relatives à la prescription, mais aussi à favoriser les procédures de résolution conventionnelles des litiges, mais encore à s'efforcer de remédier à la longueur des procédures, en réduisant leur durée, mais aussi en développant les mesures d'urgence.

Il convient aussi de pallier l'inaction constatée de certaines victimes en élargissant les possibilités d'action, qu'il s'agisse de perfectionner l'actuel dispositif de l'action de groupe, en vue d'une meilleure adaptation à la réparation des dommages concurrentiels, ou d'adopter des mesures destinées à renforcer les prérogatives des groupements de défense d'un intérêt collectif (organisations professionnelles et associations de consommateurs) ou d'améliorer, à différents égards, les initiatives conduites dans l'intérêt général.

Il importe encore d'encourager les titulaires du droit à réparation à agir, en remédiant à diverses difficultés susceptibles de les dissuader de faire valoir leur droit. Si l'on songe bien évidemment à la question du financement, il est tout aussi impérieux de rationaliser, à plusieurs titres, le choix effectué du point de la spécialisation des juridictions et, plus encore,

de l'accompagner en dotant les juridictions concernées, au premier desquelles la cour d'appel de Paris, des moyens à la hauteur des enjeux de la mission qui leur est confiée.

Enfin, il ne saurait être question d'omettre de la réflexion la question cruciale de l'accès aux preuves tant celle-ci est bien souvent déterminante de l'issue d'un litige. Aussi est-il nécessaire, dans le droit fil de la directive, d'amoindrir les obstacles probatoires, aussi bien en ce qui concerne spécifiquement l'accès et l'utilisation de pièces figurant dans les dossiers de l'Autorité de la concurrence que dans le cas du régime général de production des pièces résultant actuellement du Code de procédure civile. Dans cette perspective, il convient de modifier les règles actuelles de procédure civile, soit en aménageant des dérogations spécifiques au droit de la concurrence, soit en apportant des changements pourvus d'un domaine plus ample.

De l'autre côté, et corrélativement, la quête d'une efficacité accrue conduit à proposer des mesures destinées à faciliter la démonstration des conditions nécessaires à la réparation des dommages concurrentiels, en même temps que d'autres visant à améliorer le résultat de l'action en responsabilité civile.

S'agissant, tout d'abord, de l'allègement du fardeau probatoire pesant sur la victime, outre la transposition de la disposition prévue par la directive dans le cas où une décision de condamnation a été adoptée par une autorité de concurrence, d'autres mesures peuvent permettre d'accompagner la victime dans la démonstration de la violation du droit de la concurrence qui lui incombe en principe, qu'il s'agisse de renforcer la coopération avec l'Autorité de la concurrence et la Commission d'examen des pratiques commerciales ou bien de créer un pôle d'expertise en droit et économie de la concurrence destinée à appuyer les juridictions judiciaires. Quant à la démonstration du dommage réparable, la transposition en droit français des différentes règles de la directive reposant sur des présomptions devrait se prolonger, plus généralement, par un assouplissement dans la mise en œuvre des exigences requises.

En ce qui concerne, ensuite, le résultat de l'action en réparation, l'étendue de l'indemnisation retient bien évidemment l'attention au premier chef tant il est essentiel d'atténuer les difficultés d'évaluation en vue d'assurer aux justiciables une réparation intégrale des préjudices concurrentiels soufferts. Cela passe, tout à la fois, par des exigences renforcées quant à l'office du juge et par une aide apportée à celui-ci dans sa mission d'évaluation, qu'il s'agisse de lui fournir un appui expertal ou un support méthodologique. Cependant, et de façon complémentaire, il apparaît opportun, dans certains cas et sous certaines conditions, de

dépasser les difficultés attachées au principe de réparation intégrale, en développant des alternatives à celui-ci : outre la question controversée des dommages et intérêts punitifs et/ou restitutoires, c'est aussi la piste de l'indemnisation forfaitaire pour les préjudices de faible montant ou encore celle consistant à admettre des substituts à l'indemnisation par un système de « réparation fluide » qui méritent d'être envisagées. Aussi techniques qu'ils puissent apparaître, les problèmes se rapportant à la charge de la réparation en présence de plusieurs responsables doivent être traités afin notamment de remédier, de la façon la plus satisfaisante possible, à la dichotomie existant entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence – qui raisonne à partir de l'entreprise, notion autonome pouvant englober plusieurs personnes juridiques – et le droit de la responsabilité civile applicable aux personnes physiques ou morales.

La réforme ou l'adaptation préconisée en vue d'une efficacité accrue de la réparation peuvent, selon les cas, être pourvues d'un champ limité à tout ou partie du droit de la concurrence ou bien valoir, plus généralement, pour le droit de la responsabilité civile dans son ensemble et se rattacher à la réforme envisagée en la matière.

Par où l'on voit qu'au-delà du droit de la concurrence ayant fait l'objet de la recherche, celle-ci pourrait intéresser plus largement à la réparation des dommages économiques et rejaillir sur le droit de la responsabilité civile et sur le droit de la procédure civile.

Bibliographie

Ouvrages généraux, spéciaux et thèses

W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence - Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, th. LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 346, 2001.

R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Bruylant Concurrences, 2014.

A. ANDREANGELI, *Private Enforcement of Antitrust*, Edgar Elgar 2014.

M. J. ASNAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Nouv. Bibl. th. Vol. 121, 2013.

J. BASEDOW (éd.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007.

L. CADIET, J. NORMAND et S. AMARANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF Thémis, 2^e éd., 2013.

L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^e éd. 2013.

M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouv. Bibl. th., vol. 32, Dalloz 2004.

E. CLAUDEL, *Droit des ententes et pratiques anticoncurrentielles*, th. Paris X, 1994, sous la dir. de M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, p. 435, n^o 53.

E. COLMANT, *La sanction des règles de concurrence en droit communautaire*, th. Paris II, 1988, sous la dir. de B. GOLDMAN.

G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association H. Capitant*, PUF, coll. Quadrige.

B. DEFFAINS, *The Inefficiencies of Civil Justice*, OECE, 2010-2011.

B. DEFFAINS, M. DORIAT et E. LANGLAIS, *Economie des actions collectives*, PUF 2008.

I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, nouv. Bibl. th., vol. 34, 2004.

M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, préf. B. LASSERRE, Litec, 2010.

F. EWALD et al. (sous la dir.), *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

A. FOER and J. W. CUNEO (ed.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edgar Elgar, 2010.

- F. GARRON, *La caducité du contrat (étude de droit privé)*, th., PUAM, 1999, préf. J. Mestre.
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réimp. 1937, Sirey 1965.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ 4^e éd, 2014.
- V. GIRARD-DURAND, *La prescription en droit civil. Essai d'une théorie unitaire*, th. Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2008, sous la dir. de G. LOISEAU.
- O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM 1999, n°540 et s.
- R. HOUIN, *Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence*, Annales de la faculté de droit de Liège, 1963, p. 27.
- K. N. HYLTON (ed.), *Antitrust Law and Economics*, Vol. 4, *Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition*, Edgar Elgar, 2010.
- T. KIRAT, *Economie et droit*, La Découverte, 1999.
- R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon 1909, A. ROUSSEAU éd., sous la dir. d'E. Gaudemet.
- A. LAUDE, *Le juge des référés, in Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, colloque du 18 mars 1994, PUAM, 1995, p. 33 et s.
- M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen, Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, coll. Europe, 2012.
- B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, sous la direction conjointe de L. ARCELIN et de K. DIAWARA, Université de la Rochelle et de Laval, 2014.
- C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002.
- E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit, 1- Fondements*, Thémis Montréal et Bruylant Bruxelles, 2000.
- E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008.
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd, 2013.
- M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préf. G. Cornu, éd. Cujas 1991.
- M. MALAURIE VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 2014.
- B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006.

- N. MERCURO et S. G. MEDEMA, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997.
- L. MERMILLOD, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, th. Lyon, 1954, LGDJ PICHON et DURAND-AUZIAS.
- L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert 2011.
- S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles, Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruylant Concurrences, 2012.
- R. POESY, *Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : étude des rapports entre le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence*, th. Nice 2000, sous la dir. de A. PIROVANO
- R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Aspen Law & Business, 1998.
- L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, préf. P. DELEBECQUE, PUAM 2003.
- B. RODGER (ed.), *Competition Law Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Wolters Kluwer, International Competition Law Series, vol. 56, 2014.
- N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, Economica, Coll. Droit civil série études et recherches, 1998, préf. de A. GHOZI
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001.
- F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013.
- G. VEDIA JEREZ, *Competition law enforcement & compliance : Systems, institutions and proceedings*, th. sous la dir. F. MARCOS-FERNANDEZ et A. ROBLES MARTIN-LABORDA
- L. A. VELASCO SAN PEDRO et a., *Private Enforcement of Competition Law*, Lex Nova, 2011.
- G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011,
- G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013
- L. VOGEL (sous la dir.), *Les actions civiles de concurrence. Union européenne - France - Allemagne - Royaume-Uni - Italie - Suisse - Etats-Unis*, édition Panthéon-Assas, coll. Droit Global Law, 2013
- G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence*, (sous la dir. de D. MAINGUY), Univ. Montpellier I, 29 nov. 2012.

Articles

R. AMARO, « le référé de droit commun en droit des pratiques anticoncurrentielles : brève analyse du contentieux porté devant le juge français », *Concurrences*, N° 4-2013, Art. N° 57387, p. 216.

E. BARBIER DE LA SERRE, « Une leçon sur l'ampleur de l'amitié : la Commission, l'*amicus curiae* et les juridictions nationales », *RLC* 2009 21, Éclairage.

R. BECKER, N. BESSOT et E. DE SMIJTER, « The White PAper on damages actions for breach of the EC antitrust rules », *Competition Policy Newsletter*, 2-2008, p. 4 et s.

M. BEHAR-TOUCHAIS, « À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2005/2, p. 39 et s.

M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC* 2011/27, p. 4.

M. BEHAR-TOUCHAIS, *RLC*, n° 20, juillet 2009, p. 146.

A. BENABENT, « La mise en jeu de la responsabilité civile », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, *Les Petites affiches*, 20 janvier 2005, p. 31 et s.

J.-P. BRILL, « Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », p.776.

D. CALISTI, *Concurrences*, 2014-3, p. 46 et s.

G. CANIVET, « L'*amicus curiae* en France et aux États-Uni », *RJCom.* 1er mars 2005, regards, pp. 99-113.

G. CANIVET, « Questions de constitutionnalité dans le secteur de la distribution », *RLDA* juin 2013, supplément au n° 83, p. 39 et s. , spéc. pp. 42-43.

S. CARVAL, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste », *Concurrences*, n°2-2014, p. 52 et s.

S. CARVAL, « Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? – Aperçu sur les solutions du droit commun de la responsabilité civile », *Concurrences* n° 3-2014, p. 98.

M. CHAGNY et JL FOURGOUX, « Competition law, private enforcement and competition redress in France », 2012-2013, *AHRC Project*, www.clcpecreu.co.uk.

M. CHAGNY et V. PIRONON, « Les recours collectifs en droit du marché », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 205 et s.

M. CHAGNY, « La nullité des contrats conclus en violation du droit communautaire de la concurrence », in *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Colloque de l'Université Lyon III – Jean Moulin, 4 mars 2004, sous la direction de C. Nourissat et R. Wtterwulge, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 63 et s.

M. CHAGNY, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *RLC* n°4, oct-déc. 2005, p. 186.

M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence – Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006, I, 149.

M. CHAGNY, « Conflict(s) between economic efficiency and effective administrative or/and judicial process », Conférence ASCOLA « *Economic theory and competition law* », 2d Ascola conference, 8-9 déc. 2006, Edward Elgar Publishing Ltd 2009 (ed. J. Drexler, L. Idot et J. Monéger), p. 236.

M. CHAGNY, « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », *RLDA* n° 12- 2007, p. 96.

M. CHAGNY ; « L'action de groupe vue par le Conseil de la concurrence : oui, mais ... », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 10, janv.-mars 2007, p. 58, n° 718.

M. CHAGNY, « L'articulation entre actions privées et actions publiques », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 18, janv.-mars 2009, p. 117 et s.

M. CHAGNY, Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation: en attendant les initiatives européennes ? *Communication Commerce électronique* no 12, décembre 2010, comm. 122.

M. CHAGNY, « Quelle(s) mutation(s) dans la réparation des dommages concurrentiels », *revue Lamy de la concurrence* 2010, n° 22, p. 88.

M. CHAGNY, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.* 2011 p. 392.

M. CHAGNY, « Restrictions à la compétence matérielle des juridictions judiciaires et droit de la concurrence », *Procédures*, avril 2011.

M. CHAGNY, « L'évaluation du préjudice économique - Principes juridiques », *Experts* n° 99, Décembre 2011, p. 4 et s.

M. CHAGNY, « *Il private enforcement in Francia è allineato alla posizione UE ?* », In *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali (Private enforcement of competition law)*, CEDAM, Milan, 2012, p. 235.

M. CHAGNY, « Quel droit français et européen de la distribution : approche prospective », in *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, *Lamy droit des*

affaires, suppl. Juin 2013.

M. CHAGNY, « Faut-il désespérer du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles ? », *Communication Commerce électronique* no 1, janvier 2013, comm. 6.

M. CHAGNY, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *D.* 2013, p. 851.

M. CHAGNY, « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2013, p. 2532.

M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », *AJCA* 2014, n° 7, p. 265.

M. CHAGNY, « D'un 15 mai à l'autre : à juge judiciaire spécialisé, moyens spéciaux ? », *AJCA* 3-2014, p. 97.

M. CHAGNY, « *Class actions in France : much ado about nothing ?* », IV Trento Biennial Congress, *Antitrust and Enforcement in Italy and the European Union*, 18-19 avril 2013, Editoriale Scientifica, 2014, p. 319 et s.

M. CHAGNY, « Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective », *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir*, Concurrences 2014-3.

M. CHAGNY, « *Imputability issues in the collection of damages* », in *Antitrust damages in EU Law and policy*, 7th annual conference of the Global competition Law centre, Collège d'Europe, Bruxelles, 7-8 nov. 2013, in J. Derenne, E. Morgan de Rivery, N. Petit (eds), *Antitrust damages in EU law and policy*, GCLC Annual Conference Series n° 5, Bruylant, 2014, p. 99 et s.

M. CHAGNY, *SA Laboratoires Arkopharma c/ sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche*, RLC n°10, janv.-mars 2007.

M. CHAGNY, « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas » », *RTDCom* 2014, n° 4.

M. CHAGNY, « Vers une unification du droit des restrictions verticales ? », *CCC* juin 2014, p. 36 et s.

B. CHARLIER-BONATTI, « Éléments du préjudice », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger: bilan et perspectives*, 17 octobre 2005, Cour de cassation (disponible sur le site de la Cour de cassation).

E. CLAUDEL, « Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité », Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (Paris, 13 juin 2008), *Concurrences*, N° 2-2009, n°25907.

- E. CLAUDEL, « Le conseil de la concurrence se déclare favorable à l'action de groupe ... mais avec des réserves », *RTDCom.* 2007, p. 40 et s.
- E. CLAUDEL, « La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences* N° 4-2012, Art. N° 49315, pp. 38-55.
- E. COMBE, « Dommage à l'économie, préjudice individuel : quelles relations ? quelles différences ? », Entretiens de la concurrence, 12 septembre 2014 (à paraître à la revue *Lamy concurrence* 2015).
- N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1987, I, 3303.
- N. DECOOPMAN, « À propos des autorités administratives indépendantes et de la régulation », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ 1998, p.245.
- B. DEFFAINS (2005), « Common Law ou Civil Law : quel système est le plus efficace ? », *Problèmes Economiques*, p. 5 et s.
- B. DEFFAINS (2000) « L'évaluation des règles juridiques : un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile : un bilan », *Revue d'Economie Politique*, n° 6, pp. 752-785.
- B. DEFFAINS et S. FERREY (2010), « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence », *Revue d'Economie Industrielle*, n°131, pp. 51-68.
- J. DE HAUTECLOCQUE et N. CHARBIT, « L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles », *D. aff.* 1999, p. 1063.
- P. DE MONTALEMBERT et H. MARC, « Indemnisation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles : risques et opportunités », *Option Finance*, 2006, p. 43.
- J. DERENNE, « L'imputation des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 3-2014, p. 95.
- L. DONNEDIEU DE VABRE-TRANIE et T. PICOT, « Vers une privatisation du droit de la concurrence », *Décideurs juridiques et financiers*, 2007, p. 116.
- F. DREIFUSS NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTDCiv*, 1990, p.373.
- C. DUPARC et J.-F. REIGNIER, « L'articulation des institutions dans les contentieux de concurrence », in *Les Entretiens de la concurrence du Tribunal de commerce de Paris*, 12 septembre 2014, à paraître à la revue *Lamy de la concurrence* 2015, n° 1 et à la revue *Lamy de droit des affaires*, janvier 2015.
- F. DUPUIS-TOUBOL, « Action civile en matière de pratiques anti-concurrentielles : éléments de problématique », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque du 17 octobre 2005,

Cour de cassation (disponible sur le site internet de la Cour de cassation).

B. FAGES, « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », *RTD Civ.* 2011 p. 121.

D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTDCom.* 1998, p. 763 et s.

D. FASQUELLE et R. MESA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme et le rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666.

D. FASQUELLE, “Amendes civiles ou « dommages punitifs » ?”, *in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, colloque du 6 déc. 2000, organisé par le CREDA de la CCI de Paris, *Gaz. Pal.* 9-10 nov. 2001, p. 50 et s.

M. FOULON, « Quelques remarques d’un président de tribunal de grande instance sur l’article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *in Mélanges en l’honneur de Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 311 et s.

J.-L. FOURGOUX, « Faciliter l’établissement des conditions de la responsabilité », *Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* (Paris, 13 juin 2008), *Concurrences*, N° 2-2009, n°25907.

J.-L. FOURGOUX, « Inutilité du droit interne de la concurrence », *RJC* 1989, p.145.

J.-L. FOURGOUX, « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 1999, Etude, p. 2005 et s.

L. FRANCOIS-MARTIN et I. DAULOUEDE, « L’introduction de l’action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *CCC* 2014, n° 5, dossier 5.

M.- A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique », *RTDCiv* 1998, n°15, p.48.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 6/94, p. 483 et s.

C. GAUER, « Le développement des actions privées en droit communautaire de la concurrence », *in Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement no 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?* L. IDOT et C. PRIETO (dir.), Bruylant, 2006, p. 179 et s.

F. GENTIN, *Entretiens de la concurrence* organisés par le Tribunal de commerce de Paris, le 12 septembre 2014, publication des actes en cours à la *revue Lamy de la concurrence*, n°1-2015 et à la *revue Lamy droit des affaires*, janvier 2015.

J.-P. GRANDJEAN, « Action de groupe : petits pas ou pas de géant ? », *JCP G*, n° 40, 30 septembre 2013, 1007.

- S. HOEPFNER-LEGER, « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », *JCP E* 2006, p. 2050.
- N. HOMOBONO, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 3-2013, art. n° 53092, p. 54.
- R. HOUIN, « Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence », *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1963, p. 27 et s.
- D. HOUTCIEFF, « La nullité, sanction des pratiques anticoncurrentielles à la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats », Colloque du Mans, *Revue Juridique de l'Ouest*, 2003.
- L. IDOT, « Avant-propos », *Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* (Paris, 13 juin 2008), *Concurrences*, N° 2-2009, n°25907.
- L. IDOT, « La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales en droit de la concurrence », *Rev. Aff. europ.* 2009/2010 n°1 pp.59-72D.
- L. IDOT, « Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », *Europe* 2008, Focus, 32.
- L. IDOT, « Vers une consécration progressive d'un modèle européen en droit de la concurrence : aujourd'hui la démente ; demain les actions en dommages et intérêts ? », *Europe* 2007, Focus 20.
- L. IDOT, « La plainte en droit de la concurrence. Opposition ou convergence des systèmes français et communautaire ? », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 255 et s.,
- L. IDOT, « *Private Enforcement of Competition Law – Recommendations Flowing from the French Experience* », in J. BASEDOW (dir.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer, « International Competition Law Series », 2007, p. 85 et s.
- L. IDOT, « Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence vers un droit comparé de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinozi*, Dalloz 2013, p. 627.
- V. JAUNET, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche nationale », *CCC* n° 5, Mai 2013, dossier 9.
- F. JENNY, « A French perspective on the quantification of antitrust harm », 2010, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/jenny.pdf>.
- F. JENNY, *La réparation des dommages concurrentiels dans les systèmes juridiques étrangers*, *Concurrences* 3-2014, p. 5 et s.
- F. JENNY, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », *JCP E* no 12, 21 mars 2013, 1169.

- V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007, p. 2116.
- C. LEMAIRE et D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E* no 45, 9 novembre 2006, 2590.
- J.-L. LESQUIN, « L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté », *RCC* n°85/1995, p.55 et s.
- L. LEVENEUR, obs. sous Cass. Com. 7 octobre 2007, *CCC* 1998, n° 2 : « Chassez la nullité (...) par la porte - celle du droit civil-, elle revient discrètement (...) par la fenêtre – celle du droit de la concurrence ! ».
- M. LEVITT, “Cooperation between competition authorities and judicial authorities”, *Concurrences* n° 3-2009, no 26624.
- C. LUCAS DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *RJ Com.*, 1992, p. 273 et s., spéc. p. 280 et s.
- C. LUCAS DE LEYSSAC, « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », *Les petites affiches* 20 janvier 2005, n°14, p. 65 et s.
- C. LUCAS DE LEYSSAC, « Le juge, l'urgence et la concurrence », *Mél. C. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 215.
- Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, “L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat”, in *Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 601 et et s.
- A.-M. LUCIANI, « Une histoire juridique d'amour-haine : les pratiques restrictives de concurrence », Mélanges en l'honneur de *N. Decoopman*, Les frontières du Droit, PUF, 2014.
- D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP* 2011, p. 477.
- A. MASSON, « “Private Enforcement” vertical et horizontal : les difficultés d'une conciliation », *RLC*, 2006/7, p. 79.
- H. MATSOPOULOU, « L'exercice de l'action civile devant le juge répressif en matière d'ententes », *RLC* 2008-14, n° 1042.
- O. MATUCHANSKY et M. GUYOMAR, « Le contrôle du juge de cassation en matière d'évaluation du préjudice économique », in *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 315 et s.
- R. MAULIN, « To what extent can cooperative procedures (leniency, commitment and settlement procedures) before the French Competition Authority limit the risks arising from a competition law infringement », *Global Antitrust Review* 2011.

J. MESTRE et B. FAGES, «L’emprise du droit de la concurrence sur le contrat», in *Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque préc., *RTDCom.* 1998, p. 71 et s., spéc. p. 73.

R. MESA, « Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme confronté à la problématique de la faute lucrative », *Concurrences* no 2-2013, p. 49 .

C. METEAUT, « A propos d’une étude empirique de la jurisprudence française », *Concurrences* 2014 -3 , p. 92 et s., n° 7.

M.-C. MITCHELL, J. RIFFAULT-SILK, S. PIETRINI, A. OUTIN-ADAM, H. LE BORGNE, « Vers une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles : une première étape ? », *Concurrences*, n° 3-2013, art. N° 53401.

E. MORGAN de RIVERY, « Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur Etat et à l’étranger ? », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles*, *Concurrences*, 2007, p. 35.

G. de MUIZON, « Chiffrer les préjudices, savoir compter ne suffit pas », *L’action collective* , Séminaire du 28 novembre 2013 organisé à Paris par la revue *Concurrences* et disponible sur www.concurrences.com.

C. NOURISSAT, « L’action de groupe, c’est maintenant (ou presque...) », *Procédures*, 2014, n° 5, repère.

C. NOURISSAT, « La place de l’arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence », in C. Nourissat et R. Wtterwulge (dir.), *Le nouveau règlement d’application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises* , Dalloz, 2004, p. 51s.

M. NUSSENBAUM et C. KARSENTI, « L’application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France », *Concurrences* n° 4-2010.

M. NUSSENBAUM, « Les critères Daubert : implications pour la procédure judiciaire en France », <http://www.sorgemeval.fr/IMG/pdf/criteres-daubert-par-Maurice-Nussenbaum.pdf>

M. NUSSENBAUM, « L’évaluation des préjudices économiques : l’application des critères Daubert », Colloque de la CEACC du 7 avril 2010, *La force probante de l’expertise et/ou l’apport de l’approche américaine par les critères Daubert* », http://www.sorgemeval.com/IMG/pdf/l_evaluation_des_prejudices_eco_application_des_criteres_daubert_Colloque_CEACC_du_7_4_10-2.pdf

M. NUSSENBAUM, « L’évaluation des préjudices économiques », *Revue de Droit bancaire et financier* no 3, mai 2013, étude 13, p. 32.

M. NUSSENBAUM, « L’estimation des préjudices dans les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles à la lumière du guide pratique de 2013 et de la proposition de directive du 17 avril 2014 », *AJCA* octobre 2014, n° 7, p. 261 et s.

- G. PARLEANI, « Actualité de la sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, colloque tenu à l'université de Paris-I le 29 avril 2004, *LPA*, 20 janvier 2005, n° 14, p. 3 et s.
- Ch. PECNARD et E. RUIZ, « Les sanctions civiles du droit communautaire de la concurrence par le juge national : les exemples anglais et français », *RDAI* 1993, p. 637.
- L. PFISTER, « Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIXe siècle », *RDC* 2012-2, p. 349 et s.
- Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011, p. 415.
- Y. PICOD, *Encyclopédie Dalloz*, V° Nullité, mars 2013.
- A. PIEDELIEVRE, Quelques réflexions sur la maxime « Quod nullum est, nullum producit effectum », *Mélanges Voirin*, p.639 et s.
- S. PIETRINI, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », *Gaz. Pal.* 3 septembre 2013.
- S. PIETRINI, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche Européenne », *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2013, dossier 10.
- N. REGIS, « Le préjudice économique des entreprises », *Bulletin d'information*, 1^{er} mai 2013, p. 6 et s.
- P. REY et J. TIROLE, « Quelles régulations pour le commerce ? », *Assises du commerce et de la distribution*, 13 janvier 2000, Conseil d'analyse économique, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française 2000, p. 9 et s.
- Ph. RINCAZAUX, « Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité », *Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* (Paris, 13 juin 2008), *Concurrences*, N° 2-2009, n°25907.
- J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTDC* 2001, p. 671 et s.
- S. ROZES, « Un profil nouveau pour les juges », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p. 435 et s., spéc. p. 438.
- R. SAINT-ESTEBEN, « l'action au civil et les droits de la défense », in *la réparation du préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque à la Cour de Cassation, 17 octobre 2005 (disponible sur le site de la Cour de cassation).
- R. SAINT-ESTEBEN, « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : la voix du silence », *Concurrences* n° 3-2014, Editorial, p. 5.

- R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, *Les Petites affiches*, 20 janvier 2005, p. 54.
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP*. 1989, I, 3397.
- V. SELINSKY, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », *RLC* 2005- 2, n° 177, p. 114 et s.
- V. SELINSKY, « La victime de pratiques anticoncurrentielles face à la diversité des procédures », in *Le libéralisme en matière de prix et de concurrence*, Colloque Toulouse 15-16 oct. 1987, *PA* 30 mars 1988, n° 39, p. 12 et s.
- A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – Autour de Bentham et Posner », in *Droit et économie*, *APD*, 1992, Sirey, t. 37, p. 143 et s.
- X. TATTON, « Quelle méthode pour l'évaluation concrète du dommage économique ? L'exemple des infractions au droit de la concurrence », *Revue de droit commercial belge*, 10/2013, 1050.
- Y. UTZSCHNEIDER, H. PARMENTIER, « Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence ; la Cour de cassation accepte le "passing-on defence" », *D.* 2010, p. 2781.
- F. VETU, « Application de la responsabilité civile pour faute à la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », *JCP G* 2003, 2091.
- J. VIALENS, « La coopération entre autorités spécialisées et juridictions des différents États membres au service de la création du droit communautaire de la concurrence », *LPA* 28 janvier 2008, no 20, p. 5.
- Ch. VILMART, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. 1 – De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* 2001, p. 1994 et s.
- G. VINEY, « L'appréciation du préjudice », *LPA* du 19 mai 2005 p. 89 et s.
- L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *RCC*, n°155/2000, p.7.
- L. VOGEL, « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* 29 janvier 2003, p. 12.
- V. WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, I, 290, p. 181 et s.
- K. WRIGT, European Commission opinions to national Courts in antitrust cases : consistent application and the judicial-administrative relationship, 2008, accessible sur internet.

Rapports et projets de réforme

AFEC, Observations formulées sur la consultation de la Commission sur le recours collectifs, 2011.

AFEC, Observations formulées sur le projet de document d'orientation « *la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », septembre 2011.

AFEC, réponse au Livre blanc sur « *les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* », 2010.

AFEC, Réponse au Livre vert sur « *les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* ».

LIDC, *Comments on the Commission's White Paper on Damages Actions for breaches of the EC Competition rules*, disp. en ligne sur le site de la Commission européenne, 2008.

Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, Sénat 9 juillet 2010, n° 657, Art. 1386-25.

Rapport ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, août 2004.

J.-P. CHARIE, *Pour une libre concurrence à dimension humaine : redéfinir les règles de loyauté*, Rapport AN n° 2187, 1995.

J.-Y LE DEAUT, *Rapport sur l'évolution de la distribution : de la coopération à la domination commerciale*, AN 2/2000, n° 2072.

D. FASQUELLE, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* (n°3508), 6 juillet 2011, n°3632.

L.-B KREPPER, *Réactions de la CCIP sur la proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles*, 25 juin 2009

Colloques – conférences (publiées)

AFEC, *Les réformes du droit de la concurrence en questions*, Paris 20 juin 2013, *Concurrences*, n° 3-2013, art. n° 53092.

Arbitrage et droit de la concurrence, *AJCA* 2014, n°05-06, p. 203 et s.

« *L'expert-comptable de justice et l'évaluation des préjudices économiques* », colloque organisé par la compagnie des experts agréés par la Cour de cassation à Nice, le 30 septembre 2011, Actes en ligne sur le site de la compagnie, <http://www.experts-cassation.org>.

Les réformes du droit de la concurrence en questions, Colloque AFEC, Paris 20 juin 2013, *Concurrences*, n° 3-2013, art. n° 53092.

« *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives* », Cycle « Droit et économie de la concurrence » de la Cour de cassation, 17 octobre 2005 (actes en ligne sur le site de la Cour de cassation)

« *Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* » (Paris, 13 juin 2008), *Concurrences*, N° 2-2009, n°25907, www.concurrences.com.

« *Les actions civiles à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles* », Atelier de la concurrence de la DGCCRF, 4 octobre 2006 *Revue Concurrence consommation*, 1^{er} juin 2007.

« *Les contentieux de droit privé (actions en réparation) dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles devraient-ils être encouragés et, si tel est le cas, à travers quelles mesures concrètes ?* », Congrès de la Ligue internationale de droit de la concurrence, Amsterdam, 5-8 octobre 2006, *Rapport international par C. MOMEGE ; Rapport français par J.-P. BLIN, M. CHAGNY, D. FASQUELLE et J. RIFFAULTS-SILK*.

Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles, compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ?, colloque Université du Maine, 5 décembre 2006, *Concurrences*, n° 2-2007, n°13650.

Cycle de conférences 2006-2007 « Risques, assurance et responsabilité – Limites de la réparation – La réparation du préjudice économique », in *Les Limites de la réparation du préjudice*, Dalloz 2009, Thèmes et commentaires, p. 279 et s.

« *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles* », Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, *Petites affiches* 20 janvier 2005, n° 14.

Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises, Colloque de l'Université Lyon III – Jean Moulin, 4 mars 2004, sous la direction de C. Nourissat et R. Wtterwulge, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004

IV Trento Biennial Congress, *Antitrust and Enforcement in Italy and the European Union*, 18-19 avril 2013, Editoriale Scientifica, 2014

Il rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali (Private enforcement of competition law »), CEDAM, Milan, 2012

J. DREXL, L. IDOT et J. MONEGER (ed), *Economic theory and competition law »*, 2d Ascola conference, 8-9 déc. 2006, Edward Elgar Publishing Ltd 2009.

Sur la voie de l'action de groupe, Gaz. Pal. 15-16 mai 2013, p. 5 et s.

Antitrust damages in EU law and policy, J. Derenne, E. Morgan de Rivery, N. Petit (eds), GCLC Annual Conference Series n° 5, Bruylant, 2014.

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir, Concurrences 2014-3

Colloques – conférences (non publiées)

A. MARIE, « Actualités du droit des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale », *Les Réactifs de l'AFEC*, 13 mars 2014.

R. AMARO et M.-J. ASNAR-BAUD, « Autorité/force de chose jugée/décidée », *TEE*, 4 juillet 2014.

M. CHAGNY, « *Preuve et actions privées en droit de la concurrence* », conférence organisée par l'Association française en faveur de l'institution consulaire (AFFIC), 15 février 2013, Tribunal de commerce de Paris.

M. CHAGNY, « L'harmonisation des règles relatives à la responsabilité civile », in *Quelle harmonisation pour favoriser le contentieux privé des dommages concurrentiels ?*, Atelier organisé par l'Institut d'études juridiques européennes de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 30 juin 2008.

M. CHAGNY, « Antitrust damages claim after EU Commission's proposal for a directive (opening the private enforcement mechanism for antitrust lawyers ?) », 21 septembre 2013, Kiev

E. CLAUDEL, « Coopération entre juge judiciaire et autorité de la concurrence - *L'amicus curiae* », Travaux réalisés par TEE, 2014.

Avis, recommandations et bilans des juridictions, autorités et organes consultatifs

- **CEPC et DGCCRF**

« *Actions en justice à l'initiative de acteurs économiques, bilan des décisions judiciaires civiles et pénales* », 2013, Faculté de droit de Montpellier, <http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission> ».

CEPC, Bilan de la jurisprudence civile et pénale pour l'année 2013, http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2013_dgccrf.pdf

- **Conseil de la concurrence puis Autorité de la concurrence**

Cons. conc., Avis n°96-A-13 du 17 décembre 1996, *demande d'avis de la cour d'appel de Paris au sujet de l'activité de l'UGAP*

Cons. conc., Rapport annuel pour 2005, p. 138.

Cons. conc., Avis du 21 septembre 2006 *relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.*

Aut. Conc., *Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français*, 2 mars 2009.

Aut. Conc., Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.*

- **Commission européenne**

Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 19 décembre 2005, COM (2005), 672 final.

Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE C 298, 8 décembre 2007, p. 17.

Commission, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final,

Comm., Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs, 4 février 2011, SEC(2011) 173 final.

Comm., Projet de document d'orientation – La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, juin 2011.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs » (2013)

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles

régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM (2013) 404 final.

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE 4 décembre 2014, L. 349, p. 1 et s.

Recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, C(2013) 3539 final

Communication de la Commission, Guide pratique des services de la Commission concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2013)

Projet de document d'orientation « la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », juin 2011.

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM/2013/0813 final.

Table sélective de jurisprudence

I. Jurisprudence européenne

A. Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 5^e sect., 17 janvier 2012, *Galec c/ France*, n° 51255/08

B. Cour de justice de l'Union Européenne / Cour de justice des communautés européennes

CJCE 30 juin 1966, *Sté technique minière c/ Maschinenbau*, aff. 56/65, Rec., p. 337

CJCE 13 juil. 1966, aff. jointes 56 et 58/64, *Gründig Consten c/ Comm. CE*, Rec., p. 429

CJCE 25 nov. 1971, aff. 22/71, *Béguelin c/ Import export*.

CJCE 14 juillet 1972, *ICI*, n° 48/69,

CJCE 6 fév. 1973, *Brasseries de Haecht II*.

CJCE 14 juillet 1972, *ICI*, n° 48/69.

CJCE, 9 nov. 1983, Aff. 199/82, *Administration des finances de l'Etat italien et San Giorgio*.

CJCE 14 déc. 1983, aff. 319/82, *Sté de vente de ciments et de bétons de l'est c/ Firma Kerpen*, Rec., p. 4173,

CJCE 18 déc. 1986, *VAG c/Magne*, aff. C-10/86.

CJCE, 28 février 1991, aff. C-234/89, *Delimitis*.

CJCE 3 avril 1991, *Höffner*, n° C-41/90.

CJCE, 7 Juillet 2000, aff. C-104/89 et C-37-90, *Mulder et . /Conseil et Commission*.

CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-344/98, *Masterfoods*.

CJCE, 13 juillet 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*

CJUE 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoire Boiron*, pt 55.

CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, n° C-97/08.

CJUE, 20 janvier 2011, *General Quimica SA.*, C-90/09 P.

CJUE 14 juin 2011, *Pfleiderer*, aff. C-360/09.

CJUE, 8 mai 2013, *ENI*, n° C-508/11.

CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*,

CJUE, 18 juillet 2013, *Schindler*, n° C-501/11 pt 103.

CJUE, 5 juin 2014, C557/12, *Kone AG et a. c/ ÖBB-Infrastruktur AG*.

II. Jurisprudence nationale

A. Conseil constitutionnel

Cons. constit. 22 oct. 1982.

Cons. constit., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC *loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

Cons. constit., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils*.

Cons. constit., 13 mai 2011, n° 2010-85 QPC , *Système U*.

Cons. constit., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, *Système U*.

Cons. constit., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

B. Conseil de la concurrence puis Autorité de la concurrence

Cons. conc., n° 05-D-70, 19 décembre 2005, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées*.

Cons. conc. n° 06-D-20, 13 juillet 2006, Pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par Internet.

Aut. Conc., n° 10-D-07, 2 mars 2010.

Aut. Conc., n° 10-D-36, 17 décembre 2010, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné*.

Aut. Conc., n°11-D-08, 27 avril 2011, Pratiques mises en oeuvre par la société Accentiv'Kadeos

C. Juridictions de première instance

T.com.

T. com. Albi, ord. réf., 28 oct. 2009, n° 2009 004733, *SA SIAC c/ SA Renault*,

T. com. Bobigny, 29 mai 2012, n° 2009/015041.

T. com. Evry, 3e ch., 14 octobre 2009, *Ministre de l'économie c/ Carrefour*, n° RG / 2008F00380.

T. com. Lille, 6 janv. 2010, *Min. Éco. c/ SAS Castorama*, n° 2009-05184.

T. com. Lille, 7 sept. 2011, *Min. Éco. c/ Eurochan*, n° 2009/05105.

T. com. Lille, 25 juin 2013, *Ministre c/ sociétés ...*, J2012000024.

T. com. réf., Marseille, 25 juillet et 10 octobre 2007, *SAS Euro Power Technology c/ SA EDF*.

T. com. Meaux, 6 déc. 2011, *Cora*.

T. com. Meaux, 6 déc. 2011, *Min. Éco. c/ Provera*.

T. com. Meaux, 24 janv. 2012, *Min. Éco. c/ EMC*, n° 2009/02296.

T. com. Nanterre, 18 juin 1994.

T. com. Nanterre 16 septembre 1997, *sté Concurrence c/ Sony*.

T. com. Nanterre, réf., 28 avril et 30 juin 2005, *BP France c. Shell et Butagaz*.

T. com. Nanterre, 6^e ch., 11 mai 2006, *SA Laboratoires Arkopharma c/ sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche*,

T. com. Nanterre, 5^e ch., 22 juin 2007, *SA Concurrence c. Sony France*.

T. com. Paris 6 juin 1995.

T. com Paris, 29 mai 2007, RG n°2006073999.

T. com. Paris, 25 août 2010, *Lastminute, Karavel c/ Voyages-SNCF*.

T. com Paris, 6^e ch., 30 mars 2011, *Numéricable et a. c/ France Telecom*, RG n°2009073089,

T. com. Paris, 15^e ch., 24 août 2011 et 16 mars 2012, *MLDC c/ High CO et Sogec*.

T. com. Paris, 15^e ch., 4 octobre 2011, *Synhorcat et a. / Expedia et a.*

T. com. Paris, 8 novembre 2011, *SAS Outremer Telecom c. SA Orange Caraïbe et SA France*

Telecom

T. com. Paris, 15^e ch., 31 janvier 2012, *Bottin Cartographes c/ Google France, Google Inc.*, RG n°2009061231,

T. com. Paris, 7 juin 2012, *SARL 1plusV c/ Google Inc et SARL Google France*, RG n°2011058513.

T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012, *Ma Liste de course c/ Sté HighCo*, RG n°2011014911.

T. com. Paris, 14 mai 2013, *Société ... c/ Ministre*, RG n°12/12993.

T. com. Paris, 24 septembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG n°2011058615.

T. com. Paris, 12 février 2014, *SFR c/ Orange*, RG n°2012031951.

T. com. Paris, 12 février 2014, RG n°2012031951.

T. com. Versailles, 7 mars 1997, *Min. Eco. c/ Auchan*, *RJDA* 1997, p. 723, n° 1053.

-

T.G.I

T.G.I Paris, 26 janvier 2005, RG n°00/16758.

T.G.I Paris, réf. 15 janvier 2009, *Conseil régional d'Ile de France et Région Ile-de-France*, RG n°08/55030, 0859948, 08/59949,.

T.G.I Strasbourg, ord., 8 janvier 2008, *Puma France c/ Over Stock*

D. Cours d'appel

-

Angers

Angers, ch. Com., 7 juin 2011, *SAS Carrefour Property c/ Madame Véronique G.*, RG n° 10/0117.

-

Aix-en-Provence

Aix-en-Provence, 21 nov. 1995, *JCP G* 1996, II, 22597, obs. J.-J. DAIGRE.

Aix en Provence, 24 novembre 1999, 6 mars 2008, *SARL France Boissons Toulon c/ SARL Frères*, RG n° 06/16540.

Aix-en-Provence, 2^e ch., 14 juin 2007, *SAS Agenda France c/ Jena-Luc V*, RG n° 05-21016.

Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 5 octobre 2007, *Michel C c/ SARL EBN*, RG n° 06/04120.

Aix-en-Provence, 23 mai 2012, RG n°10-09965.

Aix-en-Provence, 14 février 2013.

-

Amiens

Amiens, 2 avril 2013.

Amiens, 28 novembre 2013.

-

Caen

Caen, 1^{ère} ch. civile, 26 mars 2013, *Président de l'ADLC c/ société ...*, RG 11/03883.

-

Chambéry

Chambéry, ch. Com., 11 juin 2002, *Association des agents immobiliers de Tignes c/ Sté des téléphériques de la Grande Motte*, RG n° 00/01145.

Chambéry, 19 mars 2013.

-

Colmar

Colmar, 1^{ère} ch. civ., 21 novembre 2006, *SARL LA Salamandre c/ SACEM*, RG n° 04/00928.

Colmar, 2 février 2010, RG n° 09/0465.

Colmar, 3 avril 2013.

-

Douai

Douai, 2^e ch. 02, 1^{er} juillet 2010, *SARL Motor Box c/ SA Axa France et EURL Darnal Expertises*, RG 08/01462.

Douai, 2^e ch., 2 mars 2011, *SA Signaux Girod c/ SA Signature et a.*, RG n° 11/01079.

Douai, ch. 2, section 1, 13 septembre 2012, n° 12/02832.

Douai, 19 novembre 2013.

-
Lyon

Lyon 3e ch. 26 mai 1989, *Sidat Toyota c/ Automobiles Costelloise*.

Lyon, ch. civ. 1 A, 10 mai 2012, n° 10/08302.

Lyon, ch. civ. 1 A, 16 mai 2013, n°11/07152.

-
Montpellier

Montpellier, 5e ch. A, 8 novembre 2007, *SNC Le Polygone c/ Sté Civile Odysseum II*, RG 07/06074.

Montpellier, 25 octobre 2011, *SARL Montpellier Diffusion Presse c/ Mme Claude C*, RG n° 10/08486.

Montpellier, 14 mai 2013.

-
Nancy

Nancy, 14 février 2013, n°12/00378.

-
Nîmes

Nîmes, 2ème ch. B, 25 février 2010, *Ministre de l'économie c/ SAS Carrefour France*, RG 07/00606.

Nîmes, 10 mars 2011

- Nîmes, 9 janvier 2012, RG n° 10/02754.

Nîmes, 26 janvier 2012, RG 09-05026.

Nîmes, 19 décembre 2013.

-
Orléans

Orléans, ch. com., 15 juillet 2004, *SAS Toyota France c/ SARL Auto Diffusion 45*, RG 04/01063.

Paris

Paris 22 fév. 1967, *Laffort c/ Laboratoires Sarbach*

Paris 20 déc. 1971, *Stricker Boats c/ sté Garoche,*

Paris 1^{er} oct. 1980, *SNC Davey Bickford*

Paris 3 nov. 1982, *SCI rue du Paradis c/ Chambre syndicale des négociants en porcelaine*

Paris, 23 mars 1989, *Euro Garage c/ Renault,*

Paris, 18 mai 1989, *Garage Diderot c/ Fiat France.*

Paris, 29 juin 1989, *Etablissements Magne c/ VAG France*

Paris, 1^{re} ch. A, 27 juin 1990, *Internip c/ SA Matif*

Paris, 19 mai 1993, *Mors c/ Labinal*, *JDI* 1993, p. 957,

Paris 1^{er} juil. 1993, *PA* 18 oct. 1993, n° 125, p. 12,

Paris 24 mai 1995, *SA Infodidact c/ SARL Tegam*, *D.* 1996, somm. p. 252,

Paris 22 octobre 1997, *sté Concurrence c/ Sony.*

Paris 13 janvier 1998, *Union des groupements d'achats publics (UGAP)/Camif.*

Paris 9 juin 1998, *ITM marchandises internationales*

Paris, 1^{ère} ch. H, 1^{er} septembre 1998, *SA SFR c/ France Telecom*, RG n° 98/12345.

Paris 30 septembre 1998.

Paris 23 sept. 1999, *sté Fleury-Michon et a. c/ Aoste Holdig,*

Paris, 1^{re} ch. A, 13 juillet 2000, *SA France Télécom et al. c/ SA Wappup.com.,*

Paris 22 octobre 2001.

Paris, 25 e ch. A, 28 juin 2002, *P. Streiff Motorsport et a. c/ Speedy France SAS.*

Paris 5^e ch. A, 22 septembre 2004, *Sté Maclock c/ Sté Seiko France*, RG n°02/11490.

Paris, 5^e ch. 1, 8 juin 2005, *SA LJC Diffusion c/ SA La Roche Posay*, RG n° 03/11305.

Paris 5^e ch. A 15 juin 2005, *SA Automobiles de Gap et des Alpes c/ SA Citroën*, RG n°03-15008

Paris 5^e ch. A, 2 mars 2005, *Syffoc et a. c/ SA Juva Santé et a.*

Paris, 5^e ch. A, 21 septembre 2005, *SARL Socovi c/ SA Jean-Louis David France*, RG n° 03/13694.

Paris, 14^e ch. A, 25 janvier 2006, *Traclet c/ SARL Boulangeries Paul*, RG 05/11004.

Paris, 4^e ch A, 10 mai 2006, *Luk Lamellen und Kupplungsbau c/ SA Valeo*, RG, n° 06/10916.

Paris, 5^e ch. A, 31 mai 2006, *Mkat c/ Salmon*,

Paris, 14 e ch. B, 1^{er} juin 2007, *SA France Telecom c/ M. Jean Christian R*, RG n° 06/21059

Paris, 25^e ch. B, 7 décembre 2007, *SA Dell c/ SARL Rivale*, RG n° 05/10897.

Paris, 29 janvier 2008, *Le Goff Confort SA*.

Paris 5^e ch. B, 28 février 2008, *SA Transports Location Béton TLB c/ SAS Cemex Bétons Nord-Ouest*, RG n° 02/01235.

Paris, 25^e ch. A, 29 février 2008, *M. Thierry D. et Mme Carmen G. c/ Sarl la Famille Educatrice*, RG n°06/03934.

Paris, 14^o ch. A, 16 Avril 2008, *Panini c/ RJ Mobile*, RG n°07/21738.

Paris 5^e ch. B, 18 avril 2008, *SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific création*

Paris, 5^e ch. B, 15 mai 2008, *SA Arte France c/ SA Mediamétrie*, RG n°05/23026.

Paris, 30 septembre 2008.

Paris 5^e ch. B, 4 décembre 2008, *Chelmarne Voyages c/ SA N. Distribution*, RG n° 05/23981.

Paris, 13 mai 2009, *Avignon OFF c/ Avignon festival*, RG n°08/21796.

Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 10 juin 2009, RG n°07/10478.

Paris, ch. 5 5, 2 juillet 2009, *Après la Classe c/ SARL Solidarité Entreprise*, RG n° 07/07303.

Paris, ch. 5 5, 2 juillet 2009, *SAS Medint c/ Sté Bausch Lomb France*, RG n°08/19009.

Paris, ch. 5 5, 21 janvier 2010, *SARL Laudat c/ Groupe Volkswagen France*, Juris Data n°2010-001408.

Paris, 12 février 2010

Paris ch. 5 4, 17 novembre 2010, *SAS Réseaux Télécommunications internationales c/ France Telecom*, RG n° 08/24184.

Paris, 1^{er} décembre 2010, *ACCENTIVE Kadéos c/FNAC*, n°10/22405.

Paris, ch. 5 4, 16 février 2011, *SCA Le Gouessant c/ SA Ceva Santé et SAS Ajinomoto Eurolysine*, RG n°08/08727.

Paris, Pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, *SAS Valensi et Paris*

Paris Pôle 5 ch. 5, 24 mars 2011, *Accorequip*

Paris, ch. 5-4, 27 avril 2011, *Mehri Bassam c/ SNC Presse Paris Services*, Juris-Data n°2011-007393.

Paris, ch. 1-2, 16 novembre 2011, *SA Auto Ritz c/ SA Automobiles Citroën*, RG n° 11/05787.

Paris, ch. 5-4, 16 novembre 2011, *SAS Carrefour Proximité France c/ Sté Etablissements Segurel*, RG n° 09/16817, puis après avis, 6 mars 2013.

Paris ch. 5-10, 16 novembre 2011, *SARL E_Kanopi c/ Google*, RG n°11/12595.

Paris, ch. 5-4, 14 décembre 2011, *SARL CHADEP c/ British Airways et Compagnie Emirates*, RG n°09/20639.

Paris, Pôle 5 Ch. 5, 2 février 2012, *SAS Carrefour c/ min. Economie*, RG n°09/22350.

Paris, Pôle 5 ch. 10, 27 juin 2012, RG n° 10/18278,

Paris, 1-2, 17 Janvier 2013, *3W santé c/ Pierre Fabre*, n°11/17764.

Paris, 18 janvier 2013.

Paris, ch. 5-4, 3 avril 2013, *Diapar c/ Carrefour proximité France et a.*, RG n°10/24013.

Paris, 03 avril 2013, RG n°10-24013.

Paris 23 mai 2013, *SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté Ikea Supply A*, n°12/01166.

Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n°11/08674.

Paris, 12 juin 2013, *Ministre c/ Société...*, RG n°11/03025.

Paris, 20 juin 2013, RG n°12-12752.

Paris, Pôle 5, Ch. 5, 26 juin 2013, *JCB Sales Ltd et a. c/ SA central Park*, n°120441.

Paris, ch. 5 4, 3 juillet 2013, *SCI Odysseum 2 et a. c/ Sté Polygone 2 et a.*, RG n°11/17158.

Paris, 4 juillet 2013, *Société c/ Ministre*, RG n°12/07651.

Paris, 11 sept. 2013, *Eurachan c/ min*, n° 2009/02296.

Paris, pôle 5 chambre 4, 11 septembre 2013, *Ministre c/ Société ...* , RG n°11/17941.

Paris, 12 sept. 2013, n° 11/22934.

Paris, 3 octobre 2013, *Président de l'ADLC c/ Société ...*, RG n°12/01879.

Paris, pôle 5, ch. 4, 20 novembre 2013, *SARL Google France et sté Google Inc. c/ SAS Cartographes*, n° 12/02931,

Paris, 20 novembre 2013, *Ministre c/ Société ...*, RG n°12/04791.

Paris, Pôle 5 ch. 4, 20 novembre 2013, *Président de l'Autorité de la concurrence c/ SAS Ma liste de courses et a.*, RG n° 12-05813.

Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, *Ministre c/ Société ...* , RG n°12/00150.

Paris, 18 septembre 2013, *Ministre c/ Société ...* , RG n°12/03177.

Paris Pôle 5, chambre 4, 15 Janvier 2014, *SA SPBI c/ Sarl Boat Développement*, n° 11/19418

Paris, 27 février 2014, Pôle 5 – Chambre 5, *SNC Doux aliments Bretagne et autres c/ société Ajinomoto Eurolysine*, n°10/18285.

Paris 1-3, 25 Mars 2014, *Candy c/ Magimix*, n°13/13168.

Paris, 27 mars 2014, RG n°10-18285.

Paris Pôle 5, Chambre 4, 1^{er} octobre 2014, RG n°13/16336.

Paris Pôle 5, Chambre 4, 29 octobre 2014, RG n°13/11059.

-

Pau

Pau 2^e ch., 18 juin 2009, *SA Keolis Pyrénées c/ Jean Bernard P. et a.*, RG n° 07/02797.

Pau 2e ch. 01, 28 septembre 2009, *Société ZF Passau GMBH c/ SAS Vandel et al.*, RG n°03/03721.

Pau, 24 septembre 2013.

-

Poitiers

Poitiers, 2ème ch. civile, 29 janvier 2013, *Ministre c/ Société...*, RG n°11/03252.

-

Riom

Riom, 25 janvier 2012, *Fédération environnement durable et a. c/ SARL Agreole Développement et a.*, RG n°10/02536.

-

Rouen

Rouen, 15 septembre 2011, *SAS Carrefour Proximité France c/ M. Marcel B.*, RG n°10-04492.

Rouen, ch. Civ. 1, 12 décembre 2012, RG n°12/01200.

-

Versailles

Versailles, 27 juin 1996, *Chapelle c/Sony.*

Versailles, 12^e ch., 24 juin 2004, *SA Verimedia c/ SA Mediatrice et a.*, Juris-Data n°2002-07434.

Versailles, 30 septembre 2004, *Interbrew c/ France Boissons*

Versailles, 12^e ch. , 22 mars 2007, *SA Dentalbia c/ SA Visiodent*, RG n°06/01589.

Versailles, 24 mai 2007, *SARL Mano Medical c/ Idexx Laboratoires Inc.*, RG n°07/01287.

Versailles, 18 juin 2009, RG n°08-00418.

Versailles, 14^e ch., 10 février 2010, *SAS Canal + Distribution c/ SAS BFM TV*, RG n°09/09651.

Versailles, 18 novembre 2010, RG n°09-05695.

Versailles, 12^e ch., 31 mars 2011, *SELARL Bauland Gladel Martinez c/ SA Chep France*, RG n°10/09794.

E. Cour de cassation

-

Assemblée plénière

Ass. Plen. 26 mars 1999, *Bull. AP*, n° 3.

Ass. Plen. 7 janvier 2011, n° 09-14316

-
Chambre des requêtes

Cass. Req. 23 mars 1942.

-
Première Chambre civile

Civ. 1, 13 octobre 1983, *M. Basset c/ Sacem*.

Civ. 1, 3 décembre 1985, *Duprez et Vivien c/ Sacem*.

Civ. 1, 20 juin 1990, *M. Benno, la société « Auberge dy cœur volant et Pacha Club » c/ Sacem*.

Civ. 1, 29 janvier 1991, *La Bricherie c/ Sacem*.

Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991, *Bull. I*, n° 249.

Civ. 1, 14 mai 1992, *M. Landemaine c/ Sacem*.

Civ. 1, 14 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, 1, n° 138.

Civ. 1, 13 octobre 1993, *Hunité c/ Sacem*.

Civ. 1, 16 juill. 1998, *D.1998, Jurisp.*, p.381.

Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, n° 99-15285.

Civ. 1, 30 mars 2004, *Le Phoenix c/Sacem*.

Civ. 1, 22 oct. 2008, n° 07-15823.

Civ. 1, 13 nov. 2008, n° 06-16.278, *Bull. civ.* 2008, I, n° 259.

Civ. 1, 8 juillet 2010, *Sté Doga c/ Sté HTC*, n° 09-67013.

Civ. 1, 28 avr. 2011, n°10-15.056.

Civ. 1, 26 mai 2011, n° 10-15676.

Civ. 1, 25 juin 2014, n° 13-23669.

-
Deuxième Chambre civile

Civ. 2, 23 nov. 1966, *Bull. civ.* 1966, II, n° 916.

Civ. 2, 15 mars 1979, n° 77-15.381, *Bull. civ.* 1979, II, n° 88.

Civ. 2, 8 février 2006, no 05-14198, *Bull. civ.* II, no 44. I.

Civ. 2, 19 juin 2003, n°00-22302, *Bull. Civ.* II, n°20.

Civ. 2, 24 nov. 2011, n° 10-25635.

Civ. 2, 25 octobre 2012, n° 11-25511.

-

Troisième chambre civile

Civ. 3, 4 mai 1976, *Bull.* n° 182.

Civ. 3, 2 février 2011, n° 10-30427.

Civ. 3, 19 mars 2013, n° 12-14147.

-

Chambre commerciale

Com., 12 mars 1979, n° 77-13.595, *Bull. civ.* 1979, IV, n° 97.

Com., 22 mai 1984, *sté Lintermans c/ sté Patrick Alès*, *Bull. civ.* IV, n° 172.

Com., 22 oct. 1985, *sté générale mécanographique c/ sté Etienne Bureau*, *Bull. civ.* IV, n° 245

Com., 5 nov. 1985, *Bull. civ.* 1985, IV, n° 260.

Com., 27 juin 1989, *sté Technison France c/ Serap ameublement*, *Bull. civ.* IV, n° 208.

Com., 10 juillet 1989, n°85-10727, *Bull.* IV, n° 216.

Com., 20 mars 1990, n°85-15224, *Bull.* IV, n° 85.

Com., 17 juil. 1990, *SA Minolta France c/ SA Semavem*, *Bull. civ.* IV, n° 220

Com., 9 fév. 1993, *Mercedes Benz c/ Tchumak*, *Bull. civ.* IV, n° 53

Com., 29 juin 1993, *Cosset c/ sté Montargeoise automobile*,

Com., 3 janv. 1996, *sté Roussel-Uclaf c/ sté Cyprine France*,

Com., 27 fév. 1996, *sté Pompes funèbres de l'Esterel c/ SA Delesse*,

Com., 7 octobre 1997, *SA Desmazières c/ Stephan*,

Com., 3 juin 1998, JurisData n° 1998-002605.

Com., 12 janvier 1999, n° 97-10808, *OFUP*.

Com., 6 avril 1999, *Mme Daubresse c/ Les Fils de Louis Mulliez Phildar*.

Com., 14 décembre 1999, *Sterczinski c/ Waber-Reuter*.

Com., 24 octobre 2000, *Bull. IV*, n° 163, *Carrières de Sainte-Marthe*.

Com. 5 déc. 2000, *sté Parasanté c/ OCP Répartition*,

Com., 3 juil. 2001, *sté Mondial Bracelets c/ sté Cobra*,

Com., 18 juin 2002, n° 00-20039,

Com., 21 janvier 2003, *sté Moto-Ouest c/ sté MBK*.

Com., 28 janvier 2003, *Exploitation du garage Saint-Pierre c/ Rover France*.

Com., 5 avril 2005, *JCP* 2005, G, II, 10102, note S. ROUQUIE.

Com., 31 mai 2005, *M.X c/ Brasseries Miles*.

Com., 6 décembre 2005, n° 05-10929, *Bull. civ. IV*, n° 242.

Com., 6 février 2007, *Concurrence /JVC France*.

Com., 6 février 2007, n° 04-13178.

Com., 10 juillet 2007, n° 06-14657.

Com., 29 janvier 2008, *Ducasse c/ Lavillauroy*.

Com., 6 mai 2008, *M.R et M. P. c/ Volkswagen*, n° 05-11382.

Com., 8 juillet 2008, *ministre de l'Économie c/ Galec*, n° 07-16.761.

Com., 8 juillet 2008, *ITM Alimentaire c/ ministre de l'Économie*, n° 07-13.350.

Com., 21 oct. 2008, n° 07-12336.

Com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971.

Com., 9 juin 2009, *Perrodin c/ Casino France*.

Com., 15 septembre 2009, *Carrefour de la qualité c/ RFA*.

Com., 15 sept. 2009, n° 07-10493.

Com., 10 nov. 2009, n°08-18.337

Com., 19 janvier 2010, n°08-19761, *Bull. civ. IV*, n° 8, *Semavem*.

Com., 9 mars 2010, JurisData n° 2010-001523.

Com., 23 mars 2010, n° 08-21768 et 08-20427.

Com., 15 juin 2010, n° 09-15818.

Com., 9 novembre 2010, n° 10-10937, *Rocade distribution c/ Distribution Casino*.

Com., 23 novembre 2010, JurisData n° 2010-021985.

Com. 30 novembre 2010, n° 09-15264.

Com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885 011.

Com., 27 avril 2011, n° 10-125528.

Com., 26 mai 2011 n° 10-15676 *UFC Que choisir c/Bouygues*.

Com. 12 juillet 2011, n° 10-17482, *Bull. IV*, n° 116.

Com., 18 octobre 2011, *min Eco c/ Carrefour*, 10-15296.

Com., 15 novembre 2011, n° 10-21701.

Com., 15 novembre 2011 n° 10-27388.

Com., 21 février 2012,

Com., 20 mars 2012, *Atrium Santé c/ PFDC*.

Com., 15 mai 2012, n° 11-18495 *Affaire le Gouessant*.

Com., 12 juin 2012, n°11-18852.

Com., 11 septembre 2012. *Carrefour c/ Valensi* n°11/14620.

Com., 6 nov. 2012, n°11-24.57.

Com., 26 mars 2013, n°12-12685.

Com., 10 septembre 2013, n°12-21804.

Com., 21 janvier 2014, n°12-29166,

Com., 20 mai 2014, n°12-26.705.

Com., 3 juin 2014, n°12-29482, *SCP Bes-Ravise (liquidateur de la société Lectiel) c/ France Telecom Orange*.

Com., 7 octobre 2014, n° 13-19476, *Sté Kontiki c/ président de l'Autorité de concurrence et ministre de l'Economie*.

Com., 7 octobre 2014 , n° 13-21086.

Annexe 1 - Valorisation

Manifestations scientifiques, publications, rapports et séminaires

Une place particulière doit être réservée en ce qui concerne la valorisation au colloque international organisé par le laboratoire DANTE (1). Par ailleurs, la recherche a donné lieu et continuera de donner lieu, au cours de l'année 2015, à plusieurs éléments de valorisation à travers des publications (2), des conférences à l'étranger (3), des conférences et séminaires en France (4), la participation à des programmes de recherche (5), à des auditions et consultations (6).

1) Colloque international partie intégrante de la recherche

Colloque international *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : état des lieux et changements à venir*, organisé par le laboratoire DANTE à la Maison de l'Europe (Paris), 13 mai 2014

Le colloque a rassemblé vingt intervenants de différentes professions (universitaires juristes et économistes, magistrats professionnels et consulaires, avocats et juristes d'entreprises, membres d'autorités de concurrence) et a permis de mettre en perspective la réparation en France avec celle de plusieurs États membres et aussi de la Chine.

Les actes ont été publiés à la revue *Concurrences* 3-2014) Ces actes figurant en annexe du rapport sont libres de droits et disponibles en ligne sur le site du laboratoire DANTE.

<http://www.dante.uvsq.fr/laboratoire-de-droit-des-affaires-et-nouvelles-technologies-dante-/langue-fr/actualites/actes-du-colloque-la-reparation-des-dommages-concurrentiels-en-france-et-en-europe-etat-des-lieux-et-changements-a-venir-341335.kjsp?RH=1299520402111>

2) Publications

- M. CHAGNY et V. PIRONON, « *Les recours collectifs en droit du marché* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 205 et s.

- M. CHAGNY, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *D.* 2013, p. 851.

- M. CHAGNY, « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2013, p. 2532.

- M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », *AJCA* 2014, n° 7, p. 265.

3) Conférences à l'étranger

avec publication

- M. CHAGNY, « *Imputability issues in the collection of damages* », in *Antitrust damages in EU Law and policy, 7th annual conference of the Global competition Law centre*, Collège

d'Europe, Bruxelles, 7-8 nov. 2013, in J. Derenne, E. Morgan de Rivery, N. Petit (eds), *Antitrust damages in EU law and policy*, GCLC Annual Conference Series n° 5, Bruylant, 2014, p. 99 et s.

- M. CHAGNY, « *Class actions in France : much ado about nothing ?* », IV Trento Biennial Congress, *Antitrust and Enforcement in Italy and the European Union*, 18-19 avril 2013, Editoriale Scientifica, 2014, p. 319 et s.

A venir :

M. CHAGNY, intervention à la Ve Trento Biennial Congress, *Antitrust and Enforcement in Italy and the European Union*, 16 au 18 avril 2015

Ateliers et conférences non publiées

- Participation de M. CHAGNY au Workshop du Max Planck Institute « Why specific rules on unfair competition ? », 9-11 octobre 2014, Berlin

- M. CHAGNY, « Antitrust damages claim after EU Commission's proposal for a directive (opening the private enforcement mechanism for antitrust lawyers ?) », 21 septembre 2013, Kiev

A venir :

M. CHAGNY, Conférence sur la réparation collectives des dommages concurrentiels à l'Université de Laval (Québec) – Centre d'études en droit économique mai 2015

4) Conférences et ateliers en France

Conférences publiées

- Les Entretiens de la concurrence organisés par le Tribunal de commerce de Paris, 1^{ère} édition, le 12 septembre 2014, Direction scientifique par M. CHAGNY. « Rapport introductif », « Conclusions » et intervention dans la Table-ronde « Préjudices, restitutions : difficultés d'évaluation dans les contentieux de concurrence » (publication en cours Revue Lamy de la concurrence, Revue Lamy de droit des affaires et Revue de jurisprudence commerciale)

- M. CHAGNY, « Les principes juridiques et l'évaluation économique », in *L'expert-comptable de justice et l'évaluation des préjudices économiques*, colloque organisé par la compagnie des experts agréés par la Cour de cassation à Nice, le 30 septembre 2011, Actes en ligne sur le site de la compagnie, <http://www.experts-cassation.org>.

M. CHAGNY, « L'évaluation du préjudice économique - Principes juridiques », *Experts* n° 99, Décembre 2011, p. 4 et s.

Conférences et séminaires non publiés

M. CHAGNY, « A propos de la proposition de directive de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts », *Les Réactus de l'AFEC*, 11 juillet 2013, Cabinet UGGC

M. CHAGNY, « Preuve et actions privées en droit de la concurrence », conférence organisée par l'Association française en faveur de l'institution consulaire (AFFIC), 15 février 2013, Tribunal de commerce de Paris

Interventions à l'ENM :

A destination des magistrats professionnels : *La réparation du préjudice économique résultant de la contrefaçon, de la concurrence déloyale et du parasitisme*

A destination des magistrats consulaires : *La fixation de dommages-intérêts en matière commerciale ; Pratique du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires*

A venir :

Intervention sur le préjudice économique, Session ENM organisée avec les experts de justice, 29 mai 2015

5) Participation à des programmes de recherches

- M. CHAGNY et JL FOURGOUX, Participation au projet de recherche européen *Comparative Private Enforcement and Collective Redress Project* conduit dans le cadre du réseau AHCR piloté par le professeur Barry Rodgers (Strathclyffe University) de 2011 à 2013
Conférence-atelier organisée à Londres le 15 septembre 2012 (« Competition Law: Comparative private Enforcement and Collective Redress in the EU »
« Competition law, private enforcement and competition redress in France », 2012-2013, *AHRC Project*, www.clcpecreu.co.uk.

- Participation au programme de recherche sur l'intensification de la sphère privée en droit de la concurrence organisé par Trans-Europe-Experts avec l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne et le Centre d'économie de la Sorbonne)

A venir :

Animation de l'atelier « La réparation du préjudice concurrentiel », par M. CHAGNY et S. CARVAL, 11 mars 2015

Groupe de réflexion AFEC jeunes- DANTE

6) Auditions et consultations

Direction par M. CHAGNY **de groupes de travail** constitués par l'association française d'étude de la concurrence (AFEC) en vue de formuler des observations sur

- la consultation de la Commission sur le recours collectifs, 2011.

- sur le projet de document d'orientation « *la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », septembre 2011

Auditions :

par les rapporteurs à l'Assemblée nationale du projet de loi consommation (mai 2013)

par une mission de la Commission européenne (DG marché intérieur et services) sur le droit des pratiques commerciales déloyales (2011)

Annexe 2 – Actes du colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir »



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir Paris, 13 mai 2014.

Colloque | Concurrences N° 3-2014
www.concurrences.com

Frank GENTIN | *Président, Tribunal de commerce de Paris*
Assimakis KOMNINOS | *Avocat associé, White & Case LLP, Bruxelles*
Michelle CARPAGNANO | *Professeur, Université de Trieste | Coordonnateur, Observatorio Antitrust*
Agisilaos KARPETAS | *Doctorant, Institut européen, Université de Leyde*
Knut FOURNIER | *Chercheur associé, Université d'Oxford*
Laurence I DOT | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Présidente, AFEC | Membre, Collège de l'Autorité de la concurrence*
Claire FAVRE | *Vice-présidente, Autorité de la concurrence*
Irène LUC | *Conseillère, Cour d'appel de Paris*
Anne OUTIN-ADAM | *Directrice des politiques législatives et juridiques, Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Île-de-France*
Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*
Martine BEHAR-TOUCHAIS | *Professeur, École de droit de la Sorbonne | Coordonnatrice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRIS Institut André Turin) | Ancien membre, Collège du Conseil de la concurrence*
Muriel CHAGNY | *Professeur, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines | Directrice, Laboratoire DANTE et master Contrats Concurrence | Rapporteur général, Ligue internationale de droit de la concurrence*
Jean-Louis FOURGOUX | *Avocat à la cour, Cabinet Fourgoux et associés*
Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*
Béatrice CHARLIER-BONATTI | *Présidente de chambre, Tribunal de commerce de Paris*
Bruno DEFFAINS | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Directeur, Laboratoire d'économie du droit | Président, European Association of Law and Economics*
Jacques DERENNE | *Avocat associé, Barreaux de Bruxelles et Paris, Hogan Lovells International LLP*
Charles MÉTEAU | *Avocat, Cabinet Redlink | Vice-président, AFEC jeunes*

PROPOS INTRODUCTIFS

Frank GENTIN | *Président, Tribunal de commerce de Paris*

**Les réparations des dommages concurrentiels
en concurrence**

**LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES: QUEL INTÉRÊT?
QUELLES POSSIBILITÉS? LA RÉPARATION DES DOMMAGES
CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES ÉTRANGERS**

Avec la participation de

Assimakis KOMNINOS | *Avocat associé, White & Case LLP, Bruxelles*

Michele CARPAGNANO | *Professeur, Université de Trente | Codirecteur, Osservatorio Antitrust*

Agisilaos KARPETAS | *Doctorant, Institut européen, Université de Leyde*

Knut FOURNIER | *Chercheur associé, Université d'Oxford*

CHOISIR SA LOI ET SON JUGE: QUELLES POSSIBILITÉS?

Laurence IDOT | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Présidente, AFEC |
Membre, Collège de l'Autorité de la concurrence*

**La concurrence des institutions et des actions :
Quelle articulation optimale ?**

Avec la participation de

Claire FAVRE | *Vice-présidente, Autorité de la concurrence*

Irène LUC | *Conseillère, Cour d'appel de Paris*

Anne OUTIN-ADAM | *Directrice des politiques législatives et juridiques, Chambre
de commerce et d'industrie de région Paris Île-de-France*

**LA RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS EN PROGRÈS
QUELLES PROPOSITIONS DE L'UNION EUROPÉENNE POUR UNE MEILLEURE
RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS? PRÉSENTATION DE LA DIRECTIVE**

Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*

L'ACTION DE GROUPE À LA FRANÇAISE, VOIE PROMETTEUSE OU (TROP) LIMITÉE?

Martine BEHAR-TOUCHAIS | *Professeur, École de droit de la Sorbonne |*

Codirectrice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut André Tunc) |

Ancien membre, Collège du Conseil de la concurrence

**QUELLE(S) RÉFORME(S) ET ADAPTATION(S) DU DROIT FRANÇAIS?
APPROCHE CRITIQUE ET PROSPECTIVE**

Muriel CHAGNY | *Professeur, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines |*

*Directrice, Laboratoire DANTE et master Contrats Concurrence | Rapporteur général, Ligue
internationale de droit de la concurrence*

Jean-Louis FOURGOUX | *Avocat à la cour, Cabinet Fourgoux et associés*

Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

Avec la participation de

Daniele CALISTI | *Unité Private Enforcement, DG Concurrence*

Béatrice CHARLIER-BONATTI | *Présidente de chambre, Tribunal de commerce de Paris*

Bruno DEFFAINS | *Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2) | Directeur, Laboratoire
d'économie du droit | Président, European Association of Law and Economics*

Jacques DERENNE | *Avocat associé, Barreaux de Bruxelles et Paris, Hogan Lovells
International LLP*

Charles MÉTEAUT | *Avocat, Cabinet Redlink | Vice-président, AFEC jeunes*

Avec le soutien financier de la Mission de
recherche Droit et Justice



Table des matières

Sommaire	3
Table des abréviations	4
Introduction	5
Première Partie - Analyse critique de la réparation des dommages concurrentiels	16
Chapitre I – Présentation générale de la réparation des dommages concurrentiels en droit positif	17
Section 1 - Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : un contentieux méconnu dans son importance et dans sa réalité	18
§1. Le contentieux privé complémentaire des pratiques anticoncurrentielles	25
A. La relative rareté du contentieux complémentaire	26
B. Le succès limité du contentieux complémentaire	29
§2. Le contentieux privé autonome des pratiques anticoncurrentielles	34
A. L'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles dans des litiges contractuels	36
B. L'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles en l'absence de tout lien contractuel entre les parties à l'instance	39
Section 2 – Le contentieux privé des pratiques restrictives de concurrence : un contentieux ciblé et « concurrencé » par la mise en œuvre publique	43
§1. Diversité des prohibitions	43
§2. Diversité des sanctions	50
Chapitre II – Identification des difficultés attachées à la réparation des dommages concurrentiels	63
Section 1 – Les difficultés communes à l'ensemble du contentieux privé des dommages concurrentiels	64
§1. Les obstacles à la mise en œuvre du droit de la concurrence	64
A. La prescription	64
B. La reconnaissance du droit d'invoquer en justice le droit de la concurrence	66
§2. Les freins à l'utilisation du droit de la concurrence	74
A. Les freins matériels à l'exercice d'une action sur le fondement du droit de la concurrence	75
B. Les freins probatoires aux prétentions fondées sur le droit de la concurrence	77
1. Les difficultés probatoires dans le cas du contentieux autonome	78
a. Les dispositifs de droit commun prévus par le Code de procédure civile	79
b. L'usage limité des mécanismes spécifiques au droit de la concurrence	81
2. Les difficultés probatoires dans le cas du contentieux complémentaire	83
a. L'avantage probatoire variable résultant de la procédure engagée devant une autorité publique	84
b. Les difficultés d'accès et d'utilisation des preuves liées à la mise en œuvre publique du droit de la concurrence	89
Section 2 – Les difficultés spécifiques à un mode de réparation des dommages concurrentiels	94
§1. Les difficultés spécifiques aux mesures d'urgence	94
§2. Les difficultés spécifiques à la nullité	97
A. La difficulté conceptuelle attachée à l'usage de la nullité en droit de la concurrence	97
B. Les difficultés liées à l'étendue de la nullité	98

C. Les difficultés attachées à la rétroactivité de la nullité et aux restitutions en valeur	101
§3. Les difficultés spécifiques à l'indemnisation.....	102
A. L'identification du dommage réparable.....	103
1. Les exigences relatives au dommage subi par la victime.....	103
2. L'obstacle tenant aux moyens de défense susceptibles d'être invoqués par celui dont la responsabilité est recherchée.....	107
B. L'évaluation des dommages-intérêts alloués au titre de la réparation.....	110
1. Les difficultés liées au principe de réparation intégrale.....	111
2. Les difficultés attachées à l'office du juge.....	114
C. La détermination des personnes responsables et la répartition de la dette de réparation entre coresponsables.....	116
1. Difficultés tenant à la désignation des personnes civilement responsables.....	118
2. Difficultés tenant à la répartition de la dette de réparation.....	120

Seconde Partie – Orientations normatives de la réparation des dommages concurrentiels..... 123

Chapitre Préliminaire – Pour une approche unitaire cohérente de la réparation des dommages concurrentiels..... 125

Section 1 – La réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles sous la contrainte et sous l'influence du droit de l'Union européenne..... 126

§1. Les sources contraignantes en matière de réparation des dommages concurrentiels 126

§2. Vers une évolution du droit français des pratiques anticoncurrentielles au-delà de la directive..... 129

 A. Le dépassement probable du champ d'application de la directive..... 129

 B. Le dépassement opportun du contenu de la directive..... 131

Section 2 – L'évolution de la réparation des dommages concurrentiels par delà le droit des pratiques anticoncurrentielles..... 133

Section 3 – La réparation des dommages concurrentiels comme condition d'efficacité économique de la responsabilité civile..... 134

§1. Une approche économique de la responsabilité civile..... 134

§2. La prise en compte des actions collectives dans l'analyse économique..... 138

Chapitre I – Accroître l'effectivité de la réparation des dommages concurrentiels.... 142

Section 1 – Mieux gérer le temps dans la réparation des dommages concurrentiels..... 143

§1. Modification des règles relatives à la prescription : vers un allongement du délai pour agir en réparation des dommages concurrentiels..... 143

§2. Développement des procédures de résolution conventionnelle des litiges..... 146

§3. Moyens de remédier à la longueur des procédures de réparation des dommages concurrentiels..... 149

 A. Réduire la durée des procédures de réparation des dommages concurrentiels..... 149

 B. Anticiper la réparation à intervenir par une mesure provisoire d'urgence..... 151

Section 2 – Etendre les possibilités de mise en œuvre de la réparation des dommages concurrentiels..... 153

§1. Perfectionner le dispositif de l'action de groupe en vue d'une meilleure adaptation à la réparation des dommages concurrentiels..... 153

 A. L'extension du domaine de l'action de groupe..... 154

 B. Les moyens à reconsidérer de l'action de groupe..... 154

 C. Résoudre des difficultés éludées dans le dispositif actuel..... 157

§2. Renforcer les dispositifs de défense d'un intérêt collectif ou de l'intérêt général 158

A. Développer les prérogatives des groupements de défense d'un intérêt collectif	158
B. Améliorer le cadre des initiatives conduites dans l'intérêt général.....	160
Section 3 – Encourager la mise en œuvre des actions en réparation des dommages concurrentiels.....	163
§1. Lever les freins spécifiques à la nullité et à ses « diminutifs »	163
§2. Réduire les freins liés au coût et au financement des actions	165
§3. Remédier à des difficultés afférentes à la juridiction saisie.	166
Section 4 – Amoindrir les obstacles d'ordre probatoire à la réparation des dommages concurrentiels.....	171
§1. Le régime spécifique applicable aux preuves détenues par les autorités de concurrence	171
A. L'accès aux preuves contenues dans les dossiers des autorités de concurrence	172
B. L'utilisation de preuves issues du dossier de l'Autorité de concurrence	174
§2. La communication et la production de preuves dans le contentieux autonome de la réparation des dommages concurrentiels	176
A. L'aménagement nécessaire des règles relatives à l'accès aux preuves.....	176
B. L'admission éventuelle de tempéraments au principe de loyauté de la preuve ou du contradictoire	180

Chapitre II – Renforcer l'efficacité de la réparation des dommages concurrentiels .. 183

Section 1 – Faciliter la démonstration des conditions de la réparation des dommages concurrentiels.....	184
§1. Les mesures facilitant la démonstration de la violation d'une règle de concurrence	184
A. L'allègement du fardeau probatoire en présence d'une décision de condamnation rendue par une autorité de concurrence	185
B. L'accompagnement du fardeau probatoire en l'absence de décision de condamnation rendue par une autorité de concurrence	187
§2. Les mesures facilitant la démonstration du dommage réparable	189
A. Alléger le fardeau probatoire de la victime à l'aide de présomptions.....	190
B. Assouplir la mise en œuvre des exigences relatives au dommage réparable	195
Section 2 – Améliorer le résultat de l'action en réparation des dommages concurrentiels	198
§1. L'étendue de la réparation des dommages concurrentiels	198
A. L'atténuation des difficultés d'évaluation en vue d'une réparation intégrale des préjudices concurrentiels	199
1. Les exigences renforcées quant à l'office du juge	200
2. L'aide apportée au juge dans sa mission d'évaluation	203
a. L'appui expertal dans la mission d'évaluation	203
b. Support méthodologique non contraignant.....	206
B. Le dépassement des difficultés d'évaluation attachées au principe de réparation intégrale	213
1. L'introduction de dommages et intérêts punitifs et/ou restitutoires en droit de la concurrence	214
2. L'admission de l'indemnisation forfaitaire au titre des préjudices concurrentiel	222
3. Le développement de substituts à l'indemnisation des préjudices concurrentiels de consommation	224
§2. La charge de la réparation des dommages concurrentiels.....	225
A. L'indemnisation en cas de pluralité de responsables	225
1. La règle générale de la solidarité entre les coauteurs	225

2. Les tempéraments apportés à la règle générale de solidarité	230
B. La conciliation à trouver entre entreprises ayant enfreint le droit de la concurrence et personnes civilement responsables.....	230

Bibliographie.....	238
Annexe 1 - Valorisation.....	273
Annexe 2 – Actes du colloque « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir ».....	276
Table des matières.....	278

« Regards juridiques et économiques sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels »

Résumé

Sous la responsabilité scientifique de Muriel CHAGNY,
Directeur du laboratoire DANTE (Droit des affaires et nouvelles technologies)
de l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

La recherche consacrée aux « regards juridiques et économiques sur la réparation privée et publique des dommages concurrentiels » vise, d'un point de vue concret, à prendre la mesure de la place occupée par la réparation privée, en apparence fortement concurrencée en droit français par les mécanismes de mise en œuvre publique, ainsi qu'à identifier les difficultés d'ordre juridique et/ou pratique rencontrées dans la mise en œuvre privée des règles de concurrence.

L'étude a ainsi nécessité la collecte et l'analyse de décisions françaises se rapportant à la réparation des dommages concurrentiels dans la conception étendue qui en a été retenue, à savoir couvrant, non seulement l'indemnisation, mais aussi les mesures de cessation et la nullité. Quant aux règles concernées, le droit de la concurrence est envisagé dans toute sa diversité, conformément à la conception française en la matière, mais en accordant une importance prépondérante au droit des pratiques anticoncurrentielles au regard des enjeux et problèmes qu'il soulève. En l'absence de publication systématique, plusieurs modes de collecte des données ont été combinés, sans pour autant pouvoir prétendre à l'exhaustivité. Aussi est-ce une analyse qualitative qui a été privilégiée à l'effet de faire apparaître des tendances et d'identifier les principales difficultés de nature à empêcher ou limiter les possibilités pour les victimes de dommages concurrentiels de demander et d'obtenir réparation à ce titre.

Mais l'étude s'attache également, en dépassant la seule analyse du droit positif à faire œuvre de proposition, qu'il s'agisse d'explorer les voies de la transposition à venir de la Directive

ou, au-delà de suggérer des pistes d'évolution du droit ou d'adaptation de la pratique judiciaire. Ce faisant, elle s'inscrit aussi dans une perspective plus fondamentale tenant à des considérations liées à l'attractivité du droit et du système judiciaire français et conviant à s'interroger sur les relations entre les disciplines juridiques et sur les apports réciproques possibles.

Outre qu'elle se situe au carrefour de plusieurs disciplines juridiques, la réparation privée des dommages concurrentiels ne se déroule pas toujours dans un cadre franco-français, de sorte qu'elle est propice à la compétition des systèmes de droit étrangers ; elle se prête par ailleurs particulièrement bien dans la coexistence (la compétition?) qu'elle entretient avec la mise en œuvre publique des règles à une approche d'analyse économique du droit. Aussi l'étude a-t-elle été effectuée dans une optique pluridisciplinaire, au carrefour du droit de la concurrence, du droit commun des contrats et de la responsabilité civile ainsi que de la procédure civile, et en intégrant à la réflexion, outre un éclairage de droit comparé, les apports de l'analyse économique du droit.

Dès lors, les préconisations formulées dans l'approche normative, succédant et prenant appui sur l'analyse critique préalablement conduite à partir du droit positif, concernent, au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit de la concurrence dans son ensemble et pourraient même, pour certaines d'entre elles, s'appliquer plus largement à la réparation des dommages économiques et rejaillir sur le droit de la responsabilité civile et sur le droit de la procédure civile.

