



LA RÉPARATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 12 JUIN 2017

PAR MURIEL CHAGNY*

Bien au-delà des remerciements qu'il est d'usage d'adresser aux organisateurs d'une manifestation scientifique, l'invitation de l'association Droit et commerce est de celles que l'on garde longtemps en mémoire².

Cela est d'autant plus vrai lorsqu'elle conduit son destinataire à s'exprimer devant un public affectionné – celui des juges – et en un lieu bien connu. Depuis plusieurs années, le tribunal de commerce de Paris, désormais accompagné par la cour d'appel de Paris, organise les *Entretiens*

de la concurrence dont la quatrième édition, prévue le 26 septembre 2017, est consacrée à « Loyauté, droit de la concurrence et juge de droit commun ».

Cette invitation était d'autant plus attractive que le thème de l'intervention a été librement déterminé. Nul doute que celui de la réparation des dommages concurrentiels constitue un thème particulièrement cher pour qui est convaincu, de longue date, que le juge judiciaire a un rôle essentiel dans les contentieux de la concurrence et qu'il en est le juge naturel.

Il est néanmoins permis de se demander si un tel sujet n'est pas éculé, à la date du 12 juin 2017, dans la mesure où nombre de publications et bien des conférences lui ont été consacrées dans la période récente³.

* Muriel Chagny est professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, directeur du master de droit de la concurrence et des contrats, et membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

1 - Les opinions exprimées sont propres à l'auteur et ne sauraient engager l'institution à laquelle il appartient. Même si cette communication prononcée, le 12 juin 2017, a été partiellement remaniée pour les besoins de la publication, le style oral a été conservé. Pour davantage de références, v. not. M. Chagny et B. Deffains, *La réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, 2015 ; « Rapport de synthèse », *Le juge et l'entreprise - quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Colloque de la cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, Les Petites affiches 2017 (à paraître), dont les idées exprimées ci-après sont largement inspirées.

2 - Des remerciements doivent être adressés tout particulièrement au Bâtonnier Jean-Marie Leloup et à Daniel Tricot, dont le parrainage a permis mon intégration dans l'association Droit et commerce, aux présidents de cette association, Gachucha Courrégé, et antérieurement Frank Denel, au Bâtonnier Jean Duparc, ainsi qu'à Isabelle Aubard. Doit également être associée à ces remerciements Isabelle Rohart-Messenger qui, avec Claude Lucas de Leysac, m'a confiée, dans le cadre de l'ENM, ma toute première intervention publique sur le thème de la réparation des dommages concurrentiels, déjà à destination des juges consulaires.

3 - T. d'Alès et A. Constans, « L'ordonnance et le décret du 9 mars 2017 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques » ; R. Amaro, « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du code de commerce », *Concurrences*, 2-2017, p. 70 ; S. Carval, « Les actions en dommages et intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles. À propos de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017 », *JCP* 20 mars 2017, 298 ; M. Chagny, *L'Actu-concurrence*, n°11-2017, 13 mars 2017 ; E. Claudel, « Transposition de la directive du 26 novembre 2014 sur les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : la porte est grande ouverte aux actions en réparation », *RTDCom* 2-2017 (à paraître) ; M. Cousin, « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RLC* 1^{er} avr. 2017 ; L. Idot, « Premières vues sur la transposition de la directive 2014/104/UE en France », *Europe* 2017, n°4. Alerte 16.

Colloque « Les actions privées en réparation du dommage concurrentiel : Transposition de la Directive Dommages »,

En réalité, cette conférence était prévue un an plus tôt très exactement, mais les affres de la maladie et de la médecine (qui ne connaît Docteur Jekyll et Mister Hyde ?) en ont décidé autrement, contraignant à reprogrammer celle-ci un an après.

En réalité, il faut y voir une nouvelle confirmation de l'adage populaire selon lequel « à quelque chose malheur est bon ».

L'an dernier, l'intervention préparée, dédiée au droit des pratiques anticoncurrentielles, était quasi-exploratoire, s'apparentant à un exercice de « juris-fiction » dans la mesure où la transposition avait pris du retard et où le seul matériau à disposition résultait des travaux élaborés par le groupe mis en place par la Direction des affaires civiles et du Sceau dans la perspective de la transposition de la Directive n°2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles (ci-après la Directive).

Au contraire, le mois de mars de cette année a fait souffler un vent nouveau sur la réparation : à la publication au Journal officiel du 10 mars 2017 des textes de transposition de la directive⁴, s'est ajoutée, le 13 mars, celle du projet de réforme du droit commun de la responsabilité civile⁵.

Même lieu, même intitulé, quasiment même date, à un an d'intervalle. Rien ne change à première vue. Pourtant, tout a changé en vérité, au point d'ailleurs que l'intervention préparée l'an dernier ne pouvait que finir à la poubelle, sous peine d'être datée, voire franchement obsolète.

Plutôt qu'une nième contribution entièrement consacrée à la transposition de la directive sur la réparation au titre des pratiques anticoncurrentielles, le choix a été fait, non seulement d'envisager le droit de la concurrence dans toute

son étendue en y intégrant le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la concurrence déloyale, mais aussi de porter la réflexion, au-delà des dommages concurrentiels, sur les dommages économiques.

De surcroît, ce propos n'entend pas uniquement procéder à une analyse du nouveau droit issu de la transposition de la directive ; il se place également et surtout dans une optique prospective.

Il s'agit donc, en premier lieu, de se demander dans quelle mesure les solutions nouvelles applicables aux pratiques anticoncurrentielles pourraient irriguer le droit de la concurrence dans son ensemble, en lançant un appel à la cohérence, en faveur d'une approche unificatrice de la réparation des dommages concurrentiels malgré la réforme récemment intervenue du droit spécial (I). En second lieu, il est encore possible, à l'approche de la réforme du droit commun de la responsabilité civile, d'examiner si la réparation des dommages concurrentiels pourrait inspirer le régime des dommages économiques pour davantage d'efficacité (II).

I - L'appel à la cohérence : Pour une approche unificatrice de la réparation des dommages concurrentiels malgré la réforme du droit spécial des pratiques anticoncurrentielles

Au regard des choix effectués lors de la transposition de la directive en droit français, on peut se féliciter que les nouvelles dispositions concernent le droit interne sans distinguer selon qu'il s'applique en parallèle au droit de l'Union européenne ou isolément⁶. Il est en revanche permis de regretter que les rédacteurs des textes, tout en prenant soin d'étendre la transposition, au-delà des ententes et abus de position dominante, aux pratiques anticoncurrentielles spécifiquement françaises⁷, se soient

colloque organisé par la cour d'appel de Paris et la revue Concurrences, le 10 mars 2017, site Concurrences. V. aussi le colloque coorganisé par le MEDEF et le Cercle Montesquieu, le 10 mai 2017 (non publié).

4 - Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques ; Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n° 00059 du 10 mars 2017.

5 - Après diffusion, le 29 avril 2016, d'un avant-projet de loi ayant donné lieu à une consultation publique d'avril à juillet 2016, le Garde des Sceaux a présenté, le 13 mars 2017, le projet de réforme de la responsabilité civile dans une version modifiée à la suite de cette consultation.

6 - La directive prévoyait quant à elle son application aux actions exercées en cas de violation du droit national uniquement lorsqu'il est mis en œuvre en parallèle au droit de l'Union européenne.

7 - Il s'agit de l'interdiction de l'abus de dépendance économique et de celle des prix abusivement bas, ainsi que des articles L. 420- 2-1 et L. 420-2-2, concernant respectivement, beaucoup plus spécifiquement, pour l'un, les droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises en outre-mer, pour l'autre, les pratiques relatives au transport de personnes...

en quelque sorte arrêtés au milieu du gué : ils ont laissé de côté droit des pratiques restrictives de concurrence et concurrence déloyale alors que ces règles peuvent être invoquées concurrentiellement au droit des pratiques anticoncurrentielles au cours d'une même instance et à propos d'un même comportement.

Certes, un élargissement du champ d'application de la directive est sans objet pour certaines mesures qui, telle la présomption irréfragable attachée aux décisions définitives de condamnation de l'autorité de la concurrence, sont cantonnées par nature au droit des pratiques anticoncurrentielles⁸. Il en va bien autrement pour nombre de dispositions nouvelles qui gagneraient à être appliquées au-delà des seules pratiques anticoncurrentielles.

Si l'on pourrait douter, à première vue, de l'opportunité d'en appeler à la réforme alors que l'encre de la précédente est à peine sèche, il reste que l'approche unificatrice du droit de la concurrence ici prônée nécessite, du moins en partie, une modification des textes eux-mêmes. Cette réforme pourrait avoir lieu dans le cadre d'une refonte intégrale du droit de la concurrence faisant, à l'instar de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mais plus de trente ans après, table rase du passé pour reconstruire, par voie d'ordonnance, la matière (B). Toutefois, et même si l'on s'active en ce sens⁹, il convient, de façon plus réaliste, d'en appeler, autant que cela est possible, au juge en vue d'une mise en œuvre cohérente de la réparation des dommages concurrentiels (A).

A - L'appel au juge pour une cohérence améliorée de la réparation des dommages concurrentiels

Le juge est bel et bien en mesure de contribuer, à droit constant, à une meilleure cohérence dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, aussi bien par la pratique qui est la sienne que par sa jurisprudence.

S'agissant, pour commencer, de la démonstration à effectuer par le demandeur en réparation, les mécanismes de coopération existants

susceptibles d'être utilisés par le juge judiciaire, qu'ils concernent l'Autorité de la concurrence ou la Commission d'examen des pratiques commerciales, sont fort peu utilisés par le juge judiciaire et pourraient être davantage exploités. Par ailleurs, à côté des procédures d'avis actuellement prévues, pourrait être développé le recours à *l'amicus curiae* afin de permettre, de façon plus souple et plus rapide, au juge estimant avoir besoin d'un éclairage, de solliciter l'audition d'un sachant pouvant être, selon les cas, une personne rattachée au service juridique ou au service économique de l'Autorité, ou bien encore un membre du Bureau de la CEPC.

Par ailleurs, et en dehors de toute affaire spécifique, le dialogue existant entre les différents organes en charge du droit de la concurrence (juridictions de première instance, cour d'appel, Autorité de la concurrence, DGCCRF et CEPC), qui repose actuellement sur des initiatives et contacts personnels, gagnerait à être « institutionnalisé ». Pourrait être retenu le principe d'un échange de vues, selon une périodicité régulière, sur des thématiques d'actualité. Ce dialogue devrait également être renforcé au sein même de l'institution judiciaire, qu'il s'agisse de mettre en place un système de collecte et de diffusion des décisions ou bien encore de favoriser les échanges entre juridictions, à l'instar de l'initiative prise par la cour d'appel de Paris, dans le domaine de la rupture brutale, qui gagnerait à être étendue.

Le juge a plus encore un rôle à jouer en ce qui concerne les mesures destinées à faciliter la démonstration du dommage réparable.

À la suite de la directive, le droit français des pratiques anticoncurrentielles a désormais recours aux présomptions permettant d'alléger la tâche probatoire des victimes dans deux hypothèses spécifiques.

Le premier cas, prévu à l'article L. 481-7 C. com., se rattache au type d'infraction commise et plus précisément aux ententes entre concurrents, les cartels pour lesquels une présomption simple d'existence du préjudice est dorénavant consacrée.

En la matière, la Cour de cassation paraît bien avoir admis une application anticipée de cette mesure, ce qui est parfaitement possible à chaque fois que l'anticipation jurisprudentielle n'est pas contraire à la loi ancienne encore ap-

8 - Pour une évocation des difficultés auxquelles cette mesure peut donner lieu, v. not. M. Chagny, « Responsabilité concurrentielle et civile de l'entreprise », CCC juillet-Août 2017, à paraître.

9 - V. notamment à ce propos les travaux entrepris au sein du Club des juristes, sous la présidence de G. Canivet et F. Jenny ; ainsi que la réflexion initiée par l'Association française d'étude de la concurrence, sous la responsabilité de M.-C. Mitchell, M. Ponsard et M. Chagny.

plicable aux faits examinés¹⁰. Dans l'affaire JCB Services, la chambre commerciale écarte un moyen reprochant aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé « le lien de cause à effet entre le dommage invoqué et les faits imputés à chacune des entités » au motif notamment que, selon l'arrêt d'appel, « les pratiques anticoncurrentielles dénoncées par la société (victime) (...) ont nécessairement causé un trouble commercial »¹¹.

En retrait sur ce point par rapport à l'avant-projet¹², l'ordonnance de transposition a finalement renoncé à conférer à cette présomption une portée plus large s'étendant, au-delà des cartels, à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles. Le courant jurisprudentiel ayant antérieurement admis, dans certains cas d'abus¹³, une présomption d'existence du dommage inspirée de la solution prétorienne ayant cours en matière de concurrence déloyal, a-t-il vécu ? Il reviendra aux juridictions appelées à statuer de se prononcer. Il est permis de penser, à ce propos, que la directive n'impose nullement aux droits nationaux de limiter la présomption aux seules ententes entre concurrents.

En tout état de cause, la cohérence est mise à mal par la coexistence, au sein du droit de la concurrence, de deux présomptions d'existence du dommage qui sont de nature différente : l'une est simple, dans le cas des cartels, tandis que l'autre, développée par la jurisprudence, pour la concurrence déloyale, paraît ne pas souffrir la preuve contraire¹⁴. Aussi en appelle-t-on à une uniformisation, à l'initiative de la Cour de cassation qui pourrait faire évoluer sa juris-

prudence et calquer le régime de la présomption prétorienne sur celui issu de la directive.

Quant aux autres présomptions récemment introduites dans le code de commerce, elles concernent le cas particulier de la répercussion des dommages.

S'agissant du moyen de défense tenant à la répercussion du dommage sur des cocontractants subséquents le long de la chaîne économique, l'article L. 481-4 du code de commerce prévoit que cette répercussion est réputée n'avoir pas eu lieu, sauf à l'auteur de la pratique anticoncurrentielle d'en rapporter la preuve. Il brise, ce faisant, la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵, de sorte que l'on pourrait souhaiter une application par anticipation de la nouvelle solution, bien davantage respectueuse à notre sens de l'exigence d'effectivité. Par ailleurs, l'article L. 481-5 s'attache, en son alinéa 2, à faciliter l'administration de la preuve par l'acheteur indirect au moyen d'une présomption légale opérant un déplacement de l'objet de la preuve. Celui-ci est « réputé avoir apporté la preuve de cette répercussion » lorsqu'il apporte la démonstration d'un certain nombre d'éléments plus simples à établir.

Or la possibilité de répercuter des dommages, 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 concevoir que des difficultés similaires puissent survenir à propos d'une pratique commise en violation de la règle relative au déséquilibre significatif¹⁶. 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 en recherchant la responsabilité du maître de l'ouvrage lui-même. En sens inverse, l'auteur de la pratique restrictive, faisant l'objet d'une action judiciaire initiée par son cocontractant, pourrait faire valoir, à titre de moyen de défense, que ce dernier a répercuté son dommage sur le sous-traitant. Les solutions désormais prévues pour les pratiques anticoncurrentielles pourraient utilement inspirer le raisonnement à suivre au-delà de ces seules dispositions.

Parallèlement à ces dispositifs ciblés d'allègement du fardeau probatoire issu de la directive, l'impératif d'effectivité du droit de

10 - S'agissant de l'application dans le temps des textes de transposition, très schématiquement, les dispositions de procédure sont « applicables aux instances introduites devant les juridictions administratives et judiciaires à compter du 26 décembre 2014 », délai ultime de transposition. Quant aux nouvelles règles de fond, elles sont applicables aux faits générateurs de responsabilité survenus à compter de la date d'entrée en vigueur, soit le 11 mars 2017, tandis que les faits antérieurs demeurent soumis à la loi ancienne.

11 - Cass. com., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-24.854, JCB Services et a. c/ Central Parks.

12 - L'avant-projet d'ordonnance faisait le choix d'étendre la présomption simple d'existence d'un préjudice à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles : Projet d'art C. com, art. L. 466-3.

13 - V. not. T. Com. Paris, 15e chambre, 30 mars 2015, DKT c. Eco emballages et Valorplast, RG n° 2012000109 ; T. Com Paris, 6e ch., 30 mars 2011, Numéricable et a. c/ France Telecom, RG 2009073089.

14 - La règle prétorienne semble dénier, par sa formulation actuelle (il s'infère nécessairement), toute possibilité de preuve contraire.

15 - Cass. com., 15 mai 2012, n°11-18.495.

16 - Art. L. 442-6-I-2° C. com.

l'Union européenne requiert plus largement que les exigences relatives aux caractères du dommage et au lien de causalité fassent l'objet d'une application plus souple¹⁷. Cela ne signifie évidemment pas pour autant qu'il faut abandonner toute rigueur en la matière, spécialement lorsqu'il existe, comme dans le cas de la rupture brutale ou encore d'une désorganisation, un risque de confusion entre fait générateur et dommage.

Aussi volontariste que puisse être l'action amplifiante et unificatrice de la part des juridictions, on ne saurait faire l'économie d'une réforme de certains textes qui, disons-le sans fard, gagnerait à intervenir par voie d'ordonnance.

B - L'appel à une ordonnance pour une cohérence renforcée de la réparation des dommages concurrentiels

S'agissant, tout d'abord, de mesures destinées à étendre les possibilités d'agir, l'élargissement des titulaires de l'action en réparation constitue un impératif majeur lorsque nombre de victimes directes s'abstiennent d'agir, soit à raison de la faiblesse de l'enjeu individuel du litige, soit par crainte de représailles commerciales. Cette question a pourtant été laissée de côté par l'ordonnance du 9 mars 2017. S'il est vrai que la loi Hamon du 17 mars 2014 a introduit l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles¹⁸, il est permis de souhaiter voir son domaine étendu au droit de la concurrence dans son ensemble et son bénéfice élargi aux entreprises.

Corrélativement, on pourrait envisager la réécriture de l'article L. 442-6-III C. com. prévoyant assez curieusement qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence, « *la réparation des préjudices causés peut être demandée* » par le ministre de l'Économie ou le ministère public. Il serait sans doute préférable de laisser le soin à la victime directe, *via* une action individuelle ou un recours collectif, de demander réparation du préjudice par elle subi et de can-

tonner la possibilité pour le ministre de demander réparation du préjudice dans l'intérêt général.

La nouvelle règle relative au point de départ du délai de prescription destinée, dans le droit fil de la directive, à allonger la période au cours de laquelle l'action est susceptible d'être exercée, pourrait présenter une utilité au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles.

Si le nouvel article L. 482-1 du code de commerce n'est pas sans rappeler l'article 2224 du code civil, il va cependant au-delà : il prévoit que la prescription ne commence à courir que lorsque « *le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative* » les agissements litigieux et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle, le dommage qui lui est causé ainsi que l'identité de l'un des auteurs de cette pratique ; il ajoute encore que « *la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé* ».

Lorsque l'on s'intéresse, ensuite, aux dispositions destinées à réduire les difficultés d'ordre probatoire, l'attention se porte, quant au régime général de production et de communication des preuves prévu à l'article L. 483-1, sur la possibilité de demander non seulement des pièces, mais aussi des catégories de pièces. Cela a suscité des inquiétudes, que les précisions apportées par l'article R. 483-1 – aux termes duquel « *la catégorie de pièces (...) est identifiée, de manière aussi précise et étroite que possible par référence à des caractéristiques communes et pertinentes de ses éléments constitutifs* » – ne suffiront peut-être pas à apaiser.

Malgré tout, et dans la mesure où la preuve est, pour reprendre une expression de Madame Chantal Arens, « *la clef qui permet d'ouvrir la porte de la réparation* »¹⁹, il semble opportun d'étendre ces dispositions à l'ensemble des actions fondées sur des règles de concurrence quelles qu'elles soient. Si on ne le fait pas, grand est le risque d'instrumentalisation de ces règles par les plaideurs qui peuvent être tentés d'invoquer artificiellement une pratique anticoncurrentielle pour bénéficier de dispositions plus favorables.

Sans entrer ici dans le détail, il est permis de se féliciter qu'il soit pris soin du secret des affaires devant le juge, pour regretter immédiatement après les solutions aména-

17 - V. à ce propos, M. Chagny et B. Deffains, *op. cit.*, n°319 et s. et le considérant 11 de la directive, soulignant la 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 l'impératif d'effectivité.

18 - M. Chagny et V. Pironon, « Les recours collectifs en droit du marché », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, 2014, Lextenso, p. 205 et s.

19 - C. Arens, « Discours d'ouverture », in *Le juge et l'entreprise – quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Les petites affiches 2017, à paraître.

gées soient cantonnées, cette fois encore, au seul droit des pratiques anticoncurrentielles, là où elles auraient vocation à s'appliquer plus largement.

Le dispositif propre aux dossiers des autorités de concurrence n'est pas étudié ici, sauf à observer succinctement que la situation des victimes connaît un léger progrès par rapport au droit français antérieur, mais est en net recul par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice²⁰.

Il importe en revanche d'engager une réflexion sur le principe de loyauté de la preuve, bien que cette question n'ait été abordée ni par la directive, ni par les textes de transposition. Consacré de la façon la plus nette qui soit par l'Assemblée plénière²¹, celui-ci apparaît éprouvé par l'exigence d'effectivité chère au droit de l'Union européenne²², lorsque des moyens de preuve contraires à ce principe, tels des enregistrements réalisés à l'insu du correspondant, seraient le seul moyen, pour la victime de pratiques anticoncurrentielles d'en établir la réalité. S'il est vrai que seul le droit des pratiques anticoncurrentielles est directement concerné par cette évolution sous influence européenne, il est permis de penser, pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment à propos de l'accès aux preuves, que la question mérite d'être examinée de façon plus globale, pour le droit de la concurrence dans son ensemble.

Faudrait-il alors, comme cela a pu être suggéré, admettre qu'il soit dérogé à l'article 503 du code de procédure civile²³, afin de préserver l'effet de surprise des mesures d'instruction *in futurum* et, dans cette perspective, 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 » dans un premier temps²⁴? Ce serait, ce faisant,

se rapprocher du régime nouvellement institué par la loi Hamon du 17 mars 2014 au bénéfice des enquêteurs de la DGCCRF²⁵. Nul doute que cette proposition, que l'on doit à maître Carole Duparc, n'est pas de celle qui recueille l'unanimité.

Il convient enfin de s'arrêter sur une difficulté sérieuse tenant à la désignation du responsable²⁶ et qui provient de ce que le droit des pratiques anticoncurrentielles raisonne à partir de l'entreprise, notion économique propre, tandis que le droit de la responsabilité civile connaît, de son côté, des personnes juridiques. En la matière, le Rubicon a bel et bien été franchi puisque le responsable sur le plan civil est désigné par le nouvel article L. 481-1 C. com. comme « toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 ».

De sérieux, le problème devient épineux lorsque le fait générateur de responsabilité est irréfragablement présumé à partir de décisions de l'Autorité de la concurrence, notamment dans le cas des groupes de sociétés, lorsqu'une société mère est condamnée à raison des agissements de sa filiale, sur le fondement d'une présomption d'imputabilité attachée à la détention du capital social²⁷. En ce cas, force est de constater que l'identification d'une faute civile est délicate, pour ne pas dire impossible.

Un examen plus attentif de l'article L. 481-1 conduit à constater que ce texte, s'il évoque bien « la commission d'une pratique anticoncurrentielle », à raison de laquelle toute personne formant l'entreprise voit sa responsabilité civile engagée, pourrait, tel qu'il est rédigé, appréhender tout aussi bien les hypothèses dans lesquelles la pratique anticoncurrentielle est le fait personnel fautif de la personne mise en cause et celles dans lesquelles il s'agit du fait fautif d'une autre personne formant avec elle l'entreprise. Cette rédaction astucieuse, qui n'est peut-être pas le fait du hasard, pourrait avoir subrepticement consacré une forme de responsabilité du fait d'autrui.

Aussi sérieuse qu'elle soit, cette difficulté apparaît de prime abord restreinte au droit des pratiques anticoncurrentielles. Mais cette pre-

20 - Pour une présentation des nouvelles règles, v. M. Chagny, L'Actu-concurrence, préc.

21 - Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14316.

22 - TPI 8 septembre 2016, T-54/14, not. pts 73 et 85. V. ultérieurement, Aut. Conc. n° 16-D-21 du 6 octobre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des titres-restaaurant.

23 - L'article 503 alinéa 1 CPC 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 ».

24 - C. Duparc, « L'accès aux preuves : une législation inadaptée », in *Le juge et l'entreprise - quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Les petites affiches 2017, à paraître.

25 - Art. L. 450-3-2 C. com.

26 - Pour un développement de ces difficultés, v. M. Chagny, « Responsabilité concurrentielle et civile de l'entreprise », CCC 2017, à paraître.

27 - V. CJUE, 8 mai 2013, ENI, n° C-508/11 ; 20 janvier 2011, *General Química SA.*, C-90/09 P.

mière impression se dissipe à la lecture d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 5 juillet 2016, en droit des pratiques restrictives de concurrence²⁸. Dans son pourvoi, un franchiseur condamné à réparer le préjudice causé par une rupture brutale, à raison des relations nouées par les filiales et les franchisés avec le fournisseur évincé, faisait valoir qu'« une relation commerciale établie s'entend d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties »²⁹. Pourtant, le moyen est écarté par la chambre commerciale au motif que « les filiales et les franchisés n'avaient disposé d'aucune autonomie dans la décision de nouer des relations commerciales avec (le fournisseur) puis dans celle de les rompre »³⁰. Ce raisonnement n'est pas sans rappeler celui suivi en droit des pratiques anticoncurrentielles, à partir du contrôle de droit, s'agissant des filiales, et du contrôle de fait, dans le cas des franchisés. Il pourrait avoir vocation à s'appliquer au-delà de la règle sur la rupture brutale et du contrat de franchise auxquels se rapporte l'arrêt.

En tout état de cause, la solution ainsi consacrée revient à admettre implicitement un cas de responsabilité du fait d'autrui fondé sur le contrôle, qu'il soit de droit ou de fait.

De là à considérer qu'il est souhaitable, voire urgent, de réformer le droit commun de la responsabilité civile, il y a un pas que nous hésitons d'autant moins à franchir que le droit spécial de la concurrence ne saurait être complet et résoudre toutes les difficultés liées à la réparation des dommages concurrentiels. Comme le rappelle le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance, c'est en puisant dans le droit commun que le juge devra résoudre les questions laissées de côté par le droit spécial³¹, quitte à ce que cela soit propice à une meilleure réparation des dommages économiques dans leur ensemble.

28 - Cass. com., 5 juill. 2016, n° 14-27030, Sté Groupe Planet Sushi c/ Blue Ocean Venture, CCC octobre 2016, comm. 213, obs. N. Mathey ; RTDCom. 2016-4, obs. M. Chagny.

29 - Rapp. Cass. com., 7 octobre 2014, n° 13-20.390.

30 - Rapp. Cass. com., 20 mai 2014, n°12-26.705.

31 - Ce rapport indique que le droit commun – de la responsabilité comme de la procédure – « continuera de s'appliquer dès lors qu'aucune règle spéciale issue de la transposition n'y déroge ».

II - La quête d'efficacité : Pour une réforme du droit commun de la responsabilité civile au service de la réparation des dommages économiques

Au moment d'examiner en quoi la réforme envisagée du droit commun de la responsabilité civile est susceptible de permettre une meilleure réparation des dommages concurrentiels et plus largement économiques, le pessimisme semble à première vue de mise : le projet de loi portant réforme de la responsabilité civile paraît ignorer la catégorie des dommages économiques. Reste à savoir s'il y a véritablement lieu d'être pessimiste et, plus encore, à partir du moment où il est encore possible d'interagir sur le projet, s'il n'y aurait pas matière à progrès. C'est dans cette perspective qu'il convient d'envisager successivement le montant (A) et la charge de la réparation des dommages économiques (B).

A - Le montant de la réparation des dommages économiques

La Cour de cassation a consacré, de longue date, le principe de la réparation intégrale, en énonçant par une formule récurrente que « la propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage ». Ce principe est réaffirmé à l'article 1258 du projet de réforme de la responsabilité civile et rejoint la directive du 26 novembre 2014 en son article 3.

Si ce principe est simple et même limpide dans son énoncé, sa mise en œuvre se heurte à des difficultés pratiques d'évaluation telles qu'il importe, tout à la fois, de rechercher les moyens de les atténuer ainsi que les possibilités de les dépasser plus radicalement.

En vue de parvenir à une évaluation plus satisfaisante, deux séries de mesures sont concevables : il s'agit, d'un côté, d'encadrer davantage l'office du juge ; de l'autre, de l'aider dans sa mission d'évaluation.

Si la directive du 26 novembre 2014 requiert que les juridictions soient habilitées à estimer le montant du préjudice en matière de pratiques anticoncurrentielles, un colloque consacré par la cour d'appel de Paris à la réparation du dommage économique a été l'occasion de lancer plus largement un appel au pragmatisme dans l'évaluation. Plusieurs experts intervenant au cours de cette manifestation ont plaidé en ce

sens, en faisant valoir que l'approximation est inhérente à l'exercice³² et qu'il importe de « *partager les effets de l'incertitude* » plutôt que de « *les faire supporter à la victime* »³³.

S'il n'a pas été fait écho à une telle possibilité d'estimation dans les textes de transposition, cette approche pragmatique est en réalité compatible avec le droit commun de la responsabilité civile. Cela est vrai en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation³⁴ et plus encore avec le projet d'article 1258 du code civil aux termes duquel « *la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit* »³⁵.

Qu'il soit également permis de plaider, avec d'autres, en faveur d'un renforcement de la motivation et du contrôle de la Cour de cassation. À l'heure actuelle, il arrive encore que le juge procède à une appréciation globale, tous chefs de préjudice confondus. Cependant, à l'avenir, l'office du juge devrait être davantage contraint si l'on en croit le projet de réforme de la responsabilité civile : tel qu'il est envisagé, l'article 1262 impose, en son alinéa 4, une évaluation distincte de chacun des chefs de préjudice allégués.

Dans l'attente, une évolution en la matière est concevable à droit constant, sous l'impulsion de la Cour de cassation, comme en témoignent d'ores et déjà l'exemple de la rupture brutale ou celui de l'indemnité de cessation de contrat au profit de l'agent commercial.

Une exigence accrue de motivation mise à la charge des juridictions du fond pourrait et même devrait s'accompagner de mesures destinées à aider celles-ci dans leur mission d'évaluation.

Aussi évident que cela puisse paraître, il n'est pas inutile de relayer l'appel parfois lancé par des juges et des experts afin que les dossiers des demandeurs soient mieux documentés en ce qui concerne l'évaluation³⁶.

Sans revenir en détail sur les questions méthodologiques, on peut rappeler, comme le fait le *Guide pratique sur la quantification des préjudices* publié par la Commission, que le pragmatisme est là encore de mise et qu'il convient, en particulier, 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* »³⁷.

Il importe aussi de souligner la nécessité de prendre en compte convenablement le facteur temps au stade de l'évaluation, ce qui est loin d'être toujours le cas³⁸.

Pour ce faire, il convient de bien identifier la durée du dommage et de prendre garde au possible découplage dans le temps entre le moment où le fait générateur se produit et la période pendant laquelle il produit ses effets dommageables sur la victime.

L'ampleur du dommage peut varier dans le temps de sorte qu'il faut préciser à quel moment l'appréhender aux fins de l'évaluation. C'est ce à quoi s'emploie, dans la lignée de la jurisprudence, l'article L. 481-8 du code de commerce dans le cas des dommages concurrentiels et c'est encore ce que devrait faire, de façon plus générale, le futur article 1262 du code civil³⁹. Par ailleurs, l'évaluation chiffrée d'un dommage constant dans sa consistance est dans la dépendance des fluctuations monétaires.

32 - D. Faury, « Identifier les préjudices économiques : quelles difficultés cette démarche pose-t-elle ? » ; O. Peronnet, « Une proposition d'approche méthodologique », in *Le juge et l'entreprise - quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Les petites affiches 2017, à paraître.

33 - M. Nussenbaum, « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice », in *Le juge et l'entreprise - quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Les petites affiches 2017, à paraître.

34 - S. Carval, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste », *Revue Concurrences* n° 2-2014, Art. N° 65206, p. 52 et s., spéc. n° 26.

35 - Souligné par nos soins.

36 - En ce sens, v. C. Arens, préc. V. aussi O. Douvreur, « Le juge et l'indemnisation du préjudice », in *Le juge et l'entreprise - quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Les petites affiches 2017, à paraître.

37 - Guide pratique, Pt 8 et Pt 120.

38 - S. Carval, « Les préjudices économiques réparables : les réponses du droit de la responsabilité civile », in *Le juge et l'entreprise - quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Les petites affiches 2017, à paraître.

39 - « *Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.*

En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

Mérite à ce propos d'être signalé un arrêt intéressant rendu par la cour d'appel de Paris, le 14 décembre 2016⁴⁰ : celui-ci retient l'attention par la pédagogie dont il témoigne, y compris sur le plan terminologique, en distinguant préjudice immédiat, différé et rémanent, mais aussi par le soin apporté à l'actualisation du préjudice.

Un soutien méthodologique est également susceptible d'être octroyé au juge, de façon générale, indépendamment d'une affaire donnée. À cet égard, on ne peut que se féliciter de l'action entreprise, à l'initiative de la première présidente de la cour d'appel de Paris, en vue de développer des fiches méthodologiques pratiques en matière de préjudice économique, ou encore de celle engagée par la compagnie des experts-comptables de justice⁴¹.

Il ne s'agit évidemment pas 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 type de préjudice en s'efforçant de couvrir, au fil du temps et des fiches, les principales hypothèses.

Méritent aussi d'être explorées d'autres voies destinées à dépasser les difficultés d'évaluation en développant des alternatives au principe de réparation intégrale, quitte à poser la question qui fâche : faut-il dépasser le sacro-saint principe de la réparation intégrale ?

Force est de reconnaître que les dommages et intérêts punitifs n'ont pas le vent en poupe, sauf de façon subreptice, par exemple lorsque la Cour de cassation considère qu'en cas de rupture brutale, le montant de l'indemnisation doit être déterminé sans tenir compte de la reconversion anticipée de la victime.

Il est cependant permis de se demander s'ils ne seraient pas préférables à l'amende civile imaginée par le projet de réforme de la responsabilité civile sur le modèle du droit de la concurrence.

Autant le dire tout net, le projet d'article 1266, introduisant en droit commun une amende civile « en cas de faute lourde commise délibérément, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur », paraît être une fausse bonne idée. Ce texte est manifestement inspiré du droit de la concurrence et, plus précisément, de l'article L. 442-6-III du

code de commerce, comme le révèlent les plafonds retenus⁴².

À tout prendre, on suggérerait bien de faire passer purement et simplement aux oubliettes cette disposition en la faisant disparaître du droit commun et, en parallèle, d'introduire dans le droit des pratiques restrictives de concurrence, les critères de fixation de l'amende civile⁴³ qui font cruellement défaut à l'article L. 442-6 du code de commerce dans sa rédaction actuelle.

À tout prendre, on peut préférer des solutions profitant aux victimes elles-mêmes plutôt que, dans le cas de l'amende civile, au Trésor public ou encore à un fonds d'indemnisation, même s'il est en lien avec la nature du dommage subi.

Ainsi les dommages et intérêts restitutoires, tels que les avait imaginés le groupe de réflexion réuni autour du professeur François Terré⁴⁴ pourraient peut-être résoudre ou, à tout le moins, réduire les difficultés quant à l'évaluation du gain manqué⁴⁵.

Il est encore concevable d'admettre une évaluation forfaitaire de l'indemnisation allouée en réparation de certains dommages économiques. Sans méconnaître les dangers d'une telle proposition, on peut estimer qu'elle présente certains attraits, spécialement dans le cas des préjudices économiques de faible montant. Il y est déjà recouru, d'une certaine manière, en droit des pratiques restrictives de concurrence, puisque l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit le versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement au bénéfice du créancier lorsque les sommes dues sont réglées après la date de paiement. L'exemple de la propriété intellectuelle montre au demeurant que cette

40 - Paris ch. 5 4, 14 décembre 2016, Pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc.

41 - O. Perronet, art. préc.

42 - Ce projet de texte dispose à cet égard : « L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise ».

43 - Le projet d'article 1266 prévoit que « cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés ».

44 - Art. 54 du projet Terré.

45 - O. Douvreur, art. préc.

voie peut également être utilisée au-delà des dommages de faible montant⁴⁶.

Il reste que, 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, celle-ci étant pour le moment condamnée systématiquement par la Cour de cassation⁴⁷.

B - La charge de la réparation des dommages économiques

Alors qu'elle était, jusqu'à présent, exclusivement envisagée par la jurisprudence, la charge de la réparation a retenu l'attention, tout à la fois, du droit spécial des pratiques anticoncurrentielles et du projet de réforme de la responsabilité civile.

En la matière, le droit spécial de la concurrence a servi, en quelque sorte, de modèle ou encore de banc d'essai au projet de réforme du droit commun. Alors que la jurisprudence avait consacré le principe de l'obligation *in solidum* des coresponsables⁴⁸, l'article L. 481-9 C. com. prévoit quant à lui que ceux-ci sont tenus solidairement. Il en va de même du projet d'article 1265 qui dispose également que les coresponsables sont solidairement tenus à réparation.

Le changement est notable, mais ne constitue cependant pas un bouleversement dès lors que les effets principaux de l'obligation solidaire et de l'obligation *in solidum* sont identiques.

De même, et s'agissant des rapports entre coresponsables, au stade de la contribution finale à la dette, l'article L. 481-9 C. com. précise les critères à partir desquels déterminer la part contributive de chacun ; il indique que la répartition s'opère « à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage ».

Cette double référence ne surprendra pas le civiliste français, habitué qu'il est à raisonner à partir de la gravité respective des fautes, mais aussi plus récemment en fonction de la participation de chacun à la survenance du

dommage⁴⁹. Elle se retrouve d'ailleurs dans le projet de réforme du droit de la responsabilité civile⁵⁰, un changement ayant opportunément été apporté sur ce point à la rédaction initiale de l'avant-projet qui se référait uniquement à la gravité des fautes.

Il est en revanche permis de se féliciter que le droit commun se démarque nettement de la solution retenue en droit des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine d'application du principe de solidarité.

Dans la lignée de la directive fondant la solidarité sur « un comportement conjoint », l'article L. 481-9 C. com. précise que celle-ci s'applique « lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle »⁵¹.

Il ne fait aucun doute que la solidarité joue entre les membres d'une entente verticale ou horizontale, qui correspond à l'exemple cité par la directive dans l'un de ses considérants⁵² et qui est le comportement collectif par excellence.

Il appartiendra au juge de décider si la solidarité peut jouer aussi pour les autres pratiques anticoncurrentielles même s'il s'agit de comportements unilatéraux. Ainsi un abus de position dominante peut être le fait d'une entreprise constituée de plusieurs personnes juridiques⁵³ qui seraient alors solidairement responsables pour avoir « concouru à la réalisation » de cette pratique anticoncurrentielle.

La question est plus délicate dans l'hypothèse où seraient caractérisées, tout à la fois, des pratiques d'entente et d'abus de position dominante. Faudrait-il considérer que les entreprises ayant pris part à l'entente et celles ayant commis un abus de position dominante seraient tenues

46 - V. Art. L. 615-7 CPI.

47 - Pour un exemple, v. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, n° 94-14.820, Bull. I n° 296.

48 - Cette solution a été retenue par la jurisprudence parce que la solidarité n'est admise qu'en cas de stipulation expresse d'une convention (solidarité conventionnelle) ou, de plein droit, par l'effet d'une disposition de la loi (solidarité légale).

49 - TGI Nanterre, 2^e ch. 10 avril 2014, n° RG 12/13064, affaire du Distilbène, opérant la répartition de la dette entre les laboratoires en fonction de ces deux critères.

50 - V. art. 1265 al. 2 C. civ. tel qu'envisagé par ce projet de réforme : « Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable ». Comp. la rédaction prévue par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, envisageant une contribution « à proportion de la gravité (des) fautes respectives ».

51 - Souligné par nos soins. Comp. art. 11 § 1 de la directive visant « les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint ».

52 - Considérant 37 de la Directive.

53 - On songe au cas déjà évoqué des groupes de sociétés, mais on pourrait également penser à l'hypothèse des contrats d'agence.

solidairement ? Si l'on s'en tient strictement à la lettre du texte, la réponse semble plutôt négative, puisqu'il est exigé que les personnes aient « *concouru à la réalisation d'une pratique anti-concurrentielle* »⁵⁴.

Aussi pourrait-on regretter que le régime spécial introduit dans le code de commerce s'avère moins efficace, du point de vue de l'indemnisation de la victime, que le droit commun de la responsabilité civile.

En cette matière, on raisonne classiquement à partir du caractère unique et indivisible du dommage⁵⁵. C'est dans cette lignée que s'inscrit le projet d'article 1265 lorsqu'il énonce le principe de solidarité à la charge de « *plusieurs personnes (...) responsables d'un même dommage* »⁵⁶.

Appliquer ce raisonnement permettrait, dans l'exemple précédemment évoqué, de retenir la responsabilité solidaire des auteurs de l'entente et de l'abus de position dominante dès lors que ces deux pratiques auraient causé à la victime un seul et même dommage.

Par où l'on voit que l'efficacité n'est pas toujours où on l'attend ... et que l'articulation du droit spécial et du droit commun est une source inépuisable de réflexion, en matière de dommage comme dans bien d'autres ...

54 - Souligné par nos soins.

55 - G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

56 - Souligné par nos soins.