AVERTISSEMENT

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

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

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

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10
Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

Julien LOZE

Le 20 novembre 2019

Les stratégies juridiques de l'entreprise à l'épreuve du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

Discipline : Droit et Science Politique

Spécialité : Droit

Unité de recherche : CDA - Centre de Droit des Affaires

Directeur de thèse : Gérard JAZOTTES, Professeur des universités

JURY

Rapporteurs	Mme Linda ARCELIN, Professeur des universités, Université de La Rochelle M. Arnaud LECOURT Maître de conférences HDR, Université de Pau et des pays de l'Adour
Suffragants	Mme Céline MANGEMATIN, Professeur des universités, Université Toulouse 1 Capitole
Directeur(s) de thèse	M. Gérard JAZOTTES, Professeur des universités, Université Toulouse 1 Capitole

« Les stratégies juridiques de l'entreprise à l'épreuve du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles »

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur. »

À celles et ceux qui vont plus loin

Remerciements

Je tiens à remercier en premier lieu M. le Professeur Gérard Jazottes, qui a su me suggérer un sujet de recherche particulièrement adapté à mes centres d'intérêt (la stratégie et le droit de la concurrence), et qui m'a accompagné tout au long de mes travaux. Mes remerciements vont également à Mme le Professeur Corinne Mascala, mon année en Master 2 DFA ayant confirmé ma volonté d'embrasser à la fois une carrière en tant que praticien et en tant que chercheur. Je souhaite encore remercier la direction du CDA (Mme le Professeur Francine Macorig-Venier et M. le Professeur Arnaud de Bissy), ainsi que l'ADDCDA, qui encouragent l'activité des jeunes chercheurs du centre. Je remercie en outre Mme le Professeur Isabelle Desbarats ainsi que Mme Marie-Pierre Blin-Franchomme, qui m'ont offert l'opportunité d'enseigner dans des conditions idéales.

Je remercie bien évidemment mes amis, par chance trop nombreux pour être tous nommément cités. Mentionnons à ce titre Alexandre Vigneau, Adrien Job-Lai, Marie-Anne Remars, Quentin « Magh » Maghia, Marie Sottas, Léonore Mercier, Simon Laffont, Frédéric Verlhiac, Marina Lo-Wing, Nicolas Serrano, Pierre Benazech, Grégoire Petuaud-Letang, Jean-Damien Cazanave, Jean-Hubert Rougé, et enfin, (« *last but not least* ») *The Lennox Mad House*. Je souhaite encore remercier, de manière plus large, mes amis des clubs d'arts martiaux que je fréquente avec plus ou moins d'assiduité (l'USC Musashi et le Shitodenkan).

Je voudrais enfin adresser mes remerciements les plus sincères à ma famille, sans qui l'aventure, quoique possible, aurait été nettement plus difficile. Je remercie en particulier mes parents et grands-parents (vivants comme, hélas, décédés, biologiques ou non), mon frère et mon parrain. Je remercie enfin ma chère Eiko.

Sommaire

Introduction générale ..... p. 15

Partie 1ère : La maîtrise des nouveaux outils du contentieux privé, l'adaptation de la règle de droit par façonnage normatif ..... p. 53

Titre 1er : L'adaptation des constantes de la responsabilité en vue d'un renforcement de l'action en réparation ..... p. 54

Titre 2nd : L'adaptation du cadre procédural en vue d'un renforcement de l'action en réparation ..... p. 236

Conclusion de la première partie ..... p. 353

Partie 2nde : L'appréhension des risques et opportunités, l'optimisation du contentieux privé ..... p. 359

Titre 1er : La mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles et ses conséquences stratégiques ..... p. 361

Titre 2nd : Le développement du contentieux privé et les stratégies de gestion du risque concurrentiel ..... p. 496

Conclusion de la seconde partie ..... p. 629

Conclusion générale ..... p. 632

Bibliographie ..... p. 645

Index ..... p. 669

Annexe ..... p. 677

Table des matières ..... p. 678

Liste des principales abréviations

ADLC, Autorité de la concurrence.

Aff., affaire.

AJ contrat, l'Actualité juridique : contrat.

AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, l'Actualité juridique : Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution.

AJDA, l'Actualité juridique droit administratif.

BI, Règlement Bruxelles I.

BI bis, Règlement Bruxelles I bis.

BO min. justice, Bulletin officiel du ministère de la Justice.

Bull. civ., Bulletin des arrêts des chambres civiles.

CACT, clause attributive de compétence territoriale.

Cass. / C.cass, Cour de cassation.

C.civ, Code civil.

C.com, Code de commerce.

C.conso, Code de la consommation.

CDC, Cartel Damages Claims.

CE, Commission européenne.

CECA, Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier.

CEDH, Cour européenne des Droits de l'Homme.

CESDH, Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

Ch., chambre.

CJA, Code de justice administrative.

CJCE, Cour de justice des Communautés européennes.

CJUE, Cour de justice de l'Union européenne.

CMF, Code monétaire et financier.

Coll., collection.

Com., chambre commerciale de la Cour de cassation.

Cons. conc., Conseil de la concurrence.

Cons. const., Conseil constitutionnel.

CPC, Code de procédure civile.

CPI, Code de la propriété intellectuelle.

DGCCRF, Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes.

Ed., éditions.

ELTE Law Journal, Eötvös Loránd University Law Journal.

ESSEC, l'École supérieure des sciences économiques et commerciales.

ETI, entreprises de taille intermédiaire.

Fasc., fascicule.

FRAND, Fair, reasonable, and non-discriminatory.

FTC, Federal Trade Commission.

GE, grandes entreprises.

HEC, Hommes et commerce.

JCPE, Juris-Classeur périodique, édition entreprise.

JORF, Journal officiel de la République française.

JOUE, Journal officiel de l'Union européenne.

OPA, offre publique d'achat.

OCDE, Organisation de coopération et de développement économiques.

OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development.

PME, petites et moyennes entreprises.

RCS, registre du commerce et des sociétés.

RJDA, Revue de jurisprudence de droit des affaires.

RTD civ., Revue trimestrielle de droit civil.

RTD com., Revue trimestrielle de droit commercial.

RTD eur., Revue trimestrielle de droit européen.

T. confl., Tribunal des conflits.

TFUE, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

TLFI, Dictionnaire Trésor de la Langue Française.

Trib. UE, Tribunal de l'Union européenne.

TPICE, Tribunal de première instance des Communautés européennes.

TPE, très petites entreprises.

Vol, volume.

Introduction générale

« Le principe de la stratégie consiste à tout connaître, de l'unité au dix-millième »[1],

Miyamoto Musashi, « *Le Traité des Cinq Roues* ».

1. Définition de la notion de stratégie. Selon le domaine auquel elle est appliquée, la notion de stratégie est susceptible d'une pluralité de définitions, toutes recouvrant cependant une même idée générale. Le dictionnaire Trésor de la Langue Française la définit ainsi comme un « ensemble d'actions coordonnées, d'opérations habiles, de manœuvres en vue d'atteindre un but précis », et le Larousse y voit quant à lui l'art de « coordonner des actions, de manœuvrer habilement pour atteindre un but ».

2. D'origine militaire, les mêmes dictionnaires la définissent comme l'art « d'organiser et de conduire un ensemble d'opérations militaires prévisionnelles et de coordonner l'action des forces armées sur le théâtre des opérations jusqu'au moment où elles sont en contact avec l'ennemi » (Trésor de la Langue Française), ou encore celui « de coordonner l'action de forces militaires, politiques, économiques et morales impliquées dans la conduite d'une guerre ou la préparation de la défense d'une nation ou d'une coalition » (Larousse)[2]. Cette dernière définition retiendra tout particulièrement notre attention, en ce qu'elle envisage la stratégie comme une notion duale : il peut s'agir aussi bien de planifier l'attaque que la défense. M. le Professeur Champaud propose quant à lui de définir la stratégie comme « l'art de se donner l'avantage dans une confrontation », et appelle à la distinguer de la tactique. Ainsi, la stratégie désigne une approche « essentiellement prospective et avant tout prévisionnelle » du conflit, alors que « la tactique est au contraire l'art de maîtriser, sur le terrain et de façon purement circonstancielle, le rapport de force qui s'est établi, que celui-ci procède d'une stratégie ou d'événements spontanés ». Il n'empêche toutefois que, dans la vie des affaires, le terme « stratégie » est utilisé de manière générique pour désigner ces deux notions[3]. M. le Professeur Sainte Fare Garnot, citant le célèbre stratège chinois Sun Tzu, selon qui la conquête de nouveaux territoires

[1] MIYAMOTO M., « Le Traité des Cinq Roues », Guy Trédaniel Editeur, 2013, p. 58.
[2] « Le Trésor de la Langue Française informatisé », CNRTL, [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/strat%C3%A9gie (consulté le 11/07/2019) ; « Le Larousse » [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/strat%c3%a9gie/74818?q=Strat%c3%a9gie#73968 (consulté le 11/07/2019).
[3] CHAMPAUD C., « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ?», *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 78.

nécessite de ne pas se laisser enfermer, enrichit la définition de la stratégie d'une fonction de préservation de la liberté d'action[4].

3. Appliquée au domaine de l'entreprise, la notion de stratégie se définit comme l'ensemble « des choix d'objectifs et de moyens qui orientent à moyen et long terme les activités d'une organisation, d'un groupe », selon le dictionnaire Trésor de la langue Française. Le Larousse ajoute quant à lui qu'au sens de la théorie des jeux du Professeur Nash, la stratégie désigne un « ensemble de décisions prises en fonction d'hypothèses de comportement des personnes intéressées dans une conjoncture déterminée »[5]. Selon M. le Professeur Martinet, les historiens des affaires s'accordent à dire que l'idée de stratégie d'entreprise émerge à partir du XIX^{ème} siècle, avec l'apparition des grandes entreprises ferroviaires américaines. Ces dernières, confrontées à la difficulté de « concevoir des tracés dans des contrées peu connues […] faire travailler à distance divers corps de métier, [et] engager des capitaux importants sur des hypothèses de rentabilité », ont alors pris le parti « d'élaborer des plans d'action à plus ou moins long terme ». La notion intègre le monde de l'enseignement universitaire en 1908, date à laquelle la matière est introduite dans les programmes de la *Harvard Business School*, mais ce n'est qu'au cours des années 1960 que la matière attire l'attention des chercheurs, avec notamment l'œuvre majeure de Ansoff, *« Corporate Strategy »*, parue en 1965, et à la suite de laquelle « la recherche académique en stratégie s'est considérablement développée[6].

4. M. le Professeur Magakian et Mme le Professeur Payaud indiquent que le comportement stratégique des entreprises consiste en une recherche continuelle de rentes, lesquelles procurent plus de profits que les coûts d'acquisition des ressources ». Or, pour obtenir l'accès à de telles rentes, l'entreprise devra obtenir un avantage concurrentiel sur ses concurrents, celui-ci pouvant se définir comme « l'accès privilégié » à une rente. Les Professeurs distinguent deux niveaux de stratégie qui se combinent en pratique : la formulation stratégique et le management stratégique. La première a pour objectif de « structurer la démarche de réflexion des dirigeants en vue d'identifier et de formaliser les sources de performances », alors que la seconde « consiste en la mise en œuvre et l'organisation des actions collectives en vue d'obtenir la performance espérée ». Les auteurs proposent ainsi quelques définitions célèbres, notamment celle de Steiner&Miner relative à la formulation stratégique, selon laquelle « la stratégie est la

[4] SAINTE FARE GARNOT R., « La contribution des juristes à la stratégie d'entreprise : quelles évolutions ? – Un témoignage », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 170.
[5] « Le Trésor de la Langue Française informatisé », *ibid.* ; « Le Larousse », *ibid.*
[6] MAGAKIAN J-L. et PAYAUD M-A., « 100 Fiches pour comprendre la stratégie d'entreprise », Bréal, 2018, 7ème édition, p. 7.

formulation des missions premières, intentions et objectifs ; des politiques et programmes destinés à les réaliser ; et des méthodes permettant de garantir que ces programmes seront implémentés pour atteindre les fins de l'organisation ». Quant au management stratégique, les auteurs citent notamment Koenig, selon qui « moins soucieux de la forme que du fond, préoccupé de l'équilibre indispensable entre le court et le long terme, le management stratégique vise moins à maîtriser la formulation des choix qu'à faciliter la construction de situations favorables ».

5. Or, loin d'être exclusives l'une de l'autre, ces deux approches ont en réalité vocation à être combinées, et l'approche la plus connue visant à opérer une conjonction entre stratégie et management est le modèle SWOT *(strenghts/weaknesses ; opportunities/threats)* de l'école de Harvard. Celui-ci vise à identifier d'une part les opportunités et les menaces, afin d'évaluer les « stratégies possibles dans l'environnement présent et futur de la firme », et, d'autre part, à identifier ses forces et ses faiblesses, qui constitueront « les moyens de la mise en œuvre des stratégies potentielles »[7]. Ainsi, selon M. le Professeur Leroy, le modèle SWOT permet, par une analyse tant interne qu'externe, d'établir un rapport entre « l'influence de l'environnement et les forces et les faiblesses de l'entreprise ». Les menaces peuvent notamment être le fait de l'apparition d'une nouvelle technologie, « l'arrivée à maturité d'une activité, la présence d'un concurrent cherchant à faire des acquisitions, la réglementation et la dérégulation ». Les opportunités peuvent quant à elles résulter de l'ouverture d'un nouveau marché à la concurrence, de l'émergence de nouveaux modes de consommation, de la déréglementation, ou encore de la faiblesse d'un concurrent. Le Professeur Leroy observe ensuite que le succès de l'entreprise sera déterminé par sa capacité à identifier les facteurs clés de succès de son activité, et s'efforcer d'en avoir une meilleure maîtrise que ses concurrents, notamment en les hiérarchisant et en isolant « ceux qui pourront être le mieux exploités grâce aux compétences de l'entreprise », étant entendu que ces facteurs ne sont pas fixes et sont susceptibles d'évoluer avec le temps (*ex*. apparition d'une nouvelle technologie). Il convient encore de remarquer que le modèle des cinq forces de Porter met quant à lui en évidence l'importance que revêt pour l'entreprise la compréhension des règles du secteur dans lequel elle évolue, et de sa capacité à s'y adapter du mieux possible afin de conquérir l'avantage concurrentiel. Le Professeur Leroy indique ainsi qu'il « faut donc prendre en compte les capacités de la firme à utiliser, voire à transformer la structure du secteur […]. Cette approche fonde l'avantage concurrentiel sur la

[7] MAGAKIAN J-L et PAYAUD M-A, « 100 Fiches pour comprendre la stratégie d'entreprise », *ibid.*, p. 13 à 15, p. 64.

possession de compétences clés qui permettent à l'entreprise de se distinguer de ses concurrents et de transformer l'environnement à son avantage […]. La source de la performance est alors endogène »[8].

6. Le modèle SWOT comme le modèle des cinq forces de Porter nous apparaissent dès lors particulièrement intéressants, en ce qu'ils permettent de tenir compte de la place qu'occupe la maîtrise de la règle de droit dans la stratégie de l'entreprise. Cette dernière constitue en effet à la fois une menace comme une opportunité, et un facteur endogène de performance puisqu'une entreprise ayant une bonne maîtrise du droit applicable bénéficiera d'une plus grande liberté d'action qu'une entreprise qui n'en a pas une bonne maîtrise. Des auteurs relèvent en effet à ce titre que « que les firmes qui ont les compétences clés pour appliquer astucieusement les règles vont pouvoir acquérir un avantage compétitif sur celles qui par manque de vigilance soit franchissent la ligne d'interdiction et sont sanctionnées, soit se tiennent exagérément en retrait de celle-ci »[9]. C'est sur la base de ce constat qu'une partie de la doctrine a décidé d'étudier la notion de « stratégie juridique » de manière autonome, plusieurs auteurs (la liste ci-dessous ne prétendant pas à l'exhaustivité) proposant d'en donner une définition dans le cadre d'un ouvrage fondateur, rédigé sous la direction de M. le Professeur Masson[10].

7. Définition de la notion de stratégie juridique. Comme le relève M. le Professeur Sainte Fare Garnot, l'entreprise a, depuis le début des années 1970, dû faire face à un environnement devenu de plus en plus exigeant. Perçue dans l'opinion comme toute puissante, celle-ci se sent paradoxalement « observée, surveillée, et veut éviter d'être sanctionnée ou empêchée d'agir ». Elle a la volonté de faire mieux que ses concurrents et a pour cela besoin de se montrer innovante, d'où l'intégration dans sa stratégie de la protection des avantages concurrentiels. Mais cette perception classique de la stratégie juridique a été changée par l'apparition de nouveaux paramètres, et notamment le droit de la concurrence, corps de règles qui monte en puissance ces dernières années et est sanctionné de plus en plus sévèrement. L'entreprise est en outre aujourd'hui soucieuse de son image, elle veut se montrer « éthique et socialement responsable ». On assiste à un « accroissement de la sensibilité des opinions publiques et à la prolifération législative comme au renforcement des contrôles », ce qui accroît le périmètre de

[8] LEROY F., « Les stratégies de l'entreprise », Dunod, 2017, 5ème édition, p. 24 s.
[9] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », Revue de la Concurrence et de la Consommation, janvier-février 2006, n° 144, p. 11.
[10] MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009.

responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants[11]. L'entreprise a donc ajouté à sa stratégie juridique la prise en compte du contrôle des risques. Si dans les années 1970 les juristes étaient cantonnés à un rôle de support, ils ont, dès les années 1980, été amenés à élaborer des codes de bonne conduite des maisons mères à destination de leurs filiales, ainsi que de « faire passer le message » au sein des entreprises concernées en les présentant oralement et en les commentant afin de préserver la bonne image et les intérêts de l'entreprise. La fonction juridique a par la suite été intégrée au sein de *« task-force »* dans le but de réagir aux politiques agressives des concurrents, telles qu'une tentative de prise de contrôle du groupe en vue de le démanteler. Le juriste est ainsi sorti de son rôle de simple rédacteur d'actes pour se voir mobilisé sur de nombreux chantiers, comme par exemple celui de la normalisation des relations avec les partenaires. En raison des contraintes nouvelles auxquelles elles ont dû faire face, les entreprises ont petit à petit associé les juristes à la prise de décisions : ces derniers se sont vus de plus en plus souvent consultés, et ont pour rôle de rester en contact de manière régulière avec les administrations afin de s'assurer de la validité des opérations entreprises. La direction juridique est aujourd'hui devenue l'un des acteurs des stratégies de l'entreprise[12].

8. M. le Professeur Bouthinon-Dumas propose de définir la notion de « stratégie juridique » comme recouvrant « [les] stratégies économiques et managériales qui reposent sur la mise en œuvre de moyens juridique »[13]. Elles ont donc pour caractéristique de reposer sur l'utilisation du droit, perçu par l'entreprise comme un facteur de différenciation susceptible d'améliorer sa performance sur le marché, mais encore comme facteur d'organisation de l'entreprise. La stratégie juridique englobe la gestion du risque, mais va au-delà de cette seule fonction en concourant à l'obtention d'un avantage juridique, ou encore à l'infléchissement d'un rapport de force. Elle englobe encore la stratégie judiciaire, qui repose sur l'exploitation des règles de fond comme des règles de procédure, et peut aller jusqu'à faire du procès lui-même une stratégie, en l'utilisant afin d'atteindre d'autres objectifs que la seule reconnaissance du bien-fondé des prétentions soumises au juge (en servant par exemple de méthode de communication). Certaines stratégies juridiques, dites organisationnelles, visent à améliorer l'efficacité de l'organisation de l'entreprise, là où d'autres, dites concurrentielles, visent à obtenir un avantage face à la concurrence. L'auteur exclut cependant de sa définition les stratégies reposant sur la violation

[11] SAINTE FARE GARNOT R., « La contribution des juristes à la stratégie d'entreprise : quelles évolutions ? – Un témoignage », *ibid.*, p. 172 s.
[12] *Ibid.*
[13] BOUTHINON-DUMAS H, « Les stratégies juridiques : essai sur les articulations entre droit, économie et management », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 13.

de la loi, qui constituent selon lui au contraire des stratégies « anti-juridiques ». Il conclut cette définition en avançant très justement l'idée selon laquelle la stratégie juridique suppose de dépasser « la conception du droit vu comme un ensemble de normes déterminant ce qui est autorisé et ce qui est interdit. Le droit est plus qu'un cadre plus ou moins libéral pour l'action, il est aussi un ensemble de ressources »[14].

9. M. le Professeur Roquilly propose quant à lui une définition empreinte des notions déjà abordées ci-dessus dans le cadre de la définition de la stratégie d'entreprise (V. *supra*, n° 2). Celui-ci affirme en effet que la « stratégie d'entreprise ne peut ignorer le droit », et doit au contraire « l'apprivoiser en vue d'en réduire les risques et, surtout, d'en saisir les opportunités ». La sphère juridique impacte en effet la stratégie de l'entreprise, en ce qu'elle peut être un facteur clé de réussite ou d'échec. Cette définition n'est pas sans rappeler, à notre avis, l'approche du modèle SWOT, qui consiste à identifier les opportunités et les risques, tout en rappelant l'idée développée par Porter selon laquelle l'entreprise doit recourir à ses compétences clés afin d'influer l'environnement dans lequel elle évolue, lesdites compétences devenant alors un facteur endogène de succès. Confrontée à l'inflation normative, par elle-même génératrice d'un risque lié à la complexité qu'entraîne l'empilement des textes, l'entreprise doit pouvoir appréhender le droit applicable avant de pouvoir déterminer l'existence ou non d'un risque juridique. Ce dernier peut être défini, le Professeur Roquilly, comme « le résultat de la rencontre d'une norme juridique et d'un événement générant des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et/ou de remettre en cause ses objectifs »[15]. Le risque juridique pourra aller jusqu'à constituer une menace stratégique aux yeux de l'entreprise, à chaque fois que « l'élément en cause dans la sphère juridique peut nuire aux actions menées par l'entreprise en vue d'aboutir à une compétitivité stratégique ». Le risque juridique est induit par des contraintes réglementaires qui limitent les possibilités d'action de l'entreprise sur le marché, à tel point qu'elle peut s'en trouver découragée d'investir dans un pays donné. Or, ces contraintes et incertitudes sont parallèlement génératrices d'opportunités, dans la mesure où ce qui constitue une menace pour une entreprise sera perçu comme une opportunité par ses concurrents. Certaines entreprises font ainsi un usage stratégique de la règle de droit afin d'accéder à de nouveaux marchés ou segments de marché. La stratégie juridique sollicite donc les ressources juridiques de l'entreprise, dont il est possible de distinguer deux catégories : la première comprend les ressources « objet », tangibles, telles que les contrats et

[14] *Ibid*., p. 22 s.
[15] ROQUILLY C., « Contribution à la reconnaissance de l'influence du droit dans la stratégie d'entreprise », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 38.

brevets, la seconde comprend quant à elle les ressources liées au savoir-faire des juristes. Afin de s'assurer de la bonne qualité de ses ressources juridiques, l'entreprise doit disposer d'une capacité juridique suffisante pour les exploiter. Cette dernière se définit comme « l'aptitude de l'entreprise à intégrer les données issues de la sphère juridique en vue de développer des ressources juridiques, en les alignant avec les opportunités et les menaces extérieures, en les coordonnant entre elles et avec les autres ressources, en vue d'en préserver ou d'en accroître la valeur ». L'auteur souligne à ce titre l'importance de la veille juridique, nécessaire afin d'intégrer et comprendre les données pertinentes, à laquelle nous proposons d'ajouter la recherche juridique, le chercheur étant susceptible d'en déduire des solutions originales adaptées aux besoins de l'entreprise[16].

10. Deux autres auteurs s'interrogent ensuite sur la question de savoir si la capacité juridique ne constituerait pas une « capacité seuil », ces dernières étant entendues comme les « capacités indispensables afin de pouvoir intervenir sur un marché donné ». Tel est notamment le cas de la maîtrise du droit de la concurrence, dans la mesure où une condamnation à une importante somme d'argent est susceptible d'augmenter le coût des capacités seuils, avec « pour conséquence d'empêcher un opérateur de poursuivre son activité, compte tenu de l'investissement nécessaire afin de se mettre en conformité ». Il incombera donc aux juristes d'identifier l'ensemble des obligations à laquelle est soumise l'entreprise, et de mettre en œuvre le syllogisme juridique afin d'aboutir à une interprétation « qui puisse être défendue […] et qui soit la plus efficiente pour l'entreprise ». À ce titre, ils pourront compter sur les contradictions de la jurisprudence (notamment entre les juridictions et les autorités administratives indépendantes), le vide juridique ou encore le « trop plein de normes qui génèrent des marges d'interprétation et de discussion sur la portée et le sens de l'obligation ». Il est ainsi toujours possible de parvenir à une solution juridique qui puisse être défendue. Les juristes pourront encore agir à l'encontre d'une norme qui ferait barrière à l'action de l'entreprise, soit au moment de sa création (par le *lobbying*), soit après son entrée en vigueur (par la démonstration de son illégalité au regard de textes supérieures dans la hiérarchie des normes, en agissant notamment devant la CJUE ou la CEDH)[17]. M. le Professeur Champaud souligne encore l'importance pour l'entreprise de rechercher, aux côtés des avantages stratégiques, des avantages juridiques. Ces

[16] *Ibid.*
[17] DAIDJ N. et VERDUN F., « L'apport de l'analyse stratégique à la pratique du droit en entreprise », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 66 s.

derniers peuvent résulter d'une innovation juridique ou de leviers stratégiques tels que l'organisation dans le cadre d'un groupe ou d'un contrat de franchise[18].

11. Il convient enfin d'évoquer la définition proposée par M. le Professeur Masson, selon qui le terme de stratégie juridique est souvent employé « pour souligner un usage original du droit ». L'auteur considère que la notion n'est que peu étudiée par la communauté juridique en raison de l'hostilité qu'elle peut générer. La stratégie juridique est en effet perçue comme une exploitation du droit pour ses défauts, plutôt que pour ses qualités conceptuelles, alors que, dans une vision rousseauiste, le droit ne devrait pas être susceptible d'utilisations stratégiques, car visant à garantir l'ordre social. Or, il faudrait pour cela que le droit présente un certain nombre de caractères, et puisse notamment faire preuve de clarté, d'intelligibilité, de cohérence, de prévisibilité, ou encore qu'il puisse faire l'objet d'une application objective. Ces dernières ne se rencontrent pourtant jamais en pratique, du fait de l'inflation normative, qui constitue une source d'imperfections législatives que les entreprises exploitent à leur avantage.

12. Le Professeur Masson[19] identifie ce que nous pourrions qualifier de plusieurs « états du droit », qui constituent des opportunités pour l'entreprise, et peuvent ainsi donner lieu à plusieurs grands types de stratégies juridiques. Le droit « flou » permet à l'entreprise de se livrer à des stratégies interprétatives, dont l'idée peut consister à faire échec à l'application du droit, ou à faire usage d'une notion juridique « dans un but différent de celui pour lequel elle [a] été conçue ». Le flou peut résulter des textes eux-mêmes, mais aussi de « l'imprécision des théories économiques sur lesquelles le droit s'appuie », des « objectifs qui sous-tendent une norme (ce qui pourra également affecter la façon dont elle est mise en œuvre) », ou encore d'une rédaction contractuelle volontairement complexe. Le droit « fou », qui permet l'application de plusieurs normes du seul fait de la volonté du justiciable, favorise quant à lui les stratégies de défausse juridique, qu'il s'agisse d'éviter la compétence des juridictions étatiques par le recours aux modes de règlement amiable des litiges, ou de mettre en œuvre des montages juridiques dans le but d'éluder les règles de la responsabilité civile (par le biais de l'écran de la personnalité morale, notamment). Le droit « doux » correspond à l'hypothèse dans laquelle la norme produit des effets autres que ceux souhaités par le législateur, et s'avère donc propice aux stratégies d'instrumentalisation de la règle de droit. Le plus célèbre de ces effets non désirés est l'effet dilatoire du contentieux, qui présente un intérêt certain en ce qu'il permet d'affaiblir l'entreprise

[18] CHAMPAUD C., « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ?», *ibid.*, p. 80 s.
[19] MASSON A., « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 137 s.

adverse et la contraindre à accepter une transaction « du fait du coût, de l'incertitude et de la longueur des procédures ». Enfin, le droit est considéré comme « mou » lorsqu'il peut être facilement altéré dans sa substance, offrant ainsi à l'entreprise la possibilité de se livrer à des stratégies de façonnage normatif. Ces dernières peuvent prendre la forme d'un *lobbying*, qui consiste pour un groupe d'intérêt à « faire valoir ses revendications auprès des institutions, et plus spécifiquement des agents ayant un rôle dans la procédure d'adoption des normes ». La technique est en outre encouragée, l'idée étant que l'entreprise qui aura ainsi participé à l'élaboration de la norme sera plus encline à la respecter. Une forme de façonnage normatif réside dans la technique dite de l'entreprenariat judiciaire, qui consiste en l'organisation d'un procès dans le seul but de faire évoluer le droit positif, et non de trancher un litige. Il pourra s'agir d'organiser un procès phare, qui consistera en « une affaire emblématique à l'occasion de laquelle pourra être développée une solide argumentation non seulement contextuelle (eu égard aux faits du litige), mais également textuelle (eu égard à la portée d'une norme) ». Il pourra encore s'agir d'organiser une série de procès tests, dans le but de tester tous les moyens juridiques que l'entreprise imagine jusqu'à ce qu'un juge les accueille favorablement (le but étant alors de créer une jurisprudence qu'elle pourra invoquer au soutien de ses prétentions lors de futures instances). Bien qu'une telle stratégie s'avère efficace en pratique (cette dernière ayant notamment été employée par Edouard Leclerc), elle présente un double risque. D'une part, en cas d'échec, l'entreprise court le risque d'être sanctionnée pour chacun des procès tests intentés et, d'autre part, même en cas de succès, cette dernière ne se trouve pas à l'abri d'un revirement de jurisprudence ou d'une modification législative. Il peut enfin s'agir d'investir dans le champ de la doctrine, c'est-à-dire de « faire pression sur ses partenaires commerciaux en donnant à ses arguments une légitimité doctrinale », par le biais de la publication d'articles dans les revues juridiques critiquant vivement un premier jugement défavorable à l'entreprise. Bien entendu, l'ensemble des stratégies qui viennent d'être évoquées trouvent leurs limites dans la théorie de l'abus de droit, qui permet d'éviter qu'un texte ne soit détourné de sa finalité, les règles de l'intérêt à agir, le principe d'équité (qui impose la prise en compte des circonstances de l'espèce pour éviter les éventuels effets pervers que pourrait produire une norme), ou encore le caractère nécessairement temporaire des résultats obtenus (un texte nouveau ou un revirement de jurisprudence étant susceptible de renverser l'avantage obtenu par l'entreprise).

13. Le Professeur Masson souligne enfin l'importance de la capacité juridique de l'entreprise, au sens de savoir-faire, et de son capital juridique, c'est-à-dire des outils à sa disposition pour lui permettre d'exploiter les opportunités juridiques susceptibles de se présenter. Ce capital

varie en fonction du poids économique de l'entreprise, les litiges nécessitant qu'on leur consacre des ressources financières parfois très importantes. En matière de droit de la concurrence, une entreprise de taille importante aura toutefois plus facilement tendance à dépasser les seuils conditionnant l'application des règles encadrant le droit des ententes et des abus de position dominante. Parallèlement, elle n'en disposera pas moins d'une position privilégiée, puisque sa taille lui confèrera une position naturellement avantageuse en tant que défenderesse, le coût de la justice, la longueur de la procédure et les difficultés probatoires formant alors une barrière naturelle à l'action des victimes. Il n'empêche que la perception du droit par la société est également à prendre en compte, « la menace d'un procès pour violation de l'interdiction des ententes, en raison de l'aura dont bénéficie le droit de la concurrence, [pouvant] faciliter la renégociation de certains contrats »[20]. Ces dernières remarques du Professeur Masson relatives à l'importance de la capacité juridique de l'entreprise ainsi que son appréhension de la réaction des médias reçoivent une intéressante illustration dans la dynamique qui pourrait aujourd'hui animer le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. M. Amaro indique en effet ne pas s'attendre à une augmentation du contentieux de la réparation devant les juridictions civiles à la suite d'une condamnation des pratiques par une autorité de concurrence (actions dites « complémentaires »), du fait au recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. En effet, bien qu'il n'existe pas encore de statistiques fiables sur la question, « la rumeur fait état de transactions importantes qui auraient été conclues entre certaines entreprises condamnées par des autorités nationales de concurrence (ANC) ou par la Commission européenne. Certaines dépasseraient même la centaine de millions d'euros de dommages et intérêts… ». Le faible taux de succès des procédures complémentaire s'expliquerait ainsi par la tendance des entreprise défenderesses à ne privilégier la voie contentieuse que lorsqu'elles sont sûres de gagner, et à privilégier la transaction en cas de doutes quant à leurs chances de succès[21]. Or, le droit de la concurrence et la notion de stratégie entretiennent des relations paradoxales, puisque d'une part, la matière constitue une limite aux stratégies susceptibles d'être déployées sur le marché (notamment au regard des coopérations entre entreprises, très encadrées, ou accords de répartition du marché), tout en constituant, d'autre part, une source d'opportunités pour les entreprises[22]. Il convient

[20] MASSON A., « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 153.
[21] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016), Concurrences n° 2-2017, p. 217.
[22] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 15 s.

donc de donner une définition de ce que sont les pratiques anticoncurrentielles, avant de définir la notion de contentieux privé.

14. Définition de la notion de pratiques anticoncurrentielles. Définir la notion de pratiques anticoncurrentielles implique nécessairement de donner une brève définition préalable de ce qu'est la concurrence. Le Larousse définit la concurrence comme une « compétition sur le marché commercial entre plusieurs produits [et] services ». La même idée ressort de la définition donnée par le Trésor de la Langue Française, qui y voit une « situation de marché dans laquelle des producteurs, des commerçants, des entreprises et […] des produits rivalisent entre eux pour attirer la clientèle par différents moyens (prix plus bas, meilleure qualité) ». Le dictionnaire de l'Académie Française, décrit enfin la concurrence comme une « compétition entre plusieurs vendeurs pour attirer la clientèle », dans une économie au sein de laquelle « joue librement la loi de l'offre et de la demande »[23]. Or, c'est cette nécessité de garantir un jeu de la concurrence libre et non faussé qui a conduit à l'adoption de règles encadrant l'activité des entreprises sur les marchés.

15. Comme le font remarquer des auteurs, l'idée d'une régulation concurrentielle provient initialement des Etats-Unis, et trouve son origine dans le développement des moyens de communication et de transport à la fin du XIXème siècle, tels que les lignes télégraphiques, les services téléphoniques, et surtout le réseau ferroviaire. Du fait de leur extension à l'ensemble du territoire américain, le marché industriel, jusqu'alors constitué d'une multitude de marchés locaux, se transforme en un vaste marché unique à l'origine d'une intensification de la concurrence. En réaction à cette intensification, les industriels concluent « des accords sur le maintien de prix élevés et la préservation de leurs marges », avec pour conséquence une augmentation artificielle des prix pour les consommateurs. Les politiques américains, prenant conscience de la nécessité de réguler la liberté économique des entreprises et de prévenir la conclusion de tels accords, ont donc adopté le *« Sherman Act »* en juillet 1890. Le texte, « relatif aux comportements d'entente et d'abus de position dominante est suivi par le *Clayton Act* et le *FTC Act* en 1914 », et tous trois « forment le socle de la politique *antitrust* américaine ». Cette dernière servira plus tard d'exemple pour les Etats européens, qui mettront en place des règles supranationales de droit de la concurrence lors de la signature du traité CECA en 1951. Le principe de libre concurrence commence en effet, dans les années 50, à être considéré en Europe

[23] Le Larousse [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/concurrence/17984 (consulté le 18/07/2019) ; Le dictionnaire de l'Académie (9ème édiction) [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/concurrence (consulté le 18/07/2019) ; Le Trésor de la Langue Française [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/concurrence (consulté le 18/07/2019).

comme porteur d'une économie saine et vigoureuse, les leaders européens de l'époque étant alors fascinés par la santé de l'économie américaine, garantie par les règles du droit de la concurrence. S'inspirant du modèle américain, le Traité de Rome, instaurant le marché commun, prit comme modèle les règles de concurrence déjà présente dans le traité CECA. Or, et malgré l'existence de règles de concurrence dès le traité CECA, les pays européens, exception faite du Royaume-Uni et de l'Allemagne, n'ont adopté que très récemment des politiques nationales de concurrence[24].

16. Selon M. Lassere, la concurrence fit son apparition en France à l'époque de la Révolution, en 1791, avec l'avènement de la liberté du commerce et de l'industrie, et la suppression des « jurandes et maîtrises » et des « corporations ». Ces dernières prenaient la forme d'associations « de personnes exerçant le même métier, qui en réglementaient l'exercice à l'échelle de chaque ville », et dont la suppression à « permis à chacun de s'établir dans la profession de son choix ». Selon l'auteur, si « la concentration du pouvoir économique est susceptible d'être maintenue par un pouvoir autoritaire, dans une confusion entre oligarchies économique et politique, l'accès partagé aux ressources productives et la liberté d'initiative économique accompagnent le plus souvent l'émergence d'une offre politique diversifiée et la distribution du pouvoir ». S'inscrivant dans cette lignée, la concurrence « procède de l'idée de pluralité, mais aussi de loyauté dans la confrontation ». La concurrence doit donc « se déployer dans le respect de l'ordre public économique, afin de permettre aux acteurs économiques d'être préservés de tout abus de la part des compétiteurs en situation dominante ». C'est d'abord l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui est venue garantir cette loyauté dans la confrontation, en instaurant la liberté des prix et en établissant une autorité indépendante chargée de réguler la concurrence (le Conseil de la concurrence, qui prend alors la suite de la Commission technique des ententes et de la Commission de la concurrence). Ce faisant, l'Etat français entre dans une économie de marché, remettant « entre les mains des opérateurs économiques le pouvoir de déterminer leur stratégie et leur politique commerciale », tout en abandonnant le pouvoir de contrôler leur comportement, désormais dévolu à l'arbitrage impartial d'une autorité indépendante. Cette dernière a pour double fonction de faire respecter les règles du droit de la concurrence par la sanction, tout en transmettant aux entreprises la pédagogie de la concurrence. Cette fonction a toujours été présente, et constitue historiquement le premier pilier de la régulation concurrentielle. Elle est d'abord exercée par la Commission technique des ententes (1953), puis

[24] DENOIX M. et KLARGAARD O., « La politique de la concurrence dans l'Union européenne », 2007, Question d'Europe n°52 [en ligne] http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0052-la-politique-de-la-concurrence-dans-l-union-europeenne (consulté le 18/07/2019).

par la Commission de la concurrence (1977), avant d'être confiée au Conseil de la concurrence (1986). Ce dernier est enfin remplacé, à l'occasion de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, par l'Autorité de la concurrence (ADLC). Qu'elle se livre à la répression ou à la prévention, l'ADLC se doit « d'expliquer inlassablement quels sont les bénéfices de la concurrence ». Rompant avec le modèle français en cours avant l'ordonnance du 1er décembre 1986, fondé sur un idéal de protection assurée par l'Etat-providence et marqué par l'interventionnisme économique, la concurrence suscite auprès des français tantôt la satisfaction (lorsqu'elle améliore leur bien être en tant que consommateurs), tantôt l'inquiétude (lorsqu'elle est perçue par les salariés comme une menace à la stabilité de l'emploi, la concurrence opérant une disruption des positions établies et un remodelage des équilibres)[25]. Les avantages qu'offre la concurrence sont le mieux résumés par la Commission européenne, qui explique que la « politique de concurrence contribue à stimuler l'esprit d'entreprise et la productivité, à élargir l'offre pour les consommateurs, à faire baisser les prix et à améliorer la qualité des biens et services ». La concurrence favorise encore l'innovation, afin de pouvoir offrir aux consommateurs un choix plus large et des produits et services de meilleure qualité[26]. Il incombe ainsi aux autorités de concurrence de préserver l'intégrité de la concurrence, mission qui se traduit en pratique par la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

17. Les règles dont l'objet est d'assurer que la concurrence s'effectue librement entre les acteurs économiques relèvent du droit *antitrust*, selon l'expression américaine, et sont elles-mêmes divisées en plusieurs groupes de règles[27]. Il s'agit ainsi de l'interdiction des ententes, des abus de position dominante, et du contrôle des concentrations et des aides d'Etats[28]. La présente définition des pratiques anticoncurrentielles se limitera toutefois aux ententes et abus de position dominante, les règles relatives au contrôle des concentrations et des aides d'Etats n'entrant pas dans le champ d'application des nouvelles règles relatives à l'indemnisation du dommage causé par les pratiques anticoncurrentielles[29].

18. MM. les Professeurs Blaise et Desgorces définissent les ententes comme l'ensemble des « accords et concertations ayant pour but ou pour résultat de limiter la concurrence sur un

[25] LASSERE B., « La culture de la concurrence : La démonstration par la preuve », ADLC, [en ligne] http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/aquoi_sert_concurrence.pdf (consulté le 19/07/2019).
[26] CE, « En quoi la politique de concurrence est-elle importante pour les consommateurs ? » [en ligne] http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_fr.html (consulté le 19/07/2019).
[27] MAINGUY D., DEPINCE M., « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2015, 2ème édition, pt. 215, p. 217.
[28] DENOIX M. et KLARGAARD O., « La politique de la concurrence dans l'Union européenne », *ibid.*
[29] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, art. 2, § 1.

marché ». Forme la plus ancienne de lutte contre les restrictions de concurrence, l'interdiction des ententes vise à garantir « la première condition d'existence de la concurrence : l'indépendance des opérateurs qui sont en compétition sur un marché ». L'interdiction résulte, en droit interne, de l'art. L420-1 C.com, et, en droit européen, de l'art. 101 TFUE. Les deux textes posent les mêmes conditions, à savoir l'existence d'une « *concertation*, au sens large, entre des opérateurs économiques *autonomes* et une *incidence* actuelle ou potentielle sur *la concurrence* »[30]. Chacun fixe ensuite une liste non-limitative de comportements susceptibles de constituer des restrictions de concurrence.

19. Quant aux abus de position dominante, les auteurs préfèrent le terme « abus de puissance économique », eu égard à une spécificité française en la matière. L'idée sous-tendant leur interdiction réside dans le fait que la présence de grandes entreprises sur le marché est susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence. Celles-ci sont en effet « en mesure de s'affranchir des contraintes de la concurrence et même de réduire la marge de concurrence qui demeure sur le marché ». Si le fait pour une entreprise d'être de grande taille n'est pas prohibé en soi, c'est l'abus qu'elles sont susceptibles de faire de la puissance économique ainsi détenue qui le sera en cas de limitation de la concurrence. Le droit français et le droit européen interdisent tous deux l'abus de position dominante, aux arts. L420-2 C.com et 102 TFUE, mais le droit français prohibe en plus l'abus de dépendance économique et la pratique des prix abusivement bas, justifiant ainsi l'emploi d'un terme plus large pour regrouper l'ensemble de ces infractions dans la catégorie des abus de puissance économique. L'abus de position dominante fait l'objet de définitions très voisines en droit interne et en droit européen, qui « soumettent l'interdiction à une double condition : l'existence d'une position dominante, d'une part, et l'exploitation abusive de cette position, d'autre part ». Aucun des deux textes ne définissant la position dominante, c'est au Conseil de la concurrence et à la CJUE qu'incomba la charge d'y procéder. Selon le Conseil de la concurrence, la position dominante résulte de ce qu'une entreprise « est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents ». Dans un arrêt « *United Brands* », la CJUE indique quant à elle qu'une entreprise est en situation de position dominante lorsqu'elle détient « une position de puissance économique […] qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure

[30] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 773 et n° 774, p. 415.

appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs ». Elle précisera plus tard, dans son arrêt « *Hoffman La Roche* », que contrairement à une situation de monopole ou de quasi-monopole, la position dominante « n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, mais met la firme qui en bénéficie en mesure sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice ». Les textes ne définissent pas non plus ce qui relève ou non d'une exploitation abusive de la position dominante, mais fournissent tous deux une liste d'exemples[31].

20. Notre droit interne connaît en outre une spécificité à travers l'interdiction de l'abus de dépendance économique et des prix abusivement bas. Prévue à l'art. L420-2 al. 2 C.com, l'interdiction de l'abus de dépendance économique a pour objectif de contrebalancer le très important pouvoir dont bénéficient les centrales d'achat lors de la négociation commerciale. Or, avant 1986, aucun texte ne permettait de sanctionner leurs pratiques dans la mesure où elles ne sauraient constituer ni des ententes, ni des abus de position dominante (faute justement de pouvoir détenir une position dominante). L'ordonnance du 1er décembre 1986 a donc introduit l'interdiction de l'abus de puissance économique, dotée d'une portée générale, et qui sanctionne en pratique la dépendance de marque et la dépendance d'achat. La dépendance de marque concerne la situation dans laquelle un revendeur, exclu du réseau de distribution du fabriquant, argue qu'il lui est impossible de continuer son activité s'il n'a pas accès à ses produits (du fait de leur forte notoriété, soit parce qu'on lui refuse l'entrée dans le réseau, soit parce qu'intervient une rupture de la relation commerciale entraînant sa sortie du réseau). Or, qualifier une situation de dépendance suppose la réunion de quatre conditions, ce qui en fait une notion appréciée de manière rigoureuse par le Conseil de la concurrence. La dépendance d'achat illustre quant à elle l'hypothèse inverse de la dépendance de marque : c'est ici le fabriquant qui se trouve sous la dépendance du distributeur, généralement une entreprise importante représentée par une centrale d'achat. Là encore, quatre conditions sont exigées pour caractériser la dépendance d'achat. En outre, qu'il s'agisse de dépendance de marque ou d'achat, l'existence d'une situation de dépendance ne suffit pas à entraîner la sanction : encore faut-il que cette dépendance face l'objet d'une exploitation abusive par l'entreprise. L'art. L420-2 al. 2 dresse une liste non-limitative d'exemples de comportements qui seront qualifiés d'abus, à condition que le comportement en cause soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de

[31] *Ibid.*, n° 818, p. 438 s et n° 827, p. 443 s.

la concurrence. Les auteurs soulignent ainsi que les conditions d'application de l'abus de dépendance économique « sont tellement rigoureuses que le texte a reçu très peu d'applications pratiques »[32]. Le Code de commerce régit enfin, en son art. L420-5, une seconde pratique anticoncurrentielle propre au droit français, qui consiste en la pratique de prix abusivement bas. L'application du texte suppose la démonstration d'une atteinte à la concurrence, ainsi que la réunion cette fois de cinq conditions, ce qui en restreint grandement la portée. Or, les auteurs expriment des doutes quant à la possibilité de pratiquer des prix prédateurs pour une entreprise qui n'agirait pas dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante[33]. Eu égard au faible contentieux suscité par les arts. L420-2 al. 2 et L420-5 C.com, ces pratiques anticoncurrentielles propres au droit français, bien que bénéficiant théoriquement des dispositions de la directive 2014/104 relative à l'indemnisation du dommage anticoncurrentiel, ne feront l'objet que de développements marginaux dans le cadre de la présente thèse.

21. Définition du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Le dictionnaire Trésor de la Langue Français définit le contentieux comme l'ensemble « des affaires litigieuses, en débat ou en procès dans une entreprise ou une administration ». Le dictionnaire Larousse en adopte une définition assez proche, le terme recouvrant selon lui l'ensemble « des affaires contentieuses pendantes entre deux parties », ou encore le « service administratif chargé de ces affaires ». Le dictionnaire de l'Académie y voit en enfin l'ensemble « des règles d'organisation et de fonctionnement des juridictions administratives », et distingue plusieurs formes de contentieux en fonction des pouvoirs conférés au juge et de l'objet du recours (contentieux de l'annulation ou de la répression, notamment). Le terme désigne encore l'ensemble « des litiges susceptibles d'être portés devant les tribunaux administratifs » (contentieux civil, commercial, ou encore fiscal, par exemple), ainsi que l'ensemble « des différends qui opposent des personnes, des sociétés, des États », et ce même en dehors de toute contestation juridique[34]. Le qualificatif « privé » désigne quant à lui l'ensemble « des dispositions régissant les rapports entre particuliers et les rapports des collectivités publiques avec les particuliers » selon le Trésor de la Langue Française, la même idée étant exprimée par le dictionnaire de l'Académie[35]. Le

[32] *Ibid.*, n° 830 s, p. 444 s et n° 837, p. 447.
[33] *Ibid.*, n° 840, p. 448 s.
[34] Le Trésor de la Langue Française Informatisé [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/contentieux (consulté le 23/07/2019) ; Le Larousse [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contentieux/18577?q=contentieux#18475 ; Le dictionnaire de l'Académie (9ème édiction) [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/contentieux (consulté le 23/07/2019).
[35] Le Trésor de la Langue Française [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/priv%C3%A9 (consulté le 23/07/2019) ; Le dictionnaire de l'Académie (9ème édition) [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/priv%C3%A9 (consulté le 23/07/2019).

contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles peut donc être défini comme l'ensemble des litiges susceptibles de s'élever entre les auteurs d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles et leurs victimes relativement aux conséquences civiles de l'infraction. Or, comme le fait remarquer Mme le Professeur Lasserre-Kiesow, les sanctions susceptibles d'être prononcées à la suite d'une pratique anticoncurrentielle sont diverses : « injonctions, amendes pénales, amendes administratives ou dites civiles, astreintes, nullité du contrat, condamnation à des dommages et intérêts », en fonction de la juridiction ou de l'autorité saisie[36]. Au sein de l'ordre juridique français et européen, le contentieux privé existe en effet aux côtés du contentieux public, mis en œuvre par les autorités nationales de concurrence et la Commission. Ce dernier s'avère largement prédominant en Europe, la sanction des pratiques anticoncurrentielles passant très majoritairement par l'action des autorités de concurrence, contrairement aux Etats-Unis, où 90% du contentieux des pratiques anticoncurrentielles est un contentieux privé[37]. La présente thèse sera donc consacrée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, défini, au sens de l'art. 2 § 4 de la directive 2014/104, comme l'action « introduite en vertu du droit national par laquelle une juridiction nationale est saisie d'une demande de dommages et intérêts par une partie prétendument lésée ». Des développements seront également consacrés à la nullité des pratiques anticoncurrentielles qui, bien que n'entrant pas directement dans le champ de la directive, présente en pratique un intérêt certain sur le plan stratégique, et pourrait subir l'influence de certaines des dispositions introduites par le texte. Elle constitue en outre la sanction principale du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où sa mise en œuvre nécessite seulement la démonstration du caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, alors que l'action en réparation exige quant à elle la démonstration d'une faute, d'un préjudice indemnisable, et d'un lien de causalité les unissant. Ce dernier étant en « total sous-développement dans tous les Etats membres » (selon une étude menée par le cabinet Ashurst), les autorités européenne ont donc pris la décision de développer l'action en réparation, afin qu'elle vienne en complément de la sanction prononcée dans le cadre du contentieux public, et permette ainsi d'obtenir une sanction globale suffisamment importante pour dissuader les entreprises de se livrer à la commission de pratiques anticoncurrentielles[38].

[36] LASSERRE-KIESOW V., « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », Recueil Dalloz, 2007, n° 5, p. 2116.
[37] MARCHAND A., « Compte rendu » *in* « Matinée-débats Dommages concurrentiels, contentieux et indemnisation – Réponses pratiques », 28 juin 2007, Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n° 13, p. 154.
[38] BOUT R., « Les fondements à la nécessité du développement des actions privées », Le Lamy droit économique, 2015, n° 1620.

22. Le développement du contentieux privé en Europe. Première étape de la réflexion du législateur européen, la Commission des communautés européennes a publié, le 12 décembre 2005, un livre vert consacré aux « actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », destiné à recueillir l'avis des Etats membres sur un certain nombre de propositions envisagées afin d'améliorer l'efficacité du contentieux privé[39]. Ce dernier identifie plusieurs points expliquant l'échec de ce contentieux en Europe, parmi lesquels figurent notamment les problématiques relatives à l'accès aux preuves, les difficultés entourant la démonstration d'une faute civile, la quantification du préjudice, les coûts élevés qu'engendrent la procédure et, enfin, les difficultés relatives à la prescription de l'action en réparation[40]. Sa publication a naturellement suscité la crainte des entreprises, inquiètes de voir les Etats membres adopter un système identique au droit américain, qui admet le prononcé de dommages et intérêts punitifs (le livre vert envisageait en effet le doublement du montant du préjudice en cas d'entente horizontale, ou encore un calcul du préjudice qui serait basé à la fois sur la compensation de la perte éprouvée et du gain manqué, mais qui tiendrait également compte du gain illicite réalisé par les auteurs de l'infraction). Tenant compte des réponses adressées par les Etats membres aux diverses propositions contenues dans le livre vert, la Commission a publié, le 2 avril 2007, un livre blanc centré sur l'idée de mettre en place en Europe un contentieux privé qui serait exempt des abus du système américain. L'idée du livre blanc consistait alors à porter une réforme qui favoriserait l'action des victimes par le biais de « mesures équilibrées enracinées dans la culture et les traditions juridiques européennes », et qui agiraient en complément du contentieux public, l'action des victimes ne devant « ni remplacer ni compromettre l'action des autorités de concurrence ». Le texte marque un éloignement par rapport à la finalité sanctionnatrice du livre vert, pour se concentrer à la place sur une finalité purement compensatoire, la dissuasion n'étant alors envisagée que comme un simple effet bénéfique découlant de l'obligation de réparer le dommage. Le livre blanc rappelle l'exigence de réparation intégrale du préjudice, « comprenant le dommage réel, le manque à gagner et les intérêts moratoires », sans toutefois fermer la porte aux dommages et intérêts punitifs. Consciente des difficultés relatives à l'évaluation du préjudice, la Commission y annonce la publication future de lignes directrices destinées à aider les juridictions dans cette tâche. Dans l'idée de permettre à toutes les victimes d'obtenir

[39] CE, « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (livre vert) », 19 décembre 2005 [en ligne] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al26120 (consulté le 24/07/2019).
[40] BOUT R., « La réforme des actions en dommages et intérêts », Le Lamy droit économique, 2015, n° 1621.

réparation de leur préjudice, elle propose encore la création d'une présomption simple de répercussion du surcoût de la part des acheteurs directs sur leurs acheteurs indirects. Sur le plan des règles probatoires, la Commission rappelle la nécessité de permettre un niveau minimum de divulgation *inter-partes,* en offrant au parties la possibilité de demander l'accès à des catégories pertinentes de preuves, tout en soumettant cette possibilité à un contrôle juridictionnel destiné à éviter les abus et à protéger l'efficacité des programmes de clémence. Quant à la démonstration de la faute civile, la Commission propose qu'elle soit, le cas échéant, déduite de la décision de condamnation prononcée par une autorité de concurrence, l'auteur de l'infraction devant être tenu responsable des dommages causés, sauf à prouver que l'infraction résulte d'une erreur véritablement excusable. Toujours animée par le souci de préserver l'attractivité de la procédure de clémence, la Commission y évoque encore la nécessité de limiter la responsabilité des bénéficiaires de la procédure. Le livre blanc demeure cependant muet quant aux questions relatives à la compétence juridictionnelle et au droit applicable à l'action en réparation en cas d'infraction transnationale[41]. Il consacre en outre des développements relatifs aux recours collectifs, afin de tenir compte des consommateurs et des petites entreprises, ces derniers subissant de manière sporadique des dommages de faible valeur, ce qui a pour effet de les dissuader d'agir en réparation eu égard aux coûts, aux délais, et aux incertitudes relatifs à l'action en réparation[42].

23. Les réflexions de la Commission ont abouti à la publication, le 11 juin 2013, à une proposition de directive, suivie d'une directive du 26 novembre 2014 (ci-après la « directive 2014/104 », ou encore « la directive »). Cette dernière, abondamment commentée en doctrine, livre un corps de règles destiné à faciliter l'exercice de l'action en réparation par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, tout en veillant à ne pas préjudicier à la mise en œuvre du contentieux public par les autorités de concurrence. S'il ne fallait en choisir qu'un seul, nous retiendrions le commentaire de Me Saint-Esteben, qui permet de livrer une vue d'ensemble des dispositions de la directive de manière à la fois claire et synthétique. L'auteur souligne tout d'abord les lacunes de la directive, qui se traduisent par l'absence de dispositions relatives à

[41] BOUT R., « Le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts », Le Lamy droit économique, 2015, n° 1622 ; CE, « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (livre vert) », *ibid.*

[42] 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 [en ligne] https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_fr.pdf (consulté le 05/10/2019), pt. 2.1., p. 4.

l'action de groupe (régie en France par la loi « Hamon » du 17 mars 2014[43]) ainsi que l'absence de dispositions relatives à la prise en charge des frais du procès, là où les travaux de la Commission mettaient en avant les coûts de la procédure comme faisant obstacle à l'action des victimes. Outre ces lacunes, l'auteur remarque l'élargissement par la directive de l'accès au juge pour les acheteurs indirects sur lesquels a été répercuté le surcoût généré par l'infraction, auxquels la directive va jusqu'à accorder une présomption simple de répercussion du surcoût, qui devra être combattue par les acheteurs directs. La directive modifie encore le point de départ du délai de prescription, qui ne commence à courir « qu'à partir du moment où, d'une part, l'infraction a cessé et où, d'autre part, le demandeur a pris ou a pu prendre connaissance non seulement du comportement préjudiciable, mais aussi du "fait qu'il constitue une infraction" au droit de la concurrence ». La directive permet également aux victimes de demander l'accès à des catégories de preuves, qui doivent demeurer pertinentes et "circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible" », afin d'éviter que de prétendues victimes ne se livrent à une stratégie de pêche à l'information. La directive introduit en outre une présomption irréfragable d'établissement de l'infraction en cas de décision de condamnation émanant de la Commission européenne ou de l'autorité nationale de concurrence (la présomption n'étant qu'une présomption simple lorsqu'elle émane d'une autorité située dans une autre Etat membre). Le texte pose en outre un principe de solidarité passive entre les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence, « avec cependant une exclusion remarquable au profit des bénéficiaires de la clémence, mais aussi des PME ». Il présume encore l'existence du préjudice découlant d'une entente, bien qu'il ne s'agisse que d'une présomption simple. Quant à l'estimation du préjudice, « la directive énonce le principe selon lequel "la charge et le niveau de la preuve ne doivent pas rendre cet exercice pratiquement impossible ou excessivement difficile". À cette fin, elle facilite l'office du juge en prévoyant qu'il peut se limiter à "estimer" le montant » des dommages et intérêts dus à la victime, dérogeant ainsi à l'exigence de certitude du préjudice. Mais c'est surtout la volonté de permettre une cohabitation entre le contentieux privé et le contentieux public qui anime la directive. Cette dernière prévoit ainsi que le délai de prescription de l'action civile sera interrompu ou suspendu en cas d'engagement d'une action publique, ce qui constituait auparavant un obstacle majeur en pratique. Elle entend également assurer l'efficacité du contentieux public en garantissant une protection aux déclarations effectuées en vue d'obtenir le bénéfice de la procédure de clémence ou de transaction. Si la directive avait pour

[43] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, page 5400, texte n° 1.

objectif de renforcer l'action des victimes tout en garantissant le maintien de l'efficacité du contentieux public, Me Saint-Esteben considère que l'ordre de ces deux objectifs a finalement été inversé. Ce dernier souligne en effet qu'il « n'est pas surprenant que l'impact de la directive apparaisse plus nettement au regard de la coordination avec l'action publique que sur l'efficacité des actions privées pour laquelle la directive semble plus prudente, même si les innovations par rapport à notre droit ne sont tout de même pas négligeables »[44]. La publication de la directive s'accompagne d'une communication de la Commission, mais aussi et surtout d'un guide pratique concernant la quantification du préjudice (ci-après « le guide pratique » ou encore « le guide »), destiné à aider les juridictions comme les victimes dans cette tâche[45]. La publication d'un tel guide revêt en effet une importance pratique certaine, car, comme le fait remarquer Me Masmi-Dazi, les nombreuses mesures favorables à l'action des victimes introduites par la directive devraient conduire l'essentiel des débats devant les juges du fond à se cristalliser autour des questions relatives à la quantification du préjudice, constat qui semble d'ailleurs s'avérer en pratique[46]. Or, les décisions révélant l'existence de ces difficultés demeurent rendues sous l'empire du droit antérieur à la transposition de la directive 2014/104, et de ses mesures facilitatrices de l'action des victimes (parmi lesquelles notamment l'affirmation du recours à la technique de l'estimation, la présomption de préjudice découlant d'une entente, ou encore l'important rappel, en son art. 17, de la règle selon laquelle « ni la charge ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne [doivent rendre] l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement impossible ou excessivement difficile »).

24. Ces difficultés devraient ainsi être amoindries par l'ordonnance du 9 mars 2017 (ci-après « l'ordonnance »), qui transpose en droit français la directive 2014/104[47]. L'ordonnance s'accompagne en outre d'une circulaire du 23 mars 2017 (ci-après « la circulaire »), qui présente de manière pédagogique l'ensemble des nouvelles dispositions applicables au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, le texte expliquant avec clarté le sens à

[44] SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 258.
[45] CE, « Guide pratique 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 » [en ligne] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf (consulté le 25/07/2019).
[46] MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation des dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 104 ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016) », Concurrences n° 2-2017, p. 217.
[47] Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n° 29.

donner aux nouvelles règles encadrant l'indemnisation des victimes[48]. L'ordonnance transpose l'intégralité des dispositions de la directive, bien que le texte français présente certaines différences par rapport à cette dernière. Elle se montre plus précise que la directive en matière de responsabilité solidaire des coauteurs de l'infraction, en employant la notion de « personne » plutôt que la notion « d'entreprise » (L481-9 C.com), évitant ainsi, comme le souligne M. Amaro, « l'importation en droit de la responsabilité civile d'un concept inconnu qui aurait sans doute causé quelques perturbations notionnelles ». L'ordonnance introduit bien entendu en droit français l'effet liant des décisions de condamnation prononcées par les autorités de concurrence, tout en précisant que ledit effet est acquis dès lors que la décision de l'autorité « ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative » au constat de l'infraction (L481-2 C.com). L'effet liant sera donc acquis, même en cas de recours qui ne porterait que sur le montant de la sanction, ce qui n'est pas un cas d'école en pratique. Cette précision apportée par l'ordonnance pourrait constituer l'une des avancées les plus importantes en matière de droits des victimes, en ce qu'elle devrait leur permettre de réaliser un important gain de temps. Ainsi, « là où il fallait attendre souvent quatre ou cinq ans (voire bien plus dans certaines affaires) avant qu'un demandeur ne puisse demander réparation à un juge dans une action complémentaire, il ne faudra plus qu'un ou deux ans désormais ». À l'inverse, l'auteur remarque un recul de l'ordonnance par rapport à la directive en matière de présomption du préjudice : le texte français limite la présomption aux ententes entre concurrents (ententes dites « horizontales », en présence desquelles l'existence d'un préjudice ne fait que peu de doute en pratique), alors que le bénéfice d'une telle présomption aurait été utile aux victimes d'ententes verticales et d'abus de position dominante. Le texte dresse une liste des préjudices indemnisables, desquels sont omis les intérêts, qui revêtent pourtant une importance majeure en pratique. Cette omission n'est cependant pas de nature à nuire à l'action des victimes, dans la mesure où la liste proposée n'est qu'une liste indicative. L'art. L481-8 C.com ne laisse par ailleurs aucun doute sur la question, et introduit en outre une certaine flexibilité quant à l'exigence de certitude du préjudice, en précisant que l'évaluation doit être faite en tenant compte de l'évolution « raisonnablement prévisible » du préjudice. L'ordonnance précise encore les règles relatives à la contribution à la dette, en indiquant que les coauteurs y contribuent « à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage » (L481-9 C.com). Elle transpose encore les nouvelles règles relatives

[48] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017.

à la production de pièces, introduisant en droit français la possibilité de demander la production de « catégories de pièces », mais d'une manière tellement circonscrite que la règle ne devrait pas constituer une avancée majeure par rapport à la pratique actuelle (L483-1 C.com). L'ordonnance introduit enfin en droit français des dispositions destinées à garantir l'attractivité des procédures de clémence et de transaction, en excluant de toute communication les documents établis en vue d'obtenir le bénéfice desdites procédures (L483-5 C.com). M. Amaro livre un avis somme toute pessimiste sur le texte, regrettant la mise en retrait de l'aspect sanctionnateur du contentieux privé (à travers l'interdiction notamment des dommages et intérêts punitifs) au profit d'une mise en avant de sa seule fonction réparatrice. Selon lui, « l'absence de toute règle destinée à renforcer la fonction répressive de la responsabilité n'incitera pas les défendeurs à recourir à la transaction, plus que ce qu'ils ne le font déjà. Il est donc probable que les procès devant le juge étatique restent longs et couteux et que leur résultat pour les demandeurs demeure encore longtemps insatisfaisant ». L'auteur y voit une « réforme de compromis », qui ne satisfera vraiment personne, et considère qu'il « faudra du temps avant que la pratique et la théorie répondent aux nombreuses questions qui restent en suspens »[49].

25. Intitulé du sujet. Le choix d'intituler la présente thèse « les stratégies juridiques de l'entreprise à l'épreuve du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles » repose sur le constat selon lequel la doctrine se montre tantôt optimiste, tantôt pessimiste quant aux réformes intervenues pour améliorer l'action des victimes. L'approche retenue consistera alors à imaginer quel rôle pourraient tenir les conseils juridiques d'une entreprise qui serait confrontée aux nouvelles règles du contentieux privé, que ce soit en tant que demandeur ou en tant que défendeur. Une telle approche nous semble d'autant plus pertinente qu'une lecture des textes au prisme de la stratégie juridique pourrait permettre d'en révéler les différentes interprétations possibles : la directive n'est-elle pas conçue comme un outil destiné à faire échec aux stratégies défensives habituellement employées en la matière, pour au contraire renforcer l'action des victimes ? Il s'agira ainsi de s'interroger sur les interprétations que les parties au procès tenteront de donner aux règles introduites en droit français par l'ordonnance, et donc d'étudier les stratégies interprétatives reposant sur le « droit flou », pour reprendre l'expression de M. le Professeur Masson (V. *supra*, n° 12). Il convient de ne pas oublier à ce titre que si l'ordonnance

[49] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », Concurrences n° 2-2017, p. 70.

présente quelques différences par rapport à la directive, la jurisprudence « *Von Colson* » impose aux juges d'interpréter le droit national conformément aux dispositions des directives[50].

26. La première question abordée sera celle de l'effet liant des décisions de condamnation (art. 9 de la directive et art. L482-1 C.com) rendues par les autorités de concurrence. L'effet liant prive-t-il véritablement le juge de tout rôle à jouer en matière de qualification et d'appréciation de la faute civile ? Si axer une stratégie défensive sur la contestation de l'existence d'une faute civile n'apparaît pas une solution viable dans le cadre du contentieux complémentaire, une telle stratégie est-elle immanquablement vouée à l'échec ? Et quand bien même la contestation de l'existence de la faute échouerait, la notion de faute civile ne conserve-t-elle toutefois pas sa place dans la stratégie défensive de l'entreprise ? La gravité de la faute constitue en effet l'un des critères régissant la répartition de la contribution à la dette entre les coauteurs d'une infraction, selon l'art. L481-9 C.com. La question se pose encore de savoir quelles décisions donneront lieu ou non à effet liant, ainsi que celle de savoir si l'effet liant pourra ou non être utilisé de manière à faire échec à l'action des victimes, lorsqu'une décision de non-condamnation aura été prononcée par l'autorité de concurrence compétente. La notion de faute civile ne nous semble donc pas vouée à être écartée des débats, et ce même en cas de contentieux complémentaire.

27. Seront également abordées les questions relatives à la démonstration de l'existence d'un préjudice généré par l'infraction, ainsi que sa quantification. Il s'agira ainsi d'aborder les différentes mesures destinées à tenir compte de la réalité économique développées par la directive et reprises par l'ordonnance. Figurent au rang de ces dernières la présomption de préjudice consécutif à une entente anticoncurrentielle ayant affecté le marché (L481-7 C.com), objet de plusieurs critiques quant à sa probable efficacité pratique. La question de la répercussion du surcoût le long de la chaîne économique sera également l'occasion de s'interroger sur la pertinence de la présomption de répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect, bien souvent un consommateur, qui n'aura que peu d'intérêt à exercer l'action, ce qui pourrait nuire à l'efficacité des actions exercées par les acheteurs directs (L481-3 à L481-5 C.com). Le souci de tenir compte de la réalité économique a encore conduit à des dispositions visant à renforcer le résultat de l'action en réparation, qui se traduisent par des récompenses accordées aux entreprises choisissant d'indemniser les victimes par le recours aux modes consensuels de règlement des litiges (L481-13 C.com), ainsi que l'affirmation d'un principe de

[50] CJCE, 10 avril 1984, « Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen », affaire 14/83.

solidarité entre les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence (L481-9). Ces deux dispositions devraient occuper une place importante dans la stratégie des parties, en ce qu'elles permettent de limiter les conséquences de l'infraction pour le défendeur, tout en garantissant une indemnisation rapide pour le demandeur. Le recours à une procédure de clémence permet encore d'atténuer la responsabilité de l'entreprise qui aura obtenu une immunité totale de sanction (L481-12 C.com). Mais le droit nouveau confronte encore à la réalité économique le principe de réparation intégrale du préjudice, en interdisant tout d'abord les dommages et intérêts punitifs, afin d'éviter tout enrichissement injustifié des victimes (L481-3 C.com). Or, c'est là négliger le fait que la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est susceptible de s'inscrire dans une logique de faute lucrative d'une part, et le fait que les montant accordés aux victimes sont bien souvent trop faibles pour justifier qu'elles agissent en justice d'autre part, risquant ainsi de priver le contentieux indemnitaire de son attractivité. Mais plusieurs règles pourraient être sollicitées afin de pallier ce manque, ce qui correspond à une hypothèse de droit « fou » selon la classification établie par le Professeur Masson (V. *supra*, n° 12). Ainsi, le demandeur pourrait choisir d'assigner un concurrent et de solliciter, dans l'avenir, le prononcé à son encontre d'une amende civile, comme le prévoit le projet de réforme de la responsabilité civile. Il pourrait encore faire le choix de céder sa créance à une entreprise spécialisée dans le recouvrement de créances indemnitaires, ou mettre en œuvre sa propre campagne de rachat de créances des victimes. Ces deux options auraient alors pour effet d'augmenter grandement le montant global de la sanction à laquelle sera condamnée le défendeur, lui infligeant ainsi un préjudice résultant de l'augmentation de ses coûts (tout en enrichissant corrélativement le demandeur qui choisirait de racheter lui-même les créances). L'intérêt d'une mise en œuvre du contentieux privé serait alors justifié sur le plan stratégique, l'idée étant de nuire aux performances d'une entreprises concurrente par l'augmentation de ses dépenses non-productives (coût de la défense, coût de la condamnation à une éventuelle amende administrative par une autorité de concurrence, coût de l'amende civile, et enfin coût des dommages et intérêts). Mais ces palliatifs à l'interdiction des dommages et intérêts punitifs connaissent leurs limites : l'amende civile n'en est encore qu'au stade de projet, et la cession de créances, bien qu'admise de manière très claire par la directive 2014/104, se heurtera sans nul doute au droit de retrait litigieux du droit français. L'habileté des conseils de l'entreprise sera sur ce dernier point sollicitée par les demandeurs afin de leur permettre de bénéficier d'un mécanisme efficace de regroupement de leurs droits, alors que les défendeurs tenteront bien entendu de faire prévaloir le droit de retrait litigieux. La directive et l'ordonnance aménagent encore les caractères du préjudice, et notamment l'exigence de certitude, en admettant que le

préjudice puisse faire l'objet d'une estimation, afin d'éviter que les victimes ne se trouvent privées de toute indemnisation lorsqu'il leur est trop difficile de se livrer à une quantification précise. Quant à l'évaluation du préjudice en elle-même, la directive demeure muette, et seul le guide pratique de la Commission fournit des indications sur la question. Or, celles-ci ne permettent pas de lever les difficultés relatives à l'exigence d'un lien de causalité direct et certain entre la faute et le préjudice subi par la victime. L'art. 4 de la directive semble à ce titre le seul élément de réponse en la matière, qui rappelle le principe d'effectivité et impose ainsi aux Etats membres de veiller « à ce que toutes les règles et procédures nationales ayant trait à l'exercice du droit de demander des dommages et intérêts soient conçues et appliquées de manière à ne pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit […] à réparation intégrale du préjudice ».

28. Si l'évaluation du préjudice repose en pratique sur le recours aux expertises économiques, l'accès aux éléments de preuve détenus par les parties à l'instance comme par les autorités de concurrence (dans l'hypothèse d'un contentieux complémentaire) n'en demeure pas moins pertinent. Ces derniers pourraient en effet permettre d'accréditer les thèses développées dans le cadre des expertises quantifiant le préjudice. L'accès aux preuves sera bien entendu déterminant dans le cadre du contentieux autonome, afin de prouver l'existence de l'infraction. Or, la directive et l'ordonnance introduisent en droit interne un certain nombre de règles processuelles, parmi lesquelles des règles intéressant la réunion des preuves. Ces dernières concernent tant la divulgation des preuves entre les parties (L483-1 C.com) que l'accès aux éléments contenus dans les dossiers des autorités de concurrence (L483-5 C.com). Les nouvelles dispositions encadrant les demandes de production entre les parties n'apportent pas de véritables nouveautés, en ce que la directive semble s'être largement inspirée sur ce point des règles du droit français. Quant à l'accès aux éléments détenus par les autorités de concurrence, la règle la plus notable réside dans l'interdiction de communiquer les documents établis en vue d'une procédure de clémence ou de transaction. Une stratégie de défense efficace pourrait consister à livrer un maximum d'informations aux autorités de concurrence dans le cadre desdites procédures, afin de priver autant que possible les victimes de preuves leur permettant de renforcer la démonstration de leurs prétentions (faisant ainsi naître des doutes quant à l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice qu'elles allèguent et les pratiques sanctionnées par l'autorité compétente). Or, une telle stratégie pourrait être contournée par le demandeur en recourant à la technique du référé probatoire avant que les auteurs de l'infraction ne demandent le bénéfice de la clémence ou de la transaction. L'art. L483-5 C.com dispose en

effet que de tels documents doivent être écartés des débats lorsqu'ils ont été obtenus uniquement grâce à l'accès au dossier de l'autorité. Les victimes devront donc exploiter, dans le cadre de leur stratégie probatoire, le terme « uniquement » pour tenter de prendre de vitesse les auteurs d'une infraction au droit de la concurrence et contourner la protection offerte par L483-5 C.com en arguant du fait que les documents n'ont pas été obtenus uniquement grâce à l'accès au dossier. Une autre confrontation intéressante résidera dans l'opposition entre le principe de loyauté de la preuve, que ne manqueront pas d'invoquer les défendeurs, et le principe du droit à la preuve, renforcé par le rappel du principe d'effectivité à l'art. 4 de la directive. La directive et l'ordonnance aménagent encore les règles relatives à l'écoulement du délai de prescription, qui conduisaient jusqu'alors à rendre pratiquement impossible l'action des victimes à la suite d'une procédure devant une autorité de concurrence. En effet, la saisine de l'ADLC ne suspendait pas la prescription de l'action civile, enfermée dans le délai de droit commun de 5 ans, en pratique bien souvent écoulé une fois prononcée l'éventuelle décision de condamnation des pratiques. Désormais, l'art. L462-7 C.com dispose que « tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles par 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 et de l'action indemnitaire ». La règle revêt une importance pratique certaine, dans la mesure où elle prive les auteurs de pratiques anticoncurrentielles d'une stratégie défensive jusqu'alors très efficace.

29. S'il semble aujourd'hui possible pour les victimes de rapporter plus facilement la preuve de l'existence d'une faute civile, d'un préjudice et d'un lien de causalité (à condition de se livrer à une stratégie interprétative en ce sens), un important obstacle pourrait résider dans le peu d'intérêt économique du contentieux privé à leurs yeux. Afin de contourner cette difficulté, la loi « Hamon » a introduit en droit interne l'action de groupe, à l'art. L623-1 C.conso[51]. Unanimement critiquée en doctrine, cette dernière n'a connu aucun succès en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la procédure réservant l'action aux consommateurs, à l'exclusion des personnes morales. Or, ces derniers n'ont que peu d'intérêt à l'action, le préjudice qu'ils subissent ne s'élevant qu'à quelques dizaines d'euros, somme qui s'avère largement insuffisante pour les convaincre d'entreprendre les démarches nécessaires auprès des associations de consommateurs pour récupérer les dommages et intérêts obtenus en

[51] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, page 5400, Texte n° 1.

cas de condamnation (les sommes non réclamées étant restituées aux auteurs de l'infraction, l'efficacité du mécanisme s'en trouve dès lors compromise). Exclure les personnes morales de l'action de groupe s'avère être une erreur préjudiciable au fonctionnement du système, dans la mesure où les TPE et les PME, qui auraient pourtant intérêt à agir eu égard à l'ampleur du préjudice qu'elles subissent, se trouvent dépourvues de moyen de regrouper leurs droits afin de mettre en commun les coûts de la procédure et d'ainsi aboutir à un calcul économique rendant pour elles envisageable la mise en œuvre du contentieux indemnitaire. Face à ce constat d'échec, la pratique a développé des solutions alternatives intéressantes, la première étant l'action collective organisée par les avocats, parfois par le biais de plateformes informatiques, qui présente l'avantage de pouvoir réunir plusieurs victimes personnes morales afin qu'elles puissent partager les frais de la procédure. La seconde, particulièrement efficace, réside dans la cession de créances à des sociétés spécialisées dans leur recouvrement (la plus célèbre d'entre elles étant la société « *Cartel Damages Claims* », ci-après « CDC »). CDC a démontré l'efficacité du mécanisme de la cession de créances en matière de contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, obtenant gain de causes dans plusieurs affaires, et conduisant les auteurs de pratiques anticoncurrentielles à transiger pour des sommes très importantes. Le mécanisme pourrait toutefois se heurter en France au droit de retrait litigieux de l'art. 1699 C.civ, et les victimes de pratiques anticoncurrentielles devront là encore déployer une stratégie interprétative efficace afin de faire échapper la cession de créances indemnitaires à la règle. En effet, la directive 2014/104 reconnaît expressément la possibilité pour le cessionnaire de la créance d'agir en réparation, et si l'ordonnance ne dit rien à ce sujet, la circulaire du 23 mars 2017 rappelle cette possibilité en des termes très proches de ceux employés par la directive. Cette reconnaissance constituera à notre avis l'une des clés du succès du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

30. À la suite des développements ci-dessus, il nous semble permis d'affirmer que le nouveau contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles pourra constituer un outil efficace qui trouvera sa place dans la stratégie juridique des entreprises, sous réserve de la mise en œuvre d'une stratégie de façonnage normatif efficace destinée à préciser les contours des nouvelles règles (V. *supra,* n° 12). Il convient tout d'abord d'observer que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ne recouvre pas une seule et même réalité, mais offre aux victimes un certain nombre d'options quant à sa mise en œuvre, qui devront alors déterminer la solution la plus adaptée à leur situation (la taille de l'entreprise victime aura bien entendu un rôle à jouer en la matière, une PME n'ayant pas les mêmes moyens qu'une grande entreprise).

Ces dernières peuvent tout d'abord choisir la voie du contentieux autonome, en saisissant directement le juge de la réparation en dehors de toute intervention des autorités de concurrence. Il s'agira alors de démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice, et d'un lien de causalité, ce qui rend cette voie plutôt adaptée aux infractions caractérisées, dont la qualification de pratiques anticoncurrentielles ne laisse pratiquement aucun doute. Le contentieux autonome s'illustre notamment à la suite d'abus de domination ou d'ententes verticales commis dans le cadre d'une relation contractuelle entre les parties, le contrat constituant alors un utile point de départ à la quantification du préjudice (en se basant sur la valeur des transactions manquées du fait de l'infraction). Le contentieux autonome présente alors, dans de telle hypothèses, l'intérêt d'être plus simple et surtout plus rapide à mettre en œuvre que le contentieux complémentaire[52]. À l'inverse, le contentieux complémentaire (qui se développe à la suite ou en parallèle du contentieux public) est plus adapté aux infractions complexes, pour lesquelles l'existence d'une restriction de concurrence n'est pas évidente, et dont la preuve nécessite une expertise et d'importants moyens d'investigation dont seules disposent les autorités de concurrence[53]. Elles permettront encore de parvenir à un résultat plus efficace dans le cadre d'une stratégie de désorganisation d'une entreprise concurrente, le cumul d'une amende administrative, d'une éventuelle amende civile lorsque cette dernière aura été introduite en droit français, et la condamnation à des dommages et intérêts potentiellement importants en cas de cessions de créances pourra aboutir à une sanction globale élevée. Qu'il s'agisse d'un contentieux autonome ou de suivi, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles permet encore d'obtenir la nullité des pratiques mises en œuvre par un partenaire ou un concurrent, ce qui en fait bien entendu un outil stratégique intéressant. Enfin, l'aspect du contentieux privé peut varier en fonction du droit applicable en cas d'infractions transnationales. Il convient d'observer à ce titre que le demandeur aura intérêt à localiser le contentieux devant les juridictions d'Etats membres ayant propension à accorder des sommes importantes aux victimes. En outre, les règles de conflit de lois conduisent, en matière d'action de groupe, à l'application de la *lex fori*, donc au droit français si l'action venait à être intentée en France. Il semble ainsi que les auteurs de pratiques anticoncurrentielles n'aient pas d'inquiétudes à avoir vis-à-vis d'une action de groupe intentée depuis l'étranger, puisque les dispositions du Code de la consommation devraient tout de même trouver à s'appliquer (avec le peu d'efficacité qu'on leur connaît, V.

[52] AMARO R. et VEY-MORIT H., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy droit des affaires, 1er septembre 2015, nº 107, p. 29.
[53] *Ibid.* ; DIENY E., « Démonstration des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de cassation confirme une certaine régression des droits de l'entreprise victime », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2016, nº 49, p. 53.

supra, n° 29). À l'inverse, si la loi du groupement venait à être désignée applicable, l'entreprise se trouverait confrontée à une action de groupe potentiellement efficace, en fonction des règles prévues par la loi étrangère. L'ensemble des options offertes par le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles aura donc une première incidence en termes de stratégie juridique : il s'agira pour l'entreprise de déterminer, en fonction de sa taille et de sa capacité juridique (V. *supra*, n° 9 et 13), la forme de contentieux la plus adaptée à sa situation.

31. Les juristes d'entreprise auront ainsi un important rôle à jouer dans le développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, car c'est de leur conscience des opportunités stratégiques qu'offre la matière que dépendra son succès. Le droit des pratiques anticoncurrentielles constitue en effet une limite aux stratégies des entreprises sur le marché, et savoir solliciter l'application de ses règles peut permettre à l'une d'entre elles de modifier le comportement d'un ou plusieurs concurrents tout en générant d'importants dommages et intérêts. Un service juridique peut en effet constituer, selon des auteurs, un « centre de profits » pour l'entreprise[54], le service juridique de Michelin étant par exemple parvenu à générer 100 millions d'euros nets en dix ans, en osant demander réparation du préjudice causé par des ententes initiées par ses fournisseurs. Cette démarche est de plus en plus souvent imitée par les entreprises, conscientes de l'intérêt du contentieux indemnitaire[55]. M. Amaro considère ainsi l'augmentation du contentieux privé devant les juridictions civiles comme le signe d'une « banalisation du contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », résultat « d'une diffusion des connaissances en droit de la concurrence » permettant de « favoriser l'intériorisation de la règle » par les entreprises et leurs conseils (et ce bien que la majorité de ce contentieux soit pour l'heure rendu sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 9 mars)[56]. Il nous semble dès lors logique de considérer que la transposition de la directive 2014/104 permettra de renforcer cette fonction génératrice de profits, dont la forme ultime consisterait, pour une entreprise suffisamment importante pour mettre efficacement en œuvre une telle stratégie, à racheter les créances de victimes moins à même d'agir afin de maximiser les profits dégagés. L'intérêt stratégique qu'aurait une grande entreprise à dégager des profits

[54] BLIN J-P, GRASS C., « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 124.

[55] STEINMANN L., « Déjà puni par Bruxelles, le « cartel des camions » fait face à ses clients », Les Echos, 10 septembre 2018 [en ligne] https://www.lesechos.fr/10/09/2018/lesechos.fr/0302223463710_deja-puni-par-bruxelles--le---cartel-des-camions---fait-face-a-ses-clients.htm (consulté le 05/03/2019).

[56] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017) », Concurrences n° 4-2017, p. 212 ; AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), Concurrences n° 2-2018, p. 225.

grâce au procès rejoindrait alors les intérêts des victimes trop modestes pour obtenir réparation par elles-mêmes, faute de recours collectif efficace en droit français. Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, public comme privé, permet encore d'influencer l'environnement de marché dans lequel l'entreprise évolue. Plusieurs utilisations stratégiques du droit des pratiques anticoncurrentielles ont ainsi été identifiées par la doctrine, les principales visant à déverrouiller l'accès à un marché, à désorganiser une coordination entre entreprises, ou encore à obtenir l'interdiction de la stratégie de marché mise en œuvre par un opérateur dominant. Si le contentieux privé ne devrait pas révolutionner les utilisations stratégiques classiques du droit des pratiques anticoncurrentielles, il contribuera à en améliorer l'efficacité par l'augmentation globale du montant de la sanction, ainsi qu'en apportant plus de souplesse dans leur mise en œuvre. Il semble en effet que la procédure de référé soit applicable en la matière, ce qui présente de l'intérêt dans la mesure où ses conditions de mise en œuvre sont plus souples que l'obtention de mesures provisoires devant les autorités de concurrence. C'est pour ces raisons que le succès du contentieux privé nous semble dépendre de la prise de conscience par les juristes des opportunités qu'offre la matière en termes de stratégie juridique. La possibilité de modifier l'environnement de marché tout en générant des profits constitue à notre avis un avantage non négligeable pour qui saura embaucher les compétences lui permettant de solliciter l'application de ce nouveau contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. À titre de comparaison, il convient d'observer que le droit japonais connaît, depuis 1974, un système juridique très similaire aux règles introduites par la directive et l'ordonnance. Or, ce n'est pas tant le contenu des règles en lui-même qui a permis l'essor de la matière au Japon, mais bien le militantisme d'associations qui ont incité les citoyens à saisir les juridictions compétentes afin d'obtenir réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles[57].

32. Si la réforme de la matière introduite par la directive semble aller dans le sens d'un renforcement de l'efficacité du contentieux privé de nature à lui faire prendre une place plus importante dans la stratégie juridique de l'entreprise, cette dernière devra encore apprendre à s'en prémunir, en en tenant compte dans sa stratégie de gestion du risque. Il convient tout d'abord d'observer que les stratégies classiques de gestion du risque concurrentiel ne produiront en règle générale qu'un effet limité sur le risque de contentieux privé. En effet, le recours à une procédure d'engagements, de transaction ou de clémence n'interdit pas aux victimes de

[57] VANDE WALLE S., « Private Enforcement of Antitrust Law in Japan: An Empirical Analysis », The Competition Law Review, décembre 2011, Volume 8 Issue 1 pp 7-28 (traduction proposée par nous).

demander réparation pour le préjudice causé par les pratiques. Chacune présente ses avantages et ses inconvénients, et il incombera à l'auteur de l'infraction de choisir la procédure négociée qui lui semblera la plus à même d'atténuer à la fois le risque d'amende administrative et le risque de dommages et intérêts. À ce titre, la procédure d'engagements, lorsqu'il est possible de la mettre en œuvre, semble la plus intéressante : l'entreprise n'est pas condamnée au paiement d'une amende, et les préoccupations de concurrence identifiées par l'autorité de concurrence ne suffisent pas en soi à caractériser une faute civile (elles constituent toutefois un élément de preuve dont pourra se prévaloir la victime au soutien de sa demande). La procédure d'engagements peut donc permettre, dans l'idéal, d'échapper à toute sanction, sous réserve d'une modification du comportement de marché de l'entreprise mise en cause. La procédure de transaction permet quant à elle de réduire le montant de l'amende prononcée par l'autorité de concurrence en contrepartie d'une renonciation à contester les griefs qui auront été notifiés à l'entreprise. Il convient d'observer qu'en droit interne, l'ADLC indique que le recours à la procédure de transaction ne constitue ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité[58]. L'entreprise nous semble donc ainsi en mesure de modérer le montant de la sanction prononcée par l'ADLC, tout en conservant la possibilité de contester l'existence d'une infraction au droit de la concurrence constitutive d'une faute civile devant le juge de la réparation (bien que là encore la décision de l'ADLC constituera un élément de preuve à l'appui de l'argumentation du demandeur). Il convient en outre d'observer que ce raisonnement n'est vrai que devant les juridictions françaises, puisque la procédure de transaction devant la Commission européenne constitue quant à elle une reconnaissance de culpabilité, ce qui interdira toute contestation quant à la réalité de l'infraction devant le juge de la réparation (ce dernier n'ayant alors qu'à apprécier si l'infraction constitue ou non une faute civile, ce qui sera le cas dans la grande majorité des cas). La transaction offre encore une protection aux éléments de preuves recueillis en vue d'accorder le bénéfice de la procédure à l'entreprise, ce qui pourra permettre de priver la victimes d'éléments qui auraient corroboré les expertises économiques sur lesquelles se basent la quantification du préjudice, permettant ainsi de diminuer le montant final de la condamnation. La procédure de clémence emporte également reconnaissance de l'existence de l'infraction, le juge n'ayant alors plus qu'à apprécier si l'infraction constitue automatiquement une faute civile ou non. Les bénéficiaires d'une exonération totale ou partielle de sanction en application de la procédure de clémence verront les éléments remis à l'autorité de concurrence pour en obtenir le bénéfice protégés de toute communication aux victimes, ce qui pourra ici

[58] ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction », pt. 16.

encore nuire à la solidité de la quantification du préjudice établie par la victime. Mais l'intérêt de la clémence repose surtout dans la dérogation à la règle de la solidarité accordée au bénéficiaire d'une immunité totale de sanction. Ce dernier ne sera en effet tenu solidairement qu'à l'égard de ses propres acheteurs directs et indirects, les autres victimes ne pouvant lui demander réparation que dans l'hypothèses où aucun autre coauteur ne serait en mesure de les indemniser. Quelle que soit la procédure négociée à laquelle tentera de recourir l'entreprise, aucune ne permettra à coup sûr de faire échec à l'action en réparation intentée par les victimes. Le développement du contentieux privé introduira ainsi une plus grande incertitude quant au montant global de la sanction, et ce notamment en cas de recours à la cession de créances. Or, une telle incertitude complexifiera le calcul du montant global de la sanction pour l'entreprise qui envisagerait une stratégie de faute lucrative.

33. Le constat de la nouvelle efficacité probable du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait alors conduire les entreprises à développer des outils spécifiquement adaptés à en gérer le risque. Une stratégie classique en la matière consiste à « filialiser » le risque, à savoir profiter de l'écran de la personnalité morale pour cantonner les conséquences de l'infraction à une société du groupe, la société mère échappant alors à toute condamnation. Or, une telle stratégie ne nous apparaît plus valide en tant que telle, dans la mesure où l'art. L481-9 C.com introduit le principe d'une responsabilité entre les coauteurs d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. Défausser le risque sur autrui impliquera donc de recourir à la technique contractuelle, soit par le biais de clauses telles que la garantie autonome, soit par le biais de contrats d'assurance. L'entreprise pourra encore tenter de se ménager une position de force préalablement au procès, en stipulant des clauses attributives de juridiction, ou encore des clauses instituant une procédure préalable de règlement amiable du litige. En outre, le recours aux modes consensuels de règlement des différends (MCRL) fera l'objet d'une double récompense. Il pourra permettre, d'une part, d'obtenir une réduction de l'amende prononcée par une autorité de concurrence le cas échéant, ainsi que, d'autre part, de bénéficier d'une exception à la règle de la responsabilité solidaire. En effet, en application de l'art. L481-13 C.com, « les codébiteurs non parties à la transaction ne peuvent réclamer au codébiteur partie à celle-ci une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime ». En mettant à l'abri l'entreprise qui aura transigé de toute contribution supplémentaire à la dette, le recours aux MCRL constitue l'une des méthodes les plus efficaces pour la gestion du risque face au contentieux indemnitaire. Son point faible réside toutefois dans le fait que le succès des MCRL repose sur la capacité des parties à se mettre d'accord, là où la victime pourra

préférer la voie contentieuse, si elle se considère sûre de ses chances de succès et estime que le procès lui rapportera plus qu'une transaction. L'auteur des pratiques devra alors être prêt à défendre sa cause devant les juridictions civiles, étant entendu que sa situation variera en fonction du type de contentieux (complémentaire ou autonome). La jurisprudence rendue à l'heure actuelle semble révéler que la meilleure solution consiste à convaincre les juges du manque de fiabilité de la quantification du préjudice proposée par le demandeur, en les faisant notamment douter de sa certitude et de son lien de causalité avec la faute. Quant à la contestation de la faute, elle semble constituer une solution viable face au contentieux autonome, ou même à la suite d'une procédure d'engagements ou transaction devant l'ADLC[59]. S'il nous apparaît théoriquement possible de contester l'existence d'une faute civile à la suite d'une décision de condamnation ou d'une procédure de clémence, en se basant sur la théorie de la dualité des fautes civiles et concurrentielles, il convient toutefois de remarquer que les chances d'y parvenir demeurent faibles. La meilleure stratégie consistera en effet à allonger au maximum la durée de la procédure (et donc son coût) tout en diminuant au maximum le montant du préjudice indemnisable afin de faire renoncer les victimes à l'action en rendant pour elles désavantageux le calcul coûts/avantages du procès.

34. Intérêt théorique et pratique du sujet. La présente thèse à une vocation à la fois théorique et pratique, l'étude du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles sous l'angle de la stratégie juridique de l'entreprise nécessitant la prise en compte de ces deux dimensions. Sur le plan théorique, il s'agira tout d'abord de tenter de livrer une synthèse pertinente des différents commentaires doctrinaux relatifs à la directive 2014/104 ainsi qu'à sa transposition en droit interne par l'ordonnance du 9 mars 2017. Cette synthèse est en effet nécessaire à une étude stratégique de la règle de droit, puisque, comme nous l'évoquions *supra* (V. n° 10), le rôle du juriste consiste à identifier l'ensemble des obligations qui incombent à l'entreprise et à mettre en œuvre le syllogisme juridique en vue de parvenir à une interprétation qui puisse être défendue. Les travaux de la doctrine constituent alors une base de données précieuse à cette fin, dans la mesure où les auteurs proposent diverses interprétations des textes, tout en soulignant les points forts et les points faibles du droit nouveau. La présente thèse se propose de tenter d'approfondir et de confronter ces raisonnements, afin de tenter de parvenir à de nouvelles interprétations possibles. En effet, s'interroger sur le sens des textes en termes de stratégie juridique permet selon nous d'aboutir à la conclusion selon laquelle la directive 2014/104

[59] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016) », Concurrences n° 4-2016, p. 230 ; AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 5 novembre 2015, nº 45, p. 72.

semble constituer un outil spécifiquement pensé pour contrer les stratégies défensives habituellement mises en œuvre par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, et ainsi approfondir l'interprétation qui peut être donnée des textes. Citons à ce titre l'effet liant, dont l'objectif consiste à accélérer la procédure pour éviter les stratégies destinées à décourager les victimes d'intenter l'action en réparation par un allongement artificiel de sa durée, ou encore l'affirmation de la possibilité d'estimer le montant du préjudice, afin d'éviter autant que possible les condamnations à des dommages et intérêts purement symboliques face aux contestations relatives à la certitude du préjudice ou au lien de causalité. De ces intérêts théoriques découlent en outre plusieurs intérêts pratiques. La présente thèse entend ainsi livrer un guide des différentes interprétations possibles des textes applicables au contentieux privé, à destination des juristes d'entreprise comme des avocats, dont ils pourront (tel est en tout cas notre souhait) s'inspirer lors de la construction de leurs stratégies juridiques. Il s'agira encore d'illustrer le fait que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles n'est pas une notion figée, mais offre en réalité un certain nombre d'options aux victimes, à charge pour elles de déterminer la plus adaptée à leur situation. Enfin et surtout, envisager les nouvelles règles du contentieux privé en se mettant à la place du conseil juridique de l'entreprise, qu'elle soit auteur ou victime, permet de tenter de prédire s'il s'agira ou non d'un contentieux efficace. Ainsi, et malgré l'absence de dommages et intérêts punitifs conférant une fonction réellement répressive au contentieux privé, les alternatives à l'action de groupe que sont la cession de créances et l'action collective organisée par les avocats (V. *supra*, n° 29) devraient permettre à ce contentieux de connaître le succès en pratique, ne serait-ce que par la possibilité qu'il offre de faire de la direction juridique de l'entreprise un centre de profits tout en permettant d'influencer l'environnement de marché dans lequel l'entreprise évolue (V. *supra*, n° 31). Plus que le contenu des textes en lui-même, c'est à notre avis par la prise de conscience des opportunités stratégiques qu'offre le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles que passera le succès de la matière (V. *supra*, n° 31). En levant un certain nombre d'obstacles à l'exercice de l'action, la directive et l'ordonnance constituent à ce titre un important pas en avant.

35. Problématique. La réforme du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles pose ainsi la question de la mesure dans laquelle les textes nouveaux modifient le droit antérieurement applicable. Il s'agira alors de s'interroger sur les différentes interprétations que pourront en faire les parties au soutien de leur stratégie judiciaire, les demandeurs entendant bien sûr obtenir une appréciation souple du triptyque de la responsabilité civile, alors que les défendeurs rechercheront quant à eux une interprétation plus stricte, de nature à compliquer la

tâche des victimes. Nous nous interrogerons enfin sur la manière dont ces nouvelles règles influenceront la stratégie juridique des entreprises, tant en termes d'opportunités stratégiques que de gestion du risque.

36. Choix des axes de réflexion. Embrassant l'idée développée par la citation introductive de la présente thèse, selon laquelle « le principe de la stratégie consiste à tout connaître, de l'unité au dix-millième »[60], nous consacrerons un premier axe de notre réflexion à la connaissance des nouvelles règles applicables au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, ainsi qu'aux diverses interprétations qu'il sera possible d'en donner. Cette connaissance s'avère en effet nécessaire à la détermination de la stratégie judiciaire des parties, en demande comme en défense, et suppose d'aller au-delà de ce que disent les textes pour aborder leurs zones de flou comme leurs non-dits, tous deux propices aux stratégies interprétatives et au façonnage normatif (V. *supra*, n° 12). Ce n'est en effet que par une connaissance suffisante des règles auxquelles obéit le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles qu'il sera possible de déterminer, plus largement, son influence sur la stratégie juridique des parties. La première partie sera donc intitulée « la maîtrise des nouveaux outils du contentieux privé, l'adaptation de la règle de droit par façonnage normatif » (Partie 1ère), et la seconde partie sera quant à elle intitulée « l'appréhension des risques et des opportunités, l'optimisation du contentieux privé » (Partie 2nde).

37. Loin de prétendre révéler une seule interprétation valable des nouvelles règles du droit des pratiques anticoncurrentielles, la présente thèse vise au contraire à tenter d'en livrer les différentes interprétations possibles, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité. Il s'agira ainsi de confronter les principales analyses doctrinales du contentieux privé, et de « se faire l'avocat du diable », en imaginant ce qu'un « juriste stratège » pourrait répondre pour tenter de faire prévaloir une argumentation contraire qui irait en son sens. Sur la base du constat selon lequel le contentieux privé devrait voir son efficacité augmenter à la suite des réformes intervenues en la matière, il s'agira d'aborder, sur la base des travaux déjà existants en la matière et là encore sans prétendre à l'exhaustivité, les différentes opportunités stratégique qu'elle offre aux parties, ainsi que ses effets en termes de gestion du risque.

[60] MIYAMOTO M., « Le Traité des Cinq Roues », *ibid.*

Partie 1ère : La maîtrise des nouveaux outils du contentieux privé, l'adaptation de la règle de droit par façonnage normatif

38. Poursuivant l'objectif d'une facilitation de l'action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, la directive 2014/104 impose aux Etats-Membres de l'Union européenne d'intégrer dans leurs législations nationales un certain nombre de dispositions nouvelles, transposées en France par l'ordonnance du 9 mars 2017. Ces dernières affectent tant les règles de fond de la responsabilité civile, que les règles de processuelles encadrant la mise en œuvre de l'action.

39. Si, selon le livre blanc de la Commission, la directive vise à harmoniser l'articulation des règles du contentieux public avec le contentieux privé, il nous semble permis d'affirmer que son objectif de faciliter l'action des victimes vise en réalité à impacter les stratégies judiciaires habituellement employées par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles afin de faire échec à l'action des victimes[61]. Nous aborderons donc, à l'occasion de deux titres, l'ensemble des dispositions introduites par la directive et l'ordonnance en droit français, ainsi que les points sur lesquels le droit nouveau demeure muet, et envisagerons les interprétations que pourront tenter de faire prévaloir les demandeurs comme les défendeurs au soutien de leurs stratégies judiciaires. Un premier titre sera ainsi consacré à « l'adaptation des constantes de la responsabilité en vue d'un renforcement de l'action en réparation » (Titre 1er), alors qu'un second sera consacré à « l'adaptation des règles processuelles en vue d'un renforcement de l'action en réparation » (Titre 2nd).

[61] 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, n° 1.2., p. 4.

Titre 1er : L'adaptation des constantes de la responsabilité en vue d'un renforcement de l'action en réparation

40. L'ordonnance du 9 mars 2017 transpose en droit français les règles introduites par la directive. Il en va ainsi de l'effet liant des décisions de condamnation rendues par les autorités de concurrence, ainsi que les nombreuses dispositions destinées à faciliter l'établissement du préjudice par les victimes. La directive demeurant muette quant à la question du lien de causalité, il conviendra alors de faire application des dispositions du droit commun de la responsabilité civile, appréciées à l'aune des principes d'effectivité et d'équivalence comme le commande son art. 4.

41. Du point de vue de l'établissement de la faute civile, l'effet liant commande de tenir pour établies de manière irréfragables les infractions au droit de la concurrence sanctionnées par l'autorité nationale de concurrence. Les décisions de condamnation émanant des autorités de concurrence d'un autre Etat-membre de l'Union Européenne n'auront quant à elles qu'une valeur de présomption simple. Le texte a soulevé en doctrine la question de savoir si l'existence de la faute civile pourrait encore être débattue devant le juge de la réparation, dans le cadre du contentieux de suivi. Si de nombreux auteurs considèrent que le texte consacre la théorie de l'unicité des fautes civiles et concurrentielles, cette interprétation soulève des questions, notamment lorsqu'est engagée la responsabilité solidaire de plusieurs entreprises. À l'inverse, la théorie de la dualité des fautes civiles et concurrentielles permet quant à elle de parvenir à une solution satisfaisante à tous les niveaux, et semble prévaloir lorsque l'on interprète la directive à l'aune du concept de stratégie judiciaire, en gardant à l'esprit son rôle de facilitateur de l'action des victimes.

42. Quant aux dispositions intéressant le préjudice, il conviendra d'observer l'apparente intention du législateur européen de concilier la rigueur des principes juridiques au pragmatisme économique. Plusieurs dispositions de la directive introduisent ainsi de nouvelles règles destinées à refléter cette réalité économique, tant du point de vue de l'existence du préjudice et de sa circulation le long de la chaîne économique, que du point de vue du résultat de l'action. Mais c'est surtout l'efficacité et l'attractivité de l'action en réparation qui seront mises en question à travers l'interdiction des dommages et intérêts punitifs, et l'absence de règles destinées à faciliter l'établissement du lien de causalité entre la faute et le préjudice. Peut-être l'affirmation de la possibilité d'estimer le montant du préjudice lorsqu'il n'est pas possible de

le quantifier avec suffisamment de précision permettra-t-elle d'assurer une certaine efficacité au contentieux indemnitaire ?

43. Les nouvelles règles relatives aux conditions de fond de l'action en responsabilité soulèvent donc d'intéressantes questions en termes de stratégie judiciaire. La question de savoir si le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles connaîtra ou non le succès en pratique nous apparaît aujourd'hui dépendre de l'interprétation qu'en livreront les juges. La stratégie de façonnage des parties qui, au gré des procès, feront de leur mieux afin de se ménager une jurisprudence favorable à leurs intérêts, aura donc un important rôle à jouer. Il nous semble à ce titre nécessaire de préciser que l'efficacité et le succès du contentieux privé dépendront de la capacité des demandeurs à faire prévaloir devant les juges une appréciation plus souple des conditions d'établissement du préjudice et du lien de causalité, là où les défendeurs tenteront bien entendu d'obtenir la solution inverse. Un premier chapitre sera ainsi consacré à « la faute civile confrontée au droit des pratiques anticoncurrentielles » (Chapitre 1er), et un second sera quant à lui consacré à « la notion de préjudice confrontée au droit des pratiques anticoncurrentielles » (Chapitre 2nd).

Chapitre 1er : La faute civile confrontée au droit des pratiques anticoncurrentielles

44. Comme toute action en réparation, le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles suppose la démonstration par la victime d'une faute civile ouvrant droit à indemnisation. En matière de contentieux autonome, la victime devra ainsi convaincre le juge que le comportement du défendeur constitue bien une pratique anticoncurrentielle, et constitue donc une violation de la règle de droit dont s'infère une faute civile. En matière contentieux complémentaire, la situation de la victime était jusqu'alors la même. Ainsi, le fait qu'une autorité de concurrence ait qualifié le comportement du défendeur de pratique anticoncurrentielle et ait à ce titre prononcé une sanction à son encontre ne liait pas le juge de la réparation. Ce dernier demeurait alors libre de juger que le comportement en cause ne constituait pas une pratique anticoncurrentielle, et pouvait donc débouter la victime malgré l'existence d'une décision de condamnation prononcée par une autorité de concurrence, bien que de telles hypothèses demeuraient extrêmement rares en pratique. La directive 2014/104 a ainsi introduit le principe de l'effet liant des décisions de condamnation prononcées par les autorités de concurrence (la décision de sanction constituant alors une présomption irréfragable d'existence de l'infraction aux fins de l'exercice de l'action en réparation lorsqu'elle émane de l'autorité nationale de concurrence). Les auteurs se sont alors divisés quant à la question du sens à donner à cette présomption irréfragable, certains considérant qu'elle emporterait présomption irréfragable de faute civile, alors que d'autres, minoritaires, considèrent qu'elle n'interdirait pas de contester l'existence de la faute civile en vertu de la théorie de la dualité des fautes civiles et concurrentielles. Si cette dernière conception venait à l'emporter, les défendeurs pourraient, dans des circonstances toutefois exceptionnelles, contester l'existence de la faute afin de faire échouer l'action des victimes. La question se pose encore de savoir quelles sont les décisions susceptibles de donner lieu à effet liant, ainsi que celle de sa possible bilatéralisation, qui consisterait à se prévaloir d'une décision de non-condamnation pour faire obstacle à l'action en réparation.

45. Il conviendra ainsi d'étudier, dans une première section, les rapports qu'entretiennent la faute civile et la faute concurrentielles (Section 1ère), avant de s'intéresser à la question de savoir quelles décisions sont susceptibles de donner lieu à effet liant (Section 2nde).

Section 1ère : La faute civile résultant d'une violation du droit de la concurrence

46. Afin de permettre le développement des actions en dommages et intérêts pour les préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles, la directive procède à un allègement de la charge probatoire pesant sur les victimes. L'effet liant, qui vise à faciliter la démonstration du fait générateur de responsabilité, doit offrir à la victime une plus grande sécurité juridique, tout en permettant une réduction de la durée et des coûts liés à la procédure. Il s'agit par-là de mettre fin à une stratégie de « guerre d'attrition » classiquement employée en défense par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, consistant à étendre au maximum la durée de la procédure. Il s'agit par-là de rendre prohibitif le coût de l'action par comparaison aux avantages qu'en retirerait la victime, même en cas de succès. Afin de contrer cette stratégie, l'infraction constatée par une autorité de concurrence ou une instance de recours se trouve désormais réputée établie de manière irréfragable (ou réfragable lorsqu'elle émane d'une autorité de concurrence non-nationale) aux fins de l'action en dommages et intérêts intentée par la victime. C'est là la seule certitude qu'offrent les textes : l'effet liant constitue une présomption d'établissement de l'infraction, destinée à garantir une meilleure sécurité juridique et à réduire la durée et les coûts liés à la procédure. Au-delà de cet intérêt pratique évident, l'effet liant soulève une importante question théorique concernant l'appréciation de la faute civile par le juge. Considérant que la violation d'une disposition légale constitue automatiquement la faute civile, une partie des auteurs considère l'effet liant comme présumant irréfragablement la faute civile, là où d'autres avancent la thèse selon laquelle faute civile et faute de concurrence constitueraient deux notions distinctes. C'est donc en réalité la question de l'automaticité de la faute civile en cas de manquement à la loi, et donc, plus largement, la question de la manière dont le juge doit apprécier la faute civile, qui se pose à la suite de l'introduction de la mesure en droit interne. Outre son intérêt théorique, la réponse conditionne la possibilité pour l'entreprise de contester ou non l'existence de la faute, ce qui aura une influence certaine en matière de stratégies judiciaires (V. n° 70 s).

47. Il conviendra donc d'étudier, dans un premier temps, l'influence de l'effet liant sur le rôle du juge dans l'appréciation de la faute civile (§ 1er), puis, dans un second temps, d'étudier les différentes traductions possibles, au prisme de la notion de faute civile, des comportements susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles (§ 2nd).

§ 1er : L'appréciation de la faute civile à l'aune de l'effet liant

48. Dans le cadre du débat entourant l'appréciation de la faute civile par le juge de la réparation, il existe à l'heure actuelle deux théories opposées, qu'il conviendra d'exposer. La première, dite théorie de l'identité de la faute civile et de la faute concurrentielle, considère la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles comme constituant automatiquement une faute civile, et voit donc en l'effet liant une présomption irréfragable de faute civile. La seconde, dite théorie de la dualité des fautes, considère que les textes encadrant le droit des pratiques anticoncurrentielles ne formulent pas d'exigences suffisamment précises pour constituer automatiquement une faute civile en cas de violation. Force est de constater que ni la directive 2014/104, ni l'ordonnance du 9 mars 2017 ne permettent de trancher la question avec certitude. L'acception de l'effet liant en tant que présomption irréfragable de faute civile fait cependant l'objet d'un certain nombre de critiques, auxquelles échapperait le mécanisme s'il venait à ne constituer qu'une présomption irréfragable d'établissement de l'infraction. Le livre blanc à l'origine de la directive 2014/104 admet en outre une possibilité d'exonération pour l'auteur de pratiques anticoncurrentielles lorsqu'elles résultent d'une erreur excusable. Au-delà de son influence en droit interne, le refus d'unifier le régime de la faute civile à travers la directive laisse la possibilité aux Etats Membres voisins de maintenir la dualité les fautes, offrant ainsi à l'entreprise la possibilité de mettre en œuvre une stratégie de forum shopping (V. *supra*, n° 80).

49. Il conviendra donc, dans un premier temps, d'exposer les théories relatives à l'appréciation de la faute civile par le juge et de déterminer la portée réelle de l'effet liant en la matière (A), avant d'étudier, dans un second temps, l'influence de ce mécanisme sur la notion de faute civile, tant dans le contexte du droit interne que du droit européen (B).

A. L'effet liant, présomption d'établissement de l'infraction

50. La réception de l'effet liant par la doctrine a donné lieu à deux interprétations opposées, traduisant en réalité, et plus largement, des approches divergentes quant à la question du caractère automatique de la faute civile en cas de violation d'une disposition légale (1). Le débat pose ainsi la question de la possibilité ou non pour l'auteur des pratiques anticoncurrentielles de présenter une défense basée sur la contestation de la faute civile, qui, sans être directement réglée par les textes, trouve une réponse dans les travaux préparatoires de la directive (2).

1. L'appréciation de la faute civile à la suite d'une violation de la loi

51. Si une part conséquente de la doctrine opine en faveur de la théorie de l'unité des fautes (a), plusieurs auteurs défendent quant à eux la thèse inverse (b). Il convient donc d'exposer, sans prétendre à l'exhaustivité, les arguments respectifs de ces deux courants.

a. La théorie de l'identité des fautes, l'effet liant comme présomption de faute civile

52. Sur la base du postulat selon lequel la violation de la règle légale constitue nécessairement une faute civile, une partie des auteurs voient en l'effet liant une présomption irréfragable de faut civile qui dispenserait ainsi le demandeur d'avoir à démontrer l'existence de cette dernière[62]. Une telle conclusion apparaît parfaitement logique, dans la mesure où l'art. 9 de la directive et l'art. L481-2 C.com réputent l'infraction « établie de manière irréfragable aux fins de l'action en réparation ». Or, si l'existence de l'infraction (et donc la violation de la loi) est établie de manière irréfragable, il devient alors impossible de remettre en question l'existence de la faute civile. Mme le Professeur Claudel a ainsi considéré, dans un premier temps, que le demandeur à l'action en réparation se trouvait dispensé de sa caractérisation : « la démonstration de la faute ne serait donc plus à faire ». Ce raisonnement s'appuie sur l'esprit de la loi Hamon, qui a, par anticipation, introduit en droit français le mécanisme de l'effet liant. Selon un avis rendu par la Commission des lois, « la charge de la preuve pesant sur les associations [...] est considérablement allégée puisque le manquement […] est réputé établi », et « seul le lien de causalité entre ce manquement et les préjudices, ainsi que leur détermination, resteront à définir »[63]. Il convient toutefois d'observer que l'art. L623-24 ne fait plus référence à l'effet liant, l'ordonnance du 9 mars 2017 ayant supprimé son alinéa 2 afin de centraliser l'effet liant à l'art. L481-2 C.com (or, ni l'ordonnance, ni la directive, ni leurs travaux préparatoires ne permettent d'affirmer que l'effet liant a vocation à présumer l'existence de la faute civile, V. *infra*, n° 58). Le Professeur Claudel regrette cependant que l'effet liant ne se limite pas à présumer

[62] V. en ce sens : AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », Concurrences n° 2-2017, p. 70 ; DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, nº 62, p. 25 ; FARACHE A., « Directive sur les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la Concurrence – 2014, n° 41, p. 55 ; SAINT-ESTEBEN R. et RIFFAULT-SILK J., « Propos introductifs », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », jeudi 25 septembre 2014, Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p.168 ; CLARENC C., « Le dommage », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence – 2015, n° 42, p. 183 ; LOUBIERES F. et SAINT-OLIVE F., « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », Revue Lamy de la Concurrence, 1er avril 2014, n° 39, p. 181.

[63] CLAUDEL E., « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », RTD Com. 2014, n° 2, p. 339.

simplement la faute civile, afin de permettre, dans certaines hypothèses, « de remettre dans le débat judiciaire la question de l'illicéité, et donc de la faute civile », ce qui ferait peser le risque de la preuve sur le défendeur[64]. Mme Riffault-Silk semble, quant à elle, considérer que l'effet liant emporte présomption irréfragable de faute civile, « puisqu'il n'y aura pas de débat sur la faute au stade de l'action en indemnisation », mais insiste sur la nécessité de tout de même identifier les faits fautifs sur lesquels repose l'action en réparation. Elle relève en effet que la cour d'appel britannique, comme la cour d'appel de Paris, « ont souligné qu'il incombait au juge chargé de la réparation, devant lequel était invoquée une décision de sanction d'identifier quels étaient […] précisément les faits qualifiés de manquements et jugés comme tels, donc constitutifs d'une faute présumée ». Mme Riffault-Silk insiste notamment sur la nécessité de préserver les droits de la défense, par cette identification des faits fautifs : « il faut bien que le défendeur ait pu se défendre auparavant, au cours de la procédure de sanction ce qui signifie qu'il doit avoir reçu une notification de griefs, avoir eu accès au dossier, avoir pu exercer un recours ». Si un certain nombre d'auteurs se positionnent en faveur d'une interprétation de l'effet liant comme présomption irréfragable de faute civile, la théorie de l'identité des fautes ne fait cependant pas l'unanimité en doctrine[65].

b. La théorie de la dualité des fautes, le rejet de l'automaticité de la faute civile en cas de violation de la loi

53. À l'opposé de la thèse précédente, une partie de la doctrine n'hésite pas à affirmer que faute civile et faute concurrentielle sont deux notions bien distinctes. Ainsi, une partie de la doctrine s'interroge « sur le point de savoir si la constatation d'infraction vaut constatation de la faute du professionnel »[66], et même, encore au-delà, sur la place qu'il restera à l'office du juge en la matière[67]. Bien que semblant se positionner dans le sens de la théorie de l'identité des fautes, Mme le Professeur Claudel a pu relever que si l'effet liant impose au juge de tenir l'infraction pour acquise, il n'est pas certain qu'il lui impose de tenir la faute civile pour acquise. Si elle a pu hésiter par le passé, elle considère désormais acquis que l'effet liant emporte présomption

[64] FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence – 2015, n° 42, p. 175.
[65] SAINT-ESTEBEN R. et RIFFAULT-SILK J., « Propos introductifs », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », jeudi 25 septembre 2014, Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p.168.
[66] MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence – 2015, n° 42, p. 104.
[67] SAINT-ESTEBEN R. et RIFFAULT-SILK J., « Propos introductifs », *ibid*.

irréfragable de faute civile[68]. Me Giraud et Me Galmiche vont jusqu'à affirmer de manière claire que la faute civile et la faute concurrentielle sont deux notions distinctes. En effet, malgré les tentatives répétées des cours d'appel de faire affirmer à la Cour de cassation que la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles constitue nécessairement une faute civile, cette dernière n'a jamais admis une telle automaticité, allant même jusqu'à se prononcer en sens inverse, bien qu'il ne s'agisse que d'un arrêt inédit. À l'appui de leur raisonnement, les auteurs rappellent également que le livre blanc à l'origine de la directive 2014/104 reconnaît la dichotomie des fautes, et propose même, en raison du « peu de règles de conduite claires » que fournit le droit des pratiques anticoncurrentielles, d'exonérer l'auteur des pratiques lorsque l'infraction qu'il a commise résulte d'une erreur excusable. En effet, s'appuyant sur les travaux de M. le Professeur Jourdain, les auteurs affirment qu'une « faute civile ne peut être qualifiée que dans l'hypothèse de la violation d'une règle de conduite préexistante, dans des cas où « l'autorité publique juge opportun de formuler, dans des textes écrits, des exigences précises relatives aux comportements humains ». Dès lors, « la jurisprudence de la Cour de cassation, les réflexions de la Commission européenne, ainsi que les notions de faute de concurrence et de faute civile permettent de douter d'un tel automatisme. La commission d'une pratique anticoncurrentielle ne constitue pas nécessairement une faute civile »[69]. Mme Evrard et Me Gordon rejoignent cette position, en indiquant que si l'effet liant interdit bien au juge de revisiter la qualification de l'infraction, il ne « semble pas pour autant contraint d'en déduire mécaniquement et servilement une faute génératrice de responsabilité civile ». Cette possibilité serait justifiée par le fait que « le droit de la concurrence présente de nombreuses "zones grises" sans grande prévisibilité juridique où l'éventuelle illégalité d'un comportement n'apparaît pas nécessairement avec un degré de certitude suffisant ». Le droit des pratiques anticoncurrentielles est en effet marqué par son caractère évolutif et sa complexité, qui résultent toutes deux « du rôle toujours croissant de l'analyse économique dans la qualification des infractions »[70]. M. Lelièvre, à l'époque président de la Conférence générale des juges consulaires de France, penche lui aussi pour la possible admission de la théorie de la dualité des fautes. Interrogé au sujet de l'effet liant, celui-ci répond comme suit : « quand bien même une

[68] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; CLAUDEL E., « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305.

[69] GIRAUD A., GALMICHE P., « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence : quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2014, n° 39, p. 186 ; CA Paris, 26 juin 2013, JCB Sales, n° RG : 12/04441 ; CA Versailles, 24 juin 2004, Vérimédia c/ Médiamétrie, n° RG : 02/07434 ; Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427.

[70] EVRARD C. et GORDON F., « Abrégé de private enforcement (2/3) », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2015, nº 42, p. 110.

juridiction civile tiendrait pour acquise la constatation par une autorité d'une violation du droit de la concurrence, ce manquement est-il pour autant directement assimilable à une faute civile ? »[71]. Les auteurs d'une telle infraction auront donc tout intérêt à user des méthodes d'interprétation de la norme afin de faire reconnaître la possibilité de contester l'existence de la faute civile, et s'exonérer ainsi de toute responsabilité. Bien entendu, et à supposer qu'ils parviennent à faire reconnaître en jurisprudence l'existence d'un tel outil stratégique, une telle exonération ne pourrait intervenir que de manière exceptionnelle. Elle pourrait toutefois présenter de l'intérêt, eu égard à l'importance potentielle des sommes en jeu.

2. La survie de la dualité des fautes malgré l'effet liant

54. Les deux interprétations possibles de l'effet liant exposées *supra* (V. n° 52 et 53) démontrent une réelle incertitude quant à la place laissée à l'office du juge. La seule certitude que nous semblent offrir les textes réside dans l'objectif assigné à la mesure, qui consiste à raccourcir la durée de la procédure, et donc son coût, tout en garantissant une meilleure sécurité juridique pour les victimes (a). Ni les textes, ni les travaux préparatoires ne semblent selon nous imposer de manière absolue la théorie de l'unité des fautes, et admettent au contraire la possibilité de faire application de la théorie de la dualité des fautes malgré la règle de l'effet liant (b).

a. Un outil de réduction de la durée et des coûts liés à la procédure

55. La seule certitude qu'il soit permis d'avoir au sujet de l'effet liant est que la mesure a vocation à simplifier l'action en responsabilité en levant les obstacles qui nuisent à sa mise en œuvre. Il ressort en effet des travaux préparatoires de la directive, ainsi que de ses considérants, que la mesure à vocation à « accroître la sécurité juridique », à éviter « toute incohérence dans l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », et à « renforcer l'efficacité des actions en dommages et intérêts et les économies de procédure dans ce domaine ». Pour ce faire, une infraction au droit de la concurrence constatée dans une décision définitive émanant d'une autorité de concurrence ou de son instance de recours « ne devrait pas être de nouveau contestée lors d'actions en dommages et intérêts ultérieures », et « une telle constatation devrait être considérée comme établie de manière irréfragable »[72]. L'exposé des motifs de la proposition de directive va dans le même sens, en indiquant qu'il serait contre-productif de permettre à l'auteur des pratiques de remettre en cause leur existence

[71] LELIEVRE Y., « Le tribunal de commerce, juge de la concurrence », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 12, p. 536.
[72] 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, point 2.3., p. 6 ; Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, considérant n° 34.

devant le juge de la réparation, ce qui « entraînerait une insécurité juridique et générerait des coûts inutiles pour toutes les parties concernées ainsi que pour le pouvoir judiciaire » [73]. Là encore, l'effet liant n'est conçu que comme une présomption d'existence de l'infraction destinée à réduire les coûts et la durée de la procédure. Rien cependant ne va dans le sens d'une présomption irréfragable de faute civile.

56. En effet, l'introduction de l'effet liant est l'une des réponses apportées par la Commission au problème des caractéristiques propres à l'action en réparation en droit des pratiques anticoncurrentielles, insuffisamment prises en compte par les règles classiques de la responsabilité civile[74]. Cette insuffisance est à l'origine d'une importante insécurité juridique, notamment liée à « l'analyse factuelle et économique très complexe qui doit être réalisée » et aux difficultés d'accès aux preuves, qui aboutissent à un « rapport risques/récompenses souvent défavorable aux requérants »[75]. L'effet liant permet à la fois de garantir une application plus cohérente des art. 101 et 102 du TFUE, tout en accroissant la sécurité juridique. Le but de la mesure est donc l'accroissement de l'efficacité des actions en dommages et intérêts, ainsi que la diminution du coût de la procédure, en évitant que l'auteur des pratiques sanctionné par une décision définitive d'une autorité de concurrence ne puisse à nouveau contester l'existence de l'infraction devant le juge de la réparation. En effet, « une telle duplication de l'analyse factuelle et juridique entraîne des coûts et délais supplémentaires considérables »[76]. L'effet liant est donc conçu comme un outil destiné à réduire la durée et les coûts liés à la procédure, afin de faire du contentieux privé complémentaire une option envisageable aux yeux des victimes. Il convient de remarquer que la mesure est une appréhension directe par le législateur européen d'une stratégie juridique consistant à contester à nouveau l'ensemble des éléments débattus devant l'autorité de concurrence saisie en premier lieu de l'affaire. Cette « remise à zéro » a pour effet d'entraîner un allongement de la durée globale de la procédure préjudiciable aux victimes : l'écoulement du temps donne lieu à un ratio coûts/avantages défavorable au demandeur, destiné à le dissuader d'intenter l'action. Il peut parfois même s'agir d'étendre la procédure jusqu'à la disparition du demandeur, notamment face aux PME, comme l'ont relevé les intervenants d'un colloque consacré à la question de la mise en œuvre du droit de la concurrence par ces dernières.

[73] 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, 11 juin 2013 [en ligne] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52013PC0404 (consulté le 07/10/2019), point 4.3.1., p. 18.
[74] Commission Européenne, « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », point 2.3., p. 6.
[75] *Ibid.*, point 1.1., p. 2.
[76] *Ibid.*, point 2.3., p. 6.

Préalablement à l'entrée en vigueur de la directive, la durée globale d'un contentieux de type « follow on » a pu s'élever jusqu'à 23 ans sans qu'une décision définitive ne soit intervenue. Comme le relève l'un des intervenants, et même si la procédure se déroulait dans les meilleurs délais, une condamnation définitive n'interviendrait pas avant 10 à 15 ans, ce qui demeure une durée trop importante pour de telles entreprises. L'une des propositions formulées lors de ce colloque concernait par ailleurs la mise en place d'une mesure destinée à réduire la durée et le coût de la procédure : « si l'on arrive à un système, en ce qui concerne la preuve et le juge, qui peut fonctionner de manière efficace, le sujet des ressources deviendra moins important que ce que l'on peut croire aujourd'hui »[77]. Or, pour reprendre l'expression de M. Haasbeek, l'effet liant est destiné à empêcher le défendeur de « relitiger » la décision de l'autorité de concurrence devant le juge de la réparation[78]. Cela implique que cette stratégie juridique a bien été prise en compte dans le processus législatif, et qu'il faille donc la garder à l'esprit au moment de son interprétation : la directive n'est autre qu'un outil destiné à contrecarrer les stratégies juridiques jusqu'ici à l'origine de l'échec du contentieux privé. L'effet liant ne serait ainsi qu'une mesure destinée à mettre fin à la stratégie judiciaire mise en œuvre par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Par la création de précédents jurisprudentiels d'une longueur affolante, les auteurs de pratiques se sont constitué une arme dissuasive, que la directive 2014/104 entend neutraliser. Mais ni la lecture des textes, ni l'étude des travaux préparatoires de la directive ne permettent de parvenir à la conclusion que l'effet liant est une mesure destinée à interdire à l'auteur des pratiques de contester l'existence d'une faute civile devant le juge de la réparation : seule lui sera fermée la possibilité de contester la nature de l'infraction, ainsi que sa portée personnelle, matérielle, temporelle et territoriale, comme l'indique la directive[79].

57. Du point de vue la transposition de l'effet liant à l'art. L481-2 C.com par l'ordonnance du 9 mars 2017, le constat demeure le même : l'objectif de la mesure consiste à faciliter l'action des victimes[80]. Quant à ses travaux préparatoires, le rapport au Président de la République indique que le nouvel art. L481-2 C.com permet « un allègement de la charge probatoire ». À ce titre, lorsque la décision émane de l'autorité nationale de concurrence, « l'existence de la pratique anticoncurrentielle et son imputation […] sont présumées établies sans preuve

[77] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.
[78] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.
[79] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n°34.
[80] Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n° 29.

contraire possible »[81]. Le circulaire du 23 mars 2017 va quant à elle dans le même sens, en précisant que l'effet liant « facilite la charge probatoire du demandeur en ce qui concerne le fait générateur de responsabilité »[82]. Bien qu'elle rappelle le principe selon lequel la violation de la loi constitue une faute civile, il convient d'observer qu'il existe tout de même un certain nombre d'arguments qui nous mènent à considérer le mécanisme de l'effet liant comme étranger à une assimilation systématique de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles à une faute civile.

b. Un mécanisme étranger à toute assimilation de la faute civile à la faute concurrentielle

58. La directive, qui ignore soigneusement toute référence à la notion de « faute civile », ne donne pas pour objectif à l'effet liant de dispenser le demandeur d'avoir à en établir l'existence. L'art. 9 dispose en effet, en des termes choisis, qu'une « infraction » au droit des pratiques anticoncurrentielles constatée dans une décision définitive d'une autorité de concurrence ou de son instance de recours est réputée établie, de manière irréfragable ou réfragable selon les cas, aux fins de l'action en réparation intentée devant le juge de la réparation. En effet, le livre blanc distingue, au sein de l'Union Européenne, les systèmes juridiques qui mettent en place un régime de responsabilité sans faute, et ceux dans lesquels « la faute est présumée de manière irréfragable une fois que l'infraction a été prouvée »[83]. La Commission considère qu'il n'existe « pas de raison de principe de s'opposer à une telle approche ». Par opposition, elle relève que coexistent avec ces premiers systèmes des Etats-Membres exigeant une responsabilité pour faute prouvée. Le livre blanc n'impose pas de choisir entre l'un ou l'autre de ces systèmes, ce qui pourrait expliquer pourquoi la directive ne se prononce à aucun moment sur le sort qui doit être réservé à la faute civile. Déduire des dispositions de l'art. 9 que la directive met en œuvre une présomption irréfragable de faute civile revient alors à confondre l'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles et la faute civile. Or, tel n'est pas nécessairement le cas eu égard à la définition de la faute civile (V. *infra*, n° 70 s). Cette interprétation ne semble en outre pas, à la lecture du livre blanc, contrarier l'objectif de sécurité juridique assigné à la mesure. Celui-ci consacre en effet des développements à cet objectif, auxquels font suite d'autres développements affirmant la possibilité d'exonérer l'auteur de l'infraction en cas d'erreur

[81] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, 12 mai 2017, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n°28.
[82] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017.
[83] CE, « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », *ibid.*, point 2.4, p. 7.

excusable de sa part[84]. Il nous semble possible d'en déduire que le caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles pourrait intervenir une telle exonération ne constituerait pas une atteinte à l'objectif de sécurité juridique que doit garantir l'effet liant. Du point de vue du droit interne, l'art. L481-2 du C.com reprend la même logique et se contente de présumer de manière irréfragable l'existence de l'infraction, sans jamais mentionner la faute civile :

« Une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne physique ou morale désignée au même article dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours ».

59. Le rapport au Président de la République indique quant à lui que cette disposition vise à permettre un « allègement de la charge probatoire » pesant sur la victime. Mais il ne s'agit là que d'un allègement, et non d'une dispense : seules « l'existence de la pratique anticoncurrentielle et son imputation […] sont présumées établies sans preuve contraire possible », mais rien n'est dit au sujet de la faute civile[85]. M. Amaro relève toutefois que la précision, à l'art. L481-1 du Code de commerce, selon laquelle « toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme […] est responsable des conséquences dommageables d'une pratique anticoncurrentielle imputable à l'entreprise » donne le sentiment que le texte consacre la théorie de l'unité des fautes[86]. Or, il convient de constater que tel ne semble pas être l'objectif de la mesure. Le rapport précise en effet, au sujet de l'art. L481-1, que la réparation du dommage causé par une pratique anticoncurrentielle n'est possible, « conformément au droit commun de la responsabilité civile », que « dès lors que les conditions posées pour l'engagement de la responsabilité civile de cette personne seront réunies ». Les conditions du droit commun de la responsabilité civile comprenant la faute, le lien de causalité et le préjudice, l'esprit de l'ordonnance du 9 mars 2017 semble donc également contredire la théorie de l'identité des fautes. En effet, si la faute civile et la faute concurrentielle ne faisaient qu'une, pourquoi alors réaffirmer l'exigence de la faute civile ? L'art. L481-2 et sa présomption établissant irréfragablement la faute concurrentielle suffiraient alors à la

[84] 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, pt. 2.3, p. 6, et pt. 2.4, p. 7.
[85] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017 texte n°28.
[86] AMARO R., « Actions en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles : la directive 2014/104/UE est transposée ! », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 6, p. 12.

caractériser. Il semble dès lors permis d'en déduire que la faute civile et la faute concurrentielle demeurent, dans l'esprit des textes, deux notions bien distinctes.

60. La circulaire du 23 mars 2017 pourrait quant à elle s'interpréter comme allant dans le sens de l'unité des fautes civiles et concurrentielles, puisqu'elle rappelle « le principe solidement acquis en jurisprudence aux termes duquel constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ». Elle ajoute que, par conséquent, l'effet liant « facilite la charge probatoire du demandeur en ce qui concerne le fait générateur de responsabilité »[87]. Mme le Professeur Claudel considère qu'il semble falloir en déduire que la circulaire entend faire prévaloir le principe de l'unité des fautes. Elle indique en effet que si l'objectif de l'art. L481-2 C.com est de faciliter la preuve du fait générateur de responsabilité, imposer « la démonstration d'une faute civile distincte de la faute concurrentielle complexifierait considérablement la tâche de la victime […] À l'inverse, présumer l'existence d'une telle faute facilite considérablement la tâche de la victime, en particulier "pour les pratiques à l'illicéité discutable [...] dont la traduction en faute civile n'est pas si évidente"»[88]. Si telle interprétation séduira sans nul doute le demandeur à l'action, tel ne sera certainement pas le cas du défendeur. Ce dernier pourra préférer arguer que si l'objectif du texte consiste à faciliter l'établissement du fait générateur de responsabilité, faciliter l'établissement de la faute civile ne signifie pas en dispenser la victime, et que le principe solidement acquis en jurisprudence selon lequel la violation de la loi constitue une faute civile n'est pas un principe absolu (V. *infra*, n° 71 s).

61. S'il peut sembler étonnant de considérer souhaitable la possibilité pour l'auteur des pratiques de contester la faute civile, et d'échapper ainsi à toute condamnation, il convient de garder à l'esprit que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles demeurera un contentieux principalement réservé aux grandes entreprises, comme cela a pu être le cas jusqu'à aujourd'hui[89]. Les PME tendent en effet à entretenir une attitude passive vis-à-vis du droit de la concurrence : loin d'y voir une opportunité, elles n'y voient qu'une contrainte et ne s'y

[87] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017.
[88] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[89] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; BOUGETTE P., DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., MONTET C. et VENAYRE F., « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », Revue Concurrence et Consommation, Janvier-Février 2006, n° 144, p. 2.

intéressent que lorsqu'elles sont assignées[90]. Par opposition, les grandes entreprises, pourvues de directions juridiques plus performantes, voient dans les règles du droit de la concurrence une source d'opportunités. Ainsi, une entreprise américaine (l'entreprise « Dupont ») a fait « de son service juridique un centre de profits, en dénonçant et poursuivant systématiquement les pratiques anticoncurrentielles » dont elle était victime[91]. Le recouvrement de dommages et intérêts (qu'ils proviennent d'une pratique anticoncurrentielle ou d'une autre source) fait partie d'une stratégie juridique consistant à capter la valeur des concurrents. La direction juridique de Michelin a ainsi identifié toutes les situations susceptibles de donner lieu à des pénalités et des indemnités, d'origine contractuelle comme délictuelle, en vue de demander réparation des dommages subis par voie amiable, précontentieuse ou contentieuse. Cette stratégie lui a d'ailleurs valu le prix de l'innovation juridique en 2013[92]. Comme le font très bien remarquer les auteurs, « le juriste peut ainsi devenir un véritable bras armé offrant à son management des options stratégiques pouvant s'avérer aussi efficaces que nombre d'actions commerciales ou de marketing »[93]. Or, certaines entreprises commencent déjà à tenter d'obtenir l'accès à des dossiers pour évaluer la faisabilité d'une action en dommages et intérêts[94]. Toutes ces réflexions sont donc à remettre en contexte, le monde des affaires étant profondément marqué par la notion de stratégie. Or, le droit de la concurrence repose sur des notions susceptibles de différentes interprétations, propices à une instrumentalisation destinée à perturber la stratégie globale d'une entreprise concurrente (V. *infra*, n° 109 s et 754 s). Il semble donc important de ménager, pour l'auteur des pratiques, une possibilité de contester l'existence de la faute civile, afin d'éviter que les entreprises moins performantes n'obtiennent trop facilement, en jouant sur l'interventionnisme des autorités de concurrence, un moyen de capter les ressources de leurs concurrents tout en les soumettant à une augmentation de leurs dépenses non productives (coûts liés au procès, amende et dommages et intérêts), dans le cadre d'une stratégie de nuisance[95]. Or, si une partie de la doctrine se prononce en faveur de la dualité des fautes, et si la norme

[90] DUBOIS COLINEAU A., « Affaires européennes de concurrence : le lobbying, levier de compétitivité pour les entreprises », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 128.
[91] BLIN J-P, GRASS C., « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence », *in ibid.*, p. 124.
[92] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 51.
[93] BLIN J-P, GRASS C., *ibid.*
[94] DECOCQ G., « Les victimes d'une entente ont un droit d'accès au dossier de la procédure de public enforcement », Contrats Concurrence Consommation, Octobre 2013, n° 10, p. 22.
[95] MARTY F. et PILLOT J., « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?», *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 334.

semble devoir être interprétée en ce sens au regard des travaux préparatoires, la question se pose de la compatibilité d'une telle analyse avec les principes propres à la notion de faute civile.

B. L'effet liant, renouveau de l'office du juge

62. L'effet liant fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine, en raison du risque qu'il représente pour l'office du juge. Certains auteurs craignent que les autorités de concurrence n'obtiennent un monopole sur le droit de la concurrence, ainsi que l'atteinte que pourrait porter l'effet liant aux principes du droit de la responsabilité civile[96]. Le juge civil se retrouverait ainsi privé de son office, transformé en simple « chambre d'enregistrement » des autorités de concurrence[97]. Comme démontré *supra* (V. n° 56), le juge de la réparation faisait déjà l'objet d'une aliénation en ce que son office était instrumentalisé par les auteurs de pratiques pour décourager les victimes. Interprété à la lumière du livre blanc, l'effet liant vient en réalité libérer le juge de cette instrumentalisation, en le dispensant de devoir reprendre l'analyse des pratiques à zéro pour au contraire lui permettre de se concentrer sur son véritable rôle : l'appréciation du caractère fautif ou non du manquement à la règle de droit (1). Outre l'appréciation de l'existence de la faute, le juge sera également amené à en apprécier la gravité, dans le cadre de la détermination de la contribution à la dette en présence d'entreprises coauteurs d'une pratique anticoncurrentielle (2).

1. Le renouveau de l'office du juge en matière d'appréciation de la faute civile

63. Deux arguments nous semblent permettre d'affirmer que le juge ne devrait pas se trouver privé de son rôle en matière d'appréciation de la faute civile. D'une part, le livre blanc envisage, pour les Etats-Membres qui feraient le choix de maintenir une responsabilité pour faute, la notion « d'erreur excusable », qui ne semble être qu'une émanation du standard du citoyen raisonnable appliqué à l'entreprise (V. *infra*, n° 73). De surcroît, la définition même de la faute civile semblent rendre possible, dans des cas exceptionnels, l'admission de la dualité des fautes (a). Loin d'être une hypothèse d'école, la dissociation de la faute civile par rapport au manquement à la règle légale, outre sa compatibilité avec le droit français, est également pratiquée par plusieurs Etats membres voisins, rendant ainsi possible une stratégie de contournement de la règle (b).

a. La possibilité d'une dualité des fautes au regard de la notion de faute civile

[96] PIETRINI S. « Indépendance et interdépendance des juridictions et autorités de concurrence (Éléments de droit comparé) », Les Petites affiches, 2009, n° 62, p. 7.
[97] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; SAINT-ESTEBEN R., « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger », colloque Cour de cassation, 17 octobre 2005.

64. Une définition incertaine de la faute civile oppose depuis longtemps la doctrine française. L'introduction en droit interne de l'effet liant ne manquera pas de raviver le débat, dans la mesure où les auteurs ne sont pas tous d'accord sur le point de savoir si le manquement à une règle légale constitue nécessairement une faute civile ou non (i). L'interprétation du texte à la lumière du livre blanc devrait normalement faire pencher la balance en faveur des partisans de la possibilité d'une violation non fautive de la règle légale (ii).

i. Les incertitudes liées à la définition de la faute civile

65. La notion de faute civile, bien que placée au centre du droit de la responsabilité civile, ne fait l'objet d'aucune définition dans le Code civil. L'ancien art. 1382 (aujourd'hui art. 1240) se contente d'évoquer « tout fait quelconque de l'homme », et c'est à la doctrine qu'a incombé la tâche de la définir. Plusieurs définitions coexistent aujourd'hui, le caractère protéiforme de la notion rendant illusoire toute tentative de parvenir à une définition unitaire de la faute civile[98]. Deux positions peuvent être dégagées en doctrine quant à la caractérisation de la faute civile. Si tout le monde s'accorde à dire que la violation de la règle légale constitue un manquement (α), tout le monde n'est pas d'accord sur le point de savoir si ce manquement constitue nécessairement une faute civile (β).

α. La violation d'une norme, fait générateur de la responsabilité civile

66. Si plusieurs propositions ont pu être formulées au fil du temps, la doctrine n'est jamais parvenue à un consensus au sujet de la définition de la faute civile. La doctrine classique, à travers le procureur général Leclerc, a tout d'abord défini la faute comme l'atteinte à l'intégrité d'une personne ou à son patrimoine. La définition la plus célèbre demeure celle formulée par Planiol, selon laquelle la faute civile serait « le manquement à une obligation préexistante ». Or, ces définitions ont toutes deux fait l'objet de critiques, la première parce qu'elle confondait en réalité le dommage et la faute, la seconde parce qu'elle ne résolvait pas les situations dans lesquelles la loi est muette. Le Professeur Dejean de la Bâtie a par la suite défini la faute civile comme « un comportement que l'on peut juger défectueux, soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit parce qu'il va à l'encontre d'une règle juridique, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit »[99]. Le professeur Bénabent considère quant à lui qu'il s'agit d'une défaillance de conduite, qui doit être appréciée par rapport à une norme de référence définissant la conduite normale qui aurait dû être adoptée en pareilles circonstances. Si en matière contractuelle la norme de référence est le contrat, les parties ne sont pas, en matière

[98] BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2015. pt. n° 14.
[99] *Ibid.*, pt. n° 14.

délictuelle, liées juridiquement entre elles. Elles n'ont donc aucune obligation l'une envers l'autre, en dehors de celle de respecter mutuellement leurs droits et intérêts au sein d'une même société. Le Professeur Bénabent définit donc la faute délictuelle comme « une atteinte à l'attitude que l'on peut attendre entre concitoyens normalement conscients et respectueux de l'équilibre qu'exige toute vie en société »[100]. Le Professeur Porchy-Simon propose une analyse similaire, la faute civile résultant de la violation d'une norme de conduite d'origine légale ou coutumière. Dans ce dernier cas, la règle violée pourra avoir une origine purement privée, voire être déterminée par le juge lui-même, qui pourra la déduire en fonctions de standards juridiques comme la bonne foi, ou encore « l'attitude qu'une personne normalement diligente aurait dû adopter »[101].

67. Contrairement à la faute pénale, la faute civile ne nécessite pas la démonstration d'un élément intentionnel, de sorte qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit perpétrée dans l'intention de nuire à la victime pour être sanctionnée. En outre, et contrairement à ce qui était initialement le cas, l'élément moral, c'est-à-dire l'exigence pour l'auteur de la faute d'avoir conscience de la portée de ses actes, a été abandonné. La faute civile peut résulter d'un comportement positif, auquel cas il s'agira d'une faute de commission. Il suffit dans ce cas d'un comportement volontaire de la part de l'auteur du manquement pour qu'elle soit caractérisée, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer l'existence d'une intention malveillante. À l'inverse, la responsabilité civile peut être engagée en raison d'une faute d'abstention, son auteur s'abstenant d'agir alors qu'il aurait dû le faire[102].

68. Il ressort de l'ensemble de ces définitions, dont la liste ne prétend pas être exhaustive, que la faute civile découle de la violation d'une norme, soit qu'elle ait été fixée par le législateur, soit qu'elle ait été déduite par le juge en fonction de standards juridiques. Tous les auteurs ne sont cependant pas d'accord sur la portée à accorder au rôle du juge lorsque la règle violée est d'origine légale.

β. Violation de la loi et caractérisation de la faute civile, des approches divergentes

69. L'analyse de la faute civile se décompose en deux temps. Il convient, en premier lieu, d'identifier la violation d'une norme de conduite par l'auteur des faits, puis, en second lieu, de déterminer si ladite violation constitue une faute au regard de l'attitude qu'aurait adopté le bon

[100]BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, pt. 530, p. 419.
[101] PORCHY-SIMON S., « Les obligations », Hypercours Dalloz, 12ème édition, 2020, pts. 701 à 703, p. 358 s.
[102] *Ibid*., pts. 704 s, p. 359.

père de famille en pareille situation[103]. Or, lorsque la norme violée est d'origine légale, la question se pose de savoir quelle place demeure pour le pouvoir d'appréciation du juge ? C'est en réalité cette question que se pose lorsque la doctrine dans le cadre du débat sur la question de savoir si l'effet liant constitue ou non une présomption irréfragable de faute civile.

70. Une partie de la doctrine considère ainsi que, lorsque la règle violée est une règle d'origine légale, le juge se trouve privé de son pouvoir d'appréciation. M. le Professeur Bénabent considère cette privation comme totale, puisque le législateur a lui-même déterminé que le comportement en cause constitue une faute : le juge n'aurait alors aucune marge de manœuvre et serait tenu de caractériser la faute civile[104]. M. le Professeur Brun rejoint lui aussi cette interprétation lorsqu'il indique que si la faute résulte de la violation d'une nome précise, il n'y a pas vraiment de place pour une appréciation du juge. Il tempère toutefois en soulignant que « plus le texte violé est précis, plus doit s'attacher un caractère d'automaticité au constat de la faute », et que « la constatation de la violation du texte impliquera en principe nécessairement celle de la faute civile ». Toutefois, « cette quasi-automaticité ne joue qu'autant qu'il est avéré qu'une norme précise a bien été enfreinte », or, « pour précis qu'ils puissent être, les textes n'en donnent pas moins lieu la plupart du temps à interprétation, en sorte que l'existence même de la faute peut être discutée, ainsi qu'en témoignent par exemple les arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 13 juin 2013 […] en matière de tabagisme passif »[105]. L'entreprise assignée en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle pourrait donc, à condition pour elle de démontrer que le texte n'était pas suffisamment précis pour être prévisible, tirer parti de ce constat pour contester le caractère fautif du manquement à la règle de droit.

71. M. le Professeur Philippe Jourdain va même plus loin et propose de distinguer, selon leur intensité, les obligations qui découlent d'une disposition légale. Selon lui, l'analyse de la faute suppose l'identification d'un devoir auquel l'auteur supposé des faits aurait manqué : « il peut s'agir d'une "obligation déterminée" (ou "de résultat") ou d'une "obligation générale de prudence et de diligence" (ou "de moyens") ». La faute ne serait donc, comme l'énonçait Planiol, que la violation d'un devoir préexistant, sans qu'il ne soit toutefois possible d'en dresser une liste exhaustive. Certains de ces devoirs seront précis et déterminés, tandis que d'autres seront plus généraux. La loi et le règlement constituent une source de devoir, « et la faute résultera de la

[103] V. notamment BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 534, p. 420.
[104] *Ibid.*, n° 536, p. 422.
[105] BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », *ibid.*, n° 89 et n° 90 ; Cass., 13 juin 2013, n°s 12-22.170, 12-22.171, 12-22.173, 12-22.177, et 12-22.178.

transgression de ces devoirs, c'est-à-dire de la constatation que l'agent n'a pas eu le comportement que la loi imposait ». Les devoirs issus des textes n'imposent cependant pas toujours un résultat déterminé : les devoirs « déterminés », ou « de résultat », présentent un contenu précisément défini et imposent à leur destinataire l'obtention d'un certain résultat. Le seul fait pour l'agent de ne pas être parvenu au résultat imposé suffit alors à caractériser une illicéité. Or, la loi impose la plupart du temps un comportement déterminé, « qui dispense le juge de recherches sur l'attitude de l'agent et les circonstances de l'action, mais lui retire du même coup son pouvoir d'appréciation ». Ainsi, lorsque la norme violée impose une obligation de résultat, la faute civile sera présumée : la simple constatation de l'inobservation de la règle légale impose alors au juge de caractériser la faute. Bien que ne s'agissant que d'une présomption simple, il s'agit tout de même d'une présomption très difficile à combattre, dans la mesure où démontrer l'absence de faute n'est pas possible. Seule la preuve d'une cause étrangère présentant les caractéristiques de la force majeure, ou l'existence d'un fait justificatif seront alors de nature à permettre l'exonération du défendeur. L'autorité publique n'impose cependant pas toujours un résultat déterminé : « il existe […] des cas où l'autorité publique n'impose pas un résultat déterminé, mais seulement une certaine diligence ou la prise de précautions élémentaires. Le devoir est "de moyens", même si ces moyens sont précisés par une norme spéciale ». Or, ce devoir de moyens impose « à toute personne de se conduire de façon prudente et diligente, en prenant toutes les précautions et en apportant tous les soins qu'exige l'activité entreprise. Dans les relations extra-contractuelles, ce devoir général consiste donc à user des moyens propres à ne pas causer de dommage à autrui », et commanderait donc de distinguer la faute (qui ouvre droit à indemnisation) de la simple erreur (qui n'ouvre quant à elle pas droit à indemnisation). La jurisprudence française tend toutefois à assimiler l'erreur à la faute, ce qui a donné lieu à plusieurs critiques de la part de la doctrine, notamment en ce que cette tendance porte atteinte à la fonction de la faute, qui consiste à stigmatiser « un comportement socialement blâmable qui mérite d'être sanctionné par une responsabilité civile personnelle ». Les erreurs, quant à elles, peuvent être le fait de « toute personne, même la plus diligente [et] sont pratiquement inévitables, car inhérentes à la nature humaine. Les dommages dont elles sont la source sont purement accidentels ». Or, si la réparation du dommage provoqué par une erreur est souhaitable, elle devrait plutôt être confiée à des mécanismes d'indemnisation collective ». En effet, « l'institution de la responsabilité civile ne devrait intervenir que pour les dommages causés par de véritables "fautes" », eu égard à son rôle « préventif et éducatif à

l'égard des particuliers : la faute peut être évitée, non l'erreur »[106]. Le raisonnement du Professeur Jourdain trouve selon nous une illustration privilégiée dans le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (V. *infra*, n° 86). En effet, si les textes encadrant la matière listent de manière claire un certain nombre de comportements qu'ils prohibent, tous ne sont pas précisément identifiés (comme en témoigne l'emploi du terme « notamment » par les art. 101 et 102 du TFUE, comme par les art. L402-1 et L420-2 C.com). La référence à l'erreur excusable dans le livre blanc pourrait quant à elle s'interpréter comme une volonté d'éviter que le contentieux privé ne tombe lui aussi dans le travers consistant à assimiler la simple erreur à la faute. La théorie du Professeur Jourdain correspond en outre parfaitement à la définition donnée par le Professeur Vogel de la faute civile en droit de la concurrence, qui devrait être caractérisée à chaque fois que le demandeur parvient à démontrer « que l'opérateur économique était ou aurait dû être conscient des effets préjudiciables de son comportement, dès lors qu'ils étaient normalement prévisibles, mais sans qu'il soit nécessaire qu'il ait agi intentionnellement »[107]. Or, plusieurs auteurs soulignent la particularité du droit des pratiques anticoncurrentielles en termes de prévisibilité. Me Augagneur indique ainsi que « la norme [s'y] définit par sa seule finalité économique », et souligne en la matière « l'inféodation du droit à l'économie. Tandis que le droit s'assignerait principalement une finalité de justice en s'appuyant sur des concepts rigoureux et prévisibles, l'économie serait, dans la ligne de Mill et de Bentham, le terrain d'élection de l'utile et du pragmatique »[108]. C'est probablement ce qui explique, à notre avis, que les avis rendus par l'ADLC dans le cadre de sa fonction consultative (L462-1 et L462-4 C.com) lui soient opposables, mais qu'elle puisse tout de même choisir de s'en écarter à condition de motiver, dans sa décision, « les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné »[109]. La condamnation d'une entreprise qui interviendrait après l'émission d'un avis par l'ADLC dont elle aurait finalement choisi de s'écarter devrait selon nous sans conteste constituer une hypothèse de dissociation entre la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles et la qualification automatique d'une faute civile (V. *infra*, n° 74). M. le Professeur Jenny relève en outre la tendance des autorités de concurrence à commettre elles-mêmes des erreurs, en sanctionnant parfois à tort des comportements qu'elles qualifient d'ententes ou d'abus de position dominante, alors qu'il s'agit

[106] JOURDAIN P., « JurisClasseur Civil », 7 Novembre 2011, Fasc. 120-10, pts. n° 18, 31, 44, 45, 46, 52 et 54.
[107] VOGEL L., « Les actions civiles de concurrence, Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », 2013, éditions Panthéon Assas, p. 18.
[108] AUGAGNEUR L-M., « La compliance a-t-elle une valeur ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 5 Octobre 2017, n° 40, p. 30.
[109]BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, pt. 850, p. 454 ; Com., 18 octobre 2016, n° 15-10384.

en réalité d'accords pro-concurrentiels ou de comportements qui n'auraient pas dû donner lieu à la qualification d'abus. L'auteur illustre son propos à l'aide de quelques exemples : il peut « ainsi arriver que soient sanctionnées des pratiques de prix bas qui, si elles témoignent d'une certaine agressivité dans la concurrence, ne sont pourtant pas prédatrices ou, à l'inverse, que ne soient pas sanctionnées des pratiques d'abus de position dominante, au nom du principe selon lequel les entreprises, même dominantes, doivent avoir le droit de se défendre sur les marchés, alors même que leurs pratiques sont anticoncurrentielles »[110]. L'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence souligne enfin que « les décisions des autorités de concurrence sont souvent fondées sur un raisonnement global à partir de simples indices et de présomptions, afin de suppléer le défaut de preuve directe ». Là où le juge « doit être en mesure d'individualiser de façon précise le comportement fautif de chaque entreprise », faire valoir « une décision fondée sur des présomptions et des indices comme faute » ne respecterait pas les droits de la défense[111]. La théorie de la dualité des fautes présente ainsi selon nous l'avantage de permettre à l'entreprise de contester l'engagement de sa responsabilité à la suite de condamnations prononcées par les autorités de concurrence dans des circonstances parfois discutables (V. *infra*, n° 109 s).

72. La théorie du Professeur Jourdain semble en outre compatible avec le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, qui prévoit de définir la faute comme « la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »[112]. Selon le dictionnaire Trésor de la Langue Française, prescrire signifie « commander expressément, par des ordres extrêmement précis »[113]. Le dictionnaire de L'Académie Française indique quant à lui que le terme provient du latin « *praescribere* », qui signifie « écrire en tête, mentionner d'avance », le terme étant composé de « *prae* » (« devant » ou « avant »), et « *scribere* », (« tracer, rédiger, établir »). Le terme signifie donc « ordonner, recommander, établir dans des

[110] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique » *in* « Les recours collectifs, Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, juillet - septembre 2011, n° 28, p. 157.

[111] Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC), « Observations sur le " Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante" », [en ligne] https://www.aapdc.fr/nos-publications/publications-publiques/actions-indemnitaires/item/115-observations-sur-le-livres-blanc-relatif-aux-actions-en-dommages-et-interets-pour-infraction-aux-regles-communautaires-sur-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante (consulté le 17/10/2019), pt. 2.4.2, p. 14.

[112] Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016 [en ligne] http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (consulté le 09/09/2019).

[113] TLFi [en ligne] http://www.cnrtl.fr/definition/prescrire (consulté le 09/08/2019).

termes précis ce que l'on souhaite voir accompli, observé »[114]. Il ressort selon nous de ces définitions que l'emploi du terme « prescription légale » dans la définition proposée par le projet de réforme pourrait permettre de donner une interprétation de la faute civile conforme à la distinction proposée par le Professeur Jourdain. Coexisteraient alors les violations d'une disposition légale suffisamment précise, qui constitueraient nécessairement une faute civile, et celle correspondant à une obligation de moyens, qui ne seraient fautive qu'en cas de contravention au devoir général de prudence et de diligence. Or, le livre blanc, en proposant la prise en compte de l'erreur excusable comme cause d'exonération de responsabilité de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle, propose finalement un raisonnement comparable prenant en compte la distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat, et s'opposant à une assimilation de la simple erreur à une faute.

ii. La reconnaissance implicite de la dualité des fautes par la directive

73. Interprété à la lumière du livre blanc, le silence gardé par la directive quant à la question de savoir si l'effet liant constitue ou non une présomption de faute civile nous semble pouvoir s'interpréter comme une reconnaissance de la possibilité de faire application de la théorie de la dualité des fautes (α). Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles pourraient ainsi parvenir à faire prévaloir cette théorie grâce aux techniques d'interprétation de la règle de droit (β).

α. La place de la dualité des fautes dans l'esprit des textes

74. L'absence de mention relative à la faute civile à l'art. 9 de la directive comme à l'art. L481-2 du Code de commerce ne saurait à notre avis relever du hasard. À la lecture du livre blanc, il apparaît que c'est à dessein que les textes ne fassent mention que de l'établissement de l'infraction, puisque la Commission européenne y reconnaît la dualité des fautes civiles et concurrentielles[115]. Elle y indique qu'il existe parmi les Etats Membres de l'Union deux approches en la matière. Certains font de la responsabilité du fait de pratiques anticoncurrentielles une responsabilité sans faute, ou présument la faute de manière irréfragable du seul fait de la violation des textes, là où d'autres exigent que soit démontrée l'existence d'une faute. La Commission n'impose pas l'une ou l'autre de ces approches, mais indique que le principe d'effectivité commande que toute exigence relative à la démonstration de la faute soit limitée. En effet, la seule hypothèse dans laquelle l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle devrait pouvoir s'exonérer de sa responsabilité est celle dans laquelle la

[114] Dictionnaire de l'Académie, 9ème édition [en ligne] http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/prescrire (consulté le 09/08/2019).
[115] 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, point 2.4., p. 7.

commission de l'infraction résulte d'une erreur excusable. L'erreur est considérée comme telle lorsque « une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence »[116]. Or, l'art. L481-1 du Code de commerce exigeant une faute, il semble qu'il faille l'interpréter comme plaçant la France au sein des Etats retenant une approche dualiste. Le document de travail de la Commission précise en outre le sens à donner à la notion d'erreur excusable. Il indique tout d'abord que l'erreur excusable ne devrait permettre d'exonérer les auteurs de pratiques anticoncurrentielles que de manière exceptionnelle, et que de telles erreurs pourront notamment se rencontrer dans des situations nouvelles et complexes (l'emploi du terme « *may* » n'indiquant qu'une éventualité, l'erreur excusable ne nous semble toutefois pas limitée à ces dernières hypothèses, qui n'en constituent qu'un exemple). Le document ajoute que la simple méconnaissance de la loi, tout comme le fait d'avoir suivi des conseils (juridiques ou autres) erronés, ne sauraient la constituer (V. *infra*, n° 99 s et 109 s) . L'erreur pourrait toutefois être considérée comme excusable lorsqu'une entreprise a suivi des déclarations officielles, émanant d'autorités publiques compétentes, qui s'avèreraient finalement erronées (V. *supra*, n° 71)[117].

75. Bien que la proposition de la Commission ne figure pas dans la version finale de la directive, la situation pourrait s'expliquer par le fait que l'art. 9 n'entend pas imposer l'unité ou la dualité des fautes. Le texte demeure donc intentionnellement vague, se contentant de présumer l'existence de l'infraction, et laissant aux droit nationaux le soin de déterminer si la commission d'une pratique anticoncurrentielle constitue en soi une faute ou non. Il n'en demeure pas moins possible, au regard des principes, de parvenir à obtenir ce résultat en droit français. En effet, en reprenant le raisonnement du Professeur Jourdain (V. *supra*, n° 71), lorsque le devoir défendu par le texte n'est pas suffisamment précis, l'obligation n'est que de moyens. La violation de la règle ne constitue alors pas automatiquement la faute civile, et c'est au juge de le déterminer au regard du standard de la personne raisonnable, c'est-à-dire du citoyen raisonnablement prudent et diligent (anciennement dénommé « *bonus pater familias* »). L'idée est de raisonner sur la base d'un modèle abstrait, qui ne prenne pas en compte les particularités strictement personnelles de l'auteur allégué du dommage. Ce modèle de référence n'est toutefois pas figé, le juge prenant en compte des circonstances objectives afin d'adapter « le modèle de référence

[116] *Ibid.*
[117] CE, « Commission staff working paper accompanying the white paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules » [en ligne] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008SC0404 (consulté le 11/10/2019), pt. 188 (traduction proposée par nous).

au contexte général de la faute »[118]. Le comportement d'un professionnel s'apprécie ainsi par référence à celui d'un autre professionnel de même spécialité. Si l'appréciation *« in abstracto »* s'oppose à une appréciation *« in concreto »* (« c'est-à-dire par rapport aux habitudes de l'auteur lui-même »[119]), l'abstraction n'est pas absolue et les paramètres essentiels de l'intéressé devront être pris en compte. Selon le Professeur Jourdain, « apprécier la faute *in abstracto* signifie seulement que, pour apprécier le contenu du devoir, l'on doit faire abstraction des circonstances personnelles à l'agent »[120].

76. Or, la définition que donne le livre blanc de l'erreur excusable correspond parfaitement au standard du citoyen raisonnable, le texte faisant référence à une « personne raisonnable ». La Commission prend le soin de préciser que cette personne raisonnable doit appliquer « un degré élevé de diligence », qui semble correspondre à une prise en compte des qualités propres à l'auteur des pratiques. En effet, ce dernier étant une entreprise, et donc un professionnel, le standard sera pour lui plus exigeant que s'il ne s'agissait que d'un citoyen lambda. L'erreur excusable n'est donc rien d'autre qu'une déclinaison du standard du citoyen raisonnable appliqué à l'entreprise. La Commission européenne reconnaît ainsi le manque de prévisibilité des textes encadrant le droit des pratiques anticoncurrentielles, ce qui pose un problème du point de vue de la sécurité juridique pour les entreprises. En effet, dans le cadre du contrôle *ex-post*, ces dernières sont tenues de procéder à l'auto-évaluation de la légalité des comportements qu'elles mettent en œuvre. Puisque seule l'erreur « véritablement excusable » est en mesure d'exonérer l'auteur des pratiques, il faut en déduire qu'un manquement intentionnel au droit des pratiques anticoncurrentielles doit être systématiquement sanctionné. L'infraction résultant de la négligence de l'entreprise ne sera quant à elle sanctionnée que lorsqu'elle ne résulte pas d'une erreur véritablement excusable, et constituera donc une négligence blâmable. La négligence sera blâmable à chaque fois que les diligences mises en œuvre par l'entreprise dans le cadre de l'auto-évaluation du comportement qu'elle envisage d'adopter ne sont pas d'un degré suffisamment élevé. L'esprit de la directive telle que transposée en droit français n'accorde ainsi à aucun moment un caractère d'automaticité à la faute civile, et ne donne pour objectif au contentieux privé que la sanction des manquements intentionnels au droit de la concurrence, ou de ceux relevant d'une négligence blâmable au moment de l'auto-évaluation des pratiques par l'entreprise.

[118] PORCHY-SIMON S, « Les obligations », *ibid.* pt. 710, p. 360.
[119] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, pt. 534, p. 420.
[120] JOURDAIN P., « JurisClasseur Civil », *ibid.*, pt. 108.

β. Les techniques d'interprétation de la norme au secours de la dualité des fautes

77. Bien que la notion d'erreur excusable ne se retrouve pas dans la lettre des textes, ni ces derniers ni leurs motifs n'indiquent que la faute civile doit automatiquement se déduire de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles (V. *supra* n° 58 s). L'effet liant des décisions de condamnation demeure donc sujet à interprétation, et c'est à travers le recours à ces méthodes que les auteurs de l'infraction pourront tenter de contester la faute civile. L'interprétation est à la fois un acte de connaissance et un acte de volonté[121], en ce qu'elle permet de découvrir le sens du texte, mais également en ce qu'elle constitue un choix pour le juge, qui participe ainsi à la création de la norme. La découverte du véritable sens du texte passe notamment par la méthode intrinsèque, c'est à dire l'étude des motifs de la loi et de ses travaux préparatoires. Or, ni la directive 2014-104, ni l'ordonnance du 9 mars 2017 ne font référence à la faute. Le rapport au Président de la République qui accompagne cette dernière n'établit pas non plus d'automaticité entre la violation de la norme et l'établissement de la faute civile. Tout au plus une circulaire mentionne-t-elle le fait que, selon un principe « solidement acquis en jurisprudence […] constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement », ce qui aura pour effet de faciliter la charge probatoire pour le demandeur[122]. Or, il a déjà été démontré *supra* que tel n'est pas nécessairement le cas, et la jurisprudence n'est pas aussi tranchée à ce propos que ne l'affirme la circulaire, puisque la dualité a déjà été admise par la Cour de cassation dans le cadre de l'affaire « Lectiel » (V. *infra* n° 84 s). Quant au livre blanc, il a clairement été établi *supra* (V. n° 75) qu'il admet, dans des hypothèses certes restreintes, que la violation des textes puisse ne pas constituer une faute sur le plan civil et ainsi exonérer l'auteur des pratiques de toute responsabilité. Que ce soit du point de vue de la lettre même des textes ou de leurs travaux préparatoires, la possibilité de contester l'existence de la faute à chaque fois qu'elle résulte d'une erreur véritablement excusable semble donc envisageable. Aux côtés de la méthode intrinsèque existe la méthode extrinsèque, c'est-à-dire la prise en compte par le juge de considérations d'opportunité ou d'équité, comme les conséquences économiques de la décision. Ainsi, le caractère purement stratégique d'un recours pourrait influer sur l'interprétation de la norme par le juge. Le juge peut également recourir à l'interprétation systémique, en prenant en compte le texte non pas isolément, mais dans ses

[121] BOUIX C., « L'interprétation de la loi par le juge », colloque « La loi et le juge », 20 octobre 2016 [en ligne] http://publications.ut-capitole.fr/24849/1/L%E2%80%99interpr%C3%A9tation%20de%20la%20loi%20par%20le%20juge%20C.BOUIX%20.pdf (consulté le 09/08/2019).

[122] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017.

rapports avec les autres règles. Il s'agira alors de faire en sorte que le texte interprété s'intègre harmonieusement dans le système juridique. L'interprétation n'est cependant pas une science exacte, en ce qu'elle constitue un acte de volonté : le juge ne va pas découvrir un seul sens au texte, mais en découvrir plusieurs, et en préférer un. Il s'agira alors pour l'entreprise de déterminer la meilleure stratégie envisageable afin de conduire le juge à faire prévaloir la théorie de la dualité des fautes par rapport à la théorie de l'unité des fautes. Une stratégie efficace en ce sens pourrait consister à mettre en avant le fait que les critiques formulées à l'encontre de l'effet liant se trouveraient automatiquement contredites face à une conception duale de la faute civile et de la faute concurrentielles.

78. Il a en effet été reproché au mécanisme de porter atteinte aux droits de la défense, en privant le défendeur de la possibilité de mieux défendre sa cause, ce à quoi il a été répondu que le défendeur a déjà eu l'opportunité de plaider sa cause devant l'autorité de concurrence qui a rendu la décision, et a également eu l'opportunité de faire appel de sa décision[123]. Ainsi, soit le défendeur a choisi de ne pas user de cette possibilité, soit la décision de l'autorité a été confirmée, ce qui permet d'empêcher que la réalité des pratiques ne soit à nouveau débattue devant le juge de la réparation[124]. Or, comme cela a déjà été indiqué *supra* (V. n° 55 s), le but de l'effet liant consiste à mettre fin à la stratégie d'allongement de la durée globale du contentieux des pratiques anticoncurrentielles destinée à décourager l'action des victimes en élevant ses coûts par rapport aux bénéfices qu'elle est susceptible de rapporter. La théorie de la dualité des fautes permet ici de parvenir à une solution plus satisfaisante, dans la mesure où elle préserve l'objectif de l'effet liant : le juge de la réparation sera tenu par la constatation de l'existence des pratiques. Elle permet en outre d'assurer le respect des droits de la défense dans la mesure où le défendeur pourra débattre devant les juridictions civiles du caractère fautif ou non-fautif de la violation de la règle de droit, ce qui est d'autant plus important que les autorités de concurrence n'hésitent pas à faire œuvre d'interventionnisme, sanctionnant parfois des comportements qui semblaient pourtant conformes aux textes (V. *infra* n° 109 s). Ce constat permet de faire le lien avec l'autre critique majeure formulée à l'encontre de l'effet liant, qui consiste à dire que la mesure priverait le juge de son office, transformant les tribunaux en simples « chambres d'enregistrement »[125] des décisions des autorités de concurrence. Or, dans

[123] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, … de la procédure et de la responsabilité civile ? », Recueil Dalloz, 2013, n° 38, p. 2532.
[124] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.
[125] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; SAINT-ESTEBEN R., « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger », colloque Cour de cassation, 17 octobre 2005.

une conception duale de la faute civile et de la faute de concurrence, le juge civil ne se trouve pas privé de son office, mais bien au contraire libéré. Dans le cadre de la stratégie précédemment évoquée, le juge civil se trouvait jusqu'alors tenu de se livrer à une nouvelle analyse des pratiques, c'est-à-dire des éléments factuels et des questions juridiques déjà examinés par une autorité de concurrence et éventuellement son instance de recours ; et cette duplication d'analyse entraînait des coûts et délais supplémentaires considérables, rendant le rapport risques/récompense défavorable aux victimes[126]. Sous l'empire des nouvelles règles issues de la directive et de l'ordonnance du 9 mars 2017, le juge n'est plus tenu de se livrer à cette duplication d'analyse, pour se concentrer sur la véritable question qui doit lui être soumise dans le cadre de l'action en dommages et intérêts : le comportement en cause, constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, constitue-t-il ou non une faute ouvrant droit à réparation ? Autrement dit, la transgression du devoir imposé par les textes constitue-t-elle *ipso facto* une faute civile, parce qu'il imposait à l'auteur des pratiques un comportement précis, ou ne lui imposait-t-il qu'un devoir général de prudence susceptible de constituer une erreur excusable ? C'est donc d'un levier psychologique dont dispose l'entreprise à travers cette question de l'office du juge. En effet, si les décisions des juridictions civiles coïncideront la plupart du temps avec celles des autorités de concurrence, et déduiront automatiquement une faute de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, certaines décisions de condamnation, justifiées par des velléités interventionnistes et difficilement prévisibles, offrent peu de sécurité juridique pour les entreprises dans le cadre de l'auto-évaluation de la licéité des pratiques à laquelle elles sont tenues de se livrer. De telles situations ne semblent pas offrir une sécurité juridique suffisante, une prévisibilité suffisante pour être automatiquement constitutives d'une faute civile. Un autre argument de poids en la matière est celui du recours à l'analyse systémique, qui consiste à interpréter la norme non pas isolément, mais en tenant compte des rapports qu'elle entretient avec d'autres règles, de sorte que le texte s'intègre harmonieusement dans le système juridique. La théorie de la dualité des fautes permettrait ainsi de garantir, selon nous, la conformité de l'art. L481-2 C.com à l'art. 64 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ayant jugé qu'aucune autorité administrative ne saurait empiéter sur les fonctions des juridictions[127]. Or, le Conseil constitutionnel exerce parfois son contrôle sur les dispositions d'une loi de transposition. Il opère à ce titre une distinction entre « les articles qui

[126] Commission Européenne, 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, point 2.3., p. 6.

[127] « L'indépendance de l'autorité judiciaire », Conseil-constitutionnel.fr [en ligne] https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/l-independance-de-l-autorite-judiciaire (consulté le 02/10/2019) ; Conseil constitutionnel, 1er mars 2007, n° 2007-551 DC.

se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions de la directive, sur lesquels ne porte pas son contrôle, des autres qu'il soumet à un examen classique de constitutionnalité »[128]. L'art. 9 de la directive n'imposant pas d'interpréter l'effet liant comme une présomption irréfragable de faute civile (V. *supra*, n° 74), une telle interprétation de l'art. L481-2 C.com entrerait selon nous en contradiction avec l'art. 64 de la Constitution, et pourrait ainsi faire l'objet d'une censure. La théorie de la dualité des fautes permettrait de contourner cette problématique. En matière de contribution à la dette, l'art. L481-9 C.com dispose que les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence contribuent à la dette « à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage ». Selon M. Amaro, le choix de faire référence à la gravité de la faute serait critiquable, en ce qu'il « suppose d'engager la discussion sur le terrain de la notion de "faute" au sens du droit civil de la responsabilité alors que, précisément, la conception moniste des fautes civiles et "concurrentielle" a pour finalité d'éviter cette discussion »[129]. Cette critique nous semble pouvoir être écartée si l'on garde à l'esprit que le droit nouveau n'opère en réalité aucune consécration de la théorie de l'unité des fautes (V. *supra*, n° 74). En effet, appréciée sous l'angle de la dualité des fautes, cette disposition s'insère naturellement dans le droit nouveau. Si la conception moniste des fautes vise à éviter toute discussion sur le terrain de la faute, tel n'est pas le cas de l'effet liant lui-même, qui n'a vocation qu'à permettre des économies de procédure en interdisant de « relitiger » les faits afin d'allonger la procédure et ses coûts en vue de décourager les victimes (V. *supra*, n° 55 s). La référence à la gravité de la faute à l'art. L481-9 C.com constitue donc un argument supplémentaire tendant à rejeter l'interprétation selon laquelle l'effet liant serait une consécration de la théorie de l'unité des fautes. Mme le Professeur Chagny souligne encore la difficulté que représente la combinaison de l'effet liant et du principe de responsabilité solidaire entre les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence lorsqu'une société mère se trouve condamnée pour le fait de sa filiale. Elle indique ainsi que la caractérisation d'une faute ne soulève pas de difficultés en présence d'éléments démontrant que la filiale applique pour l'essentiel les directives de la mère, mais que tel n'est pas le cas lorsque la condamnation est prononcée sur la base de la simple détention du capital de la filiale par la mère[130]. Comme le fait remarquer Me Prunet, l'application de la présomption

[128] CANIVET G., « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires » [en ligne] https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-controle-du-conseil-constitutionnel-sur-les-lois-de-transposition-des-directives-communautaires (consulté le 02/10/2019).
[129] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », *ibid.*
[130] CHAGNY M., « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 265.

capitalistique conduit en effet parfois à des solutions difficilement justifiables. Une société mère a ainsi pu être condamnée, dans l'affaire « *General Quimica* », sur la base de la présomption capitalistique alors même qu'elle avait donné l'ordre à sa filiale de cesser les pratiques anticoncurrentielles qu'elle mettait en œuvre, cet ordre révélant selon la Commission européenne l'influence déterminante de la première sur la seconde (alors même que la filiale avait refusé s'y conformer)[131]. La mère est ainsi condamnée pour avoir exigé de sa filiale le respect d'une disposition légale, et la condamnation intervient sur le fondement du contrôle qu'est censée exercer sur elle la société mère, dont l'existence peut laisser dubitatif dans la mesure où la filiale refuse d'obéir. Bien que l'arrêt du TPICE ait finalement été annulé par la CJUE, ces développements permettent d'illustrer les difficultés soulevées par la présomption capitalistique en termes de qualification de la faute civile[132]. M. le Professeur Champaud et M. Danet soulignent par ailleurs que si la présomption capitalistique est une présomption réfragable censée pouvoir être renversée par la mère en démontrant que sa filiale dispose d'une autonomie suffisante de décision, la jurisprudence s'avère excessivement restrictive en la matière. Ainsi, les « magistrats européens opposent dogmatiquement l'argument tiré du pourcentage de participation détenu par la société mère » à tous les arguments que peuvent développer les sociétés mères relatifs à la réalité de la répartition du pouvoir au sein du groupe. Il est donc inutile « d'établir que la société mère [n'a] pas participé aux actes anticoncurrentiels ni même qu'elle n'en ait pas été informée par la filiale »[133]. La logique du droit de la concurrence nous semble ici encore entrer en contradiction avec la définition de la faute civile (V. *supra*, n° 71 s), et il semble que le législateur européen ait pu en tenir compte dans la directive. Mme le Professeur Chagny relève en effet l'emploi du terme « comportement conjoint » à l'art. 11 de la directive, notion qui ne fait l'objet d'aucune définition de la part de cette dernière[134]. Selon le dictionnaire Trésor de la Langue Française, le terme « conjoint » renvoie au fait de « joindre ensemble », ou encore d'unir « par des liens étroits » selon le dictionnaire de l'Académie. Le Larousse reprend la même idée, en définissant ce qui est conjoint comme étant « associé, étroitement uni », et prenant pour exemple les problèmes conjoints, que l'on ne peut séparer. Il

[131] PRUNET F., « Les conflits d'intérêts en droit de la concurrence », colloque « Les conflits d'intérêts en droit des affaires », Gazette du Palais, 8 décembre 2011, n°342 - page 19 ; CE, 21 déc. 2005, no 2006/902/CE : JOUE L 353, 13 déc. 2006, p. 50 ; TPICE, 18 déc. 2008, no T-85/06, « General Química, SA et a. c/ Commission » : JOUE C 44, 21 févr. 2009, p. 42.

[132] CJUE, 20 janvier 2011, « General Química e.a c./ Commission », aff. C-90/09 P.

[133] CHAMPAUD C. et DANET D., « Groupe de sociétés. Responsabilité de la société mère pour les infractions aux règles de concurrence commises par ses filiales », RTD com., 2008, n° 3, p. 576

[134] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence… de la procédure et de la responsabilité civile ? », *ibid*.

ajoute que le comportement conjoint est le comportement qui a été « fait ensemble : ils ont décidé une action conjointe »[135]. Ces définitions partagent ainsi toutes l'idée de comportements unis par des liens étroits, qui ont été décidés de concert par les personnes qui les ont mis en œuvre. L'art. L481-9 C.com emploie quant à lui le terme « concourir », qui est définit par le Trésor de la Langue Française comme le fait de rechercher « un résultat précis », ou encore comme le fait d'apporter son concours à quelque chose, d'y participer, d'y contribuer. Quant au dictionnaire de l'Académie Française, « concourir » implique selon lui de « tendre au même but », de « contribuer à une même fin ». Le droit civil pourrait donc s'éloigner ici de la conception retenue par le droit de la concurrence, essentiellement fondée sur la détention du capital par la mère, et ce d'autant plus que ni la circulaire du 23 mars 2017, ni le rapport au Président de la République ne vont dans le sens d'une application de la présomption capitalistique en matière civile, ces derniers demeurant muets sur la question. Peut-être faut-il voir dans l'art. 11 de la directive et l'art. L481-9 C.com une consécration implicite de la dualité des fautes ? Il convient à tous le moins de constater, selon nous, que ces textes pourraient permettre d'orienter l'interprétation de l'effet liant dans un sens favorable à la dualité des fautes, dans la mesure où il apparaît impossible de déduire automatiquement une faute de l'existence de l'infraction lorsque la société mère se trouve condamnée du seul fait de la détention du capital de la filiale. Cela reviendrait en effet à admettre en la matière une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, principe qui n'existe pas en droit interne (V. *infra*, n° 1029). Enfin, un dernier argument à l'appui de la dualité des fautes dans le cadre d'une interprétation systémique de la règle de droit réside dans le fait que les pratiques restrictives de concurrence sont clairement stigmatisées comme des fautes civiles en droit français[136]. Or, tel n'est pas le cas du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, dont les textes se refusent sciemment à employer le terme de « faute civile » (V. *supra*, n° 58 s). La théorie de la dualité des fautes est en outre pratiquée par la jurisprudence de plusieurs autres Etats Membres en Europe, et il convient d'observer que la jurisprudence française a déjà, par le passé, fait plusieurs pas en ce sens elle-aussi.

[135] TLFi et Dictionnaire de l'Académie, 9ème édition [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/conjoint (consulté le 15/08/2019) ; Larousse [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conjoint/18237?q=conjoint+conjointe#18130 (consulté le 15/08/2019).

[136] CONSTANTIN A., « Causalité et régulation économique », Revue Lamy Droit civil, 1er juillet 2007, n° 40, p. 47.

b. Appréciation duale des fautes en jurisprudence et enjeux internationaux du contentieux privé

79. Si une distinction entre le manquement à la règle de droit et le caractère fautif du comportement de l'agent à l'origine de la transgression est possible du point de vue des principes, il convient de remarquer que la théorie de la dualité ne constitue pas une simple hypothèse d'école, et fait déjà l'objet d'une mise en pratique dans certains Etats membres (i). Elle est de surcroît parfois appliquée par les juridictions françaises, bien qu'aucun arrêt de principe n'ait pour le moment consacré ou invalidé cette théorie en droit français (ii).

i. L'application de la dualité des fautes en Europe

80. Comme le relève la Commission dans son livre blanc[137], là où certains Etats-Membres appliquent un système de responsabilité sans faute, ou présument la faute de manière irréfragable du seul fait de la violation des textes, d'autres préfèrent retenir une conception dualiste des fautes, laissant ainsi à l'auteur des pratiques la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité. Les travaux du Professeur Vogel[138] permettent de mettre en évidence au moins trois systèmes juridiques appliquant la théorie de la dualité des fautes. Ainsi, si le droit italien présume la faute dès lors qu'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est établie, l'auteur des pratiques conserve la possibilité de s'exonérer en démontrant que son ignorance de la transgression d'une règle de concurrence n'est pas imputable à sa négligence. Ce sera notamment le cas dans l'hypothèse où il aura effectué des recherches sur le marché préalablement à la mise en œuvre du comportement jugé anticoncurrentiel par les autorités de concurrence. Une partie de la doctrine italienne admet un raisonnement similaire à celui défendu par la présente thèse : au sein des textes encadrant le droit des pratiques anticoncurrentielles, devraient être distingués des comportements nécessairement fautifs sur le plan civil, car procédant d'une violation consciente des règles par l'entreprise, et ceux pour lesquels le défendeur pourrait s'exonérer de sa responsabilité, « notamment en prouvant qu'il détenait des informations l'incitant à penser que son comportement ne présentait pas d'élément illicite ». Ce raisonnement fait à notre avis écho à la définition de l'erreur excusable, selon laquelle l'entreprise, malgré l'application d'un degré élevé de diligence, « ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence »[139]. Le droit

[137] 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, point 2.4., p. 7.
[138] VOGEL L., « Les actions civiles de concurrence, Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », p. 18.
[139] CE, *ibid*., pt 2.4., p. 7.

suisse exige quant à lui qu'outre l'existence de la violation du droit de la concurrence, soit rapportée la preuve de l'existence d'une faute autonome, « qui impose au demandeur de prouver la négligence ou le caractère intentionnel de l'action du défendeur ». Le droit allemand retient la même solution, en exigeant lui aussi l'établissement d'une faute résultant du caractère intentionnel de la violation du droit de la concurrence, ou d'une négligence de la part de l'auteur des pratiques. Or, comme l'a très justement fait remarquer M. le Professeur Bien, l'art. 9 de la directive ne nécessitera ainsi aucune transposition en droit allemand. Celui-ci connaît déjà, depuis 2005, un mécanisme d'effet liant établissant de manière irréfragable l'existence de l'infraction devant les juridictions civiles, sans pour autant priver l'auteur des pratiques de la possibilité de contester le caractère fautif de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles[140]. Mme Pietrini relève quant à elle la nécessité de modifier le droit italien en la matière, mettant ainsi un terme à l'indépendance absolue qui existait jusqu'alors entre le contentieux public et le contentieux privé. Il convient toutefois d'observer qu'eu égard à l'absence d'influence de la directive sur la qualification de la faute civile, la transposition ne devrait à notre avis pas remettre en question la solution retenue jusqu'alors quant à l'appréciation de la faute[141].

81. Il est ainsi présent dans l'esprit de ces systèmes juridiques que le manque de clarté et de lisibilité du droit des pratiques anticoncurrentielles s'oppose à ce qu'une infraction au droit de la concurrence constitue nécessairement une faute civile. Une lecture conjointe de l'art. L481-1 C.com, qui exige que soit démontrée l'existence d'une faute, et des développements du livre blanc relatifs à l'erreur excusable semble commander que soit préconisée, en droit interne, une interprétation similaire à celle retenue par le droit allemand et le droit suisse. L'auteur des pratiques pourrait tirer argument de l'existence des solutions observées en Allemagne et en Italie, dans le cadre d'une interprétation systémique de la norme, eu égard au caractère parfois transnational de l'infraction. Cette dernière consiste à interpréter la norme non pas isolément, mais dans ses rapports avec les autres règles, de manière à ce que le texte s'intègre harmonieusement dans le système juridique. Ainsi, afin que l'interprétation française de l'effet liant s'intègre harmonieusement dans le système juridique de l'Union Européenne, la norme devrait être interprétée de la même manière que dans le reste des Etats exigeant la preuve d'une

[140] BIEN F., « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », Concurrences n° 2/2015, p. 13.
[141] PIETRINI S., « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », Concurrences n° 2/2015, p. 18.

faute. En outre, rien ne permet d'affirmer que la théorie de l'unité des fautes soit plus à même d'assurer une meilleure efficacité au contentieux privé : en effet, selon une étude publiée par la revue Concurrences au sujet des ententes, sur les 23 décisions de condamnation étudiées dans 30 pays européens, la France arrive en tête avec un total de 10 condamnations et l'Allemagne obtient la seconde place avec 5 condamnations. Pour raisonner de manière inverse, le droit japonais connaît depuis 1974 un système de responsabilité sans faute en la matière, à travers l'art. 25 de son « *Antimonopoly Act* ». Or, et malgré l'impossibilité de contester la faute, ce n'est qu'à partir des années 1990 qu'a pu être observée une inflation du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles au Japon, dans le cadre d'un phénomène d'augmentation globale du contentieux privé en général. Cette inflation du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles s'explique principalement par l'action d'associations à but non-lucratif qui ont incité les citoyens à agir, entre 1992 et 2000, dans le cadre de « *residents' lawsuits* », une procédure consistant à agir devant les juridictions compétentes pour obliger un gouvernement local à mettre en œuvre le contentieux privé. Bien que la procédure n'existe plus depuis 2002, ces procès ont permis de faire comprendre aux gouvernements locaux japonais la faisabilité du recouvrement des dommages et intérêts. Ces derniers ont donc, sous la pression des mêmes associations, continué à poursuivre quasi-systématiquement les auteurs de pratiques anticoncurrentielles[142]. Bien que la doctrine japonaise demeure divisée sur la question de savoir si le contentieux privé fait aujourd'hui partie à part entière de l'arsenal japonais en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, le phénomène illustre bien que ce n'est pas tant le durcissement de la règle qui est à la source du développement d'un contentieux, mais bien la prise de conscience de la faisabilité de sa mise en œuvre. Ce n'est donc pas sous l'impulsion d'une conception unitaire des fautes civiles et concurrentielles que le contentieux va se développer, mais bien par la diffusion d'une culture de la concurrence, et surtout, à travers elle, la diffusion d'une culture de la stratégie juridique de l'entreprise. Il est nécessaire, pour que le contentieux privé se développe, que les entreprises prennent conscience des opportunités qui se présenteront à elles à travers la mise en œuvre de ce contentieux (V. *infra*, n° 607 et 759 s). La théorie de l'unité des fautes présente le désavantage de priver le juge de son office, et de sanctionner de manière indiscriminée tous les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, peu important les circonstances parfois critiquables dans lesquelles est intervenue la condamnation (V. *infra*, n° 109 s). L'entreprise aura donc tout intérêt à mettre en œuvre une stratégie de

[142] VANDE WALLE S., « Private Enforcement of Antitrust Law in Japan: An Empirical Analysis », The Competition Law Review, décembre 2011, Volume 8 Issue 1 pp 7-28 (traduction proposée par nous).

façonnage normatif lui permettant de bénéficier de la théorie de la dualité des fautes, tout en prévoyant une stratégie préventive de contractualisation du risque. En effet, la problématique de l'unité des fautes pourrait être contournée, du moins dans le cadre d'un contentieux entre professionnels, par le recours à l'arbitrage (V. infra, n° *1109* s) et à la clause *« d'electio juris »* (V. *infra*, n° 1090 s), à condition d'identifier des Etats-Membres admettant avec certitude la théorie de la dualité des fautes. Si les exemples qui viennent d'être évoqués démontrent que la théorie de la dualité des fautes existe en Europe, la question se pose de savoir s'il existe des occurrences de son application sur le territoire français.

ii. Etat des lieux de la théorie de la dualité des fautes en jurisprudence française

82. Malgré l'absence d'autorité de la chose jugée des décisions des autorités de concurrence sur les juridictions civiles, ces dernières leur témoignent une importante autorité morale, facilitant ainsi la tâche des victimes[143]. La cour d'appel de Paris tend néanmoins à vouloir imposer en droit interne le principe de l'unité des fautes. Ainsi prend-t-elle le parti, dans un arrêt du 2 octobre 2015[144] de suivre scrupuleusement le raisonnement de l'ancien Conseil de la concurrence afin d'établir les conditions de la responsabilité civile, confirmant ainsi l'influence décisive de ses décisions en la matière[145]. Cette influence est telle que certains auteurs la qualifient « d'autorité de la chose décidée »[146]. La cour d'appel de Paris va même plus loin en affirmant que « la violation de la loi constitue nécessairement une faute civile » engageant la responsabilité civile de son auteur », à l'occasion d'un arrêt rendu dans le cadre de l'affaire « Lectiel »[147]. Malgré l'importante influence morale des décisions de l'ADLC sur le juge de la réparation, force est de constater que la théorie de l'unité des fautes n'a jamais fait l'objet d'une consécration en droit français[148]. La seule illustration actuelle du débat sur la question est, à notre connaissance, l'affaire « Lectiel », dans le cadre de laquelle la Cour de cassation affirme

[143] BENABENT A., « La mise en jeu de la responsabilité civile », *in* « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », colloque de l'Université Paris I du 29 avril 2004, Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 31.
[144] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles Changements en vue en droit français de la concurrence, ... de la procédure et de la responsabilité civile ? », Recueil Dalloz, 2013, n° 38, p. 2532 ; GIRAUD A. et GALMICHE P., « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence: quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », Revue Lamy de la Concurrence – 2014, n° 39, p. 186 ; CA Paris, pôle 5 - ch. 11, 02-10-2015, n° 14/15779.
[145] AMARO R., « Action en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante dans le secteur de l'Internet haut débit », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, p.152.
[146] D'ALES T., « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 5, p. 206 ; VOGEL L., « Les actions civiles de concurrence : Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis », *ibid*., pt. n°10, p. 18.
[147] CHAGNY M., « L'indemnisation des dommages concurrentiels par la cour d'appel de Paris : une hirondelle avant la réforme ? », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 11, p.465 ; CA Paris, pôle 5 - ch. 4, 27 mai 2015, n° 14/14758.
[148] GIRAUD A., GALMICHE P., « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence : quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », *ibid*.

tantôt la dualité comme l'unité des fautes, dans des arrêts non-publiés dont il convient donc de tempérer la portée.

83. À l'occasion d'un premier arrêt, la Cour de cassation[149] a en effet affirmé la dualité des fautes. Bien que l'arrêt n'ait pas fait l'objet d'une publication, la solution n'en demeure pas moins très intéressante, dans la mesure où elle s'inscrit dans la logique développée par le livre blanc au sujet de l'erreur excusable. S'estimant victime d'un abus de position dominante, la société Lectiel a, dans un premier temps, assigné France Télécom devant le tribunal de commerce afin d'obtenir la cessation des pratiques ainsi que des dommages et intérêts. Déboutée par les juges, elle porte parallèlement l'affaire devant le Conseil de la concurrence, qui la déboute également, avant qu'elle ne fasse appel de la décision devant la cour d'appel de Paris. Cette dernière ayant fait droit à sa demande dans un arrêt du 29 juin 1999, la société Lectiel fait également appel de la décision du tribunal de commerce afin d'obtenir le versement de dommages et intérêts. Elle est cependant déboutée au motif que la société France Télécom, qui ne disposait pas jusqu'alors de tous les éléments pour se conformer « à coup sûr » à la décision de la cour d'appel caractérisant l'existence d'un abus de position dominante, n'avait de ce fait commis aucune faute à l'égard de la société Lectiel. Cette dernière forme alors un pourvoi en cassation devant la chambre commerciale, qui casse l'arrêt d'appel au motif que la cour s'est contentée de rechercher si la société France Télécom a respecté les injonctions qu'elle lui avait adressées, « sans rechercher si une faute de la société France Télécom, génératrice d'un préjudice pour les sociétés Lectiel et Groupadress, résultait des pratiques retenues comme constitutives d'abus de position dominante ». Le raisonnement de la cour d'appel de Paris dans l'affaire Lectiel ne manque pas de rappeler la notion d'erreur excusable développée par la Commission dans le livre blanc. En effet, elle déduit l'absence de faute de l'impossibilité dans laquelle se trouvait la défenderesse de se conformer avec certitude à la décision sanctionnant les pratiques. Ainsi, il ne devrait y avoir faute que lorsque l'entreprise est en mesure d'identifier avec certitude le comportement qu'elle est supposée adopter ! La chambre commerciale, loin de reprocher à la cour d'appel de ne pas avoir déduit de faute suite au non-respect des injonctions, va même encore plus loin. En effet, elle prononce la cassation de l'arrêt au motif que la cour d'appel aurait dû s'interroger sur la question du point de savoir si les pratiques anticoncurrentielles sanctionnées en l'espèce étaient ou non constitutives d'une faute au regard des règles de la responsabilité civile. La cour d'appel avait en l'espèce omis de statuer sur les faits qui s'étaient produits avant la décision constatant l'existence d'un abus de position

[149] Com., 23 mars 2010, n°08-20.427 (non-publié).

dominante et prononçant les injonctions pour y mettre fin. Le raisonnement de la Cour de cassation dans cet arrêt présente encore l'intérêt de correspondre aux développements du Professeur Jourdain au regard de la caractérisation de la faute civile à la suite de la violation d'une disposition légale (V. *supra*, n° 71).

84. À la suite de cet arrêt, l'affaire a été à nouveau renvoyée devant la cour d'appel de Paris, donnant lieu à un nouveau pourvoi qui a abouti à la cassation partielle de l'arrêt par la chambre commerciale dans un arrêt du 3 juin 2014[150]. La décision, peu commentée en doctrine, n'a là encore pas fait l'objet d'une publication au bulletin. Monsieur Amaro y voit cependant une consécration de la théorie de l'unité des fautes par la Cour de cassation[151]. Une interprétation divergente nous semble toutefois possible, dans la mesure où la Haute juridiction n'affirme pas de manière claire l'unité des fautes à l'occasion de l'arrêt. Bien que la décision soit rendue sous le visa de l'art. 1382 du Code civil, la chambre commerciale semble ne faire que reprocher à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir tenu compte de son arrêt du 23 mars 2010, ayant conduit à sa saisine sur renvoi. Cette dernière rejette en effet à nouveau la demande de la société Lectiel au motif que la « cassation intervenue n'a pas remis en cause les termes de l'arrêt du 30 septembre 2008 écartant toute faute de la société France Télécom pour n'avoir pas appliqué les injonctions ». La Cour de cassation rappelle au contraire que l'arrêt du 23 mars 2010 porte bien atteinte au dispositif de l'arrêt du 30 septembre 2008, et reproche en substance à la cour d'appel de ne pas en avoir tenu compte pour juger exactement la même chose que dans l'arrêt de 2008. La cour d'appel ajoute que les faits considérés comme constitutifs d'un abus de position dominante dans l'arrêt du 29 juin 1999 tiennent exclusivement à la fourniture des informations litigieuses à des prix excessifs incluant la prise en compte de droits de propriété intellectuelle. La cour d'appel précise que l'arrêt du 30 septembre 2008[152] admet quant à lui une telle perception, et refuse là encore de caractériser la faute dans la mesure où France Télécom « n'avait pas, jusqu' au 9 décembre 2003, tous les éléments pour se conformer à l'arrêt du 29 juin 1999 ». La Cour de cassation y voit une violation de l'art. 1382 du Code civil, de l'art. L420-2 du Code de commerce et de l'art. 102 du TFUE, au motif que le droit reconnu à France Télécom par l'arrêt de 2008 d'inclure les droits de propriété intellectuelle dans ses tarifs l'a été « sous réserve […] de fournir les données litigieuses dans le respect des principes de concurrence », comme l'a relevé la cour d'appel. En constatant que la fourniture d'informations

[150] Com., 3 juin 2014, n° 12-29.482 (non-publié).
[151] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 5 novembre 2015, nº 45, p. 72.
[152] CA Paris, 1re ch. A, 30 sept. 2008, nº RG : nº 06/21874, SA Lectiel c/ SA France Telecom.

à un prix excessif a débuté à compter de 1993, et que France Télécom n'a pas été en mesure de le fixer à un niveau conforme avant décembre 2003, la cour d'appel a violé les textes susvisés. Pour le dire autrement, les données n'ont pas été fournies dans le respect des principes de concurrence, et la cour d'appel aurait dû caractériser une faute malgré l'impossibilité dans laquelle se trouvait France Télécom de se conformer à l'arrêt de 2008. Une bonne compréhension de l'arrêt rendu par la Cour de cassation impose de retracer la chronologie de l'affaire : la demande en dommages et intérêts initialement formulée devant le tribunal de commerce l'a été en 1994[153], et l'appel pour cette demande n'a été reçu qu'en 2008. L'existence de pratiques anticoncurrentielles n'a quant à elle été caractérisée par la cour d'appel que dans son arrêt de 1999, alors que les pratiques ont commencé dès 1993, ce qui implique que des pratiques constitutives d'un abus de position dominante ont bien eu lieu entre 1993 et 1999. Il faut donc distinguer deux périodes infractionnelles : la première s'étendant de 1993 à 1999, et la seconde, s'étendant de 1999 à 2003. Or, la cour d'appel de Paris, dans ses arrêts de 2008 et de 2012[154], n'a statué que sur la seconde période infractionnelle, omettant la première. Il semble donc que la cassation n'intervienne pas au nom d'une conception unitaire des fautes, qui aurait imposé à la cour d'appel de déduire automatiquement la faute civile de l'existence des pratiques, mais paraît intervenir en raison de l'absence de prise en compte par la cour d'appel de la première période infractionnelle pour conclure à une absence totale de faute de France Télécom. Cette interprétation nous semble plus cohérente, dans la mesure où l'arrêt de la chambre commerciale du 2014 fait suite à celui du 23 mars 2010, dans lequel la même chambre affirmait la dualité des fautes.

85. La cour d'appel de Paris, à nouveau saisie sur renvoi, considère toutefois que « la violation de la loi constitue nécessairement une faute civile »[155]. Cette affirmation nous semble tirer à l'extrême les conséquences de l'arrêt du 3 juin 2014, qui lui intimait simplement de statuer sur la première période infractionnelle. Saisie d'un nouveau pourvoi, la Cour de cassation admet finalement la responsabilité de la société Orange, considérant que la cour d'appel avait retenu « à bon droit que ces pratiques constituent des fautes civiles »[156]. Il convient de remarquer que l'arrêt ne reprend toutefois pas la formule de la cour d'appel selon laquelle « la violation de la loi constitue nécessairement une faute civile ». La faute civile est donc caractérisée sans

[153] T. com. Paris, 1re ch. A, 5 janv. 1994, nº RG : 92/082099.
[154] CA Paris, ch. 5-10, 27 juin 2012, nº RG : 10/18278.
[155] CA Paris, pôle 5, ch. 4, 27 mai 2015, nº RG : 14/14758, Sté Lectiel (en liquidation) c/ SA Orange (anciennement SA France Telecom).
[156] Com., 13 septembre 2017, n° 15-22320, 16-10327 (non-publié).

surprise pour les faits relevant de la première période infractionnelle, le comportement sanctionné au titre de l'abus de position dominante relevant sans nul doute possible de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles (à tel point qu'il est qualifié de « cas d'école » par M. Amaro[157]). Mais il convient d'observer que, concernant la seconde période infractionnelle, à savoir l'impossibilité pour la société France Télécom à l'époque de se conformer aux injonctions du Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris a par trois fois refusé de qualifier ce comportement de fautif, sans que la Cour de cassation ne lui fasse le moindre reproche sur ce point (le dernier arrêt de renvoi, en date du 11 avril 2018, rejette lui aussi la demande fondée sur le non-respect des injonctions[158]).

86. Ce raisonnement nous semble pouvoir s'analyser à l'aune du standard de l'erreur excusable, et ainsi écarter la qualification de faute civile pour cette période. Ainsi, si l'abus de position dominante mis en œuvre par France Télécom a perduré à la suite du premier arrêt de la cour d'appel de Paris sanctionnant les pratiques et lui enjoignant leur cessation, aucune faute ne saurait lui être reprochée à ce titre. Pour le dire autrement, l'abus de position dominante mis en œuvre par France Télécom constitue une faute civile pour la première période infractionnelle, car aucun doute n'était permis quant à l'illicéité de son comportement, mais ne constitue pas une faute civile pour la seconde période infractionnelle, puisque France Télécom n'a pas été mise en mesure de se conformer à l'injonction de cessation des pratiques qui lui été adressée. S'il faut donc retenir un point essentiel en matière d'appréciation de la faute civile par le juge, c'est qu'à l'occasion des trois pourvois en cassation formés dans le cadre de l'affaire Lectiel, jamais la Cour de cassation n'a reproché aux juges du fond d'avoir considéré comme non fautive l'impossibilité dans laquelle se trouvait l'auteur des pratiques de se conformer aux injonctions prononcées. À chaque fois, la cassation n'est intervenue que parce que les juges du fond avaient omis de statuer sur la première période de l'infraction, c'est-à-dire sur les faits qui s'étaient produits avant le constat de la pratique et le prononcé des injonctions. Ces trois arrêts étant toutefois inédits, la question de la théorie à retenir en matière d'appréciation de la faute civile n'est à ce jour toujours pas tranchée.

87. Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris dans d'autres affaires semblent en outre marquer, comme le suggère M. Amaro, une divergence sur la question entre la chambre 5-5 et la chambre 5-4. La chambre 5-4 semble retenir une conception moniste des fautes, puisqu'elle considère que la violation du droit de la concurrence constitue « nécessairement » la faute

[157] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[158] CA Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 11 avril 2018, RG n° 14/14758, SCP BES RAVISE c/ SA ORANGE.

civile, là où la chambre 5-5, dans l'affaire dite « des câbliers », refuse de se prononcer sur la question de la faute et déboute le demandeur au motif qu'il n'a subi aucun préjudice du fait des pratiques alléguées. Comme le relève M. Amaro, « implicitement, on pourrait en conclure alors qu'il ne s'infère pas nécessairement de l'existence d'une faute "concurrentielle", celle d'une faute civile, ce qui relèverait d'une conception plutôt dualiste des fautes ». Ce à quoi il faut ajouter que deux autres chambres avant elles ont retenu la dualité des fautes, dans les arrêts de 2008 et de 2012. La formulation de la chambre 5-4 pourrait ainsi être un appel lancé à la Cour de cassation, destiné à la conduire à trancher une fois pour toute la question[159]. Il convient encore de remarquer que la chambre 5-4 semble s'être encore récemment prononcée en faveur d'une conception moniste des fautes, dans un arrêt du 14 décembre 2016 (« affaire SNCF c/ Switch »). Dans cet arrêt, la cour indique tout d'abord que le recours à une procédure de non-contestation des griefs ne constitue pas une reconnaissance de culpabilité, et poursuit en indique que « […] par ailleurs, une condamnation par l'Autorité de la concurrence, qui constitue une décision administrative et ne lie pas le juge, n'établit pas nécessairement l'existence d'une faute civile ». Des auteurs en déduisent ainsi que la cour d'appel opère « une distinction nette entre son office de caractérisation d'une faute civile et l'office de sanction des pratiques anticoncurrentielles de l'autorité »[160]. Mais cette affirmation, selon nous très claire, de la dualité des fautes paraît malgré tout contredite par un autre considérant du même arrêt, dans lequel la cour indique cette fois que « la SNCF a commis une pratique anticoncurrentielle illicite […] laquelle constitue nécessairement une faute de nature à engager sa responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du code civil ». M. Amaro interprète l'arrêt comme allant plutôt dans le sens d'une conception moniste de la faute, mais une autre interprétation pourrait selon nous être envisagée. Peut-être la cour d'appel considère-t-elle que les condamnations de l'ADLC ne constituent pas systématiquement des fautes civiles, mais que le comportement de la SNCF constituait « nécessairement » une faute civile au regard des faits de l'espèce. En effet, si l'emploi du terme « nécessairement » semble indiquer une présomption, tel n'est pas toujours le cas, comme l'illustre l'affaire « des câbliers ». Les demandeurs avaient cru pouvoir déduire de la formule retenue par la Cour de cassation dans l'affaire JCB une présomption de préjudice, la Cour y indiquant que les pratiques sanctionnées avaient « nécessairement causé » un préjudice à la victime. Or, malgré l'emploi du terme, la Cour a rejeté cette interprétation dans

[159] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[160] THOMAS B. et BOUSCATEL M., « L'approche récente de la cour d'appel de Paris en matière d'actions indemnitaires des concurrents évincés », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2018, nº 68, p. 13 ; CA Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 14 décembre 2016, RG 13/08975, SNCF c/ Pellegrini (Switch).

l'affaire « des câbliers », considérant qu'il n'existait pas de présomption de préjudice dans le droit antérieur à la directive et à l'ordonnance[161]. Cette interprétation de l'emploi du terme « nécessairement » comme étant purement circonstanciel nous semble cohérente eu égard aux faits de l'affaire « SNCF c/ Switch ». La SCNF a en effet été condamnée pour avoir créé avec un concurrent une filiale commune, comportement sanctionné dans une décision devenue définitive du Conseil de la concurrence. Ce dernier a considéré que les faits constituaient une entente « ayant pour objet notamment la mise en commun de fichiers clients et pour effet de détourner la clientèle de la SNCF au profit exclusif de l'Agence VSC […] au détriment des agences de voyage concurrentes »[162]. Aucun doute n'est alors possible quant au caractère anticoncurrentiel d'un tel comportement, qui ne saurait en aucune manière constituer une erreur excusable de la part des entreprises condamnées. Tel est peut-être le sens à donner à l'emploi du terme « nécessairement » par la chambre 5-4 de la cour d'appel de Paris. Cette interprétation nous semble encore confirmée par l'arrêt « *Betclic* », rendu par la même chambre, qui abandonne le terme « nécessairement » au profit du terme « également ». La cour conclut en effet l'arrêt en indiquant comme suit : « cette faute anti concurrentielle constitue également une faute civile »[163]. Une telle formulation ne nous semble pas de nature à fermer la porte à la théorie de la dualité des fautes civiles et concurrentielles. Le débat sur la question de savoir laquelle des deux conceptions de l'effet liant l'emportera est donc encore loin d'être clos, et seule la jurisprudence à venir permettra de le trancher définitivement.

88. Bien que l'essentiel des développements relatifs à l'office du juge de la réparation concernent la question de la possibilité pour ce dernier d'apprécier ou non l'existence de la faute civile, l'appréciation de sa gravité mérite également d'être mentionnée. En effet, aux termes de l'art. L481-9 du Code de commerce, cette dernière constituera l'élément sur la base duquel les juridictions civiles devront déterminer la charge finale de l'indemnisation.

2. La typologie des fautes et la charge finale de l'indemnisation

89. En application de l'art. 11 § 1 de la directive 2014/104, « les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint [sont] solidairement responsables du préjudice causé par l'infraction ». L'art. 11 § 5 affirme la possibilité, pour le *solvens*, de

[161] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), Concurrences n° 2-2018, p. 225 ; Com., 6 octobre 2015, n° 13-24854 ; Com., 13 septembre 2017, n° 15-22837 et 15-23070.
[162] CA Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 14 décembre 2016, RG 13/08975, SNCF c/ Pellegrini (Switch).
[163] CA Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 12 septembre 2018, RG 18/04914, GIE Pari Mutuel Urbain c/ Société Betclic Entreprises Limited.

récupérer auprès des coauteurs une contribution déterminée eu égard à leur responsabilité dans le préjudice causé par l'infraction. Le texte ne précisant pas selon quels critères déterminer ladite responsabilité, l'ordonnance du 9 mars 2017 a fait le choix de retenir celui de la gravité de la faute (a). La mesure pose cependant la question de son champ d'application, ainsi que celle du point de savoir si le juge sera là encore lié ou non par les constatations des autorités de concurrence quant à l'appréciation de la gravité de la faute (b).

a. La gravité de la faute, critère déterminant de la contribution des coauteurs à la dette

90. Laissant les Etats-Membres libres de définir les critères déterminant la contribution à la dette des coauteurs de l'infraction, la directive se contente de proposer quelques exemples. Parmi ceux-ci figurent « le chiffre d'affaires, la part de marché ou le rôle joué dans l'entente », la seule limite étant le respect des principes d'effectivité et d'équivalence[164]. À l'occasion de la transposition en droit interne de la mesure, le législateur a fait le choix, à l'art. L481-9 C.com, de retenir comme critères la gravité des fautes et le rôle causal dans la réalisation du dommage. Les fautes font l'objet, selon leur gravité, d'une hiérarchie imprécise en droit français[165]. Le législateur leur attribue différentes qualifications, sans qu'il ne soit clair si elles sont ou non équivalentes. Le droit des assurances connaît ainsi la faute intentionnelle, là où le droit des contrats connait la faute dolosive, et où le droit du travail envisage fautes lourdes et fautes graves. Cette hiérarchie se limite cependant au droit des contrats, et est indifférente en droit de la responsabilité civile, matière en laquelle la faute engage la responsabilité de son auteur, peu important qu'elle soit intentionnelle, grave, ou légère. Une classification fondée sur la gravité de la faute peut tout de même être opérée en droit de la responsabilité civile, à travers la distinction entre la faute intentionnelle et la faute d'imprudence[166]. La faute intentionnelle exige classiquement la volonté de commettre l'acte mais aussi la recherche de ses conséquences, ce qui revient en fait à exiger une intention de nuire. Or, bien que le caractère intentionnel ou non de la faute soit indifférent du point de vue de sa qualification, la distinction revêt divers intérêts. La faute intentionnelle sera notamment sanctionnée plus durement que la faute d'imprudence, le juge prenant en compte ce caractère (sans toutefois l'avouer) au moment de l'appréciation du lien de causalité et de la quantification du préjudice. La gravité inhérente à la faute intentionnelle exclut également le jeu d'une assurance éventuellement contractée par l'auteur

[164] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 37.
[165] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 544, p. 430.
[166] BRUN P., *ibid.*, pts. n° 31 s.

du dommage, conformément aux dispositions de l'art. L113-1 du Code des assurances. Le Professeur Jourdain[167] relève quant à lui que si la volonté des rédacteurs du Code civil a probablement été de retenir une conception unique de la faute (toute faute, peu important son degré de gravité, suffisant ainsi à engager la responsabilité de son auteur), le principe a connu un certain nombre d'atteintes au fil du temps. Peu à peu, sous l'influence du législateur et de la jurisprudence, des conséquences différentes ont été attachées à la faute selon son degré de gravité. Il existe ainsi aujourd'hui une gamme de fautes, « très proche de celle de l'Ancien droit », avec laquelle les rédacteurs du Code civil avaient pourtant souhaité rompre. Il convient donc de distinguer la faute intentionnelle, encore dite « faute dolosive », et une série de faute non-intentionnelles, parmi lesquelles la faute légère, et une série de fautes non-intentionnelles d'une gravité supérieure à la faute légère : la faute grave, la faute lourde et la faute inexcusable. La gravité de la faute fait donc bien l'objet d'une prise en compte, non pas du point de vue de sa capacité à engager la responsabilité de son auteur, mais des conséquences qui doivent lui être attachées. Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, en faisant de la gravité (aux côtés de la causalité) le critère de la contribution à la dette, en offre lui aussi une illustration. Pour autant, l'office du juge trouvera-t-il à s'exprimer en la matière, ou sera-t-il muselé par l'effet liant de la décision à la suite de laquelle aura été formé le recours ?

b. L'office du juge malgré l'effet liant, l'appréciation de la gravité de la faute face aux circonstances aggravantes

91. L'art. L481-9 C.com faisant de la gravité de la faute l'un des critères permettant de déterminer la contribution à la dette, la question se pose naturellement de savoir si le juge civil sera ou non tenu par les constatations de l'autorité de concurrence saisie de l'affaire quant à la gravité du dommage à l'économie (i). Si la réponse nous semble devoir être négative, l'office du juge en la matière consistera surtout à traduire dans le vocabulaire du droit civil, de la gravité des faits telle que l'aura appréciée l'autorité de concurrence, sans que n'existe toutefois de parfaite adéquation entre les deux (ii).

i. La liberté du juge quant à l'appréciation de la gravité de la faute civile

92. Comme le fait remarquer Mme le Professeur Chagny[168], les éléments pris en compte par les autorités de concurrence pour la fixation de l'amende pourraient être pris en compte par le juge de la réparation au moment de la détermination de la contribution à la dette. Plus encore, le

[167] JOURDAIN P., *ibid.*, pt. n° 4.
[168] CHAGNY M., « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 265.

Professeur Chagny interroge, en raison de l'effet liant, sur l'éventuelle obligation que pourrait avoir le juge civil de calquer la répartition de la contribution à la dette sur la répartition qu'aura effectuée une autorité de concurrence quant à la charge définitive de l'amende. Ce raisonnement s'explique par l'absence de précision quant au champ d'application de l'effet liant, personne n'étant en mesure de déterminer si le juge de la réparation doit se trouver lié par le seul dispositif de la décision, ou également par ses motifs. Comme le relève le Professeur Chagny, la précision dans les considérants de la directive selon laquelle l'effet liant se limite à la nature de l'infraction, ainsi qu'à sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale pourrait ne pas suffire à trancher la question : « le dernier mot reviendra donc au législateur et/ou aux juges »[169]. Or, en faisant de la gravité et du lien causal les critères permettant au juge de déterminer la contribution à la dette des coauteurs de l'infraction, le législateur laisse la question en suspens. En effet, selon les considérants de la directive, l'effet liant « devrait » lier le juge quant à l'appréciation faite par les autorités de concurrence de la portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale de l'infraction[170]. Dans la mesure où le dommage à l'économie ne se confond pas avec le préjudice individuellement subi par les victimes, il semble falloir écarter la thèse selon laquelle le juge de la réparation devrait déterminer la contribution à la dette en fonction de la répartition de l'amende qu'aura effectuée l'autorité de concurrence saisie de l'affaire. Il convient donc de s'interroger sur la liberté dont il pourra faire preuve quant à son appréciation de la gravité de la faute, eu égard aux critères de fixation du montant de l'amende, parmi lesquels figure la gravité des faits.

93. Dans la mesure où l'effet liant devrait concerner la portée personnelle de l'infraction, il semble que le juge devra tenir compte des constatations de l'autorité de concurrence au regard de la détermination du lien causal. La question demeure cependant au sujet de l'appréciation de la gravité de la faute, l'effet liant concernant également la portée matérielle de l'infraction. Selon le dictionnaire Larousse[171], l'adjectif « matériel » fait référence à une chose considérée « d'un point de vue purement concret, en dehors de toute subjectivité ». Le dictionnaire Trésor de la langue française qui n'envisage, dans le domaine juridique, que la définition du fait matériel indique qu'il s'agit d'un fait « considéré du point de vue des circonstances qui le

[169] *Ibid.*
[170] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 34.
[171] Le Larousse, [en ligne]
http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/mat%C3%A9riel_mat%C3%A9rielle/49842 (consulté le 10/08/2019).

constituent, indépendamment des motifs ou intentions »[172]. Ces deux définitions de la matérialité excluent toute subjectivité, ce qui devrait selon nous conduire à la conclusion selon laquelle le juge de la réparation n'est tenu que par les constatations relatives à la seule matérialité des faits, autrement dit leur existence. L'effet liant ne devrait toutefois pas concerner l'appréciation subjective qu'en aura fait l'autorité de concurrence saisie de l'affaire, laissant ainsi toute latitude au juge de la réparation pour en apprécier la gravité. La logique de l'effet liant transparait là encore : en tant que simple accélérateur de la procédure, la mesure n'a pas vocation à lier le juge au-delà de la simple constatation de l'existence des faits jugés constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle. Pour autant, au regard des critères pris en compte par les autorités de concurrence pour établir la gravité des pratiques, la question se pose de savoir si une telle latitude existe réellement. En effet, les circonstances déterminant la gravité des faits risquent le plus souvent d'être les mêmes du côté des autorités de concurrence et du juge civil. L'office du juge en la matière sera donc plutôt un office de traduction, dans le vocabulaire du droit civil, de la gravité des faits, sans pour autant impliquer une parfaite adéquation entre les deux.

ii. La traduction de la gravité des faits en droit civil

94. Comme nous l'évoquions *supra*, ce qui est tenu pour grave ou non par les autorités de concurrence ne devrait pas lier le juge civil, libre d'apprécier autrement la gravité des faits. Dans le cadre de l'appréciation de la gravité des pratiques, la Commission européenne et l'ADLC prennent ainsi en compte un certain nombre d'éléments de fait[173]. Ainsi, la nature même de la restriction apportée à la concurrence peut présenter en soi un certain degré de gravité, comme c'est le cas des pratiques de boycott ou d'exclusion. Il en va de même des ententes visées par la recommandation de l'OCDE du 25 mars 1998, parmi lesquelles figurent notamment les pratiques de fixation des prix, les partages de marchés, et les ententes commises dans le cadre de marchés publics. Le fait que des pratiques aient déjà été sanctionnées dans le passé est également prise en compte, de même que l'aspect objectif des faits relevés. Ainsi, le caractère répétitif des pratiques constitue une circonstance aggravante, là où le fait qu'elles n'aient concerné qu'un secteur géographique limité, pendant une faible durée (ce qui n'empêche pas la pratique d'avoir affecté de manière significative le marché), constitue une circonstance atténuante. Le fait pour l'auteur des pratiques d'avoir spontanément mis un terme à l'infraction constitue également une circonstance atténuante. La gravité de l'infraction

[172] TLFi [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/mat%C3%A9riel (consulté le 10/08/2019).
[173] ARHEL P., « Pratiques anticoncurrentielles (Injonctions et sanctions) », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2015 (actualisation : avril 2017), n° 26 s.

s'apprécie également au niveau de l'auteur des pratiques lui-même, le bénéfice d'une exclusivité, la détention d'un monopole ou l'appartenance à un groupe constituant des circonstances aggravantes, de même que la taille des entreprises en cause et le rôle de meneur dans la commission de l'infraction. Le fait pour une entreprise d'avoir pris des mesures internes relatives à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles est parfois pris en compte au titre des circonstances atténuantes, bien que ni la Commission, ni la cour d'appel de Paris ne se considèrent tenues de le faire systématiquement. Le rôle joué par d'autres acteurs, comme l'élaboration de la concertation par le maître de l'ouvrage, ou le rôle joué par d'autres membres de l'entente ont quant à eux pu jouer le rôle de circonstances atténuantes. Des considérations relatives au dommage causé à l'économie peuvent également être prises en compte au moment de l'appréciation de la gravité des faits, notamment l'effet de la pratique sur le marché, mais encore la nature des produits et services affectés par l'infraction (par exemple des produits et services de première nécessité, ou pesant lourdement sur le budget des ménages, ou répondant à des besoins sociaux tels que l'éducation et la santé), ou l'importance de l'entreprise sur le marché. La situation même de l'entreprise est également prise en compte par les autorités de concurrence, l'idée étant d'éviter une objectivisation qui conduirait à des sanctions inadaptées, notamment lorsque l'infraction est commise par des entreprises de tailles très différentes. La situation financière des entreprises n'est cependant pas prise en compte, en principe, mais peut donner lieu à une diminution (voire à une disparition) de l'amende lorsque les circonstances le justifient. Enfin, bien que les règles relatives à la récidive du droit pénal ne trouvent pas à s'appliquer en matière de pratiques anticoncurrentielles, la réitération de l'infraction peut être prise en compte lors de la détermination de la sanction.

95. Si le raisonnement du juge de la réparation et des autorités de concurrence seront semblables sur un certain nombre des points évoqués *supra*, des divergences demeurent toutefois selon nous possibles. En effet, certaines des circonstances prises en compte par les autorités de concurrence pourront apparaître indifférentes aux yeux du juge de la réparation. Cela pourrait notamment être le cas des considérations relatives à la nature des produits et services affectés, qui ne semblent pas pertinente pour répartir la charge de la contribution à la dette, dans la mesure où toutes les entreprises ayant participé à l'infraction auront porté atteinte aux mêmes produits et services. Pour les mêmes raisons, celles relatives à la nature de l'infraction ne devraient pas non plus être prises en compte. Le juge de la réparation sera probablement plus sensible que les autorités de concurrence à la taille et à la situation financière des entreprises condamnées, ainsi qu'au rôle de meneur joué dans la réalisation de l'infraction. De même, si

l'une des entreprises condamnées se trouve en situation de récidive alors qu'une autre ne l'est pas, les magistrats pourront être tentés de faire peser sur la première une part de responsabilité plus importante que sur la seconde.

96. L'essentiel du débat devrait à notre avis être centré autour de la question de savoir si, parmi les coauteurs, certains ont pu commettre l'infraction de manière intentionnelle (les meneurs, notamment), là où d'autres l'auront commise de manière non-intentionnelle. Cette situation semble en effet envisageable, dans la mesure où il n'est pas rare que les auteurs de l'infraction incluent des PME à la pratique, l'idée étant que le risque de les voir dénoncer l'infraction ou recourir à une procédure de clémence est très faible. En effet, pour éviter de disparaître du marché face à une entente ou un abus de position dominante, l'entreprise peut tenter de lutter contre le comportement en cause, mais devra alors se préparer à « dix à quinze ans de bataille juridique et 200 000 euros par an de dépenses » liées aux coûts de l'action, tout en gardant à l'esprit que la peur des représailles, à travers un déréférencement qui la condamnerait ni plus ni moins à mort, découragera la PME d'agir en justice. La solution alternative consiste à participer à l'infraction, afin d'assurer sa survie avec une meilleure certitude[174]. L'intérêt de la question réside dans la possibilité de convaincre le juge du caractère non-intentionnel de la faute civile résultant de la participation à l'infraction, dans la mesure où il est permis de douter qu'une entreprise se trouvant dans la situation décrite ci-dessus ait eu la volonté de commettre l'acte et d'en rechercher les conséquences. En effet, du point de vue de la volonté de commettre l'acte, la situation pourrait être comparée à la violence économique en droit des contrats. La PME, consciente de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle sur le marché, et incapable de financer une action en justice pour y mettre un terme, n'a alors d'autre choix que de prendre part à l'infraction pour assurer sa survie. La violence économique privant le contractant de son libre arbitre en matière contractuelle, il nous semble concevable, en raisonnant par analogie, qu'elle prive de la même manière l'agent de son libre arbitre dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle[175]. La recherche des conséquences de l'acte fait elle aussi débat, dans la mesure où la PME placée dans une telle situation recherchera sa survie, et non à fausser le jeu de la concurrence en vue d'améliorer sa performance sur le marché. C'est précisément parce qu'une telle pratique vient menacer sa survie qu'elle n'a d'autre choix que d'y participer. Outre son intérêt évident du point de vue du droit des assurances, la question pourrait avoir un rôle à jouer en matière de contribution à la dette. La Cour de cassation a en effet déjà admis que

[174] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.
[175] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 113, p. 105.

l'auteur d'une faute intentionnelle ne pouvait exercer de recours contre un coauteur qui n'aurait commis qu'une faute d'imprudence ou de négligence[176]. Il semble difficile de qualifier le cas de la PME contrainte de participer à l'infraction de faute d'imprudence ou de négligence, étant donné sa conscience de sa participation à l'infraction. Mais le recours au raisonnement par analogie pourrait permettre l'extension de cette solution à la faute non-intentionnelle de manière générale. Il s'agit donc là encore d'un point de droit que l'entreprise aura intérêt à tenter à façonner à son avantage dans le cadre de sa stratégie judiciaire, les auteurs de pratiques en arguant que la solution n'a vocation à s'appliquer qu'aux seules fautes d'imprudence ou de négligence, et les PME en arguant que la solution doit en réalité concerner le spectre plus large de la faute non-intentionnelle. Bien entendu, cette jurisprudence de la Cour de cassation pourrait concerner, à condition d'en rapporter la preuve, le cas d'une PME qui rejoindrait une coordination qu'elle croit parfaitement légale, alors qu'elle porte en réalité atteinte à la concurrence. Dans les deux cas, la solution permettrait de faire peser la charge finale de l'indemnisation sur les seules entreprises qui auront commis l'infraction de manière intentionnelle, et aboutirait à une sanction plus lourde pour ces dernières tout en prenant en compte la précarité de la situation des PME face au droit des pratiques anticoncurrentielles.

97. Comme cela a été démontré tout au long des développements jusqu'ici étudiés, le droit civil et le droit des pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de divergences lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité des faits, mais aussi de caractériser l'existence d'une faute civile. Ces dernières prennent leur source dans le raisonnement économique qui sous-tend l'examen des pratiques anticoncurrentielles par les autorités de concurrence, dont les velléités interventionnistes conduisent parfois à la déformation de principes qui semblaient pourtant jusqu'alors acquis en jurisprudence. Génératrices d'insécurité juridique, ces déformations rendent impossibles l'auto-évaluation de la légalité des pratiques mise à la charge des entreprises, et, partant, entrent en conflit avec la définition de la faute civile (V. *supra*, n° 71).

§ 2nd : La violation du droit de la concurrence au prisme de la notion de faute civile

98. S'il découle de la définition de la faute civile qu'elle ne peut résulter que de la violation d'une règle de conduite préexistante, l'analyse économique caractéristique du contentieux des pratiques anticoncurrentielles rend parfois le contenu de la règle difficile, voire impossible à

[176] BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », *ibid.*, pt. n° 40 ; Civ. 1re, 6 févr. 1979, Bull. civ. I, no 45

anticiper. La matière formule en effet de manière générale l'interdiction de telles pratiques, tout en donnant une liste non limitative de ces dernières, dont l'étude, aux côtés de la jurisprudence, permet d'identifier un certain nombre de comportements prohibés de manière claire. Si ces derniers s'apparentent à des devoirs de résultat (V. *supra*, n° 71), les textes réservent toutefois la possibilité de sanctionner d'autres comportements, qui ne sont quant à eux pas identifiés de manière claire. Les textes encadrant le droit des pratiques anticoncurrentielles formulent donc à la fois une obligation de résultat, et une obligation de moyens. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, la matière étant en perpétuelle évolution, il conviendra d'étudier dans un premier temps les pratiques relevant d'une obligation de résultat, qui constitueront donc nécessairement une faute civile (A), puis, dans un second temps, celles susceptible de ne relever que d'une obligation de moyens, pour lesquelles l'auteurs des pratiques pourra tenter de contester l'existence d'une faute (B).

A. Les manquements au droit des pratiques anticoncurrentielles à l'origine de la faute civile

99. Le droit Français comme le droit de l'Union Européenne prohibent, dans des termes proches, les ententes et les abus de position dominante. Les textes édictant ces interdictions sont construits de la même manière, et débutent par une phrase posant le principe de leur prohibition, accompagnée d'une liste non-limitative de comportements illustrant certaines de ces pratiques. Complétés par la jurisprudence de la Cour de justice et des juridictions françaises, ces textes permettent aujourd'hui d'identifier une gamme de comportements relevant de manière certaine de la qualification d'entente (1) ou d'abus de position dominante (2). Il ne fait aucun doute, pour de tels comportements, que la présomption irréfragable d'existence de l'infraction conduira mécaniquement le juge à en déduire automatiquement l'existence d'une faute civile. Eu égard à l'esprit de la directive 2014/104 ainsi qu'au contenu de l'erreur excusable (V. *supra*, n° 74), l'effet liant aboutira bien, dans ces hypothèses claires de violation de la loi, à une présomption irréfragable de faute civile.

1. Les comportements relevant avec certitude de la qualification d'entente

100. L'entente anticoncurrentielle se définit comme un concours de volontés entre plusieurs entreprises ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Sans prétendre à

l'exhaustivité, il est possible de distinguer les ententes sur les prix (a) et les ententes de répartition de marché (b)[177].

a. Les ententes sur les prix

101. La première forme d'entente sur les prix consiste à empêcher l'acheteur de fixer librement ses prix de revente, générant ainsi une restriction verticale de concurrence préjudiciable aux consommateurs. L'hypothèse la plus fréquente concerne les clauses fixant un prix minimal de revente, bien que la fixation d'un prix minimal de revente conseillé soit en principe admise, à condition de ne pas être assortie de mesures de rétorsion ou même simplement de menaces crédibles à l'encontre des distributeurs auxquels elle est destinée[178]. Eu égard à l'abondance des affaires en la matière, et à leur qualification de clause noire par la recommandation n°2790/99, il ne fait aucun doute que les clauses de fixation de prix constitueront nécessairement une faute civile dont l'existence ne saurait être contestée devant le juge de la réparation en raison de l'effet liant. Les recommandations de tarifs à pratiquer sont elles aussi extrêmement fréquentes, et prennent le plus souvent la forme de prix ou de barèmes adressés par une organisation professionnelle aux membres de la profession dans le but de figer la concurrence pour éviter à des entreprises médiocres d'être concurrencées par des entreprises plus performantes, ou par de nouveaux entrants sur le marché. Systématiquement condamnées par les autorités de concurrence, il ne fait là encore aucun doute qu'elles constitueront automatiquement une faute civile. Les pratiques de cristallisation des prix constituent quant à elles « le commun des ententes horizontales », et visent à fixer les prix à un certain niveau afin d'en empêcher la baisse, sans recourir cette fois au truchement d'une organisation professionnelle[179]. Elles peuvent à l'inverse consister à fixer les prix à un niveau très bas, dans une stratégie de prix prédateurs, afin d'éviter l'entrée de nouveaux entrants sur le marché, et devraient, elles aussi, constituer automatiquement une faute civile du fait du caractère notoire de leur interdiction. Les échanges d'information, bien que n'étant pas prohibés en soi, peuvent également relever de la qualification d'entente dans le cadre de pratiques concertées. Il s'agit pour les entreprises parties à la concertation de se communiquer leur stratégie tarifaire (prix pratiqués, destinataires …), donnant ainsi lieu à des comportements parallèles facilitant l'alignement des prix. Les échanges d'information sont une pratique anticoncurrentielle bien connue et sanctionnée par les autorités de concurrence, ce qui fait qu'elles pourront constituer des fautes civiles. Ce ne sera toutefois

[177] MAINGUY D., DEPINCE M., « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2015, 2ème édition, pt. 306, p. 297.
[178] BENZONI L., « Le contrôle du niveau des prix : aspects économiques », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, p.310.
[179] MAINGUY D., DEPINCE M., *ibid.*, pt. 309 s, p. 299 s.

pas automatiquement le cas du fait du manque de sécurité juridique entourant la notion, qui pourrait permettre dans certains cas de contester le caractère fautif de la pratique. Enfin, l'abus de puissance d'achat est susceptible de constituer une entente à l'occasion d'un référencement ou d'un déréférencement. Bien que la négociation et la renégociation des conditions de vente soient en principe licites, ces opérations peuvent être le siège d'une entente anticoncurrentielle, auquel cas il ne fait là encore aucun doute encore qu'une faute civile devra en être déduite par le juge de la réparation. L'ensemble des comportements ci-dessus nous semble ainsi relever automatiquement de la qualification de faute civile, dans la mesure où il s'agit d'infractions bien identifiées et systématiquement sanctionnées par les juges. De tels comportements ne sauraient alors permettre une contestation du caractère fautif de la violation de la règle de droit (V. *supra*, n° 71). D'autres comportements ne laissant pas place au doute quant à leur prohibition par le droit des pratiques anticoncurrentielles peuvent encore être identifiés en matière d'ententes de répartition du marché, qui consistent en un partage artificiel du marché organisé entre les entreprises parties à la coordination.

b. Les ententes de répartition du marché

102. Les ententes de répartition du marché peuvent tout d'abord résulter de réglementations professionnelles, à travers notamment l'obligation parfois faite à l'acquéreur d'une entreprise d'adhérer à un groupement donné. La restriction résultera le plus souvent d'une clause du règlement de l'organisation professionnelle, ou encore de formules insérées dans les codes de déontologie ou de bonne conduite qu'elle aura élaborés. La répartition du marché peut encore résulter de la stipulation d'une clause de non-concurrence, notamment en offrant une protection excessive aux opérateurs déjà présents sur le marché. Il s'agit notamment de l'hypothèse dans laquelle des concurrents, à l'occasion de cessions d'entreprises, s'interdisent mutuellement d'intervenir sur le marché de l'autre pendant une longue durée. Il en va de même des obligations d'exclusivité, qui ont pour effet d'exclure des opérateurs susceptibles d'accéder au marché, et que l'on retrouve le plus souvent stipulées dans les contrats de distribution, mais sont l'objet d'un règlement d'exemption. Elles peuvent également être stipulées dans d'autres types d'accords visant à la répartition du marché, ou encore résulter d'interdictions d'exportation, à condition de causer un effet d'exclusion du marché. Les accords de répartition du marché concernent également l'hypothèse de la répartition de marchés publics, hypothèse très fréquente et depuis longtemps connue. L'entente procèdera le plus souvent d'un simulacre de mise concurrence, en réponse à l'appel d'offres d'un donneur d'ordre public. Il pourra s'agir d'abaisser les prix, voire d'empêcher toute offre. Une autre forme de répartition de marchés

publics s'illustre à travers la pratique des offres de couverture, qui consiste à s'entendre avec un tiers pour que ce dernier puisse faire la meilleure offre (en contrepartie de quoi il rendra le même service à son co-conspirateur pour un autre marché), ce qui constitue une pratique anticoncurrentielle *per se*. Enfin, la répartition du marché peut résulter de pratiques de boycott, l'idée étant de faire obstacle à l'entrée d'un concurrent sur le marché par des conseils, des mises en garde ou des menaces, notamment. Bien entendu, les conseils et mises en garde à l'encontre des produits d'une entreprises ne sont pas en soi illégaux, la limite résidant en la matière dans la légitimité ou non de ces affirmations. L'ensemble des pratiques ci-dessus évoquées étant connues de longue date comme susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, il ne fait là encore aucun doute que la violation de la règle constituera automatiquement une faute civile devant le juge de la réparation. De la même manière, les règles encadrant l'abus de position dominante offrent elles aussi un certain nombre de certitudes.

2. Les comportements relevant avec certitude de la qualification d'abus de position dominante

103. L'art. L420-2 du Commerce et l'art. 102 du TFUE interdisent aux entreprises en situation de position dominante de faire un usage abusif de cette position. La CJUE considère qu'une entreprise détient une position dominante lorsqu'elle a le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective dans le marché commun. Le célèbre arrêt « Hoffmann-La Roche » définit la position dominante comme la possibilité de décider ou d'influencer notablement les conditions dans lesquelles la concurrence se développera. Elle est ainsi en mesure de s'abstraire de la concurrence, d'agir sans avoir à tenir compte de la pression concurrentielle[180].

104. La notion d'abus n'est pas propre au droit de la concurrence et ne fait l'objet d'aucune définition précise, le flou de la notion permettant de prendre en compte une infinie variété de situations, contribuant ainsi à rendre le droit de la concurrence imperméable aux justiciables[181]. De même que les textes en matière d'ententes, les textes encadrant l'abus de position dominante fournissent une liste non limitative d'abus, et ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence permettant d'identifier un certain nombre de comportements constituant avec certitude l'abus de position dominante. L'abus de position dominante peut prendre la forme d'un abus de comportement ou d'un abus de structure. L'abus de comportement, qui reflète la notion d'abus du droit civil appliquée à l'analyse économique du droit de la concurrence, correspond à

[180] CJCE, 13 février 1979, « Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission des Communautés européennes », aff. 85/76.
[181] MAINGUY D., DEPINCE M., *ibid.*, pt. 329, p. 313.

l'hypothèse dans laquelle l'entreprise n'aurait pas obtenu le résultat qu'elle a obtenu s'il elle n'avait pas été en situation de position dominante et n'en avait pas fait un usage abusif[182]. Il s'agira notamment de pratiques telles que les ventes liées, les remises de fidélité, les prix inéquitables, ou encore les pratiques discriminatoires.

105. L'abus de structure, notion dégagée par la CJCE dans un arrêt « Continental Can » de 1973[183], ne nécessite quant à lui pas qu'un abus ait à être démontré. L'abus de position dominante pourra donc être sanctionné alors même que l'acte accompli par l'entreprise ne présente pas de caractère illicite, et serait parfaitement toléré si l'entreprise n'était pas en position dominante.

106. L'abus de position dominante peut encore résulter d'un abus d'éviction, c'est-à-dire d'un abus ayant pour objet ou pour effet d'évincer les concurrents du marché. Les différentes formes d'abus d'éviction sont connues à travers l'étude de la jurisprudence, qui permet d'en dégager une grande variété d'exemples parmi lesquels les plus célèbres demeurent la pratique des prix prédateurs et la pratique du ciseau tarifaire. La pratique des prix prédateurs consiste, pour l'entreprise en situation dominante, à pratiquer des prix suffisamment bas pour évincer les concurrents et empêcher d'éventuels nouveaux entrants d'intégrer le marché. L'éviction peut également consister en des refus de vente ou de livraisons, ou encore des pratiques discriminatoires telles que des clauses d'exclusivité. Les remises ou primes de fidélité, ainsi que la pratique des ventes liées et des remises de couplage en cas d'achat de plusieurs produits peuvent également constituer un abus de position dominante. L'éviction peut enfin résulter de ciseaux tarifaires, pratique qui suppose l'identification de deux marchés, l'un en amont, l'autre en aval. L'entreprise en position dominante sur le marché amont, impliquant souvent la maîtrise d'une facilité essentielle, ou à tout le moins très difficile d'accès, interviendra également sur le marché aval. Ses concurrentes n'interviendront quant à elle que sur le marché aval, sur lequel l'entreprise dominant le marché amont imposera des prix bas (sans toutefois être prédateurs), obligeant les concurrents à s'aligner, tout en maintenant le prix d'accès au marché amont trop élevé pour elles. Les concurrentes se trouvent alors piégées dans cet effet de ciseau, et ainsi privées de leur marge. L'ensemble de ces pratiques étant connues et envisagées par les textes et la jurisprudence, il n'y a pas de raison de dissocier dans ces hypothèses la faute civile du

[182] MAINGUY D., DEPINCE M., *ibid.*, pt. 330, p. 314.
[183] CJCE, 21 février 1973, « Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission des Communautés européennes », aff. 6-72.

manquement au droit de la concurrence, la première se déduisant alors mécaniquement de la violation de la règle de droit.

107. L'abus de position dominante peut également résulter d'un abus d'exploitation, c'est-à-dire d'actes révélant la dépendance économique d'un opérateur économique à l'égard de l'entreprise dominante. Il pourra alors s'agir pour cette dernière d'imposer à ses partenaires des ventes liées, des prix très élevés, ou encore des conditions de transaction excessives. L'abus d'exploitation comprend également la théorie des facilités essentielles (ou théories des installations essentielles), qui correspond à l'hypothèse dans laquelle une entreprise dominante exploite ou contrôle une installation nécessaire à l'activité de ses concurrents, et qui ne pourrait être recréée par des moyens raisonnables. L'abus résultera alors d'un refus injustifié de donner aux concurrents accès à l'installation, ou d'accepter leur y donner accès à un prix disproportionné, non orienté vers les coûts, non transparent, ou à des conditions discriminatoires par rapports à celles que l'entreprise dominante s'impose à elle-même. La définition des facilités essentielles comprend aussi bien des facilités matérielles (notamment des immeubles tels que des ports ou aéroports) que des facilités immatérielles (comme le monopole résultant d'un droit d'auteur). Ces pratiques étant elles aussi bien connues, faute civile et manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles devraient là encore se confondre (bien que tel ne sera pas nécessairement le cas, V. *infra*, n° 122). Le droit français présente en plus l'originalité de l'abus de dépendance économique, qui sanctionne « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique », et concerne exclusivement les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs, ainsi que la pratique des prix abusivement bas. Bien que n'ayant pratiquement jamais pu être mises en œuvre (V. *supra*, n° 19), ces dispositions devraient elle aussi conduire le juge à qualifier automatiquement une faute civile.

108. Comme l'illustrent les développements ci-dessus, le droit des ententes comme le droit des abus de domination offrent à priori une certaine sécurité juridique en ce qu'ont pu être identifiés un certain nombre de comportements devant donner lieu à sanction. Or, malgré l'identification d'un certain nombre de comportements constituant des pratiques anticoncurrentielles, pour lesquels la faute civile devrait en principe automatiquement résulter du manquement à la règle de droit, la matière est irriguée par l'analyse économique, nécessairement à l'origine d'incertitudes. Ainsi, des pratiques à priori légales peuvent-elles se trouver qualifiées d'anticoncurrentielles, les autorités de concurrence pouvant jouer de l'analyse économique et du flou entourant les notions propres au droit de la concurrence à des fins interventionnistes. Il

en va de même des entreprises concurrentes, qui peuvent tenter d'instrumentaliser le droit des pratiques anticoncurrentielles à des fins stratégiques.

B. Les circonstances susceptibles d'exclure la qualification de faute civile

109. Sans pouvoir ici encore prétendre à l'exhaustivité, il s'agira de tenter d'identifier différentes circonstances susceptibles de faire douter d'une automaticité entre la violation de la règle de droit et la qualification de faute civile, eu égard au manque de clarté des textes encadrant le droit des pratiques anticoncurrentielles. L'esprit de la directive 2014/104 devrait en effet selon nous commander, à l'aune de la notion d'erreur excusable, que la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ne constitue pas automatiquement une faute civile (V. *supra*, n° 74). Une première difficulté pourra résulter de la définition du marché pertinent, exercice difficilement prévisible pouvant faire basculer un comportement de la légalité à l'illégalité dans des circonstances parfois surprenantes (1). Une seconde difficulté résultera quant à elle du flou entourant certaines des notions sur lesquelles est fondée la qualification d'entente ou d'abus de position dominante (2).

1. La définition du marché pertinent comme outil au service de la politique de concurrence

110. Préalable nécessaire à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, la détermination du marché pertinent revêt une double dimension, en ce qu'il s'agit de déterminer à la fois le marché géographique affecté par la pratique ainsi que le marché de produits. L'indentification du marché géographique détermine le droit applicable, à savoir le droit national ou le droit européen, selon que la pratique n'affecte le commerce que d'un seul Etat membre ou qu'elle affecte le commerce entre plusieurs Etats membres. La détermination du marché de produits conditionne quant à elle l'application du droit de la concurrence. En droit européen, les textes exigent une affectation sensible du marché, ce qui implique que si la part de marché cumulée des entreprises parties à une entente est inférieure à certains seuils, la pratique ne sera pas constituée. Le droit français diverge sur ce point en ce qu'une entente, même en dessous des seuils de minimis, pourra être poursuivie et sanctionnée. Qu'il s'agisse du droit interne ou du droit européen, la détermination du marché de produit est également nécessaire lorsqu'il s'agit de déterminer si une entreprise se trouve ou non en situation de position dominante. Ainsi, à l'exception du droit français des ententes, la détermination du marché de produits influe

directement sur la question de savoir si une pratique mise en œuvre par l'entreprise revêt ou non un caractère anticoncurrentiel.

111. La détermination du marché pertinent n'est toutefois pas une opération anodine lorsqu'il s'agit de déterminer si une entreprise commet ou non une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où cette détermination revêt un caractère politique[184]. Les autorités de concurrence sont en effet des autorités de régulation, destinées à mettre en œuvre la politique de concurrence. Elles exercent ainsi un véritable contrôle sur les prix à travers l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles, et peuvent ainsi considérer les prix comme trop élevés, trop bas, ou encore trop alignés[185]. La politique européenne comme les politiques nationales de concurrence visent à maintenir une concurrence saine et loyale sur les marchés, mais aussi à « encourager l'efficacité économique, l'allocation optimale des ressources, le progrès technique et le bien-être des consommateurs »[186]. Sa visée ultime n'étant « pas le respect des règles en soi, mais la protection du consommateur et l'efficacité économique », sa mise en œuvre repose sur un double fondement juridique et économique. La prévalence initiale de l'approche juridique, vivement critiquée notamment par le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes à l'époque, conduisait à alléguer les effets anticoncurrentiels sans preuve, en raison de la faiblesse de l'analyse économique. Le débat s'est donc élevé, opposant les partisans de la règle de raison, défendant une analyse au cas par cas des pratiques faisant dépendre leur licéité de leurs effets économiques ; aux partisans d'une approche *per se*, c'est-à-dire à l'établissement d'une liste des pratiques interdites. Si cette dernière approche offre davantage de sécurité juridique, elle présente l'inconvénient de ne pas tenir compte du fait que, selon le contexte économique dans lequel elle s'inscrit, une même pratique peut avoir des effets négatifs comme des effets positifs sur la concurrence. L'analyse économique permet quant à elle d'en tenir compte, mais présente l'inconvénient d'un risque d'insécurité juridique, pourtant nécessaire au développement des échanges[187]. Un consensus semble aujourd'hui avoir été atteint, dans la mesure où certains comportements sont considérés comme anticoncurrentiels *per se*, mais

[184] CHONE A.S., « Abus du position dominante », Jurisclasseur Lexisnexis concurrence consommation, Fasc. 560, pt. 16.
[185] BENZONI L., « Le contrôle du niveau des prix : aspects économiques », *ibid.*
[186] DENOIX M. et KLARGAARD O., « La politique de la concurrence dans l'Union européenne », Fondation Robert Schuman, question d'Europe n° 52, 19 février 2007, [en ligne] http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0052-la-politique-de-la-concurrence-dans-l-union-europeenne (consulté le 12/08/2019).
[187] DENOIX M. et KLARGAARD O., *ibid.* ; BOUSKILA J., FERRY-MACCARIO N., « Le droit de la concurrence communautaire, entre sécurité juridique et équité : l'exemple des prix prédateurs », Gazette du Palais - 10/07/2007 - n° 191 - page 32.

peuvent tout de même impliquer le recours à une analyse économique, là où d'autres impliquent nécessairement le recours à l'analyse économique.

112. L'analyse économique irrigue donc à l'heure actuelle le droit des pratiques anticoncurrentielles, avec ses avantages et ses inconvénients. La Commission européenne reconnaît d'ailleurs que la méthode de délimitation du marché pertinent « peut conduire à des résultats différents selon la nature du problème de concurrence en cause »[188]. Le problème s'illustre notamment dans l'affaire dite « du roquefort société », à l'occasion de laquelle les mêmes produits ont, à quelques années d'intervalle, « […] fait l'objet d'une analyse différente quant à leur substituabilité ». Si, dans un premier temps, le Conseil de la concurrence a considéré que les roqueforts et les bleus étaient substituables, l'ensemble des fromages à pâte persillée se trouvant sur le même marché pertinent, il est dans un second temps revenu sur cette position, considérant que le roquefort se trouvait sur un marché distinct, justifiant ainsi une condamnation. Malgré l'atteinte évidente au principe de sécurité juridique, parfois invoqué en défense par les entreprises condamnées, la jurisprudence européenne considère que la Commission n'est pas, dans une affaire donnée, tenue de reprendre les analyses effectuées précédemment dans une autre affaire, et ce « même si les marchés en cause dans les deux affaires sont similaires, voire identiques »[189]. L'affaire France Télécom illustre exactement le même problème. En l'espèce, pour condamner France Télécom en raison de prix prédateurs, la Commission définissait le marché « comme le marché de l'accès à Internet à haut débit pour une clientèle résidentielle ». France Télécom a tenté, pour contester sa situation de position dominante, de diluer sa position sur le marché en retenant une définition plus large de ce dernier, arguant intervenir sur le marché du haut et du bas débit. Jugeant insuffisant le degré d'interchangeabilité entre le haut et le bas débit, en raison de différences de spécificités techniques, de performance, d'application et de prix, la Commission a retenu que France Télécom détenait une position dominante sur le marché de l'internet haut débit[190].

113. Tout le problème de l'opération de délimitation du marché de produits est qu'elle repose sur la notion de « substituabilité », notion purement économique à la définition « éminemment subjective puisqu'elle dépend du comportement d'un utilisateur ». Les autorités de concurrence l'apprécient au moyen de la méthode du faisceau d'indices, méthode « relativement

[188] CHONE A. S., *ibid.*, pt. 16.
[189] *Ibid.*, pt. 16 ; TPICE, 9 sept. 2009, aff. T-301/04, Clearstream, préc., pt 55.
[190] BOUSKILA J., FERRY-MACCARIO N., « Le droit de la concurrence communautaire, entre sécurité juridique et équité : l'exemple des prix prédateurs », Gazette du Palais - 10/07/2007 - n° 191 - page 32.

approximative » qui ne permet jamais de définir une substituabilité parfaite[191]. La substituabilité peut s'apprécier du point de vue de la demande, auquel cas il s'agira de se placer du point de vue des clients et de déterminer si, pour eux, l'achat de l'un ou l'autre des produits est indifférent. Il faudra pour cela prendre en compte les caractéristiques des produits, ce qui laisse place à une importante part de subjectivité. Dans l'arrêt « United Brands », le marché de la banane a ainsi été distingué de celui, plus large, des fruits frais en raison de son apparence, son goût, sa consistance et de l'absence de pépins, qui permettait ainsi de satisfaire les besoins d'une certaine catégorie de consommateurs (les enfants, les personnes âgées et les malades), justifiant ainsi la distinction[192]. La substituabilité peut également s'apprécier du côté de l'offre, auquel cas il s'agira d'observer le comportement non plus des utilisateurs, mais des producteurs eux-mêmes. La question qui se posera alors sera de savoir si une augmentation du prix par les producteurs entraîne ou non un déplacement de la clientèle vers un autre producteur. Cette analyse présente un aspect plus global, et permet de déterminer si des entreprises qui ne sont « pas présentes sur un marché donné pourraient, à court terme, et sans modifications techniques majeures, intervenir sur ce marché ». Les autorités de concurrence ont cependant tendance à identifier, au sein des marchés de produits, des sous-marchés de produits, considérés comme spécifiques au sein d'un marché plus vaste. Or, cette approche démontre là encore le caractère politique de l'opération de délimitation du marché : en effet, « le résultat, sinon l'objectif, est alors de personnaliser le marché à tel point qu'une entreprise se trouve de plus en plus aisément en situation de position dominante ». L'approche est d'autant plus critiquable qu'elle donne parfois lieu à une parcellisation très exagérée des marchés, par exemple lorsque la CJCE distingue entre le marché des pneus neufs de premier équipement et le marché des pneus neufs de remplacement[193]. « L'étude des décisions de la Commission et des arrêts de la Cour et du TPI montre que dans la plupart des cas, on a choisi des définitions très étroites du marché des produits sans qu'il soit toujours aisé de déterminer quand cette approche se justifiait en considération des caractéristiques des produits et quand elle répondait plutôt à la volonté d'étendre le champ d'application »[194].

114. Le manque de prévisibilité de la règle apparait ici de manière évidente puisque l'entreprise, à l'heure de l'autoévaluation de la pratique qu'elle souhaite mettre en œuvre, n'a aucune

[191] MAINGUY D., DEPINCE M., *ibid.*, pt. 250, p. 251.
[192] *Ibid*., pt. 252, p. 252 ; CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission des Communautés européennes, Bananes Chiquita, aff. 27/76.
[193] MAINGUY D., DEPINCE M., *ibid.*, pt. 254, p. 254.
[194] MOREAU F., « Restrictions horizontales de concurrence », Répertoire de droit européen, Dalloz, mars 2010 (actualisation : janvier 2015), point n° 62.

garantie d'échapper à la sanction. Les autorités de concurrence étant libres de recourir à des méthodes très subjectives de détermination du marché pertinent, offrant ainsi peu de garanties en termes de sécurité juridique, la prévisibilité de la règle de droit s'en trouve compromise. Une telle insécurité, fondamentalement incompatible avec la définition de la faute civile (V. *supra*, n° 71), confirme à notre avis que les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles ne présentent pas la précision nécessairement pour que le manquement constitue automatiquement la faute. Pour rappel, prescrire signifie, selon le dictionnaire Trésor de la langue française, « commander expressément, par des ordres extrêmement précis »[195]. L'origine des difficultés en matière de prévisibilité du droit des pratiques anticoncurrentielles ne se limitent cependant pas à des considérations économiques, puisque c'est parfois la question même de l'appréciation des notions juridiques encadrant la matière qui pose problème.

2. Le contournement des notions juridiques comme facteur d'imprévisibilité de la règle de droit

115. Outre les incertitudes inhérentes à l'analyse économique, accentuées par la tendance interventionniste des autorités de concurrence dans sa mise en œuvre, cette dernière transparaît encore dans la manière qu'elles ont parfois d'interpréter la norme. Les autorités remettent ainsi en cause des solutions qui paraissaient jusqu'alors acquises, et pouvaient donc être considérées par les entreprises comme des points de repères stables afin de distinguer le licite de l'illicite. Sans prétendre à l'exhaustivité, le phénomène s'est notamment illustré au sujet des restrictions par objet en matière d'ententes anticoncurrentielles, à travers l'élargissement de la notion d'objet anticoncurrentiel par le juge européen et les difficultés relatives à la détermination des restrictions par objet (a). La tendance semble désormais concerner également concerner les abus de position dominante (b).

a. Les conséquences de l'élargissement de la notion d'objet anticoncurrentiel sur l'autoévaluation des ententes par l'entreprise

116. En matière d'ententes anticoncurrentielles, l'art. 101 du TFUE distingue les pratiques ayant pour objet de fausser le jeu de la concurrence et celles restreignant la concurrence par leurs effets. En principe, lorsqu'est identifiée une restriction de concurrence par objet, et que l'objet anticoncurrentiel a été suffisamment caractérisé, il n'est pas nécessaire de se livrer à un examen des effets concrets de la pratique. La solution résulte d'une jurisprudence constante, synthétisée dans les lignes directrices de la Commission du 27 avril 2004[196]. Les lignes

[195] TLFI, [en ligne] http://www.cnrtl.fr/definition/prescrire (consulté le 12/08/2019).
[196] Communication 2004/C 101/08 : JOUE 2004 C 101 p. 97.

directrices envisagent cependant la possibilité d'une prise en compte de divers facteurs, notamment la teneur et les buts de l'accord, ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. La CJUE insiste elle aussi pour une prise en compte du contexte lors de l'examen des pratiques, considérant que des considérations purement théoriques et abstraites sont insuffisantes pour y parvenir. Ainsi, les mêmes critères sont susceptibles d'être pris en compte pour l'analyse des restrictions par objet et des restrictions par effet, la réelle différence entre les deux notions résidant dans le degré d'approfondissement de l'analyse économique. L'analyse contextuelle approfondie, qui semblait pourtant devoir être réservée à l'étude des restrictions par effet, connaît depuis plusieurs années une extension aux restrictions par objet, comme le souligne Mme Grynfogel[197]. Le phénomène a été amorcé à l'occasion de l'affaire dite « du bœuf irlandais », dans un arrêt de la Cour de justice du 20 décembre 2008[198]. La défenderesse faisait valoir que les accords de limitation de la production en cause, passés dans un contexte de crise agricole, ne renfermaient pas d'objet anticoncurrentiel et n'avaient pas de conséquences néfastes pour les consommateurs ou la concurrence. Leur objectif était au contraire la réduction, sans toutefois les éliminer, des surcapacités de production affectant la filière bovine, afin de la rendre plus concurrentielle. Contre toute attente, la Cour de justice se livre en l'espèce à une analyse détaillée du contexte pour conclure à l'objet anticoncurrentiel des pratiques, tout en laissant de côté, non sans les avoir pourtant constatés, les objectifs légitimes poursuivis par les parties. Elle adopte ainsi un raisonnement inversé par rapport à sa position antérieure, dégagée dans un arrêt « Wouters », dans lequel un objet anticoncurrentiel avait été identifié, mais neutralisé par la prise en compte du contexte dans lequel s'inscrivait l'accord. Le problème posé par l'affaire du bœuf irlandais est que la Cour y fait usage de l'analyse approfondie du contexte pour caractériser l'objet anticoncurrentiel, alors que la prise en compte du contexte, lorsqu'il s'agit d'identifier une restriction par objet, ne peut venir que conforter ou neutraliser l'existence d'un tel objet. Elle ne peut cependant pas servir à pallier l'absence d'identification dudit objet en démontrant les effets potentiels de l'accord en cause. La solution dégagée dans l'affaire du bœuf irlandais sera pourtant confirmée par la Cour dans l'affaire « T-Mobile Netherlands BV », et dans l'arrêt « GlaxoSmithKline »[199]. Il ressort de ces arrêts que l'objet anticoncurrentiel peut désormais se déduire de l'analyse du contexte

[197] GRYNFOGEL C., « La notion d'objet anticoncurrentiel et la sécurité juridique des entreprises », RJDA, 2014, n° 8, p. 627.
[198] CJCE 20-12-2008, « Beef Industry Development et Barry Brothers », aff. 209/07.
[199] GRYNFOGEL C., « La notion d'objet anticoncurrentiel et la sécurité juridique des entreprises », *ibid.* ; CJCE 4 juin 2009, « T-Mobile Netherlands », aff. 8/08 ; CJCE, 6 octobre 2009, « GlaxoSmithKline Services », aff. 501/06.

économique, ce qui, comme le relève Mme Grynfogel, constitue un dévoiement de la notion. En effet, si les restrictions par objet sont celles qui sont tellement susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence au point de rendre inutile toute analyse économique pour les caractériser, n'est-il pas contradictoire d'y recourir pour ce faire ? En effet la prise en compte du contexte ne devrait servir qu'à conforter, ou au contraire neutraliser l'existence d'un objet anticoncurrentiel, comme elle l'a réaffirmé en 20011 dans un arrêt Premier League[200]. L'appréciation de l'objet devrait être clairement distinguée de l'analyse des effets, le trouble en la matière étant « peu propice à la prévisibilité, partant, au besoin de sécurité juridique des opérateurs économiques ». L'identification d'une restriction par objet emporte en effet de lourdes conséquences pour ces derniers, puisqu'elle s'oppose à ce que les entreprises parties à l'accord puissent démontrer l'absence d'effets anticoncurrentiels de la pratique, ou encore ses effets bénéfiques pour la concurrence : le seul moyen de défense sera alors l'exemption individuelle sur le fondement de l'art. 101 § 3 du TFUE. À l'inverse, en présence d'une restriction par effets, les entreprises sont admises à démontrer l'absence d'effets anticoncurrentiels, ou la prépondérance d'effets pro-concurrentiels. S'il est nécessaire de sanctionner efficacement les pratiques anticoncurrentielles, il importe également d'assurer aux entreprises un degré suffisant de sécurité juridique, afin qu'elles « puissent déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable »[201]. Or, il est permis de douter qu'un tel objectif soit atteint au regard de ce qui vient d'être évoqué ci-dessus.

117. Mme Grynfogel n'est pas le seul auteur à se montrer critique vis-à-vis de la pratique des autorités de concurrence en la matière. Ainsi, M. Peeperkorn dresse lui aussi un état des lieux des difficultés entourant la délimitation de ce qui constitue ou non une restriction de concurrence par objet. Il rappelle à ce titre les enjeux attachés à une telle qualification : l'accord sera présumé néfaste pour la concurrence, et la seule option à disposition des parties consistera à obtenir le bénéfice d'une exemption individuelle fondée sur l'art. 101 § 3 TFUE (ce qui s'avère très difficile en pratique, l'entreprise devant réunir les 4 conditions exigées par le texte). Quant à la détermination de l'objet anticoncurrentiel lui-même, M. Peeperkorn rappelle l'approche retenue par la Commission dans son « *By Object Guidance* ». La Commission y indique, d'une part, que certaines restrictions de concurrence révèlent un degré suffisamment dommageable pour la concurrence qui justifie qu'il ne soit pas nécessaire de procéder à l'analyse de leurs effets actuels ou potentiels sur le marché. Le document poursuit en indiquant

---

[200] CJUE, 04 octobre 2011, Football Association Premier League point 140 : Rec. I-9083, aff. 403/08.
[201] GRYNFOGEL C., « La notion d'objet anticoncurrentiel et la sécurité juridique des entreprises », *ibid.*

que, pour déterminer avec certitude si une restriction de concurrence constitue une restriction par objet, la jurisprudence de la CJUE a dégagé un certain nombre de facteurs dont il conviendra de tenir compte. Il s'agit du contenu de l'accord, de ses objectifs, ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit. L'intention des parties pourra en outre être prise en compte par la Commission, bien qu'elle ne soit pas requise pour qualifier une restriction de concurrence de restriction par objet. L'auteur distingue ainsi deux cas de figure : il envisage, d'une part, la question de savoir comment déterminer si un type de restriction constitue une restriction par objet, puis, d'autre part, la question de savoir comment déterminer si une restriction en particulier constitue une restriction par objet. Quant à la première question, il semble qu'il faille faire prévaloir l'expérience : un type de restriction donné sera considéré comme restriction par objet lorsqu'il est systématiquement sanctionné par la jurisprudence, les analyses économiques concluant systématiquement à révéler les effets néfastes de ce type de restriction sur la concurrence (justifiant ainsi que l'on cesse de se livrer à de telles analyses afin de réaliser des économies de procédure). Il convient ainsi d'attendre que la pratique ait révélé suffisamment d'affaires dans lesquelles une restriction donnée aura été qualifiée de restriction par objet pour savoir si un type de restriction donné appartient ou non à la famille des restrictions par objet. Tel est ainsi le cas de la clause du client le plus favorisé, pour laquelle la jurisprudence n'a pas encore tranché la question de savoir s'il s'agit ou non de restrictions par objet ou par effet. Ce type de situation contribue selon nous à favoriser la théorie de la dualité des fautes, puisqu'elle place l'entreprise dans une situation dans laquelle elle sera difficilement en mesure de déterminer si son comportement constitue ou non une infraction au droit des ententes. Une entreprise qui mettrait en œuvre une pratique dont on ne sait pas encore si elle relève de la catégorie des restrictions par objet pourrait donc voir la pratique qualifiée de restriction par objet, et ainsi perdre la possibilité de démontrer que l'autorité de concurrence saisie de l'affaire échoue à rapporter la preuve d'une « incidence réelle de l'entente sur le fonctionnement du marché », l'effet restrictif étant présumé en cas de restriction par objet[202]. La condamnation de la pratique par l'autorité de concurrence pourrait alors selon nous donner lieu à une application de la théorie de la dualité des fautes devant le juge de la réparation (V. *supra*, n° 71 à 76), et ce notamment en présence de situations nouvelles et complexes (V. *supra*, n° 74), le droit de la concurrence étant amené à sanctionner des comportements d'entreprises qui n'ont de cesse d'évoluer au gré de l'apparition de nouveaux marchés.

[202] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 798, p. 427.

118. La réponse à la seconde question vient toutefois tempérer notre propos, en ce qu'apparaissent, comme le souligne M. Peeperkorn, des types de restrictions nouveaux pour lesquels il ne fait toutefois aucun doute qu'ils puissent être immédiatement qualifiés de restrictions par objet. Le guide de la Commission indique qu'il convient pour ce faire de tenir compte du contenu de l'accord, de ses objectifs, ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit. L'auteur précise que l'appréciation du contexte dans lequel s'inscrit l'accord doit toutefois être distinguée d'une analyse des effets de la restriction en cause, et ne doit pas s'interpréter comme l'exigence d'une appréciation au cas par cas des effets que produit la restriction sur le marché (ce qui priverait d'intérêt la qualification de restriction par objet, dont la finalité consiste précisément à se dispenser de telles analyses afin de réaliser des économies de procédure). La Commission dresse en outre une liste des restrictions par objet qui ont pu être identifiées dans le cadre de sa pratique décisionnelle[203]. Selon MM. les Professeurs Kovar et Kovar, l'analyse du contexte implique la prise en compte de « l'ensemble des données économiques et juridiques qui permettent d'évaluer concrètement la signification d'une collusion entre entreprises et sa nocivité au regard du jeu normal de la concurrence ». La jurisprudence tient compte à ce titre « des relations contractuelles de même nature existant entre les entreprises opérant sur le marché, des barrières qui font obstacle à son accès, du nombre et de la dimension des opérateurs économiques et, par là même, de leurs parts de marché, de sa nature oligopolistique, de l'existence d'une réglementation étatique limitant le jeu de la concurrence ou de canaux de distribution alternatifs, [et] du caractère émergent du marché pendant la période concernée ». La prise en compte de ces éléments ne se cantonne en outre pas au seul marché pertinent, certains « des éléments pertinents pour l'examen du contexte qui entoure l'entente [pouvant] être étrangers au marché en cause, notamment lorsque ces éléments concernent les interactions existant entre le marché pertinent et un marché connexe ». Cette conception du contexte « oblige les autorités de concurrence à procéder à un examen approfondi du cadre factuel, qui n'est pas véritablement différent de celui requis pour établir une restriction de concurrence par effet »[204]. Il ne devrait selon nous faire en principe aucun doute que des pratiques qui répondraient aux conditions posées par le guide ne sauraient donner lieu à une application de la théorie de la dualité des fautes. De la même manière, l'abus de position dominante ne permet pas toujours à l'entreprise de connaître avec suffisamment de précision le

[203] PEEPERKORN L., « Defining "by object" restrictions », Concurrences, n° 3-2015, p. 40 (traduction proposée par nous).
[204] KOVAR J-P et KOVAR R., « L'objet anticoncurrentiel au sens de l'art. 101, paragraphe 1, du TFUE : Un objet difficile à identifier », Concurrences n° 1-2016, p. 48.

contenu de l'obligation résultant de la règle de droit, et pourrait à ce titre lui aussi donner lieu à des hypothèses d'application de la dualité des fautes.

b. Les incertitudes liées aux critères d'appréciation de l'abus par les autorités de concurrence

119. Ni l'art. L420-2 C.com ni l'art. 102 TFUE ne définissent la notion d'exploitation abusive de la position dominante détenue par l'entreprise, bien qu'il soit permis d'identifier deux principaux types d'abus. Le premier consiste en « un acte anormal par rapport à celui qu'imposerait un régime de concurrence », l'exemple type étant le refus de vente. Le second consiste en un comportement qui sera qualifié d'abusif parce qu'il « modifie les conditions de la concurrence », l'idée étant alors de réduire « la faible marge de concurrence qui subsistait encore sur le marché ». On parle alors d'abus de structure, ou d'abus d'éviction. Si la Commission européenne entend privilégier une approche reposant sur l'appréciation des effets réels des abus, en procédant au cas par cas sur la base de critères économiques, la CJUE semble quant à elle plus conservatrice, préférant privilégier un « catalogue d'abus définis de façon formelle »[205].

120. M. le Professeur Glais souligne à ce titre l'inconstance dont font preuve les autorités de concurrence quant aux critères employés pour déterminer si le comportement mis en œuvre par une entreprise constitue ou non un abus de position dominante, et le manque de sécurité juridique qui en résulte[206]. Depuis l'arrêt « Hoffman-Laroche », le critère officiellement employé pour déterminer si un comportement relève ou non de la qualification d'abus est le critère de la « concurrence par les mérites ». Or, ce critère est par nature facteur d'insécurité juridique, puisqu'il s'avère en pratique difficile de déterminer une frontière acceptable « entre les types de stratégies jugées conformes à cette notion de "mérites" et ceux devant être clairement prohibés », ce qui nuit à la lisibilité de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. Cette problématique est encore accentuée par le fait que les autorités appliquent en outre d'autres critères, sans toutefois préciser les raisons qui les conduisent à en privilégier un plutôt qu'un autre. Il en va ainsi de critères tels que l'absence de justification économique, de l'exclusion d'entreprises aussi efficientes, de l'affectation du surplus des consommateurs, ou encore du renoncement à des bénéfices. Les autorités de concurrence s'octroient ainsi un « très large degré de liberté [qui] conduit, au gré des types de stratégies qu'elles entendent prohiber, à des analyse "à géométrie variable" des comportements des firmes jugées dominantes

[205] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid*., n° 827 à 829, p. 443 s.
[206] GLAIS M., « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de "dominantes" dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com., 2015, n° 4, p. 649.

et n'offre donc à celles-ci aucune sécurité juridique ». Un autre facteur contribuant au manque de sécurité juridique qui affecte l'abus de position dominante tient au fait que si les comportements à l'origine de l'abus sont bien connus, les autorités de concurrence ne porte pas suffisamment d'attention à la question de savoir si le comportement en cause constitue un élément constant de la stratégie de l'entreprise poursuivie, ou s'il a au contraire été adopté spécifiquement pour dissuader l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché, ou encore discipliner les concurrents qui y sont déjà présents. La plupart des économistes considèrent en effet que l'analyse ne devrait pas être la même pour ces deux types de situation. Ainsi, si une entreprise qui n'aurait pas « incontestablement atteint le seuil au-delà duquel elle pourrait indiscutablement être qualifiée de dominante » mettait en place un système de rabais et de remises, l'analyse des effets de la pratique pourrait révéler que la pratique est parfaitement légitime et favorable aux consommateurs. À l'inverse, « l'adoption de cette stratégie devrait être analysée avec davantage de suspicion lorsqu'elle s'est brusquement manifestée pour contrer la progression ou l'arrivée sur le marché d'un concurrent économiquement crédible ». Or, l'analyse des effets d'une pratique mise en œuvre par une entreprise dominante peut révéler des résultats différents en fonction de l'objectif poursuivi par le droit de la concurrence : des pratiques ayant pour effet une amélioration de la satisfaction des consommateurs peuvent, en même temps, porter atteinte aux intérêts d'autres entreprises présentes sur le marché. Ainsi, si les autorités de concurrence affirment « défendre avant tout le bien être des consommateurs et non la protection de la situation de certains concurrents (en particulier dépourvus de pouvoir de marché), une analyse de leurs pratiques décisionnelles ne permet pas d'affirmer la prééminence de ce principe ». Ces critiques nous semblent permettre d'affirmer que la détermination par l'entreprise dominante de la licéité des comportements de marché qu'elle entend mettre en œuvre peut en pratique s'avérer difficile. L'insécurité entourant la notion de « concurrence par les mérites », ainsi que la possibilité pour les autorités de concurrence de faire application d'autres critères lorsqu'elles ne parviennent pas à qualifier l'abus sur ce fondement, contribue selon nous à éloigner les règles de l'abus de position dominante de ce qui constituerait véritablement une prescription légale dont la violation entraînerait automatiquement faute civile. Le Professeur Glais illustre les difficultés qui en résultent à l'aide de deux affaires, les décisions « L'Equipe » et « Nespresso ».

121. Dans le cadre de la première décision, le groupe Amaury, propriétaire du journal l'Equipe, faisait face à l'entrée d'un nouvel entrant sur le marché. Le groupe, en situation de position dominante, a choisi de riposter en lançant un nouveau quotidien destiné à concurrencer le

nouvel adversaire sur son propre terrain, en dupliquant la stratégie mise en œuvre par ce dernier. Or, ce choix a été qualifié d'irrationnel par l'ADLC, qui décide de condamner la pratique. Le Professeur Glais désapprouve ce raisonnement, et rappelle que, jusqu'alors, les seules stratégies de représailles susceptibles d'être condamnées étaient celles « ayant pour objet et (ou) pour effet de créer des barrières artificielles à l'entrée, de fixer des prix prédateurs, ou d'assécher le marché par des pratiques telles de l'offre de partenariats exclusifs ». En l'espèce, le seul véritable reproche adressé au groupe Amaury a été « la duplication de la stratégie adoptée par le nouvel entrant sur le marché », comportement considéré par l'ADLC comme irrationnel sur le plan économique, eu égard aux importants coûts que nécessitait sa mise en œuvre par rapport aux autres options à sa disposition. L'auteur considère que cette stratégie était au contraire tout à fait rationnelle eu égard à la configuration du marché, qui ne pouvait permettre qu'à un seul opérateur de couvrir durablement ses coûts. Déduire l'intention prédatrice du seul fait que le choix de lancer un nouveau quotidien était l'option la plus couteuse à la disposition du groupe Amaury n'a alors pas de sens « si on ne prend pas également en compte les pertes qu'aurait subies, à terme, le journal l'Equipe si le quotidien concurrent était resté plus longtemps en place ». C'est en réalité le comportement du nouvel entrant qui n'avait aucune rationalité sur le plan économique, en raison du caractère suicidaire de sa tentative d'intégrer le marché : si la mise sur le marché d'un quotidien de ce type avait été profitable, le groupe Amaury l'aurait réalisée par le passé ». Le Professeur Glais en conclut que le groupe a donc été sanctionné pour un simple « renoncement à des bénéfices », en dehors de toute pratique de prix prédateurs, et que l'ADLC apparaît ainsi « avoir fait un pas supplémentaire dans sa volonté de se faire juge d'une bonne ou mauvaise gestion d'une entreprise ». Le groupe Amaury aurait donc dû, pour ne pas être sanctionné, « laisser la voie totalement libre au nouvel entrant », ce qui contredit l'objectif que se sont fixées les autorités de concurrence de protéger la concurrence et non les concurrents en particulier. L'auteur souligne ainsi qu'il existe une marge entre « entraver l'entrée d'un nouveau concurrent par des mesures véritablement prédatrices et lui faciliter l'accès au marché. C'est au nouvel entrant qu'il appartient de démontrer qu'il est en mesure de s'imposer ». Le raisonnement de l'ADLC a malgré tout été confirmé par un arrêt de la chambre commerciale du 1er mars 2017[207]. Cette première décision illustre selon nous le décalage qui peut exister entre un comportement considéré comme normal par une entreprise souhaitant assurer sa survie sur un marché et le risque de voir un standard inattendu lui être appliqué pour parvenir à la qualification d'abus de position dominante (en l'espèce celui du renoncement à

[207] *Ibid.* ; ADLC, 20 février 2014, n° 14-D-02 ; Com., 1er mars 2017, n° 15-19.068.

des bénéfices, V. *supra*, n° 120). Le groupe Amaury n'a fait que concurrencer le produit proposé par le nouvel entrant en lui opposant un produit concurrent, sans avoir mis en œuvre de pratiques prédatrices destinées à fausser le jeu de la concurrence entre les deux quotidiens. L'application de la qualification d'abus à un tel comportement a probablement dû surprendre le groupe en termes de prévisibilité de la règle de droit, et le raisonnement retenu par l'ADLC pourrait selon nous donner lieu à contestation au moment de la qualification de la faute civile. Il semble en outre en aller de même dans le cadre de la décision « Nespresso ».

122. L'affaire « Nespresso » illustre en effet l'intérêt d'une utilisation stratégique du droit de la concurrence, l'ADLC ayant déterminé le marché pertinent comme étant celui « des capsules compatibles avec les machines Nespresso ». Une telle délimitation a ainsi permis aux concurrents d'intervenir sur le marché en question sans avoir à développer leurs propres machines à café (alors même qu'ils en avaient parfaitement les moyens, V. *infra*, n° 876). Les concurrents n'ont donc plus eu qu'à imiter les capsules produites par Nespresso, sachant qu'il s'agit des « produits générant les profits les plus importants », plutôt que de s'engager dans une couteuse démarche de recherche et développement pour fabriquer leurs propres machines. Nespresso a ainsi été sanctionnée pour abus de position dominante, et condamnée à avertir « suffisamment tôt à l'avance ses imitateurs des modifications qu'elle envisage d'opérer sur son innovation », la saisine de l'ADLC trouvant son origine dans le fait que l'entreprise apportait des modifications à ses machines afin de s'assurer que seules ses propres capsules puissent être utilisées. Si le Professeur Glais relève qu'il est vraisemblable que l'attitude de Nespresso ait été en partie motivée par la volonté de limiter la concurrence des capsules produites par les autres intervenants, il doute qu'une telle stratégie puisse être considérée comme excessive au regard du concept de « concurrence par les mérites ». Celle-ci relève en effet d'un type de stratégie que les économiste qualifient de « *moving target* », et les modifications apportées aux machines constituent sans conteste des innovations favorables aux consommateurs. L'auteur ajoute que cette stratégie constitue une « réponse logique (continuer à se démarquer) et parfaitement acceptable au regard du fonctionnement normal du processus de concurrence et de la volonté de continuer à distancer des imitateurs ne cherchant "qu'à coller à sa roue" ». La décision de l'ADLC, qui n'a pas fait l'objet de recours, favorise ainsi les suiveurs, et ne protège par la concurrence mais des concurrents moins performants « dont les stratégies ne peuvent guère être qualifiées de "par les mérites" »[208]. Ici encore, le raisonnement de l'ADLC ne nous semble pas propice à donner lieu à une parfaite concordance entre la

[208] *Ibid.* ; ADLC, 4 septembre 2014, n° 14-D-09.

violation de la règle de droit et la qualification de la faute civile. La manière dont a été déterminé le marché pertinent apparaît particulièrement contestable (V. *infra* n° 875), de même que la qualification d'abus (V. *infra*, n° 876). Le comportement de Nespresso semble en effet logique du point de vue d'une concurrence par les mérites (innover et continuer à innover afin de se démarquer des suiveurs), alors que celui des concurrents apparaît au contraire contestable (refuser d'innover en développant de meilleures machines de leurs côté pour préférer profiter des innovations de Nespresso).

123. Ces décisions permettent ainsi d'illustrer notre propos selon lequel toute violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ne donnerait pas automatiquement lieu à l'établissement d'une faute civile, en raison des difficultés relatives à la lisibilité de la matière. Loin de ne reposer que sur des prescriptions légales imposant de manière claire un comportement déterminé aux justiciables, les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles contiennent aussi des obligations qui sont plus difficiles à identifier, et dont la violation pourrait ne pas constituer automatiquement la faute civile. Comme le font remarquer des auteurs, les limites du droit des pratiques anticoncurrentielles ne sont en effet pas aussi « claires que peuvent l'être d'autres règles (comme l'exemple archétypal du Code de la route) »[209]. L'esprit de la directive 2014/104 révèle que l'apparition de situations nouvelles et complexes devrait être le terrain d'élection de la dualité des fautes, sans toutefois se limiter à ces dernières hypothèses (V. *supra*, n° 74). La contestation de la faute pourrait donc conserver sa pertinence dans le cadre de la stratégie judiciaire du défendeur, et lui permettre de se dégager d'une partie de sa responsabilité, comme l'illustre l'affaire « Lectiel » (V. *supra*, n° 86), voire, dans des circonstances exceptionnelles, de s'en exonérer totalement (V. *supra*, n° 53 et 71 s). Outre les questions que soulève l'effet liant en termes d'office du juge, se pose encore la question du champ d'application de la mesure, qui revêtira elle-aussi une importance certaine en termes de stratégie de défense face au contentieux privé.

Section 2nde : Le champ d'application de l'effet liant

124. Le jeu de l'effet liant étant subordonné à la constatation, dans une décision devenue définitive, de l'existence d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles, la question se pose de savoir quelles sont les décisions concernées par la mesure. Si certaines ne devraient

[209] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », Revue de la Concurrence et de la Consommation, janvier-février 2006, n° 144, p. 11.

en aucun cas donner lieu à effet liant, d'autres le feront nécessairement, ce qui sera notamment le cas de certaines des procédures négociées. Se pose également la question de savoir si l'effet liant constitue une disposition à sens unique, ou si le texte est susceptible d'une bilatéralisation, que nous définirons comme la possibilité de se prévaloir d'une décision de non-condamnation afin de faire échec à la qualification de la faute civile ? Il conviendra donc de dresser, dans un premier temps, une liste des décisions qui devraient être pourvues de l'effet liant, ainsi que de celles qui ne le devraient pas (§ 1er), avant de s'interroger, dans un second temps, sur la possibilité pour l'entreprise de faire produire effet liant aux décisions de non-condamnation (§ 2nd).

§ 1er : Le champ d'application de l'effet liant

125. Afin d'assurer leur mission de régulation des marchés, les autorités de concurrence disposent du pouvoir de prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises qui commettraient une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. Elles peuvent à ce titre rendre un certain nombre de décisions, qui pourront ou non donner lieu à effet liant au sens de l'art. 9 de la directive et de l'art. L481-2 C.com (ce qui conduira le juge à présumer l'existence de l'infraction, de manière irréfragable ou réfragable en fonction de l'autorité dont émane la décision). Il convient à ce titre de distinguer les décisions constatant un manquement (A) de celles qui ne constatent pas de manquement (B).

A. Les décisions donnant lieu à la présomption d'établissement de l'infraction

126. S'il ne fait aucun doute que l'effet liant concernera les décisions constatant l'existence d'un manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles, une distinction s'impose entre les décisions de condamnation (1), et les décisions résultant de la mise en œuvre des procédures négociées, qui ne donneront pas nécessairement lieu à effet liant (2).

1. Les décisions sanctionnant la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles

127. Comme le précise la circulaire du 23 mars 2017, l'effet liant s'appliquera sans aucun doute aux décisions constant un manquement à l'issue d'une procédure contentieuse, de telles décisions comportant une qualification et une imputation des pratiques, étant entendu qu'il importe peu qu'elles prononcent ou non une sanction pécuniaire en application de l'art. L464-2 I C.com (ce qui correspond à l'hypothèse du prononcé d'une injonction). L'interprétation proposée par la circulaire nous semble tout à fait logique, dans la mesure où les décisions de

sanction prononcées sur le fondement de l'art. L464-2 C.com sont des décisions définitives, qui peuvent prendre la forme du prononcé d'une injonction, d'une sanction pécuniaire, et de la publication de la décision[210]. Le raisonnement nous semble également applicable aux décisions de la Commission, dans la mesure où l'art. 7 du règlement 1/2003 intègre le prononcé d'injonctions à la liste des sanctions qu'elle est habilitée à prononcer à la suite d'une décision constatant l'existence d'une entente ou d'un abus de position dominante. Ainsi, en application de l'art. L481-2 C.com, la pratique constatée sera réputée établie de manière irréfragable, peu important que la décision émane de l'ADLC ou de la Commission européenne. Elle ne donnera toutefois lieu qu'à une présomption simple si elle émane d'une autorité de concurrence d'un autre Etat-Membre de l'Union Européenne.

128. Préalablement à la transposition de la directive par l'ordonnance du 9 mars 2017, la question se posait de savoir si l'effet liant pouvait ou non s'appliquer à des décisions de condamnation qui ne seraient pas encore devenues définitives. L'art. L482-1 C.com règle désormais la question, le texte disposant qu'une décision doit être considérée comme définitive pour l'application de l'effet liant dès lors que la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles a été constatée et les responsables identifiés. Cette précision vise à permettre aux victimes d'exercer l'action en réparation le plus tôt possible, en les dispensant d'avoir à attendre l'issue d'un recours qui ne porterait que sur le montant de la sanction (comme c'est très souvent le cas)[211]. En effet, le dommage à l'économie étant distinct du préjudice subi par les victimes, ces dernières ne devraient pas être concernées par les discussions autour du montant de l'amende. L'idée est à notre avis là encore de lutter contre les stratégies d'attrition jusqu'ici mise en œuvre par les entreprises de taille importante, qui décourageraient l'action en la rendant à la fois longue et trop onéreuse pour être rentable (V. *supra*, n° 55 s). Il convient de remarquer que cette disposition pourrait permettre d'améliorer la compétitivité du *follow-on* par rapport au *stand alone* en termes de rapidité de l'action. Cela étant dit, la victime pourrait avoir intérêt à attendre la fin des discussions relatives au dommage à l'économie, dans la mesure où ce dernier peut permettre une première évaluation du préjudice subi par les victimes. Son évaluation est en effet susceptible de fournir des indications précieuses aux juridictions, les éléments le caractérisant pouvant permettre d'établir au moins le principe de certains chefs de

[210] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 4, n° 1.2. ; BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 871, p. 463.

[211] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », *ibid.*

préjudice (tel est par exemple le cas en présence de pratiques d'éviction, comme le souligne M. Amaro[212]). Dans la mesure où l'effet liant devrait porter sur la matérialité des faits, attendre la fin des débats sur la question pourrait offrir une plus grande sécurité aux victimes, sans quoi les entreprises assignées en responsabilité ne manqueront pas de contester à nouveau ces éléments devant le juge de la réparation. Bien entendu, seules les entreprises les plus importantes pourront à notre avis se permettre le luxe d'attendre, les entreprises de taille modeste n'ayant parfois pas une espérance de vie suffisante pour exister jusqu'à l'issue de la procédure publique[213]. Il ne fait cependant aucun doute qu'une telle mesure leur permettra de céder rapidement la créance à une société de recouvrement, ce qui pourra leur permettre de récupérer une partie plus ou moins importante des dommages et intérêts qui seront obtenus (V. *infra*, n° 582 s, 638 et 659). Mais la procédure contentieuse n'est pas la seule voie permettant aux autorités de concurrence de sanctionner le comportement des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ces dernières peuvent encore recourir aux procédures négociées, qui consistent à offrir aux auteurs de l'infraction une récompense en contrepartie de la dénonciation de comportements occultes, ou de la renonciation à toute défense contentieuse.

2. La constatation du manquement dans le cadre des procédures négociées

129. Les procédures négociées peuvent donner lieu à effet liant dans la mesure où certaines d'entre elles emportent reconnaissance de l'existence de l'infraction. La procédure de clémence implique ainsi que l'entreprise reconnaisse avoir participé à l'infraction en contrepartie d'une réduction voire d'une immunité d'amende, l'objectif de la procédure étant de faciliter la détection des infractions au droit de la concurrence. La procédure de clémence (française comme européenne) ne pose pas de problème en matière d'effet liant, étant donné qu'elle constate la culpabilité des entreprises qui y ont recours[214]. Ainsi, « la faute existe, la violation du droit de la concurrence est certaine », et l'éventuelle immunité obtenue par l'auteur des pratiques ne l'exonère pas de son obligation de réparer le dommage causé[215]. La circulaire du 23 mars 2017 indique quant à elle que la procédure de clémence comporte « une qualification et une imputation de la pratique anticoncurrentielle sanctionnée dans leur dispositif de sorte que

[212] AMARO R., « Action en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante dans le secteur de l'Internet haut débit », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.152.
[213] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.
[214] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.
[215] MARCHAND A., « Compte rendu », *ibid.* ; CLAUDEL E., « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305.

l'effet probatoire spécifique prévu au premier alinéa de l'art. L. 481-2 c.com. s'applique »[216]. Il nous semble toutefois que l'entreprise pourrait peut-être tenter de convaincre que si la clémence emporte bien reconnaissance de l'existence de l'infraction, cette dernière n'est pas pour autant constitutive d'une faute civile automatique de sa part (V. *supra*, n° 70 s). Si une telle interprétation nous semble valide sur le plan théorique, elle ne saurait toutefois emporter la conviction du juge que dans des hypothèses exceptionnelles.

130. La procédure de transaction consiste quant à elle à faciliter la sanction des infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'idée étant que les entreprises qui renonceront à établir une défense contentieuse recevront en contrepartie une réduction du montant de l'amende qui leur sera infligée par l'autorité de concurrence, cette dernière réalisant ainsi d'importantes économies de procédure. Les décisions de transaction, dans le cadre du droit européen, supposent que les parties reconnaissent leur responsabilité dans l'infraction, et « établissent clairement la participation de l'entreprise au cartel ». Celles-ci recelant un constat d'infraction, il semble donc qu'elles aient vocation à donner lieu à effet liant[217]. Les décisions fondées sur l'ancienne non-contestation des griefs du droit français suffisent elles aussi à « fonder un constat d'infraction » selon l'Autorité de la concurrence et la jurisprudence, ce qui implique qu'une telle décision devrait s'imposer au juge et constituer la présomption prévue à l'art. 9 de la directive, transposé à l'art. L481-2 C.com[218]. Bien qu'il aurait pu sembler logique de considérer que ce raisonnement devrait perdurer sous l'empire de la nouvelle procédure de transaction du droit français, qui remplace aujourd'hui la non-contestation des griefs, il semble que tel ne devrait finalement pas être le cas.

B. Les décisions ne donnant pas lieu à la présomption d'établissement de l'infraction

131. Plusieurs auteurs relèvent que la solution applicable en matière de non-contestation des griefs ne serait pas applicable à la transaction du droit français, le texte visant, dès l'étape du projet de loi, « une absence de contestation des griefs, et non une reconnaissance de responsabilité », l'objectif étant d'éviter une aggravation de la situation de l'entreprise exposée

[216] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 4, n° 1.2.
[217] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.
[218] *Ibid*. ; ADLC, « Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs », pt. 40 ; CA Paris, 26 janv. 2010, RG n° 2009/03532 ; Com., 29 mars 2011, n° 10-12913.

à un recours indemnitaire consécutif à la décision de l'ADLC[219]. L'idée est depuis confirmée, tant par la rédaction finale de l'art. L464-2 III C.com que par le communiqué de procédure de l'ADLC. Celui-ci indique en effet que la renonciation « à contester les griefs ne constitue, en soi, ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité de la part de l'intéressé »[220]. Il semblerait que l'entreprise assignée devant les juridictions civiles pourra alors tenter de se défendre en arguant que le recours à la transaction n'a été motivé que par la volonté d'échapper à la longueur et au coût de la procédure, l'entreprise préférant payer un amende réduite plutôt que d'investir dans une stratégie de défense contentieuse, sans pour autant se considérer coupable. La stratégie d'attrition à laquelle l'effet liant a pour objet de mettre fin (V. *supra*, n° 55 s) pourrait donc théoriquement être à nouveau pratiquée par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ayant eu recours à la transaction, et ainsi décourager les entreprises les plus modestes d'investir dans le procès, à moins que les juges du fond ne balaient d'emblée une telle tentative de défense (V. *infra*, n° 972). La décision de transaction constituera en effet malgré tout, à notre avis, un solide indice de l'existence des pratiques, de la même manière que les décisions constatant des engagements. Or, la jurisprudence démontre que l'existence d'une décision constatant des engagements ne suffit pas toujours à démontrer celle d'une faute civile (V. *infra*, n° 946 et 950). L'effet liant des décisions de transaction devant l'ADLC pourrait donc être qualifié selon nous « d'effet liant partiel ». S'il n'interdira pas à l'auteur des pratiques de contester le caractère fautif de son comportement, l'effet liant sera tout de même acquis dès le prononcé de la décision par l'ADLC, puisque l'entreprise renonce à contester la réalité des griefs qui lui ont été notifiés. La décision nous semble donc bien définitive au sens de l'art. L481-2 C.com, puisque la partie relative à ce constat ne pourra plus faire l'objet de recours, ce qui permettra aux victimes d'exercer rapidement l'action.

132. Il ne fait aucun doute que les décisions par lesquelles les autorités de concurrence acceptent des engagements ne devraient pas donner lieu à la présomption irréfragable d'établissement de l'infraction de l'effet liant, dans la mesure où elles permettent de mettre fin à la procédure avant tout constat d'infraction[221]. Les engagements font en effet suite à des préoccupations de concurrence relevées par une autorité de concurrence, et sont précisément destinés à y répondre.

[219] PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de "transaction" en droit de la concurrence français et européen », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 16 Juillet 2015, n° 29, p. 1356.
[220] PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », Contrats Concurrence Consommation, Avril 2019, n° 4, p. 3 ; BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », Revue Lamy de la concurrence, 1er février 2019, n° 80, p. 4 ; ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction », pt. 16.
[221] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.

La procédure permet en effet à une entreprise, en réaction à une évaluation préliminaire d'une autorité de concurrence, d'élaborer des solutions permettant de répondre à ces préoccupations, ce qui permet de mettre fin à la procédure avant tout constat d'infraction. Ainsi, du point de vue du droit européen, « la décision n'établit pas s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction ». Pour ce qui est du droit français, la Cour de cassation considère que l'évaluation préliminaire effectuée par l'ADLC ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'art. 6 de la CESDH, étant donné qu'elle « n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner »[222]. Bien que n'établissant pas l'infraction, ces décisions pourront tout de même servir de commencement de preuve de la faute civile au bénéfice du demandeur, eu égard à l'existence de préoccupations de concurrence ainsi qu'au fait que les entreprises acceptent de modifier leur comportement ou leur contrat. De tels éléments pourraient donc servir à démontrer l'existence de la faute[223]. Toutefois, comme l'illustre l'affaire « DKT », l'existence d'une décision d'engagements, même lorsqu'elle s'accompagne d'un « nombre impressionnant » de pièces produites par le demandeur, ne suffit pas toujours à caractériser l'existence d'une faute civile[224]. La procédure d'engagements pourrait ainsi constituer un outil de gestion du risque particulièrement efficace, puisqu'elle peut permettre d'échapper à toute sanction (V. *infra*, n° 950).

133. Les décisions prononçant des mesures conservatoires sur le fondement de l'art. L464-1 C.com ne devraient pas non plus donner lieu à une présomption irréfragable d'établissement de l'infraction. Du point de vue du droit européen, l'art. 8 du règlement 1/2003 dispose que la mesure n'est subordonnée qu'au constat *prima facie* d'une infraction, c'est-à-dire considérée comme établie jusqu'à preuve du contraire. Quant au droit français, il suffit, selon la Cour de cassation, que « les faits dénoncés (...) apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce ». Dans les deux cas, l'infraction n'est pas véritablement caractérisée, et une telle décision ne saurait en conséquence donner lieu à l'une des présomptions prévues par la directive[225]. Elles reposent toutefois sur un constat *prima facie* d'infraction, et pourraient donc servir de commencement de preuve de l'existence de la faute civile au bénéfice du demandeur,

[222] Com., 4 nov. 2008, n° 07-21275.
[223] MARCHAND A., « Compte rendu », *ibid.*
[224] SÉLINSKY V., « Prendre des engagements ne protège pas contre les actions indemnitaires », Revue Lamy de la concurrence, 1er juillet 2015, nº 44, p. 46 ; CA Paris, 20 décembre 2017, Pôle 5, Ch. 4, n° 15/07266.
[225] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; Cass. com., 8 nov. 2005, n° 07-21.275.

comme l'illustre l'affaire « *Cowes* »[226]. Cette analyse se trouve confirmée par la circulaire du 23 mars 2017, qui dresse la liste des décisions qui ne devraient pas donner lieu à effet liant.

134. Cette dernière vise ainsi les décisions d'irrecevabilité prononcées sur le fondement de l'art. L462-8 C.com, et les décisions de rejet motivées par la circonstance que « les faits invoqués ne sont pas suffisamment probants », prononcées quant à elles sur le fondement de l'art. L462-8 al. 2 C.com. Elle vise encore les décisions accordant des mesures conservatoires sur le fondement de l'art. L464-1 C.com, ainsi que les décisions de non-lieu prononcées sur le fondement de l'art. L464-6 C.com. Il en va selon elle de même des décisions de non-lieu fondées sur l'art. L464-6-1 C.com, qui appliquent en droit français la règle *des minimis*, et dont le dispositif ne contient aucun constat de violation du droit de la concurrence. Or, la question se pose naturellement de savoir si de telles décisions pourraient faire l'objet d'une bilatéralisation, qui consisterait à leur appliquer l'effet liant afin d'interdire au juge de caractériser l'existence d'une faute civile.

§ 2nd : La bilatéralisation de l'effet liant

135. La directive 2014/104 propose un régime original en ce qui concerne l'établissement de la faute devant les juridictions civiles en matière d'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, si son art. 9 présume les infractions constatées dans une décision définitive d'une autorité de concurrence comme établies de manière simple ou irréfragable devant les juridictions civiles, rien n'est dit au sujet des décisions ne constatant pas d'infraction. L'introduction en droit français de l'effet liant pose donc la question de la possibilité d'une bilatéralisation du mécanisme, qui semblerait en outre cohérente eu égard aux objectifs que s'impose le texte en termes de sécurité juridique[227] (A). Il semble en outre que le respect du principe de l'égalité des armes aille lui aussi dans le sens d'une bilatéralisation de l'effet liant (B).

A. La limitation de l'effet liant aux décisions constatant l'infraction

136. Contrairement à l'art. 16 du règlement 1/2003, qui s'inscrit à notre avis dans le sens d'une bilatéralisation de l'effet liant en interdisant aux juridictions civiles de juger dans un sens contraire à la décision de la Commission, l'art. 9 de la directive ainsi que l'art. L481-2 C.com

[226] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017), Concurrences n° 4-2017, p. 212 ; CA Paris, ch. 5-11, 2 octobre 2015, SAS Cowes (anciennement Subiteo) c/ SA Orange (anciennement France Télécom), RG n° 14/15779.
[227] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.*

n'accordent l'effet liant qu'aux seules décisions de condamnation rendues par les autorités de concurrence (1). Selon les décisions concernées, ce choix rédactionnel apparaît tantôt justifié, tantôt incohérent vis-à-vis des objectifs que la directive fixe à la règle (2).

1. Un effet liant limité aux décisions constatant l'existence d'une infraction

137. Il apparaît, à la lecture des textes, que seules les décisions de condamnation devraient bénéficier de l'effet liant, interdisant ainsi aux défendeurs de se prévaloir d'une décision de non-condamnation en vue de faire obstacle à l'action des victimes (a). Ce choix rédactionnel, de toute évidence opéré en faveur des victimes, n'en demeure pas moins critiquable en ce qu'il s'inscrit à rebours des objectifs assignés par la directive à l'effet liant (b).

a. L'omission des décisions de non-condamnation

138. Parmi les objectifs attribués à l'art. 9 de la directive 2014/104, l'unification des solutions rendues par les autorités de concurrence et les juridictions civile est mise en avant par les considérants du texte. Ceux-ci indiquent enfin que l'art. 9 met en place l'effet liant « afin d'accroître la sécurité juridique » et « d'éviter toute incohérence dans l'application des articles 101 et 102 » du TFUE[228]. Or, la rédaction de l'art. 9 semble limiter l'effet liant aux seules décisions de condamnation prononcées par les autorités de concurrence sur le fondement des règles du TFUE ou du droit national de la concurrence. Le texte ne vise en effet que l'hypothèse d'une « infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou par une instance de recours ». La même lecture semble s'imposer face à l'art. L481-2 C.com, qui réserve l'effet liant à l'hypothèse d'une pratique anticoncurrentielle dont l'existence et l'imputation ont été constatées par l'ADLC ou la juridiction de recours. L'article rappelle encore la règle selon laquelle, en application de l'art. 16 du règlement 1/2003, le juge ne saurait prendre une décision qui irait à l'encontre de la décision adoptée par la Commission, qui devrait selon nous s'interpréter comme une bilatéralisation de l'effet liant.

139. L'exégèse commande toutefois de constater qu'en droit interne, l'effet liant trouvera à s'appliquer à chaque fois qu'une infraction au droit de la concurrence est constatée par une décision définitive d'une autorité de concurrence ou son instance de recours (sous réserve de pouvoir se prévaloir, dans des circonstances exceptionnelles, d'une erreur excusable), mais que les décisions ne condamnant pas l'entreprise ne semblent pas entrer dans le champ de la

[228] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 34.

mesure[229]. Or, sous l'empire du droit actuel, une victime de pratiques anticoncurrentielles est fondée à agir en responsabilité à la suite d'une décision de non-condamnation rendue par une autorité de concurrence, ces dernières n'étant pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. Il ne semble pas, eu égard à la manière dont les textes nouveaux ont été rédigés, qu'une entreprise assignée devant les juridictions civiles puisse s'appuyer sur la lettre même de l'art. L481-2 C.com pour faire échec à l'action de la victime.

b. L'incohérence d'une telle omission face aux objectifs de l'effet liant

140. Si le mécanisme vise à accroître la sécurité juridique tout en évitant toute incohérence dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles entre les autorités de concurrence et le juge de la réparation, cette conception unilatérale de la mesure met en évidence une certaine sévérité à l'encontre des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Elle aboutit en effet à contraindre le juge à tenir compte du raisonnement des autorités de concurrence lorsqu'elles prononcent une décision de condamnation, tout en lui intimant de ne pas en tenir compte lorsqu'elles prononcent une décision de non-condamnation. Il nous semble malgré tout difficile de se satisfaire d'une telle interprétation du point de vue de la logique juridique, puisque l'on conçoit mal son apport en termes de cohérence des décisions et en termes de sécurité juridique. L'effet liant interdirait alors au juge de la réparation de considérer qu'un comportement sanctionné les autorités de concurrence ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle, mais l'autoriserait à considérer comme anticoncurrentiel un comportement qui n'aurait pas été qualifié en tant que tel par les mêmes autorités ? Si la solution ne soulève pas de difficultés en matière de procédures négociées, elle s'avère pour le moins difficilement justifiable en présence de décisions concluant à l'absence d'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles.

2. Une solution justifiée par des divergences d'objectifs

141. Dans la mesure où les procédures négociées peuvent selon les cas emporte reconnaissance de culpabilité ou au contraire n'avoir aucune influence sur la qualification des pratiques, l'application des règles de l'effet liant ne soulève en la matière aucune difficulté (a). Tel n'est toutefois pas le cas en présence de décisions constatant une absence de violation du droit de la concurrence, pour lesquelles le refus d'une bilatéralisation de l'effet liant semble à la fois illogique du point de vue juridique et incohérent vis-à-vis des objectifs de la directive (b).

[229] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

a. L'impossible bilatéralisation des décisions rendues en matière de procédures négociées

142. Le silence observé par les rédacteurs de la directive ne soulève pas de difficultés en matière de procédures négociées, en raison de la divergence d'objectifs qui oppose le contentieux public, à la finalité sanctionnatrice, et le contentieux privé, à la finalité réparatrice. Eu égard à cette divergence, certaines des décisions rendues par les autorités de concurrence sont ainsi sans influence sur la qualification de la faute civile par le juge de la réparation, comme le souligne M. le Professeur Decocq. L'existence de telles décisions s'explique par les objectifs du contentieux public, qui vise à détecter et sanctionner les pratiques les plus graves. Or, la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles est grandement facilitée par le recours aux procédures négociées, telles les procédures de clémence, qui visent à inciter l'entreprise à porter l'infraction à la connaissance de l'autorité de concurrence compétente en échange d'une diminution du montant de l'amende, pouvant aller jusqu'à l'exonération de sanction dans le cas de la procédure de clémence. Les procédures de transaction visent quant à elles à permettre aux autorités de concurrence la réalisation d'économies de procédure en offrant une réduction de sanction aux entreprises qui acceptent de renoncer à toute défense contentieuse. Il n'en demeure pas moins que ces décisions ne sauraient être qualifiées de décisions de non-condamnation, puisqu'elles reposent sur la reconnaissance par l'entreprise d'une violation des textes encadrant le droit des pratiques anticoncurrentielles. La réduction ou l'absence de sanction attachée à ces décisions est alors sans incidence sur la caractérisation de la faute civile[230]. Prétendre à une bilatéralisation de telles solutions n'aurait dès lors pas de sens du point de vue de la logique juridique, puisque la violation des textes existe et pourra constituer une faute civile.

143. Tel sera ainsi le cas de la procédure de clémence et de la procédure de transaction devant la Commission européenne, puisqu'elles emportent reconnaissance de leur participation à l'infraction par l'entreprise. Si la procédure de transaction du droit français n'emporte pas reconnaissance de responsabilité, elle n'a nullement vocation à faire obstacle à l'action des victimes, et pourra au contraire constituer un indice de l'existence d'une faute civile. Enfin, les procédures d'engagements, qui ne reposent que sur des préoccupations de concurrence, ne sauraient elles non-plus donner lieu à une bilatéralisation de l'effet liant, puisque la décision rendue en la matière par l'autorité de concurrence qui accepte les engagements ne constitue ni un constant d'infraction, ni un constat d'absence d'infraction (V. *supra*, 129 s). Si l'explication apparaît satisfaisante en matière de procédures négociées, il convient toutefois d'observer

[230] DECOCQ G., « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », *in* Leçons de Droit Civil, mélanges en l'honneur de François Chabas, Bruylant 2011, pt. 9, p. 213.

qu'elle ne permet pas de justifier le refus d'octroyer effet liant aux décisions de non-condamnation.

b. La possibilité d'une bilatéralisation des décisions de non-condamnation

144. Les décisions de non-condamnation peuvent intervenir sur plusieurs fondements, qui n'auront pas tous la même influence sur la qualification de la faute civile. Il conviendra donc à ce titre de distinguer les décisions qui ne devraient pas faire l'objet d'une bilatéralisation (i) de celles qui le devraient (ii).

i. Les décisions de non-condamnation insusceptibles de bilatéralisation

145. Deux formes de décisions par lesquelles les autorités de concurrence peuvent refuser de condamner un comportement au titre de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles méritent ici d'être évoqués.

146. Il s'agit tout d'abord des décisions rendues sur le fondement de l'art. L462-8 alinéa 2 C.com, c'est-à-dire des décisions de l'ADLC rejetant la demande faute d'éléments suffisamment probants. Comme le fait remarquer Me Fréget, si ces dernières pourront être invoquées par le défendeur à l'action civile, ce ne sera que dans l'objectif d'influencer la décision du juge face à un demandeur incapable d'apporter des éléments nouveaux devant le juge de la réparation, car de telles décisions ne sauraient bénéficier de l'effet liant dans la mesure où elles ne concluent pas à l'absence de pratiques anticoncurrentielles. Les décisions rendues sur le fondement de l'alinéa 1er du même texte ne seront quant à elles d'aucun secours au défendeur, puisqu'elles concernent l'hypothèse dans laquelle la demande est rejetée faute de qualité ou d'intérêt à agir, ou en cas de prescription ou d'incompétence, et sont donc dépourvues d'influence sur la qualification de la faute civile. Il devrait en aller de même des décisions de rejet prononcées par la Commission européenne en raison de l'absence de motifs suffisants pour agir, ou encore d'un défaut ou d'une insuffisance de preuves[231].

147. La second catégorie de décisions qui ne devraient pas donner lieu à une bilatéralisation de l'effet liant concerne les décisions rendues en application de la règle *« de minimis »*. Il s'agit ainsi de la question de l'atteinte sensible causée par la pratique au marché, qui peut permettre à un accord d'échapper aux règles du droit des ententes. La théorie des bagatelle (la règle selon laquelle « *de minimis praetor curat non* », encore appelée *théorie « de minimis »*) exclut en effet du champ d'application de l'art. 101 TFUE et de l'art. L420-1 C.com les accords de taille modeste, qui ne constituent pas des restrictions sensibles de la concurrence (la taille de l'entente

[231] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.

étant appréciée en fonction de la part de marché totale détenue par les entreprises participantes). Du point de vue du droit français, la Cour de cassation indique qu'il ne s'agit là que d'une règle de procédure, ce qui n'interdirait pas au juge de la réparation de constater l'existence d'une entente et d'en déduire une faute civile[232]. Mme le Professeur Claudel souligne à ce titre que le droit français ne conçoit la règle *de minimis* que comme une forme d'opportunité des poursuites, le fait qu'une pratique se situe en dessous des seuils de sensibilité n'excluant pas qu'elle puisse être sanctionnée[233]. L'art. L464-6-1 C.com dispose en effet que l'ADLC peut décider d'un non-lieu lorsque l'accord en cause se situe en dessous des seuils *de minimis*. Il nous semble dès lors logique de considérer qu'aucun effet liant ne saurait être accordé à une telle décision, qui ne constitue qu'une faculté laissée à la discrétion de l'ADLC : si cette dernière a pu décider de ne pas sanctionner une entente sur ce fondement, rien n'oblige le juge de la réparation à en faire de même, l'atteinte sensible n'étant pas perçue en droit interne comme une règle de fond nécessaire à la qualification d'entente. À l'inverse, la CJUE admet quant à elle que les dispositions de l'art. 101 § 1 du TFUE ne sont pas applicables aux accords qui se situent en dessous des seuils *de minimis*, considérant ainsi l'atteinte sensible comme une condition de fond de l'interdiction des ententes en droit européen[234]. Dans la mesure où l'atteinte sensible est nécessaire à la qualification de l'entente, une décision de la Commission qui conclurait à l'absence d'infraction sur ce fondement devrait quant à elle donner lieu à effet liant, et interdire au juge de la réparation de qualifier le comportement en cause d'entente anticoncurrentielle. La décision constituerait en effet une décision de non-condamnation, qui devrait à ce titre donner lieu à effet liant.

ii. Les décisions de non-condamnation susceptibles de bilatéralisation

148. Une première forme de décision de non-condamnation qui devrait selon nous bénéficier de l'effet liant découle de la mise en œuvre d'une exemption individuelle. Une pratique anticoncurrentielle peut en effet bénéficier d'une exemption, et ainsi trouver une justification rendant inapplicable à son encontre les arts. 101 § 1 TFUE et L420-1 C.com. L'art. 101 § 3 TFUE et l'art. L420-4 C.com prévoient en effet l'inapplicabilité des règles prohibant les ententes aux accords pour lesquels les entreprises en cause parviennent à démontrer la réunion des conditions cumulatives qu'ils énoncent. L'art. L420-4 I C.com admet encore que les arts. L420-1 et L420-2 C.com ne trouvent pas à s'appliquer lorsque les pratiques résultent de

[232] MARCHAND A., « Compte rendu », *ibid.* ; Cass. Com., 16 avril 2013, n° 10-14.881.
[233] CLAUDEL E., « La règle de minimis, une institution controversée offrant une "zone de sécurité" bien fragile », RTD com. 2013, n° 3, p. 518.
[234] CJUE, 13 décembre 2012, « Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence et autres », n° C-226/11.

l'application d'un texte législatif ou réglementaire (bien que le texte n'ait jusqu'ici jamais reçu application)[235]. Dans la mesure où les pratiques en cause échappent alors aux dispositions des arts. 101 TFUE et L420-1 C.com, il nous semble qu'une décision rendue sur le fondement de l'art. 101 § 3 TFUE ou de l'art. L420-4 C.com devrait donner lieu à une bilatéralisation de l'effet liant.

149. Il nous semble enfin évident de considérer que les décisions rendues sur le fondement de l'art. L464-6 C.com, en application duquel l'ADLC met fin à la procédure « lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie », devraient également bénéficier de l'effet liant. Il devrait bien entendu en aller de même des décisions rendues par la Commission européenne et concluant à l'absence d'infraction, puisque la caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle par le juge contreviendrait alors à l'art. 16 du règlement 1/2003, qui interdit au juge saisi de l'affaire de prendre une décision qui irait à l'encontre de celle prise par la Commission européenne[236]. Si le doute n'est pas permis pour les décisions rendues par la Commission, nous ne saurions en dire autant des décisions rendues par l'ADLC qui concluraient à l'absence d'infraction. En effet, ni l'art. 9 de la directive ni l'art. L482-1 C.com n'étendent l'effet liant à de telles décisions, et l'absence d'autorité de la chose jugée (regrettable du point de vue de la rigueur juridique) autorise le juge saisi de l'action en indemnisation à caractériser une violation du droit de la concurrence[237]. Tout au plus l'entreprise assignée en réparation pourrait-elle tenter d'invoquer l'esprit de la loi, en se basant sur les objectifs conférés à l'effet liant « d'accroitre la sécurité juridique » et d'éviter « toute incohérence » dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles, afin de tenter d'obtenir du juge la bilatéralisation de la décision invoquée en défense (V. *supra*, n° 140). Cela reviendrait ainsi à dire que les rédacteurs de la directive ont manqué de cohérence dans la formulation de l'art. 9, et si le constat d'une violation des textes lie le juge civil, le constat d'une absence de violation des mêmes textes devrait le lier lui aussi, soulevant ainsi la question du respect de l'égalité des armes[238].

[235] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 807, p. 432.
[236] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.
[237] D'ALES T., « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence », AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution, 2015, n° 5, p. 206.
[238] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.

B. L'égalité des armes à l'appui de la bilatéralisation de l'effet liant

150. Face à une règle de droit en application de laquelle seules s'imposeraient au juge les décisions de condamnation rendues par les autorités de concurrence, sans que l'on ne parvienne vraiment à comprendre pourquoi ne devraient pas s'imposer également à lui les décisions de non-condamnation, les auteurs de pratiques anticoncurrentielles pourront se prévaloir du principe de l'égalité des armes pour tenter de faire reconnaître l'effet liant des décisions de non-condamnation (1). L'invocation du principe de l'égalité des armes pourrait à tout le moins leur permettre d'allonger la durée de la procédure, et ainsi potentiellement décourager l'action des victimes (2).

1. L'éventualité d'une rupture de l'égalité des armes par le jeu de la loi

151. L'égalité des armes est un principe découlant du droit au procès équitable posé par l'art. 6 de la CESDH qui, bien que ne figurant pas dans le texte, est employé régulièrement par la CEDH qui en fait une exigence du procès civil comme du procès pénal. La CEDH l'utilise aussi bien pour exprimer « à la fois l'exigence d'équité, d'indépendance et d'impartialité, mais aussi comme une composante autonome du procès équitable », comme le relève un conseiller à la Cour de cassation[239]. Comme le souligne l'auteur, il est difficile d'appréhender ce que sont les « armes », et la notion d'égalité, qui consiste à proscrire toute discrimination fondée sur des critères arbitraires (comme la race, le sexe ou la religion), demeure une notion floue. La CEDH considère ainsi qu'un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait « dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse »[240]. Le guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme indique quant à lui que « l'égalité des armes est l'un des éléments inhérents à la notion de procès équitable. Elle veut que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire […] Elle exige que soit ménagé un juste équilibre entre les parties et s'applique en matière tant civile que pénale »[241].

[239] DINTHILLAC J-P., « L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires » [en ligne] https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html (consulté le 20/08/2019).
[240] CEDH, 17 janvier 1970, « Delcourt c/ Belgique », n° 2689/65.
[241] « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable (volet pénal) », 31 décembre 2018 disponible [en ligne] http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf (consulté le 20/08/2019).

152. La jurisprudence de la CEDH et de la Cour de cassation admet en outre que la rupture de l'égalité des armes puisse découler de la loi[242]. Or, eu égard aux éléments évoqués ci-dessus, il convient de remarquer que le mécanisme de l'effet liant influe directement sur l'indépendance du juge. Mais peut-on considérer qu'il place l'entreprise assignée en réparation dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire ? En effet, l'objectif même de l'art. 9 de la directive consiste à faciliter l'action de la victime justement dans un souci de remettre les parties à égalité, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet d'un sous-développement en raison de l'extrême difficulté relative à sa mise en œuvre par les victimes (difficultés probatoires, coût des analyses, caractère occulte des infractions …). À l'inverse, il nous semble qu'il aurait été tout à fait possible de parvenir à un résultat satisfaisant pour les victimes sans créer un tel désavantage au détriment de l'entreprise assignée. En effet, si aucun argument ne vient au soutien d'une bilatéralisation des décisions rendues sur le fondement du recours aux procédures négociées, il n'en va pas de même des décisions de non-condamnation concluant à l'absence d'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, un phénomène tout à fait singulier est à observer du point de vue de l'articulation de la faute civile et de la faute concurrentielle. Lorsqu'il s'agit de faciliter l'action de la victime, la théorie de l'unité des fautes civiles et concurrentielles est admise par l'art. 9 de la directive, et la possibilité d'une dualité des faute n'est réservée qu'à hypothèses exceptionnelles (V. *supra*, n° 71 s), mais lorsqu'il s'agit de permettre à l'entreprise mise en cause d'assurer sa défense, le texte ignore complètement la théorie de l'unité des fautes, pour n'admettre que la seule dualité. Il nous semble difficile de trouver une justification à cette solution, d'autant que le parallélisme des formes commanderait de penser que si le juge civil est lié par une décision constatant la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, une décision affirmant l'inverse devrait le lier également.

153. Il est difficile d'anticiper quel sera le raisonnement des juges et la manière dont ils apprécieront la conformité du refus de la bilatéralisation de l'effet liant au regard du principe de l'égalité des armes, et il est pour l'heure impossible d'affirmer quoi que ce soit. Indépendamment de l'échec ou du succès d'une telle argumentation, contester une décision sur le fondement de l'égalité des armes présente tout de même un avantage d'un point de vue

[242] DINTHILAC J-P, « L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires », *ibid.*

stratégique, puisque la procédure devant la CEDH peut permettre d'allonger la durée globale du contentieux dans le cadre d'une stratégie de « guerre d'attrition »[243].

2. L'intérêt de l'égalité des armes dans le cadre d'une stratégie d'attrition

154. Comme le relève un auteur, « le temps économique pour les entreprises n'est pas le même que le temps juridique, et il se crée au fur et à mesure des déséquilibres croissants et exponentiels »[244]. Le passage du temps est ainsi favorable à l'auteur des pratiques, puisqu'il crée des confusions compliquant la réparation du dommage subi. C'est ce que M. le Professeur Masson qualifie d'effet dilatoire du contentieux : « du fait du coût, de l'incertitude et de la longueur des procédures, il s'agit […] d'affaiblir la firme adverse, afin de la contraindre à accepter un accord amiable ». Or, l'efficacité de cette stratégie augmente avec la longueur de la procédure. Entre le moment où une entreprise aura saisi l'autorité de concurrence compétente et le moment où une décision finale aura été rendue, de nombreuses années se seront écoulées, et saisir une instance supra nationale telle que la CEDH ne fait qu'allonger le contentieux. Multiplier l'exercice des recours peut donc constituer un moyen de pression destiné à faire accepter une transaction au demandeur. En outre, en cas de succès de ses prétentions, l'entreprise créerait un précédent dont elle pourrait se prévaloir dans le futur. Elle a donc tout intérêt à se lancer dans une stratégie interprétative consistant à tirer parti du flou des textes pour influencer le droit positif et obtenir la bilatéralisation de l'effet liant[245]. En effet, comme cela a été mis en évidence *supra*, un flou exploitable pourrait résulter de la différence entre la rédaction de la norme et les objectifs qui sous-tendent le texte (V. n° 140), et le principe de l'égalité des armes pourrait lui aussi être sollicité afin de faire prévaloir cette interprétation.

Conclusion du chapitre

155. Les développements qui ont occupé notre réflexion dans le cadre du présent chapitre nous semble permettre de tempérer l'affirmation selon laquelle l'effet liant des décisions de condamnation mettrait désormais fin à toute discussion sur le terrain de la faute civile. Il convient tout d'abord de ne pas négliger le fait que la mesure ne concerne que le contentieux complémentaire, et laisse entière la question de la démonstration des pratiques et de leur

[243] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence » *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 49.
[244] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.
[245] MASSON A., « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 138.

qualification en tant que faute civile dans le cadre du contentieux autonome. En outre, l'effet liant attaché aux décisions émanant d'autorités situées dans un autre Etat-Membre de l'Union Européenne ne fait de ces dernières que des moyens de preuve de la réalité de l'infraction, et il appartiendra ainsi aux demandeurs de convaincre la juridiction civile du caractère effectivement anticoncurrentiel du comportement sanctionné par ces dernières. Enfin, l'effet liant soulève, dans le cadre du contentieux complémentaire, la question de savoir si une présomption irréfragable d'existence de l'infraction doit automatiquement emporter présomption irréfragable de faute civile. Si les juridictions civiles devraient, dans la grande majorité des cas, faire application de la théorie de l'unité des fautes et considérer que tel est le cas, toute tentative de faire prévaloir la théorie de la dualité dans certaines espèces ne nous semble pas compromise. Le droit des pratiques anticoncurrentielles donne parfois lieu à des condamnations difficilement prévisibles eu égard au contenu de la règle de droit, ce qui pourrait permettre à l'entreprise qui aurait fait preuve d'une grande diligence pour tenter de s'y conformer de contester l'assimilation de l'infraction à une faute civile. Peu important la forme qu'empruntera le contentieux, la question de la gravité de la faute pourra également donner lieu à d'intéressants débats, dans la mesure où elle constitue l'un des critères de répartition de la contribution à la dette entre les coauteurs d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. La question se posera là encore de savoir si le juge de la réparation doit être tenu par les constatations opérées par l'autorité de concurrence dans l'hypothèse d'un contentieux complémentaire. Enfin, la question du champ d'application de l'effet liant présente également de l'intérêt, notamment en ce que le refus des textes d'en bilatéraliser les effets ne manque pas d'interroger sur les rapports qu'entretiennent la faute civile et la faute concurrentielle. Les débats relatifs à la faute civile ne devraient donc pas manquer de donner lieu à d'intéressantes argumentations de la part des parties au procès en réparation, mais c'est surtout sur le terrain de la démonstration du préjudice que les demandeurs devraient rencontrer les plus grandes difficultés, sans que la tâche ne soit pour autant insurmontable.

Chapitre 2nd : La réparation du préjudice confrontée au droit des pratiques anticoncurrentielles

156. Eu égard aux développements précédents relatifs à l'établissement de la faute, il apparaît que la stratégie judiciaire des défendeurs devrait surtout trouver un terrain d'expression à l'occasion de la quantification du préjudice et de l'établissement du lien de causalité. La directive 2014/104 opère en effet, à travers la mise en place d'une série de règles destinées à faciliter la quantification du dommage pour le demandeur, une opération de traduction juridique de la réalité économique auxquelles sont confrontées les entreprises sur le marché. Ces dernières, transposées en droit français par l'ordonnance du 9 mars 2017, constitueront là encore le terrain d'élection des stratégies d'interprétation de la norme. Le droit nouveau prévoit ainsi un certain nombre de présomptions supposées faciliter l'établissement du préjudice par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, tout en marquant son attachement au principe de la réparation intégrale. Cet attachement se traduit notamment par la prohibition des dommages et intérêts punitifs, ancrant ainsi le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles dans une fonction simplement réparatrice plutôt que sanctionnatrice. Critiquée en doctrine en raison du risque d'affadissement de l'attractivité de la matière qu'elle emporterait aux yeux des victimes, la mobilisation d'autres mécanismes juridiques et son intérêt stratégique pourraient selon nous contribuer à son succès malgré cette prohibition. Le principe de la réparation intégrale du préjudice commande encore, selon le droit nouveau, de préférer l'estimation du dommage lorsque des difficultés entourent son caractère certain, plutôt que la tendance jusqu'ici pratiquée par les juges du fond consistant à n'accorder que de faibles dommages et intérêts en pareilles situations. Cette dérogation à l'exigence de certitude du préjudice constituera selon nous l'un des axes majeurs autour desquels les victimes devront exercer leur stratégie de façonnage normatif, afin de garantir l'intérêt économique (et donc le succès) de leur action (V. *supra*, n° 12). Enfin, la question de la confrontation de la notion de lien de causalité à la réalité économique demeure étrangère aux dispositions de la directive comme à celles de l'ordonnance, et devrait ainsi soulever d'importantes questions pratiques.

157. Il conviendra donc d'évoquer, dans un premier temps, la réparation du préjudice en tant que traduction d'une réalité économique (Section 1ère), avant d'aborder, dans un second temps, les difficultés que soulève l'établissement du lien de causalité lors de la quantification du préjudice (Section 2nde).

Section 1ère : La réparation du préjudice, traduction juridique d'une réalité économique

158. L'influence de la réalité économique sur la réparation du dommage subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles se traduit en premier lieu par l'appréhension, à travers un certain nombre de dispositions, des difficultés entravant l'action des victimes. La directive et l'ordonnance du 9 mars 2017 entendent ainsi démocratiser la mise en œuvre du contentieux privé par le biais de règles destinées à contourner ces difficultés (§ 1er). Le pragmatisme économique transparaît encore à travers l'influence des textes nouveaux sur le principe de réparation intégrale du préjudice, ces derniers s'efforçant à ce titre d'opérer une mise en balance entre la volonté de garantir l'indemnisation des victimes sans toutefois permettre leur enrichissement sans cause (§ 2nd).

§ 1er : L'appréhension juridique des difficultés entravant l'action des victimes

159. Entendant lever les freins à l'action des victimes, la directive 2014/104 et l'ordonnance du 9 mars 2017 édictent plusieurs règles imprégnées de pragmatisme économique. Les textes introduisent tout d'abord une série de présomptions relatives à l'existence du préjudice, qui revêtent une importance stratégique certaine du point de vue de l'incitation à l'action (A). Ils s'intéressent ensuite à l'efficacité du droit à réparation, à travers les dispositions relatives à la solidarité entre les coauteurs de l'infraction, ainsi que la prise en compte du recours aux modes consensuels de règlement des litiges (MCRL), qu'ils entendent encourager. Ces dispositions revêtent elles aussi une importance certaine sur le plan stratégique (B).

A. L'importance stratégique des présomptions relatives à l'existence du préjudice

160. La prise en compte de la fragilité économique de la grande majorité des victimes de pratiques anticoncurrentielles que sont les PME et les consommateurs a fait l'objet d'une attention toute particulière de la part du législateur européen. Entendant remédier à l'asymétrie d'information entre ces dernières et les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, la directive met en place une série de présomptions destinées à faciliter la preuve du préjudice. Ces dernières concernent d'une part l'existence du préjudice causé par les ententes anticoncurrentielles, encore appelé « préjudice inclus », ainsi que, d'autre part, la répercussion

du surcoût le long de la chaîne économique. La présomption relative au « préjudice inclus » pourrait, en dépit des critiques dont elle fait l'objet, constituer un moteur du contentieux privé face aux ententes. Si elle apparait incomplète, elle ne sera à notre avis toutefois pas inutile (1). Les présomptions relatives à la répercussion du surcoût devraient quant à elles générer d'importantes discussions, tant la répercussion constituera l'un des axes majeurs de la stratégie de défense des auteurs de pratiques anticoncurrentielles face au contentieux indemnitaire (2).

1. L'impact stratégique du « préjudice inclus » sur l'action en réparation

161. La présomption édictée par la directive et l'ordonnance relative à l'existence du préjudice découlant d'une entente anticoncurrentielle introduit en droit des pratiques anticoncurrentielles la notion de « préjudice inclus » (a). Bien qu'elle fasse l'objet de diverses critiques, cette présomption devrait tout de même présenter selon nous une importance certaine sur le plan stratégique (b).

a. L'introduction du « préjudice inclus » en droit des pratiques anticoncurrentielles

162. En application de l'art. 17 § 2 de la directive 2014/104, transposé en droit français à l'art. L481-7 C.com, il est présumé qu'une entente cause un préjudice, sauf pour l'auteur de l'infraction à démontrer le contraire. Si son avant-projet proposait d'étendre cette présomption à toutes les pratiques anticoncurrentielles, l'ordonnance du 9 mars 2017 se montre finalement plus restrictive que la directive, en cantonnant la règle aux ententes entre concurrents[246]. Cette présomption imite un mécanisme déjà connu du droit français, parfois qualifié de « préjudice inclus » pour reprendre la terminologie proposée par M. le Professeur Bénabent[247]. Création jurisprudentielle apparue en matière de concurrence déloyale, celle-ci se définit comme « le minimum de préjudice, le principe de préjudice qui se déduit de l'existence même de la faute », et interdit au juge de la réparation de débouter la victime d'une faute qui se trouverait dans l'incapacité de prouver l'existence du préjudice[248]. Cette présomption n'était toutefois pas admise par la Cour de cassation en droit des pratiques anticoncurrentielles, et sa consécration par la directive, d'ailleurs encouragée par la doctrine, contribue à la cohérence d'ensemble du

[246] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, nº 62, p. 25.
[247] BENABENT A., « La mise en jeu de la responsabilité civile », *in* « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », colloque de l'Université Paris I le 29 avril 2004, Les Petites Affiches, 2005, n°14, p. 31.
[248] *Ibid.* ; CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 151.

droit de la concurrence[249]. Me Giraud et Me Galmiche considèrent l'objet de cette présomption incertain, dans la mesure où il leur semble difficilement concevable qu'un montant de préjudice puisse être présumé. Il s'agirait alors plutôt, selon eux, d'une présomption de lien de causalité[250]. Cette interprétation nous semble cohérente au regard de la lettre de l'art. 17 § 2 et de l'art. L481-7, qui présument qu'une entente « cause » un préjudice. Elle pourrait également trouver une justification par une interprétation *a fortiori* de la mesure : si le texte présume qu'une entente cause un préjudice, c'est bien qu'il présume un lien de cause à effet entre l'infraction et ledit préjudice. La directive n'indique cependant pas quel préjudice est présumé avoir été causé par l'infraction, et ne présume que l'existence de son principe. Cette présomption constitue donc l'aveu de l'extrême difficulté, voire de l'impossibilité pour la victime de rapporter la preuve du préjudice consécutif à une entente[251].

b. Une mesure à l'efficacité contestée

163. La présomption de préjudice inclus soulève le doute en doctrine, certains auteurs considérant qu'elle ne permettra pas d'améliorer la situation du demandeur, alors que d'autres mettent au contraire en garde face aux possibles excès qu'elle comporte (i). Bien qu'elle puisse être utile aux victimes, la mesure semble toutefois incomplète, en ce qu'elle laisse au demandeur la tâche de quantifier le dommage (ii).

i. Les doutes relatifs à l'efficacité de la mesure

164. Bien qu'elle soit destinée à résoudre les difficultés relatives à la preuve du préjudice consécutif à une entente, des voix s'élèvent en doctrine, qui mettent en doute l'efficacité du mécanisme[252]. Ce dernier ne devrait ainsi pas être d'une grande aide pour les avocats des victimes, dans la mesure où la présomption ne concerne que l'existence d'un principe de préjudice, et ne dispense pas des discussions relatives à sa quantification et à l'établissement du lien de causalité entre la faute et le dommage (bien que les apports de la directive relatifs à

[249] ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », Revue de l'Union européenne, 2015, n° 589, p. 378 ; CHAGNY M., « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 7, p. 316.
[250] GIRAUD A. et GALMICHE P., « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence : quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2014, n° 39, p. 186.
[251] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p. 168.
[252] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 47.

l'accès aux preuves constitueront une aide à cette fin) (V. *infra*, n° 340 s)[253]. Il est parfois considéré, à l'inverse, que la mesure pourrait générer des écueils, cette dernière ne devant pas devenir « un dogme permettant de clore à bon compte le débat sur l'existence d'un préjudice et disqualifier d'emblée les arguments du défendeur », ou encore « fonctionner comme un outil permettant d'accorder une indemnité forfaitaire à toute victime d'une entente ». Il est en effet relevé que toute entente « entre concurrents n'est pas nécessairement une infraction par objet telle qu'un cartel dont la nocivité n'est pas à démontrer », mais peut résulter d'une restriction par effets, « dont le caractère dommageable est bien moins évident »[254]. M. Amaro se montre quant à lui moins inquiet, et considère que la présomption ne devrait produire qu'un effet limité en pratique. En effet, en matière d'ententes horizontales, et notamment de cartels, l'existence du préjudice ne fait souvent que peu de doute en pratique, il est donc probable que les victimes n'aient pas besoin de cette présomption pour prouver leur préjudice. Or, les victimes d'ententes verticales ou d'abus de position dominante, qui auraient pu bénéficier de cette présomption, et qui auraient pu en avoir besoin, s'en trouvent quant à elles privées alors que cela « les aurait considérablement avantagées » (un récent arrêt du TGI de Paris laisse toutefois entrevoir une possible extension de la présomption à ces infractions, ce que rien ne semble interdire selon M. Amaro). En outre, lorsque l'entreprise se trouve victime d'une entente entre concurrents, l'art. L481-5 C.com devrait lui imposer de prouver qu'elle n'a pas répercuté le surcoût sur ses propres acheteurs directs. L'art. L481-7 s'interprèterait ainsi comme la règle générale, à laquelle viendrait déroger l'art. L481-5 lorsque le préjudice allégué est un surcoût. L'emploi du terme « surcoût » par le texte n'ira pas sans soulever de difficultés, dans la mesure où il n'existe aucune certitude quant aux préjudices qu'il recouvre. Il n'est en effet pas certain que la notion soit limitée au surprix généré par l'entente, le surcoût pouvant également s'entendre des préjudices découlant du surprix, tels qu'une perte de chance de mieux investir le capital dont a été privée la victime, « ou encore le gain manqué du fait des parts de marché qui n'ont pas pu être gagnées »[255]. Mme le Professeur Claudel fait quant à elle remarquer que, bien que son impact ne doive pas être surestimé, elle permettra *a minima* l'obtention de dommages et intérêts symboliques et d'une injonction de cesser, dans la mesure où elle facilite la

[253] D'ALES T., « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 5, p. 206.
[254] COUSIN M., « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2017, nº 60, p. 20.
[255] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », Concurrences n° 2-2017, p. 70 ; AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), Concurrences n° 2-2018, p. 225 ; TGI Paris, 22 février 2018, « Société Betclic Entreprises Limited c/ GIE Pari Mutuel Urbain », RG 15/09129.

démonstration d'un intérêt à agir[256]. La mesure nous semble ainsi présenter un intérêt stratégique allant au-delà de la seule obtention de dommages et intérêts, résidant alors dans la possibilité d'obtenir rapidement la cessation de l'entente accompagnée d'une réparation en nature du préjudice.

ii. Les insuffisances d'une présomption cantonnée à la seule existence du préjudice

165. Bien qu'elle ne porte que sur l'existence du préjudice, la présomption pourrait s'avérer incitative pour les victimes. D'une part, dans le cadre du contentieux complémentaire *(« follow-on »)*, la décision de l'autorité de concurrence qui a prononcé la condamnation pourra servir de base à la victime afin de chiffrer son préjudice, ces dernières étant susceptibles de contenir des informations utiles en la matière. En France, l'ADLC fournit ainsi, dans ses décisions, des indications relatives au surprix généré par l'entente[257]. Pour les actions autonomes *(« stand alone »)*, la victime pourrait selon nous s'inspirer des résultats d'une étude recensant « un échantillon de plus de 800 observations de surprix imposés par des cartels pendant les 250 dernières années », d'autant plus que l'art. 17 § 1 de la directive autorise le juge à recourir à la technique de l'estimation si les circonstances le justifient (bien que l'estimation n'ait pas été explicitement transposée en droit français, la règle nous semble tout de même applicable en droit interne, V. *infra*, n° 239)[258]. Si le recours à des valeurs moyennes pour déterminer le quantum du préjudice peut sembler choquant dans une certaine mesure, force est de constater que nécessité fait parfois loi. À tout le moins le droit français admet-il cette possibilité dans la circulaire du 26 septembre 2014 relative à l'action de groupe, comme le relève Mme le Professeur Carval[259], et la directive 2014/104 nous semble franchir le pas à travers son art. 17 § 1. Il convient en outre de rappeler qu'il s'agit d'une présomption simple, susceptible d'être combattue par le défendeur, qui pourra démontrer un préjudice inférieur à la somme demandée par la victime, ou encore en contester le lien causal. Une telle approche nous semblerait en outre conforme au principe d'effectivité, rappelé à l'art. 4 de la directive, en ce qu'elle faciliterait la quantification du préjudice pour la victime, tout en déplaçant sur le défendeur la charge

[256] CLAUDEL E., « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305.
[257] SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 258.
[258] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique » *in* « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence n° 28, juillet -septembre 2011, p. 157 ; CONNOR J. et BOLOTOVA Y., « Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis », International Journal of Industrial Organization, Vol. 24, 2006, [en ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=788884
[259] CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels, un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », Recueil Dalloz, 2015, n° 22, p. 1290.

d'affiner l'analyse en recourant à des méthodes plus précises de quantification, telles que l'analyse économétrique de régression (V. *infra*, n° 316 s). Il s'agirait ainsi de déplacer les difficultés (coût de l'étude économétrique et disponibilité des données nécessaires à sa mise en œuvre) de la personne du demandeur sur celle du défendeur.

166. Bien que les deux techniques qui viennent d'être évoquées semblent surtout destinées à quantifier le surprix généré par l'entente, la présomption de préjudice inclus pourrait constituer une première étape de la stratégie contentieuse des victimes. En effet, elle leur assurerait ainsi un gain minimum à l'issue du procès, tout en sachant qu'elle interdira au juge de « refuser d'ordonner les mesures d'instruction » qui permettront d'apprécier l'étendue totale du préjudice[260]. L'affaire « Doux c/ Timab » renforce cette interprétation, la cour d'appel de Paris y affirmant que le fait qu'une victime ne parvienne pas « à calculer son préjudice ne saurait entraîner le rejet pur et simple de sa demande », ce qui se traduit en pratique par la commission d'une expert judiciaire chargé d'évaluer le préjudice[261]. Cette assurance d'un gain minimum pourrait alors, si ce dernier s'avère suffisamment important, constituer une incitation à agir pour les victimes. Il pourrait à ce titre sembler tentant de proposer que cette présomption puisse prévoir elle-même, dans le cadre d'une future réforme, un montant minimal de préjudice, mais ce serait aller à l'encontre de l'esprit de la directive. Son considérant n° 47 indique en effet, après avoir énoncé que la présomption est justifiée par les « difficultés relatives à la quantification du préjudice », et par le fait que les ententes génèrent un effet sur les prix, en entraînant leur hausse ou en empêchant leur baisse, que « la présomption ne devrait pas porter sur le montant réel du préjudice »[262]. Il nous semble cependant curieux, à la lecture de ce considérant, que le texte puisse affirmer viser à remédier à « certaines difficultés relatives à la quantification du préjudice » tout en refusant de faire porter la présomption sur ce point précis du contentieux, et ce alors même que la pratique s'y adonne parfois à travers la technique contractuelle. Une étude relative à l'indemnisation des préjudices provoqués par les ententes en Europe relève en effet l'existence de clauses fixant le montant du préjudice, toutefois susceptibles de recevoir preuve contraire en cas de différence entre le montant stipulé et le

[260] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid.*, p. 151.
[261] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019), Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-4, 6 février 2019, « SARL DouxAliments c/ SA Cie Financière et de Participation Roullier et SAS Timab Industries », RG 17/04101.
[262] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 47.

dommage réellement causé par l'infraction[263]. La présomption de préjudice nous semble ainsi pouvoir se voir reprochée son incomplétude, qui pourrait nuire à l'objectif du texte d'inciter au développement de l'action en réparation. En effet, si le droit français interdit en principe de fixer l'indemnisation de manière forfaitaire, il convient d'observer que ce principe reçoit parfois exception, comme l'illustre l'art. L331-1-3 CPI. Ce dernier dispose 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 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 atteint ». La présomption aurait ainsi pu, selon nous, autoriser le juge à fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, à charge pour le défendeur de rapporter la preuve d'un montant différent (une telle possibilité permettant d'assurer le respect du principe de réparation intégrale du préjudice).

167. Le problème réside dans le fait que le contentieux privé doit arbitrer entre l'enrichissement sans cause de la victime, et l'impunité de l'auteur des pratiques. Or, son application jusqu'à aujourd'hui tend plutôt à une sous-indemnisation qu'à un enrichissement injustifié des victimes, comme l'illustre notamment l'arrêt « Cowes » (la victime n'ayant obtenu que 7 millions d'euros sur les 117,4 millions qu'elle demandait, sachant qu'une telle somme fait partie des condamnations relativement lourdes eu égard à l'historique des juridictions françaises en la matière)[264]. L'auteur des pratiques étant le plus souvent une entreprise importante, cette dernière aura plus de chances de renverser une présomption à son encontre, puisqu'elle peut se permettre de financer une quantification précise du préjudice alors qu'une petite victime ne disposera le plus souvent pas de moyens suffisants pour y procéder. La diffusion du guide pratique de la Commission, associée à la technique de l'estimation, pourrait constituer une solution au problème, et l'idée semble renforcée par le fait que la technique de l'estimation et la présomption de préjudice sont toutes deux énoncées par l'art. 17 de la directive. Son efficacité dépendra toutefois du sens que les juridictions nationales donneront à la technique de l'estimation, celle-ci n'étant ouverte au juge que lorsqu'il est « pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments

[263] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges » (traduction proposée par nous), Concurrences n°1-2017, p. 36.
[264] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid.* ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016) », Concurrences n° 4-2016, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-11, 2 octobre 2015, n° 14/15779 ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017), Concurrences n° 4-2017, p. 212.

de preuve disponibles ». Dans le contexte antérieur à l'entrée en vigueur de la directive et à sa transposition, une telle condition aurait pu sembler presque systématiquement remplie. La question ne sera peut-être pas aussi évidente depuis l'introduction par la directive de dispositions destinées à faciliter l'accès à la preuve pour les victimes (V. *supra* n° 340 s).

168. Malgré son incomplétude, cette première présomption pourrait constituer une incitation à l'action pour les victimes d'ententes horizontales, sous la réserve qui vient d'être énoncée relative à la souplesse avec laquelle les magistrats auront ou non recours à la technique de l'estimation. Loin de se limiter à la question du préjudice inclus, l'influence de la réalité économique sur les règles du droit civil trouve également une illustration en matière de répercussion du surcoût le long d'une chaîne économique. Bien que tel n'ait pas été l'intention de la directive, les dispositions introduites pourraient paradoxalement nuire à l'efficacité du contentieux privé, et constitueront selon nous l'un des arguments les plus efficaces à disposition des auteurs de pratiques anticoncurrentielles pour tempérer les conséquences financières de la violation de la règle de droit à leur encontre.

2. L'impact stratégique de la répercussion du surcoût sur l'action en réparation

169. L'ordonnance du 9 mars 2017 introduit dans le Code de commerce la notion de surcoût, sans toutefois définir les acheteurs directs et indirects qui s'en trouveront affectés (a). Afin de favoriser l'action des victimes, les textes mettent en place deux présomptions (b), dont l'articulation pourrait finalement accroître l'efficacité de la stratégie contentieuse du défendeur (c).

a. La notion de répercussion du surcoût

170. Comme le relève un auteur dans une étude relative à l'indemnisation des préjudices causés par les ententes en Europe, les dommages et intérêts accordés ne reflètent pas rigoureusement le surprix généré par l'infraction, en raison du phénomène de la répercussion du surcoût *(« passing on »)*[265]. Le phénomène se rencontre lorsque l'entente affecte une chaîne de distribution, les auteurs de l'infractions causant à leurs acheteurs directs un préjudice résultant du surprix. Ces derniers sont alors susceptibles, comme le relève la directive, de répercuter le surprix sur leurs propres acheteurs directs (qu'il s'agisse d'entreprises ou de consommateurs)[266]. L'ordonnance du 9 mars 2017 a introduit la notion de surcoût à l'art. L481-

[265] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », *ibid.*
[266] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 41.

3 C.com, qui le définit comme « la différence entre le prix du bien ou du service […] effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction, sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût […] éventuellement opérée sur [un] contractant direct ultérieur ». Comme le fait remarquer Mme le Professeur Claudel[267], le texte omet toutefois de définir les notions d'acheteur direct et indirect. Il convient donc de se reporter aux définitions qu'en donne l'art. 2 de la directive 2014/104, qui définit l'acheteur direct comme la « personne physique ou morale qui a acheté directement auprès de l'auteur de l'infraction des produits ou services ayant fait l'objet d'une infraction au droit de la concurrence ». Le texte définit ensuite l'acheteur indirect comme la « personne physique ou morale qui a acheté, non pas directement auprès de l'auteur de l'infraction, mais auprès d'un acheteur direct ou d'un acheteur ultérieur, des produits ou services ayant fait l'objet d'une infraction au droit de la concurrence, ou des produits ou services les contenant ou dérivés de ces derniers ». Tenant compte de la circulation du surcoût le long de la chaîne de distribution, la directive et l'ordonnance édictent deux présomptions, dans un souci de préserver à la fois les intérêts de l'acheteur direct et ceux de l'acheteur indirect.

b. Les présomptions relatives à la répercussion du surcoût

171. Transposant l'art. 13 de la directive, l'art. L481-4 C.com dispose que « l'acheteur direct ou indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une telle répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur ». Une seconde présomption, transposée à l'art. L481-5 C.com, vient en outre faciliter la démonstration de la répercussion par l'acheteur indirect lorsque trois conditions sont réunies (V. *supra*, n° 172). L'art. L481-4 C.com reconnaît ainsi la possibilité pour le défendeur à l'action en réparation de démontrer que le demandeur (son acheteur direct) a répercuté le surcoût généré par l'entente sur ses propres clients (les acheteurs indirects). Ce moyen de défense permet de priver le demandeur d'une partie de l'indemnisation demandée, à charge pour le défendeur de démontrer qu'une répercussion a bien été opérée sur les entreprises/consommateurs situés en aval de la chaîne de distribution. La règle nouvelle complique la tâche du défendeur, en modifiant la solution jusqu'alors retenue par la Cour de cassation, qui présumait de manière réfragable l'existence de la répercussion, à charge pour le demandeur de démontrer le contraire[268]. Il convient toutefois de remarquer que, malgré la

[267] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[268] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, …de la procédure et de la

répercussion, le cocontractant direct de l'auteur de l'infraction n'en subit pas moins un préjudice résultant notamment de la baisse des quantités vendues en raison du surprix, dont il pourra toujours demander réparation comme le confirme l'art. 12 § 3 de la directive[269]. La règle nous semble également mettre fin à la solution retenue par les juges du fond à l'occasion de l'affaire « Arkopharma c/ Hoffman La Roche », dans laquelle les juges du fond avaient débouté la victime au motif qu'eu égard à « l'état du marché et de la concurrence, cette dernière aurait tout à fait pu répercuter la majoration du prix […] sur son propre prix de vente »[270]. En effet, dans la mesure où la loi présume désormais que la victime n'a pas répercuté le surcoût, comment alors lui reprocher de ne pas l'avoir fait pour la priver d'indemnisation ?

172. Afin de faciliter la démonstration du préjudice subi par les victimes de la répercussion d'un surcoût, l'art. 14 §2 de la directive met en place une présomption réfragable de répercussion du surcoût, non sans avoir rappelé dans son § 1 que la preuve de la répercussion incombe au demandeur (c'est-à-dire l'acheteur indirect). La règle, qui n'a pas pour objet de renverser la charge de la preuve mais d'en simplifier l'objet, se retrouve aujourd'hui à l'art. L481-5 C.com[271]. Ce dernier reprend exactement les mêmes conditions que celles exigées par la directive, la mise en œuvre de la présomption nécessitant la réunion de trois conditions cumulatives[272]. Le texte exige la commission par le défendeur d'une infraction au droit de la concurrence, qui doit avoir entraîné un surcoût pour ses acheteurs directs. Il suffit alors que l'acheteur indirect ait acheté des biens ou services concernés par l'infraction au droit de la concurrence, ou encore des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant, et il sera présumé victime d'une répercussion du surcoût. La réunion de ces 3 conditions apparaît plus aisée que la preuve de la répercussion elle-même, les victimes indirectes, en particulier les consommateurs, se trouvant en bout de chaîne et disposant de ce fait moins aisément des documents comptables et financiers qui leur permettraient de démontrer l'existence du surcoût

responsabilité civile ? », Recueil Dalloz, 2013, n° 38, p. 2532, pt. 20 ; CHAGNY M., « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 7, p. 316.

[269] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », Revue Lamy Droit des Affaires, 2011, n° 66, p. 35 ; ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *ibid* ; CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*, p. 153.

[270] CONSTANTIN A., « Causalité et régulation économique », Revue Lamy Droit civil, 1er juillet 2007, n° 40, p. 47 ; T. com. Nanterre, 6e ch., 18 mai 2006, nº 2004F02643, Stés Arkopharma c/ Hoffmann La Roche.

[271] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid*.

[272] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

et sa répercussion le long de la chaîne des prix[273]. L'édiction de ces deux présomptions pose la question de la manière dont doivent s'articuler entre elles les règles relatives à la répercussion du surcoût, et semblent à ce titre présenter un intérêt stratégique certain pour le défendeur.

c. L'efficacité d'une stratégie défensive basée sur la répercussion du surcoût

173. Les règles relatives à la répercussion du surcoût le long de la chaîne de distribution appellent un certain nombre de questions. Il convient tout d'abord de remarquer l'apparente contradiction opposant l'art. 13 de la directive à son art. 14 § 2[274]. En imposant au défendeur de prouver la répercussion par l'acheteur direct, elle présume que ce dernier n'a pas répercuté le surcoût sur les acheteurs indirects, comme le fait remarquer un auteur[275]. *Quid* en cas d'action d'acheteurs indirects réunissant les 3 conditions prévues à l'art. 14 § 2 de la directive ? Le surcoût serait alors présumé ne pas avoir été répercuté par l'acheteur direct du défendeur, tout en étant présumé avoir été répercuté par ce même acheteur direct sur les acheteurs indirects. La même remarque a d'ailleurs pu être formulée à l'égard des art. L481-4 et L481-5 C.com, un auteur faisant remarquer qu'une lecture combinée des deux articles conduisait tout simplement à présumer systématiquement que l'acheteur direct n'a pas répercuté le surcoût, alors que l'acheteur indirect est présumé dans le même temps avoir subi une répercussion. Le risque serait alors « d'exposer le défendeur à devoir payer bien plus qu'il ne doit »[276]. Le problème nous semble toutefois réglé par la directive et l'ordonnance. En effet, afin d'éviter pareille incohérence, l'art. 14 § 2 dispose que la présomption de répercussion bénéficiant aux acheteurs indirects est inapplicable lorsque le défendeur démontre que l'acheteur direct n'a pas répercuté le surcoût, ou qu'il ne l'a pas répercuté entièrement. La disposition permet ainsi d'éviter toute double indemnisation du surprix généré par l'entente. L'art. L481-5 exprime la même idée en offrant la possibilité au défendeur de « démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect ou qu'il ne l'a été que partiellement par son contractant antérieur ».

174. La combinaison des art. L481-4 et L481-5 C.com nous semble appeler deux observations sur le plan de la stratégie juridique. D'une part, un auteur soulève la question du caractère abusif

[273] CLARENC C., « Le dommage », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 183 ; CHAGNY M., « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », *ibid.*

[274] ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *ibid.*

[275] REDOND D., « Les actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles bientôt facilitées », Bulletin Rapide de Droit des Affaires, 28 février 2015, n° 4/15, p. 22.

[276] COUSIN M., « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

du recours intenté par l'acheteur direct qui aurait répercuté le surcoût[277] . Or, ce dernier agissant en connaissance de cause, il nous apparaît qu'en déduire un abus de droit serait possible, sur la base du principe de l'estoppel, ce qui permettrait d'éviter le risque de double indemnisation évoqué *supra* (V. n° 173). Son action ne présenterait toutefois aucun caractère abusif pour les chefs de préjudice autres que le surcoût généré par l'entente, puisque seul ce dernier est susceptible d'une répercussion. D'autre part, si la présomption édictée à l'art. L481-5 est inapplicable lorsque le défendeur démontre que son acheteur direct n'a pas répercuté le surcoût, la question se pose de l'intérêt qu'il aurait à se prévaloir de la règle. Bien que l'objectif d'éviter la double indemnisation d'un même chef de préjudice soit tout à fait louable, force est de constater que l'entreprise n'a aucun intérêt à opérer ladite démonstration dans l'hypothèse où l'acheteur indirect serait un consommateur ou une entreprise trop modeste pour agir en justice. Un auteur de pratiques anticoncurrentielles pourrait même à notre avis aller jusqu'à tenter de démontrer lui-même la réunion des 3 conditions prévues par l'art. L481-5 pour faire présumer l'existence de la répercussion. En effet, la grande faiblesse de l'action de groupe réside dans le fait que les consommateurs n'ont que peu d'incitation à récupérer les sommes allouées à l'occasion du procès, en raison de la fréquente faiblesse du préjudice individuellement subi. Il a ainsi pu être relevé que les consommateurs n'agiront pas s'ils se trouvent privés de la possibilité de mettre en œuvre un recours collectif[278]. Une partie de la doctrine relève également l'importance pour les juges de faire montre d'exigence lorsqu'il s'agira d'admettre le renversement de la présomption prévue à l'art. 13 (L481-4 C.com), puisque les victimes directes sont les plus susceptibles d'agir[279].

175. Or, les sommes non réclamées à l'issue d'une action de groupe ne sont pas conservées par l'association de consommateurs à l'origine de l'action, mais restituées à l'auteur des pratiques (V. *infra* n° 510). Il nous apparaît donc probable qu'à chaque fois que l'auteur des pratiques parviendra à démontrer la répercussion, les sommes versées au titre de l'indemnisation du surprix généré par l'entente seront susceptibles de lui être en tout ou partie restituées. D'un point de vue stratégique, il nous semble regrettable de n'avoir pas, à la place, favorisé l'action des acheteurs directs, souvent des PME, qui disposent quant à elles d'une incitation suffisante à l'exercice de l'action puisque les sommes dont elles pourraient bénéficier sont potentiellement

[277] REDOND D., « Les actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles bientôt facilitées », *ibid.*
[278] ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *ibid.*
[279] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*, p. 152.

importantes. Sensibilisées à la culture de la concurrence ainsi qu'aux opportunités stratégiques qu'elle peut leur offrir, ces dernières constitueraient des vecteurs efficaces de la mise en œuvre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Les acheteurs directs auront tout de même subi un préjudice à travers la diminution de la demande provoquée par l'augmentation artificielle des prix du fait de l'infraction (V. *infra*, n° 267), dont ils pourront demander réparation.

176. Refléter la réalité économique du droit des pratiques anticoncurrentielles tout en limitant ainsi l'efficacité de l'action des victimes les mieux à même de mettre en œuvre le contentieux privé nous semble nuire considérablement à son potentiel dissuasif. Ces dernières bénéficieront toutefois des dispositions destinées à garantir l'efficacité de la réparation, à travers la mise en place d'un principe de solidarité entre les coauteurs de l'entente, et la favorisation du recours aux modes de règlement amiables des litiges, qui pourront quant à elles peut-être les inciter à agir.

B. L'importance stratégique des dispositions garantissant l'efficacité du droit à réparation

177. Opérant un renforcement de l'efficacité du droit à réparation des victimes en amont comme en aval du contentieux, les textes nouveaux prennent en considération la réalité économique sous deux aspects. Ils encouragent ainsi le recours aux modes consensuels de règlement des litiges (MCRL), qui permettent une indemnisation plus rapide des victimes, ces dernières n'ayant pas toutes les capacités financières leur permettant de soutenir un procès susceptible de s'étirer sur de nombreuses années (1). Les textes tiennent également pour solidairement responsable les coauteurs d'une pratique anticoncurrentielle, facilitant ainsi le recouvrement des sommes par la victime et faisant supporter le poids de l'éventuelle insolvabilité de l'un des codébiteurs sur ses codébiteurs solidaires plutôt que sur le demandeur (2).

1. Les modes de règlement consensuel des litiges et la limitation de responsabilité offerte aux coauteurs parties à l'accord

178. Désireuse d'encourager le recours aux modes consensuels de règlement des litiges, la directive prévoit deux dispositions destinées à récompenser les auteurs de pratiques anticoncurrentielles qui prendraient le parti de dédommager rapidement les victimes. La directive comme l'ordonnance soulèvent malgré tout des questions relatives au champ d'application de ces dispositions (a), questions qui revêtent d'autant plus d'importance que ces

règles nouvelles constitueront un axe majeur de la stratégie défensive des auteurs de pratiques anticoncurrentielles (b).

a. Les doutes relatifs à la notion de modes consensuels de règlement des litiges

179. Bien que la majeure partie des dispositions de la directive 2014/104 concernent la procédure contentieuse devant le juge de la réparation, le texte réserve tout de même une place importante aux modes consensuels de règlement des litiges (MCRL). Ces derniers pourraient en effet permettre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles un accès effectif à la justice, à condition bien entendu d'être mis en œuvre aux côtés d'un arsenal judiciaire lui-même suffisamment développé, et donc de nature à inciter les auteurs d'infractions au droit de la concurrence à accepter d'y recourir[280]. Par leur rapidité, leurs avantages en termes de coûts, leur discrétion (essentielle en la matière, afin d'éviter tout impact négatif sur la réputation de l'auteur de pratiques) et la sécurité qu'elles offrent en supprimant l'aléa du procès, ces procédures devraient connaître un fort développement à la suite de la transposition de la directive[281]. Il convient en outre de remarquer qu'elles constituent déjà peut-être le droit commun de la mise en œuvre du contentieux privé, ce qui expliquerait alors la faiblesse du nombre d'actions en réparation intentées devant les juridictions[282]. M. Amaro indique à ce titre ne pas s'attendre à une augmentation significative du contentieux complémentaire devant les juridictions judiciaires. Sans pouvoir citer d'affaires précises, il souligne que « la rumeur fait état de transactions importantes qui auraient été conclues entre certaines entreprises condamnées par des autorités nationales de concurrence (ANC) ou par la Commission européenne. Certaines dépasseraient même la centaine de millions d'euros de dommages et intérêts… ». Il en déduit ainsi que le contentieux complémentaire n'irait devant le juge de la réparation que de manière exceptionnelle, lorsque le défendeur est sûr de l'emporter. En effet, si ce dernier avait un doute quant à ses chances de succès en défense, il préférerait alors transiger[283].

---

[280] COUTRELIS N., ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 44, p. 97.

[281] *Ibid* ; AMRANI-MEKKI S., « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence – Le point de vue d'un processualiste », Gazette du Palais, 26 mars 2009, p. 4 ; LOUBIERES F. et SAINT-OLIVE F., « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », Revue Lamy de la Concurrence, 1er avril 2014, n° 39, p. 181.

[282] RIFFAULT-SILK J., « Le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation ? L'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national », Gazette du Palais, 21 août 2008, n° 234, p. 44

[283] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016) », Concurrences n° 2-2017, p. 217.

180. Si la directive évoque, parmi les mécanismes de règlements consensuels des litiges, « les règlements amiables (notamment ceux que le juge peut déclarer contraignants), l'arbitrage, la médiation ou la conciliation », elle privilégie toutefois « les solutions résultant d'un compromis où chaque partie abandonne certaines de ses prétentions plutôt que d'entrer dans une confrontation devant un tribunal »[284]. L'arbitrage ne devrait ainsi pas bénéficier des mêmes avantages que les modes de règlement consensuel, auxquels l'art. 19 confère un régime particulier[285]. Il nous semble que cette dernière affirmation mérite d'être tempérée, une fois encore en raison du flou entourant la rédaction de la directive, dont découle deux interprétations antagonistes. D'une part, les effets de l'art. 19 concernent les « règlements consensuels », que l'art. 2 de la directive définit comme les accords résultant d'une procédure de règlement consensuel du litige. Le même article définit lesdites procédures comme « tout mécanisme permettant aux parties de parvenir à un règlement extrajudiciaire d'un litige relatif à une demande de dommages et intérêts ». Or, la nature de la solution obtenue à la suite d'un arbitrage n'est pas conventionnelle mais juridictionnelle, ce qui semblerait alors exclure l'arbitrage des procédures bénéficiant des dispositions prévues à l'art. 19 de la directive. En outre, si l'arbitrage permet de réaliser des économies d'argent et de temps par rapport au recours à la voie judiciaire, il ne permet pas vraiment de réaliser l'objectif de réduction de « l'incertitude pour les auteurs de l'infraction et les parties lésées » qu'assignent les considérants de la directive aux modes de règlement consensuel des litiges[286]. D'autre part, l'arbitrage présente néanmoins un caractère consensuel dans son mode de formation, et le recours à des arbitres experts de la discipline plutôt qu'aux magistrats pourrait être considéré comme un moyen de réduire l'incertitude du contentieux. L'arbitrage est en outre considéré comme un mode de règlement consensuel des litiges par les considérants de la directive, et il semblerait dès lors parfaitement logique de considérer l'application de l'art. 19 acquise en cas de recours à un tel procédé[287]. Il s'agit donc là encore d'un point de droit flou, sur lequel les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne manqueront pas d'exercer une forme d'entreprenariat judiciaire afin de tirer pleinement parti des avantages liés à l'arbitrage (V. *supra*, n° 12).

[284] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 48.
[285] COUTRELIS N., ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », *ibid*.
[286] Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, considérant n° 48.
[287] *Ibid.*

181. À la lumière de ces développements, il semble que seul l'arbitrage devrait soulever débat, aucun doute n'étant permis quant à la transaction, la médiation et la conciliation, étant donné que ces modes de règlement consensuel aboutissent bien à un règlement consensuel au sens de la directive. Force est pourtant de constater qu'à la suite de la transposition de la directive, l'art. L481-13 C.com vise uniquement la transaction. Si la circulaire du 23 mars 2017 n'apporte pas de précisions à cet égard, le rapport au Président de la République[288] nous semble aller dans le sens d'une interprétation large du terme « transaction », qui ne devrait pas être limitée à la transaction négociée directement entre les parties. Ce dernier indique en effet que les dispositions introduites visent à « encourager les procédures négociées (conciliation, médiation, procédure participative) », et prévoient pour ce faire « des dispositions aménageant l'effet des transactions ». Or, le recours aux procédures qu'il cite débouche bel et bien sur la conclusion d'une transaction. Il nous apparaît en outre possible de faire prévaloir la définition retenue par la directive, eu égard à la règle de l'invocabilité d'interprétation conforme dégagée par la CJUE dans l'arrêt « Von Colson »[289], qui impose aux juges nationaux l'obligation d'interpréter la jurisprudence nationale conformément aux exigences du droit européen, y compris les directives. L'enjeu du débat est bien évidemment de taille, puisqu'il conditionne l'application de dispositions récompensant le recours aux modes de règlement consensuel du litige.

b. Les avantages récompensant l'indemnisation des victimes dans le cadre des modes consensuels de règlement de litiges

182. L'art. 19 et son équivalent en droit interne, l'art. L481-13 C.com, prévoient un certain nombre de règles intéressant la stratégie défensive des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. L'art. 19 § 1 dispose en effet que, « à la suite d'un règlement consensuel, le montant de la demande de la partie lésée partie à ce règlement [est] diminué de la part du préjudice […] imputable au coauteur de l'infraction partie à ce règlement ». L'art. L481-13 exprime la même idée lorsqu'il dispose que « la victime qui a conclu une transaction avec l'un des codébiteurs solidaires ne peut réclamer aux autres codébiteurs non parties à la transaction que le montant de son préjudice diminué de la part du préjudice imputable au codébiteur partie à la transaction ». Le demandeur qui assigne les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence devra donc renoncer à la part de préjudice imputable au(x) coauteur(s) partie(s) à un MCRL lorsqu'il assigne les coauteurs non parties à un MCRL.

[288] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, 12 mai 2017, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n°28.
[289] CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, affaire 14/83.

183. L'art. 19 § 2 ajoute quant à lui que le reliquat de la demande ainsi obtenu ne pourra être demandé qu'aux coauteurs qui n'étaient pas partie au MCRL, et interdit à ces derniers de demandeur au coauteur « partie à ce règlement une contribution au reliquat de la demande ». L'art. L481-13 exprime là encore la même idée lorsqu'il dispose que « les codébiteurs non parties à la transaction ne peuvent réclamer au codébiteur partie à celle-ci une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime ». Les textes assurent ainsi au coauteur partie à un MCRL la garantie qu'il n'aura rien d'autre à verser à la victime que la somme qui aura été convenue dans le cadre du MCRL.

184. L'art. 19 § 3 apporte toutefois un tempérament, en précisant que la victime pourrait tout de même lui demander réparation du reliquat de la demande à condition qu'il soit impossible pour elle d'obtenir réparation auprès des autres coauteurs de l'infraction. Il convient toutefois de remarquer la précision de l'art. 19 § 3 selon laquelle cette atteinte à l'effet relatif et à la force obligatoire des conventions « peut être exclue expressément par les termes du règlement consensuel ». L'art. L481-13 énonce quant à lui que « la victime peut réclamer au codébiteur partie à la transaction le paiement du solde de son préjudice imputable aux autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et vainement poursuivis », à condition là encore que cette possibilité n'ait pas été écartée par une stipulation contraire. Dans l'hypothèse où une telle stipulation n'aurait pas été insérée (et bien qu'il soit probable qu'elle devienne une clause de style), l'art. 1858 C.civ et la jurisprudence rendue à l'occasion de son application « devraient apporter d'utiles précisions quant à l'interprétation » à donner à la notion de vaines et préalables poursuites[290].

185. L'art. 18 § 3 offre en outre aux autorités de concurrence la possibilité de considérer le recours à un MCRL comme une circonstance atténuante au moment du prononcé de l'amende dans le cadre du contentieux public, créant ainsi un pont entre la notion de dommage à l'économie et le préjudice personnellement subi par les victimes, une « certaine fongibilité » entre l'amende et les dommages et intérêts[291]. L'art. L464-2 C.com, relatif aux sanctions prononcées par l'ADLC, s'est ainsi vu ajouter un alinéa supplémentaire qui autorise l'Autorité à réduire le montant de l'amende qu'elle entend infliger à l'entreprise qui aura, « en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du code

[290] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid.*
[291] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.*

civil ». La rédaction du texte nous apparaît ici problématique, en ce qu'elle limite le bénéfice de la réduction d'amende aux transactions passées sous l'empire de l'art. 2044 du Code civil, alors même que la directive l'admet pour tous les MCRL. Là encore, il nous semble que la jurisprudence « Von Colson » devrait permettre à une entreprise partie à un MCRL autre qu'une transaction au sens de l'art. 2044 du Code civil de bénéficier malgré tout de cette disposition au titre de l'invocabilité d'interprétation conforme du droit de l'Union européenne.

186. L'ensemble des dispositions évoquées ci-dessus, qui se montrent particulièrement incitatives, devraient ainsi donner lieu à une véritable course au règlement consensuel des litiges, contribuant alors à la détérioration de la relation de confiance unissant les membres d'une entente, ce qui pourrait aller jusqu'à prévenir leur formation[292]. Il nous semble en outre essentiel de souligner l'importance stratégique du recours aux modes de règlement consensuel des litiges, notamment en présence de codéfendeurs solidaires.

2. Le principe de responsabilité solidaire entre les coauteurs de l'infraction

187. Mesure destinée à faciliter le recouvrement des sommes obtenues par la victime à la suite de la condamnation du ou des auteur(s) des pratiques, la règle de la solidarité passive pose tout d'abord la question de son champ d'application, eu égard à l'originalité des termes choisis par le législateur (a). Une fois ce dernier déterminé, il conviendra d'observer que la règle constituera l'un des piliers de la stratégie du demandeur comme du défendeur à l'action en réparation (b).

a. Le doute relatif au champ d'application de la solidarité passive

188. Le champ d'application de la responsabilité solidaire en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles risque de faire débat, Mme le Pr. Chagny relevant les incertitudes liées à la notion de « comportement conjoint », comme à « la désignation des responsables sous le vocable d'entreprises, notion autonome du droit de la concurrence ignorée du droit français de la responsabilité »[293]. Comme le souligne M. Amaro, l'ordonnance préfère faire référence à la notion de personne, et marque ainsi « un lien clair entre le sujet du droit de la concurrence (l'entreprise) et le sujet du droit de la responsabilité civile (la personne juridique), tout en maintenant la dissociation entre ces deux notions. Elle évite donc que l'utilisation du seul terme "d'entreprise" ne soit analysée comme l'importation en droit de la responsabilité civile d'un

[292] COUTRELIS N., ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », *ibid*.
[293] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence… de la procédure et de la responsabilité civile ? », *ibid*.

concept inconnu qui aurait sans doute causé quelques perturbations notionnelles »[294]. La notion de « comportement conjoint » ne fait quant à elle l'objet d'aucune définition dans la directive, qui se contente de fournir l'exemple des ententes, posant ainsi la question de savoir si la règle de la responsabilité solidaire doit concerner les hypothèses dans lesquelles sont à la fois relevées des pratiques d'ententes et d'abus de position dominante, ou encore lorsque plusieurs entreprises abusent d'une position dominante collective[295].

189. Mme le Pr Chagny s'interroge ainsi sur la question de savoir « si le comportement conjoint au sens de la directive doit s'identifier nécessairement à un comportement collectif de violation du droit de la concurrence ». Eu égard à l'absence de définition juridique de la notion de « comportement conjoint », que ce soit dans la directive ou ailleurs, il convient, afin de tenter de répondre à cette question, de se référer à la définition qu'en donnent les dictionnaires. Selon le dictionnaire Trésor de la Langue Française, le terme « collectif » désigne « un ensemble limité, […] caractérisé par des traits communs ou considérés comme tels », là où le dictionnaire de l'Académie indique que le terme « se rapporte à un groupe »[296]. Le dictionnaire Larousse indique quant à lui que le terme collectif renvoi au « fait de plusieurs personnes », aux « comportements manifestés par des personnes lorsqu'elles sont en groupe »[297]. Le terme « conjoint » renvoie quant à lui au fait de « joindre ensemble », de réunir, selon le Trésor de la Langue française, ainsi qu'à « unir par des liens étroits », comme le précise le dictionnaire de l'Académie[298]. Le dictionnaire Larousse confirme cette idée, définissant ce qui est conjoint comme étant « associé, étroitement uni », et prenant pour exemple les problèmes conjoints, que l'on ne peut pas séparer. Il précise encore que le comportement conjoint est le comportement « fait ensemble : ils ont décidé une action conjointe »[299].

190. À la lumière de ces définitions, la notion de comportement conjoint semble faire référence à des comportements unis par des liens étroits, qui ne peuvent être séparés les uns des autres, et

---

[294] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », *ibid.*

[295] CHAGNY M., « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », *ibid.* ; Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, considérant n° 37.

[296] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition, et Trésor de la Langue Française informatisé [en ligne] http://www.cnrtl.fr/definition/collectif (consulté le 27/02/2018).

[297] Dictionnaire de français Larousse [en ligne] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/collectif/17172?q=collectif#17044 (consulté le 27/02/2018).

[298] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition, et Trésor de la Langue Française informatisé [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/conjoint (consulté le 21/08/2019).

[299] Dictionnaire de français Larousse [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conjoint/18237?q=conjoint+conjointe#18130 (consulté le 21/08/2019).

qui ont été décidés de concert par les personnes qui les ont mis en œuvre. Le terme nous semble impliquer une volonté de collaboration dépassant le seul fait d'appartenir à un groupe. Il nous apparaît ainsi que la règle de la solidarité, au sens de la directive, devrait concerner les ententes comme l'abus d'une position dominante collective, puisque la détention d'une position dominante collective suppose que les entreprises en cause soient unies par des liens leur donnant « le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché »[300]. La question de l'abus de position dominante caractérisé en même temps qu'une entente devrait quant à elle susciter des débats, puisqu'il faudrait alors que les deux infractions soient indissociables l'une de l'autre pour que la règle s'applique. Nul doute que le débat ne manquera pas de s'élever dans l'hypothèse où une entreprise victime à la fois d'une entente et d'un abus de position dominante commis par l'une des parties à l'entente tentera de demander à l'un des coauteurs paiement des sommes dues au titre des deux infractions. Si ce dernier n'est pas l'auteur de l'abus de position dominante, il devrait en toute logique pouvoir refuser de payer les sommes dues à ce titre, l'entente et l'abus de position dominante étant deux infractions distinctes, qui ne répondent pas à la définition d'un comportement conjoint.

191. Si l'ordonnance du 9 mars 2017 préfère quant à elle l'emploi d'un vocable différent, le législateur national faisant le choix du terme « concourir », ce choix ne nous semble pas contredire les développements qui viennent d'être énoncés. Ni la circulaire du 23 mars 2017, ni le rapport au Président de la République n'apportant de précisions eu égard à l'interprétation à donner à ce terme, il convient là encore d'étudier la définition qu'en donnent les dictionnaires. Le dictionnaire Trésor de la Langue Française définit le terme concourir comme le fait de rechercher « un résultat précis », ainsi que comme le fait d'apporter son concours à quelque chose, d'y participer, d'y contribuer. Le dictionnaire de l'Académie Français indique quant à lui qu'il s'agit de « tendre au même but », de « contribuer à une même fin »[301]. L'emploi du terme concourir permet ainsi d'aboutir à la même conclusion que précédemment, et nous semble commander une plus grande rigueur dans son appréciation que le terme « collectif ». La règle de la solidarité, au sens de la directive comme au sens de l'ordonnance, nous semble dès lors limitée aux hypothèses dans lesquelles les auteurs ont sciemment pris la décision de collaborer en vue de commettre une pratique anticoncurrentielle. L'enjeu du débat revêt en outre une importance certaine en termes de stratégie juridique.

[300] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 826, p. 442.
[301] Dictionnaire de l'Académie Française, 9ème édition, [en ligne]
http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/concourir (consulté le 16/10/2019).

b. L'intérêt stratégique de la solidarité passive

192. La règle de la solidarité passive revêt un intérêt stratégique aussi bien dans le cadre d'une stratégie offensive (i) que d'une stratégie défensive, eu égard aux exceptions dont bénéficient certains défendeurs (ii).

i. L'intérêt de la solidarité dans le cadre d'une stratégie offensive

193. L'art. 11 de la directive pose le principe d'une responsabilité solidaire des entreprises ayant enfreint, par un comportement conjoint, le droit de la concurrence. Le texte permet ainsi à la victime de demander l'intégralité de la somme due au titre de la dette de réparation à n'importe lequel des coauteurs de l'infraction, et ce jusqu'à ce qu'elle ait été totalement indemnisée. La question revêt une importance certaine au regard des avantages conférés à la victime par la règle de la solidarité, à savoir la simplification du recouvrement de la créance de réparation (puisqu'elle ne saurait se voir opposer « le bénéfice de discussion ou de division »), et la protection qu'offre la règle contre l'insolvabilité de l'un des coauteurs de l'infraction (« qu'il soit en cessation des paiements ou que sa situation soit irrémédiablement compromise au sens de l'art. 1319 du Code civil »)[302]. Ces règles sont par ailleurs rappelées par la circulaire du 23 mars 2017 en sa fiche n° 6. Comme le fait très justement remarquer Mme le Professeur Chagny, il est en effet inutile de reconnaître un droit à réparation « si la partie lésée […] n'est pas en mesure, faute de débiteur solvable, d'obtenir le paiement des sommes allouées »[303]. La règle de la solidarité présente donc à ce titre un intérêt majeur pour garantir l'indemnisation du demandeur, mais pourrait également faire l'objet d'une instrumentalisation.

194. La charge de la dette de réparation sera en effet répartie entre les coauteurs de l'infraction en fonction de la gravité de la faute commise, comme déjà explicité dans le cadre de la présente thèse (V. *supra*, n° 90 s). En droit interne, la règle est désormais posée à l'art. L481-9 C.com, qui dispose que les personnes physiques et/ou morales ayant concouru à la commission d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant, et contribuent à la réparation à proportion de la gravité de leurs fautes et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage. Ces deux derniers paramètres devront ainsi être pris en compte au moment de la contribution à la dette, c'est-à-dire « lorsqu'une entreprise, condamnée à indemniser la victime pour l'intégralité du préjudice, [exerce] un recours contre

[302] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid.*
[303] CHAGNY M., « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 265.

les coresponsables »[304], étant entendu, comme cela a déjà été évoqué *supra* (V. n° 183), qu'une telle contribution ne saurait être demandée à l'entreprise qui aura indemnisé la victime dans le cadre du recours aux modes consensuels de règlement des litiges. Mme le Professeur Claudel[305] souligne ainsi que la décision de l'ADLC pourra avoir son importance à jouer, eu égard aux circonstances aggravantes comme atténuantes susceptibles d'être retenues par l'Autorité (V. *supra*, n° 91 s). Il convient en outre de préciser que la référence à la gravité de la faute et au rôle causal dans la survenance du dommage a pu faire l'objet de critiques, certains y voyant « une mise à distance du principe de réparation intégrale ». Or, comme le fait remarquer un auteur, la règle posée à l'art. L481-9 n'a pas pour objet « d'allouer à un demandeur une réparation qui irait au-delà du préjudice qu'il a individuellement subi motif pris du rôle particulier du défendeur dans la commission de l'infraction, ni de sanctionner un fait particulièrement répréhensible ou immoral ». La référence à la gravité de la faute renverrait alors plutôt au rôle joué par le défendeur dans la réalisation du dommage, d'où la référence complémentaire au lien causal[306]. La question nous apparaît ainsi pertinente sur le plan stratégique, puisqu'elle pourrait permettre, si l'interprétation qui vient d'être exposée échoue à prévaloir, de faire payer à un concurrent plutôt qu'un autre une plus grande part de dommages et intérêts, augmentant ainsi la somme totale qu'il sera amené à payer. C'est en effet le risque que dénonce un autre auteur, selon qui la règle pourrait conduire une entreprise à « devoir assumer une part du dommage supérieur au surcoût pratiqué sur le montant de ces ventes », ce qui éloignerait alors le texte du principe de réparation intégrale du préjudice. L'auteur prend à ce titre l'exemple du rôle de meneur dans la commission de l'infraction, et souligne que « l'étendue d'un préjudice ne reflète pas nécessairement la gravité du comportement qui l'a causé. Faire payer à l'entreprise le prix de la gravité de son comportement au stade de l'action civile risque ainsi de constituer une double peine »[307]. Un concurrent qui souhaiterait augmenter les dépenses non productives de l'auteur des pratiques pourrait donc tenter de jouer sur le critère de la gravité de la faute afin de faire peser sur lui une part plus importante des conséquences de l'infraction.

[304] DELPECH X., « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », Dalloz actualité, 15 mars 2017.
[305] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[306] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid.*
[307] COUSIN M., « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

195. La règle de la solidarité revêt une importance encore plus grande lorsqu'elle est combinée au recours aux MCRL, dans le cadre d'une stratégie contentieuse connue sous le nom de « *warship tactics* ». Cette stratégie consiste, pour la victime, à se rapprocher de l'un des coauteurs de l'infraction afin de régler avec lui la situation à l'amiable, les dommages et intérêts ainsi obtenus lui permettant de financer l'action contre les autres coauteurs. Les « *warship tactics* » permettent classiquement au coauteur partie au règlement amiable de faire un usage stratégique du recours aux MCRL, les plaignants étant enclins à accepter un premier règlement amiable « pour un montant inférieur à la quote-part de l'entreprise dans l'infraction », entraînant ainsi une augmentation du montant dû par les concurrents[308]. Cette possibilité nous semble désormais condamnée par la directive 2014/104 et son art. 19 § 1, en application duquel « le montant de la demande de la partie lésée partie à ce règlement soit diminué de la part du préjudice causé à la partie lésée par l'infraction au droit de la concurrence qui est imputable au coauteur de l'infraction partie à ce règlement ». La règle est reprise à l'art. L481-13 C.com, qui dispose que « la victime qui a conclu une transaction avec l'un des codébiteurs solidaires ne peut réclamer aux autres codébiteurs non parties à la transaction que le montant de son préjudice diminué de la part du préjudice imputable au codébiteur partie à la transaction ». La demande globale de la victime se trouvant ainsi amputée de la part de préjudice imputable au coauteur partie à un MCRL, les coûts des rivaux ne sauraient alors s'en trouver augmentés. Le seul moyen qu'aurait le coauteur partie à un MCRL d'augmenter les coûts de ses rivaux serait alors de fournir à la victime des éléments de preuve lui permettant d'affiner au maximum sa quantification du dommage, et démontrant la gravité de la faute commise par un concurrent donné afin d'augmenter au maximum sa contribution à la dette[309]. L'auteur de l'infraction devra toutefois veiller, à l'occasion d'une telle communication, à ne pas violer l'interdiction édictée à l'art. L463-6 C.com. Ce dernier prohibe en effet « la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers […] dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé » dans le cadre de la procédure devant l'ADLC. Le texte précise toutefois que la règle n'est pas applicable « lorsque la divulgation intervient conformément aux dispositions prévues au chapitre III du titre VIII » du Code de commerce. Or, il n'est pas certain qu'une communication de pièces

[308] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 49.

[309] BERNHARD J., « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », in BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 200.

opérée dans le cadre d'une transaction sera considérée, par les juges du fond, comme intervenant conformément aux règles du chapitre III du titre VIII. L'opération pourrait ainsi présenter un risque dans le cadre du contentieux complémentaire, qu'il conviendra de cantonner en ne communiquant aux victimes que des documents dont l'entreprise aura pu avoir connaissance indépendamment des communications et consultations qui auront eu lieu à l'occasion de la procédure devant l'ADLC. L'entreprise pourra encore prendre l'engagement de communiquer à la victime des pièces supplémentaire une fois la procédure intentée, puisqu'une telle communication interviendra alors dans le cadre des règles du chapitre III du titre VIII, échappant ainsi à la sanction prévue par l'art. L463-6 C.com. Il convient encore d'observer que la règle de la solidarité trouvera également sa place dans la stratégie du défendeur, eu égard aux exceptions prévues par la directive et l'ordonnance à son égard.

ii. L'intérêt de la solidarité dans le cadre d'une stratégie défensive

196. En prévoyant une exception à la règle de la solidarité au profit des auteurs de pratiques anticoncurrentielles qui auront dédommagé la victime dans le cadre du recours aux MCRL, les textes nouveaux font de ces derniers un axe majeur de la stratégie des défendeurs à l'action en réparation. La règle, prévue à l'art. 19 § 2, énonce en effet que le reliquat de la demande ne pourra être demandé qu'aux coauteurs qui ne sont pas partie au règlement consensuel passé avec la victime. Le texte poursuit en indiquant que « les coauteurs de l'infraction qui ne sont pas parties à ce règlement ne sont pas autorisés à exiger du coauteur de l'infraction partie à ce règlement une contribution au reliquat de la demande ».

197. L'intérêt stratégique d'une telle disposition apparaît alors évident : l'un des auteurs peut, par le recours aux MCRL, n'avoir à payer qu'une fraction des dommages et intérêts qu'il serait susceptibles de verser s'il choisissait la voie contentieuse. Une telle disposition est sans nul doute hautement incitative, bien que la protection qu'elle offre ne soit pas absolue : en effet, si les coauteurs de l'infraction sont incapables d'indemniser la victime, le reliquat pourrait, par dérogation, tout de même être demandé au coauteur partie au règlement consensuel. Les rédacteurs de l'accord transactionnel devront alors prêter une attention toute particulière à exclure le jeu de cette dérogation, conformément aux dispositions de l'art. 19 § 3 (transposées à l'art. L481-13 C.com). Il peut encore s'agir pour la victime d'obtenir des preuves de la part du coauteur partie au règlement consensuel, ce dernier incriminant les autres coauteurs de l'infraction en contrepartie d'une indemnisation moindre accordée à son cocontractant[310].

[310] *Ibid.*

198. La règle de la responsabilité solidaire entre les coauteurs d'une infraction reçoit également exception au profit du coauteur bénéficiant d'une immunité totale d'amende au titre d'un programme de clémence, qui ne sera alors responsable « qu'à l'égard de ses acheteurs directs ou indirects, sauf si les autres victimes de l'entente ne peuvent pas obtenir réparation auprès des autres coauteurs »[311]. Cette disposition, qui ne bénéficie donc qu'au demandeur de clémence de 1er rang, constitue selon Mme le Professeur Chagny une « sorte de clémence civile » visant à « limiter l'obligation à réparation »[312]. Un autre auteur relève que l'art. 11 § 4 crée une nouvelle forme d'exonération inconnue jusqu'alors du droit français, puisqu'elle ne fait pas disparaître la responsabilité du bénéficiaire d'une clémence de 1er rang, mais se contente de la limiter à ses propres clients, directs ou indirects. L'objet de la mesure consiste à préserver l'attractivité des programmes de clémence, nécessaires à la détection des ententes[313]. L'art. 11 § 4 reçoit toutefois exception dans l'hypothèse où une victime ne pourrait obtenir réparation intégrale de son préjudice auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction. Le bénéficiaire de l'immunité totale d'amende pourrait alors à nouveau être tenu d'indemniser, au titre de la responsabilité solidaire, le préjudice subi par des victimes qui ne sont pas ses acheteurs directs ou indirects. La règle est reprise à l'art. L481-11 C.com, en application duquel le bénéficiaire d'une immunité totale d'amende n'est tenu « solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects que si ces victimes n'ont pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et vainement poursuivis ». Comme le fait remarquer le Professeur Claudel, l'exemption s'en trouve ainsi doublement circonscrite. Le bénéficiaire de l'immunité totale d'amende demeure en effet solidairement tenu vis-à-vis de de ses acheteurs directs et indirects inclus dans une même chaîne de contrat, qui pourront lui demander réparation de l'intégralité du préjudice qu'ils auront subi du fait de l'infraction . Le bénéficiaire de l'immunité devra donc les indemniser au-delà de la seule part de préjudice qui lui est directement imputable, et exercer, au stade de la contribution à la dette, un recours contre les coauteurs de l'infraction. Les victimes autres que les acheteurs directs et indirects du

[311] SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

[312] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence… de la procédure et de la responsabilité civile ? », *ibid.*

[313] MASMI-DAZI F., « Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes », Revue Lamy de la Concurrence, n° 37, p. 78 ; MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation du dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 104.

bénéficiaire pourront elles-aussi lui demander réparation de leur entier préjudice, mais uniquement dans l'hypothèse où elles n'auraient « pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et vainement poursuivis »[314]. La circulaire du 23 mars 2017 propose de s'inspirer, pour l'appréciation de la notion de vaines et préalables poursuites, des solutions rendues en application de l'art. 1858 du Code civil. L'art. L481-12 prend enfin le soin de préciser que, au stade de la contribution à la dette, lorsque « les victimes indemnisées sont les contractants directs ou indirects des codébiteurs solidaires, le montant de la contribution [du bénéficiaire] d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence est déterminé conformément à la règle prévue à la seconde phrase de l'article L. 481-9 sans pouvoir excéder le montant du préjudice subi par ses contractants directs ou indirects ». La mesure garantit donc, il nous semble, l'attractivité de la procédure de clémence en limitant la contribution à la dette au préjudice que la bénéficiaire de rang 1 aura causé à ses seuls contractants « directs ou indirects ». Il convient à cet égard de remarquer qu'un auteur souligne le manque de précision de la mesure, les textes n'indiquant pas quels programmes de clémences sont susceptibles d'être concernés par les dispositions des art. L481-11 et L481-12 C.com. « Si en principe les procédures menées devant l'Autorité de la concurrence et celles de la Commission devraient en principe être visées (le cas des dernières restant à confirmer), nul ne sait ce qu'il en est de celles menées devant les autres membres de réseau européen de concurrence »[315].

199. La règle de la responsabilité solidaire entre les coauteurs de l'infraction reçoit enfin exception au bénéfice des coauteurs de l'infraction qui sont des PME. La règle, énoncée à l'art. 11 § 2, ne concerne que les PME au sens de la recommandation 2003/361/CE[316], et nécessite la réunion de deux conditions cumulatives. Sa part sur le marché concerné par l'infraction devra, à quelque moment que ce soit de l'infraction, être inférieure à 5%. Il faudra également que l'application des règles de la responsabilité solidaire compromette irrémédiablement la viabilité économique de l'entreprise concernée, et fasse perdre toute valeur à ses actifs. Si ces conditions sont réunies, la responsabilité de l'auteur de l'infraction ne pourra alors être engagée qu'à l'égard de ses propres acheteurs ou fournisseurs, directs ou indirects. Comme le relève un auteur, le critère de « l'incidence financière de la responsabilité solidaire sur la survie et les

[314] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[315] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid*.
[316] Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20/05/2003, p. 36).

actifs de la PME donnera lieu à d'abondants débats »[317]. Cette limitation de responsabilité n'est là encore pas absolue, l'art. 11 § 3 évoquant 3 hypothèses dans lesquelles l'exception à la responsabilité solidaire ne trouvera pas à s'appliquer. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'entreprise « a été l'instigatrice de l'infraction », de celle dans laquelle elle « a contraint d'autres entreprises à participer à celle-ci », ou encore de celle dans laquelle l'entreprise « a précédemment été convaincue d'infraction au droit de la concurrence ». La règle est transposée en droit français à l'art. L481-10 C.com, qui précise qu'une PME « n'est pas tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects » lorsque les deux conditions cumulatives énoncées à l'art. 11 § 2 de la directive sont réunies. Le texte précise en outre que sont considérées comme des PME les personnes « relevant de la catégorie des petites et moyennes entreprises au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et des mesures réglementaires prises pour son application ». Le texte prévoit enfin la levée de la limitation apportée au principe de la responsabilité solidaire, en des termes proches de ceux employés à l'art. 11 § 3 de la directive. La levée concernera ainsi les cas dans lesquels la PME aura été « [l']instigatrice de la pratique anticoncurrentielle, [aura] contraint d'autres personnes à y participer ou [aura] précédemment commis une telle pratique constatée par une décision d'une autorité de concurrence ou une juridiction de recours ». Un auteur soulève à ce titre les possibles difficultés susceptibles de voir le jour à l'occasion de cette dernière hypothèse. Il pose ainsi la question de savoir si « toute décision de constat d'infraction rendue par une autorité de concurrence ou une juridiction de recours, quelles que soient la territorialité et la temporalité de l'infraction suffiraient à exclure le bénéfice de [limitation à] la solidarité ? ». L'auteur considère que la notion de « réitération » retenue en droit de la concurrence devrait alors s'appliquer, « ce qui ne va pas sans soulever des difficultés au regard des mutations - rachat et autres restructurations - susceptibles de jalonner la vie d'une entreprise »[318].

200. Le principe de la responsabilité solidaire, l'encouragement des modes de règlement consensuels des litiges, ainsi que les présomptions relatives au préjudice inclus et à la répercussion du surcoût le long de la chaîne économique attestent à n'en pas douter d'une volonté des rédacteurs du texte d'appréhender, à travers ces différentes dispositions, la réalité

[317] REDOND D., « Les actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles bientôt facilitées », *ibid.*

[318] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid.*

économique. Leur œuvre traductrice ne s'arrête toutefois pas là, et se poursuit à travers la conception que retiennent les textes nouveaux du principe de réparation intégrale du préjudice.

§ 2nd : Le principe de réparation intégrale du préjudice face aux nécessités du pragmatisme économique

201. Répondant à la question de savoir s'il était préférable de privilégier l'action des consommateurs ou les dommages et intérêts punitifs pour faire du contentieux privé un outil efficace dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la directive réaffirme en son art. 3 le principe de la réparation intégrale du préjudice, et prohibe explicitement les dommages et intérêts punitifs, cantonnant ainsi la matière à sa seule fonction réparatrice (A). Les textes introduisent également des dispositions assouplissant les caractères du préjudice, tenant là encore compte des difficultés qui entravaient jusqu'alors la traduction en droit civil de la réalité économique (B).

A. Le principe de la réparation intégrale et le refus d'un enrichissement injustifié des victimes

202. Le parti pris par les rédacteurs des textes nouveaux de maintenir intact le principe classique de la réparation intégrale du préjudice et leur refus d'introduire les dommages et intérêts punitifs constitue à n'en pas douter un frein à l'incitation qu'auront les victimes à agir, et suscite à ce titre des critiques (1). Il semble toutefois exister plusieurs alternatives de nature à garantir l'intérêt de la mise en œuvre du contentieux privé par victimes et ainsi contribuer à sa fonction dissuasive (2).

1. La prohibition des dommages et intérêts punitifs au détriment de l'attractivité du contentieux privé

203. La prohibition des dommages et intérêts punitifs, outre sa propension à décourager la victime d'agir en justice eu égard à la longueur de la procédure et au montant souvent jugé trop faible des sommes accordées (a), trouve plusieurs explications qui nous apparaissent contestables, parmi lesquelles notamment le risque d'un enrichissement sans cause des victimes et l'atteinte qui serait portée au principe de la réparation intégrale du préjudice. Or, la faute revêt en la matière un caractère lucratif qui aurait dû, selon nous, justifier leur introduction (b).

a. L'insuffisance de la réparation intégrale du préjudice en termes d'incitation à l'action

204. Prenant le parti d'interdire les dommages et intérêts punitifs (i), la directive et l'ordonnance du 9 mars 2017 négligent le manque d'attractivité du contentieux privé, eu égard à la faiblesse des sommes accordées aux victimes au terme d'une procédure parfois très longue (ii).

i. La prohibition des dommages et intérêts punitifs

205. Rappelant en son art. 3 que l'action en réparation doit donner lieu à réparation intégrale du préjudice, la directive précise que cette dernière vise à replacer la victime « dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise ». Mettant fin à l'opposition en doctrine relative à la pertinence d'intégrer ou non les dommages et intérêts punitifs dans l'ordre juridique européen, le texte indique que le principe de réparation intégrale au sens de la directive « 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 ». L'idée exprimée par le texte est donc que le marché doit retrouver l'état dans lequel il se serait trouvé en l'absence d'infraction, la victime ne devant ni s'enrichir ni s'appauvrir à la suite de l'action en réparation. La prohibition des dommages et intérêts punitifs est considérée comme implicitement transposée par l'art. L481-3 C.com, qui « consacre le principe de la réparation intégrale cher au droit français : tout le dommage, rien que le dommage. L'objectif de compensation chasse, en théorie, toute velléité de punir à travers l'action en réparation ».

206. Or, les rédacteurs de la directive semblent avoir négligé un point capital, qui est que la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles s'inscrit dans une logique de faute lucrative, dont les produits dépassent largement le seul préjudice subi par la victime. Le principe de réparation intégrale fait en outre l'objet d'une appréciation restrictive de la part des juges du fond, qui laisse le plus souvent les victimes avec une réparation qui est loin de correspondre à l'étendue du dommage subi. Il y a alors lieu de s'inquiéter d'un risque de manque d'attractivité du contentieux privé, qui pourrait nuire à sa mise en œuvre.

ii. Le manque d'attractivité des dommages et intérêts strictement compensatoires

207. Aux côtés des difficultés relatives à la preuve de l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, l'autre obstacle majeur responsable du peu d'engouement des victimes pour la mise en œuvre du contentieux privé réside dans le trop faible montant des sommes que les magistrats sont enclins à accorder. Me Saint-Esteben relève ainsi que ces derniers n'accordent

en moyenne que 10% du montant des demandes formulées par les victimes[319]. D'autres auteurs dressent ainsi le constat selon lequel le manque d'attractivité de l'action en réparation, à l'origine du désintérêt des victimes quant à sa mise en œuvre, trouverait son origine dans l'interprétation que font les magistrats du principe de la réparation intégrale du préjudice. Monsieur Amaro relève ainsi que, même antérieurement à la réforme, le contentieux privé offrait déjà en France un cadre satisfaisant pour les victimes, que les nouveaux textes ne feront que le rendre encore plus attractif. Les difficultés rencontrées tiennent plus selon lui « de la pratique, parfois incertaine, des textes que de leur contenu »[320]. M. le professeur Lehaire critique quant à lui le rapport qu'entretiennent les magistrats avec le principe de la réparation intégrale, traduisant de leur part une volonté de privilégier une sous-indemnisation des victimes plutôt que leur enrichissement sans cause[321]. Ce dernier se montre pour le moins inquiet vis-à-vis du développement en France du contentieux privé, dans la mesure où l'art. 3 § 3 de la directive risque de les conforter dans l'appréciation qu'ils ont toujours faite du principe de la réparation intégrale, qu'il qualifie de « particulièrement rigide », et sa tendance à la sous-indemnisation. Celui-ci dispose en effet que la réparation intégrale du préjudice interdit toute réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs, multiples, ou d'un quel qu'autre type de dommages et intérêts. Bien que la directive 2014/104 leur refuse l'entrée au sein de l'ordre juridique européen, les dommages et intérêts punitifs présentent un avantage certain qui aurait dû, nous semble-t-il, justifier leur introduction. Il s'agit bien évidemment de leur propension à inciter les victimes à agir en réparation, en leur offrant l'assurance que leur action sera récompensée par une somme qui compensera les frais et les efforts qu'elles auront investi dans le procès[322]. En effet, même si leur rôle n'est pas de poursuivre l'atteinte à un droit collectif, les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles sont souvent les mieux placées pour le faire, dans la mesure où elles disposent de l'information relative à leur existence, ainsi que d'un intérêt à voir les pratiques sanctionnées[323]. Les dommages et intérêts punitifs permettant à la victime de recevoir plusieurs fois le montant du préjudice indemnisable,

[319] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 53.
[320] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 5 novembre 2015, nº 45, p. 72.
[321] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid*.
[322] CHAGNY M., DEFFAINS B., « Réparation des dommages concurrentiels », Dalloz, Septembre 2015, 1ère édition, pt. 351, p. 263.
[323] MARCHAND A., « Compte rendu » *in* « Matinée-débats Dommages concurrentiels, contentieux et indemnisation – Réponses pratiques », 28 juin 2007, Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n° 13, p. 154 ; CHAGNY M., « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », Revue Lamy Droit des Affaires, 1er janvier 2007, n° 12, p. 96.

l'incitation à l'action ne fait alors aucun doute, permettant ainsi d'en faire un véritable « procureur privé » qui réclamerait une « peine privée » à son profit[324].

208. Malgré les différentes remarques qui viennent d'être évoquées, il convient toutefois de préciser que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles n'est peut-être pas autant en reste que l'on pourrait le croire. Certains auteurs font en effet remarquer qu'il fait bel et bien l'objet d'une mise en œuvre en Europe, mais que cette dernière est presque exclusivement le fait d'entreprises importantes, qui disposent des moyens nécessaires à son exercice : le manque d'attractivité du contentieux privé affecterait donc surtout les consommateurs et les PME[325]. Or, les entreprises de taille importante sont celles qui sont le plus à même d'en faire une instrumentalisation stratégique, et non les victimes de taille plus modeste. Cette affirmation fait toutefois l'objet d'un tempérament de la part de certains auteurs, selon qui le faible nombre de décisions rendues par les juridictions en matière de contentieux privé s'expliquerait par le fréquent recours en la matière aux modes de règlement consensuel des litiges[326]. Or, les dommages et intérêts punitifs contribuent à inciter la victime à agir, en ce qu'ils opèrent un retour sur investissement : en effet, en l'absence de dommages et intérêts punitifs, la victime conserve à sa charge les frais de procédure, ce qui pourrait la dissuader d'intenter l'action[327].

209. Il nous apparaît alors fondé de considérer que la véritable nature du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles réside dans les solutions négociées. Si ces dernières confèrent l'avantage du secret et de la rapidité, la protection et la réparation qu'elles offrent aux victimes dépend cependant largement de leur capacité à négocier. En enterrant les dommages et intérêts punitifs, la directive prive ainsi les victimes d'un poids dans la négociation qui aurait pu leur permettre de faire levier sur les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. L'efficacité du

[324] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », *ibid*.

[325] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *ibid* ; CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165 ; BOUGETTE P., DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., MONTET C. et VENAYRE F., « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », Revue Concurrence et Consommation, Janvier-Février 2006, n° 144, p. 2.

[326] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *ibid* ; RIFFAULT-SILK J., « Le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation ? L'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national », Gazette du Palais, 21 août 2008, n° 234, p. 44.

[327]BOUTHINON-DUMAS H., « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », *in* « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence n° 28, juillet -septembre 2011, p. 151.

mécanisme est telle que le Professeur Lehaire considère l'interdiction des dommages et intérêts punitifs incompatible avec le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles[328].

b. La discutable interdiction d'un mécanisme garantissant l'incitation à l'action

210. Bien qu'une partie de la doctrine se positionne en faveur des dommages et intérêts punitifs, le mécanisme n'en fait pas moins l'objet de diverses critiques. Ces dernières se fondent principalement sur l'argument selon lequel les dommages et intérêts punitifs seraient contraires au principe de la réparation intégrale du préjudice (i). L'autre argument majeur avancé à l'encontre des dommages et intérêts punitifs est qu'ils porteraient le risque d'effets néfastes pour le contentieux public, et la concurrence elle-même (ii).

i. La réparation intégrale et l'appréhension du produit de l'infraction

211. L'une des plus vives critiques énoncées à l'encontre des dommages et intérêts punitifs consiste à dire que le mécanisme provoquerait un enrichissement sans cause au bénéfice des victimes, violant ainsi le principe de la réparation intégrale du préjudice. Ce dernier impose classiquement que les dommages et intérêts alloués permettent la réparation de l'intégralité du préjudice subi, mais interdit parallèlement tout excès de réparation qui provoquerait en effet un enrichissement injustifié de la victime. L'action en réparation doit ainsi réparer l'intégralité du dommage, mais rien que le dommage, et ce sans qu'il n'y ait lieu de prendre en compte la nature ou la gravité du comportement de l'auteur de l'infraction[329].

212. Il nous semble toutefois nécessaire de tempérer cette première critique : en effet, les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle ne se limitent pas à la perte subie et au gain manqué par la victime. En violant le droit de la concurrence, une entreprise est en mesure de se ménager un avantage concurrentiel non négligeable en raison du caractère lucratif de la faute. Les sommes générées par l'infraction sont en effet investies par l'auteur des pratiques, lui permettant ainsi de dégager d'importantes sommes grâce aux effets de levier sur le marché (ce qui est d'autant plus vrai lorsque ce dernier bénéficie d'une procédure de clémence)[330]. Un auteur relève à ce titre que « la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles est en moyenne profitable, même si l'on prend en compte le risque de se faire prendre »[331]. La commission de l'infraction, en dépit des sanctions prononcées, garantit donc à son auteur une marge

[328] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid*.
[329] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », *ibid*.
[330] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.
[331] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », *ibid.*

bénéficiaire telle qu'il n'a aucune raison de renoncer à enfreindre les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles[332]. Comme l'affirme M. le Professeur Bouthinon-Dumas, l'allocation de dommages et intérêts strictement compensatoires est insuffisante pour dissuader les entreprises de commettre de telles infractions[333]. En effet, le dommage établi par la victime dans le cadre de l'action en réparation est inférieur au dommage réellement causé par l'infraction selon un autre auteur, ce qui justifierait l'adoption d'une peine privée innovante[334]. Mme le Professeur Chagny et M. le Professeur Deffains considèrent quant à eux, à la lumière de cette information, que l'art. 3 de la directive n'interdirait peut-être pas de manière absolue les dommages et intérêts punitifs. Le texte ne fait qu'interdire « toute réparation excessive » par le biais de dommages et intérêts punitifs. Or, les auteurs font valoir que le mécanisme des « *treble damages* » aux Etats-Unis est destiné à permettre une réparation adéquate du préjudice, compte tenu des difficultés entourant son évaluation, plutôt qu'à jouer un rôle de punition. Cette possibilité semble confortée par le guide pratique de la Commission, qui indique que le gain illicite réalisé par les auteurs de l'infraction peut être pris en compte dans l'estimation du préjudice subi par les victimes[335]. Si cette interprétation du texte nous semble particulièrement intéressante, elle n'a malheureusement pas été suivie lors de la transposition, et aucun fondement textuel ne permet, à l'heure actuelle, à l'entreprise victime de réclamer des dommages et intérêts punitifs. Peut-être permettra-t-elle un jour une évolution de notre droit positif ?

213. Les dommages et intérêts punitifs nous semblent donc au contraire contribuer à rétablir la victime dans l'état dans lequel elle se serait trouvée si l'infraction n'avait pas été commise, en permettant de compenser l'avantage concurrentiel illégalement obtenu par son concurrent à travers la violation du droit de la concurrence. Il s'agit ainsi d'appréhender le produit de l'infraction, qui s'étend au-delà du seul dommage effectivement subi par la victime, en permettant de prendre en compte les incidences de la distorsion de concurrence du point de vue de l'auteur des faits. Ce dernier bénéficiera en effet d'une longueur d'avance que ses concurrents ne pourront peut-être jamais rattraper. La remise en l'état du marché affecté par l'infraction ne commanderait-t-elle pas d'en tenir compte, et de le priver de cet avantage

[332] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », Les Petites affiches, 2005, n°14, p. 53.
[333] BOUTHINON-DUMAS H., « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », in « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence n° 28, juillet -septembre 2011, p. 151.
[334] CONSTANTIN A., « Causalité et régulation économique », *ibid.*
[335] CHAGNY M., DEFFAINS B., « Réparation des dommages concurrentiels », *ibid.*, pts. n° 354 et 355, p. 269.

indument obtenu ? Il nous semble donc que les dommages et intérêts punitifs n'entraînent pas intrinsèquement l'enrichissement sans cause de la victime : si cela peut tout à fait être le cas, il ne faut pas négliger l'avantage que retire l'auteur des pratiques de la violation du droit de la concurrence, et dont il ne sera dépossédé ni par le contentieux public, ni par le contentieux privé (sauf à intégrer ce gain illicite dans l'estimation du préjudice, mais il appartiendra alors à la victime d'en chiffrer le montant et d'en convaincre les magistrats, chose qu'elle n'est pas garantie de parvenir à faire, là où des dommages et intérêts punitifs lui auraient assuré une telle garantie). Ainsi, et à condition de les maintenir à un niveau raisonnable, les dommages et intérêts punitifs auraient permis d'apporter une solution à ce problème. Comme le relève le Professeur Bénabent, en droit anglais, les dommages et intérêts punitifs « [prennent] pour mesure le profit que le débiteur a pu tirer de sa faute, même s'il dépasse le préjudice subi par le créancier »[336]. Il est regrettable que le législateur européen n'ait pas pris la mesure d'une telle réalité économique afin d'inclure, dans la directive, un système de dommages et intérêts punitifs susceptible d'appréhender le produit de l'infraction sans toutefois conduire à une indemnisation excessive de la victime. Le dispositif de l'amende civile, prochainement introduit en droit français à l'occasion de la réforme du droit de la responsabilité civile, nous semble à ce titre relativement bien adapté (V. *infra* n° 222 s).

214. Cette constatation nous semble également permettre d'écarter l'argument selon lequel les dommages et intérêts punitifs constitueraient par nature une distorsion de concurrence, en raison de l'enrichissement sans cause qu'ils provoquent et en raison du fait qu'ils ne bénéficieraient qu'aux victimes qui auront eu les moyens ou qui auront décidé d'agir[337]. Les développements ci-dessus ont déjà expliqué pourquoi les dommages et intérêts punitifs ne constitueraient pas un enrichissement sans cause au profit des victimes. Quant à l'argument selon lequel les victimes ne peuvent pas forcément agir, il semble aujourd'hui (l'article datant de 2005) devoir être écarté par les nombreuses dispositions de la directive destinées à faciliter l'exercice de l'action en réparation, notamment en matière de communication des preuves. Sur la base de l'expérience américaine, les dommages et intérêts punitifs sont encore accusés de transformer la justice en « justice spéculative », préjudiciable à la collectivité publique, et à rendre le juge moins enclin à prononcer une condamnation en raison de leur montant, parfois excessif, qui rendrait le juge « plus circonspect et soucieux de bien vérifier la solidité et la force probante des éléments de preuve avancés par le demandeur ». Les dommages et intérêts punitifs

[336] BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, n° 431, p. 341.
[337] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », *ibid.*

seraient en outre à l'origine d'une « saisine outrancière de la justice », peu souhaitable en raison de l'engorgement des tribunaux[338]. Mme le Professeur Chagny répond très justement à la critique relative aux dérives spéculatives constatées aux Etats-Unis, en rappelant la possibilité de mettre en place un régime de dommages et intérêts punitifs différent du système américain, qui permettrait d'éviter cet écueil. Elle remarque en outre que les critiques relatives à l'atteinte au dogme indemnitaire ne sont pas plus fondées, eu égard à la liberté laissée au juge quant à l'appréciation des dommages et intérêts[339]. Il nous apparaît que l'argument relatif à la « saisine outrancière » de la justice semble également sujet à caution : face à l'élévation du montant de la sanction, l'auteur des pratiques aura au contraire plutôt tendance à rechercher une solution négociée[340]. Quant à l'argument selon lequel leur introduction dans le système européen conduirait les juges à faire preuve de réticences à l'idée de prononcer la condamnation, il convient de remarquer que tel a toujours été le cas en Europe, même dans les systèmes n'admettant pas les dommages et intérêts punitifs. Il convient d'ajouter à cela que l'art. 4 de la directive semble au contraire interdire aux magistrats de faire preuve de réticence quant au prononcé de la condamnation, eu égard à l'application des principes d'effectivité et d'équivalence. Enfin, la critique relative au risque de sanctionner deux fois un même comportement au travers d'une mise en œuvre conjointe du contentieux public et des dommages et intérêts punitifs nous semble également devoir être tempérée[341]. Si ce risque est effectivement présent, il convient de ne pas négliger la part du produit de l'infraction qui échappe à la fois au contentieux privé et au contentieux public. À condition de faire preuve de la vigilance nécessaire, une mise en œuvre des dommages et intérêts punitifs respectueuse des principes du droit de la responsabilité nous semble tout à fait envisageable, et souhaitable. En effet, si le produit de l'infraction était effectivement appréhendé par le contentieux public, la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ne présenterait pas le caractère lucratif qu'on lui connaît[342]. Il nous semble falloir en déduire que le produit de l'infraction n'est pas appréhendé par le dommage à l'économie, justifiant ainsi que les dommages et intérêts punitifs agissent en complément.

[338] *Ibid.*
[339] CHAGNY M., « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », *ibid.*
[340] DEFFAINS B., « Contentieux interentreprises : Quand vaut-il mieux prévenir que guérir ? », Concurrences, n° 3-2015, p. 5.
[341] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », *ibid.*
[342] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

215. Le principe de la réparation intégrale du préjudice ne nous apparaissant pas, en soi, suffisant afin de remettre le marché dans l'état dans lequel il se trouvait préalablement à l'infraction, les dommages et intérêts punitifs nous semblent avoir été exclus à tort de l'arsenal des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les critiques relatives au risque d'affadissement du contentieux public comme celles relatives au risque de décourager des accords pro-concurrentiels nous apparaissent également devoir être contredites.

ii. Les risques pour l'action publique et les accords pro-concurrentiels

216. L'introduction des dommages et intérêts punitifs en Europe a également fait l'objet de critiques en raison du risque qu'ils représenteraient pour le contentieux public. Il serait ainsi peu souhaitable de laisser aux entreprises et leurs conseils, en fonction de leurs seuls intérêts, la tâche d'assurer le respect de l'ordre public économique, qui incombe normalement aux autorités de concurrence. Il serait en outre peu souhaitable de leur laisser la possibilité de « mettre fin à toute action par une transaction purement privée »[343]. Il nous apparaît au contraire que la défense par l'entreprise de ses propres intérêts constitue un levier psychologique essentiel au développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. En effet, l'entreprise tend de plus en plus à considérer le droit comme un levier de performance trouvant sa place dans sa stratégie globale, afin de consolider sa position sur le marché[344]. Quant à la question de la possibilité de mettre fin à toute action par une transaction, il nous semble qu'il s'agit là d'un faux argument. En effet, une transaction privée ne saurait permettre de faire obstacle à la mise en œuvre du contentieux public : s'il apparait possible de s'interdire de dénoncer la pratique aux autorités de concurrence, il convient de remarquer que certaines d'entre elles (comme c'est le cas de l'ADLC), disposent de la capacité de s'auto-saisir. Il convient encore de remarquer qu'une telle interdiction serait contraire à l'art. 2046 C.civ, en application duquel « la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public », raisonnement qui nous semble transposable aux poursuites de l'ADLC.

217. En outre, la transaction semble depuis longtemps le seul mode d'exercice viable du contentieux privé pour le commun des entreprises. La mise en œuvre judiciaire du contentieux privé serait presque exclusivement le fait d'entreprises de taille importante[345]. Le recours à la transaction est alors le seul mode rentable d'exercice du contentieux privé pour les entreprises

[343] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », *ibid.*
[344] BOUTHINON-DUMAS H, « Les stratégies juridiques : essai sur les articulations entre droit, économie et management », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 24 s.
[345] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *ibid.*

de taille plus modeste[346]. Ainsi, accuser le contentieux privé de nuire au contentieux public en favorisant le recours à la transaction semble discutable : combien d'affaires ont d'ores et déjà pu échapper à la vigilance des autorités de concurrences par ce biais ? L'introduction des dommages et intérêts punitifs permettrait au contraire d'assurer aux victimes un plus grand poids lors d'une telle négociation, notamment associée à la possibilité de dénoncer la pratique. Il incombera alors à chacune des victimes de prendre les devants et de négocier, ou au contraire de dénoncer la pratique avant d'assigner, notamment dans le cadre du contentieux complémentaire. Loin d'affadir le contentieux public des pratiques anticoncurrentielles, il nous semble que les dommages et intérêts punitifs renforceraient au contraire l'influence des autorités de concurrence, qui jouent en réalité un double rôle. Le premier, classique, consisterait à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles dont elles ont connaissance, et le second, dont l'efficacité dépend du premier, consisterait à jouer un rôle de dissuasion. L'éventualité d'un cumul d'une sanction civile efficace et de l'amende prononcée par les autorités nationales de concurrence (à laquelle peut en outre s'ajouter une seconde amende prononcée par la Commission européenne[347]) ne peut que renforcer le pouvoir de négociations des victimes. Ce n'est qu'en leur donnant un moyen de pression suffisant que ces dernières pourront négocier la remise en état du marché avec les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, permettant ainsi un rééquilibrage naturel du marché.

218. Rien n'indique, en outre, que toutes les victimes seront désireuses de transiger : les auteurs de pratiques anticoncurrentielles seront alors amenés à recourir à la clémence, instrument privilégié de la détection des ententes, afin de bénéficier de ses règles favorables en vue de se mettre à l'abri du contentieux privé (V. *infra*, n° 1004). Le contentieux public des pratiques anticoncurrentielles permet en outre d'augmenter les coûts des rivaux, et sa mise en œuvre nous parait à ce titre demeurer un pilier central de la stratégie juridique de l'entreprise[348]. L'introduction des dommages et intérêts punitifs, loin de se substituer au contentieux public, n'aurait au contraire fait que renforcer l'efficacité globale d'une telle stratégie (V. *infra*, n° 624 et 824). L'augmentation des coûts des rivaux pourrait malgré tout être obtenue par le biais d'alternatives, qui pourraient alors nuire au caractère lucratif de la violation du droit de la

[346] DEFFAINS B., « Contentieux interentreprises : Quand vaut-il mieux prévenir que guérir ? », Concurrences, n° 3-2015, p. 5.
[347] CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm et autres c/ Bundeskartellamt, aff. C-14/68.
[348] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 56.

concurrence. Ce n'est donc plus le seul attrait financier du contentieux privé, mais bien son intérêt sur le plan stratégique qui justifierait sa mise en œuvre par les entreprises victimes.

2. La mobilisation d'alternatives aux dommages et intérêts punitifs face au caractère lucratif de l'infraction

219. Malgré les risques engendrés par le refus des dommages et intérêts punitifs pour l'attractivité et l'efficacité du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, des alternatives existent qui nous semblent permettre de parvenir à un résultat satisfaisant. Il s'agit, d'une part, de la concentration de créances entre les mains du demandeur par le biais des mécanismes de circulation de l'obligation (a), et, d'autre part, de l'appréhension du produit de l'infraction par le biais de la future amende civile du droit français et de la technique de l'estimation (b).

a. Le rassemblement de créances entre les mains du demandeur, un pas en avant vers le niveau optimal de la sanction

220. Selon le constat d'un auteur, l'exercice de l'action en réparation serait de plus en plus souvent l'œuvre de sociétés qui ne sont pas des victimes de pratiques anticoncurrentielles, mais exercent l'action au lieu et place des victimes à la suite du rachat de la créance de réparation[349]. L'auteur relève en outre que la cession de la créance s'accompagne généralement de la cession des éléments de preuve à disposition des cédants. L'arrêt fondamental en la matière est l'arrêt « *Cartel Damages Claims* »[350], qui admet le droit pour une société de racheter les créances de réparation des victimes aux fins d'exercer l'action. Comme évoqué *supra* (V. n° 201), la question se posait de savoir si l'efficacité de l'action civile devait reposer sur les dommages et intérêts punitifs ou sur la concentration des actions par le biais de l'action de groupe[351], l'idée étant, dans les deux hypothèses, de permettre d'augmenter le montant global de la sanction afin de se rapprocher au plus près de la sanction optimale[352]. Or, les rédacteurs de la directive ont fait le choix d'interdire les dommages et intérêts punitifs, tout en encourageant les Etats-Membres à introduire l'action de groupe dans leur législations nationales (sans toutefois harmoniser les modalités de cette dernière). Bien que l'action de groupe introduite en droit

[349] BERNHARD J., « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », *ibid.*, p. 201.
[350] DEFFAINS B. et FEREY S., « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? À propos de l'affaire du Cartel du ciment allemand », Revue d'économie industrielle, 2010, n° 131, p. 51 ; Cour d'appel de Düsseldorf, 14 mai 2008.
[351] BOUTHINON-DUMAS H., « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », *ibid.*
[352] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *ibid.*

interne par la loi Hamon soit unanimement considérée comme un échec (V. *infra*, n° 501 s), la concentration de créances entre les mains d'un demandeur par le biais de la cession constitue un excellent moyen d'augmenter le montant global de cette dernière. Ainsi, et à la condition que se développe un véritable marché des créances de réparation, le mécanisme de la cession de créances pourrait permettre de garantir l'efficacité de l'action civile, et de remettre en cause le caractère lucratif de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles (V. *infra*, n° 597 s). La cession de créance constituerait alors un excellent palliatif à l'absence de dommages et intérêts punitifs au sein de l'ordre juridique européen, tout en offrant à l'entreprise de nombreux intérêts sur le plan stratégique (V. *infra*, n° 772 s, 815 s, 836, 850 s, 867 s). En effet, même si elle ne permet pas à proprement parler de saisir le produit de l'infraction, elle permet d'augmenter de manière significative le montant total de la sanction dû par l'auteur des pratiques. Le mécanisme revêt un intérêt notable pour les PME, le plus souvent dans l'incapacité d'agir : en cédant leurs droits à une société en mesure d'agir, ce seront autant d'actions qui n'auraient jamais été intentées autrement qui le seront à travers le rassemblement des créances[353]. Le droit français pourrait également s'avérer un terreau fertile aux actions en dommage et intérêts, dans la mesure où il pourrait permettre d'appréhender le produit de l'infraction au travers des futurs dommages et intérêts punitifs « à la française ».

b. L'appréhension du produit de l'infraction à travers l'amende civile et l'estimation

221. Si, comme évoqué *supra* (V. n° 211 s), ni la notion de dommage à l'économie, ni la notion de réparation intégrale du préjudice ne permettent d'appréhender le produit de l'infraction, deux mécanismes pourraient malgré tout aller en ce sens. Il s'agit, d'une part, de l'amende civile du projet de réforme du droit de la responsabilité civile (i) et, d'autre part, de la technique de l'estimation (ii).

i. L'amende civile du droit français et la prohibition des dommages et intérêts punitifs

222. Proposée dans le cadre de la réforme du droit de la responsabilité civile, l'introduction de l'amende civile en droit français nous semble constituer un mécanisme à même de lutter contre les fautes lucratives, et devrait à ce titre intéresser les victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'objectif du futur art. 1266-1 du Code civil consiste en effet à capter le profit illicite généré par une infraction. Se pose alors la question de sa conformité à la Constitution et aux règles européennes (α), ainsi que celle de l'efficacité du mécanisme (β).

[353] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.

α. Une amende civile conforme aux exigences constitutionnelles comme au droit européen

223. La mesure a fait l'objet d'une intéressante étude de la part de Mme Fournier De Crouy[354], qui répond aux nombreuses questions que suscite son introduction dans l'arsenal des victimes. L'auteur relève que l'amende civile permet d'éviter la principale critique adressée aux dommages et intérêts punitifs (l'enrichissement injustifié de la victime), et opère ainsi une dissociation entre la sanction de la faute lucrative elle-même et la réparation du dommage. L'amende civile vise en effet à sanctionner « la faute et ses conséquences autres que le dommage », prenant ainsi le caractère d'une sanction « extra-compensatoire », sanctionnant la faute indépendamment de la réparation du dommage. Une telle sanction n'est pas une nouveauté en droit français, puisqu'elle existe déjà en matière de pratiques restrictives de concurrence, domaine dans lequel « l'instrument est désormais assumé ».

224. L'auteur se montre en outre optimiste quant aux chances de l'amende civile d'échapper à une éventuelle censure du Conseil constitutionnel ou de la CEDH fondée sur le principe de la légalité des délits et des peines. La généralité de la définition de la faute civile ne devrait en effet pas poser de problème, en ce que l'amende civile sanctionne la faute lucrative, notion faisant l'objet d'une définition précise apportée par le législateur lors de la rédaction de l'art. 1266-1. Cette définition met en évidence l'élément matériel de la faute lucrative qui, pour être qualifiée de telle, doit s'accompagner d'un résultat économique, le « profit illicite » (qu'il s'agisse d'un gain ou d'une économie, selon le texte). Quant à l'élément moral, le texte abandonne la référence à la faute lourde, qui consiste selon l'auteur en « une maladresse notoire, une déficience naturelle qui n'a pu être corrigée et contenue à temps par son auteur ». Elle revêt donc un caractère spontané, là où la faute lucrative revêt quant à elle un caractère prémédité. Selon l'art. 1266-1, la faute lucrative doit en effet être à la fois délibérée et commise en vue de réaliser un profit illicite. Le caractère délibéré la distingue de l'élément moral tel que ce dernier est apprécié en matière civile ou pénale, et implique selon Madame Fournier de Crouy qu'il faille raisonner à partir d'une approche économique de la violation de la règle de droit, à savoir le « coût juridique » de la faute. Il s'agit pour l'auteur des faits de spéculer sur le coût de la réparation (dommages et intérêts) et de la sanction publique (amende) au moment où il décide de commettre la faute, traduisant ainsi à la fois une conscience du caractère illicite de son activité, mais encore celle de son caractère préjudiciable pour autrui. L'élément moral de la faute lucrative exige également que cette dernière soit tournée vers la réalisation d'un profit

[354] FOURNIER DE CROUY N., « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », Les Petites affiches, 2017, n° 223, page 5.

illicite, c'est-à-dire la volonté de réaliser un profit ou une économie (la distinguant ainsi de la faute intentionnelle, caractérisée par la volonté de causer le dommage). L'auteur en déduit donc que « l'élément moral de la faute lucrative recèle deux composantes : la conscience de l'illicite et du risque social (traduit par l'adverbe "délibérément"), et la volonté tournée vers le profit illicite (traduit par l'expression "en vue d'obtenir un gain ou une économie") ». La précision dont fait preuve le législateur dans la définition de l'élément matériel et de l'élément moral de l'infraction devraient ainsi en garantir la constitutionnalité.

225. L'auteur considère également l'amende civile conforme au principe de « *non bis in idem* », le Conseil constitutionnel exigeant, pour qu'un cumul de sanctions soit interdit, la réunion de 4 conditions cumulatives. Les sanctions doivent pour cela sanctionner des faits identiques, poursuivre une même finalité de répression, être de même nature, et relever de juridictions de l'ordre judiciaire. Or, comme le relève très justement l'auteur, la 1ère condition semble faire défaut dans la mesure où l'art. 1266-1 offre une définition inédite de la faute lucrative, qui ne se retrouve dans aucun texte de droit spécial. La 2ème condition paraît également discutable, puisque l'amende civile et l'amende publique éventuellement prononcée par une autorité de concurrence ne poursuivraient pas la même finalité, l'amende civile ayant une vocation confiscatoire. Il nous semble donc impossible de bâtir une stratégie de défense viable autour de ce principe.

226. Quant à sa conformité à l'art. 3 § 3 de la directive 2014/104, ce dernier dispose que le principe de la réparation intégrale s'oppose à toute « réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts » (le considérant n° 13, relatif au principe de la réparation intégrale, n'apporte pas de plus amples précisions à ce propos). Il nous semble toutefois que l'amende civile du projet de réforme n'entre pas en conflit avec l'art. 3 § 3 : ce dernier prohibe en effet toute réparation excessive, mais, comme le fait très justement remarquer l'auteur, l'objet de l'art. 1266-1 n'est pas de réparer un préjudice. Il s'agit de confisquer un profit illicite, et, dans la mesure où le récipiendaire de la sanction n'est pas la victime mais l'Etat ou un fonds d'indemnisation, le texte nous semble conforme à la prohibition édictée par la directive. En suivant le même raisonnement, la règle nous semble également valide au regard du principe de réparation intégrale du préjudice rappelé à l'art. L481-3 C.com. Il convient en outre de mentionner l'existence d'un rapport proposant d'apporter un certain nombres de modifications à l'art. 1266-1 du projet, qui voudrait remplacer l'amende civile par des dommages et intérêts restitutoires,

ou, à titre subsidiaire, adapter les règles de l'amende civile afin d'en corriger les écueils[355]. La question se pose alors de savoir si l'amende civile, dans sa version actuelle, est ou non susceptible de constituer une méthode efficace de confiscation du produit de l'infraction ?

β. Une amende civile de nature à lutter efficacement contre les fautes lucratives

227. Mme Fournier De Crouy rappelle que, selon la théorie économique, le caractère dissuasif d'une sanction exige que son assiette corresponde précisément au profit illicite, afin de garantir qu'elle sera confiscatoire, et qu'elle soit assortie de coefficients multiplicateurs. Or, ces deux éléments sont bel et bien présents dans la rédaction de l'art. 1266-1, qui fixe comme critères d'évaluation de la sanction la gravité de la faute commise, les facultés contributives de l'auteur, ainsi que les profits qu'il aura retirés de la commission de la faute. La référence aux facultés contributives de l'auteur ainsi qu'à la gravité de la faute permettent en outre de garantir la conformité du texte au principe de proportionnalité, tout comme les plafonds légaux qui l'accompagnent. L'amende civile est ainsi plafonnée au décuple du profit réalisé, et « peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise » si l'auteur est une personne morale, comme en dispose l'art. 1266-1. Eu égard à son objet et aux plafonds établis par le texte, et à son prononcé aux côtés de dommages et intérêts compensatoires ainsi que d'une amende publique, l'amende civile nous semble un instrument pertinent permettant d'élever la sanction globale des pratiques anticoncurrentielles. Cette dernière pourrait donc s'avérer dissuasive pour un certain nombre d'entreprises, bien que d'autres ne s'en laisseront pas impressionner : tout dépendra du degré d'aversion au risque de l'agent considéré.

228. Les entreprises disposeront-t-elles alors de moyens de défense pour contrer ce mécanisme ? Comme évoqué *supra* (V. n° 224 s), la mesure ne semble pas poser de problème, que ce soit du point de vue du principe de la légalité des délits et des peines, ou du point de vue de l'art. 3 § 3 de la directive 2014/104. Mais comme le relève l'auteur, l'art. 1266-1 rappelle la nécessité de motiver le prononcé de l'amende civile, et le caractère « extra-compensatoire » de la mesure justifierait selon elle une motivation spéciale. Le juge serait ainsi dans l'obligation de motiver « la caractérisation de la faute lucrative justifiant le prononcé de l'amende civile », ainsi que les éléments « relatifs à l'évaluation du quantum de l'amende civile ». Il devrait

[355]« La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques » (rapport du groupe de travail), avril 2019 [en ligne] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf (consulté le 21/08/2019).

également « relever l'existence de chacune des composantes de la faute lucrative définies dans le texte : profit illicite (gain ou économie) existence d'un dommage, d'une faute et du "délibéré") », mais encore les motifs justifiant la quantification de l'amende (et donc quantifier le profit illicite, ainsi que les circonstances justifiant le choix du coefficient multiplicateur). L'auteur d'une pratique anticoncurrentielle sanctionnée par une amende civile pourrait ainsi tirer parti d'un défaut de motivation, ou d'une motivation insuffisante, pour faire échec au prononcé de la sanction.

229. Enfin, dans la mesure où l'amende civile n'est pas assurable selon l'art. 1266-1, et eu égard aux développements ci-dessus relatifs à son caractère confiscatoire et à son montant potentiellement élevé, l'amende civile nous apparaît une solution adaptée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Il faut tout de même regretter qu'un dispositif comparable au droit canadien, destiné à compenser les frais de procédure, n'ait pas été mis en place à ses côtés[356]. À défaut, les victimes de taille modeste pourraient manquer d'intérêt économique à agir, là où les entreprises de taille plus importante, qui sont les plus à même de faire une instrumentalisation stratégique du contentieux privé, n'auront pas cette difficulté[357]. Il nous apparaît donc essentiel que les entreprises de taille plus modeste prennent conscience des opportunités stratégiques qui leur sont offertes par le contentieux privé, et s'intéressent ainsi à sa mise en œuvre, au moyen des différentes solutions susceptibles de leur être offertes.

230. L'amende civile ne concerne cependant, à notre connaissance, que le contentieux français des pratiques anticoncurrentielles, et n'en reste à l'heure actuelle qu'à l'état de projet, justifiant ainsi que soit abordée la question des dommages et intérêts punitifs « occultes », prononcés à l'ombre de la technique de l'estimation, qui devraient concerner l'ensemble des Etats membres puisque la règle est issue de la directive 2014/104.

ii. Les dommages et intérêts « occultes » prononcés à l'ombre de l'estimation

231. Bien que la directive n'ait pas fait le choix d'introduire dans l'ordre juridique de l'ensemble des Etats membres un mécanisme comparable à l'amende civile du projet de réforme du droit de la responsabilité, l'art. 17 § 1 prévoit la possibilité pour les juridictions nationales de recourir à la technique de l'estimation afin de quantifier le préjudice. Le texte dispose ainsi que « les juridictions nationales [doivent être] habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi

[356] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid.*
[357] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles ». Si la notion a fait l'objet d'un « oubli » (selon Mme le Professeur Claudel) lors de la transposition de la directive, l'estimation nous semble tout de même susceptible de trouver à s'appliquer en droit français eu égard à l'invocabilité de prise en considération du droit européen[358]. L'invocabilité d'interprétation conforme, dégagée dans l'arrêt « Von Colson »[359], oblige en effet les juges nationaux à interpréter le droit interne et la jurisprudence nationale de manière conforme au droit européen (ce qui inclut les directives). Les juges français devraient donc se trouver tenus d'interpréter le principe de réparation intégrale conformément à l'art. 17 § 1 de la directive, et donc de recourir à la technique de l'estimation lorsque la victime n'est pas en mesure de fournir une quantification suffisamment précise de son préjudice. Il convient encore de préciser que le recours à l'estimation, s'il a été oublié par l'ordonnance du 9 mars 2017, est toutefois mentionné dans la circulaire du 23 mars 2017, ce qui renforce là encore l'idée d'un simple oubli[360].

232. En outre, loin de constituer une nouveauté, la technique de l'estimation est au contraire déjà pratiquée en droit français, notamment en matière d'indemnisation du dommage corporel[361]. Mme le Professeur Chagny fait ainsi remarquer que les critiques relatives à l'atteinte que les dommages et intérêts punitifs porteraient au dogme indemnitaire ne seraient pas un argument convaincant au vu de certaines pratiques ayant cours à l'ombre de la liberté laissée au juge quant à l'appréciation du montant des dommages et intérêts[362]. En effet, comme le relève le Mme le Professeur Carval, « les juges français ne sont pas tenus par une méthode rigide pour fixer le montant des dommages et intérêts, mais seulement par le principe de réparation intégrale du préjudice, ce qui leur confère une grande latitude pour s'adapter aux spécificités de la situation ». Elle affirme cependant que l'estimation n'a rien à voir avec les dommages et intérêts punitifs, contredisant ainsi la thèse du Professeur Chagny selon laquelle des dommages et intérêts punitifs, que nous pourrions qualifier « d'occultes », seraient prononcés par le juge à l'ombre de la liberté d'appréciation dont il dispose[363]. Le Professeur

[358] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[359] CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, affaire 14/83.
[360] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 5, n° 2.1.
[361] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[362] CHAGNY M., « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », *ibid.*
[363] CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *ibid*.

Chagny et le Professeur Deffains soulignent en effet la tendance qu'ont parfois les juges à s'affranchir du principe de la réparation intégrale du préjudice, pour intégrer à leur évaluation une « punition latente »[364].

233. Cette idée semble en outre partagée par plusieurs autres auteurs, selon lesquels, malgré son indifférence du point de vue de la qualification de la faute civile, le caractère intentionnel de cette dernière jouerait un rôle occulte, conduisant le juge à faire preuve d'une plus grande sévérité lors de la quantification du dommage[365]. Il nous semble ainsi possible de considérer que les magistrats pourraient accorder, à l'ombre de l'estimation, des dommages et intérêts punitifs occultes sanctionnant un manquement volontaire au droit des pratiques anticoncurrentielles. L'influence de l'élément intentionnel de la faute pourrait en effet les conduire à admettre plus facilement, au titre des dommages et intérêts compensatoires, des chefs de préjudice que la victime invoquerait en réalité dans le but d'appréhender le produit de l'infraction. Il pourrait ainsi s'agir de chefs de préjudice liés à l'avantage concurrentiel dégagé par la commission de l'infraction, et qui constitueraient aux yeux de la victime un retard qu'elle devra rattraper. L'estimation permettrait ainsi au juge de saisir le produit de l'infraction dans le cadre de la réparation du préjudice, qui ferait alors office d'ersatz de dommages et intérêts punitifs, sans toutefois provoquer de réel enrichissement injustifié. Un risque d'enrichissement injustifié subsistera malgré tout, puisque l'estimation « comporte par nature une marge d'erreur, qui peut jouer aussi bien en faveur du demandeur qu'en sa défaveur »[366].

234. Les victimes auront en outre tout intérêt à influencer en ce sens la jurisprudence, dans la mesure où une telle admission (de même que l'amende civile), participera à une stratégie de rattrapage d'un concurrent disposant d'un avantage concurrentiel (licite ou non) sur le marché[367]. La réponse évidente à une telle stratégie consistera pour l'auteur de l'éventuelle infraction à contester la validité de tels chefs de préjudice au regard des caractères requis par ce dernier pour être indemnisables.

[364] CHAGNY M. et DEFFAINS B., « Réparation des dommages concurrentiels », pt. 351, p. 263.
[365] BENABENT A. « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 15ème édition, 2016, p. 416, point n° 541 ; BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2015, point n° 32.
[366] CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *ibid*.
[367] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 305.

B. Le principe de la réparation intégrale et les caractères du préjudice

235. La théorie classique de la responsabilité exige, pour qu'un préjudice soit considéré comme réparable, que ce dernier présente 3 caractères[368], que sont l'exigence de certitude (1), de légitimité (2) et de son caractère direct (3). Ces derniers font l'objet de précisions et d'adaptations par la directive 2014/104, afin de tenir compte de la réalité économique et ainsi faciliter l'indemnisation des victimes.

1. L'exigence de certitude du préjudice

236. Le caractère faisant l'objet de la modification la plus remarquable de la part de la directive est l'exigence de certitude du préjudice. Eu égard à la part d'incertitude affectant nécessairement les analyses économiques destinées à quantifier le montant du préjudice, celle-ci nous apparaît revêtir une importance essentielle d'un point de vue stratégique. Tenant compte de cette difficulté, la directive autorisant le juge à recourir à la technique de l'estimation pour tempérer la rigueur de cette exigence lors de l'évaluation du dommage (a). La directive confirme en outre la possibilité d'invoquer la perte de chance au titre des chefs de préjudice réparables (b)

a. L'incertitude de l'analyse économique et l'estimation

237. L'exigence de certitude du préjudice permet de garantir que l'indemnisation du préjudice ne tiennent pas compte des chefs de préjudice trop éloignés de la réalité pour être réparés, et nécessitait, en matière de pratiques anticoncurrentielles, d'être tempérées par le recours à l'estimation (i). L'exigence de certitude revêt en effet une importance stratégique majeure au moment de la quantification du dommage (ii).

i. L'estimation comme tempérament à l'exigence de certitude du préjudice

238. L'exigence de certitude du préjudice commande que seul le préjudice actuel ou futur puisse faire l'objet d'une indemnisation, exigeant ainsi qu'un dommage réel soit effectivement survenu, ou qu'il soit certain qu'il survienne dans le futur. L'exigence de certitude assure ainsi qu'un dommage simplement éventuel, c'est-à-dire qui ne demeurerait qu'à l'état de risque, ne reçoive pas indemnisation (bien que la Cour de cassation admette parfois que la seule existence de ce risque constitue en elle-même une menace, au titre de l'anxiété qu'elle génère)[369]. Tenant compte de la difficulté que représente pour les victimes la tâche de quantifier le préjudice, l'art. 17 § 1 de la directive habilite, sous certaines conditions, les juridictions nationales à quantifier

[368] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 662, p.512
[369] *Ibid.*, n° 665, p. 514.

le dommage en recourant à la technique de l'estimation. L'art. 12 § 5 précise également, et il est d'ailleurs permis de questionner l'utilité d'une telle précision, que les juridictions nationales sont habilitées à estimer la part du surcoût répercutée.

239. Malgré l'importance pratique de l'estimation, il apparaît difficile d'identifier sa place dans les dispositions introduites par l'ordonnance. Mme le Professeur Claudel souligne ainsi que la notion aurait fait l'objet d'un « oubli » au moment de la transposition de la directive, là où M. Amaro considère quant à lui que l'estimation aurait son siège à l'art. L481-8 C.com, le texte indiquant que l'évaluation du dommage doit tenir compte de « son évolution prévisible »[370]. Il convient en outre de remarquer que, si l'ordonnance ne la mentionne pas expressément, la possibilité de recourir à l'estimation est rappelée par la circulaire du 23 mars 2017[371]. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, cette dernière indique en effet que « l'impossibilité d'évaluer avec exactitude le préjudice ne doit pas conduire le juge à rejeter la demande : il doit estimer le préjudice aussi exactement que possible, sans pour autant accorder des dommages et intérêts forfaitaires (voir Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996 ; Cass. civ 3ème, 26 septembre 2007) ». Le recours à la technique de l'estimation en matière de préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles devrait encore s'imposer au juge en application de jurisprudence « Von Colson » de la CJCE, qui l'oblige à interpréter le droit national conformément aux exigences du droit européen, ce qui inclut les directives. Il ne fait donc à notre avis aucun doute que les victimes pourront donc se prévaloir de la technique de l'estimation, bien qu'il soit regrettable de ne pas l'avoir inscrite de manière claire dans le Code de commerce, ce qui lui aurait probablement conféré plus de poids.

240. La notion de certitude du préjudice est ainsi « sous-jacente dans l'art. 17.1 de la directive »[372]. Ce dernier nous semble peut-être de nature à permettre l'application de l'exigence de « certitude raisonnable » connue de la jurisprudence anglo-saxonne, et qui permet de nuancer l'exigence de certitude du préjudice. L'idée serait en outre compatible avec l'art. 4 de la directive, qui rappelle les exigences relatives aux principes d'effectivité et

[370] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.* ; AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », *ibid*.

[371] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 5, pt. 2.1.

[372] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid.*, p. 151.

d'équivalence[373]. L'estimation se définit en effet comme une forme d'évaluation approximative du dommage, visant à « tendre vers la mesure exacte du dommage, sans pouvoir la déterminer avec certitude », ce qui contredit la démarche classique en la matière qui veut que les sommes allouées au titre de la réparation doivent « correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable ». L'introduction de cette technique se trouve justifiée par les difficultés propres à la quantification du préjudice découlant de pratiques anticoncurrentielles, qui repose « sur un grand nombre de données factuelles et qui peut nécessiter l'application de modèles économiques complexes ». Le processus, « souvent très couteux », nécessite en outre des données que les demandeurs ont des difficultés à obtenir[374].

241. Le recours à l'estimation n'a cependant pas vocation à devenir un procédé systématique, l'art. 17 § 1 n'autorisant d'y recourir que lorsqu'il est « pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles ». De nombreux auteurs relèvent ainsi que la démonstration du caractère pratiquement impossible ou excessivement difficile conditionne le recours à l'estimation[375]. Il nous apparaît en outre important de souligner que le texte exige que soit également établie l'existence d'un préjudice subi par le demandeur, garantissant ainsi que l'atteinte portée à l'exigence de certitude ne vienne pas priver cette dernière de sa substance en admettant l'indemnisation de chefs de préjudice fantaisistes. Ainsi, il convient donc de démontrer que la victime a bien subi un préjudice, et que sa quantification est excessivement difficile ou pratiquement impossible pour pouvoir recourir à l'estimation. La présomption de préjudice découlant des ententes horizontales prend alors tout son sens, en donnant aux victimes les moyens de pouvoir obtenir une indemnisation à l'issue de la procédure (V. *supra*, n° 162 s). Or, le degré qu'atteindra l'atténuation de l'exigence de certitude du préjudice constitue une importante question, eu égard à son impact sur la stratégie des parties.

ii. L'impact stratégique de l'exigence de certitude du préjudice lors de la quantification du préjudice

[373] CONSTANTIN A., « Causalité et régulation économique », *ibid.*
[374] CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *ibid*.
[375] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid.* ; NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 261 ; CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *ibid.* ; ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », Revue de l'Union européenne 2015 p.378 ; CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 151.

242. En levant les difficultés relatives à la preuve de la quantification du préjudice, l'estimation semble à priori constituer un outil de choix dans l'arsenal des victimes. M. le Professeur Lehaire redoute cependant que l'interprétation des magistrats français, très attachés au principe de la réparation intégrale, et à ce titre enclins à une sous-indemnisation des victimes plutôt qu'à un enrichissement injustifié de ces dernières, ne vienne priver la mesure de toute efficacité. Cette dernière risquerait alors de demeurer « lettre morte », sauf pour les juges à adopter une interprétation plus souple du principe de la réparation intégrale[376]. Cette inquiétude nous semble aujourd'hui renforcée par le fait que l'estimation n'ait pas été inscrite de manière claire dans le Code de commerce à l'occasion de la transposition de la directive.

243. Bien qu'un tel risque existe en effet, il nous semble toutefois permis d'en tempérer l'importance. Si les textes du Code civil n'indiquent pas par quel procédés l'évaluation des sommes accordées au titre de l'indemnisation du dommage doit être réalisée, l'estimation fait tout de même l'objet d'une consécration dans les faits[377]. Le principe de réparation intégrale du préjudice fait également parfois l'objet d'approximations, comme c'est le cas en matière de dommages corporels, dans le cadre desquels la perte de revenus futurs est établie « sur la base d'un contrefactuel qui ne dit pas son nom »[378]. L'estimation est ainsi régulièrement utilisée par les juges du fond, comme en témoigne parfois la jurisprudence rendue en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, si l'exigence de certitude a pu conduire les juges à débouter EDF dans l'affaire dite « des câbliers », faute pour la victime d'avoir pu établir le quantum du préjudice avec un degré de certitude suffisant, il arrive que les magistrats contournent la difficulté en retenant l'une des expertises produites par les parties, tout en corrigeant certaines valeurs en vertu de leur pouvoir d'appréciation souveraine[379]. Or, lorsque les magistrats tempèrent les valeurs qui n'emportent pas leur conviction dans le cadre de leur évaluation du dommage, ne font-ils pas déjà usage de la technique de l'estimation ?

244. La stratégie évoquée ci-dessus dans le cadre de l'affaire « des câbliers » consistant à faire douter le juge de la certitude du préjudice en lui soumettant des études économiques contradictoires devrait demeurer un moyen de défense efficace, mais la technique de

[376] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid*.
[377] CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *ibid*.
[378] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », ibid., p. 162.
[379] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; CA Paris, ch. 5-5, 2 juillet 2015, SA EDF et SA ERDF c/ SAS Nexans et SAS Prysmian, RG 13/22609.

l'estimation pourrait conduire les juges à parfois accorder un minimum de dommages et intérêts à la victime malgré l'incertitude affectant leur évaluation du préjudice. En effet, comme le relève Mme le Professeur Carval, le texte permettra de clarifier la nature de l'estimation, affirmant ainsi qu'elle est une modalité à part entière de l'évaluation du dommage, qui constitue, à condition d'être correctement pratiquée, un « procédé de mesure rigoureux » et non « un pis-aller pratiqué de façon empirique ». Son officialisation permettrait alors permettre « de lever les réticences liées à la crainte d'allouer des dommages-intérêts d'un montant supérieurs au dommage réel »[380]. Il nous semble en outre que, confrontés à un doute lié aux contradictions entre les expertises fournies par les parties, les magistrats pourraient être plus enclins à recourir à l'estimation concernant les points litigieux, plutôt que de refuser d'indemniser les victimes comme ce fût le cas dans l'affaire « des câbliers ». L'estimation pourrait alors contribuer à une meilleure indemnisation des victimes, et ainsi présenter un facteur de risque plus important pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Elle ne devrait cependant jamais permettre de conduire les magistrats à indemniser des chefs de préjudice dépourvus de caractère certain, et l'exigence de certitude conservera à ce titre un rôle important à jouer dans la stratégie défensive des auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

245. Outre cette première atténuation de l'exigence de certitude du préjudice, qui constitue l'atténuation la plus importante de la directive concernant les caractères du préjudice, le texte reprend également la notion de perte de chance, une forme d'atténuation de l'exigence de certitude depuis longtemps connue du droit français. Cette dernière pourrait toutefois devenir l'un des terrains privilégiés des stratégies destinées à amplifier le montant des dommages et intérêts.

b. L'incertitude de l'analyse économique et la perte de chance

246. Le principe selon lequel l'exigence de certitude impose de n'indemniser que les dommages réels, qu'ils soient actuels ou futurs, à l'exclusion des dommages simplement éventuels, atteint ses limites en présence d'une éventualité trop sérieuse pour être ignorée par le droit. La jurisprudence a ainsi développé la notion de perte de chance, destinée à prendre en compte une telle éventualité. Cette dernière « est utilisée lorsque l'existence ou l'étendue du préjudice [dépend] d'un événement aléatoire auquel la victime n'a pu participer ». Lorsque la chance perdue présente un caractère trop incertain, le chef de préjudice invoqué n'est alors qu'éventuel et ne saurait être réparable. Si, à l'inverse, la chance perdue apparaît suffisamment sérieuse, sa

[380] CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *ibid*.

privation sera alors considérée comme la « disparition d'une éventualité favorable », et donnera lieu à réparation (étant entendu que cette dernière sera nécessairement partielle, et consistera en une fraction plus ou moins grande de l'avantage espéré, évaluée en fonction de la probabilité de réalisation de la chance disparue)[381].

247. La notion pose cependant un problème lorsqu'elle fait l'objet d'une application au droit de la concurrence. Comme le relève M. le Professeur Bénabent, le problème s'est illustré à l'occasion de l'indemnisation de la perte de chance en matière de concurrence déloyale, qui nécessite le recours à l'expertise économique, cette dernière débouchant systématiquement sur une fourchette d'indemnisation. Or, la vie du marché implique « toute une série d'éléments qui se commandent les uns les autres », ce qui donne lieu non pas à une, mais à toute une « cascade de fourchettes, lesquelles se commandent les unes les autres ». Ainsi, dans l'hypothèse où un événement pour lequel serait retenue une fourchette de 1 à 3, et à supposer qu'il se reproduise deux fois, la fourchette passerait alors de 1 à 9, puis de 1 à 27. L'exigence de certitude du préjudice ne conduirait qu'à indemniser la part correspondant à « 1 », mais la perte de chance vise précisément à y déroger. Il convient, selon la Cour de cassation, de quantifier l'avantage maximum qui aurait pu être obtenu, le taux de chances de parvenir à cet avantage, puis d'appliquer une règle de trois pour évaluer le montant de l'indemnisation. Cela revient ainsi à interdire de se contenter de la valeur minimale (le « 1 »), ou au contraire d'accorder la valeur maximale (le « 27 ») : toute valeur comprise entre les deux demeure alors susceptible d'être retenue. La perte de chance peut en outre inclure le préjudice subséquent, c'est-à-dire la perte des avantages consécutifs à la perte d'un premier avantage : « il y a donc dans cette perte de chance, non seulement la perte de chance de maintien de la situation économique, mais la perte de chance des développements qui auraient pu accompagner une vie économique harmonieuse si le long fleuve tranquille avait poursuivi son cours ». Il peut ainsi s'agir, à titre d'exemple, du fait de perdre la place dans le « peloton de tête » qu'elle occupait sur le marché[382].

248. Il nous semble alors raisonnable d'affirmer que la notion de perte de chance devrait revêtir une importance majeure du point de vue de la stratégie juridique des victimes. D'une part, et comme l'illustre l'exemple de fourchette pris par le Professeur Bénabent, il apparaît plausible de considérer qu'une forme de dommages et intérêts punitifs occultes puisse être prononcée, au vu de la grandeur des écarts possibles entre fourchette minimale et fourchette maximale, et de la liberté dont dispose le juge quant à l'appréciation de la perte de chance (V. *supra*, n° 231 s).

[381] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 666, p. 515.
[382] BENABENT A., « La mise en jeu de la responsabilité civile », *ibid.*

D'autre part, la perte de chance permet finalement à la victime un rattrapage concurrentiel par le droit : à condition de parvenir à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, la perte de chance pourrait faire office de levier de performance pour rattraper un concurrent plus performant[383] (V. *infra*, n° 862). Ainsi, comme le relève M. Amaro, une entreprise qui n'était pas éligible à un système de ristourne, et qui n'a pu démontrer la perte subie à ce titre étant donné qu'il ne lui était pas applicable, a tout de même pu obtenir une indemnisation fondée sur la perte de chance, au titre du désavantage concurrentiel découlant du fait que les concurrents ont pu bénéficier desdites ristournes[384]. Une telle stratégie sera d'autant plus efficace que la Cour de cassation admet, en matière médicale, qu'une nouvelle réparation au titre de la perte de chance puisse être accordée « lorsque la suite des événements permet de connaître l'évolution de la chance perdue[385] ». À condition de parvenir à l'extension par analogie de la règle au droit de la concurrence (le préjudice subséquent évoqué ci-dessus par le Professeur Bénabent, V. n° 247), la perte de chance pourrait alors constituer un complément très efficace dans le cadre d'une stratégie d'impôt sur le succès[386].

249. Il convient cependant de préciser que le défendeur pourra tout de même tenter de faire échec à la perte de chance, notamment en démontrant que le chef de préjudice invoqué au titre de cette dernière constitue en réalité un préjudice certain, dans l'hypothèse où cette qualification permettrait de verser une somme moindre en comparaison de la somme due face à un préjudice certain. La règle, posée par la Cour de cassation vise en effet à éviter qu'il ne soit fait un usage abusif de la notion en présence de préjudices qui ne sont pas véritablement aléatoires[387]. À l'inverse, la notion de perte de chance peut être invoquée afin de minorer un préjudice certain. Cette stratégie trouve une illustration dans l'affaire SNCF c/ Switch[388], à l'occasion de laquelle la SNCF, qui était le défendeur, tentait de faire requalifier l'un des préjudices invoqués par le demandeur en perte de chance. L'idée était bien entendu de minorer ainsi son indemnisation,

[383] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 301 et 305 ; MARTY F. et PILLOT J., « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?», *in* « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009, p. 332

[384] AMARO R., « Action autonome en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante et de dépendance économique », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.52.

[385] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 666, p. 517.

[386]PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.* ; MARTY F. et PILLOT J., « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?», *ibid.*

[387] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 666, p. 516 (V. notamment note 61).

[388] THOMAS B. et BOUSCATEL M., « L'approche récente de la cour d'appel de Paris en matière d'actions indemnitaires des concurrents évincés », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2018, nº 68, p. 13.

puisque la perte de chance ne saurait indemniser l'intégralité du chef de préjudice invoqué, mais uniquement la perte de probabilité de réalisation de la chance invoquée. Le préjudice invoqué, qui résultait en l'espèce de la perte de clientèle subie par la victime, a été qualifié par la cour d'appel de Paris de gain manqué, là où la qualification de perte de chance aurait été préférable. La victime n'était en effet qu'une alternative parmi d'autres pour les clients : la qualification de gain manqué aurait pourtant supposé que la victime soit la seule alternative (ou du moins la seule alternative crédible) pour les victimes sur le marché. Il nous semble falloir y voir une position de la cour d'appel destinée à favoriser l'indemnisation des victimes, là où celle-ci aurait normalement dû être minorée s'il avait été fait une application rigoureuse des règles du droit civil. La solution nous apparaît d'autant plus intéressante du point de vue stratégique qu'elle aboutit finalement à une captation fictive de clientèle par la victime, idée qui pourrait trouver sa place dans le cadre de l'instrumentalisation du contentieux privé par l'entreprise (V. *supra*, n° 772 s). Il convient toutefois de remarquer que les victimes désireuses d'employer une telle stratégie devront s'attendre à une certaine résistance de la part des magistrats. La cour d'appel de Paris se montre en effet exigeante en matière d'actualisation du préjudice, jugeant qu'il appartenait à la victime de démontrer l'existence de projets « précis et aboutis d'investissements […] susceptibles de lui procurer un taux de rendement » équivalent au taux qu'elle entendait appliquer[389]. Il nous semble logique de considérer que la cour d'appel formulera la même exigence en matière de perte de chance, à défaut de quoi les juges se trouveraient tenus d'indemniser l'ensemble des opportunités qu'aurait pu saisir la victime, alors même que cette dernière n'aurait rien fait pour tenter de les saisir.

En complément de l'exigence de certitude du préjudice, l'exigence de licéité du préjudice, ignorée par la directive comme par l'ordonnance du 9 mars 2017, nous semble pouvoir constituer elle aussi un moyen de défense destiné à réduire l'indemnisation du demandeur.

2. L'exigence de licéité du préjudice

250. Afin d'ouvrir droit à réparation, le préjudice invoqué par la victime ne doit pas porter atteinte à un intérêt légitime, excluant ainsi du droit à réparation les chefs de préjudice présentant un caractère illicite ou immoral[390]. Le droit ne saurait en effet interdire une activité

[389] CARVAL S., « Réparation du préjudice : appréciation *in concreto* du préjudice de trésorerie », Recueil Dalloz, 2017, n° 20, p.1119.
[390] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 667, p. 517.

ou un comportement d'une part, tout en admettant d'autre part « que le fait de ne pouvoir s'y adonner ou en retirer les bénéfices » constitue une préjudice réparable d'autre part[391].

251. La Cour de cassation pose ainsi le principe selon lequel « une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites »[392]. Si l'exigence de licéité a un temps été invoquée pour tenter d'exclure le droit à réparation des victimes en raison de l'irrégularité de la situation dans laquelle elles pouvaient se trouver (jurisprudence sur les concubines), ou encore pour reprocher à la victime « les conditions dans lesquelles elle s'est exposée au dommage », il convient d'écarter un tel raisonnement selon le M. le Professeur Brun[393]. Il relève en effet que le refus de s'opposer au droit à réparation des victimes dans ces deux dernières hypothèses sur le fondement de l'exigence de licéité du préjudice ne marque pas l'abandon de cette dernière comme ont pu le suggérer certains auteurs, mais simplement le refus d'appliquer par ce biais l'adage « nemo auditur », inapplicable en matière délictuelle. Il convient alors d'en déduire que l'exigence de licéité du préjudice s'oppose simplement à l'indemnisation des chefs de préjudices correspondant à un comportement ou une activité illicite. Si ce refus d'indemnisation pour « indignité » de la victime « est longtemps resté exceptionnel », le Professeur Bénabent relève une évolution, au cours des dernières années, vers une tendance « moralisatrice » multipliant les hypothèses d'indignité[394].

252. Malgré son caractère potentiellement important en pratique, la licéité n'est ni exigée ni exclue par la directive[395]. Il nous apparaît cependant intéressant de soulever la question de savoir si les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne pourraient en tirer un garde-fou efficace face à tout éventuel excès dans la réparation. En effet, l'imprécision affectant les méthodes de quantification du dommage le plus souvent retenues en pratique peut conduire à inclure dans le champ de la réparation des dommages correspondant en réalité au jeu normal de la concurrence (V. *infra* n° 316 s). Or, le droit de la concurrence pose comme principe la licéité du dommage concurrentiel, qui n'autorise pas la réparation des dommages découlant du jeu normal de la concurrence. Ainsi, si la Cour de cassation n'autorise l'indemnisation de la perte que des seules rémunérations licites, il nous semble logique de considérer, *a contrario*, que l'indemnisation des dommages découlant du jeu normal de la concurrence présenterait un caractère illicite,

[391] BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2015, pt. n° 148.
[392] Civ. 2e, 24 janv. 2002, n° 99-16.576.
[393] BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », *ibid.* pt. n° 148.
[394] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 667, p. 518.
[395] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid.*, p. 151, note 4.

puisque contraire au principe de licéité du dommage concurrentiel. Admettre l'indemnisation d'un dommage concurrentiel licite reviendrait donc à sanctionner un comportement licite. Cet argument pourrait donc être invoqué en défense aux côtés de l'exigence d'un lien causal entre la faute et le dommage, afin de tenter de conduire le juge à retenir l'éventuelle analyse économétrique fournie à l'appui d'une telle argumentation. L'exigence de licéité du préjudice devrait en outre interdire à l'un des coauteurs de l'infraction de poursuivre les autres parties à l'entente, notamment celles qui auront demandé le recours à une procédure de clémence, pour leur demander l'indemnisation de la perte de revenus subie en raison de l'interdiction de la pratique.

253. Il convient en effet de remarquer que, dans la pratique actuelle, les magistrats tendent à privilégier les techniques de quantification les plus simples, au détriment des analyses plus complexes, mais aussi plus précises et donc plus respectueuses du principe de la réparation intégrale du préjudice. Se pose alors, aux côtés des questions soulevées en la matière par l'exigence de licéité du dommage, celles soulevées par l'exigence du caractère direct du préjudice.

3. L'exigence d'un préjudice direct

254. Comme le relève M. le Professeur Bénabent[396], la référence au caractère direct du préjudice présente une certaine ambiguïté, en ce qu'elle recouvre en pratique deux réalités. Si elle ne constitue en principe qu'un simple rappel de l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (a), elle présente encore l'intérêt de permettre l'indemnisation des victimes indirectes (b). La question n'est, en outre, pas abordée par la directive ou l'ordonnance du 9 mars 2017, et la CJUE a déjà eu l'occasion d'affirmer qu'elle relève des droits nationaux. Ainsi, « en dehors des limites tenant au respect des principes d'équivalence et d'effectivité, les règles de droit national relatives à la causalité restent applicables »[397].

a. L'atténuation des exigences relatives au lien de causalité par les principes d'efficacité et d'équivalence

255. L'exigence relative à l'établissement d'un lien de causalité a déjà fait l'objet d'une première appréciation encourageante de la part de la CJUE dans son arrêt « Kone », salué pour l'audace du raisonnement adopté par les magistrats[398]. Faisant suite à ce premier pas en avant,

[396] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 663, p. 512.
[397] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 153.
[398] COUTRON L., « Extension de la responsabilité des membres d'une entente aux dommages causés par le umbrella pricing », RTD Eur., 2014, n° 4, p. 916 ; CJUE, 5 juin 2014, « Kone e.a. », aff. C-557/12.

la directive 2014/104, en son art. 4, dispose que le principe d'effectivité commande aux règles et procédures nationales de ne pas rendre « pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit […] à réparation intégrale du préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence ». Comme le précise la directive dans ses considérants, le texte concerne l'ensemble des règles de droit national, « 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 »[399]. La règle devrait ainsi intéresser l'établissement du lien de causalité dans le cadre de l'évaluation du préjudice subi par les victimes. M. Eréséo relève à ce titre que « les dispositions nationales et les juges nationaux devront s'appuyer sur une conception très souple de la causalité n'écartant à priori aucun dommage concurrentiel »[400]. Cette affirmation nous semble prompte à s'avérer à mesure que le contentieux privé amorcera son développement, multipliant les différents chefs de préjudices invocables, et par là même les différentes catégories de victimes susceptibles de demander réparation.

b. L'exigence d'un lien direct et les catégories de victimes

256. Le droit de la responsabilité civile admet depuis longtemps qu'un dommage puisse atteindre, « au-delà de sa victime directe et première, des victimes indirectes », qui subissent un préjudice par ricochet. Ces dernières se voient ainsi reconnaître « un droit propre à réparation, indépendant de la réparation due à la victime première », pour le préjudice matériel comme moral qu'elles subissent du fait de l'atteinte portée à la victime directe[401].

257. Or, la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle peut affecter une variété de victimes directes. Il peut s'agir en premier lieu des fournisseurs, qui peuvent subir les effets d'une entente mise en œuvre par leurs clients, où les effets d'une pratique d'éviction mise en œuvre par un producteur qui deviendrait alors le seul acheteur du marché, réduisant ainsi la capacité de négociation et les marges des fournisseurs. Il peut également s'agir des concurrents de l'auteur d'une pratique d'éviction, ces derniers se trouvant logiquement affectés par leur exclusion du marché et la perte de profits qui l'accompagne. Enfin, les clients directs des auteurs de la pratique font eux aussi partie des victimes directes, ces derniers subissant le surprix généré

[399] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 11.
[400] ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *ibid.*
[401] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 664, p. 512.

par l'infraction, ou la diminution des volumes écoulés s'ils décident de répercuter le surprix en aval[402].

258. Mais les pratiques anticoncurrentielles affectent également diverses victimes indirectes, au premier rang desquelles figurent les clients subissant la répercussion du surprix, pour lesquels la directive facilite l'exercice de l'action en réparation (V. *supra*, n° 170 s). Il peut encore s'agir d'entreprises évoluant sur un marché connexe de celui affecté par une pratique anticoncurrentielle, et dont les produits sont complémentaires : l'augmentation des prix sur l'un entraînera une diminution corrélative de la demande sur l'autre, en fonction de l'élasticité de cette dernière[403]. Il nous semble que cette reconnaissance de l'action d'une catégorie de victimes indirectes par la directive (les victimes d'une répercussion du surprix) devrait encourager les magistrats à admettre de manière plus large l'action des victimes indirectes. Ces derniers pourraient ainsi admettre l'action de victimes telles que les partenaires de la victime de pratiques anticoncurrentielles. En effet, dans l'hypothèse où une pratique d'éviction conduirait une entreprise à disparaître, ses partenaires n'en subissent-t-ils pas un préjudice ? De la même manière que le droit de la concurrence les protège en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait prendre en compte le phénomène. En effet, les conséquences pour les partenaires sont les mêmes, la seule différence résidant dans le fait que la rupture brutale de la relation n'est pas ici le fait du partenaire, mais la conséquence de l'infraction commise par le ou les auteur(s) d'une pratique anticoncurrentielle. Leur reconnaître un intérêt à agir en tant que victimes d'un préjudice par ricochet ne nous semble aucunement entrer en conflit avec l'exigence de certitude du préjudice, puisque ces dernières perdent une chance de continuer à collaborer avec leur partenaire victime directe de la pratique. Il ne s'agit là que d'un exemple parmi d'autres, et il incombera aux victimes de faire usage du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles afin de permettre cette évolution, susceptible d'en renforcer grandement l'efficacité. À défaut pour ces dernières de s'y livrer, la tâche incomberait alors aux sociétés qui auront racheté leurs créances (V. *infra*, n° 573 s), l'admission de catégories de plus en plus larges de victimes (directes comme indirectes) ne pouvant qu'améliorer la rentabilité de leur activité. Elles pourront pour ce faire appuyer leur argumentation sur la reconnaissance par la directive du droit d'agir des victimes indirectes que sont les clients sur lesquels se trouve répercuté le surprix

[402] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 165.
[403] *Ibid.*

généré par l'infraction, argument auquel s'ajoute la référence générale aux principes d'effectivité d'équivalence à l'article 4 de la directive.

259. De l'ensemble des développements ci-dessus, le point le plus marquant concerne la confrontation qu'entraîne la nécessaire imprécision des méthodes d'évaluation du préjudice, et les exigences classiques du droit de la responsabilité civile au regard de ce qui constitue ou non un chef de préjudice indemnisable. Cette opposition entre rigueur juridique et pragmatisme économique sera à n'en pas douter au centre des débats relatifs à l'établissement du lien de causalité, dont il convient d'évoquer les principales problématiques.

Section 2nde : L'évaluation du préjudice, les difficultés inhérentes à l'exigence de causalité

260. Comme le relève Me Masmi-Dazi, la quantification du dommage pourrait devenir le point central des débats relatifs à l'exercice de l'action en réparation[404]. En effet, comme exposé à l'occasion du Chapitre 1er, l'établissement de la faute civile, grandement facilité par l'effet liant, ne devrait donner lieu à contestation que de manière exceptionnelle. À défaut de pouvoir contester l'existence d'une faute, les auteurs de pratiques anticoncurrentielles axeront tout naturellement leur stratégie défensive sur l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Cette dernière semblant tout indiquée pour tenter de diminuer les conséquences financières de l'action intentée par la victime, eu égard à la part d'imprécision affectant l'expertise économique. Il conviendra donc d'évoquer, dans un premier temps, les différentes méthodes dont disposent les victimes afin de quantifier le préjudice subi à la suite d'une pratique anticoncurrentielle (§ 1er), avant d'évoquer, dans un second temps, les rapports qu'entretiennent ces méthodes avec l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice (§ 2nd).

§ 1er : La quantification des chefs de préjudice par le recours à l'expertise économique

261. Si le guide pratique de la Commission européenne sur la quantification du préjudice se concentre principalement sur le recours à l'expertise économique pour quantifier le préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles (A), la liste proposée n'est pas exhaustive et admet

[404] MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation des dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 104.

que le montant du préjudice puisse être établi autrement. Il convient à ce titre de remarquer que la complexité et le coût des expertises a conduit la pratique à développer à cette fin un certain nombre de méthodes alternatives (B).

A. L'évaluation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle

262. Les ententes comme les abus de position dominante sont susceptibles de causer aux victimes une variété de préjudices, dont il s'agira d'établir une liste, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité (1). Afin de quantifier les chefs de préjudice en question, le Guide pratique de la Commission dresse une liste des différentes méthodes permettant d'y parvenir (2).

1. Les différents chefs de préjudice invocables

263. Les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de provoquer différents types de préjudices, dont les textes ne dressent qu'une liste non exhaustive (a). Le premier réside dans l'augmentation des prix générée par une entente (b). Le préjudice peut également résulter d'une pratique d'éviction, cette dernière pouvant trouver son origine dans une entente comme un abus de position dominante (c). La CJUE admet également le préjudice résultant d'un effet d'ombrelle sur les prix, témoignant ainsi d'un esprit d'ouverture susceptible d'améliorer grandement le sort des victimes indirectes (d). Il s'agira enfin de ne pas négliger l'importance de la temporalité affectant le préjudice, à travers la question des intérêts de retard et de l'actualisation (e).

a. L'absence de limitation quant aux chefs de préjudice invocables

264. En application de l'art. 3 § 2 de la directive 2014/104, le principe de réparation intégrale du préjudice couvre « le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts ». L'art. L481-3 C.com identifie quant à lui une liste non exhaustive de préjudices invocables, eu égard à l'emploi du terme « notamment », caractère non exhaustif que confirme la circulaire du 23 mars 2017[405]. La liste comprend ainsi la « perte faite » résultant du surcoût généré par l'infraction, et envisage l'hypothèse inverse lorsqu'il évoque la notion de « minoration résultant d'un prix plus bas que lui a payé l'auteur de l'infraction », c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle l'auteur de la pratique aurait payé à la victime un prix plus bas que ce qu'il aurait normalement dû lui verser. Le texte envisage également la notion de gain

[405] DE MONTECLER M-C., « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », AJDA, 2017, n° 10, p. 548 ; CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

manqué, qui résulte de la répercussion du surcoût par la victime sur ses cocontractants, ou encore de la « prolongation certaine et directe des effets de la minoration des prix qu'il a dû pratiquer ». Cette rédaction permet ainsi de distinguer le préjudice immédiat (la perte subie), le préjudice différé, et le préjudice rémanent, « qui se concrétise post infraction et correspond à une baisse persistante des effets adverses pendant une certaine période ». Le texte envisage enfin la perte de chance et le préjudice moral, ce dernier correspondant notamment à la perte de notoriété de l'entreprise[406]. Ainsi, et à condition de respecter les différents caractères requis pour qu'un chef de préjudice puisse donner lieu à indemnisation (V. *supra*, n° 253 s), la seule limite sera l'imagination des parties, et l'habilité de leurs conseils à convaincre les magistrats de la réalité des chefs de préjudice invoqués.

265. Afin d'aider les victimes à procéder à leur quantification, la Commission européenne a publié, en même temps que la directive 2014/104, un guide pratique relatif à la quantification du préjudice décrivant une liste non limitative des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles et des méthodes permettant leur évaluation. Ces derniers permettent d'avoir une idée des dommages susceptibles d'être provoqués par les infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles.

b. L'augmentation artificielle des prix générée par une entente anticoncurrentielle

266. Le préjudice résultant d'une entente sur les prix est en premier lieu susceptible de toucher l'acheteur final, qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'une entreprise, l'augmentation artificielle des prix transférant une valeur des clients vers les entreprises parties à l'entente[407]. Il convient en outre de remarquer que lorsque la victime n'est pas l'acheteur final, il est possible qu'elle répercute le surcoût généré par l'infraction sur ses propres clients (V. *supra*, n° 170), jusqu'à ce que la répercussion affecte le consommateur final. Dans une telle hypothèse, l'acheteur direct subira malgré tout un préjudice résultant de la baisse des quantités vendues en raison de la répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect[408]. En outre, même en l'absence de répercussion, l'acheteur direct comme l'acheteur indirect subissent un préjudice, puisque l'acheteur direct souhaitant éviter de répercuter le surprix sur ses propres clients devra pour ce

[406] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[407] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 261.
[408] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », Revue Lamy Droit des Affaires, 2011, n° 66, p. 35 ; ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *ibid.* ; CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid.*, p. 153.

faire fournir un effort financier qui le privera de la possibilité de réaliser des investissements productifs. Si cette privation constitue en soi un préjudice indemnisable pour l'acheteur direct, elle implique corrélativement une réduction de l'innovation, constitutive d'un préjudice distinct pour les acheteurs indirects[409].

267. La pratique est également susceptible d'affecter les fournisseurs des membres d'une entente. L'entente diminuant les quantités vendues en raison de l'augmentation des prix qu'elle génère, les fournisseurs des auteurs de l'infraction subiront une diminution de la demande, pour laquelle ils pourront demander réparation[410]. Les parties à l'entente pourraient également coordonner leurs achats afin d'obtenir une réduction des prix[411]. Cette dernière hypothèse est d'ailleurs expressément envisagée par le nouvel art. L481-3 C.com.

268. Les concurrents des parties à l'entente pourraient également subir un préjudice dans l'hypothèse où ils refuseraient de s'aligner sur les prix artificiellement fixés par les auteurs de l'infraction, leurs clients risquant à tort d'imaginer qu'ils pratiquent des prix inférieurs parce qu'ils fournissent des produits ou services de moindre qualité, et ainsi refuser de contracter auprès d'eux. Il en va de même des entreprises évoluant sur un marché connexe distinct de celui sur lequel est mise en œuvre l'entente, en raison de la complémentarité des produits qu'elles proposent : l'augmentation des prix sur le marché affecté provoquera corrélativement une diminution de la demande sur le marché connexe, et donc un manque à gagner pour les entreprises qui y exercent leur activité[412]. Outre la fixation artificielle des prix, l'entente est également susceptible de provoquer l'éviction des concurrents (actuels ou potentiels), effet qu'elle partage avec les abus de domination.

c. L'éviction des concurrents à la suite d'une entente ou d'un abus de domination

269. L'éviction des concurrents peut résulter de diverses pratiques, ciblées aux art. 101 et 102 du TFUE (ainsi qu'aux arts. L420-1 et L420-2 C.com), parmi lesquelles figurent notamment les accords d'exclusivité, la pratique des ventes liées, ou encore le refus de fourniture. Le guide pratique de la Commission opère une distinction entre, d'une part, l'éviction de concurrents déjà présents sur le marché (i), et, d'autre part, l'éviction de nouveaux entrants (ii). Il nous apparaît en outre que d'autres victimes pourraient se manifester en cas d'éviction d'une

[409] *Ibid*., p. 166.
[410] *Ibid*., p. 165.
[411] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[412] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 165.

entreprise, de nombreux partenaires étant susceptibles de subir eux aussi un manque à gagner à la suite de l'infraction (iii).

i. L'éviction de concurrents présents sur le marché

270. Les concurrents qui étaient présents sur le marché mais s'en trouvent évincés à la suite d'une pratique anticoncurrentielle subissent en premier lieu un manque à gagner ouvrant droit à indemnisation. Il faudra pour cela établir un scénario contrefactuel permettant de comparer les bénéfices qui auront été réalisés au cours de la période couverte par l'infraction avec ceux qui auraient été réalisés en temps normal. Ces derniers peuvent en effet devenir nuls, voire négatifs en cas d'éviction totale du marché. Les coûts engagés par l'entreprise afin de lutter contre la pratique devront également être indemnisés, ainsi que les coûts qu'elle aura engagés pour entrer sur le marché duquel elle se trouve évincée[413]. Il arrive par ailleurs que l'entreprise limite sa demande aux seuls coûts engagés, les exigences probatoires étant moindre lorsqu'il s'agit de dédommager des coûts effectivement subis par la victime. Le § 193 du guide pratique souligne en effet la difficulté d'établir le préjudice au moyen d'un scénario contrefactuel, en raison des données nécessaires pour y parvenir, et ce notamment lorsque la victime n'était pas présente sur le marché affecté avant la commission de l'infraction. Le guide suggère donc de laisser aux juges un certain pouvoir d'appréciation pour ce faire, vis-à-vis des chiffres retenus comme de la méthode d'évaluation choisie pour y parvenir[414]. La quantification est théoriquement plus simple lorsqu'il s'agit de concurrents existant sur le marché plutôt que lorsque l'éviction concerne de nouveaux entrants. Il est en effet possible de déterminer le manque à gagner sur la base de la part de marché qu'elle détient, et de la comparer à la part de marché vraisemblable qu'elle aurait détenu en l'absence d'infraction. Le § 197 du guide indique ainsi qu'à supposer que les coûts et revenus unitaires soient demeurés inchangés dans le scénario contrefactuel, le manque à gagner pourrait alors être estimé à partir des seules quantités perdues, justifiant ainsi un renversement de la charge de la preuve[415]. L'éviction par un producteur d'un ou plusieurs de ses concurrents est en outre de nature à causer un préjudice aux fournisseurs, puisque ces derniers y perdront un ou plusieurs clients. La situation pourrait aller jusqu'à les placer dans une situation de

[413] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[414] *Ibid.*
[415] *Ibid.*

monopsone (situation dans laquelle les fournisseurs se retrouvent confrontés à un seul acheteur), « de nature à détériorer leurs capacités de négociation de leurs marges »[416].

271. Le § 206 du Guide relève en outre la possibilité qu'un préjudice soit subi après la cessation des pratiques, dans l'hypothèse notamment où la victime de l'éviction se trouverait dans l'incapacité de réintégrer le marché, ou de récupérer sa part de marché « en raison d'effets toujours sensibles de l'infraction ». Le § 207 évoque encore les difficultés liées à la durée à retenir pour déterminer l'étendue du manque à gagner, et renvoi sur ce point aux législations nationales. L'ordonnance du 9 mars 2017 ne prévoyant rien à ce propos, il conviendra alors de faire application des règles du droit commun de la responsabilité, et d'analyser la situation sous l'angle de l'exigence de certitude du préjudice (V. *supra*, n° 236 s) et de l'exigence d'un lien causal entre la faute et le dommage (V. *infra*, n° 316 s). Outre la question des concurrents déjà présents sur le marché mais évincés par la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle, le guide pratique de la Commission envisage encore le cas particulier des nouveaux entrants empêchés d'intégrer le marché, dont le préjudice s'avère plus complexe à quantifier.

ii. L'éviction de nouveaux entrants

272. Le guide constate, en son § 200, que l'éviction des nouveaux entrants privés de la possibilité d'intégrer le marché en raison des effets d'une pratique anticoncurrentielle est susceptible de générer un préjudice à la fois très important et difficile à quantifier. En effet, lorsque de nouveaux concurrents sont privés de la possibilité d'entrer sur le marché, la construction du scénario contrefactuel est compliquée par l'absence de données de références permettant d'établir la situation de l'entreprise préalablement à la mise en œuvre des pratiques, puisque, par définition, l'entreprise n'était pas présente sur le marché. Le guide pratique suggère alors d'appuyer la construction du scénario contrefactuel sur un marché géographique ou un marché de produits sur lequel la victime est présente, et qui serait comparable au marché affecté par la pratique à l'origine de l'éviction qu'elle subit[417]. Les nouveaux entrants sont également concernés par les difficultés évoquées aux § 206 et 207 du Guide pratique, et notamment par la question de la durée pendant laquelle un manque à gagner apparaît indemnisable.

273. En outre, et bien qu'il n'en soit aucunement fait mention au sein du guide pratique, il nous apparaît possible et souhaitable d'élargir au maximum le préjudice découlant des pratiques

[416] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 165.
[417] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*

d'éviction, les concurrents, qu'il s'agisse de ceux déjà présents sur le marché ou des nouveaux entrants, n'étant pas les seules victimes d'une telle pratique.

iii. Le préjudice subi par les victimes indirectes de l'éviction d'une entreprise

274. Comme nous l'avons déjà relevé dans le cadre des développements consacrés au caractère direct du préjudice (V. *supra* n° 258), le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles gagnerait grandement en efficacité s'il venait à bénéficier d'une plus grande ouverture aux victimes indirectes des pratiques anticoncurrentielles. Rien ne s'oppose en effet, du point de vue des principes du droit de la responsabilité, à ce qu'elles puissent poursuivre l'auteur des pratiques, ajoutant ainsi des chefs de préjudice supplémentaires contribuant à renforcer l'effet dissuasif de la sanction par l'augmentation qu'elle entraînerait de son montant global. Face à un risque suffisamment important, les entreprises tendraient de plus en plus à demander le bénéfice d'une procédure de clémence, ou encore d'une procédure de transaction, eu égard à la protection qu'offrent ces procédures face au contentieux privé, et permettraient ainsi une détection encore plus efficace et une sanction encore plus rapide des pratiques anticoncurrentielles. La crainte du contentieux privé est à ce titre citée parmi les causes du nombre particulièrement élevé de recours à la procédure de transaction devant l'ADLC au cours de l'année 2017[418].

275. Il pourrait ainsi s'agir, sans prétendre à l'exhaustivité, des partenaires de la victime d'une pratique d'éviction. La victime pourrait en effet se retrouver contrainte de rompre une relation commerciale, soit parce qu'elle devra concentrer tous ses efforts sur la lutte contre la pratique d'éviction, soit parce qu'elle se retrouvera éventuellement en liquidation judiciaire du fait de ladite pratique. Les partenaires pourraient ainsi avoir intérêt à poursuivre le ou les auteur(s) de l'infraction afin d'obtenir réparation du préjudice généré par la rupture, et notamment du manque à gagner qui en résulterait. L'idée serait d'autant plus vraie en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, pratique restrictive de concurrence sanctionnée à l'art. L442-1 II C.com, puisque l'entreprise victime des pratiques n'aura peut-être pas eu d'autre choix que de rompre la relation en raison de l'éviction. Elle devrait alors pouvoir appeler en garantie l'auteur de l'infraction afin d'obtenir qu'il soit condamné à sa place, puisque la rupture brutale trouve en réalité son origine dans le fait d'un tiers qui aura mis en œuvre une pratique anticoncurrentielle. Les personnes ayant investi dans le projet d'un nouvel entrant privé de la possibilité d'intégrer le marché du fait de l'éviction générée par l'infraction devraient elles aussi

[418] CLAUDEL E., « Dommages collatéraux ou les effets inattendus de la nouvelle procédure française de transaction », Concurrences n° 1-2018, p. 3.

justifier d'un intérêt à agir afin d'obtenir le remboursement des investissements réalisés, ainsi que l'indemnisation de la perte des intérêts qu'aurait dû leur rapporter le projet.

276. Cette ouverture des catégories de victimes semble suggérée par ailleurs par la directive 2014/104, dont l'art. 4 rappelle que les principes d'effectivité et d'équivalence ne doivent pas entraver l'exercice de l'action en réparation (V. *supra*, n° 255). La jurisprudence de la CJUE semble également évoluer dans le sens d'un élargissement des catégories de victimes, et donc des préjudices qu'elles sont susceptibles d'invoquer, à travers notamment sa jurisprudence relative à l'effet d'ombrelle.

d. L'effet d'ombrelle sur les prix (« *umbrella pricing* »)

277. Dans un important arrêt « Kone » du 5 juin 2014[419], la CJUE admet, au titre des chefs de préjudices indemnisables, le préjudice résultant d'un effet d'ombrelle sur les prix. L'effet d'ombrelle correspond à la situation dans laquelle des entreprises, qui ne sont pas l'auteur d'une entente ou d'un abus de position dominante pratiquent, du fait de l'existence de l'infraction, des prix supérieurs à ce qu'ils auraient dû être si le jeu normal de la concurrence n'avait pas été faussé. Il arrive même qu'elles ignorent l'existence de la pratique, mais aboutissent tout de même à fixer des prix supérieurs au prix d'équilibre à l'ombre des effets qu'elle produit sur la concurrence. Les victimes intenteront donc l'action en réparation à l'encontre des auteurs de l'infraction, et non de ces entreprises tierces qui auront profité de ses effets[420].

278. Le problème en l'espèce résidait dans le fait que le droit autrichien retenait une conception trop étroite du lien de causalité pour admettre que l'action des victimes de l'effet d'ombrelle puisse être intentée contre les auteurs de la pratique. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE affirme que l'art. 101 TFUE s'oppose à ce que les règles du droit interne d'un Etat-Membre excluent « 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 ». L'effet d'ombrelle est ainsi reconnu au titre des préjudices indemnisables résultant d'une entente ou d'un abus de position dominante[421].

[419] CJUE 5 juin 2014, « Kone e.a. », aff. C-557/12.
[420] CARVAL S., « La responsabilité civile des membres d'une entente peut être engagée du fait du dommage causé par un effet d'ombrelle sur les prix », Recueil Dalloz, 2014, n° 26, p. 1525.
[421] *Ibid.* ; CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 165.

279. L'importance pratique de cette reconnaissance semble néanmoins devoir être tempérée, eu égard aux difficultés probatoires auxquelles se trouveront confrontées les victimes désireuses d'obtenir une indemnisation au titre de ce chef de préjudice. Ces dernières devront en effet démontrer qu'en raison notamment de « la nature du produit ou [de] la taille du marché couvert par cette entente », les auteurs de l'infraction sont « parven[us] à maintenir un prix artificiellement élevé pour certains produits », de telle sorte qu'« il ne peut être exclu que l'entreprise concurrente, extérieure à celle-ci, [ait] chois[i] de fixer le prix de son offre à un montant supérieur à celui qu'elle aurait choisi dans des conditions normales de concurrence, c'est-à-dire en l'absence de ladite entente » (CJUE, arrêt « Kone », pt. 29). La Cour précise que les effets possibles de l'entente ne sauraient être ignorés par ses membres, et que le lien de causalité entre l'infraction et le préjudice subi par les clients d'un concurrent qui n'était pas partie à l'entente peut être admis »[422]. Certains auteurs n'ont pas manqué de relever cette référence à la prévisibilité des effets de l'entente, et de s'interroger sur la question de savoir si elle doit ou non être considérée comme une condition nécessaire à l'établissement d'un lien de causalité entre un préjudice et l'infraction[423]. Ils ne voient toutefois aucune raison qui conduirait à la généralisation d'une telle solution, et il nous apparait en outre que la CJUE ne fait ici que répondre à un point précis de l'argumentation du défendeur, sans chercher à en faire une règle générale.

280. Bien qu'elle ne devrait pas entraîner une augmentation certaine du contentieux privé, la solution présente toutefois un intérêt du point de vue de l'appréciation du lien de causalité par la CJUE, et semble commander un élargissement des catégories de victimes susceptible d'agir en réparation (V. *supra*, n° 274). Une fois les chefs de préjudice indemnisables évalués par la construction d'un scénario contrefactuel, il convient en outre de calculer les intérêts dus aux victimes sur les sommes qui leur auront été accordées par les magistrats.

e. La temporalité des préjudices

281. Afin de tenir compte des effets de l'écoulement du temps, les chefs de préjudice passés comme futurs doivent faire l'objet d'une actualisation. Il convient ainsi d'en estimer la valeur actuelle (au temps présent)[424]. L'actualisation est alors susceptible d'entraîner une diminution

[422] COUTRON L., « Extension de la responsabilité des membres d'une entente aux dommages causés par le *umbrella pricing* », RTD Eur. 2014, n° 4, p. 916.
[423] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 157.
[424] *Ibid*., p. 168.

du préjudice futur initialement estimé (i), tout en permettant un accroissement des sommes accordées au plaignant au moyen des intérêts de retard (ii).

i. L'actualisation du préjudice futur

282. L'actualisation peut entraîner une dépréciation du manque à gagner futur, en ce qu'elle « permet notamment de tenir compte de l'incertitude et de ne pas accorder trop d'importance à des scénarios lointains », entraînant ainsi une potentielle diminution du préjudice initialement estimé. Elle implique la prise en compte de « la préférence pour le présent des agents économiques », qui privilégient une consommation immédiate plutôt que future. Il convient encore de tenir compte de l'inflation, « qui érode le pouvoir d'achat de la monnaie et donc les bénéfices futurs », tout comme du risque affectant l'évaluation de ce type de préjudices, les pertes et bénéfices futurs étant incertains[425]. L'actualisation des chefs de préjudice futurs nous semble ainsi relever de la stratégie défensive de l'auteur des pratiques, alors que, à l'inverse, l'actualisation des préjudices passés deviendra un élément à ne pas négliger de la stratégie des demandeurs.

ii. L'actualisation des chefs de préjudice passés

283. L'actualisation des chefs de préjudice passés consiste à verser des intérêts à la victime, afin de tenir compte du fait que les pertes et bénéfices manqués auraient pu être placés, et donc valorisés, « ce qui aurait permis d'accroître la richesse du plaignant »[426]. Bien que l'art. L481-3 n'en fasse pas mention, la directive considère les intérêts comme une composante essentielle de la réparation, et l'art. L481-8 permet de suppléer à cet oubli, eu égard au caractère non limitatif de la liste dressée par le texte[427]. Le texte impose en effet, au moment du jugement, la prise en 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 ». La circulaire du 23 mars 2017 ajoute en outre qu'il n'est pas fait dérogation à l'art. 1231-7 du Code civil, qui dispose que « la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement, ces intérêts courant à compter du jugement, à moins que le juge n'en décide autrement ». M. Amaro considère ainsi que le calcul des dommages et intérêts moratoires pourrait devenir un enjeu majeur du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, et ce d'autant plus que

[425] *Ibid*., p. 169.
[426] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 169.
[427] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

la jurisprudence de la cour d'appel de Paris se montre parfois favorable aux victimes en la matière[428]. La Cour use ainsi « de la faculté que lui offre l'alinéa 2 de l'article 1153-1 [devenu 1231-7] du code civil applicable aux créances liquidées par le juge pour déroger au principe qui pose que les intérêts courent à compter de la date de l'arrêt d'appel, en cas d'arrêt infirmatif », pour fixer le point de départ des intérêts au taux légal au jour de la cessation des pratiques. Si, comme le relève l'auteur, cette décision n'est pas de nature à avoir grand impact sur les parties dans l'arrêt étudié eu égard au taux particulièrement bas de l'intérêt légal, les grands cartels internationaux durent pendant de nombreuses années et sont sanctionnés par une indemnisation élevée. La fixation du point de départ des intérêts au jour de la cessation des pratiques est ainsi de nature à « singulièrement alourdir le montant de l'indemnisation », et ce d'autant plus que le juge de la réparation dispose de la faculté d'ordonner la capitalisation des intérêts sur le fondement de l'art. 1231-7 du Code civil.

284. Aux intérêts au taux légal s'ajoute parfois un préjudice financier, encore appelé préjudice de trésorerie, que la jurisprudence définit comme « la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital » dans les affaires « SNCF c/ Switch » et « Orange Caraïbe c/ Outremer Télécom ». La cour d'appel de Paris évoque également, dans ces mêmes affaires, « la compensation des effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction, à savoir l'érosion monétaire, mais également la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital ». Elle souligne à ce propos que « le préjudice tenant à l'indisponibilité du capital est donc clairement distinct du préjudice résultant de l'érosion du capital »[429]. La jurisprudence de la cour d'appel de Paris donne à ce titre une illustration de l'importance stratégique du taux de capitalisation à appliquer, dans les affaires « SNCF c/ Switch » et « Orange Caraïbe c/ Outremer Télécom »[430]. Dans la première, la cour d'appel confirme le jugement de première instance, qui avait appliqué un taux de capitalisation correspondant au coût moyen pondéré du capital, désigné sous l'acronyme « WACC » (« *Weighted Average Cost of Capital* »), correspondant « à la moyenne du coût des

[428] AMARO R., « Action autonome en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante et de dépendance économique », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, p.52 ; Cour d'appel de Paris, pôle 5 - ch. 5, 22-10-2015, n° 14/03665.

[429] PERROT A., DE NIJS R. et EYMARD L., « Dommages liés à l'écoulement du temps », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2061; CA Paris, 14 déc. 2016, nº 13/08975 (SNCF c/ Switch) et CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918 (Orange Caraïbes c/ Outremer Télécom) ; CARVAL S., « Réparation du préjudice : appréciation *in concreto* du préjudice de trésorerie », *ibid.*

[430] THOMAS B. et BOUSCATEL M., « L'approche récente de la cour d'appel de Paris en matière d'actions indemnitaires des concurrents évincés », *ibid* ; CA Paris, 14 déc. 2016, nº 13/08975 (SNCF c/ Switch) et CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918 (Orange Caraïbes c/ Outremer Télécom) ; CARVAL S., « Réparation du préjudice : appréciation *in concreto* du préjudice de trésorerie », *ibid.*

fonds propres et de la dette, pondérée par leur valeur de marché ». Il s'agit ainsi de la rémunération que les apporteurs de capitaux de l'entreprise « pourraient obtenir d'un placement présentant le même profil de risque sur le marché ». La décision d'appliquer ce taux, qui correspond à celui d'un profil à risque, semble alors surprenante puisque les pratiques avaient cessé au moment de la valorisation du préjudice. Elle choisit d'exclure le taux légal, préconisé par l'expert, pour préférer le taux WACC, qui « permet de parvenir à un niveau de réparation bien plus élevé », comme le souligne M. Amaro. Il ajoute toutefois que le taux WACC et le taux légal auraient pu être additionnés en l'espèce, dans la mesure où ils recouvrent deux chefs de préjudice distinct. Le taux WACC indemnise en effet « le gain manqué ou la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital », mais « ne recouvre pas les intérêts moratoires, qui sont un chef de préjudice distinct, indemnisé au taux légal ». Une volonté sous-jacente de se montrer favorable à l'indemnisation des victimes nous semble là encore transparaître à travers le raisonnement de la cour d'appel, puisqu'un taux à risque est plus rémunérateur qu'un taux sans risque[431]. Il ne faut toutefois pas en déduire que la cour d'appel de Paris ménage pour ce faire les intérêts du défendeur, la seconde affaire étudiée illustrant la vigilance dont font preuve les magistrats face aux demandes des victimes. Elle réforme ainsi, dans l'affaire « Orange Caraïbe c/ Outremer Télécom », un jugement qui avait fait droit à la demande d'actualisation de la victime, au motif qu'elle ne démontrait pas « que l'indisponibilité de la somme l'avait conduite à renoncer à des projets d'investissements ». Cette dernière ne faisait en effet état « que de perspectives générales et vagues de développement de son activité dans son document d'introduction en bourse, et non de projets précis et aboutis d'investissements, auxquels elle aurait dû renoncer à cause de la pratique de fidélisation incriminée ». Il appartenait donc à la victime de démontrer l'existence de projets « précis et aboutis d'investissements […] susceptibles de lui procurer un taux de rendement équivalent à celui du WACC »[432]. Cette prudence de la part de la cour d'appel nous paraît devoir être saluée, eu égard au risque d'instrumentalisation qu'impliquerait une tendance trop large à l'actualisation. Or, les effets de l'actualisation peuvent s'avérer en pratique très importants,

[431] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016) », *ibid.*

[432] CARVAL S., « Réparation du préjudice : appréciation *in concreto* du préjudice de trésorerie », *ibid.* ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017), Concurrences n° 4-2017, p. 212.

comme l'illustre la récente affaire « *Digicel* », dans le cadre de laquelle les sociétés Orange et Orange Caraïbes ont été condamnées à vers la somme de 179,64 millions d'euros à la victime[433].

285. Comme le fait remarquer Mme Déschamps, que le juge dispose de toute latitude pour fixer le point de départ des taux d'intérêts. Or, le point de départ pertinent du calcul des intérêts ne sera pas nécessairement le jour de la cessation des pratiques, car les effets de l'infraction « peuvent se faire sentir après que les pratiques ont pris fin et ont pu commencer bien avant cette date ». L'auteur se montre critique vis-à-vis du choix opéré par la cour d'appel de Paris dans les affaires « Orange caraïbes c/ Outremer Télécom » et « SNCF c/ Switch », dans la mesure où la fixation du point de départ des intérêts à la date de cessation des pratiques conduit à une sous-compensation, l'infraction ayant produit ses effets plusieurs années avant cette date. Une telle approche va en outre à l'encontre de l'esprit de la directive, dont les considérants indiquent que le point de départ devrait être fixé au jour de la naissance du préjudice, et donc nécessairement avant la date de la cession des pratiques, comme le fait remarquer M. Amaro[434]. Mme Déschamps souligne encore l'importance de la détermination de la date de valorisation du préjudice, qui correspond à « la date de paiement effective du dédommagement ». Si cette approche a bien été applique dans l'affaire « Orange Caraïbes c/ Outremer Télécom », tel ne fut pas le cas dans l'affaire « SNCF c/ Switch ». À l'occasion de cette dernière, les magistrats ont calculé le montant du préjudice le 30 novembre 2011, et le paiement n'est intervenu que « plus de cinq ans après la date de valorisation du dommage » (en raison d'un passage devant la cour d'appel), période pour laquelle Switch n'a pas été compensée. L'auteur souligne enfin la tendance des juridictions françaises à privilégier l'application d'un taux composé pour les affaires relevant du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (technique encore appelée « capitalisation des intérêts »). Bien que son octroi ne soit pas de principe, la capitalisation devant en effet être prévue par le contrat ou précisée dans la décision de justice, la jurisprudence rendue antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016 révélait une tendance très libérale des juges quant à son prononcé. Il suffisait ainsi de demander la capitalisation des intérêts au juge, demande qui « était aisée et systématiquement acceptée », et rien ne semble indiquer selon nous que la création de l'art.

[433] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019) », Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-4, 10 octobre 2018, « SA Digicel Antilles Françaises Guyane c/ SA Orange Caraïbes et SA Orange », RG 18/08088.

[434] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017) », *ibid.* ; 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 12.

1343-2 par l'ordonnance modifiera cet état de fait[435]. Or, il convient de ne pas négliger de soumettre une telle demande au juge, comme l'illustre l'affaire « Digicel », dans le cadre de laquelle une telle demande aurait permis à la victime d'obtenir environ 88 millions d'euros supplémentaires selon M. Amaro[436]. Il nous apparaît ainsi que la stratégie de recouvrement de la créance de réparation devrait conduire à une introduction de l'action aussi tardive que possible lorsque l'entreprise en a les moyens, afin de maximiser la capitalisation des intérêts. Les demandeurs auront encore intérêt à obtenir, dans le cadre d'une campagne d'entreprenariat judiciaire (V. *supra*, n° 12), des décisions affirmant la possibilité de capitaliser les intérêts, la fixation de leur point de départ antérieurement à la cessation des pratiques, et retenant pour date de valorisation la date du paiement effectif de la créance.

286. À la suite de l'exposé ci-dessus des différents chefs de préjudice invocables par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, il convient maintenant d'étudier les différentes méthodes mises à la disposition des parties par le guide pratique de la Commission afin de les quantifier.

2. L'évaluation du préjudice selon le guide pratique de la Commission

287. Afin d'aider à la fois les victimes et les magistrats à procéder à la quantification des préjudices découlant de pratiques anticoncurrentielles, la Commission européenne a publié un guide pratique décrivant une liste non limitative des méthodes communément utilisées. Le guide distingue, d'une part, les méthodes comparatives (a) et, d'autres part, les modèles de simulation et autres méthodes (b). Toutes ces méthodes ont en commun le partage d'une même finalité : l'établissement d'un scénario contrefactuel, qui consiste à comparer la situation dans laquelle se trouve la victime à celle dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas subi les effets d'une infraction au droit de la concurrence. Il s'agira donc de construire un scénario hypothétique, mais aussi vraisemblable et précis que possible, à l'aide des différentes méthodes exposées ci-dessous[437]. Le guide ne privilégie pas une méthode plutôt qu'une autre, et l'opportunité du choix de la méthode dépendra en grande partie des ressources financières et des éléments de preuve à la disposition du demandeur. Il convient en outre de remarquer que

[435] DESCHAMPS P., « Comment calculer les intérêts lors d'une estimation de préjudice ? », Concurrences n° 4-2017, p. 33.
[436] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019) », *ibid.* ; CA Paris, ch. 5-4, 10 octobre 2018, « SA Digicel Antilles Françaises Guyane c/ SA Orange Caraïbes et SA Orange », RG 18/08088.
[437] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 171.

les différentes méthodes exposées ci-dessous peuvent se combiner entre elles, afin d'obtenir un scénario contrefactuel à la fois plus solide et plus précis[438].

a. Les méthodes comparatives

288. Le guide dresse une liste de trois méthodes comparatives, la première consistant à quantifier le préjudice sur la base d'une comparaison temporelle (i), là où la deuxième procède d'une comparaison spatiale (ii). La troisième méthode, dite des doubles-différences, consiste quant à elle en la combinaison des deux précédentes (iii). Toutes ces méthodes sont en outre susceptibles d'être complétées par l'analyse économique de régression, encore appelée méthode économétrique (iv).

i. La comparaison dans le temps

289. Cette première méthode consiste à comparer l'état dans lequel se trouvait le marché au cours de la période antérieure à la commission de l'infraction à l'état dans lequel il se trouve postérieurement à sa commission. Afin de garantir la qualité du scénario contrefactuel ainsi établi, il convient de s'assurer de la comparabilité dans le temps des deux périodes en cause, l'idée étant que les variations constatées soient bien imputables aux pratiques[439]. Le risque serait en effet d'inclure dans le préjudice réparable des variations de prix qui ne découleraient pas de la commission de l'infraction, mais de causes externes, telles que la conjoncture économique, ou encore une modification de la demande sur le marché[440]. Dans le cas d'une entente, l'estimation du dommage peut également se trouver faussée par la « persistance d'une collusion tacite après la fin officielle du cartel ». Cette méthode présente néanmoins l'avantage de ne reposer que sur le marché concerné, et ne requiert que peu d'informations[441]. À cette première méthode s'ajoute ensuite celle de la comparaison dans l'espace.

ii. La comparaison dans l'espace

290. La méthode de la comparaison dans l'espace recouvre en pratique une double réalité : il peut s'agir de baser la comparaison sur un marché géographique ou sur un marché de produits. La comparaison dans l'espace géographique consiste ainsi à identifier un marché géographique voisin du marché affecté, soumis aux mêmes conditions économiques, mais non concerné par l'infraction. Le marché de comparaison et le marché affecté devront présenter des variables

[438] *Ibid.*, p. 175.
[439] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[440] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*
[441] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid.*, p. 172.

comparables, notamment au niveau des prix, ces derniers n'étant pas nécessairement les mêmes d'un pays à l'autre[442]. Sous cette réserve, le guide pratique précise que cette méthode peut être utilisée lorsque l'infraction affecte des marchés d'étendue locale, régionale ou nationale[443].

291. La comparaison dans l'espace des produits consiste quant à elle à baser le scénario contrefactuel sur une comparaison entre les produits affectés par l'infraction et des produits proches, quant à eux non affectés par les pratiques. La qualité du contrefactuel dépendra alors de la comparabilité des produits choisis, ainsi que de leur environnement économique[444]. Le guide pratique souligne en outre la possibilité de combiner les méthodes de comparaison dans temps et de comparaison dans l'espace, garantissant ainsi une évaluation plus précise du préjudice.

iii. La méthode des doubles-différences

292. Comme cela a déjà été évoqué dans le cadre des développements ci-dessus, les méthodes comparatives présentent l'inconvénient de ne pas distinguer les différentes causes susceptibles d'expliquer l'évolution des prix. Afin de tenir compte de l'influence d'éléments extérieurs à l'infraction, le recours à la méthode des doubles-différences est alors opportun. Elle nécessite cependant d'avantage d'informations puisqu'elle implique l'identification d'un marché témoin proposant des produits similaires, mais n'étant pas affecté par l'infraction. Cette méthode consiste en effet à mesurer l'évolution des prix sur le marché témoin (première différence), avant de la comparer à l'évolution des prix sur le marché affecté (seconde différence)[445]. Elle permet ainsi d'analyser l'évolution d'une variable (telle que le prix) « au cours d'une certaine période et [de] la comparer avec l'évolution de la même variable au cours de la même période sur un marché de comparaison non concerné par l'infraction », permettant ainsi de déterminer « la part d'évolution du prix liée à l'infraction »[446]. Sa mise en œuvre nécessite cependant un parallélisme du point de vue de l'évolution des deux marchés, à défaut de quoi elle ne permettrait pas d'aboutir à une mesure satisfaisante du dommage[447]. Il convient enfin de remarquer que l'ensemble des méthodes comparatives sont susceptibles de faire l'objet de

[442] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*
[443] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[444] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*
[445] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 172.
[446] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[447] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*

précisions au moyen de l'analyse économétrique, qui présente, malgré sa grande complexité, l'avantage de la précision.

iv. La méthode économétrique (analyse de régression)

293. Le guide pratique, en son § 69, définit l'analyse de régression comme une technique permettant d'étudier « la nature des relations existant entre des variables économiques ». Elle permet ainsi de déterminer dans quelle mesure une variable donnée, telle que par exemple le prix, « est influencée par l'infraction ainsi que par d'autres variables » non affectées par l'infraction (telles que le coût des matières premières, ou encore les fluctuations de la demande)[448]. L'analyse économétrique permet ainsi de corriger le principal défaut de la comparaison dans le temps comme de la comparaison dans l'espace, qui réside dans le fait que ces méthodes ne distinguent pas entre les différentes causes susceptibles d'avoir affecté la variable considérée. Elle permet ainsi d'apporter une plus grande précision dans l'évaluation du dommage[449].

294. Comme leur nom l'indique, les méthodes comparatives nécessitent qu'il soit possible d'identifier un marché témoin (ou une période de référence) afin d'établir le scénario contrefactuel. Or, une telle identification n'est pas toujours possible, et il conviendra alors d'évaluer le préjudice sur la base d'autres méthodes.

b. Les modèles de simulation, l'analyse fondée sur les coûts, les analyses financières et les autres méthodes comptables

295. Outre les méthodes comparatives qui ont été l'objet des développements ci-dessus, le guide pratique de la Commission envisage l'établissement du scénario contrefactuel par le recours à d'autres méthodes. Le guide cite ainsi les modèles de simulation (i), l'analyse fondée sur les coûts et les analyses financières (ii), ainsi que d'autres méthodes comptables susceptibles de permettre l'évaluation du préjudice (iii).

i. Les modèles de simulation

296. Les modèles de simulation consistent en des « hypothèses théoriques et simplificatrices » dont l'objet est de simuler un marché : elles permettent ainsi de rendre compte des comportements qu'adopteraient les acteurs présents sur des marchés oligopolistiques comme

[448] CE, « Guide Pratique 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 », p. 29.
[449] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*

monopolistiques[450]. Le guide relève, en son § 97, que les études concernant le fonctionnement des marchés et la manière dont les entreprises se font concurrence ont démontré que, « pour certains marchés répondant à des caractéristiques particulières, il est possible de prédire les résultats probables des interactions sur le marché ». Il s'agira par exemple des niveaux probables des prix, de la production, ou encore des marges bénéficiaires. Les économistes ont ainsi développé, « pour divers types de marchés, des modèles de concurrence qui permettent de simuler ces résultats »[451]. La méthode permet alors de construire de toutes pièces un marché témoin à l'aide d'une modélisation théorique. L'économiste devra pour ce faire estimer les paramètres clés du modèle, parmi lesquels notamment les caractéristiques de la demande ainsi que les coûts de production[452]. Si ces modèles présentent l'avantage indéniable de permettre la détermination de diverses variables en l'absence de contrefactuel empirique, le temps nécessaire à leur élaboration est souvent trop important au regard des délais qu'offrent les procédures légales. Leur complexité est en outre susceptible de constituer un frein à leur impact sur le juge[453]. Il semble alors préférable de privilégier des méthodes plus simples, à l'établissement moins chronophage, telles que l'analyse fondée sur les coûts et les analyses financières.

ii. L'analyse fondée sur les coûts et les analyses financières

297. La méthode fondée sur les coûts consiste à établir le scénario contrefactuel sur la base des coûts de production de l'entreprise, auxquels sera appliquée une marge raisonnable qui pourra être déduite de l'observation des marges sur le marché[454]. « Elles permettent d'estimer le prix unitaire contrefactuel qui en résulte et de le comparer au prix effectivement pratiqué par l'auteur de l'infraction », ainsi que de calculer le manque à gagner des concurrents évincés du marché[455]. Dans les deux cas, la méthode repose sur les données comptables de l'entreprise victime, ou sur celles de ses concurrents, et il peut être nécessaire de les ajuster.

298. L'ajustement du coût nécessaire de production est indispensable, en ce qu'il sera probablement inférieur au coût unitaire de la victime. L'infraction étant de nature à ralentir son

[450] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[451] CE, « Guide Pratique 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 », p. 39.
[452] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 173.
[453] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*
[454] *Ibid.*
[455] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 174.

développement, elle nuit à sa productivité, et est notamment susceptible de l'empêcher de réaliser les économies d'échelle ou d'apprentissage espérées. Il est donc utile de procéder à une comparaison avec les coûts d'un concurrent de taille et d'efficacité comparables, et qui n'aurait pas subi les conséquences de l'infraction. De même, lorsqu'il s'agit de déterminer le surcoût résultant d'une entente, il peut s'avérer nécessaire de s'appuyer sur le coût d'un concurrent qui n'était pas partie à l'entente plutôt que de s'appuyer sur le coût des entreprises ayant commis l'infraction. En effet, en réduisant l'intensité concurrentielle entre les membres de l'entente, la pratique aura pu « affecter négativement leurs efficacités productives », et ces derniers auront en outre « réduit leur production et ainsi leurs économies d'échelles », nécessitant alors un ajustement de la valeur de leurs coûts. Il est enfin possible de s'appuyer sur une ou plusieurs opérations représentatives de l'activité de la victime, et qui n'auraient pas été affectées par l'infraction, afin « d'estimer une marge bénéficiaire raisonnable moyenne par unité vendue ». Il serait également possible de s'appuyer pour ce faire « sur des comparaisons avec les marges bénéficiaires d'entreprises tierces actives sur d'autres marchés analogues », et de multiplier leur marge moyenne par le nombre d'unités vendues afin de quantifier le manque à gagner[456]. L'analyse fondée sur les coûts nécessite cependant que les données comptables nécessaires à son élaboration coïncident parfaitement avec le marché pertinent tel qu'il aura été délimité par l'autorité de concurrence saisie de l'affaire, ce qui est rarement le cas en pratique. Il est alors nécessaire de procéder à une reconstruction des données comptables, ce qui complique la mise en œuvre de la méthode fondée sur les coûts[457].

299. Les méthodes financières visent quant à elles à estimer le préjudice subi par la victime en se basant sur les résultats financiers de cette dernière. Son niveau de rentabilité est en effet susceptible de fournir des indications relatives au préjudice subi, notamment en comparant le niveau avant infraction au niveau après infraction. Le recours à la méthode de la valeur nette actuelle, qui consiste à « agréger et actualiser les flux de trésorerie futurs de l'entreprise », est alors possible. Le scénario contrefactuel sera donc établi sur la base des flux de trésorerie de la victime ou d'une entreprise comparable, bien qu'il convienne de tenir compte de l'influence d'autres facteurs susceptibles d'expliquer le niveau de ces flux afin de les neutraliser[458]. Aux

[456] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 174.
[457] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*
[458] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 175.

côtés des méthodes fondées sur les coûts et des méthodes financières, le guide pratique évoque enfin les autres méthodes comptables.

iii. Les méthodes comptables

300. D'autres méthodes d'évaluation comptables sont susceptibles de permettre la quantification du préjudice[459]. Il s'agira par exemple d'évaluer la part de marché vraisemblable de la victime en l'absence d'infraction pour estimer les quantités qui n'ont pas été vendues en raison de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles sur le marché. Cette part de marché contrefactuelle devra ensuite être multipliée par la taille effective du marché. Dans l'hypothèse où la victime aurait été empêchée d'intégrer le marché, et « si le bénéfice net global du marché est connu, le préjudice de l'entreprise bloquée peut être estimé en multipliant la part de marché contrefactuelle de la victime par ce bénéfice net global ». Il serait encore possible de procéder à l'évaluation sur la base des « résultats des concurrents et/ou sur le bénéfice moyen d'acteurs comparables sur un marché similaire »[460].

301. Des auteurs[461] relèvent en outre que le recours aux experts-comptables de justice, dont la plupart des méthodes coïncident avec celles décrites par le Guide pratique (approches selon les coûts et analyse financière, ainsi que les méthodes comparatives notamment), pourrait permettre d'éviter le recours à un économiste. Les experts-comptables recourent notamment à la technique de l'extrapolation, selon laquelle une donnée inconnue en N+1 « peut s'inférer des données connues de N-3 à N », l'idée étant que si une croissance a été observée au cours des trois années précédentes, celle-ci devrait logiquement se poursuivre au cours de la quatrième année (bien que des facteurs économiques ou de concurrence puissent remettre en cause cette hypothèse). Il nous semble que cette méthode, qui ne vise pas à dégager une dimension causale comme le ferait une analyse économétrique, pourrait néanmoins être utilisée par la victime au soutien de ses prétentions afin de tenter d'obtenir un renversement de la charge de la preuve en établissant la probabilité d'une relation causale. Là encore, une telle approche semble compatible avec l'art. 4 de la directive et le principe d'effectivité. Les auteurs relèvent toutefois que « l'outillage technique des experts judiciaires a rarement la sophistication de celui des économistes », phénomène qui trouve son explication dans le fait que le choix d'une méthode d'évaluation est déterminé par la disponibilité des données, la régularité des tendances et schémas de vente, et sa facilité de compréhension. En effet, « un modèle économique

[459] *Ibid.*, p. 175.
[460] *Ibid.*, p. 175.
[461] CHARRIER E., LOSTE C., « Quelle expertise pour la réparation des dommages concurrentiels ? », Revue Lamy droit des affaires, 1er décembre 2017, nº 132, p. 69.

sophistiqué n'est d'aucune utilité si les données sont rares ou hétérogènes [et] si l'historique de l'entité comme les tendances de comparaison sont erratiques. Et un outillage scientifique ou professionnel quel qu'il soit, manquera son objectif s'il n'est pas raisonnablement compris par le décideur - juge ou jury - voire par les belligérants ».

302. Les méthodes décrites par le Guide ayant été exposées, il convient maintenant de s'interroger sur la réception dont elles font l'objet en pratique, les praticiens utilisant déjà de telles méthodes pour quantifier le préjudice, et développant parfois de nouvelles alternatives moins couteuses afin d'y parvenir.

B. L'état de la pratique actuelle en matière d'évaluation des préjudices

303. Malgré le peu d'engouement des victimes à son égard, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles a donné lieu à un certain nombre de décisions, desquelles découlent un certain nombre d'enseignements au regard de l'évaluation du préjudice. L'étude de ces décisions révèle ainsi les préférences des juges du fond en matière de choix de la méthode d'évaluation (1), ainsi que l'existence d'alternatives développées par la pratique aux méthodes préconisées par le guide de la Commission (2).

1. La réception par le juge des méthodes d'évaluation du préjudice

304. Une étude[462] relative à la quantification des dommages et intérêts prononcés en Europe au titre de la sanction des ententes anticoncurrentielles révèle la réception par les juges des différentes méthodes de quantification décrites par le guide pratique. Bien que limitée aux préjudices provoqués par les ententes, cette étude nous paraît également pertinente eu égard à l'estimation du préjudice découlant d'un abus de position dominante, dans la mesure où les méthodes applicables sont les mêmes. Sur les 23 décisions étudiées, les juges ont privilégié une quantification du préjudice sur la base de la comparaison dans le temps (11 décisions). La comparaison géographique a également fait l'objet d'applications (4 décisions), aux côtés de la méthode fondée sur les coûts et des méthodes financières (4 décisions également). Les magistrats ont en outre pu faire application de méthodes ne figurant pas dans la liste retenue par le guide pratique (4 décisions là encore).

305. La prédominance des méthodes comparatives (15 sur un total de 23 décisions) peut s'expliquer par leur efficacité pratique. Elles permettent en effet « d'estimer n'importe quelle

[462] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges » (traduction proposée par nous) », Concurrences n° 1-2017, p. 36.

variable d'intérêt : le prix dans une affaire de cartel, la marge bénéficiaire en cas d'abus de position dominante, ou n'importe quelle autre variable économique pertinente »[463]. Elles présentent néanmoins l'inconvénient de risquer de prendre en compte dans le préjudice réparable des variations de prix qui découleraient de causes externes à l'infraction, telle la conjoncture économique[464]. Il est donc considéré comme pertinent de les consolider à l'aide de l'analyse économique de régression, afin de distinguer le dommage relevant des conséquences de la pratique du dommage découlant de causes externes à cette dernière[465]. Les modèles de régression présentent en effet l'avantage de permettre de mesurer la robustesse de la quantification du préjudice au moyen des seuils de significativité statistique et des intervalles de confiance. Ces seuils permettent en effet de s'assurer que les résultats obtenus traduisent bien une corrélation entre l'infraction et les variables observées, telles que le prix, et que ce lien ne relève pas du hasard. L'analyse économétrique présente néanmoins des inconvénients, notamment parce que sa mise en œuvre nécessite la réunion d'une importante quantité de données afin de garantir la significativité statistique des résultats obtenus. Il est donc nécessaire d'identifier un marché de comparaison pertinent et suffisamment transparent pour qu'une quantité satisfaisante de données soit disponible (ce qui peut poser problème, certains marchés étant moins transparents que d'autres). Le choix des variables à prendre en compte peut également être problématique, dans la mesure où il ne faut ni omettre de variable explicative, ni en inclure qui n'influenceraient pas la variable expliquée, à défaut de quoi surviendraient des facteurs de confusion. Sélectionner de trop nombreuses variables pourrait également nuire à la qualité de l'analyse, notamment lorsque les variables retenues ne sont pas strictement indépendantes les unes des autres[466]. Ces difficultés, qui conduisent à des critiques relatives à la méthodologie employées, ainsi que le fait qu'elle soit décriée en raison de sa trop grande complexité, expliquent probablement pourquoi l'analyse de régression n'a été retenue dans aucune des 23 affaires étudiées, et ce bien qu'elle ait été invoquée à deux reprises[467].

306. De même, l'étude révèle que les modèles de simulation ont également été rejetés par les magistrats français, au motif tantôt qu'une telle méthode ne devrait pas être utilisée en tant que méthode principale de quantification du préjudice, tantôt que la précision du modèle sélectionné

[463] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 180.
[464] FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *ibid.*
[465] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*
[466] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 180 et 181.
[467] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », *ibid.*

était difficile à vérifier. Ces méthodes sont en outre susceptibles de présenter une fragilité certaine, « dans la mesure où elles sont très sensibles aux hypothèses théoriques retenues pour simuler le modèle ». L'expert devrait alors estimer le dommage pour différentes hypothèses théoriques du modèle. Ces modèles nécessitent en outre « de postuler des hypothèses fortes et donc parfois contestables sur le comportement des entreprises et/ou sur les variables en jeu », et peuvent également s'avérer inadéquats « pour représenter la réalité d'un marché spécifique »[468].

307. L'étude révèle enfin que les magistrats ont admis le recours à la méthode fondée sur les coûts et aux méthodes financières dans 4 des 23 affaires étudiées. Celles-ci sont particulièrement adaptées à la quantification du manque à gagner puisqu'elles s'appuient le plus souvent sur des variables financières et comptables telles que la marge bénéficiaire, les coûts de production et les flux de trésorerie. Elles présentent l'avantage de l'accès aux données nécessaires, qui sont le plus souvent détenues par la victime elle-même, et peuvent parfois même être publiques et apparaître dans les documents de référence des entreprises cotées en bourse, notamment. Cette facilité d'accès mérite toutefois d'être tempérée lorsque certaines des informations nécessaires sont détenues par le défendeur, qui n'aura aucun intérêt à les communiquer volontairement (il nous apparaît cependant que les nouvelles règles relatives à la production des éléments de preuve pourraient permettre de contourner cette difficulté, V. *infra* n° 340). Une autre difficulté réside dans le caractère trop simpliste de ces méthodes, qui ne permettent pas d'isoler les effets de l'infraction. Elles peuvent ainsi conclure à une absence de dommage « lorsque le bénéfice du plaignant a cru au même rythme avant et pendant l'infraction », alors qu'en réalité, son bénéfice aurait pu être supérieur si l'infraction n'avait pas été commise. Sa résistance sur le marché pourrait en effet s'expliquer par des facteurs tels que l'innovation, par exemple[469].

308. Les développements ci-dessus révèlent la nécessité de faire preuve de discernement lors du choix des données qui serviront à fonder l'établissement du scénario contrefactuel. Dans le cadre de l'affaire « Lectiel », la cour d'appel de Paris a rendu un arrêt illustrant cette nécessité : les différentes méthodes fournies par le demandeur ont en effet été écartée par les juges pour différentes raisons[470]. L'une des méthodes proposées a ainsi été écartée faute d'explications

[468] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 181.
[469] *Ibid*., p. 181.
[470] CHAGNY M., « L'indemnisation des dommages concurrentiels par la cour d'appel de Paris : une hirondelle avant la réforme ? », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 11, p.465.

suffisantes relatives à sa méthodologie, et une autre (une méthode comparative) écartée car reposant sur une part de marché jugée aléatoire par les magistrats. La durée alléguée nécessaire à la reconquête du marché n'était en outre « étayée par aucune donnée vérifiable », et le calcul portait sur le chiffre d'affaires perdu, alors que seul importe le bénéfice perdu (raisonner sur le bénéfice et non le seul chiffre d'affaires conduit en effet à la déduction de plusieurs sommes). Quant à l'expertise privée produite par le demandeur, la cour d'appel relève qu'elle se trouve « affectée de plusieurs incertitudes », et « qu'aucun des chiffres qui servent de base aux calculs n'est justifié ». Le défendeur pourra ainsi toujours critiquer la ou les méthodes retenues par le demandeur, et, même si les juges n'abondent pas en son sens, pourra toujours tenter de critiquer le bien fondé des données sur lesquelles ont été basées les analyses produites[471].

309. Un auteur relève quant à lui le coût afférant aux différentes méthodes, et en déduit le développement prochain d'une « asymétrie comparable à celle déjà existe devant l'Autorité de la concurrence, entre les justiciables capables de produire des études solides, et les autres ». En effet, il semble que plus la victime produira de méthodes d'évaluation différentes tendant vers le même résultat, plus elle aura de chances d'emporter la conviction du juge et d'obtenir ainsi les sommes demandées[472]. Pour autant, les victimes, même les plus modestes, ne devraient pas s'en trouver totalement démunies face à la tâche de quantifier le dommage, plusieurs solutions se trouvant à leur disposition qui permettent de contourner en partie les difficultés relatives à l'évaluation du préjudice.

2. Les alternatives aux méthodes proposées par le guide pratique de la Commission

310. Une première alternative aux méthodologies complexes d'évaluation proposées par le guide pratique a été mise en exergue dans l'affaire « DKT c/ Eco Emballages ». Comme le relève M. Amaro, la victime aura toujours le choix de constituer un dossier couteux mais solide, à l'appui duquel seront produites diverses études économiques concordantes, ou au contraire de se baser sur une méthode mathématique basique, comme l'illustre l'affaire « DKT »[473]. Une telle approche évitera ainsi de décourager les victimes en raison du coût potentiellement prohibitif de la quantification du préjudice.

311. Une autre alternative, pour le moins étonnante, consiste à fixer contractuellement un montant de base des dommages et intérêts qui seront dus en cas de mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle, tout en laissant à l'auteur des pratiques la possibilité de démontrer que le

[471] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[472] *Ibid.*
[473] *Ibid.*

montant réel du préjudice diffère du montant stipulé. Cette pratique a été admise à deux reprises par les juridictions allemandes, et constitue un moyen intéressant d'assurer à la victime une indemnisation[474].

312. Il est enfin possible pour les victimes de s'appuyer sur la décision de l'ADLC, et de la manière dont elle aura caractérisé le dommage à l'économie, pour évaluer le préjudice. En effet, bien que le dommage à l'économie soit un dommage distinct du préjudice subi par les victimes, les deux notions ne sont pas totalement étrangères l'une à l'autre. Ainsi, « l'un des éléments du dommage à l'économie est […] l'éviction des concurrents. La qualification du dommage à l'économie permet alors d'en déduire au moins le principe de l'existence du préjudice des victimes »[475]. Une telle approche n'est pas sans rappeler l'approche du droit allemand, qui n'exige pas une évaluation exacte du dommage, et met simplement à la charge de la victime la preuve de « faits initiaux ou de rattachement » laissant présumer l'existence d'un dommage, qui serviront de base pour la procédure[476]. Il nous apparaît qu'une telle approche, combinée à la technique de l'estimation, pourrait permettre de faciliter grandement l'action des victimes. Cette méthode trouve toutefois sa limite dans la différence qui existe entre le dommage à l'économie et le préjudice subi par les victimes. Si la quantification du préjudice privé vise à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le marché n'avait pas été affecté par une pratique anticoncurrentielle, l'évaluation du dommage à l'économie diffère sous trois principaux aspects[477]. Cette dernière consiste en effet à « déterminer le niveau de perturbation que la pratique anticoncurrentielle a causé sur l'ordre économique du marché », apprécié « en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause ». L'appréciation porte « sur la perte du surplus subie par l'ensemble des opérateurs du marché, entreprises concurrentes, offreurs ou demandeurs », et « n'entre donc pas dans le détail du préjudice subi par chacune des parties prenantes, même s'il englobe la somme de ces préjudices privés », sans toutefois se limiter « à la seule addition de ces derniers ». L'évaluation du dommage à l'économie tient également compte des effets potentiels de la pratique, à priori exclus du préjudice réparable, et n'a pas à être quantifié par

[474] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », *ibid.*
[475] AMARO R., « Action en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante dans le secteur de l'Internet haut débit », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.152.
[476] BERNHARD J., « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 194.
[477] PERROT A., DE NIJS R., et EYMARD L., « Préjudices privés vs. dommage à l'économie », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2098.

l'ADLC. Il nous semble alors que la décision de cette dernière ne devrait permettre que de dessiner les contours du préjudice subi par la victime, à charge pour elle d'apporter les éléments de preuve nécessaires à sa quantification précise (à défaut de quoi elle pourra toujours demander au juge de recourir à la technique de l'estimation de l'art. 17 de la directive 2014/104, V. *supra* n° 238 s).

313. Il ne faut pas non plus négliger la possibilité d'une coopération entre le juge de la réparation et l'ADLC, cette dernière étant, si cela lui est demandé par le juge et si elle l'estime approprié, fondée à aider la juridiction civile à déterminer le montant des dommages et intérêt en application de l'art. 17 § 3 de la directive. Me Saint-Esteben relève ainsi que « cette coopération pourrait par ailleurs pousser les autorités de concurrence à donner dans leur propre décision des indications précises sur des éléments utiles pour le calcul par le juge du préjudice des victimes, tels que les surprixs, ce que l'Autorité pratique déjà »[478]. La règle, transposée à l'art. R481-1 C.com, ne représente toutefois qu'une simple faculté pour l'ADLC : cette dernière aura deux mois pour répondre à la demande, à défaut de quoi « l'instance est poursuivie à l'initiative des parties ou à la diligence du juge » selon le texte[479]. Si l'introduction d'un tel instrument en droit français mérite d'être saluée eu égard aux difficultés rencontrées par les victimes en matière de quantification des dommages et intérêts, son efficacité dépendra de la manière dont sera appliqué le texte, eu égard à l'aide que l'ADLC sera matériellement en mesure de fournir « compte tenu de la complexité de certaines affaires, du nombre et de la potentielle diversité des victimes et donc des dommages susceptibles d'être indemnisés »[480]. Dans la mesure où l'ADLC se montre traditionnellement réticente à quantifier de manière précise le dommage à l'économie, et contrairement à l'idée développée *supra*, cette intervention pourrait concerner les questions relatives à la méthodologie à retenir pour la quantification du préjudice (appréciation du scénario contrefactuel, détermination du marché) plutôt que la détermination des sommes mêmes qui devraient être accordées aux victimes[481].

314. L'ensemble des développements ci-dessus mettent en exergue une problématique qui devrait devenir centrale en matière de quantification des dommages et intérêts, à savoir celle

[478] SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 258.
[479] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[480] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid.*
[481] NINANE F., « Faculté pour l'Autorité de la concurrence de donner des orientations sur le préjudice », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2034.

des rapports qu'entretiennent les différentes méthodes étudiées *supra* avec l'exigence de causalité entre la faute et le préjudice.

§ 2nd : La quantification du préjudice à la rencontre de l'exigence de causalité

315. La construction d'un scénario contrefactuel, par nature hypothétique, n'est pas sans soulever plusieurs questions relatives à l'exigence de causalité entre la faute et le dommage. La directive 2014/104 ne pose en la matière qu'une seule exigence, en son art. 4, qui rappelle la nécessité de respecter les principes d'effectivité et d'équivalence. Si cette précision est destinée à permettre à la victime d'exercer plus facilement l'action en réparation, elle ne nous apparaît pas de nature à priver le défendeur de la possibilité de contester les écarts possibles entre le scénario contrefactuel et la réalité empirique de la situation. L'art. 4 de la directive commanderait ainsi en réalité un renversement de la charge de la preuve, et jouera à ce titre un rôle d'importance dans la stratégie des parties (A). L'importance de la notion transparaîtra également à l'occasion de la délimitation des conséquences de la pratique (B).

A. L'exigence d'un lien causal comme levier de la stratégie judiciaire des parties

316. Si l'art. 4 de la directive commande de tempérer l'exigence de causalité, cette dernière n'en implique pas moins que l'auteur de la faute ne doit pas avoir à « supporter le poids de n'importe quel dommage, mais seulement de ceux qui sont la conséquence de sa faute »[482]. Il s'ensuit que ce dernier devrait conserver la possibilité de contester l'argumentation de la victime. Le texte dispose en effet que « conformément au principe d'effectivité […] les règles et procédures nationales ayant trait à l'exercice du droit de demander des dommages et intérêts [doivent être] conçues et appliquées de manière à ne pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit […] à réparation ». Le considérant n° 11 de la directive précise que cette exigence concerne notamment les « aspects non traités dans la présente directive, tels que la notion de lien de causalité entre l'infraction et le préjudice »[483]. L'art. 4 de la directive nous semble dès lors devoir être interprété comme un simple allègement de la charge de la preuve pesant sur la victime. Cette dernière devrait ainsi pouvoir se contenter

[482] BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, n° 545, p. 430.
[483] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 11.

d'une estimation « grossière » du préjudice, à charge pour le défendeur de contester les causes des différents chefs de préjudice invoqués. La possible admission d'une telle solution nous semble en outre renforcée par la jurisprudence rendue en matière médicale, la Cour de cassation n'ayant pas hésité à créer une présomption *de jure* de lien de causalité afin de faciliter l'indemnisation des victimes, à charge pour le défendeur d'en démontrer l'absence. Elle affirme en outre que l'absence de consensus scientifique sur l'imputabilité d'une maladie à un vaccin ne fait pas obstacle à l'établissement d'un lien de causalité juridique entre les deux[484]. L'art. 4 de la directive nous semble commander l'adoption de la même solution en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, les victimes étant confrontées à une difficulté similaire : une pluralité de causes susceptibles d'expliquer le dommage subi, ainsi que le risque d'une absence de consensus scientifique lors de la construction du scénario contrefactuel. L'exigence posée à l'art. 4 nous semble à ce titre satisfaite, eu égard à la tendance révélée par l'étude relative à la quantification du préjudice résultant des ententes[485]. L'étude révèle en effet une large préférence pour les méthodes comparatives, qui sont parmi les plus simples à mettre en œuvre du point de vue de la victime, malgré leur manque de précision du point de vue de l'exigence de causalité. Comme cela a déjà été relevé *supra*, de telles méthodes ne permettent pas de distinguer le dommage résultant des pratiques des dommages concurrentiels licites, résultant de causes extérieures à la pratique. Il convient toutefois de tempérer notre affirmation, dans la mesure où une telle présomption n'a jamais été affirmée par la jurisprudence antérieure à la directive et à l'ordonnance. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Paris (rendu sous l'empire du droit antérieur) affirme de manière très claire qu'il « appartient aux victimes d'établir un lien de causalité ». Comme le souligne M. Amaro, « tout est affaire d'espèce et sans doute ne pourra-t-on jamais attendre une prévisibilité absolue des exigences du juge » (les victimes invoquaient en l'espèce un préjudice rémanent, c'est-à-dire postérieur à la cessation des pratiques, ce qui pourrait expliquer la rigueur dont fait preuve la cour à l'occasion de cette affaire). La preuve du préjudice demeure ainsi un enjeu de taille pour les victimes, comme le rappelle l'auteur. En effet, « une fois la faute établie, le demandeur devra convaincre le juge de l'existence de son préjudice et du lien de causalité avec la faute. S'il n'y parvient pas, il sera débouté. En revanche, s'il y parvient, peu importe qu'il échoue à établir le montant exact de ce préjudice, il pourra compter sur la commission d'un expert judiciaire ». La solution résulte d'un arrêt « Doux c/ Timab », dans lequel la cour d'appel de Paris affirme que

[484] JOURDAIN P. « Responsabilité des fabricants de vaccin contre l'hépatite B : y aurait-il du nouveau ? », RTD civ., 2013, n° 3, p. 625.
[485] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », *ibid.*

si la victime doit démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, le fait qu'elle ne parvienne pas « à calculer son préjudice ne saurait entraîner le rejet pur et simple de sa demande »[486]. La solution renforce l'intérêt pour les victimes de parvenir à obtenir le développement d'une présomption de lien de causalité, qui renforcerait à n'en pas douter l'efficacité de leur action.

317. M. le Professeur Nussenbaum pose toutefois la question de savoir si la méthode économétrique est nécessaire pour satisfaire à un standard de preuve, et interroge sur laquelle des parties devraient procéder à sa mise en œuvre. Il en déduit que, pour ne pas imposer un standard de preuve impossible à la victime, il devrait incomber au défendeur de recourir à l'analyse de régression afin de préciser les contours du préjudice (ce qui nous semblerait tout à fait cohérent vis-à-vis de l'art. 4 de la directive 2014/104)[487]. Or, l'étude relative à la quantification du préjudice résultant des ententes révèle qu'à l'heure actuelle, la méthode économétrique n'a jamais été admise par les magistrats. Ce refus nous semble poser problème du point de vue de l'exigence de causalité, ainsi que du point de vue du principe de réparation intégrale du préjudice puisqu'il est susceptible d'imposer à l'auteur des pratiques l'indemnisation de dommages relevant du jeu normal de la concurrence. En effet, si la théorie de l'équivalence des conditions permet au juge de retenir comme causal tout événement ayant contribué à la survenance du dommage, il nous semble parfaitement injustifié de faire peser sur l'auteur des pratiques l'indemnisation de phénomènes de marché ayant contribué au dommage, mais se trouvant dépourvus de lien avec la pratique. La théorie de la causalité adéquate semble la plus adaptée au contentieux des pratiques anticoncurrentielles, à défaut de quoi la porte serait ouverte à une instrumentalisation stratégique de l'action en réparation destinée à faire peser sur les auteurs de pratiques anticoncurrentielles le poids d'événements dont ils ne sont pourtant pas responsables. Les entreprises assignées en réparation devraient ainsi militer en faveur de la possibilité de contester le lien de causalité au moyen de la méthode économétrique. La prudence leur impose en outre, afin d'anticiper l'éventuel rejet de la méthode économétrique par le juge, de recourir à la méthode des doubles différences pour tenter de démontrer que l'évolution de telle ou telle variable n'est pas due aux effets de l'infraction mais bien au jeu normal de la concurrence ou à l'évolution du marché. En effet, comme le relève M. Amaro, la production de

[486] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019) », Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-4, 6 mars 2019, « SARL Arkeos et al. c/ SA EDF, SASU EDF Energies Nouvelles Réparties et SASU EDF ENR Solaire », RG 17/21261 ; CA Paris, ch. 5-4, 6 février 2019, « SARL DouxAliments c/ SA Cie Financière et de Participation Roullier et SAS Timab Industries », RG 17/04101.
[487] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *ibid.*

plusieurs méthodes d'analyse concordantes permettra d'établir avec plus de force probante la réalité du préjudice : il nous apparaît logique de considérer que le défendeur pourrait en faire de même pour au contraire établir l'absence de lien causal entre la faute et le dommage[488].

318. L'importance stratégique de l'exigence de causalité ne se limite cependant pas à la contestation de tel ou tel chef de préjudice allégué par la victime dans le cadre d'une expertise économique. Les questions relatives au lien causal emportent en plus d'importants enjeux relatifs à la détermination des limites des conséquences de l'infraction.

B. L'exigence de causalité et la délimitation des contours des effets des pratiques anticoncurrentielles

319. L'exigence d'un lien de causalité permet de délimiter l'étendue du rôle joué par les pratiques anticoncurrentielles dans le dommage subi par la victime (1). Des causes extérieures à l'infraction peuvent également avoir influencé la survenance du dommage, justifiant l'étude des hypothèses de causalité négative que sont la force majeure et la faute de la victime (2).

1. La délimitation des conséquences des pratiques au prisme de l'exigence de causalité

320. L'hypothèse conduisant à s'interroger sur la délimitation des conséquences des pratiques anticoncurrentielles concerne le cas d'une pluralité de causes à l'origine du dommage (a), hypothèse qui commande selon nous de distinguer le cas des prédispositions et le cas des dommages en cascade (b).

a. L'hypothèse d'une pluralité de causes à l'origine du dommage

321. Comme le relève une partie de la doctrine[489], l'exigence de causalité soulève plusieurs éléments de complexité en matière d'indemnisation du dommage résultant de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les auteurs soulèvent en premier lieu l'hypothèse dans laquelle le dommage serait « indivisible » et résulterait « de la conjugaison de plusieurs causes », notamment parce qu'il résulte à la fois d'une pratique anticoncurrentielle et d'une mauvaise conjoncture économique. La situation se complique encore lorsqu'aucune de ces causes n'aurait pu, à elle seule, provoquer le dommage, mais que « sans l'une d'elle, le dommage ne serait pas survenu ». Les auteurs considèrent alors que, « face à un dommage qui se présente comme indivisible […], n'en attribuer qu'une partie à la pratique anticoncurrentielle

[488] AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[489] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 154 et 155.

ne fait pas sens ». Ils recommandent ainsi de faire application d'une causalité « totale », qui vise à l'indemnisation de l'intégralité du dommage qui, sans l'événement causal, ne serait pas survenu. La seule hypothèse dans laquelle le dommage n'aurait pas à être réparé serait alors celle dans laquelle le dommage aurait de toute manière été subi, même en en l'absence de pratiques anticoncurrentielles affectant le marché. Appliquer une causalité « partielle » aboutirait à un partage de responsabilité entre les différentes causes à l'origine du dommage, et permettrait à l'auteur des pratiques de s'exonérer en démontrant qu'une partie du dommage est imputable à une mauvaise conjoncture économique. Les auteurs considèrent quant à eux qu'appliquer une causalité « totale » serait préférable, puisque, si la pratique n'avait pas été mise en œuvre, le dommage ne serait pas survenu : il conviendrait alors de faire supporter à l'auteur de l'infraction l'intégralité des conséquences de ses actions. La solution permettrait en outre la garantie d'une réparation efficiente, et serait « la plus rigoureuse en termes de causalité ». En effet, la causalité « partielle » inciterait les auteurs de pratiques anticoncurrentielles « à systématiquement invoquer les causes liées à la conjoncture économique dont l'appréhension est délicate et aléatoire »[490]. Or, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris nous semble plutôt s'orienter vers une application de la causalité « partielle », comme l'illustre l'affaire « *Bubble-Diving* », à l'occasion de laquelle la cour affirme que « que la demanderesse n'établit pas le lien de causalité entre sa baisse de chiffre d'affaires et la pratique anticoncurrentielle et relève l'existence de problèmes techniques de son site internet qui explique cette baisse. Elle en conclut néanmoins que la pratique a tout de même pu conduire à une baisse des volumes vendus et lui accorde 20 000 euros en réparation du préjudice », comme le souligne M. Amaro[491].

322. Nous ne partageons pas la position des auteurs sur cette question, qui nous semble trop extrême en ce qu'elle conduirait potentiellement les auteurs de pratiques anticoncurrentielles à indemniser la victime pour des dommages qui ne résulteraient pas de l'infraction. Il convient en effet de ne pas négliger que la mise en œuvre du droit de la concurrence est le plus souvent le fait d'entreprises de taille importante, ayant un intérêt stratégique à le faire. Une solution plus rigoureuse consisterait selon nous à opérer une distinction entre l'hypothèse dans laquelle

[490] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 156.
[491] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019) », Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-4, 19 décembre 2018, « SA Bubble-Diving c/ SA La Spirotechnique industrielle et commerciale », RG 16/07213.

l'entreprise victime présenterait des prédispositions à subir le dommage, et celle dans laquelle elle serait victime de dommages en cascade.

b. L'impact stratégique d'une distinction entre prédisposition au dommage et dommage en cascade

323. La prédisposition au dommage concerne l'hypothèse dans laquelle un dommage produit des conséquences plus graves que ce qu'elles n'auraient dû être en raison des prédispositions de la victime, l'illustration la plus célèbre du phénomène résidant en la perte d'un œil par un borgne. Là où un sujet normal n'aurait perdu qu'un œil, le borgne, en raison de sa situation, y perd totalement la vue. Comme le relève M. le Professeur Bénabent, par une application de la théorie de l'équivalence des conditions, la jurisprudence considère que, malgré les prédispositions affectant la victime, « c'est bien la faute qui a entraîné son état actuel », ce qui justifie l'existence d'un lien de causalité entre la perte d'un œil par un borgne et sa cécité[492]. Il nous semble ainsi logique de considérer que, par analogie, une entreprise déjà fragile sur le plan financier préalablement à toute infraction au droit de la concurrence et qui ferait l'objet d'une liquidation judiciaire à la suite de la mise en œuvre des pratiques devrait effectivement être indemnisée pour l'intégralité de son préjudice (à savoir les chefs de préjudice résultant immédiatement de la pratique, tels qu'un surprix ou une éviction, ainsi que la liquidation puisqu'elle est la conséquence directe de l'infraction).

324. L'hypothèse des dommages en cascade, distincte de la première, illustre la situation dans laquelle le premier dommage conduit à la survenance d'un second, lié au premier, l'exemple classique en la matière étant celui de la victime d'un accident de la route subissant un second préjudice à l'occasion d'une mauvaise opération médicale consécutive à l'accident. La jurisprudence admet le plus souvent un lien de causalité entre les deux événements, puisque sans la survenance de la faute initiale, le second préjudice n'aurait pas été subi. La solution n'est cependant pas parfaitement constante, et il arrive que les magistrats admettent une rupture du lien causal, ne condamnant alors l'auteur de la faute initiale qu'à l'indemnisation du préjudice découlant de cette dernière, mais non à l'indemnisation du ou des préjudice(s) subséquent(s)[493]. Il nous semble alors qu'une contestation relative à l'existence d'un lien de causalité entre une pratique anticoncurrentielle et la liquidation de la victime serait possible. En effet, dans l'hypothèse où la victime n'était pas prédisposée à la liquidation et où cette dernière intervient postérieurement à l'infraction, du fait de la mauvaise conjoncture économique, une

[492] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, pt. n° 549, p. 433.
[493] *Ibid.*, n° 550, p. 433.

rupture du lien causal pourrait être démontrée par l'auteur des pratiques afin de limiter son obligation à réparation aux seules conséquences directes de la pratique, et non à la liquidation. En effet, une causalité « totale » telle que la défendent les auteurs[494] risquerait selon nous de donner lieu au développement, chez les victimes les moins performantes, d'une stratégie consistant à systématiquement assigner les auteurs de pratiques anticoncurrentielles plusieurs années après les faits en vue d'obtenir de leur part des fonds sur la base de ce chef de préjudice, alors même que le lien causal entre les deux événements s'avèrerait ténu.

325. L'auteur des pratiques aura donc tout intérêt à tenter de se placer sur le terrain du dommage en cascade en contestant la prédisposition de la victime à subir le dommage, ce qui lui permettrait d'exploiter l'oscillation de la jurisprudence en la matière afin de démontrer une rupture de l'enchaînement causal et ainsi échapper en partie à son indemnisation. La victime aura quant à elle tout intérêt à faire en sorte que cet enchaînement soit admis par les juges, et le prolonger dans le temps afin d'exploiter au maximum la situation : elle pourrait ainsi utiliser le contentieux privé comme levier de sa stratégie, soit afin d'appuyer son retour sur le marché, soit au contraire afin d'en investir un nouveau grâce aux dommages et intérêts obtenus.

326. Il convient en outre de ne pas négliger l'influence d'une éventuelle faute de la victime ou d'un cas de force majeure sur l'existence ou non d'un lien de causalité entre la faute et le dommage qu'elle subit.

2. L'influence de la force majeure et de la faute de la victime sur la délimitation des conséquences des pratiques

327. Lorsqu'un cas de force majeure intervient au stade de l'acte fautif, la force majeure sera totalement exonératoire à condition de présenter les caractères traditionnellement exigés par la jurisprudence (imprévisibilité, irrésistibilité, et extériorité). Mais la force majeure peut également intervenir après la faute, au stade de l'appréciation du lien de causalité : « en ce cas, bien qu'il y ait faute, son auteur ne sera pas responsable car le dommage est en réalité dû non à cette faute, mais à la force majeure ». M. le Professeur Bénabent prend ainsi l'exemple d'une toiture qui aurait été mal réalisée et s'effondre du fait d'une tempête. « Si la tempête est telle que même une toiture correcte se fût effondrée, il n'y a pas de lien de causalité entre la faute et le dommage […] il faut donc rechercher ce qui se serait produit sans la faute ». Soit le dommage se serait produit quand même, auquel cas il n'y a aucune causalité, soit il aurait pu être évité et

[494] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 156.

la responsabilité est alors intégrale[495]. Afin d'éviter le « tout ou rien », la jurisprudence admet encore parfois l'application de la notion de perte de chance à l'appréciation du lien de causalité. Le lien de causalité avec la faute étant incertain, il a ainsi pu être admis, à titre d'exemple, qu'une faute médicale ait fait perdre au patient une chance de survie. Il nous semble qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, la conjoncture économique pourrait ainsi être invoquée afin de contester le lien de causalité entre les pratiques reprochées au défendeur et les difficultés financières (voire la liquidation) du demandeur. Ce dernier pourrait alors tout de même tenter d'arguer d'une perte de chance de faire face à ses difficultés.

328. Le défendeur pourrait-il également opposer à la victime sa propre faute, dans l'hypothèse où cette dernière n'aurait pas pris toutes les dispositions nécessaires afin de limiter les conséquences de l'infraction sur sa situation ? Les auteurs[496] rappellent que si le droit admet qu'une faute de la victime ayant contribué à la survenance du dommage est susceptible d'exonérer l'auteur du fait dommageable, la faute qui interviendrait après la survenance du dommage et contribuerait à son aggravation n'entraîne quant à elle aucune exonération à son profit. Il ne pèse en effet sur la victime de dommages économiques « aucune obligation de minimiser son préjudice », évitant ainsi au juge la lourde tâche de devoir se livrer à une appréciation de chacun des choix entrepreneuriaux effectués par les dirigeants de l'entreprise demanderesse après la survenance de l'infraction. Cette dernière ne pourrait donc se voir reprocher « de ne pas avoir réorienté ou diversifié son activité en temps utiles », ou encore « de ne pas avoir cherché d'autres sources d'approvisionnement » à la suite d'un cartel. Il n'empêche que l'exigence de causalité commande de considérer que le manque à gagner sera, au bout d'un certain temps, « dû à l'inertie de la victime et n'apparaîtra plus en lien causal avec la faute ». Les auteurs de l'étude proposent ainsi de limiter l'exonération qui en résulte au cas où la victime aurait commis une faute grave « ayant concouru à l'aggravation du dommage »[497].

329. M. le Professeur Bénabent fait quant à lui remarquer que la réactivité dont aura pu faire preuve l'entreprise demanderesse à la suite des pratiques ne saurait être ignorée par les juges, que ce soit en raison d'une causalité rendue partielle par son attitude, ou par un partage de la responsabilité. Son indemnisation devrait ainsi se voir affectée d'un abattement lorsqu'elle a « négligé d'utiliser tous les moyens pour maintenir sa situation sur le marché en compensant par les moyens du bord le désavantage résultant de la pratique anticoncurrentielle ». Il relève

[495] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 552, p. 435.
[496] CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P., « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *ibid*., p. 156.
[497] *Ibid*., p. 155 et 156.

en effet que si l'absence d'obligation pour la victime de minorer son dommage a été étendue du dommage corporel aux questions relatives à un fonds de commerce, il n'est pas sûr que la victime de pratiques anticoncurrentielles puisse adopter une attitude passive et attende que le juge ne l'indemnise alors même qu'elle n'aura rien tenté pour minimiser les effets de la pratique[498]. Mme le Professeur Carval ajoute quant à elle qui s'il n'existe pas d'obligation pour la victime de limiter son dommage en matière de dommage corporel, cette exclusion est peut-être liée à la spécificité de la matière, et considère qu'il serait logique d'admettre cette règle face à un préjudice économique[499]. La solution proposée par le Professeur Carval et le Professeur Bénabent nous apparaît la plus judicieuse, dans la mesure où, comme cela a déjà été évoqué *supra* (V. n° 270), les frais engagés par l'entreprise pour lutter contre les conséquences de la pratique font partie des chefs de préjudice qui peuvent être invoqués devant le juge. Le parallélisme des formes commanderait alors de considérer *a contrario* que le fait d'avoir adopté une attitude passive à l'égard des effets de l'infraction devrait priver la victime d'une partie de son indemnisation, dans la mesure où elle contribue ainsi à l'aggravation de son propre dommage, qui n'est alors plus la conséquence directe des pratiques mais bien de l'inertie de la victime, le lien de causalité s'en trouvant ainsi en partie rompu.

330. La jurisprudence de la cour d'appel de Paris opère en tout cas une prise en compte de l'attitude et de la stratégie de la victime[500]. En effet, dans l'affaire « Orange Caraïbes c/ Outremer Télécom », la victime est déboutée en première instance sur la base de ses choix stratégiques, indépendants des pratiques affectant le marché, qui excluaient toute causalité entre la faute commise par la société Orange Caraïbes et le préjudice subi. La victime alléguait, devant la cour d'appel de Paris cette fois, que la structure du marché résultait des pratiques mise en œuvre par Orange Caraïbes, et avait donc influencé ses choix stratégiques. La cour d'appel rejette ce raisonnement, au motif « que ces explications n'avaient jamais été soutenues lors de la procédure devant l'autorité », et précise que, malgré l'influence des pratiques abusives d'Orange Caraïbe sur la structure du marché, le lien de causalité n'aurait pas été « suffisamment direct et certain ». Il nous semble donc légitime de considérer que les choix stratégiques opérés par la victime puissent conduire à une rupture du lien de causalité entre le préjudice allégué et la faute. La cour d'appel de Paris précise encore, dans le cadre de l'affaire « Lectiel », que si la

[498] BENABENT A., « La mise en jeu de la responsabilité civile », *ibid.*
[499] CARVAL S., « 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.
[500] THOMAS B. et BOUSCATEL M., « L'approche récente de la cour d'appel de Paris en matière d'actions indemnitaires des concurrents évincés », *ibid.*

faute de la victime est susceptible d'entraîner un partage de responsabilités lorsqu'elle a concouru au dommage, elle ne saurait toutefois conduire à une absence de faute civile de l'auteur des pratiques qui l'exonérerait totalement de sa responsabilité. Il convient toutefois d'observer que, dans le cadre de l'affaire « Outremer Télécom », la cour d'appel de Paris s'écarte de cette analyse. Outremer Télécom y est déboutée des trois chefs de préjudice dont elle demandait réparation, « car elle n'aurait pas adopté une stratégie commerciale lui permettant d'entrer sur le marché une fois que [les] abus ont cessé ». M. Amaro y voit une application particulièrement radicale de la faute de la victime, puisqu'elle conduit en l'espèce à entraîner une rupture totale du lien causal, alors qu'elle n'est en principe que partiellement exonératoire lorsqu'elle ne présente pas les caractères d'un cas de force majeure[501].

331. À l'inverse, dans l'affaire « SNCF c/ Switch », le comportement des dirigeants de Switch a été considéré comme étranger au préjudice subi par la société, et ce malgré la procédure dont ils faisaient l'objet pour « poursuite abusive d'une activité déficitaire ». La cour d'appel de Paris considère en effet que le manque à gagner subi par la victime « résultait exclusivement de l'impossibilité […] d'approcher la clientèle de la SNCF » du fait des pratiques mises en œuvre par cette dernière. Les auteurs relèvent ainsi que « le comportement de la victime peut donc conduire à des solutions très différentes quant à l'analyse du lien de causalité », et que la démonstration du lien de causalité, qui ne fait l'objet d'aucune mention dans la directive 2014/104, « constitue une étape dont l'importance ne doit pas être négligée », notamment eu égard à sa complexité et son caractère « parfois aléatoire »[502]. La question ne faisant pas l'objet de plus amples précisions, que ce soit dans l'ordonnance du 9 mars 2017 ou la circulaire du 23 mars 2017, cette remarque demeure pertinente et nous semble constituer un argument de choix pour le défendeur à l'action en réparation. Il convient en outre de remarquer que les travaux préparatoires du projet de réforme du droit des obligations, après avoir rappelé la position de la Cour de cassation qui s'inscrit contre l'obligation pour la victime de modérer le dommage qu'elle subit, se prononcent en faveur de l'introduction en droit français d'une telle obligation[503]. Une telle obligation nous semble d'autant plus pertinente qu'elle permettrait de

[501] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier – décembre 2015) », Concurrences n° 1-2016, p. 251 ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017) », Concurrences n° 4-2017, p. 212 ; CA Paris, ch. 5-4, 27 mai 2015, « SCP Bes Ravise c/ SA Orange », RG 14/14758 ; CA Paris, ch. 5-4, 10 mai 2017, RG 15/05918.

[502] THOMAS B. et BOUSCATEL M., « L'approche récente de la cour d'appel de Paris en matière d'actions indemnitaires des concurrents évincés », *ibid.*

[503] « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires » (rapport d'information du Sénat n° 558) [en ligne] https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-55816.html (consulté le 23/08/2019); Civile 2ème, 19 juin 2003, Mme Dibaoui c. Flamand, Bulletin n° 203.

lutter contre l'instrumentalisation du contentieux privé, en empêchant la victime de se maintenir volontairement dans une situation précaire afin de maximiser les dommages et intérêts qu'elle sera susceptible d'obtenir.

Conclusion du chapitre

332. La réparation du préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles n'est pas une tâche aisée pour les victimes, la rencontre entre les principes de la responsabilité civile et la réalité économique donnant lieu à d'importantes difficultés en pratique. Le nouveau contentieux privé s'efforce de tenir compte de ces difficultés, en édictant un certain nombre de règles destinées à refléter la réalité économique lors de sa mise en œuvre. Il s'agit tout d'abord de la notion de préjudice inclus, à laquelle plusieurs auteurs reprochent de ne pas aller suffisamment loin en se contentant de présumer l'existence du préjudice, sans ne rien dire de son montant, bien que la technique de l'estimation puisse à notre avis constituer un complément utile en la matière. Il s'agit ensuite de l'admission du moyen de défense tiré de la répercussion du surcoût, et la difficile question de l'articulation entre les présomptions qu'édicte le texte, dont l'auteur des pratiques pourrait tirer parti afin de démontrer que le surcoût a en réalité été répercuté sur des acheteurs indirects trop modestes pour pouvoir mettre en œuvre l'action. La directive et l'ordonnance s'intéressent encore au résultat de l'action, en affirmant le principe d'une solidarité passive entre les coauteurs de l'infraction, auquel elles dérogent afin de récompenser la dénonciation de l'infraction dans le cadre d'une procédure de clémence, ainsi que l'indemnisation des victimes dans le cadre de transactions. Ces deux règles auront bien entendu une influence certaine sur la stratégie de défense des auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

333. C'est ensuite le principe de la réparation intégrale du préjudice, notion centrale du droit de la responsabilité civile, qui fait l'objet d'aménagements. Le droit nouveau prohibe tout d'abord le recours aux dommages et intérêts punitifs, qui violeraient ledit principe, alors même que leur objet consiste précisément à en assurer le respect en tenant compte des conséquences réelles d'une pratique anticoncurrentielle sur le marché, là où des dommages et intérêts strictement compensatoires s'avèrent en pratique trop faibles pour assurer une réparation suffisante. Cette prohibition pose alors naturellement la question de l'attractivité du contentieux privé aux yeux des victimes, et de son effet dissuasif aux yeux des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Il nous semble que plusieurs alternatives existent qui devraient assurer l'intérêt de la matière ainsi que son effet dissuasif. Bien qu'il demeure à notre avis regrettable que les dommages et intérêts punitifs n'aient pas été intégrés dans les juridictions des Etats-Membres de l'Union Européenne,

la directive ne semble pas les prohiber de manière absolue, et une évolution pourrait peut-être, dans l'avenir, voir le jour en ce sens. La directive modifie ensuite dans un sens favorable aux victimes les caractères traditionnellement requis du préjudice, en atténuant notamment l'exigence de certitude, qui constituait jusqu'alors un important facteur d'échec de l'action en réparation. Elle réaffirme à ce titre l'importance du principe d'effectivité et impose au juge de recourir à la technique de l'estimation à chaque fois que la quantification s'avère excessivement difficile, voire pratiquement impossible pour les victimes. De la mise en œuvre de cette règle par le juge dépendra selon nous le succès ou l'échec du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, et la conquête par les victimes d'une jurisprudence sur ce point favorable devrait constituer l'objectif majeur de leur stratégie de façonnage normatif (V. *supra*, n° 12).

334. L'évaluation du préjudice causé par l'infraction demeure en effet un exercice difficile, malgré la publication par la Commission européenne d'un guide présentant les principales méthodes permettant sa quantification. Ce dernier n'en propose qu'une liste non-exhaustive, et la pratique a déjà développé d'intéressantes alternatives plus simples et moins coûteuses à mettre en œuvre. Les différentes méthodes proposées sont en outre susceptibles de soulever des difficultés relatives à l'exigence d'un lien de causalité direct et certain entre la faute et le préjudice, et il semble que la jurisprudence actuelle emprunte le même cheminement que la 1ère chambre civile en matière médicale. La création d'une présomption réfragable de lien de causalité nous semblerait en outre parfaitement cohérente avec le rappel, à l'art. 4 de la directive, des principes d'effectivité et d'équivalence, qui semble ainsi la commander. Le demandeur devrait alors pouvoir se contenter d'une évaluation sommaire du préjudice, à charge pour le défendeur de pouvoir rapporter la preuve contraire, notamment au moyen de l'analyse économétrique de régression (bien que cette méthode de quantification soit généralement écartée par le juge). La reconnaissance d'une telle présomption par la chambre commerciale de la Cour de cassation constituera donc, aux côtés de l'obligation pour le juge de recourir à la technique de l'estimation, l'un des axes majeurs de la stratégie des victimes de pratiques anticoncurrentielles. La stratégie des défendeurs s'articulera quant à elle sur la rupture du lien de causalité, en recourant à l'analyse économétrique de régression pour affiner la première évaluation effectuée par le demandeur, ainsi qu'aux hypothèses de causalité négative telles que la force majeure et la faute de la victime.

335. Or, si l'expertise économique aura un rôle central à jouer lors de l'évaluation du préjudice, il nous semble qu'elle devra malgré tout être complétée par l'accès aux preuves détenues par les auteurs de l'infraction et les autorités de concurrence, afin de renforcer le caractère probant

de raisonnements économiques parfois trop « froids », qui pourraient, à défaut, manquer de convaincre le juge. La question du rassemblement des droits des victimes constituera elle aussi une question majeure, dans la mesure où l'intérêt économique à l'exercice de l'action en réparation sera déterminant du succès du contentieux privé, et assurera sa place au sein de la stratégie juridique des entreprises.

Titre 2nd : L'adaptation du cadre procédural en vue d'un renforcement de l'action en réparation

336. Face au constat du sous-développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la directive 2014/104 identifie plusieurs causes, parmi lesquelles l'asymétrie d'information entre les victimes et les auteurs de l'infraction, ainsi que les difficultés liées à l'écoulement du délai de prescription. Le texte propose en réponse un certain nombre de règles destinées à aménager le cadre procédural de l'action en réparation.

337. En dépit des mesures destinées à faciliter l'établissement de la faute, du préjudice et du lien de causalité évoquées dans le cadre du précédent Titre, la question de l'accès aux preuves conservera une importance certaine en termes de stratégie juridique. Elle demeurera bien entendu essentielle dans le cadre du contentieux autonome (« *stand-alone* »), puisque la victime sera tenue d'y démontrer l'existence d'une infraction constitutive d'une faute civile, d'un préjudice, et d'un lien de causalité les reliant. Quant au contentieux complémentaire (« *follow-on* »), si l'établissement de la faute devrait être grandement facilité par le mécanisme de l'effet liant, la quantification du préjudice et l'établissement du lien de causalité demeureront deux problématiques auxquelles seront confrontées les victimes. Or, s'il semble à priori possible d'y parvenir par le seul biais des méthodes de quantifications évoquée dans le cadre du Chapitre 2nd du précédent Titre, ce constat ne prive pas d'intérêt la question de l'accès aux preuves, et notamment de l'accès aux éléments contenus dans les dossiers des autorités de concurrence[504]. Le métier d'un avocat consistant à convaincre le juge de faire prévaloir la thèse qu'il défend plutôt que celle défendue par son contradicteur, l'accès aux preuves nous apparaît dès lors nécessaire afin d'appuyer les expertises économiques fournies pour la quantification du préjudice, qui pourraient en elles-mêmes s'avérer insuffisantes. Produire en plus des éléments détenus par le défendeur ou l'autorité de concurrence saisie de l'affaire permettra ainsi de renforcer la crédibilité de la quantification établie par le demandeur, notamment au regard des exigences de certitude du préjudice et de causalité. La directive assure en outre désormais l'articulation de l'écoulement du délai de prescription par rapport au contentieux public, qui conduisait à en pratique à l'échec du contentieux complémentaire. Cette disposition, associée à l'effet liant, devrait permettre de renforcer l'attractivité de ce type de contentieux.

[504] YSEWYN J. and KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency program in Europe », Concurrences n° 1-2018, p. 44 (traduction proposée par nous).

338. Une importante difficulté résidera malgré tout dans les réticences qu'éprouvent les « petites victimes » (TPE, PME et consommateurs) quant à l'exercice de l'action en réparation. Outre le fait qu'elles ne disposent pas de la même culture de concurrence que les grandes entreprises et qu'elles n'ont pas les mêmes moyens que ces dernières, les TPE et PME se trouvent dans une situation difficile face à la mise en œuvre du contentieux privé. Comme le relèvent les contributeurs d'un colloque consacré aux PME confrontées au droit de la concurrence, ces dernières sont souvent réticentes à assigner les auteurs de pratiques anticoncurrentielles par peur de représailles de leur part, qui pourraient notamment prendre la forme d'un déréférencement (ce qui condamnerait le demandeur à mort)[505]. L'une des solutions proposées à ce problème était l'introduction en droit français d'une action de groupe, introduction qui eut effectivement lieu à l'occasion de la loi Hamon. Cette dernière ne connut malgré tout aucun succès en matière de pratiques anticoncurrentielles, les textes réservant le bénéfice de l'action de groupe aux consommateurs, excluant ainsi les personnes morales, qui auraient pourtant eu intérêt à en bénéficier. Quant aux consommateurs, le faible montant des sommes en jeu nous apparaît très insuffisant pour les intéresser à l'exercice de l'action. La pratique a fort heureusement développé des alternatives à l'action de groupe de la loi Hamon, telles que l'action collective organisée par certains cabinets d'avocats, et la constitution de sociétés spécialisées dans le rachat de créances indemnitaires consécutives à une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. Ces mécanismes nous semblent offrir une alternative de nature à permettre l'exercice de l'action en réparation par les PME et les TPE, dans la mesure où si toutes les victimes d'une même entreprise décident de céder leurs créances ou d'organiser une action collective, cette dernière ne saurait exercer de représailles à leur encontre par le biais d'un déréférencement, sauf à couper les ponts avec l'ensemble de ses partenaires victimes.

339. Il conviendra donc de consacrer un premier chapitre à l'étude des stratégies relatives à la gestion de la preuve et à l'écoulement du délai de prescription (Chapitre 1er), avant de consacrer un second chapitre aux questions relatives au rassemblement des droits des victimes, qui apparaît selon nous nécessaire à l'exercice du contentieux privé par les PME et les TPE (Chapitre 2nd).

[505] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.

Chapitre 1er : L'adaptation des règles relatives à l'administration de la preuve et à la prescription

340. En matière de contentieux autonome, l'adaptation des règles de preuve ne devrait pas véritablement opérer de changement en droit français, tant le régime introduit par la directive 2014/104 et l'ordonnance du 9 mars 2017 s'avère proche des règles qui existaient déjà préalablement à la réforme. Ainsi, aucune réelle innovation ne devrait bouleverser la stratégie probatoire des victimes, et le succès de la démonstration d'une pratique anticoncurrentielle devant le juge de la réparation nous semble grandement dépendre de la célérité avec laquelle l'entreprise parviendra à obtenir un référé probatoire sur le fondement de l'art. 145 CPC. À défaut, l'auteur des pratiques pourrait décider de collaborer avec les autorités de concurrence, et ainsi bénéficier d'une protection à priori efficace contre la communication des preuves. Si cette stratégie défensive aura pour effet de faciliter l'établissement de l'infraction, elle compliquera parallèlement la quantification du préjudice et la démonstration d'un lien de causalité, réduisant ainsi grandement l'indemnisation accordée à la victime. Les nouvelles règles du contentieux privé accordent en effet, dans le cadre du *follow-on*, une protection pratiquement absolue contre toute communication aux victimes des documents établis dans le cadre d'une procédure de clémence ou de transaction.

341. La directive et l'ordonnance apportent en outre une importante pierre à l'édifice du contentieux complémentaire, en aménageant l'écoulement du délai de prescription de l'action civile lorsqu'un contentieux est en cours devant une autorité de concurrence. Jusqu'alors, la parfaite indépendance entre le contentieux public et le contentieux privé conduisait les victimes de pratiques anticoncurrentielles à voir leur droit à réparation prescrit en raison de la trop longue durée du contentieux public. Il s'agit selon nous de l'une des explications probables au peu d'efficacité du contentieux complémentaire souligné par M. Amaro, tendance qui pourrait selon nous s'inverser grâce aux nouvelles règles introduites en la matière par la directive et l'ordonnance[506].

342. Il conviendra donc d'étudier, dans un premier temps, les particularismes relatifs à l'administration de la preuve dans le cadre du contentieux privé des pratiques

[506] AMARO R., « Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires », Larcier, éd. Bruylant, 2014, pt. 75, p. 116, pt. 78, p. 123 et pt. 81, p. 124.

anticoncurrentielles (Section 1ère), avant d'évoquer, dans un second temps, les aménagements apportés à l'écoulement du délai de prescription (Section 2nde).

Section 1ère : Les particularismes liés à la preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles

343. Face aux difficultés empêchant les victimes de rassembler les preuves nécessaires à l'exercice de l'action en réparation, il est apparu nécessaire de procéder à une adaptation des règles leur permettant d'obtenir des preuves. À ce titre, la directive impose de ne pas rendre pour elles la tâche excessivement difficile ou pratiquement impossible, tout en assurant la protection des éléments fournis par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des procédures de clémence et de transaction. En matière de contentieux autonome, l'idée est donc de faciliter l'obtention des preuves par le demandeur via les injonctions, sans toutefois lui permettre d'instrumentaliser le contentieux privé afin d'espionner un concurrent (§ 1er). Si, en matière de contentieux complémentaire, ce dernier pourra en plus obtenir communication des éléments contenus dans le dossier d'une autorité de concurrence, la protection de l'efficacité du contentieux public commande cependant d'exclure de toute communication les documents auto incriminants remis volontairement par les entreprises dans le cadre des procédures de clémence et de transaction (§ 2nd).

§ 1er : Stratégie probatoire et contentieux autonome

344. Il s'agira dans un premier temps d'étudier les pouvoirs du juge pour permettre au demandeur l'accès aux pièces nécessaires à la démonstration de ses prétentions (A) avant d'étudier, dans un second temps, les limites encadrant la production de preuves (B).

A. Un régime de production des pièces sous le contrôle du juge

345. L'art. 5 de la directive 2014/104 permet au juge d'ordonner la production de preuves détenues par le défendeur ou des tiers, étant entendu que le tiers en question peut être une autorité de concurrence. Sa transposition en droit français à l'art. L483-1 C.com prévoit que les demandes de production formées en vue ou dans le cadre d'une action indemnitaire sont régies par le CPC et le CJA, sous réserves des règles spéciales désormais prévues par le C.com. Au vu de cette formulation, il convient en premier lieu d'aborder la question du régime général de communication des pièces (1), avant d'étudier en second lieu l'impact de la mesure sur les solutions déjà qui étaient applicables en droit français (2).

1. Le régime général de la production de preuves au sens de la directive 2014/104

346. Siège du régime général de la production de preuves, l'art. 5 de la directive prévoit la possibilité pour le juge, à la requête du demandeur, « d'enjoindre au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession » (a). Le texte précise en outre, en son § 8, que la directive ne met ainsi en place qu'un niveau minimum de divulgation autorisant les Etats-Membres à adopter, au moment de la transposition, des règles plus larges que celles prévues par la directive (ce qui induit un risque de forum shopping). Tout en admettant la possibilité pour les parties de demander l'accès à des catégories pertinentes de preuves, la directive commande également d'assurer le respect des secrets d'affaires (b).

a. Un régime de production étendu sous le contrôle du juge

347. Le régime général de production des preuves au sens de la directive 2014/104 suppose que soit opéré par le juge un contrôle de la proportionnalité de la demande. Si la communication *inter partes* demeure de principe, l'art. 5 § 1 permet aux juridictions nationales « d'enjoindre au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession, dans le respect de leur pertinence pour l'issue du litige et de la confidentialité requise »[507]. L'objet de la mesure consiste à faciliter pour la victime l'accès aux documents lui permettant « d'établir les conditions d'une action en réparation sous le contrôle du juge dans les limites de la protection des intérêts légitimes des défendeurs et de l'action publique »[508]. Le demandeur est ainsi fondé à demander l'accès aux preuves détenues par le défendeur ou un tiers, mais sous le contrôle strict du juge, à qui il appartiendra de déterminer si la demande est proportionnelle et si les preuves demandées présentent bien un caractère pertinent eu égard au litige[509].

348. Ce dernier devra ainsi vérifier la plausibilité de la demande conformément à l'art. 5 § 1, et ce afin d'éviter que des actions ne soient engagées de manière inconsidérée. L'art. 5 § 3 subordonne en outre la production forcée au contrôle par le juge de la pertinence et de la proportionnalité de la demande, contrôle à l'occasion duquel devront être vérifiées à la fois l'utilité des preuves demandées, et la proportionnalité de la demande eu égard aux « intérêts

[507] FARACHE A., « Directive sur les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la Concurrence, 2014, n° 41, p. 55.
[508] MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 104.
[509] FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 175.

légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés »[510]. Au titre de cette double appréciation, l'art. 5 § 3 évoque notamment la mesure dans laquelle la demande de production ou la défense qui lui est opposée est étayée de données factuelles et de preuves la justifiant, ainsi que l'étendue et le coût de la production des éléments demandés, et enfin la possibilité que lesdits éléments contiennent des informations confidentielles. Il convient également de préciser que l'art. 5 § 1 offre réciproquement au défendeur (et aux mêmes conditions) la possibilité d'enjoindre au demandeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes.

349. Un tel encadrement par le juge de la production forcée des éléments détenus par les parties ou un tiers est justifié en ce qu'elle est le corollaire de la possibilité de demander l'accès à des catégories de preuves. Le contrôle du juge permet donc à la fois d'éviter que l'action ne soit engagée de manière inconsidérée, mais également d'éviter une instrumentalisation du contentieux privé en vue d'obtenir des informations confidentielles détenues par les concurrents[511].

b. L'accès à des catégories de documents et la protection des secrets d'affaires

350. En son art. 5 § 2, la directive facilite la réunion d'éléments de preuve par la victime en lui permettant de demander l'accès à des catégories de documents, là où plupart des Etats-Membres exigeaient jusqu'alors que le demandeur spécifie chacune des pièces faisant l'objet de la demande. L'obtention d'un mail, par exemple, nécessitait donc que le demande indique concerner « un e-mail, de telle personne à telle personne, à telle date, et ayant tel contenu ». Le caractère secret de l'infraction de concurrence rendant une telle exigence de précision très difficile à satisfaire en pratique, la règle issue de l'art. 5 § 2 présente l'intérêt d'autoriser le demandeur à n'avoir qu'à demander l'accès à « tous les e-mails sur tel sujet entre telle et telle période »[512]. Le texte exige pour cela que la catégorie de documents visée par la demande soit identifiée avec suffisamment de précision, sur la base « de données factuelles raisonnablement disponibles », comme indiqué par le § 2. Les considérants de la directive précisent que l'identification d'une catégorie devra se faire « par référence à des caractéristiques communes

[510] CHAGNY M., « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 7, p. 316.
[511] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 305 ; MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 54 ; MARTY F., « Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010) », *in ibid.*, p. 276.
[512] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.

de ses éléments constitutifs tels que la nature, l'objet ou le contenu des documents […] la période durant laquelle ils ont été établis ou à d'autres critères, pour autant que les preuves relevant de cette catégorie soient pertinentes »[513]. Comme le relève Madame le Professeur Chagny[514], le contrôle de la demande par le juge tel que décrit par l'art. 5 § 3 de la directive se montre plus exigeant que son équivalent actuel en droit interne (art. 145 CPC), ce qui ne constituerait toutefois pas un problème dans la mesure où l'art. 5 § 8 « ne fait pas obstacle au maintien ni à l'introduction, par les États membres, de règles qui conduiraient à une production plus large de preuves ». L'art. 5 § 6 impose enfin aux Etats-Membres de veiller à ce que les juridictions nationales donnent plein effet au secret professionnel lorsqu'elles ordonnent la production de preuves, et l'art. 5 § 8 interdit spécifiquement de prévoir sur ce point des règles plus larges que le niveau de protection garanti par la directive. Le Professeur Chagny relève encore que le droit français permet d'échapper à une demande de production forcée lorsqu'existe un « empêchement légitime », lorsque la demande est adressée à un tiers (art. 11 CPC), ou lorsqu'existe un « motif légitime » lorsque la demande est adressée à une partie au procès (art. 10 Code civil). Or, le secret des affaires comme le secret professionnel pourraient selon elle correspondre à un empêchement légitime ou un motif légitime, bien que tel ne soit pas systématiquement le cas en jurisprudence.

351. Si la possibilité de demander la production de catégorie de documents a pu être qualifié « d'avancée majeure »[515] par un auteur, tout le monde ne partage pas cet avis. La proximité du système mis en place par la directive avec les solutions déjà applicables en droit français ne constituerait, selon Me Fréget, qu'une simple transposition de la jurisprudence de la Cour de cassation[516].

2. L'impact contesté de la directive sur la production de preuves en droit français

352. Contrairement à la directive, le droit français opère une distinction entre la production de preuves pendant et avant procès. La phase de production pendant procès (a) comme avant

[513] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 16.
[514] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, … de la procédure et de la responsabilité civile ? », Recueil Dalloz, 2013, n° 38 p. 2532.
[515] MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels ? », *ibid.*
[516] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.*

procès (b) seront donc toutes deux affectées par la transposition de l'art. 5 de la directive 2014/104.

a. La production de preuves pendant procès

353. Bien que le régime introduit par l'art. 5 tende à rapprocher le mécanisme de la procédure de « *discovery* » américaine, l'encadrement dont il fait l'objet tient compte du risque d'une stratégie de « pêche à l'information », qu'il entend éviter (i). En outre, et même si la demande est considérée comme pertinente, les pièces demandées pourront être couvertes par le secret des affaires, évitant ainsi toute tentative d'espionnage industriel à l'occasion du procès (ii). Il conviendra enfin d'évoquer les recours possibles contre une décision de communication (iii).

i. Un nouveau corps de règles complémentaire du droit commun

354. Loin d'opérer un profond changement en la matière, la transposition de l'art. 5 de la directive par l'ordonnance du 9 mars 2017 introduit dans le Code de commerce un art. L483-1, en application duquel les demandes de communication ou de production de preuves sont régies par les règles du Code de Procédure civile, ou du Code de Justice administrative en cas de compétence des juridictions administratives (comme tel est le cas lorsque la victime est une personne publique à l'occasion d'un contrat public)[517]. Il s'ensuit que les dispositions du Code de procédure civile continueront à s'appliquer au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (et c'est d'ailleurs sur ces dernières qu'il faudra fonder la demande de production), sous réserve de l'application des dispositions propres à ce contentieux introduites dans le Code de commerce par l'ordonnance du 9 mars. La circulaire du 23 mars 2017 rappelle ainsi que les règles en question sont applicables aux articles 132 à 142 CPC, ainsi qu'à l'art. 145 du même Code[518]. Il convient encore de remarquer que la communication d'une pièce ou d'une catégorie de pièces ne saurait être demandée, selon les termes de l'art. L483-1, que lorsque le demandeur allègue de manière plausible un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle. Il convient ainsi de remarquer que cette démonstration « impliquera nécessairement également, dans le cadre d'un contentieux autonome, qu'il soit en mesure de démontrer le caractère plausible de l'existence même d'une telle pratique anticoncurrentielle »[519].

---

[517] DELPECH X., « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », Dalloz actualité, 15 mars 2017 ; T. confl., 16 nov. 2015, n° 4035, Région Île-de-France.

[518] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7.

[519] NINANE F., « Communication ou production de pièces ou de catégories de pièces », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2011

355. Comme le relève M. le Professeur Bosco[520], le CPC permet de fonder la demande de production sur plusieurs de ses dispositions, à commencer par son art. 11 al. 2. Ce dernier dispose ainsi 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. 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 ». Si la demande de production doit être faite à l'initiative de l'une des parties, ordonner la production demeure une faculté pour le juge, qui n'est nullement tenu d'y faire droit. Le recours à l'art. 11 al. 2 est en outre un recours subsidiaire, qui ne saurait être utilisé lorsqu'existent d'autres moyens de se procurer l'élément de preuve objet de la demande. La demande peut enfin être rejetée en présence d'un empêchement légitime, en particulier le secret professionnel, selon la jurisprudence. Bien que ne faisant pas partie de la liste citée par la circulaire, il nous semble logique de considérer que les dispositions de l'art. L483-1 C.com trouvent à s'appliquer à l'art. 11 al. 2, le texte visant « les dispositions du code de procédure civile ».

356. Le Professeur Bosco rappelle ensuite que le CPC distingue la demande introduite pendant l'instance, sur le fondement de son art. 138, de la demande introduite préalablement à l'instance sur le fondement de l'art. 145 (qui fera l'objet de développements *infra*, V. n° 368 s). L'art. 138 CPC dispose ainsi que « si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ». Cette demande ne requiert aucune forme particulière, et, comme l'indique l'art. 139, ne donnera lieu à la délivrance ou à la production de la pièce que si le juge l'estime fondée. Ce dernier en apprécie librement le bien-fondé, procédant à ce titre à un contrôle de la proportionnalité et de la rationalité de la mesure. Ce dernier doit en effet, comme l'indique l'art. 147 CPC, « 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 ». Il doit encore, en application de l'art. 146 du même code, veiller à ce que l'auteur de la demande de production ne dispose pas d'éléments suffisants pour prouver le fait qu'elle allègue, une mesure d'instruction ne devant en aucun cas « être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Il nous semble encore utile d'ajouter que, contrairement à ce que pourrait laisser penser la lettre de l'art. 138, la demande de production n'est pas limitée

[520] BOSCO D., « L'accès aux preuves dans le cadre des actions mises en œuvre dans la sphère privée », in BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D. et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles » éditions IRJS, 2016, p. 72.

aux pièces détenues par les tiers. Cette interprétation est en effet contredite par l'art. 142 CPC, qui dispose que « les demandes de production des éléments de preuve détenus par les parties sont faites, et leur production a lieu, conformément aux dispositions des articles 138 et 139 ». Il convient donc de s'interroger sur l'apport des nouvelles règles du Code de commerce aux règles de droit commun qui viennent d'être évoquées.

ii. Un nouveau corps de règles consacrant largement la jurisprudence

357. Loin d'opérer de lourds changements en droit interne, les règles introduites par l'ordonnance consacrent et permettent de systématiser la pratique déjà en cours devant les juridictions, qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité effectué par le juge (α), de la possibilité de demander accès à des catégories de preuves (β), ou enfin d'accorder une protection particulière aux secrets d'affaires (γ).

α. Le contrôle de proportionnalité

358. Afin de faire obstacle à toute stratégie d'instrumentalisation s'apparentant à une « pêche à l'information », l'art. L483-1 C.com entoure la procédure de plusieurs précautions. Le demandeur doit tout d'abord alléguer de manière plausible l'existence d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle. Le juge devra ensuite contrôler la proportionnalité de la demande de production ou de communication, « en tenant compte des intérêts légitimes des parties et des tiers », les magistrats devant plus particulièrement veiller à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation (en tenant compte pour ce faire de l'utilité des éléments de preuve objets de la demande) avec le caractère confidentiel de ces éléments, « ainsi que la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes » selon le texte. La circulaire du 23 mars 2017[521] précise quant à elle que la règle édictée par l'art. L483-1 C.com ne remet pas en cause la possibilité d'invoquer un empêchement légitime au sens de l'article 141 CPC, ni même de remettre en cause la notion de motif légitime de l'art. 145 CPC et « le contrôle de proportionnalité effectué à l'occasion de toute demande de communication ou de production d'une pièce ». Il nous semble ainsi que la réunion des conditions prévues à l'art. L483-1 ne suffisent pas, en soi, à obtenir la production des preuves demandées : le demande devra en plus satisfaire aux exigences classiques de la jurisprudence rendue sous l'empire des dispositions du Code de procédure civile (V. *supra*, n° 355 et 356).

[521] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7, pt. 1.2.

Cette dernière connaît en outre également la notion de catégorie de pièces, pourtant parfois présentée comme une réelle innovation de la directive 2014/104.

β. La notion de catégorie de pièces

359. Madame le Professeur Claudel[522] s'interroge ainsi sur la question de savoir si la possibilité de demander l'accès à des catégories de pièces constitue ou non une réelle innovation. Elle fait en effet remarquer, comme cela a été relevé *supra* (V. n° 354 s), que le juge disposait déjà de divers moyens d'instruction lui permettant d'ordonner la production de pièces. « Il n'existait cependant pas de procédure générale de divulgation des pièces en procédure civile qui puisse être comparée à la procédure de *discovery* américaine », et les nouveaux textes, « sans révolutionner le droit positif », tendent à rapprocher la procédure française de la procédure de *discovery*, sans toutefois la copier. Son analyse nous semble par ailleurs confirmée par la circulaire du 23 mars 2017, selon laquelle « ces dispositions ne sont pas novatrices et n'ont pas vocation à remettre en cause les solutions bien établies en jurisprudence sur la possibilité reconnue au juge d'ordonner la production de plusieurs pièces lorsque ces pièces sont suffisamment déterminées », la demande devant être accompagnée de précisions permettant de les identifier[523].

360. Le Professeur Claudel précise toutefois que la production des pièces sera « davantage canalisée ». La notion de « catégorie de pièces » dont la communication peut être demandée sur le fondement de l'art. L483-1 C.com fait en effet l'objet d'une précision à l'art. R483-1, qui exige que la catégorie demandée soit « identifiée, de manière aussi précise et étroite que possible, par référence à des caractéristiques communes et pertinentes de ses éléments constitutifs, tels que la nature, l'objet, le moment de l'établissement ou le contenu des documents dont la communication ou la production est demandée ». La réforme reprend d'ailleurs exactement sur ce point la lettre de l'art. 5 de la directive. Il nous semble ainsi que la possibilité de demander communication de catégories pertinentes de preuves ne constituera pas, elle non plus, une véritable avancée dans les droits des victimes. Il convient d'évoquer à ce titre un arrêt du Tribunal de commerce de Paris, à l'occasion duquel les magistrats ont considéré trop large une demande tendant à obtenir la production de « toutes les études économiques » qu'avait produite le défendeur dans le cadre du contentieux public devant l'ADLC. M. Amaro se montre

[522] CLAUDEL E., « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305.
[523] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7, pt. 1.1.

très critique à l'égard de cette interprétation des arts. L481-3 et R481-3 C.com. L'auteur considère que la demande n'était pas déraisonnable, et ne portait en l'espèce que sur quelques pièces dont l'identification ne posait aucune difficulté. Face à une interprétation aussi stricte des textes, ce dernier « voit mal dans quel cas de figure une partie pourra demander la production d'une "catégorie" de pièces », interrogation que nous partageons, et ce d'autant plus qu'admettre la communication des études économiques produites par le défendeur devant l'ADLC aurait grandement facilité la quantification du préjudice par la victime[524]. Confirmant cette volonté de faire preuve de prudence à l'égard de la production de la preuve, l'ordonnance prend en outre le soin d'éviter une instrumentalisation du procès destinée à acquérir des informations confidentielles détenues par un concurrent, en instaurant une procédure garantissant la protection des secrets d'affaires.

γ. La protection particulière des secrets d'affaires

361. Préalablement à la transposition en droit français de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 (dite directive « secrets d'affaires »), l'ordonnance du 9 mars 2017 a transposé « par anticipation » ses mesures protectrices des secrets d'affaires aux arts. R483-2 s C.com et R775-5 s CJA[525]. Depuis la transposition de la directive « secrets d'affaires », les arts. R483-2 s C.com ont été supprimés et remplacés par un régime général de protection des secrets d'affaires, prévu aux arts. L151-1 s C.com, alors que les dispositions du CJA demeurent quant à elles applicables. Ce dernier exige la réunion de 3 conditions cumulatives pour qu'une information puisse être qualifiée comme un secret d'affaires. Le texte dispose qu'il doit s'agir d'information qui n'est pas, « en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ». Le texte exige ensuite que son caractère secret lui confère une valeur commerciale, actuelle ou potentielle, et qu'elle fasse enfin l'objet, de la part de son détenteur légitime, « de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ». Une information répondant à ces 3 conditions fera alors l'objet d'un régime particulier.

362. En application des arts R153-3 C.com. R775-5 CJA, au cours de l'instruction, une partie ou un tiers qui invoque le secret des affaires est tenu, à peine d'irrecevabilité de la demande, de

[524] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018) », Concurrences n° 2-2018, p. 225 ; T.com de Paris, 15ème ch., 25 septembre 2017, « SAS Carrefour France et al. c/ SAS Procter&Gamble Holding France », RG 2016036862.
[525] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

remettre au juge trois documents. Il doit remettre au juge une version confidentielle intégrale de la pièce, une version non-confidentielle, « ainsi qu'un résumé et un mémoire précisant les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires ». Selon les arts. R153-4 C.com et R775-6 CJA, le juge statue ensuite sans audience sur les modalités de communication de la pièce. Les arts R153-5 et R153-6 C.com, ainsi que l'art. R775-7 CJA, disposent qu'il peut alors décider de refuser la communication de la pièce, si cette dernière porte atteinte au secret des affaires. Il peut encore considérer que la communication de la pièce ne porte pas atteinte au secret des affaires, et alors en autoriser la communication intégrale. Dans l'hypothèse où la pièce serait couverte par le secret des affaires, le juge pourrait enfin en organiser la communication partielle, le demandeur obtenant alors une version de la pièce amputée des éléments relevant du secret des affaires. Le Professeur Claudel[526] relève que, comme en dispose l'art. R775-8 CJA, « lorsque la production ou la communication intégrale d'une pièce nécessaire à la solution du litige est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le président de la formation de jugement désigne la ou les personnes pouvant, outre leurs conseils, avoir accès à la pièce et assister aux débats sur le fond ». L'art. R775-4 CJA précise que la motivation des décisions doit préserver la confidentialité des informations relevant du secret des affaires. Les textes précisent que, « à cette fin, il peut en être établi une version non confidentielle à destination des personnes non tenues à l'obligation de confidentialité ». Le Code de commerce prévoyait auparavant des dispositions identiques, aujourd'hui remplacées par les règles introduites à l'art. L153-1 C.com.

363. L'art. L153-1 C.com est applicable aux instances civiles et commerciales ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, dans le cadre de laquelle il serait fait état ou serait demandée la communication ou la production d'une pièce dont il a été allégué par l'une des parties ou par un tiers qu'elle serait de nature à porter atteinte au secret des affaires. Ce constat peut encore résulter d'un jugement. Dans une telle hypothèse, le texte dispose que si la protection du secret en cause ne peut pas être assurée autrement, et sans préjudice des droits de la défense, le juge pourra, d'office ou à la demande de l'une des parties ou d'un tiers :

« *1° Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la*

[526] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;

2° Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;

3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;

4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires ».

L'art. L153-2 impose quant à lui à « toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires […] une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient ». Lorsque la personne en question est une personne morale, le texte étend bien entendu l'obligation à « ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction ». Cette obligation de confidentialité « perdure à l'issue de la procédure », mais « prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles ».

364. Si la règle posée aux arts. L153-1 et L153-2 C.com ne diffère pas substantiellement des règles du CJA et des anciens arts. R483-2 s C.com, la directive secrets d'affaires introduit malgré tout en droit français des sanctions qui n'existaient pas sous l'empire des précédents textes. L'art. L152-8 C.com dispose en effet que toute personne physique ou morale agissant « de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 € ». Ainsi, toute stratégie défensive basée sur des manœuvres dilatoires basées sur l'allégation selon laquelle les pièces demandées par la victime constitueraient des secrets d'affaires présentera désormais le risque de faire condamner l'auteur des pratiques au paiement de cette amende civile.

365. À la suite des développements ci-dessus relatifs au contrôle de proportionnalité de la demande, à la possibilité accordée de demander la communication ou la production de catégories de preuves ainsi qu'à la protection accordée au secret des affaires, il convient d'évoquer les recours à la disposition du demandeur comme du défendeur contre les ordonnances rendues en ces matières.

iii. Les recours du défendeur en matière de communication de pièces

366. En application de l'art. R775-9 CJA, « la décision rejetant la demande de communication ou de production de la pièce ou de la catégorie de pièces n'est susceptible de recours qu'avec la décision sur le fond ». L'art. R775-10 CJA indique quant à lui que « l'ordonnance enjoignant la communication ou la production de la pièce litigieuse est susceptible d'appel, dans un délai de dix jours à compter de sa notification, devant le président de la cour administrative d'appel ou le magistrat qu'il délègue à cet effet ». Devant les juridictions civiles et commerciales, l'art. R153-9 C.com dispose que lorsqu'une décision rejetant la demande de communication ou de production de pièce est rendue dans le cadre d'une instance au fond, elle n'est alors susceptible de recours qu'avec la décision sur le fond. Le texte poursuit en indiquant qu'une décision faisant droit à une telle demande « peut être frappée d'appel indépendamment de la décision au fond dans un délai de quinze jours à compter de la signification de l'ordonnance du juge de la mise en état ou de la date de l'ordonnance du juge chargé d'instruire l'affaire ».

367. L'ensemble des développements ci-dessus illustrent le rôle central qu'occupera le juge en matière d'accès aux preuves, que la circulaire du 23 mars 2017 invite « à tenir compte de la nécessité de préserver l'efficacité des procédures mises en œuvre devant les autorités de concurrence »[527]. Il nous apparaît à cet égard que la protection offerte par la directive et l'ordonnance aux pièces contenues dans les dossiers des autorités de concurrence (V. *infra*, n° 413 s) devrait faire du référé probatoire la pierre angulaire de la stratégie des victimes en matière de réunion des preuves. Cette procédure devrait en effet permettre de contourner la protection offerte par le recours aux procédures négociées (V. *infra*, n° 423 s).

b. La réunion de preuves avant procès : le référé probatoire (expertise *in futurum*)

368. Lorsqu'existe un risque de disparition de documents ou de supports informatiques susceptibles de constituer des preuves, l'art. 145 CPC permet aux victimes, sur requête ou en référé, de se constituer la preuve de faits dont pourrait dépendra la solution d'un litige. On

[527] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, nº 62, p. 25.

parlera alors tantôt d'expertise *in futurum*, tantôt de référé probatoire. Le but de la mesure consiste, avant tout procès, à se constituer la preuve des faits fautifs en accédant aux messageries professionnelles de l'entreprise ainsi qu'à ses pièces comptables[528]. Il s'ensuit qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, le référé probatoire s'avère d'autant plus opportun que la jurisprudence assouplit les conditions habituellement nécessaires pour y recourir[529]. La circulaire du 23 mars 2017 rappelant que les règles évoquées tout au long des développements ci-dessus ne remettent en cause ni la possibilité d'invoquer un empêchement légitime au sens de l'article 141 CPC, ni la notion de motif légitime de l'art. 145 CPC et « le contrôle de proportionnalité effectué à l'occasion de toute demande de communication ou de production d'une pièce », il convient dans un premier temps de détailler le fonctionnement de l'expertise « *in futurum* » (i). Cette dernière revêt d'ailleurs une importance stratégique certaine, tant du point de vue de l'interprétation à donner des nouvelles règles relatives à la communication des preuves que du point de vue de la mise en œuvre de l'action en réparation elle-même, que nous étudierons dans un second temps (ii).

i. L'impact des nouvelles règles du contentieux privé sur le référé probatoire

369. Lorsque les conditions nécessaires à sa mise en œuvre sont réunies, le référé probatoire se découpe en deux phases distinctes[530]. La première permet une suspension momentanée du principe du contradictoire, justifiée par la nécessité de prendre le défendeur « par surprise » (α), à laquelle fait suite une seconde phase à l'occasion de laquelle le principe retrouve ses effets (β). Il conviendra enfin d'observer l'impact de la réforme du contentieux privé sur ces règles (γ).

α. La suspension du contradictoire dans le cadre du référé probatoire

370. La première phase du référé probatoire se déroule en 4 étapes, à l'occasion desquelles le juge des référés procède au contrôle de la proportionnalité de la mesure, opérant à ce titre une succession de vérifications relative à la demande formulée par le requérant. Le juge vérifiera ainsi, dans un premier temps, l'existence de circonstances exigeant « que la mesure ne soit pas prise contradictoirement », en raison d'un risque de disparition des documents ou d'effacement

[528] LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage "da mihi factum, dabo tibi jus"», AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 5, p. 202.
[529] LESQUINS J-L., « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 17.
[530] DUGRENOT F., « La pratique des mesures d'instruction de l'article 145 du code de procédure civile portant notamment sur des supports informatiques au tribunal de commerce de Paris », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p. 189.

des supports informatiques. Dans un second temps, le juge devra apprécier l'existence d'un motif légitime fondant la requête, le requérant devant alors démontrer « qu'il ne dispose pas déjà de preuves suffisantes pour engager son procès, mais qu'il existe au moins un faisceau de présomptions » justifiant la mesure. En effet, le référé probatoire ne saurait en aucun cas permettre « une mesure générale d'investigation [destinée à] découvrir un fondement juridique » à un futur procès[531]. Dans un troisième temps, le juge devra évaluer les chances de succès du futur procès, étant entendu que le prononcé de la mesure exige qu'il soit vraisemblable que ledit procès ne soit pas voué à l'échec. Le juge devra enfin, dans un quatrième temps, faire preuve de pragmatisme en limitant dans le temps la recherche de documents et, si elle est effectuée sur des supports informatiques, en limitant le nombre de mots clés qui seront utilisés pour procéder aux recherches. Admettre une liste trop longue de mots clés risquerait en effet de transformer la mesure d'instruction en « mesure d'investigation générale allant au-delà du juste motif »[532].

371. Si ces conditions sont réunies, la mesure d'instruction sera alors prononcée par le juge, ce qui, en pratique, donnera alors lieu à la désignation d'un huissier chargé de se rendre au siège social du requis afin de se faire remettre les documents pertinents ou de mener des recherches sur support informatique. La mesure d'instruction prononcée par le juge pourrait également impliquer la nomination d'un expert, ce dernier étant alors tenu de se cantonner à ce qui lui est permis dans le cadre de sa mission, qui peut au besoin être modifiée par le juge. L'expert pourrait encore demander la production de document et de rapports d'enquête à une autorité administrative, bien que leur utilité soit variable : il se peut qu'ils n'établissement pas la pratique, ou ne contiennent pas suffisamment de preuves[533]. Ce n'est qu'une fois cette mesure d'instruction effectuée que le principe du contradictoire produira à nouveau effet.

β. L'application du contradictoire dans le cadre de la contestation du référé probatoire

372. À la suite de la première phase, et « dès que la mesure d'instruction a été exécutée, le requis à la possibilité de demander, par référé, la rétractation de l'ordonnance ordonnant la mesure d'instruction »[534]. Si le retrait de l'ordonnance est ordonné, les documents copiés par l'huissier seront alors restitués au requis. À défaut, la procédure continuera son cours, mais dans le respect du principe du contradictoire : le juge aura en effet prévu, dans l'ordonnance, la mise

[531] *Ibid.*
[532] *Ibid.*
[533] LESQUINS J-L., « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », *ibid.*
[534] DUGRENOT F., « La pratique des mesures d'instruction de l'article 145 du code de procédure civile portant notamment sur des supports informatiques au tribunal de commerce de Paris », *ibid.*

sous séquestre des documents copiés par l'huissier. Cette solution est appliquée depuis 2008 par les juridictions parisiennes, afin de prendre en compte le fait que lorsqu'il se rend sur les lieux, l'huissier, éventuellement assisté d'un expert, saisit des documents parmi lesquels certains n'ont aucun lien avec le litige ou sont couverts par le secret professionnel[535]. Il incombera alors au requérant de demander la levée du séquestre, le juge demandant au requis la liste des documents dont il refuse la communication au requérant, le débat contradictoire s'engageant alors sur le contenu de cette liste. En présence des parties, le juge décrit sans les montrer chaque pièce refusée au requérant par le requis, avant de décider de leur communication ou non. Si les parties ne sont pas présente, et à condition que le conseil du requérant soit tenu au secret professionnel, « le débat entre avocats en présence de l'huissier et du technicien informatique est autorisé, ce qui permet de réduire le débat ultérieur devant le juge aux seules pièces sur lesquelles les parties n'ont pu se mettre d'accord ». Il convient en outre de préciser que ni le secret des affaires ni le respect de la vie privée ne sauraient empêcher la communication de pièces, dès lors que le juge considère leur communication nécessaire aux droits de la partie requérante. De même, la Cour de cassation considère que le secret professionnel ne saurait faire échouer une requête fondée sur l'art. 145 CPC[536]. La solution n'est pas remise en cause par les nouvelles règles relatives à la protection des secrets d'affaires, la procédure prévue à l'art. L153-1 C.com étant applicable à toute « mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond ».

373. Le requis n'en demeure pas moins pourvu d'un certain nombre de moyens de défense lui permettant de contester le référé probatoire[537]. Si en principe les art. 808 et 872 CPC conditionnent le recours au référé à l'urgence de la situation et à l'absence de contestation sérieuse, en matière de pratiques anticoncurrentielles, la jurisprudence libère le juge de ces exigences[538]. La contestation pourrait néanmoins consister à qualifier la demande de mesure d'investigation générale : le requérant est en effet tenu de désigner aussi exactement que possible les pièces dont il entend obtenir communication, bien que cette exigence devrait être atténuée par la transposition de la directive (V. *supra*, n° 350). Le requis pourrait également tenter de se fonder sur l'art. 146 CPC, qui précise qu'une mesure d'instruction ne peut en aucun

[535] DU MANOIR DE JUAYE T., « Un exemple de stratégie juridique : la gestion de la preuve avant tout procès », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009, p. 218 ; LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage "da mihi factum, dabo tibi jus" », *ibid*.
[536] DU MANOIR DE JUAYE T., « Un exemple de stratégie juridique : la gestion de la preuve avant tout procès », *ibid*. p. 217 ; Com., 14 novembre 1995, n° 94-13361.
[537] LESQUINS J-L., « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », *ibid*.
[538] Com., 35 octobre 1983, Bull. civ. IV, no 275 et Ch. mixte, 7 mai 1982, D. 1982. 541, concl. Cabannes.

cas « être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». La tâche incomberait alors au juge de déterminer ce qui relève bien d'une impossibilité matérielle d'obtenir la preuve, et ce qui relève en réalité d'une carence du requérant dans l'administration de la preuve. L'art. 147 pourrait encore fonder la contestation, le texte enjoignant au juge de « limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige », en s'attachant à retenir la solution la plus simple et la moins onéreuse. Il convient enfin de rappeler que « l'huissier ne pourrait être autorisé à appréhender des documents sans l'accord de la personne concernée, et ne [pourrait] ni opérer une confiscation ni une saisie de pièces »[539].

γ. L'impact de la réforme du contentieux privé sur le référé probatoire

374. Il convient de remarquer que, comme le précise la circulaire du 23 mars 2017[540], les règles qui viennent d'être évoquées ne se trouvent pas privées de leur intérêt par la réforme du contentieux privé. En effet, l'art. L483-1 C.com ne remettant en cause ni la possibilité d'invoquer un empêchement légitime ou un motif légitime, et ne remettant pas non plus en cause le contrôle de proportionnalité effectué par le juge à l'occasion de toute demande de communication ou de production de pièces, la procédure qui vient d'être décrite *supra* ne devrait pas s'en trouver radicalement transformée. Le contrôle de proportionnalité effectué par le juge conduira donc toujours, comme sous l'empire des règles du Code de procédure civile, à écarter les demandes qui s'analyseraient en des mesures d'investigation générale. Les règles du Code de procédure civile ont toujours posé le problème de la distinction que doit faire le juge entre la simple carence du demandeur dans l'administration de la preuve (qui ne justifie pas le prononcé de la mesure) et l'impossibilité pour lui d'accéder à la preuve (qui juste quant à elle le prononcé de la mesure). Or, le contrôle de proportionnalité effectué par le juge a toujours été un contrôle strict, et, comme nous l'avons évoqué *supra*, la transposition de la directive aboutit à une production de preuves « davantage canalisée », pour reprendre l'expression de Mme le Professeur Claudel (V. *supra*, n° 360)[541].

375. La procédure devrait ainsi toujours se découper en deux phases distinctes. Le contrôle en 4 étapes effectué par le juge afin de déterminer la justification de la mesure ne devrait donc pas

[539] LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage "*da mihi factum, dabo tibi jus*" », *ibid*.
[540] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7, pt. 1.2.
[541] BOSCO D., « L'accès aux preuves dans le cadre des actions mises en œuvre dans la sphère privée », *ibid.,* p. 73, 76 et 82.

subir de transformation radicale. Comme l'a relevé Mme le Professeur Chagny, le contrôle prévu par l'art. 5 § 3 pour contrôler la proportionnalité d'une demande de production de preuves se montre plus exigeant que les règles du droit français, tout en précisant que ces dernières ne nécessiteraient pas nécessairement d'être modifiées, l'art. 5 § 8 de la directive autorisant le maintien de règles qui conduiraient à une production plus large des preuves[542]. Cette remarque semble aujourd'hui avérée, la circulaire du 23 mars 2017 précisant que l'art. L483-1 n'opère pas une remise en cause des règles relatives à l'appréciation de la proportionnalité de la demande par le juge. Quant à la possibilité de demander l'accès à des catégories de documents, la circulaire précise là encore que les dispositions introduites par l'ordonnance du 9 mars « ne sont pas novatrices et n'ont pas vocation à remettre en cause les solutions bien établies en jurisprudence sur la possibilité reconnue au juge d'ordonner la production de plusieurs pièces lorsque ces pièces sont suffisamment déterminées »[543].

376. La question devrait cependant se poser du sens à donner à la précision apportée par la circulaire relativement à la notion d'empêchement légitime (art. 141 CPC) ou de motif légitime (art. 145 CPC), cette dernière indiquant que l'art. L483-1 C.com n'a pas vocation à remettre en cause les solutions acquises en droit positif au sujet de ces deux notions. Or, le Professeur Chagny[544] relève que l'art. 5 § 6 impose aux Etats Membres de veiller à ce que les juridictions nationales donnent plein effet au secret professionnel en matière de règles relatives à la production de preuves, et l'art. 5 § 8 indique explicitement qu'il est interdit sur ce point de prévoir des règles qui conduiraient à une production plus large des preuves. Le Professeur Chagny rappelle que le secret professionnel et le secret des affaires sont susceptibles d'être considérés comme un empêchement légitime ou un motif légitime autorisant à refuser de se conformer à une ordonnance de production ou de communication de preuves, bien que cela ne soit pas systématiquement le cas en jurisprudence. En effet, le secret professionnel a déjà été considéré par la Cour de cassation comme ne faisant pas obstacle à une demande de communication fondée sur l'art. 145 CPC[545], ce qui apparaît désormais manifestement contraire

[542] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, … de la procédure et de la responsabilité civile ? », *ibid*.
[543] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7, pt. 1.1. ; Cass. civ. 2ème, 15 mars 1979, bull. civ. II, n° 88, et com. 12 mars 1979, bull. civ. IV, n° 97.
[544] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, … de la procédure et de la responsabilité civile ? », *ibid*.
[545] DU MANOIR DE JUAYE T., « Un exemple de stratégie juridique : la gestion de la preuve avant tout procès », *ibid*., p. 217 ; Com., 14 novembre 1995, n° 94-13361.

à l'art. 5 § 6 de la directive. La précision apportée par la circulaire du 23 juillet 2017 nous apparaît dès lors contraire au principe de primauté du droit européen, offrant ainsi à l'auteur des pratiques un moyen de défense permettant de faire échouer la demande de communication. Le secret des affaires ne soulève quant à lui aucun problème : la transposition de la directive « secrets d'affaires » permet de généraliser et de préciser la pratique développée par les juridictions parisiennes en la matière, et il semble que, sauf à être considérés comme nécessaires à la solution du litige, les secrets d'affaires doivent échapper à la communication.

377. La prudence est d'ailleurs de mise en la matière, puisque la procédure de référé probatoire « se traduit aujourd'hui par des demandes qui s'apparentent à de véritables perquisitions, notamment informatiques »[546]. Il convient en effet d'observer qu'elle constitue à la fois un levier stratégique essentiel, qui, bien que susceptible d'instrumentalisation, pourrait conditionner le succès de l'action en réparation.

ii. L'importance stratégique de la mesure dans le cadre du contentieux privé

378. Il conviendra tout d'abord de remarquer que le référé probatoire revêt une importance capitale du point de vue de la mise en œuvre même de l'action en réparation, en ce qu'il devrait permettre de contourner la protection offerte par le recours aux procédures négociées (α). Il est important que les juges se montrent stricts quant à l'appréciation qu'ils feront du caractère « nécessaire à la solution du litige » des secrets d'affaires dont ils entendront forcer la communication, tant la mesure s'avère propice aux stratégies d'espionnage (β).

α. Le référé probatoire, clé de voute de la stratégie contentieuse

379. Afin de préserver l'efficacité du contentieux public, la directive 2014/104 prévoit un certain nombre de règles destinées à préserver l'efficacité des programmes de clémence et encourager le recours à la procédure de transaction. Si les premiers permettent en effet de mieux détecter les ententes, la seconde permet quant à elle de parvenir plus rapidement à la sanction, réduisant ainsi l'investissement nécessaire en termes de moyens humains et financier pour les autorités de concurrence. L'art. 7 de la directive interdit à cette fin la communication aux victimes des informations obtenues par les autorités via les procédures de clémence et de transaction. Ces dernières seront alors irrecevables dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, à condition d'avoir été « obtenues par une personne physique ou morale uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence ». L'art. L483-5 C.com, qui transpose

[546] LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage *"da mihi factum, dabo tibi jus"* », *ibid.*

la règle en droit français, dispose quant à lui que « le juge écarte des débats les pièces mentionnées au présent article qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence ». L'emploi du terme « uniquement » nous apparaît dès lors impliquer que, lorsque l'information a été obtenue par la victime autrement que par une demande de communication adressée à une autorité de concurrence, cette dernière est alors parfaitement recevable dans le cadre de l'action en dommage et intérêts, peu important que l'entreprise défenderesse l'ait portée à la connaissance d'une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure de clémence ou de transaction. Il conviendra donc de s'interroger sur la manière dont devra être appréciée cette précision (V. *infra* n° 423 s), l'accès aux preuves demeurant essentiel même en matière de contentieux complémentaire, dans la mesure où elles permettront de renforcer la crédibilité de la quantification du préjudice et de l'établissement du lien de causalité.

380. Outre l'obtention de dommages et intérêts, l'action en réparation présente l'intérêt stratégique de permettre l'accès aux informations détenues par un concurrent, que le demandeur pourra par la suite utiliser à son profit sur le marché.

β. L'instrumentalisation stratégique du droit de la concurrence en vue de l'obtention d'informations confidentielles

381. Bien que conçu comme un moyen de compléter le contentieux public en vue d'assurer l'efficacité de la sanction globale prononcée en cas de violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, le contentieux privé fait l'objet de critiques au regard des larges possibilités d'utilisations opportunistes qu'il offre au demandeur. Outre l'obtention de ressources au détriment d'entreprises rivales et l'augmentation de leurs coûts sur le marché, le contentieux privé permet d'accéder aux informations détenues par ces dernières par le biais du procès[547]. Il s'agit notamment de profiter du principe du contradictoire (en droit interne) et du principe de l'égalité des armes (en droit UE) pour obtenir des informations sur un concurrent, en le conduisant à les produire au procès à titre de moyens de défense[548]. L'objectif est alors de dissoudre ou de capter un avantage concurrentiel détenu par une entreprise rivale, les règles de

[547] MARTY F., « Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010) », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 276.
[548] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 54.

la procédure civile permettant l'accès à des informations normalement rendues confidentielles par le secret des affaires, qui pourront par la suite être utilisées sur le marché[549].

382. Le livre blanc de la Commission précise ainsi qu'il « il importe […] d'éviter les effets négatifs qu'entraîneraient des obligations de divulgation trop larges et contraignantes, notamment le risque d'abus susceptible d'en découler »[550]. Il nous semble que si l'ensemble des règles évoquées au titre des développements *supra* permettent, lorsque la solution du litige en dépend, la communication d'informations couvertes par le secret des affaires, les magistrats devront prendre garde à ne l'autoriser que de manière exceptionnelle, et si possible priver le demandeur d'accéder directement à la pièce. Les arts. L153-1 et R153-7 C.com autorisent alors en effet le juge à procéder à la communication selon les conditions et modalités qu'il détermine, notamment en désignant les personnes susceptibles d'accéder à la pièce. Les nouvelles règles permettant en effet d'accéder aux pièces couvertes par le secret des affaires, un accès total à la pièce demandée nous semble devoir demeurer exceptionnel et ne pas devenir la règle, à défaut de quoi l'instrumentalisation du contentieux privé permettrait au demandeur d'acquérir d'importantes informations relatives à la stratégie d'un concurrent.

383. Les règles qui viennent d'être évoquées *supra* relatives à la protection des secrets d'affaires ne constituent en outre pas les seules restrictions applicables en matière de preuve. D'autres règles interviennent en effet, tantôt sanctionnant le défendeur, tantôt le demandeur.

B. Un régime de production des pièces objet d'un encadrement

384. Les règles de production de la preuve font, d'une part, l'objet d'un encadrement qui trouve son origine dans les règles transposées par l'ordonnance du 9 mars 2017, qui visent à assurer que le défendeur se conforme aux injonctions prononcées à son encontre (1). Le demandeur est quant à lui soumis, d'autre part, au respect du principe de loyauté de la preuve (2).

1. Les sanctions garantissant l'effectivité des injonctions de production de la preuve

385. La directive impose aux Etats-Membres, en son art. 8, de prévoir des sanctions à l'encontre du défendeur qui refuserait de se conformer à une injonction de communication ou de production de preuves, dont elle ne précise toutefois pas la nature (a). Or, si le droit français

[549] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009, p. 305.
[550] CE, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, pt. 2.2., p. 5.

prévoyait déjà un régime de sanctions, une transposition n'était pas moins nécessaire en raison du champ de l'art. 8, plus large que les textes du CPC (b).

a. Le régime de sanctions introduit par la directive

386. En application de l'art. 8 § 1 de la directive 2014/104, les parties comme les tiers à qui serait adressée une injonction de produire des éléments de preuve seraient passibles de sanctions dans 4 hypothèses. Tel sera le cas en cas de non-respect ou de refus de se conformer à une injonction de production de preuves émanant d'une juridiction nationale, ou en cas de destruction de preuves pertinentes. Sera encore sanctionné le non-respect ou le refus de se conformer aux obligations imposées par une injonction d'une juridiction nationale protégeant des informations confidentielles. L'art. 8 sanctionne enfin la violation des restrictions relatives à l'utilisation des preuves issues du dossier d'une autorité de concurrence. Comme le relève un auteur[551], les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de violation des règles de l'art. 8 § 1 ne font l'objet d'aucune précision par les textes, l'art. 8 § 2 se contentant de préciser qu'elles doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives », et comprennent « la faculté de tirer des conclusions défavorables, par exemple en présumant que le fait litigieux en question est avéré ou en rejetant, en tout ou en partie, les demandes et moyens de défense » de l'auteur des pratiques. La règle, introduite en droit français par l'ordonnance du 9 mars, devrait constituer un moyen efficace pour assurer le respect des injonctions prononcées par le juge.

b. Le régime de sanctions transposé par l'ordonnance

387. Usant de la latitude offerte au législateur par l'art. 8 de la directive, l'ordonnance du 9 mars 2017 introduit, à l'art. R483-14 C.com, la possibilité de prononcer une amende civile d'une montant maximum de 10 000€ dans les mêmes hypothèses que celles prévues par la directive, à l'exception de la violation des restrictions relatives à l'utilisation des preuves issues du dossier d'une autorité de concurrence, qui ne fait l'objet d'aucune mention (la circulaire du 23 mars 2017 précise en effet l'application de sanctions pénales en pareille hypothèse). Le texte précise que « le juge peut également tirer toute conséquence de fait ou de droit au préjudice de la partie ayant été à l'origine de l'un quelconque des comportements mentionnés au présent article »[552]. Comme le relève très justement Mme le Professeur Claudel[553], « si cette dernière

[551] SAINT-ESTEBN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 258.
[552] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 9.
[553] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

précision peut être indiscutablement utile, on peut douter […] du caractère véritablement dissuasif de la sanction pécuniaire fulminée, à rebours de l'exigence de la directive, qui requérait des sanctions effectives et dissuasives ». La sanction prévue à l'art. R483-14 peut en outre se cumuler aux textes du Code de Procédure civile, ces derniers satisfaisant aux exigences de la directive comme l'avait anticipé Mme le Professeur Chagny[554]. La circulaire du 23 mars 2017[555] précise en effet que, concernant le cas prévu au 1° de l'art. R483-14 C.com (à savoir le « défaut de respect ou le refus de se conformer à une injonction de communication ou de production de pièces »), le juge peut « assortir toute mesure d'injonction délivrée à une partie ou à un tiers d'une astreinte », en application des articles 10 du Code civil et des art. 134 et 139 CPC.

388. D'un point de vue stratégique, seule la possibilité de « tirer toute conséquence de fait ou de droit » du refus de se conformer à l'injonction de production nous semble constituer une réelle menace pour l'auteur des pratiques. Ainsi, à chaque fois qu'une pièce incriminante contenant des informations sensibles fait l'objet d'une demande de communication, il pourra être rentable de refuser de se plier à l'injonction. Le juge en tirera certes les conséquences, ce qu'il aurait fait de toute façon puisque nous raisonnons sur l'hypothèse d'une pièce incriminante, mais payer une amende d'un montant maximal de 10 000€ nous semble rentable s'il s'agit de préserver des secrets/informations qui rapporteront largement plus que cette somme une fois exploités sur le marché. Le raisonnement serait le même en présence d'une pièce qui ne serait pas couverte par le secret des affaires, mais contiendrait tout de même des informations sensibles. Refuser de se conformer à l'injonction, payer l'amende civile prévue par l'art. R483-14, et voir le juge tenir pour établi le chef de préjudice que la pièce est censée prouver pourrait s'avérer plus rentable que de partager les informations qu'elle contient.

389. Parallèlement à cette obligation pour l'auteur des pratiques de se conformer aux injonctions relatives à la communication ou à la production des preuves, le demandeur ne saurait de son côté jouir d'une absolue liberté en matière d'administration de la preuve. Il devra en effet se conformer au principe de loyauté de la preuve, bien que le droit à la preuve puisse à notre avis l'atténuer.

[554] CHAGNY M., « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 7, p. 316.

[555] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 9.

2. Le principe de loyauté de la preuve et le droit à la preuve

390. Si la preuve d'un fait juridique est libre, le demandeur n'est pas moins tenu de respecter le principe de la loyauté de la preuve (a), bien que ce dernier ne soit pas absolu. Il arrive en effet que la loyauté de la preuve cède face au droit à la preuve, raisonnement que semble par ailleurs encourager l'art. 4 de la directive 2014/104 (b).

a. Une preuve libre mais loyale

391. La faute civile ouvrant droit à réparation consistant en un « fait qu'il s'agit de constater », la preuve de ce comportement peut être établie par tout moyen, et la charge en incombe au demandeur[556]. Cependant, et contrairement à ce que son nom pourrait laisser penser, le principe de la liberté de la preuve n'autorise pas la production de n'importe quels éléments. Le principe de liberté de la preuve ne concerne en effet que la légalité de cette dernière, et admet la recevabilité de tous les modes de preuve, sans qu'il ne soit exigé par les textes de recourir à un mode particulier tel que la preuve écrite, par exemple. Le principe de liberté de la preuve est cependant sans effet sur l'exigence de loyauté de la preuve[557].

392. L'application du principe de loyauté de la preuve, rattaché à l'art. 6 CESDH, est reconnu en matière civile par un arrêt de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation, et la Chambre commerciale admet quant à elle son application au contentieux de la concurrence. Comme le relève Me Donnedieu de Vabres-Tranié, l'essence du principe de loyauté peut se résumer en une citation du Doyen Carbonnier, selon laquelle « si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas »[558]. Ces « coups bas » peuvent prendre diverses formes, qu'il s'agisse de l'utilisation d'un enregistrement téléphonique réalisé à l'insu de son adversaire, ou encore de l'inciter à commettre un acte illicite. À titre d'exemple, la Cour de cassation a pu censurer une ordonnance désignant un huissier chargé de se rendre chez un opticien sans décliner son identité ni sa qualité, accompagné d'un tiers devant se faire établir un devis pour des lunettes de soleil afin de démontrer des pratiques de concurrence déloyale. La censure a également été encourue dans une affaire comparable, et ce malgré le fait que l'huissier ait dévoilé son nom et sa qualité[559]. Elle peut encore découler de la production tardive des preuves,

---

[556]BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, n° 533, p. 420.
[557] AYNES A., « Les difficultés probatoires en droit commercial », Dossier sur la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 200.
[558] DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., « La loyauté dans l'administration de la preuve », Gazette du Palais, 24 mai 2012, n° 145, p. 44.
[559] AYNES A., « Les difficultés probatoires en droit commercial », *ibid.* ; LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage "*da mihi factum, dabo tibi jus*" », *ibid.*

ces dernières devant être communiquées en temps utiles. Des pièces communiquées quelques jours seulement avant l'audience ont ainsi pu être écartées des débats, bien qu'une pièce communiquée en cours d'audience ait pu être admise car de nature à modifier l'opinion des juges[560]. La déloyauté d'un mode de preuve peut enfin découler de l'atteinte que sa production porterait aux droits fondamentaux de l'adversaire, tels que le droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances (notamment entre l'avocat et son client), ou encore au secret professionnel[561].

393. La protection qu'offre au défendeur le principe de loyauté de la preuve n'est cependant pas absolue. Cette dernière s'estompe parfois face au principe du droit à la preuve, et le rappel des principes d'effectivité et d'équivalence à l'art. 4 de la directive 2014/104 nous semble par ailleurs pouvoir s'interpréter comme allant dans le sens d'une application plus large de ce principe par les magistrats.

b. Un droit à la preuve primant l'exigence de loyauté

394. La Cour de cassation reconnaît, depuis un arrêt du 5 avril 2012, l'existence d'un droit à la preuve, qui constitue une limite aux autres droits fondamentaux susceptibles d'être invoqués dans le cadre du principe de loyauté comme une limite à la production d'une pièce[562]. Le droit à la preuve autorise alors la production d'éléments portant atteinte à un droit fondamental de l'adversaire, à condition que la pièce en cause soit indispensable (c'est-à-dire qu'elle doit conditionner la solution du litige et être irremplaçable), et que l'atteinte portée au droit fondamental en cause ne soit pas disproportionnée.

395. Malgré ce premier tempérament, et comme le relève Mme le Professeur Luc, il est permis de se demander si la jurisprudence rendue en matière de loyauté de la preuve « ne désarme pas les plaignants de toute faculté de se constituer des preuves, dans un domaine où celles-ci sont, par définition, cachées »[563]. Ces règles de preuve pourraient en outre, selon elle, rendre impossible ou excessivement difficile par le justiciable l'exercice des droits qui lui sont conférés, position qui nous semble renforcée par l'art. 4 de la directive. Ce dernier rappelle en effet que le principe d'effectivité du droit de l'Union Européenne impose que « toutes les règles et procédures nationales ayant trait à l'exercice du droit de demander des dommages et intérêts soient conçues et appliquées de manière à ne pas rendre pratiquement impossible ou

[560] DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., « La loyauté dans l'administration de la preuve », *ibid.*
[561] AYNES A., « Les difficultés probatoires en droit commercial », *ibid.*
[562] Civ. 1ère, 5 avril 2012, n° 11-14177.
[563] LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage *"da mihi factum, dabo tibi jus"* », *ibid.*

excessivement difficile l'exercice du droit […] à réparation intégrale du préjudice ». Toutes les règles et procédures étant visées par le texte, le principe de loyauté de la preuve pourrait alors, à condition que les circonstances le justifient, être amené à reculer. Jusqu'ici limité à l'hypothèse dans laquelle la production d'une pièce porterait atteinte aux droits fondamentaux du défendeur, le droit à la preuve pourrait ainsi évoluer en une notion plus large, susceptible de concerner toutes les hypothèses dans lesquelles un mode de preuve est rejeté car considéré comme déloyal alors qu'il est excessivement difficile ou pratiquement impossible pour la victime de prouver son droit. Le principe de loyauté de la preuve nous apparaît ainsi demeurer invocable par le défendeur à l'action en réparation dans le cadre d'une stratégie contentieuse, mais devoir recevoir exception lorsque son application rendrait, pour le demandeur, la preuve de son droit excessivement difficile ou pratiquement impossible. Ces derniers devront donc faire en sorte, dans le cadre de leur stratégie de façonnage normatif, de se ménager une jurisprudence admettant largement la possibilité de recourir à des modes de preuves qui seraient normalement jugés déloyaux, tels que le recours à des stratagèmes ou des enregistrements clandestins. Il semble à notre avis possible d'y parvenir par le biais de la jurisprudence « Von Colson », qui oblige le juge à interpréter les règles du droit national conformément aux règles du droit européen, y compris les règles contenues dans les directives.

396. Les problématiques relatives à la loyauté de la preuve ne manqueront pas de s'illustrer à l'occasion de la communication de pièces contenues dans les dossiers d'une autorité de concurrence. Justifié par les besoins de l'enquête de concurrence, le recul des droits de la défense en la matière pourrait conduire à la communication, dans le cadre du contentieux de la réparation, de pièces qui ne seraient normalement pas admissibles au regard du principe de loyauté de la preuve.

§ 2nd : Stratégie probatoire et contentieux de suivi

397. La directive 2014/104 consacre la possibilité pour le demandeur d'obtenir la communication, dans le cadre d'un contentieux complémentaire, de pièces contenues dans le dossier d'une autorité de concurrence. L'ordonnance du 9 mars 2017 en précise les règles, imposant en la matière un principe de subsidiarité destiné à privilégier une communication *inter partes* (A). Il conviendra en outre d'étudier les limites encadrant la production d'éléments issus du dossier d'une autorité de concurrence dans le cadre du contentieux de suivi (B).

A. Un accès au dossier nécessaire mais subsidiaire

398. L'accès aux dossiers des autorités de concurrence par les victimes a été admis puis progressivement élargi par la CJUE dans sa jurisprudence, qui soulevait diverses questions au regard des textes nationaux (1). La directive 2014/104 est donc intervenue afin d'harmoniser les règles en la matière, transposées en droit français par l'ordonnance du 9 mars 2017 (2).

1. L'accès aux dossiers des autorités de concurrence sous l'impulsion de la jurisprudence

399. Dans le but d'assurer l'effet utile de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, auquel participe l'action en réparation du dommage subi par les victimes, la CJUE a rendu deux importants arrêts destinés à leur autoriser l'accès aux dossiers des autorités de concurrence (a). De la même manière, les juridictions françaises ont entendu garantir aux victimes l'accès aux documents détenus par les autorités de concurrence, sans toutefois faire preuve d'une grande lisibilité en la matière (b).

a. L'accès au dossier des autorités de concurrence sur le fondement du principe d'effectivité

400. Comme la CJUE l'avait déjà affirmé dans un arrêt « Courage c/ Crehan »[564], « l'effet utile de l'interdiction des ententes postule la possibilité de demander réparation ». La CJUE jugeait à cette fin, dans un arrêt « Pfleiderer », que les documents et informations fournis à une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure de clémence pouvaient faire l'objet d'une communication au demandeur à l'action en réparation. Il appartient alors « aux juridictions des Etats 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 protégés par le droit de l'Union »[565].

401. À la suite de ce premier arrêt, la CJUE a eu l'occasion de revenir sur la question dans une affaire « Donau Chemie », à l'occasion de laquelle elle « privilégie la protection des victimes à celle de la confidentialité, nourrissant ainsi la crainte de voir décliner l'attractivité des procédures de coopération avec les autorités de concurrence ». La décision, fondée sur les principes d'effectivité et d'équivalence, indique que « le juge doit nécessairement adopter une attitude nuancée, pragmatique et soupeser l'importance respective du droit d'accéder à ces informations, d'une part, et du respect de la confidentialité, d'autre part ». Elle s'oppose dès lors

[564] COUTRON L., « Du difficile équilibre à trouver entre l'accès au dossier des victimes de pratiques anticoncurrentielles et la protection de la confidentialité », RTD Eur., 2014, n° 2, p. 478 ; CJUE, 20 septembre 2001, « Courage Ltd c/ Bernard Crehan », aff. C-453/99.

[565] BLAISE J-B., « Autonomie procédurale et accès au dossier d'une ANC. Règlement n° 1/2003. Articulation de la procédure de clémence devant l'Autorité de la concurrence et d'une procédure privée devant une juridiction ordinaire », RTD Eur., 2011, p.844 ; CJUE, 14 juin 2011, « Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt », aff. C-360/09.

à « toute règle rigide, tant dans le sens d'un refus absolu d'accès aux documents en question, que dans celui d'un accès généralisé à ces documents », une telle approche étant considérée par la Cour comme susceptible de porter atteinte à l'application effective du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, là où un refus absolu de permettre aux victimes l'accès aux documents remis à une autorité de concurrence dans le cadre de la procédure de clémence anéantirait pour elle tout espoir d'obtenir réparation, en la contraignant de fournir une « preuve diabolique », un accès systématique et généralisé à de tels documents nuirait à la politique de répression des pratiques anticoncurrentielles en décourageant le recours à la clémence, outil de détection privilégié en matière d'ententes[566]. La décision de la CJUE n'a pas été sans soulever de questions du point de vue du droit français, ce dernier connaissant précisément une hypothèse d'interdiction absolue de communication, bien que la jurisprudence nationale ait pu en tempérer les conséquences.

b. L'appréciation des règles nationales régissant l'accès au dossier des autorités de concurrence

402. Préalablement à la publication de la directive 2014/104 et à sa transposition en droit français, le droit interne connaissait déjà un certain nombre de règles encadrant l'accès aux éléments contenus dans le dossier d'une autorité de concurrence[567]. Il convient notamment de mentionner, à ce titre, l'art. L463-6 C.com, qui assortit de sanctions pénales « 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 ». Or, la Cour de cassation est venue tempérer, dans un arrêt « Semavem », l'interdiction posée par le texte en autorisant, dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'utilisation par le défendeur de pièces couvertes par le secret de l'instruction à la condition que leur utilisation soit rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense. Dans un souci de favoriser l'action des victimes, la solution dégagée dans l'arrêt « Semavem » a par la suite été étendue aux demandeurs qui demandaient, sur le fondement de l'art. 138 CPC, la communication de pièces contenues dans les dossiers des autorités de concurrence. Tantôt entendant favoriser l'exercice des droits de la défense, tantôt entendant au contraire améliorer

[566] COUTRON L., « Du difficile équilibre à trouver entre l'accès au dossier des victimes de pratiques anticoncurrentielles et la protection de la confidentialité », *ibid.* ; CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, Donau Chemie e.a.

[567] CLAUDEL E., « Les implications procédurales de loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre mer - 2e volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », RTD Com., 2013, n° 3, p. 512.

la situation du demandeur, « ces décisions, hétéroclites dans les directions qu'elles empruntent, [rendaient] le contentieux difficilement lisible »[568].

403. La « loi Outre-Mer » est ainsi venue introduire en droit français un art. L462-3 C.com, qui autorisait, dans sa version initiale, la transmission des pièces détenues par l'ADLC en cas de demande émanant d'une juridiction, ou en cas de consultation. Les documents pouvaient également être transmis spontanément par l'ADLC dans le cadre de sa mission « *d'amicus curiae* ». Le texte n'imposant à l'ADLC aucune obligation de communiquer les pièces demandées, cette dernière demeurait libre d'y procéder ou non, et le texte imposait en outre que soit refusée toute communication aux parties se trouvant déjà en possession des pièces demandées[569]. Le texte excluait enfin de toute communication les pièces élaborées ou recueillies à l'occasion d'une procédure de clémence, marquant ainsi « la primauté de l'intérêt public de cette procédure […] sur l'exercice par les victimes de leurs droits et intérêts indemnitaires »[570]. La question se posait également de savoir si l'exclusion devait aussi concerner les documents qui auraient été communiqués à l'ADLC dans le cadre d'une demande qui n'aurait pas abouti à l'ouverture d'une procédure de clémence[571].

404. Le choix du législateur à l'époque de faire primer les intérêts du contentieux public au détriment du contentieux privé a pu faire l'objet de critiques. En effet, dans un contexte de « course à la clémence », rendre la procédure un peu moins attractive n'aurait pas nécessairement découragé les entreprises d'y recourir, « une immunité même partielle [valant] mieux que pas d'immunité du tout »[572]. Or, les dispositions de la directive comme de l'ordonnance du 9 mars 2017 s'inscrivent dans la même ligne.

2. Les nouvelles règles encadrant l'accès au dossier des autorités de concurrence

405. La directive et l'ordonnance mettent en place un système distinguant 3 catégories de documents, désignés en doctrine sous les appellations respectives de « liste noire », « liste grise » et « liste blanche »[573]. Le Code de commerce prévoit un encadrement spécifique en cas

---

[568] *Ibid.* ; Com., 19 janvier 2010, n°08-19.761.
[569] *Ibid.*
[570] CLARENC C. et CHRISTOL R., « Transmission des dossiers de l'Autorité de la concurrence dans les procédures indemnitaires », JCPE, 10 janvier 2013, n° 2, p. 9.
[571] CHAGNY M., « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », Recueil Dalloz, 2013, n° 13, p. 851.
[572] CLAUDEL E., « Les implications procédurales de loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre mer - 2e volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », *ibid.*
[573] MASMI-DAZI F., « Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du

de demande d'accès au dossier d'une autorité de concurrence (a). Seuls les documents inclus dans la liste noire sont exclus de toute communication, afin de préserver l'attractivité des procédures négociées (b). À l'inverse, la protection des documents correspondant à la liste grise n'est quant à elle qu'une protection temporaire (c), là où les documents de la liste blanche sont susceptibles d'être communiqués librement (d).

a. Un encadrement procédural de la production des pièces

406. Si les textes affirment pour les victimes le droit d'accéder au dossier de l'autorité de concurrence saisie de l'affaire, cette possibilité ne présente qu'un caractère subsidiaire (i). Le droit français impose en outre au juge l'obligation d'informer l'autorité de concurrence en question de toute demande qui lui est adressée en vue d'un accès au dossier de cette dernière (ii).

i. L'affirmation d'un principe de subsidiarité

407. En application de l'art. L483-1 C.com, « les demandes de communication ou de production de pièces ou de catégorie de pièces formées en vue ou dans le cadre d'une action en dommages et intérêts par un demandeur qui allègue de manière plausible un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 sont régies par les dispositions du code de procédure civile ou celles du code de justice administrative sous réserve des dispositions du présent chapitre ». Il semble dès lors que la demande d'accès à des pièces contenues dans le dossier d'une autorité de concurrence doive être fondée sur l'art. 138 CPC, et la circulaire du 23 mars 2017 paraît confirmer cette lecture[574].

408. Dans la droite ligne de la jurisprudence précédant la réforme, l'ordonnance du 9 mars 2017 affirme le caractère subsidiaire de l'accès au dossier des autorités de concurrence. L'art. L483-4 C.com dispose en effet que « le juge ne peut pas ordonner à l'Autorité de la concurrence, au ministre chargé de l'économie, à toute autorité de concurrence d'un autre Etat membre ou à la Commission européenne la production d'une pièce figurant dans son dossier lorsque l'une des parties ou un tiers est raisonnablement en mesure de fournir cette pièce »[575]. L'emploi du terme

droit des victimes », Revue Lamy de la Concurrence, 2013, n° 37, p. 78 ; MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 104 ; et FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 175.

[574] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7.

[575] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.*

« raisonnablement » par l'ordonnance permet ainsi d'aligner la règle de droit interne sur celle de la directive, et d'éviter les difficultés d'interprétation qu'aurait pu soulever l'art. L462-3 C.com, qui autorise la communication des éléments du dossier de l'ADLC à la demande d'une juridiction, mais n'emploie pas le terme « raisonnablement »[576]. Soucieux d'éviter tout conflit d'interprétation, le texte précise désormais que ses dispositions « ne sont pas applicables aux demandes de production de pièces formées en vue ou dans le cadre d'une action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 ». M. le Professeur Bosco relève encore que, là où l'art. L462-3 C.com ne faisait de la communication qu'une simple faculté pour l'ADLC, le texte employant en effet le terme « peut », la directive semble quant à elle en faire une obligation. Cette interprétation nous semble d'autant plus exacte que l'art. L483-4 C.com emploi le terme « ordonner », laissant ainsi peu de doute quant au caractère obligatoire de la communication demandée. Les textes mettent ensuite en place des dispositions destinées à assurer une coopération entre le juge et les autorités de concurrence.

ii. Les mesures de coopération entre magistrats et autorités de concurrence

409. Les textes mettent en place deux mécanismes destinés à assurer une coopération entre le juge (civil ou administratif) et l'autorité de concurrence saisie de l'affaire, bien que, comme le relève Mme le Professeur Claudel, « il s'agit plutôt d'une façon de préserver les intérêts de cette dernière »[577].

410. Le premier mécanisme, prévu à l'art. R483-11 C.com et à l'art. R483-4 CJA, concerne l'hypothèse d'un contentieux parallèle devant le juge de la réparation et une autorité de concurrence. Les parties concernées par cette procédure doivent alors informer l'autorité de concurrence « de toute demande, qu'elles ont formée ou dont elles sont destinataires, ayant pour objet la communication ou la production de pièces figurant dans le dossier de l'autorité ». Cette information n'obéit à aucun formalisme particulier, et « le manquement à cette "obligation" ne devrait s'accompagner d'aucune sanction, l'idée étant d'éviter qu'une absence d'information de l'autorité fasse obstacle à l'examen de la demande de communication ou de production d'une pièce »[578]. La règle permet simplement à l'autorité de concurrence « d'émettre, de sa propre

[576] BOSCO D., « L'accès aux preuves dans le cadre des actions mises en œuvre dans la sphère privée », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D. et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles » éditions IRJS, 2016, p. 83.
[577] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.*
[578] DUMARÇAY M., « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *ibid.*

initiative, un avis sur cette communication », qui sera transmis aux parties en application des art. R483-12 C.com et R775-13 CJA[579].

411. Quant au second mécanisme, prévu à l'art. R483-13 C.com et à l'art. R775-14 CJA, il s'agit de la possibilité pour le juge de la réparation de demander l'avis de l'autorité de concurrence compétente afin de « s'assurer qu'une pièce relève de l'interdiction prévue à l'article L. 483-5 ». Il devra ainsi communiquer la pièce litigieuse à l'autorité, et l'avis rendu par cette dernière devra préserver « la confidentialité des informations contenues dans la pièce ». Le greffe communiquera ensuite « cet avis aux parties, et, le cas échéant, au tiers détenteur de ladite pièce ».

412. Après avoir présenté cet encadrement procédural de l'accès aux dossiers des autorités de concurrence, qui ne s'avère à notre avis pas particulièrement contraignant, il convient d'entrer dans le vif du sujet et d'évoquer les règles relatives à la liberté ou à l'interdiction d'accéder aux pièces contenues dans lesdits dossiers.

b. Une liste noire interdisant l'accès aux pièces auto-incriminantes fournies par l'entreprise

413. La liste noire offre le degré le plus élevé de protection aux pièces remises par une entreprise à une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure de clémence ou de transaction. Il conviendra donc, dans un premier temps, de s'interroger sur les documents entrant dans le champ de cette protection, la formulation des textes pouvant conduire à s'interroger sur la question (i). Il conviendra ensuite, dans un second temps, de s'interroger sur la portée stratégique de cette interdiction de communication (ii).

i. Les documents concernés par la liste noire

414. En application de l'art. 6 § 6 de la directive 2014/104, il est interdit aux juridictions nationales d'enjoindre à une partie ou à un tiers de produire « les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence » et « les propositions de transaction ». Ces documents ne devraient donc, « à aucun moment » (selon l'expression employée par la directive), pouvoir faire l'objet d'une divulgation[580]. La règle marque un « durcissement important » par rapport à celles jusqu'alors dégagées par la jurisprudence européenne dans les arrêts « Pfleiderer » et « Donau Chemie » (V. *supra*, n° 400 s), permettant ainsi de protéger l'efficacité des procédures de clémence et de

[579] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.*
[580] REDON D., « Les actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles bientôt facilitées », *ibid.* ; ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », Revue de l'Union européenne, 2015, p.378.

transaction [581]. Comme le relève M. le Professeur Coutron, « la coopération des acteurs des pratiques anticoncurrentielles est bien trop précieuse pour que les pouvoirs publics puissent prendre le risque de s'aliéner leur soutien »[582].

415. L'ordonnance du 9 mars 2017 confirme elle aussi l'importance d'une telle coopération, et introduit en droit français l'interdiction de communiquer les documents appartenant à la liste noire. Ces derniers constituent en effet des déclarations auto-incriminantes, effectuées en vue d'obtenir le bénéfice d'une procédure de clémence ou de transaction, et leur « divulgation ferait courir le risque d'engager la responsabilité civile ou pénale des entreprises ou de leur personnel dirigeant qui coopèrent dans des conditions plus désavantageuses que celles des coauteurs de l'infraction qui ne coopèrent pas avec les autorités de concurrence »[583]. Contrairement à l'exception au principe de la responsabilité solidaire, qui ne bénéficie qu'au bénéficiaire d'une exonération totale de clémence (V. *supra*, n° 198), la règle prévue à l'art. L483-5 C.com se montre quant à elle plus large puisqu'elle concerne les déclarations effectuées « en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanctions en application d'une procédure de clémence ».

416. En application de l'art. L483-5 C.com, la protection contre la communication concerne en premier lieu les « exposé[s] écrit[s] ou la transcription de déclarations orales présenté[s] volontairement à une autorité de concurrence […] et contribuant à établir la réalité d'une pratique anticoncurrentielle […] et à en identifier ses auteurs, en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanctions en application d'une procédure de clémence ». Selon Mme le Professeur Claudel, le texte modifie ainsi le texte antérieurement applicable, à savoir l'art. L462-3 C.com, en application duquel l'ADLC « peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies » dans le cadre d'une procédure de clémence, « 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 ». Or, le droit nouveau s'avère plus étroit, dans la mesure où l'art. L462-3 C.com protégeait contre la communication l'ensemble des documents issus de la procédure de

[581] ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *ibid.* ; IDOT L., « Une année marquée par l'adoption de la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation », RTD Eur., 2015, n° 4, p. 807.
[582] COUTRON L., « Du difficile équilibre à trouver entre l'accès au dossier des victimes de pratiques anticoncurrentielles et la protection de la confidentialité », *ibid*.
[583] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.* ; DELPECH X., « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », Dalloz actualité, 15 mars 2017.

clémence, alors que l'interdiction de communication ne concerne plus désormais que les « déclarations en vue d'obtenir la clémence », ainsi que les « propositions de transaction spontanées et auto-incriminantes ». Prenant le soin d'éviter toute zone de flou dont pourraient tirer parti le défendeur, l'art. L462-3 précise que ses dispositions ne sont pas applicables aux actions fondées sur l'art. L481-1 C.com (V. *infra*, n° 426).

417. L'art. L483-5 C.com accorde également sa protection aux « exposé[s] écrit[s] ou [aux] transcription[s] de déclarations orales présentés volontairement à une autorité de concurrence […] traduisant [la volonté de leur auteur] de renoncer à contester la réalité des griefs qui lui sont notifiés et la responsabilité qui en découle, ou reconnaissant sa participation à une pratique anticoncurrentielle et la responsabilité qui en découle ». Le texte ajoute que l'interdiction « s'applique également aux passages d'une pièce établie à l'occasion d'une enquête ou d'une instruction devant une autorité de concurrence et qui comporteraient une transcription ou citation littérale des exposés mentionnés aux alinéas précédents ». Mme le Professeur Claudel relève que le texte concerne ainsi l'ancienne procédure française de non-contestation des griefs (précision utile eu égard à l'effet rétroactif de l'art. L483-5), la nouvelle procédure de transaction, « y compris devant le ministre de l'Économie, mais également les procédures devant la Commission ou d'autres autorités de concurrence ». Elle souligne encore que si une partie lui en fait la demande, l'art. L483-5 impose au juge de vérifier si la pièce dont la victime entend obtenir communication fait ou non partie de la liste noire. Comme l'indique l'art. L483-6, à cette fin, le juge en prend seul connaissance et peut entendre l'auteur de la pièce litigieuse, hors la présence de toute autre personne. Le texte poursuit en indiquant que « le juge peut se prononcer hors la présence du public [et] adapte la motivation de sa décision aux nécessités de la protection de la confidentialité de la pièce concernée ».

418. S'agissant de l'accès au dossier de la Commission européenne, le règlement n° 773/2004 a été modifié afin de tenir compte de la règle édictée à l'art. 6 § 6 de la directive. La Commission refuse désormais aux victimes l'accès aux déclarations et propositions de transaction dans le cadre des procédures devant les juridictions nationales[584]. M. le Professeur Bosco[585] fait encore remarquer la volonté de la CJUE d'assurer l'articulation harmonieuse des dispositions du règlement « transparence » avec les textes spécifiques au droit de la concurrence. Il nous semble à ce titre impossible de contourner les nouvelles règles du règlement n° 773/2004 en fondant la

[584] IDOT L., « Une année marquée par l'adoption de la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation », *ibid.*
[585] BOSCO D., « L'accès aux preuves dans le cadre des actions mises en œuvre dans la sphère privée », *ibid.*, p. 88 et p. 91. ; Règlement (CE) n° 1049/2011 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOUE, 31/05/2001, L145/43.

demande d'accès au dossier sur les dispositions du règlement « transparence », ce dernier indiquant qu'une demande d'accès peut être refusée dans l'hypothèse où elle porterait atteinte à la protection de l'intérêt public, ce qui englobe notamment « la politique financière, monétaire ou économique de l'Union ou d'un pays européen »[586]. Or, la protection de l'efficacité des programmes de clémence nous semble entrer dans le champ de l'intérêt public tel qu'il est défini par le texte.

419. Outre la question de l'accès aux documents du dossier de la Commission, la lettre du texte, tel qu'issu de la directive comme de sa transposition, nous apparaît soulever diverses questions relatives à son interprétation, qui ne manqueront pas d'exercer une influence certaine sur la stratégie des parties.

ii. La portée et l'étanchéité de la liste noire

420. Deux axes stratégiques pour tenter d'influencer la règle : d'abord, conformité à la JP du principe énoncé par l'article (α), ensuite son étanchéité (β), puis enfin sa portée (quels sont les documents concernés (γ)).

α. Les stratégies axées sur les principes d'effectivité et d'équivalence

421. Comme le relève Mme le Professeur Claudel[587], certains auteurs doutent de la conformité de la règle « au principe du droit de la preuve car les textes ne procèdent à aucune mise en balance et ne laissent aucune place au principe de proportionnalité», l'art. L483-5 excluant automatiquement de toute communication les documents correspondant à la liste noire, « à rebours de ce qu'avait préconisé la Cour dans l'arrêt *Pfeiderer* ». M. le Professeur Cardonnel[588] faisait déjà la même remarque au sujet des dispositions de la directive 2014/104, soulevant que « la protection absolue accordée au nom de l'effectivité des programmes de clémence ne [manquerait] pas d'être débattue au regard des principes énoncés par la Cour » dans l'arrêt « Pfleiderer ». Cette prédiction nous semble en outre renforcée par le rappel, à l'art. 4 de la directive, des principes d'effectivité et d'équivalence, dans la mesure où interdire l'accès aux document issus des déclarations faites en vue d'obtenir la clémence revient à imposer au demandeur de fournir une « preuve diabolique »[589]. Les demandeurs à l'action en réparation

[586] Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, art. 4.
[587] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[588] CARDONNEL P., « La Commission adopte un paquet de mesures sur les actions en dommages et intérêts », Concurrences, n° 3-2013, p. 139.
[589] COUTRON L., « Du difficile équilibre à trouver entre l'accès au dossier des victimes de pratiques anticoncurrentielles et la protection de la confidentialité », *ibid*.

pourraient donc tenter d'infléchir la règle en se fondant sur la jurisprudence de la CJUE et l'art. 4 de la directive, bien qu'il nous semble peu probable qu'ils obtiennent gain de cause. Perpétuer une telle jurisprudence se ferait en effet « *contra legem* », dans la mesure où la directive et l'ordonnance s'imposent aux règles dégagées dans les arrêts « Pfleiderer » et « Donau Chemie »[590]. Quant à la règle dégagée par les juridictions nationales à l'occasion de la jurisprudence « Semavem », il semble que cette dernière puisse être perpétuée, mais uniquement en son acception initiale autorisant au défendeur l'accès aux pièces couvertes par le secret de l'instruction lorsque leur utilisation est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense. En effet, bien que ni la directive ni l'ordonnance ne fassent mention d'une telle règle, la Commission européenne a modifié le règlement n° 773/2004 en indiquant que l'accès aux déclarations de clémence et aux propositions de transaction « n'est possible qu'aux autres entreprises poursuivies et uniquement pour l'exercice des droits de la défense »[591].

422. Une autre thèse permettant de douter de la possibilité d'ouvrir l'accès aux documents figurant sur la liste noire est celle selon laquelle l'arrêt « Donau Chemie » n'en prohiberait tout simplement pas l'existence. L'arrêt sanctionnait en effet une loi autrichienne prohibant de manière générale l'accès aux documents contenus dans le dossier d'une autorité de concurrence, alors que la directive et les textes de transposition n'excluent de la divulgation que « deux catégories de documents spécifiées et de nature très spécifique »[592]. Il nous semble dès lors falloir en déduire que la mise en balance jusqu'ici imposée aux juridictions en application des principes d'effectivité et d'équivalence soit désormais contenue dans les textes eux-mêmes, ces derniers indiquant quels sont les documents accessibles ou non. Les stratégies axées sur le principe d'effectivité nous apparaissant dès lors présenter peu de chances de succès, celles relatives au contenu de la liste noire nous apparaissant une option bien plus intéressante pour les victimes.

β. Les stratégies axées sur la portée de l'interdiction édictée par la liste noire

423. En application de l'art. L483-5 C.com, le juge doit écarter des débats les pièces « mentionnées au présent article » (à savoir les déclarations effectuées en vue d'obtenir le bénéfice d'une procédure de clémence ou de transaction/non-contestation des griefs) « qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues

[590] CLAUDEL E., « Les implications procédurales de loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre mer - 2e volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », *ibid*.
[591] IDOT L., « Une année marquée par l'adoption de la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation », *ibid.*
[592] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.

uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence ». La même idée figure à l'art. 7 § 1 de la directive, qui ne s'oppose à l'utilisation des documents correspondant à la liste noire que lorsqu'ils ont été obtenus « uniquement » grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence.

424. Ce choix rédactionnel nous semble ainsi poser la question de savoir si l'ensemble des documents communiqués à une autorité de concurrence bénéficient de la règle interdisant leur communication aux victimes. Ne faut-il pas en déduire *a contrario* que si de telles pièces n'ont pas été obtenues exclusivement à la suite de l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, mais qu'elles ont été obtenues à la suite d'une démarche d'enquête menée par la victime qui l'aura conduite à demander l'accès au dossier, ces dernières devraient alors échapper à l'interdiction de communication ? Une telle solution permettrait à la fois d'assurer la protection des mesures garantissant l'efficacité du contentieux public, sans toutefois fermer complètement la porte à l'action des victimes dans le cadre du contentieux privé. L'ADLC pourrait d'ailleurs se montrer sensible à une telle approche, l'un de ses rapporteurs se réjouissant de ce que les jurisprudences « Pfleiderer » et « Donau Chemie » mettaient fin à une époque où les auteurs de pratiques anticoncurrentielles pouvaient à la fois échapper à toute sanction du point de vue du contentieux public, tout en échappant également à toute sanction du point de vue du contentieux privé[593]. Une telle interprétation pourrait ainsi prospérer devant les juridictions civiles, notamment eu égard au fait qu'une « immunité même partielle vaut mieux que pas d'immunité du tout »[594].

425. Il conviendrait alors de distinguer les documents de la liste noire que la victime aura obtenus uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, qui seront alors irrecevables aux fins de l'exercice de l'action en réparation, des documents correspondant à la liste noire qui n'auront pas été obtenus uniquement grâce au dit dossier, et qui devraient, à la suite d'une lecture stricte des dispositions de la directive comme de l'ordonnance, être recevables. En effet, ni l'art. 7 § 1, ni l'art. L483-5 C.com ne nous semblent conférer une étanchéité absolue auxdits documents. Afin d'éviter tout risque eu égard à la formule employée par les textes, les auteurs de pratiques anticoncurrentielles devraient donc recourir aux

[593] LACRESSE A., « La Cour de justice de l'Union européenne ouvre largement le droit d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux éléments recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence », Concurrences, n° 3-2013, p. 142.
[594] CLAUDEL E., « Les implications procédurales de loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre mer - 2e volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », *ibid*.

procédures de clémence et de transaction aussi tôt que possible, le risque étant que les victimes intentent un référé probatoire avant la demande de clémence, qui risquerait de remettre en cause l'étanchéité de la liste. À l'inverse, les victimes seront encouragées à intenter un tel référé aussi rapidement que possible, en vue de tenter d'obtenir l'effet inverse, et ainsi peut-être accéder aux éléments qui auront été communiqués dans le cadre d'une procédure de clémence ou de transaction. Ces dernières devraient donc mettre en œuvre une stratégie proactive consistant à tenter d'obtenir par leurs propres moyens les éléments nécessaires au soutien de leurs prétentions, et ce notamment grâce au référé probatoire et à la possibilité de demander l'accès à des catégories identifiées de documents. En effet, en consultant les documents ainsi obtenus, la victime pourrait découvrir l'existence d'autres documents qui auront été communiqués à une autorité de concurrence, et demander à y avoir accès et les utiliser dans le cadre de l'action en réparation.

426. À l'opposé de ce choix rédactionnel potentiellement favorable aux victimes, Me Ninane souligne la potentielle contradiction entre les art. L483-5 et L462-3 C.com. Si le premier n'interdit la communication que des déclarations effectuées par le demandeur de clémence, le second s'oppose quant à lui, de manière plus large, à la communication « des pièces élaborées ou recueillies » dans le cadre d'une procédure de clémence (il est à noter que le problème ne se présenterait toutefois pas en présence d'une procédure de transaction, dans la mesure où l'art. L462-3 C.com ne concerne que les procédures de clémence). Le terme de « pièces » est en effet « susceptible d'englober non seulement les déclarations du demandeur de clémence, mais également les pièces incriminantes que celui-ci a remises à l'Autorité au soutien de sa demande »[595]. De telles pièces étant susceptibles de se révéler particulièrement auto-incriminantes, les entreprises bénéficiaires d'une procédure de clémence pourraient donc tenter d'invoquer L462-3 C.com pour faire échec à une demande de production adressée à l'ADLC. Cette interprétation nous semble toutefois contredite par la lettre même de l'art. L462-3 C.com, qui dispose que « les dispositions prévues au présent alinéa ne sont pas applicables aux demandes de production de pièces formées en vue ou dans le cadre d'une action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 du présent code ». Il ne nous apparait donc pas possible que le bénéficiaire d'une procédure de clémence puisse, comme le suggère Me Ninane, se

[595] NINANE F., « Transposition en France de la directive sur le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles - Un fragile équilibre entre encouragement des actions indemnitaires, préservation de l'efficacité de l'action publique et protection du secret des affaires », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 4, p. 18.

prévaloir des dispositions de l'art. L462-3 C.com pour obtenir une protection supérieure à celle offerte par l'art. L483-5 C.com.

427. Il convient enfin de remarquer que, selon Me Fréget, l'interdiction de communication ne devrait pas concerner les demandeurs à l'action en réparation qui étaient également parties à la procédure publique devant l'ADLC, dans la mesure où ces derniers ont accès au dossier. Rien ne s'oppose alors à ce qu'ils puissent produire les pièces qu'il contient, à condition que soit assurée la protection des secrets d'affaires[596]. Or, il nous semble là encore que le défendeur pourrait tirer parti de l'emploi du terme « uniquement » par la directive et l'art. L483-5 C.com, afin de tenter de faire échec à une telle tentative : les demandeurs ayant eu accès à de telles preuves uniquement grâce au dossier de l'autorité de concurrence saisie de l'affaire, l'art. L483-5 C.com pourrait conduire à ce que les pièces en question soient écartées des débats.

428. Outre la question de l'étanchéité de la liste noire, la question peut se poser de savoir si certains documents en font ou non partie. Soulever le doute des magistrats quant à son champ d'application pourrait ainsi constituer une stratégie viable pour les demandeurs afin d'accéder à certains des documents remis à l'autorité compétente par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

γ. Les stratégies axées sur le champ d'application de la règle

429. Le champ d'application de l'interdiction de communication édictée par l'art. 6 de la directive et l'art. L483-5 C.com soulève un certain nombre de questions, qui trouvent principalement réponse dans la circulaire du 23 mars 2017. L'art. 6 § 8 de la directive 2014/104 lève tout d'abord le doute relatif aux documents qui ne seraient que partiellement couverts par l'interdiction de communication, disposant que les autres parties du document seront, « en fonction de la catégorie dont elles relèvent, produites conformément aux paragraphes pertinents du présent article ». La règle est par ailleurs reprise à l'art. L483-7 C.com, qui dispose que lorsque seule « une partie d'une pièce est couverte par l'interdiction prévue à l'article L483-5, les autres parties en sont communiquées selon les modalités du présent chapitre ». L'art. L483-9 C.com précise quant à lui que « les articles L483-5 et L483-8 ne s'appliquent pas à une pièce qui existe indépendamment de la procédure engagée devant une autorité de concurrence, qu'elle figure ou non dans le dossier de ladite autorité ». La précision nous apparaît heureuse, tant il aurait été facile pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles de mettre à l'abri les pièces s'il s'était suffi de communiquer « pêle-mêle » un maximum de documents à une autorité de

[596] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid*.

concurrence pour qu'ils relèvent de l'interdiction. Outre les précisions qui viennent d'être évoquées, il convient de se référer à la circulaire du 23 mars 2017 pour de plus amples informations.

430. Celle-ci indique, au sujet des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence[597], que ces dernières devraient bénéficier de l'interdiction de communication même dans l'hypothèse où la demande de clémence de l'entreprise n'aboutirait pas. Il nous semble qu'une telle interprétation de la règle serait particulièrement favorable pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, ces derniers n'ayant alors qu'à tenter de négocier en vue d'obtenir la clémence pour bénéficier de la très efficace protection offerte par l'art. L483-5. Il leur suffirait ainsi de communiquer un maximum d'informations pour que ces dernières soient automatiquement exclues de toute communication, au détriment de l'action des victimes (à moins que ces dernières ne parviennent à faire prévaloir l'interprétation relative à l'emploi du terme « uniquement » défendue dans le cadre de la présente thèse, V. *supra*, n° 423). Une telle interprétation, par ailleurs susceptible d'une instrumentalisation stratégique destinée à mettre à l'abri les preuves, nous semble en outre implicitement contredite par l'art. L483-5 C.com. Ce dernier ne vise en effet que les déclarations « contribuant à établir la réalité d'une pratique anticoncurrentielle ». Ainsi, les déclarations qui n'auront pas été jugées utiles par une autorité de concurrence ne devraient pas être prises en compte, dans la mesure où elles ne contribuent pas à établir la réalité des pratiques.

431. La circulaire précise ensuite que la forme de l'exposé écrit ou de la transcription des déclarations orales ne constitue pas un critère pertinent, avant de dresser une liste des formes qu'elles sont susceptibles d'emprunter. Il peut ainsi s'agir « de courriers, messages électroniques, argumentaires écrits annexés à la demande de clémence, exposés écrits adressés en complément d'une première démarche, ainsi que des procès-verbaux de déclaration établis pour la transcription de déclarations orales ». Quant à la procédure de transaction ainsi qu'à l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, la circulaire[598] indique que la protection devrait concerner la déclaration de non-contestation des griefs « comportant la déclaration de l'organisme ou de l'entreprise en cause et indiquant dans des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donnent les services de l'instruction de l'Autorité […] ni leur

[597] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 8, pt. 1.1.
[598] *Ibid*., fiche 8, 1.2.

imputabilité ». La protection devrait encore concerner « la partie du procès-verbal formalisant l'accord transactionnel entre l'entreprise ou l'organisme et le rapporteur général qui comporte la déclaration de non contestation des griefs ». Enfin, en matière de transactions passées avec le ministre chargé de l'économie, « tout document qui comporte une déclaration d'une entreprise indiquant, à la suite de la réception de la lettre d'intention élaborée par le ministre chargé de l'économie, une renonciation à contester les griefs ». La circulaire précise que ces trois hypothèses seront soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond.

432. Enfin, un dernier doute pourrait s'élever quant au champ de la protection offerte par la liste noire aux documents fournis aux autorités de concurrence dans le cadre d'une procédure de transaction. Si l'ancienne procédure de non-contestation de griefs était considérée par l'ADLC et la jurisprudence comme valant « constat d'infraction »[599], tel n'est plus le cas de la nouvelle procédure de transaction du droit français. Le nouveau communiqué de procédure de l'ADLC indique en effet que la renonciation « à contester les griefs ne constitue, en soi, ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité de la part de l'intéressé »[600]. Or, l'art. L483-5 offre sa protection aux éléments traduisant la volonté de l'entreprise « de renoncer à contester la réalité des griefs qui lui sont notifiés et la responsabilité qui en découle, ou reconnaissant sa participation à une pratique anticoncurrentielle et la responsabilité qui en découle ». Une lecture combinée de ces deux textes pourrait conduire à écarter du bénéfice de l'art. L483-5 certains des documents remis à l'ADLC dans le cadre de la procédure de transaction qui n'emporteraient pas, par eux-mêmes, reconnaissance de culpabilité et de responsabilité. Les victimes pourraient donc tenter de convaincre les juges du bien-fondé d'une telle interprétation dans le cadre de leur stratégie de façonnage normatif, afin de réduire le champ d'application de la liste noire en matière de transactions, ce qui leur serait particulièrement utile dans la mesure où le recours à cette procédure est particulièrement fréquent en pratique[601].

433. Aux côtés de l'interdiction absolue édictée par la liste noire, les nouvelles règles du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles prévoient encore d'accorder une protection

[599] CLAUDEL E., « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », RTD Com. 2017, n° 4, p. 865 ; FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; ADLC, « communiqué de procédure du 10 fév. 2012 relatif à la procédure de non-contestation de griefs », pt. 39 ; Com., 29 mars 2011, n° 10-12.913.
[600] PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », *ibid.* ; BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », *ibid.* ; ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction », pt. 16.
[601] CLAUDEL E., « Dommages collatéraux ou les effets inattendus de la nouvelle procédure française de transaction », Concurrences n° 1-2018, p. 3.

temporaire à un certain nombre de pièces. Ces dernières constituent ce que les auteurs qualifient de « liste grise ».

c. Une liste grise interdisant temporairement l'accès à certains documents

434. La liste grise englobe trois sortes de documents, qu'il conviendra d'évoquer dans un premier temps (i). Nous évoquerons ensuite, dans un second temps, la portée de la protection accordée par les textes aux documents en question (ii).

i. Les documents concernés par la liste grise

435. En application de l'art. 6 § 5 de la directive 2014/104, certains documents ne pourront faire l'objet d'une communication aux victimes qu'une fois que l'autorité de concurrence saisie de l'affaire aura clos sa procédure. Cette « liste grise » comprend 3 types de documents. Il s'agit, en premier lieu, des « informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence », telles par exemple qu'une réponse à une demande de renseignements. Il peut encore s'agir des « informations établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure », telles par exemple que les communications de griefs. Il peut enfin s'agir des « propositions de transaction qui ont été retirées ». Il convient de remarquer qu'existe un doute quant à la question de savoir si les « inventaires et [les] tables des matières établis par une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure » font ou non partie de la liste grise. Si le refus de communiquer la table des matières du dossier après clôture de la procédure avait déjà fait l'objet d'une censure par le Tribunal de l'Union Européenne dans un arrêt « Cartel Damages Claims », cette jurisprudence semble désormais consacrée par l'art. 6 § 5 de la directive[602].

436. Lorsque de tels éléments sont contenus dans le dossier de la Commission européenne, ces derniers pourront être communiqués sur le fondement des dispositions du règlement 773/2004, en application duquel « les documents de la liste grise, à savoir les informations préparées pour la procédure engagée par la Commission par d'autres personnes et les informations établies par la Commission, peuvent quant à eux être utilisés devant des juridictions de droit commun, mais uniquement lorsque la procédure administrative est close »[603]. Dans l'hypothèse où ils seraient détenus par une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat-Membre, il conviendrait alors

[602] MASMI-DAZI F., « Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes », *ibid.*
[603] IDOT L., « Une année marquée par l'adoption de la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation », *ibid.*

d'appliquer les « procédures prévues par le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale »[604].

437. En application de l'art. L483-8, trois catégories de documents sont concernées par la liste grise. Il s'agit des informations préparées par une entreprise « ou toute autre personne physique ou morale concernée, ainsi que par les autorités administratives que l'Autorité de la concurrence consulte, aux fins d'une enquête ou d'une instruction menée par une autorité de concurrence ». Il peut encore s'agir des informations établies par une autorité de concurrence et communiquées à une entreprise ou à toute autre personne physique ou morale concernée au cours de la procédure. Il peut enfin s'agir d'un exposé écrit ou d'une « transcription ou citation littérale d'un exposé écrit ou oral », établi dans le but de bénéficier d'une procédure de transaction, dans l'hypothèse où l'entreprise qui en est l'auteur se serait « retirée unilatéralement de la procédure ».

438. Afin d'obtenir de plus amples précisions quant à la nature des documents concernés, il convient de se référer là encore à la circulaire du 23 mars 2017, qui s'attache à en dresser une liste indicative. « On peut par exemple citer la saisine initiale du plaignant, les informations contenues dans les procès-verbaux d'enquête, les réponses à questionnaires, [ou encore] les rapports établis par les autorités de régulation »[605]. Ayant déterminé les documents concernés par la liste grise, la question se pose maintenant de la portée de l'interdiction édictée à l'art. L483-8 C.com.

ii. La portée de l'interdiction résultant de la liste grise

439. L'art. L483-8 C.com précise que la règle trouve à s'appliquer tant que la procédure concernée n'est pas close par une décision adoptée par l'ADLC, par le ministre chargé de l'économie, par une autorité de concurrence d'un autre Etat-Membre, ou, enfin, par la Commission européenne. L'objectif poursuivi par cette interdiction temporaire de communication consiste à « éviter qu'une demande de production de pièces empiète sur une

[604] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7, pt. 2.

[605] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.* ; Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 8, pt. 2.1.

enquête en cours »[606]. L'art. L483-8 procédant par renvoi lorsqu'il s'agit de délimiter les cas de clôture de la procédure mettant fin à l'interdiction de communication, il convient encore une fois de se référer à la circulaire du 23 mars 2017[607], qui dresse une liste de 11 hypothèses, facilitant ainsi la lecture de la règle. Il s'agit notamment des « décision ordonnant une cessation des pratiques constatées, imposant des conditions particulières ou acceptant des engagements », ou encore des « décision [s] prononçant une sanction pécuniaire en raison du non-respect des mesures, injonctions ou engagements ». La circulaire précise encore que la protection ne devrait pas cesser lorsque l'ADLC décide de poursuivre l'instruction de l'affaire à la suite du désistement d'une partie, « la décision du président de l'Autorité prenant acte du désistement [indiquant] expressément que l'instruction est poursuivie ».

440. L'art. L483-8 dispose ainsi que « le juge écarte des débats les pièces mentionnées aux 1° à 3° qui seraient produites ou communiquées par les parties alors que la procédure concernée n'est pas close lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence ». Là encore, l'emploi du terme « uniquement » nous semble appeler la même distinction que faite précédemment, au sujet de la liste noire, entre les documents obtenus uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et ceux obtenu à la fois par le biais d'un tel accès et le recours à d'autres méthodes (V. *supra*, n° 423 s). L'art. L483-9 précise enfin que l'interdiction de communication édictée à l'art. L483-8 ne trouve pas à s'appliquer « à une pièce qui existe indépendamment de la procédure engagée devant une autorité de concurrence, qu'elle figure ou non dans le dossier de ladite autorité ».

441. Les documents qui n'appartiennent ni à la liste noire ni à la liste grise constituent quant à eux la liste blanche, à laquelle aucune restriction d'accès n'est imposée aux victimes (sous réserve du respect du principe de subsidiarité et des obligations d'information évoquées *supra*, n° 407 s). Cette dernière appelle tout de même quelques observations.

d. Une liste blanche autorisant la communication de manière résiduelle

442. En application de l'art. 6 § 9 de la directive, les preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence qui ne relèvent d'aucune des catégories énumérées dans le cadre de la liste noire et de la liste grise peuvent être communiquées à tout moment dans le cadre d'une action en dommages et intérêts. Comme le relèvent les auteurs, la liste blanche constitue ainsi une

[606] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.*
[607] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 8, 2.2.

catégorie résiduelle, qui comprend l'ensemble des informations préexistantes, à savoir « tous les documents qui existent indépendamment des investigations » d'une autorité de concurrence[608]. L'idée se retrouve ainsi à l'art. L483-9 C.com, qui dispose que les art. L483-5 et L483-8 C.com « ne s'appliquent pas à une pièce qui existe indépendamment de la procédure engagée devant une autorité de concurrence, qu'elle figure ou non dans le dossier de ladite autorité ». Il convient encore de préciser que l'art. L463-6 C.com, qui assortit de sanctions pénales la divulgation par l'une des parties d'informations concernant une autre partie ou un tiers dont elle n'a pu avoir connaissance que dans le cadre de la procédure publique, reçoit désormais exception lorsque la communication intervient conformément aux art. L483-1 s C.com.

443. Dans l'hypothèse où les pièces demandées se trouveraient dans le dossier de la Commission européenne, la circulaire du 23 mars 2017 indique qu'il conviendrait de fonder la demande sur l'art. 15 du règlement 1/2003. La circulaire indique par ailleurs que « la Commission a défini les pièces temporairement ou définitivement inaccessibles figurant à son dossier par quatre communications (2015/C 256/01, 2015/C 256/02, 2015/C 256/03, 2015/C 256/04) publiées au Journal officiel de l'Union européenne du 5 août 2015 », communication qu'elle considère « en cohérence avec les dispositions de la directive transposées aux articles L. 483-4 à L. 483-10 c.com ». Il ne devrait donc pas y avoir de différence entre le droit national et le droit européen lorsqu'il s'agira de déterminer les documents relevant de la liste blanche. Dans l'hypothèse où les pièces dont le demandeur entend obtenir communication seraient contenues dans le dossier d'une autorité de concurrence d'un autre Etat membre, il conviendrait alors de faire application des procédures prévues par « le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale »[609].

444. Enfin, l'art. L483-10 C.com limite les personnes susceptibles de faire usage des documents obtenus par l'accès au dossier d'une autorité de concurrence. Celui-ci dispose en effet que lorsqu'un document relevant de la liste blanche et été obtenu « par une personne physique ou morale uniquement grâce à son accès au dossier d'une autorité de concurrence, cette pièce ne

[608] FREGET O., « La question de la preuve », *ibid.* ; MASMI-DAZI F., « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels ? », *ibid.* ; CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid.*

[609] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 7, pt. 2.

peut être utilisée que dans le cadre d'une action mentionnée au présent titre par ladite personne ou son ayant droit ».

445. La communication des pièces contenues dans la liste blanche pourrait toutefois peut-être soulever des difficultés relatives à l'exigence de loyauté de la preuve, dans la mesure où cette dernière est appréciée de manière relativement souple en matière d'enquêtes de concurrence. Le défendeur pourrait ainsi tenter de faire prévaloir cet argument devant le juge de la réparation afin d'obtenir que soient écartés des débats des éléments communiqués au demandeur, mais qui auraient été obtenus en violation du principe par l'autorité de concurrence qui aura eu à connaître de l'affaire. Il convient ainsi d'évoquer la question de l'encadrement des pièces obtenues par le biais de l'accès au dossier des autorités de concurrence.

B. Un double encadrement de l'utilisation des pièces obtenues par le biais de l'accès au dossier

446. Les règles encadrant l'accès au dossier d'une autorité de concurrence font tout d'abord l'objet de sanctions édictées par la directive et l'ordonnance destinées à assurer leur efficacité (1). L'encadrement de la production des preuves n'en demeure pas moins soumis au respect des droits fondamentaux de l'entreprise, que ne manqueront pas d'invoquer les auteurs de pratiques anticoncurrentielles en vue d'obtenir ainsi un second niveau de protection (2).

1. Les limites à l'utilisation des pièces issues du dossier d'une autorité de concurrence

447. Faisant office de « disposition miroir » de l'art. 6, l'art. 7 de la directive garantit le respect des limites à la production des pièces que constituent les différentes listes évoquées *supra*. Dès lors, en application de l'art. 7 §1 de la directive 2014/104, les pièces relevant de la liste noire et qui auraient été « obtenues par une personne physique ou morale uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, [sont] réputées irrecevables dans le cadre d'actions en dommages et intérêts ou soient protégées d'une autre manière par la réglementation nationale applicable, afin d'assurer le plein effet des restrictions à la production de preuves prévue à l'article 6 ». L'art. 7 § 2 sanctionne de la même manière la production avant clôture de la procédure des documents relevant de la liste grise, ces derniers ne pouvant être produit qu'une fois que l'autorité de concurrence saisie de l'affaire aura clos sa procédure. La règle est transposée en droit français à l'art. L483-5 C.com, en application duquel « le juge écarte des débats les pièces mentionnées au présent article qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une

autorité de concurrence ». L'irrecevabilité s'inscrit ainsi « dans le prolongement des limites à la communication judiciaire », et sera tantôt définitive (liste noire), tantôt temporaire (liste grise)[610]. L'irrecevabilité ne constitue en outre pas la seule sanction applicable à la violation de l'interdiction de communication, à laquelle est susceptible de s'ajoute l'application des droits fondamentaux reconnus aux entreprises.

2. Les limites résultant des droits fondamentaux de l'entreprise

448. Sous l'impulsion de la directive 2014/104, les autorités de concurrence deviennent un nouveau contributeur à la preuve[611]. Or, le principe de la loyauté de la preuve fait l'objet, dans le cadre du contentieux public, d'une appréciation plus souple que devant les juridictions civiles, ce qui pose la question de l'admissibilité de certains des éléments qui auront été communiqués devant le juge de la réparation. Il convient donc d'envisager, dans un premier temps, les questions soulevées par l'enquête de concurrence (a), avant d'étudier dans un second temps, le cas particulier des enregistrements réalisés à l'insu de l'auteur des propos qu'ils contiennent (b).

a. La loyauté de la preuve lors de l'enquête de concurrence

449. Le principe de loyauté trouve à s'illustrer à l'occasion de l'enquête de concurrence, à l'occasion notamment des opérations de visites et de saisies (i), et soulève plus particulièrement le débat en présence de saisies massives et indifférenciées de documents (ii). La question se pose alors de savoir si le principe de loyauté de la preuve pourrait être mobilisé devant le juge de la réparation afin de faire échec à la communication de certains des éléments obtenus par l'autorité de concurrence en violation dudit principe.

i. Les opérations de visites et saisies

450. Selon Me Donnedieu de Vabres-Tranié[612], trois hypothèses d'application du principe de loyauté méritent d'être soulevées en la matière. La première concerne l'obtention d'une autorisation de procéder à des visites domiciliaires, qui exige que les enquêteurs des autorités de concurrence indiquent la provenance des « documents les amenant à supposer une infraction justifiant la perquisition ». L'ordonnance d'autorisation des visites et saisies ne doit ainsi pas reposer sur documents qui auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale. La seconde résulte de l'obligation pour les enquêteurs de respecter le droit de ne pas s'auto-incriminer,

[610] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[611] D'ALES T., « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 5, p. 206.
[612] DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., « La loyauté dans l'administration de la preuve », *ibid.*

selon lequel « la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve ». La règle est la même en droit interne, les services « d'une autorité de concurrence [ne pouvant] imposer l'obligation de fournir des réponses par lesquelles l'entreprise concernée serait amenée à admettre l'infraction ». La troisième concerne enfin l'obligation pour les enquêteurs de faire connaître l'objet de leur enquête à la personne qui en fait l'objet. Or, cette exigence n'est respectée que de manière insatisfaisante eu égard à la position constante de la cour d'appel de Paris en la matière, faisant suite à un arrêt de la Cour de cassation selon lequel une mention pré-imprimée sur le procès-verbal indiquant que « l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendu » suffit à justifier, sauf preuve contraire, que cette dernière a bien été informée. L'auteur se montre critique à cet égard, considérant en effet qu'il est permis de douter qu'une telle formule permette « au juge de s'assurer que la personne interrogée n'a pas été trompée sur le contenu de l'objet de l'enquête ». Or, aucune de ces applications du principe de loyauté ne nous semblent de nature à pouvoir être réutilisées devant le juge de la réparation en cas de communication de preuves. En effet, de tels moyens auront été soulevés au stade de l'enquête, et il nous semble logique de considérer que la chambre commerciale de la Cour de cassation réitérera les mêmes solutions dans le cadre du contentieux de la réparation.

451. La question pourrait également se poser en matière de stratagèmes qui seraient mis en œuvre par les enquêteurs pour obtenir des éléments de preuve. La pratique, autorisée par les textes pour les agents de la DGCCRF, n'est cependant pas admise et constitue une procédure déloyale lorsqu'elle est le fait de personnes privées. La communication au demandeur à l'action en réparation d'éléments obtenus par le biais d'un stratagème pourrait dès lors être contestée par le défendeur, bien que, comme le fait remarquer Mme le Professeur Luc[613], l'application de la règle entrerait en conflit avec le principe d'effectivité, rappelé à l'art. 4 de la directive 2014/104. Ce dernier nous semble ainsi de nature à faire échouer le moyen de défense tiré de la communication au demandeur d'une preuve déloyale issue du dossier d'une autorité de concurrence. La mise en œuvre du stratagème aura en outre été le fait d'enquêteurs habilités à le faire, ce qui ne devrait pas s'opposer à l'utilisation des pièces ainsi obtenues dans le cadre du contentieux privé, puisque le stratagème n'émane alors pas de la personne du demandeur.

[613] LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage "da mihi factum, dabo tibi jus" », *ibid*.

452. Outre les différentes atteintes aux droits de la défense que nous venons d'évoquer, il en est une qui a particulièrement intéressé la doctrine, donnant lieu à une abondante littérature sur la question. Il s'agit de la pratique des agents de l'ADLC consistant à procéder à des saisies massives et indifférenciées de documents issus des messageries électroniques de l'entreprise objet de l'enquête.

ii. Le cas particulier des saisies massives et indifférenciées

453. En pratique, les agents de l'ADLC n'hésitent pas à opérer, à l'occasion de l'enquête de concurrence, des saisies massives et indifférenciées des documents, contenus sur un même fichier conteneur. La pratique est justifiée « par la nécessité de ne pas altérer l'intégrité et l'authenticité des messages, [ce qui] heurte nécessairement des droits et libertés fermement garantis en ce [qu'elle] ne permet pas d'exclure immédiatement des documents relevant de la vie privée, couverts par le secret des correspondances avocat-client ou sans rapport avec l'objet de l'enquête »[614]. Le problème résulte alors du recours que peuvent intenter les entreprises objet de l'enquête à l'encontre du déroulement des opérations en application de l'art. L450-4 C.com. L'absence de caractère suspensif du recours prévu par le texte ne s'oppose pas, en effet, à ce que les enquêteurs analysent les documents illégalement saisis, ce qui pourrait conduire l'ADLC à découvrir « des traces d'une autre affaire et s'auto-saisir », et ce alors même qu'un rapport établi par un informaticien conclut qu'il est « toujours possible de procéder à une telle sélection, quel que soit le type de messagerie utilisée, et qu'il n'est donc pas nécessaire de procéder à une saisie intégrale des fichiers »[615]. Or, la saisie massive et indifférenciée de messageries informatiques demeure pratiquée, et a même fait l'objet d'une validation par la CEDH[616]. Il nous semble toutefois que de telles saisies ne devraient pas poser problème du point de vue de la communication des pièces au demandeur à l'action en réparation, dans la mesure où les documents saisis en violation du principe de loyauté sont ensuite restitués à l'entreprise faisant l'objet de l'enquête. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne devraient donc pas pouvoir identifier en la matière d'argument de nature à s'opposer à la communication. Seule la question des enregistrements effectués à l'insu de leur auteur pourrait

[614] WINCKELMULLER F., « Saisie de messagerie électronique et respect du secret des correspondances avocat-client », Dalloz actualité, 17 mai 2013.
[615] MAULIN R., « Les opérations de visite et de saisie en droit français de la concurrence invalidées, une nouvelle fois, par la Cour européenne des droits de l'Homme », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 6, p. 265.
[616] « Les essentiels du mois », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, n° 62, p. 12 ; CEDH, 13 avr. 2017, Janssen Cilag SAS c/ France, req. nº 33931/12.

alors peut-être leur permettre de restreindre l'accès aux éléments de la liste blanche par les victimes.

b. La loyauté de la preuve et l'enregistrement de propos à l'insu de leur auteur

454. La production d'enregistrements réalisés à l'insu de l'auteur des propos enregistrés constitue l'illustration la plus marquante de la divergence d'appréciations relative au principe de loyauté de la preuve opposant le contentieux public au contentieux de la réparation. La question se posait en effet de savoir s'il fallait ou non appliquer le principe de loyauté de la preuve à des écoutes téléphoniques réalisées dans le cadre d'une enquête de concurrence et qui avaient permis de fonder la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence à l'époque, eu égard à la nature quasi-pénale de la sanction infligée par le droit pratiques anticoncurrentielles[617]. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt « TVHA » du 7 janvier 2001, a tranché en faveur de l'application du principe de loyauté en la matière. L'arrêt, rendu au visa de l'art. 6 §1 CESDH, vise également le principe de loyauté, « confirmant ainsi que la loyauté probatoire a une assise beaucoup plus large qu'une simple règle de procédure (que l'on pourrait chahuter au gré des principes de proportionnalité et du contradictoire) » selon un auteur[618]. L'arrêt vise encore l'art. 9 CPC, rappelant que « sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles », et la Cour affirme, dans un communiqué de presse joint à l'arrêt, « son attachement au maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle tenant compte de la spécificité de la procédure pénale ».

455. La question se pose alors des opportunités offertes par une telle règle en termes de stratégie judiciaire. Du point de vue des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, la réponse est évidente, et ces derniers mettront tout en œuvre pour que le principe conserve toute sa vigueur, malgré son atténuation récente en droit européen. Un arrêt du Tribunal de l'Union Européenne a en effet considéré « comme recevable l'utilisation par la commission d'enregistrements secrets effectués par un concurrent. Cette solution a d'ailleurs trouvé une application immédiate dans l'ordre interne avec la décision du 6 octobre 2016 de l'Autorité de la concurrence française » (devenue définitive)[619]. Me Chartier fait toutefois remarquer que la solution pourrait s'expliquer

[617] DONNEDIEU de VABRES-TRANIÉ L., « La loyauté dans l'administration de la preuve », *ibid.* ; Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14316.
[618] CHEVRIER E., « Autorité de la concurrence : loyauté de la preuve », Recueil Dalloz, 2011, n° 8, p. 562.
[619] GRANGEON J., « La preuve en droit de la concurrence : la fin justifie les moyens ! », Revue Lamy de la concurrence, 1er décembre 2016, nº 56, p. 43 ; Trib. UE, 9ème Chambre, Arrêt du 8 septembre 2016, Affaire nº T-54/14 ; ADLC, 6 octobre 2016, n° 16-D-21.

par le caractère particulier des faits de l'espèce, les enregistrements ayant été effectués par une partie à l'entente et non la victime elle-même[620]. Si une telle solution parvenait à s'imposer dans la jurisprudence interne, la question se poserait alors de savoir quel sort réserver à de tels enregistrements dans l'hypothèse d'une demande d'accès au dossier de l'autorité de concurrence. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles invoqueraient, à n'en pas douter, le principe de la loyauté de la preuve, arguant que la règle s'oppose à leur utilisation dans le cadre d'une procédure civile. À l'inverse, les victimes auraient tout intérêt à demander la communication de pareils enregistrements, et à les produire devant le juge de la réparation en s'appuyant sur l'art. 4 de la directive 2014/104. Ce dernier, qui rappelle l'application des principes d'effectivité et d'équivalence, nous semble de nature à valider en la matière l'application du principe du droit à la preuve, et pourrait en donner une acception encore plus large que celle qu'en retient actuellement le droit français (V. *supra*, n° 394 s).

456. L'ensemble des développements jusqu'ici évoqués dans le cadre du présent chapitre illustrent la tentative du droit nouveau de faciliter l'accès aux preuves pour les victimes. Ces dernières seront pour elles essentielles dans le cadre du contentieux autonome, afin de prouver l'existence d'une faute, d'un préjudice, et d'un lien de causalité. Quant au contentieux complémentaire, si l'établissement de la faute se trouvera facilité par l'effet liant, l'accès aux preuves n'en sera pas moins nécessaire afin de renforcer le caractère probant de la quantification du préjudice par la victime. Or, l'ensemble de ces avancées n'aurait pas eu grande utilité si le droit nouveau n'avait pas pris la peine d'articuler les règles du contentieux privé et du contentieux public quant à l'écoulement du délai de prescription.

Section 2nde : Les aménagements relatifs à la prescription de l'action en réparation

457. Comme nous l'avons déjà évoqué au cours des développements précédents (V. *supra*, n° 56 s ; 281 s), l'écoulement du temps constitue un facteur clé en matière de stratégie judiciaire. La directive consacre à ce titre plusieurs mesures destinées à adapter le régime de la prescription aux difficultés rencontrées par les victimes dans le cadre du contentieux privé. Outre la durée et le point de départ du délai (§ 1er), les textes nouveaux encadrent encore l'articulation des règles relatives à la prescription en fonction de la physionomie du contentieux (§ 2nd).

[620] CHARTIER P-O., « L'application du principe de loyauté dans la recherche et l'administration de la preuve », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2017, nº 66, p. 24.

§ 1er : Un aménagement de la prescription favorable à l'exercice de l'action en réparation

458. Si la directive et l'ordonnance maintiennent le délai de droit commun (A), ces dernières modifient le point de départ du délai, garantissant ainsi aux victimes la possibilité d'exercer l'action même lorsque les pratiques ont été commises de nombreuses années avant son introduction (B).

A. Le maintien de la prescription quinquennale de droit commun

459. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, le délai de prescription applicable aux actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles était de 10 ans, comme le commandait l'arrêt Manfredi de la CJCE, offrant ainsi « un délai somme tout assez confortable pour la victime »[621]. Or, l'action en réparation étant « une action de droit commun en responsabilité délictuelle », ce délai de 10 ans s'est vu réduit à un délai de 5 ans à l'occasion de la réforme de la prescription, rendant alors la situation moins favorable du point de vue des victimes[622]. En application de l'art. 10 § 3 de la directive 2014/104, « les États membres veillent à ce que les délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts soient de cinq ans au minimum ». Le nouvel art. L482-1 C.com dispose ainsi que les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles se prescrivent à l'expiration d'un délai de 5 ans, conformément au délai de prescription de droit commun comme. L'art. L623-25 du Code de la consommation prévoit quant à lui le même délai en matière d'actions de groupe[623].

460. Bien que la directive n'améliore pas sur ce point la situation de la victime par rapport à la situation préalable à sa transposition en droit interne, cette dernière aménage le point de départ

---

[621] MARCHAND A., « Compte rendu » *in* « Matinée-débats Dommages concurrentiels, contentieux et indemnisation – Réponses pratiques », 28 juin 2007, Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n° 13, p. 154 ; Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n°0141 du 18 juin 2008 page 9856, texte n° 1 ; CJCE, 13 juill. 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, Vincenzo Manfredi (C-295/04) c/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito (C-296/04) c/Fondiaria Sai SpA, et Nicolò Tricarico (C-297/04), Pasqualina Murgolo (C-298/04) c/Assitalia SpA).

[622] LOUBIERES F. et SAINT-OLIVE F., « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », Revue Lamy de la Concurrence, 1er avril 2014, n° 39, p. 181.

[623] CLAUDEL E., « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305 ; DELPECH X., « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », *ibid.* ; DE MONTECLER M-C., « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; REDOND D., « Les actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles bientôt facilitées », Bulletin Rapide de Droit des affaires, 28 février 2015, n° 4/15, p. 22.

du délai de manière à garantir la possibilité pour les victimes de faire valoir leur droit à réparation.

B. L'aménagement d'un point de départ glissant dérogatoire au droit commun

461. Le véritable apport de la directive en matière de prescription réside dans l'aménagement d'un « point de départ glissant dérogatoire au droit commun », prévu en son art. 10 § 2 et transposé à l'art. L482-1 C.com[624]. En application de l'art. 10 § 2, le délai de prescription ne commence pas à courir « avant que l'infraction […] ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance » de trois éléments. Il s'agit, en premier lieu, de la connaissance « du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence », puis, en deuxième lieu, « du fait que l'infraction […] lui a causé un préjudice », et enfin, en troisième lieu, de la connaissance « de l'identité de l'auteur de l'infraction ». L'art. L482-1 C.com adopte une rédaction conforme à l'art. 10 § 2 et reprend ces 3 conditions cumulatives, le point de départ du délai étant fixé « à compter du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître la pratique, le fait qu'elle lui cause un dommage et l'identité d'un des auteurs »[625].

462. Le texte déroge ainsi au droit commun de l'art. 2224 C.civ, qui fixe quant à lui le point de départ du délai « à compter du moment où la victime a eu connaissance du dommage ». L'art. L482-1 se montre ainsi plus favorable aux victimes, l'idée étant de retarder au maximum le point de départ du délai de prescription afin d'accroitre l'efficacité du contentieux privé[626]. Mme le Professeur Claudel relève toutefois l'abandon d'une disposition prévue dans l'avant-projet d'ordonnance, « qui consistait à déroger au délai butoir de l'article 2232 du code civil ». Ainsi, comme en dispose le texte, « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit ». Le Professeur relève encore que la règle diffère en matière d'actions de groupe, l'art. L623-25 C.conso prévoyant « que l'action prévue à l'article L. 623-1 ne peut être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de la

[624] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[625] DE MONTECLER M-C., « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[626] DELPECH X., « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », *ibid.* ; SAINT-ESTEBN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

date à laquelle la décision mentionnée à l'article L. 623-24 n'est plus susceptible de recours »[627]. Il convient de souligner à ce titre un récent arrêt de la cour d'appel de Paris, qui livre une interprétation de l'art. 2224 C.civ favorable aux demandeurs qui intenteraient une action en réparation pour laquelle trouverait à s'appliquer le droit antérieur à l'ordonnance du 9 mars 2017. La cour y considère que l'écoulement du délai de prescription exige la connaissance de la consistance de l'infraction, ainsi que de son imputabilité et de sa durée. Le point de départ du délai devrait donc le plus souvent être fixé au prononcé de la décision de l'ADLC ou de la CE, comme le fait remarquer M. Amaro. Ainsi, « il n'y a guère que dans les cas où la victime aurait eu une lecture particulièrement fine du marché et/ou aurait disposé de preuves accablantes contre les défendeurs » que le point de départ pourrait être fixé antérieurement à la date de cessation des pratiques. Un tel scénario apparaît plausible « en présence d'abus ou d'entente verticale puisque les pratiques qui en sont le support ne sont pas secrètes ». Tel devrait encore être le cas lorsque le demandeur en réparation est également plaignant devant l'autorité compétente, celui-ci pouvant alors accéder à des informations du dossier « susceptibles de le renseigner sur les pratiques en cause, leurs victimes et l'identité des contrevenants » (auquel cas il sera judicieux de mettre en œuvre un contentieux parallèle devant le juge de la réparation, afin d'empêcher la prescription de l'action). Tel ne devrait cependant pas être le cas en présence d'un cartel, eu égard à la nature secrète de l'infraction. La cour d'appel de Paris précise encore qu'en l'espèce, la décision de mesures conservatoires prononcée à l'encontre du défendeur ne contenait pas « tous les éléments factuels pour que les victimes […] puissent exercer leur action ». M. Amaro précise toutefois qu'il s'agit là d'une appréciation *in concreto* à laquelle se livre la cour, et qu'il serait tout à fait possible qu'une décision de mesures conservatoires particulièrement détaillée, qui constaterait des faits dont le caractère infractionnel ne ferait que peu de doute, puisse être suffisante pour constituer le point de départ du délai[628].

463. L'art. L482-1 C.com précise encore que « la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé ». Cette précision avait toutefois fait l'objet de critiques, dans la mesure où il est difficile de comprendre « pourquoi le délai de prescription de l'action indemnitaire ne devrait commencer à courir qu'à partir de la cessation de l'infraction, même

[627] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[628] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019), Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-4, 6 mars 2019, « SARL Arkeos et al. c/ SA EDF, SASU EDF Energies Nouvelles Réparties et SASU EDF ENR Solaire », RG 17/21261.

lorsque la victime avait déjà connaissance de celle-ci »[629]. Or, il nous semble que, du point de vue d'une instrumentalisation juridique de la règle légale, le contentieux privé offre ici une opportunité pour le demandeur, ce dernier ayant intérêt à retarder au maximum l'introduction de l'action puisque les juges du fonds se montrent parfois généreux dans leur manière d'apprécier l'actualisation du dommage (V. *supra*, n° 281).

464. La directive introduit en outre des règles qui sont, quant à elles, directement destinées à influencer la stratégie des auteurs de pratiques anticoncurrentielles comme des victimes, à travers des mesures encourageant le recours aux procédures négociées comme aux modes consensuels de règlement des litiges.

§ 2nd : Un aménagement de la prescription tenant compte de la stratégie juridique des justiciables

465. Tenant compte de l'importante difficulté que constitue la preuve d'une pratique anticoncurrentielle, la directive et l'ordonnance prévoient des règles relatives à l'interruption et à la suspension du délai de prescription en cas d'action d'une autorité de concurrence. (A). En outre, et afin de ne pas nuire aux éventuelles tentatives de négociation entre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles et leurs victimes, la directive prévoit une suspension du délai pendant la négociation (B).

A. Les règles assurant la coordination du contentieux public et du contentieux privé

466. La coordination du contentieux public et du contentieux privé est assurée, du point de vue des règles relatives à la prescription, par le biais de deux mesures, la première destinée à garantir aux victimes la possibilité d'agir même lorsque le défendeur bénéficie d'une immunité d'amende totale à la suite d'une procédure de clémence (1), la seconde à garantir aux victimes la possibilité d'agir à la suite d'une décision de sanction d'une autorité de concurrence (2).

1. La possibilité d'assigner le bénéficiaire d'une exonération totale de sanction à la suite d'une procédure de clémence

467. En application de l'art. L481-11 C.com, le bénéficiaire d'une immunité totale d'amende obtenue dans le cadre d'une procédure de clémence bénéficie d'une dérogation à la règle selon

[629] SAINT-ESTEBN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

laquelle les coauteurs d'une pratique anticoncurrentielle sont solidairement tenus de réparer le dommage qu'ils ont causé aux victimes. En effet, il ne sera tenu solidairement à l'égard des victimes qui ne sont pas ses cocontractants directs ou indirects que dans l'hypothèse où ces dernières n'auront pas été en mesure, après de vaines et préalables poursuites, d'obtenir réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres coauteurs de l'infraction (V. *supra*, n° 196). Comme le relève Mme le Professeur Claudel[630], cette règle doit être lue « en parallèle avec l'article L. 482-1 ». Ce dernier dispose en effet que le délai « « ne court pas à l'égard des victimes du bénéficiaire d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence tant qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir à l'encontre des auteurs de la pratique anticoncurrentielle autres que ce bénéficiaire ». Une telle précision est heureuse dans la mesure où son absence « aurait rendu la possibilité d'agir contre le demandeur de clémence assez illusoire ». La même remarque pourrait être soulevée à l'égard des règles encadrant la coordination entre l'action publique et le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

2. La possibilité d'exercer l'action en réparation à la suite d'une condamnation par une autorité de concurrence

468. Afin de garantir la possibilité pour les victimes d'agir à la suite du contentieux public, l'ordonnance du 9 mars 2017 adapte les règles relatives à la prescription de l'action civile dans le cadre du contentieux complémentaire (a). Ces règles présentent un intérêt majeur du point de vue de la stratégie juridique, dans la mesure où l'écoulement du délai de prescription constituait jusqu'alors une ligne de défense particulièrement efficace face au contentieux complémentaire (b).

a. L'interruption et la suspension du délai de prescription par la mise en œuvre du contentieux public

469. Depuis la transposition en droit français de l'art. 10 § 4 de la directive 2014/104, le délai de prescription se trouve désormais tantôt interrompu tantôt suspendu par la mise en œuvre du contentieux public (i). Il convient encore de remarquer que les règles relatives à l'action de groupe n'ont quant à elle fait l'objet d'aucune modification (ii). En outre, comme le relève Mme le Professeur Claudel, s'ajoutent à ces causes les causes de droit commun prévoyant le report du point de départ, la suspension (art. 2233 à 2239 du Code civil) ou encore l'interruption du

[630] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

délai de prescription (art. 2240 à 2246 du Code civil), aucune disposition de l'ordonnance du 9 mars 2017 ne prévoyant de dérogation à ces textes[631].

i. Le régime général de la prescription de l'action civile en cas de contentieux public

470. Conformément à l'art. 10 § 4 de la directive, l'ordonnance introduit en droit français des règles, tantôt interruptives tantôt suspensives, du délai de prescription en cas de mise en œuvre du contentieux public. En effet, l'art. L462-7 C.com, modifié par l'ordonnance du 9 mars 2017, dispose désormais comme suit : « tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles par 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 et de l'action indemnitaire engagée devant une juridiction administrative ». Le texte poursuit en indiquant que « l'interruption résultant d'un tel acte produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de l'autorité de concurrence compétente ou de la juridiction de recours ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire », garantissant ainsi aux victimes la possibilité d'exercer un contentieux de type « *follow-on* ». À titre d'illustration, la circulaire du 23 mars 2017 mentionne les actes prévus au point 3 de l'art. 25 du règlement 1/2003, parmi lesquels figurent les demandes de renseignements écrites, l'engagement d'une procédure, les mandats écrits d'inspection ou la communication des griefs, que ces actes émanent de la Commission ou d'une autorité nationale de concurrence[632].

471. À la suite de la mise en œuvre des actes tendant à la recherche, à la constations ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles, le texte poursuit en indiquant cette fois que le délai de prescription sera suspendu dans 3 hypothèses. Il s'agit, en premier lieu, de l'hypothèse dans laquelle l'ordonnance autorisant les visites et saisies sur le fondement de l'art. L450-4 C.com « fait l'objet d'un appel ou lorsque le déroulement des opérations mentionnées […] fait l'objet d'un recours, à compter du dépôt de cet appel ou de ce recours ». Il s'agit ensuite, en deuxième lieu, de l'hypothèse dans laquelle la décision rendue par l'ADLC fait l'objet d'un recours dans l'une des hypothèses prévues par l'art. L464-8 C.com. Il s'agit enfin, en troisième lieu, de l'hypothèse dans laquelle une décision du rapporteur général de l'ADLC refusant d'accorder la protection du secret des affaires à une pièce ou décidant de lever ladite protection fait l'objet

[631] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.
[632] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 11, pt. 3.2.2.

d'un recours (le délai de prescription étant alors suspendu à compter du dépôt du recours). Le texte précise, pour ces 3 hypothèses, que la suspension du délai dure jusqu'à « la notification à l'Autorité de la concurrence d'une décision juridictionnelle irrévocable ». Du point de vue de l'action de groupe, comme l'indique la circulaire du 23 mars 2017, l'ordonnance ne modifie pas l'alinéa 1er de l'article L. 623-27 C.conso, qui continuera donc à s'appliquer aux côtés des dispositions de l'art. L462-7 C.com[633].

ii. Le régime particulier de la prescription de l'action de groupe

472. En application de l'art. L623-27 C.conso, l'action en réparation intentée par une association agrée de consommateurs sur le fondement de l'art. L623-1 du même code « suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement prévu aux articles L. 623-4 ou L. 623-14 », à savoir le jugement statuant « sur la responsabilité du professionnel au vu des cas individuels présentés par l'association ». Dans la mesure où l'ordonnance du 9 mars 2017 n'a pas modifié le texte, il convient d'en déduire que ce dernier continuera à s'appliquer, évitant ainsi aux victimes qui se trouveraient exclues du groupe de se retrouver prescrites dans l'hypothèses où elles souhaiteraient tout de même agir individuellement (V. *infra*, n° 491).

473. Les règles qui viennent d'être évoquées constituent selon nous l'un des apports les plus importants de la directive et de l'ordonnance, dans la mesure où elles pourront permettre d'améliorer l'efficacité du contentieux complémentaire, face auquel les auteurs de pratiques anticoncurrentielles disposaient jusqu'alors d'une défense stratégique particulièrement efficace à travers l'écoulement du délai de prescription.

b. L'impact des règles interruptives et suspensives de prescription sur la stratégie judiciaire des auteurs de pratiques anticoncurrentielles

474. Bien que la mise en œuvre du contentieux complémentaire par les victimes semble être une évidence à la lecture de l'art. 9 de la directive et de sa transposition en droit français à l'art. L481-2 C.com (relatifs à l'effet liant des décisions de condamnation), les actions de type « *follow-on* » se sont souvent heurtés, par le passé, à l'écoulement de la prescription. Or, la possibilité de mettre en œuvre le contentieux complémentaire nous semble en pratique essentielle pour assurer l'efficacité du contentieux privé, dans la mesure où les victimes n'ont, la plupart du temps, pas conscience de l'existence de l'infraction avant que cette dernière ne soit sanctionnée par une autorité de concurrence. En outre, même dans l'hypothèse où elles

[633] *Ibid*., fiche 11, pt. 3.1.2.

auraient conscience de son existence, la preuve de certaines infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles s'avère très difficiles à rapporter, auquel cas la saisine d'une autorité de concurrence en vue de mettre en œuvre le contentieux complémentaire s'avère plus judicieuse qu'une mise en œuvre du contentieux autonome (V. *infra*, n° 625). Antérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions de la directive et à leur transposition en droit interne, les victimes se trouvaient ainsi souvent prescrites dans leurs droits, eu égard à la longueur de la procédure publique et à l'absence de dispositions assurant la suspension ou l'interruption du délai de prescription en cas d'action d'une autorité de concurrence nationale ou de la Commission européenne[634].

475. Or, la dépendance au temps constituant l'un des facteurs clés en matière de stratégie juridique, « jouer la montre » constitue une stratégie de défense éprouvée des entreprises leur permettant de se placer à l'abris de tout recours, et ainsi d'éviter la sanction[635]. Les nouvelles règles prévues par l'art. L462-7 C.com méritent selon nous d'être saluées, en ce qu'elles constituent une avancée majeure en matière de stratégie judiciaire. Ces dernières privent en effet les auteurs de pratiques anticoncurrentielles de l'immunité dont ils bénéficiaient à la suite de l'écoulement du délai de prescription, et permettront désormais aux victimes d'obtenir réparation. Le texte nous semble en effet rédigé précisément dans l'optique de mettre fin à la stratégie ci-dessus évoquée.

476. Il convient en outre d'observer que telle n'est pas là la seule influence qu'exerce la directive sur la perception, sur le plan stratégique, de l'écoulement du délai de prescription par les parties. Le texte prévoit en effet la suspension du délai en cas de tentative de règlement amiable du litige, empêchant ainsi les auteurs de pratiques anticoncurrentielles de feindre la négociation en vue d'aboutir à la prescription de l'action des victimes.

B. La suspension du délai de prescription en présence d'une procédure de règlement consensuel des litiges

477. Elément clé de la stratégie des demandeurs comme des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, le recours aux modes de règlement consensuel des litiges (MCRL) entraîne, selon la directive 2014/104, la suspension du délai de prescription (1). L'ordonnance

[634] LOUBIERES F. et SAINT-OLIVE F., « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », *ibid.*
[635] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* « MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 49.

ne transposant pas les dispositions de la directive sur ce point, les textes actuels pourraient soulever des difficultés eu égard à la définition large qu'en donne la directive (2).

1. La suspension du délai de prescription en cas de procédure amiable en droit français

478. En application de l'art. 18 § 1 de la directive 2014/104, le délai de prescription de l'action en réparation doit être suspendu pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel des litiges, étant entendu que ladite suspension ne bénéficie qu'aux parties qui participent ou ont participé à une telle procédure. L'idée d'une telle mesure consiste à encourager le recours aux MCRL, ces derniers permettant de réduire l'incertitude liée au procès pour les auteurs de l'infraction comme pour les victimes, et de permettre en outre un dénouement plus rapide des litiges, comme l'indique la directive dans ses considérants[636]. Comme le relèvent des auteurs, « la voie amiable est souvent privilégiée en vue d'éviter de longues procédures coûteuses, complexes et aléatoires (les entreprises coupables [étant] souvent prêtes à transiger discrètement) »[637].

479. Mme le Professeur Claudel[638] souligne que les auteurs de l'ordonnance ont toutefois fait le choix de ne pas transposer l'art. 18 § 1, dans la mesure où le droit commun processuel français prévoit déjà les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive. L'art. 2238 alinéa 1er C.civ dispose en effet que « 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 réunion de médiation ou de conciliation ». Or, la définition des MCRL retenues par la directive est plus large que les procédures visées par le texte.

2. L'insuffisance du champ d'application de la règle française

480. Comme le relevait Mme le Professeur Chagny à l'époque où la directive n'en était encore qu'au stade de proposition, le champ d'application de l'art. 2238 C.civ semble trop restreint pour satisfaire aux exigences de la directive, ce dernier étant en effet limité aux procédures de conciliation, de médiation, et aux conventions de procédures participatives[639]. L'art. 18 § 1 vise

---

[636] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérants n° 48 s.

[637] LOUBIERES F. et SAINT-OLIVE F., « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », *ibid*

[638] CLAUDEL E., « 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 ! », *ibid*.

[639] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, … de la procédure et de la responsabilité civile ? », Recueil Dalloz, 2013, n° 38, p. 2532.

en effet les « règlements consensuels des litiges », définis à l'art. 2 de la directive comme les accords résultant d'une procédure de règlement consensuel du litige, à savoir « tout mécanisme permettant aux parties de parvenir à un règlement extrajudiciaire d'un litige relatif à une demande de dommages et intérêts ». Les considérants de la directive considèrent ainsi l'arbitrage comme un MCRL, alors que cette procédure ne figure pas dans la liste dressée par l'art. 2238 C.civ. Ces derniers évoquent en effet « les règlements amiables (notamment ceux que le juge peut déclarer contraignants), l'arbitrage, la médiation ou la conciliation », en privilégiant toutefois « les solutions résultant d'un compromis où chaque partie abandonne certaines de ses prétentions plutôt que d'entrer dans une confrontation devant un tribunal » [640]. La lettre de la directive comme l'esprit du texte dépassent donc les procédures énumérées à l'art. 2238 C.civ.

481. Il nous semble toutefois que cette différence de champ d'application ne devrait pas soulever de difficultés en droit français. Il convient en effet d'observer que seul l'arbitrage ne figure pas dans la liste de l'art. 2238. Or, la saisine de la juridiction arbitrale interrompt le délai de prescription, en application de l'art. 2241 C.civ.

Conclusion du chapitre

482. Comme le fait remarquer M. Amaro, les textes introduits par l'ordonnance du 9 mars 2017 n'apportent « pas grand-chose aux actuels articles 138, 142 et 145 du code de procédure civile »[641], et ne devraient donc pas bouleverser l'instruction du dossier par le demandeur à l'occasion du contentieux autonome. Il convient à notre avis de souligner l'importance majeure que jouera en la matière le référé probatoire, qui pourra permettre d'accéder à des catégories pertinentes de pièces afin de construire un dossier aussi solide que possible en application de l'art. L483-1 C.com. Ce cas de figure devrait principalement concerner les hypothèses d'abus de position dominante ou d'ententes dont peuvent être victimes les entreprises dans le cadre des relations contractuelles les unissant à leurs partenaires, les ententes occultes nécessitant quant à elle les importants moyens d'investigation dont disposent les autorités de concurrence (V. *infra*, n° 625). L'accès aux preuves sera encore possible dans le cadre du contentieux complémentaire, et ce malgré le recours aux procédures de clémence et de transaction, qui n'offrent pas à notre avis une protection absolue aux éléments auto-incriminants remis par les

[640] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 48.
[641] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », Concurrences n° 2-2017, p. 70.

auteurs de pratiques aux autorités de concurrence. Il semble en effet que plus la victime se montrera proactive dans la recherche des preuves de l'infraction, plus elle pourra faire échapper d'éléments à la protection offerte par la liste noire, l'interdiction d'utiliser les éléments qui la composent ne s'appliquant qu'aux pièces qui auront été obtenues « uniquement » grâce à l'accès au dossier de l'autorité (V. *supra*, n° 423 s). Afin de maximiser leurs chances d'obtenir des preuves, les victimes de pratiques anticoncurrentielles auront donc tout intérêt à se ménager une jurisprudence favorable à cette interprétation (pour le *follow-on*), ainsi qu'une jurisprudence favorable à un recul du principe de loyauté de la preuve sous l'impulsion de l'art. 4 de la directive (pour le *stand-alone*). En effet, bien que l'évaluation du préjudice repose sur le recours à l'expertise économique, rassembler autant d'éléments de preuve que possible permettra de convaincre plus facilement le juge de leur solidité et du lien de causalité entre le préjudice allégué et la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elles permettront encore de démontrer le fait générateur de responsabilité dans le cadre du stand-alone. L'introduction de règles destinées à assurer la coordination entre l'écoulement du délai de prescription de l'action civile et l'existence d'une procédure ouverte devant une autorité de concurrence permettra quant à elle de rendre la mise en œuvre du contentieux complémentaire plus facile en pratique, en évitant, comme c'était souvent le cas jusqu'alors, que la durée du contentieux public n'aboutisse à la prescription de l'action en réparation des victimes.

483. Ainsi, il est de notre avis que l'effet liant, les différentes mesures relatives à l'établissement du préjudice et à sa quantification, ainsi que les nouvelles règles relatives à l'accès aux preuves sont susceptibles de permettre aux victimes d'obtenir une réparation satisfaisante, à condition d'obtenir des preuves suffisantes pour appuyer l'évaluation du préjudice et la démonstration du lien de causalité. Pour autant, l'action des victimes les plus modestes pourrait demeurer difficile à mettre en œuvre, et il convient donc d'étudier les mécanismes de regroupement du droit à réparation qui permettront de faire face à ces difficultés.

Chapitre 2nd : Le développement de modes de regroupement du droit à réparation

484. Comme le font remarquer plusieurs auteurs, l'une des raisons susceptibles d'expliquer le peu d'intérêt qu'ont les PME et les TPE à la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles réside dans le fait qu'elles doivent tenir compte des conséquences que provoquera le procès sur leur relation avec l'auteur de l'infraction, qui sera bien souvent un partenaire. Ces dernières s'exposent alors au risque de représailles, qui pourraient se traduire par un déréférencement dont résulterait probablement la disparition pure et simple de la victime[642]. Quant aux consommateurs, la difficulté tient au fait que les sommes en jeu sont bien souvent trop faibles pour les intéresser à l'exercice de l'action, dont le coût sera généralement supérieur au gain espéré[643]. Or, M. le Professeur Lehaire souligne que si des dispositions destinées à faciliter la mise en œuvre du contentieux privé ont été introduites au Canada dans les années 1970, « ce droit […] n'a guère rencontré de succès avant l'introduction de l'action collective »[644]. La directive se refuse toutefois à « exiger des États membres qu'ils mettent en place des mécanismes de recours collectif », bien que la problématique ait été évoquée dans le livre blanc[645].

485. À l'avant-garde, le législateur français a fait le choix d'introduire un mécanisme de recours collectif en droit français à l'occasion de la loi Hamon du 17 mars 2014[646]. L'action de groupe « à la française » constitue une procédure marquée par la volonté de ne pas reproduire les excès auxquels de telles actions ont pu donner lieu à l'étranger, notamment aux Etats-Unis. Le législateur a ainsi pris le parti de mettre en place de nombreuses garanties destinées à prévenir de telles dérives, à tel point que l'action de groupe n'a jamais connu de réel succès en droit interne de la concurrence. Peut-être la transposition de la directive 2014/104 par l'ordonnance du 9 mars 2017 améliorera-t-elle les chances de succès de l'action. Il n'empêche que les

[642] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.
[643] V. notamment ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », Revue de l'Union européenne, 2015, n° 589, p. 378.
[644] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p.168.
[645] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 13.
[646] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, page 5400, texte n° 1.

stratégies destinées à faire face à l'action de groupe méritent tout de même d'être évoquées, ne serait-ce qu'en cas de réforme qui en ouvrirait le bénéfice aux PME, jusqu'ici exclues de son champ d'application (Section 1ère). L'action de groupe n'est en outre pas la seule méthode permettant le regroupement du droit des victimes (Section 2nde).

Section 1ère : L'action de groupe en droit de la consommation, un excès de prudence au détriment de l'efficacité

486. Réservée à la réparation du préjudice subi par les consommateurs, l'action de groupe du droit français est une procédure qui ne manque pas de surprendre par son originalité. Cette dernière, dans sa volonté de respecter les principes du droit français et d'éviter les dérives constatées à l'étranger (§ 1er), s'avère finalement bien trop prudente pour offrir un cadre efficace à l'action des victimes. La volonté d'exclure de son champ les PME, pourtant les victimes les plus susceptibles d'avoir un réel intérêt économique à l'exercice de l'action, nous apparaît en outre regrettable et particulièrement préjudiciable à l'efficacité du contentieux privé (§ 2nd).

§ 1er : Une procédure tripartite originale assortie de procédures dérogatoires

487. L'action de groupe peut prendre la forme d'une procédure contentieuse (A), bien que, afin de permettre une indemnisation plus rapide des victimes, celle-ci puisse également donner lieu à deux procédures dérogatoires : une procédure simplifiée et une procédure amiable (B).

A. Le droit commun de l'action de groupe

488. Comme le relèvent la plupart des auteurs, l'action de l'action de groupe s'articule autour d'une procédure en trois temps[647]. La première étape consiste en un jugement destiné à vérifier que les conditions d'exercice de l'action sont remplies et à déterminer le groupe (1), la deuxième concerne l'adhésion des victimes au groupe défini par le juge (2). La troisième, enfin, est destinée à trancher les éventuelles difficultés susceptibles de s'élever lors de la mise en œuvre du jugement (3).

[647] *V. Notamment :* BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », RTD Civ., 2014, n° 2, p. 450 ; REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », Recueil Dalloz, 2014, n° 16, p. 940 ; AUBERT DE VINCELLES C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », Recueil Dalloz, 2014, n° 15, p. 879.

1. Le jugement sur la recevabilité de l'action et la détermination du groupe

489. En application de l'art. L623-4 C.conso, « le juge statue sur la responsabilité du professionnel au vu des cas individuels présentés par l'association requérante, définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement ». L'art. L623-5 ajoute ensuite que « le juge détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices ». L'art. L623-6 du même code précise enfin 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 ». Ces trois textes correspondent à l'ancien art. L423-3 C. conso, considéré par les auteurs comme la première phase de l'action de groupe, à laquelle succède la phase d'adhésion au groupe.

2. La phase d'adhésion au groupe

490. L'art. L623-7 C.conso dispose que, toujours dans le cadre de ce premier jugement, le juge ordonne, s'il estime que la responsabilité du professionnel est engagée, « les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe ». Ces dernières sont à la charge du professionnel, et ne peuvent être mises en œuvre « qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation », étant précisé, contrairement à l'action en représentation conjointe, que les textes ne prévoient ici aucune restriction de principe quant aux modes de communication pouvant être utilisés (télévision, mail, radio …)[648]. Le juge y fixe ensuite « le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice ». Celui-ci « ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité » ordonnées à la charge du professionnel. Le jugement détermine en outre les modalités de l'adhésion au groupe, « et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel », ou procèdent par l'intermédiaire de l'association ou de la personne que l'association aura choisie pour l'assister en application de l'art. L623-13 C.conso. L'art. L623-9 du même code précise en outre que « l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante », mais que ladite adhésion « ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante ». En application de l'art. L623-11, le juge fixe également « le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices des consommateurs

[648] AUBERT DE VINCELLES C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *ibid.*

lésés, ainsi que celui ouvert, à cette échéance, pour le saisir des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit ». L'art. L623-26 précise, « afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti », que le juge peut ordonner l'exécution provisoire du jugement « pour ce qui concerne les seules mesures de publicité ».

491. Il convient enfin de remarquer que, en application de l'art. L623-27 C.conso, l'action de groupe « suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés ». Le délai « recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle, selon le cas, le jugement « n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation » (qu'il s'agisse de la procédure classique ou de la procédure simplifiée), ou d'homologation lorsque la procédure a donné lieu à une procédure de médiation. L'art. L623-28 ajoute quant à lui que ces décisions ont « autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure ». La loi sur l'action de groupe préserve ainsi le droit d'action individuelle des victimes, ces dernières conservant le « droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini » par ce premier jugement, comme l'indique l'art. L623-29 C.conso[649]. À cette deuxième phase succède enfin la phase d'indemnisation des victimes.

3. La phase d'indemnisation des victimes

492. En application de l'art. L623-18 C.conso, « le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur, dans les conditions, limites et délais fixés par le jugement mentionné à l'article L. 623-5 ». Comme évoqué *supra* (V. n° 490), les demandes pourront être présentées directement par les victimes, par l'association à l'origine de l'action, ou par l'intermédiaire de la personne choisie par l'association pour l'assister en application de l'art. L623-13 C.conso. Le professionnel devrait idéalement faire droit aux demandes, sans qu'une nouvelle intervention judiciaire ne soit nécessaire[650]. Or, tel ne sera pas forcément le cas en pratique, et l'art. L623-19 prévoit à ce titre que « le juge ayant statué sur la responsabilité tranche les difficultés qui s'élèvent à l'occasion de la mise en œuvre du jugement ». L623-20 ajoute encore que « l'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement statuant sur les demandes d'indemnisation auxquelles le

[649] BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.* ; REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*
[650] REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*

professionnel n'a pas fait droit ». Ainsi, comme le relève Mme le Professeur Bacache, « si l'action de groupe se déroule en trois étapes, elle peut donner lieu à deux jugements, l'un systématique et l'autre éventuel. Le premier se prononce sur le principe de la responsabilité, évalue les préjudices et détermine le groupe. Le second, éventuel, porte sur les difficultés propres à chaque consommateur qui pourraient être soulevées à l'occasion de l'indemnisation individuelle des victimes »[651]. M. le Professeur Molfessis relève en outre que l'autorité de la chose jugée prévue à l'art. L623-8 C.conso n'interdirait pas au consommateur qui aurait adhéré au groupe mais n'aurait pas obtenu réparation de « retenter sa chance dans le cadre d'une action individuelle ». Le texte précise en effet que l'autorité de la chose jugée produit effet « à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure »[652].

493. Quant au sort des sommes obtenues par les victimes, l'art. L623-10 C.conso dispose que les sommes reçues « au titre de l'indemnisation des personnes lésées membres du groupe est immédiatement versée sur un compte ouvert auprès de la Caisse des dépôts et consignations ». Le texte ajoute que ce compte « ne peut faire l'objet de mouvements en débit que pour le règlement de l'affaire qui est à l'origine du dépôt ». L'art. L623-12 précise en outre que, « lorsqu'il statue sur la responsabilité, le juge peut condamner le professionnel au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association », et peut ordonner, s'il l'estime « nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, la consignation à la Caisse des dépôts et consignations d'une partie des sommes dues par le professionnel ».

494. L'art. L623-30 C. conso dispose enfin qu'une action intentée par une association de consommateurs agrée n'est pas recevable « lorsqu'elle se fonde sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet du jugement prévu à l'article L. 623-4 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 623-23 ». Aux côtés de la procédure en trois temps décrite dans le cadre des développements ci-dessus, les textes instaurent deux procédures dérogatoires, destinées à permettre une indemnisation plus rapide des victimes.

B. Les procédures dérogatoires

495. Le premier régime dérogatoire à la procédure contentieuse en trois temps de l'action de groupe consiste en une procédure d'action de groupe simplifiée (1). Les textes prévoient

[651] BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.*
[652] MOLFESSIS N., « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », Recueil Dalloz, 2014, n° 16, p. 947.

également une procédure de médiation destinée à permettre à l'association de consommateurs de négocier un accord avec l'auteur des pratiques (2).

1. La procédure d'action de groupe simplifiée

496. Comme le relève un auteur, la procédure simplifiée, prévue par l'art. L623-14 C.conso, est applicable « lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont déjà connus (via un fichier client, par exemple), et lorsque le préjudice subi est d'un montant identique pour tous ». Le préjudice doit, selon l'article, être « d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée ». La procédure est alors qualifiée de simplifiée dans la mesure où « le jugement sur la responsabilité n'aura pas à définir le groupe de consommateur », par hypothèse déjà identifiée, et les mesures de publicité « prendront la forme d'informations individuelles (courrier postal ou électronique) ». L'indemnisation se fera en outre sans intervention de l'association de consommateurs, le professionnel indemnisant directement les victimes[653].

497. Comme le relève M. le Professeur Molfessis[654], bien que le texte ne le précise pas, il semble que la personne de laquelle les consommateurs doivent être connus pour déclencher la procédure simplifiée soit le professionnel (l'exemple donné pour présenter la procédure simplifiée était en effet celui des fichiers détenus par un opérateur de téléphonie mobile). Il lui appartiendrait donc d'identifier les consommateurs susceptibles de bénéficier de ladite procédure, et de les indemniser directement et individuellement. Mais rien ne permet toutefois de garantir que le juge puisse vérifier la fiabilité d'une telle liste. L'auteur remarque encore que « l'agencement de cette procédure simplifiée avec la procédure de droit commun reste incertain ». La question se pose ainsi de savoir qui est le demandeur à l'action, ou encore « si le juge doit statuer au vu de cas individuels présentés par le requérant pour ensuite définir un groupe ». L'auteur relève encore que le texte laisse entendre qu'un seul professionnel pourrait être assigné dans le cadre de la procédure simplifiée, là où la procédure de droit commun admet la possibilité d'en assigner plusieurs. Le texte omet en outre la faculté de réparation en nature, pourtant prévue dans le cadre de la procédure de droit commun. Ainsi, bien qu'elle puisse potentiellement permettre une indemnisation plus rapide des victimes, la procédure simplifie n'en soulève pas moins un certain nombre de questions susceptibles de compliquer le procès.

[653] PORTMANN A., « Parution de la circulaire sur l'action de groupe », Dalloz actualité, 5 novembre 2014.
[654] MOLFESSIS N., « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *ibid*.

En outre, la solution la plus rapide et la plus simple en matière d'indemnisation des victimes demeurera probablement le recours à la procédure de médiation.

2. La procédure de médiation

498. M. Rebeyrol considère à ce titre que « c'est surtout la procédure amiable qui présente de l'intérêt »[655]. Il convient en effet de privilégier les « solutions efficaces, rapides et peu coûteuses » qu'offrent les modes alternatifs de règlement des litiges, et la médiation en particulier, dont la supériorité « en termes de rapidité, de coût et d'efficacité » est démontrée par différentes études sur le sujet[656]. Comme le démontre une étude américaine, sur les 726 class actions certifiées qui ont été intentées entre 2000 et 2009, « 443 ont abouti à une transaction, 249 ont été abandonnées, 34 étaient toujours en cours au moment de l'étude et seulement 3 sont arrivées devant le juge », ce qui démontre leur incroyable efficacité[657].

499. Or, l'art. L623-22 C.conso introduit en droit français une procédure de médiation adaptée aux spécificités de l'action de groupe. Celui-ci dispose en effet que « seule l'association requérante peut participer à une médiation […] afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels » subis par les victimes. Comme le relève Me Grandjean, le recours à la médiation peut intervenir « à tout moment », permettant ainsi d'éviter la phase judiciaire[658]. L'art. L623-23 du même code précise encore que « tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire ». L'art. L623-28 dispose en outre que la décision d'homologation a « autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure ». Les préjudices n'entrant pas dans le champ de l'accord homologué pourront en outre faire l'objet d'actions individuelles de la part des consommateurs fondées sur les règles de droit commun, selon l'art. L623-29, et l'art. L623-30 interdit enfin toute nouvelle action fondée « sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet du jugement d'homologation

[655] REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*
[656] SIMON J., « Enjeux juridiques et économiques pour les entreprises », colloque : « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC », 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 28, p. 169.
[657] DE SILGUY S., « Faut-il craindre les actions collectives ? », Revue Lamy Droit Civil, 2012, n° 99, p. 55.
[658] GRANDJEAN J-P., « L'action de groupe en état de marche », Gazette du Palais, 08 novembre 2014, n° 312, p. 12 ; AUBERT DE VINCELLES C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *ibid.*

». Cette procédure constitue donc un point positif qui mérite d'être souligné, en ce qu'elle permettra aux victimes d'éviter la lourdeur et l'aléa du procès[659].

500. Pour autant, ce point de vue n'est pas unanimement partagé par M. Rebeyrol, qui émet des doutes quant à l'attractivité de la procédure de médiation telle qu'elle résulte des textes encadrant l'action de groupe[660]. Celui-ci considère en effet que « l'un des intérêts de la transaction, pour le professionnel, est de connaître rapidement le montant exact à payer, et donc d'éviter d'avoir à provisionner des sommes potentiellement (beaucoup) plus importantes ». Or, la procédure française n'offre pas un tel avantage, étant donné que « la taille du groupe n'est pas connue le jour où l'accord est adopté », les consommateurs n'y ayant pas encore adhéré. En outre, « la somme globale offerte par le professionnel (par exemple 1 million d'euros) ne sera pas également satisfactoire selon que 1 000 ou 100 000 personnes auront adhéré au groupe », ce qui entraîne le risque d'un refus d'homologation de l'accord par le juge, qui pourrait s'avérer « très défavorable aux victimes si elles sont nombreuses à adhérer ultérieurement à ce groupe ». Pour éviter un tel risque, le professionnel devrait alors négocier un montant d'indemnisation approchant le montant total du préjudice subi par les victimes, ce qui le prive d'intérêt à conclure une transaction. Ce dernier « préférera attendre, en pariant sur le fait que les adhésions au groupe seront très inférieures au nombre de victimes ». L'auteur relève enfin que « la procédure de médiation/transaction envisagée ne permet pas d'éviter les mesures de publicité, qui sont précisément celles que le professionnel redoute par-dessus tout, parce qu'elles sont susceptibles de lui causer un redoutable préjudice d'image ». L'originalité de la procédure, qui permet de respecter les principes du procès, constitue son talon d'Achille. En effet, loin d'être limitées aux procédures dérogatoires, les critiques relatives à l'efficacité pratique du dispositif sont légion.

§ 2nd : Un excès de prudence entravant l'efficacité de la procédure

501. Afin d'éviter les dérives parfois observées aux Etats-Unis dans le cadre de l'exercice de l'action de groupe, la procédure introduite en droit français par la loi Hamon est encadrée de nombreux garde fous, qui en entravent finalement le fonctionnement[661] (A). Le Professeur

[659] AZAR-BAUD M. J., « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », Les Petites affiches, 2014, n° 128, p. 29.
[660] REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*
[661] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p.168 ; REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.* ; CLAUDEL E., « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », RTD Com. 2014, n° 2, p. 339.

Molefessis fait à ce titre remarquer que, « selon cette méthode bien connue d'une législation qui s'élabore par étapes, les pouvoirs publics ont en effet fait le choix d'implanter l'action de groupe *a minima*, pour favoriser son acclimatation dans notre droit »[662]. Or, il nous apparaît que, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne et la transposition de la directive 2014/104, l'action de groupe à la française pourrait par la suite évoluer jusqu'à devenir une procédure efficace (B).

A. Les limites à l'efficacité de l'action de groupe à la française

502. Faisant le choix de la prudence, le législateur français a encadré l'action de groupe de nombreuses limites, destinées à éviter les dérives constatées aux Etats-Unis, à tel point qu'aucune action de groupe n'a été intentée en droit de la concurrence à ce jour[663]. Cette dernière se trouve ainsi contrainte par le choix de règles susceptibles d'en accroître la durée (1), d'où son manque d'intérêt du point de vue économique, qui constitue selon nous un obstacle de taille à sa mise en œuvre eu égard à la qualité des victimes (2).

1. Les difficultés liées à la durée de la procédure

503. En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'art. L623-24 C.conso dispose que l'action de groupe ne peut être intentée qu'à la suite d'une décision constatant l'existence d'une pratique anticoncurrentielle « qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements ». Bien que cette précision quant au moment à partir duquel une décision doit être considérée comme définitive existait dès la première version du texte (l'ancien art. L423-17 C.conso), des auteurs considèrent le choix du follow-on comme de nature à allonger la procédure[664]. Ceux-ci dénoncent ainsi une procédure de contentieux public qui dure en moyenne 7 ans, un autre faisant remarquer qu'une décision définitive intervient parfois 15 à 20 ans après la cessation des pratiques. Une telle durée pose ainsi des difficultés relatives à la preuve de leurs achats par les consommateurs. Si une telle remarque nous semble devoir être quelque peu tempérée eu égard à la rédaction de l'art. L623-24, qui devrait permettre de raccourcir grandement la durée d'une procédure de type « follow-on », il ne fait aucun doute

[662] MOLFESSIS N., « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *ibid*.
[663] PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L., « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D. et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles » éditions IRJS, 2016, p. 302.
[664] V. notamment : BRUNET F., DUPUIS A., PAROCHE E., « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », Recueil Dalloz, 2014, n° 28, p.1600 ; FOURGOUX J-L., « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », Gazette du Palais, 16 mai 2013 n° 136, p. 46 ; PIETRINI S., « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », Gazette du Palais, 03 septembre 2013 n° 246, p. 21 ; CATALA MARTY J., « Réflexions autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », Gazette du Palais, 01 mars 2014 n° 60, p. 11.

que les difficultés inhérentes à l'évaluation du préjudice et la preuve d'un lien de causalité contribueront à maintenir une certaine longueur procédurale[665]. En outre, et même si la durée globale de la procédure ne devrait plus durer de 15 à 20 ans, des auteurs relèvent à juste titre que la sanction des pratiques par l'autorité de concurrence saisie de l'affaire est susceptible de durer plusieurs années, ce qui pose là encore le problème de la conservation des preuves par les victimes. Ces derniers prennent l'exemple d'affaires sanctionnées par l'ADLC, telles que le cartel de la lessive ou de la farine, et relèvent la faible probabilité que les victimes aient conservé les tickets de caisse pour de tels achats[666]. Tempérant la critique, Mme Homobono relève que le choix du « *follow-on* » se justifie dans la mesure où la preuve des pratiques anticoncurrentielles ne peut être obtenue qu'à la suite d'une enquête qu'une association de consommateurs n'aurait pas les moyens de mener[667].

504. Mme le Professeur Claudel considère toutefois que restreindre l'action de groupe aux hypothèses de « *follow-on* » en raison des difficultés relatives à la preuve des pratiques anticoncurrentielles n'était pas nécessaire. La France s'est en effet dotée de juridictions spécialisées, destinées à faire face aux complexités du droit de la concurrence, et, bien que ces magistrats ne disposent pas des mêmes pouvoirs d'enquête que les autorités de concurrence, l'art. 5 de la directive 2014/104 devrait toutefois permettre une avancée en la matière. De plus, toutes les affaires de pratiques anticoncurrentielles ne soulèvent pas de grandes difficultés, n'importe quel juge étant parfaitement en mesure de statuer sur des restrictions caractérisées de concurrence[668]. Nous partageons le raisonnement du Professeur Claudel, en ce qu'il nous semble dommage de priver d'indemnisation des victimes qui auraient parfaitement pu bénéficier de l'action dans le cadre du « *stand-alone* », dans la mesure où cette procédure s'avère plus rapide que le « *follow-on* » en présence de restrictions caractérisées à la concurrence. Or, la longueur de la procédure constitue à n'en pas douter un frein à son succès, eu égard aux nombreuses limites que posent les textes relatifs à l'action de groupe, au point de priver ses dernières de pertinence sur le plan économique.

---

[665] LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », *ibid.* ; GRANDJEAN JP., « L'action de groupe en état de marche », *ibid.* ; CATALA MARTY J., « Réflexions autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*

[666] PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L., « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*, p. 315.

[667] HOMOBONO N., « Colloque action de groupe : ordonnancement technique », Gazette du Palais, 16 mai 2013, n° 136, p. 7.

[668] CLAUDEL E., « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », RTD Com. 2014, n° 2, p. 339.

2. Les difficultés liées au manque d'intérêt économique de l'action

505. Afin d'éviter les dérives observées aux Etats-Unis, le législateur français a pris le parti de faire de l'action de groupe une action limitée, tant du point de vue des personnes (a) que du point de vue du préjudice réparable (b)[669].

a. Les limites relatives aux personnes

506. Les limites relatives aux personnes concernent, d'une part, les personnes susceptibles d'initier la procédure d'action de groupe (i), ainsi que, d'autre part, les personnes susceptibles d'obtenir réparation dans le cadre de la procédure (ii).

i. Une action réservée aux associations de consommateurs agréées

507. Un premier obstacle au succès de l'action de groupe réside dans le choix d'avoir limité la possibilité d'exercer l'action aux associations de consommateurs agrées. La règle, justifiée par la volonté de limiter le risque qu'une entreprise face l'objet d'une multiplication d'initiatives à son encontre qui porteraient atteinte à sa réputation, soulève malgré tout plusieurs problèmes[670]. Comme le relèvent des auteurs, la longueur de la procédure constitue une difficulté de taille dans la mesure où plus une procédure est longue, plus elle s'avère onéreuse à mettre en œuvre. Or, les associations disposent en pratique de moyens limités, qui font d'elles des structures peu adaptées à la prise en charge d'un tel contentieux. La règle, prévue à l'art. L623-10 C.conso, selon laquelle les sommes perçues au titre de l'indemnisation des victimes doivent être consignées à la Caisse des dépôts et des consignations empêche en outre qu'elles ne soient utilisées par les associations pour rémunérer les conseils et experts déployés dans le cadre de l'affaire, et les sommes allouées au titre de l'art. 700 CPC sont souvent insuffisantes pour ce faire[671]. Ainsi, et malgré la possibilité pour elles d'obtenir l'allocation de provisions sur le fondement de l'art. L623-12 C. conso, l'action de groupe coûtera cher aux associations[672]. Cette remarque est d'autant plus vraie que la provision ne concerne que l'action de groupe classique, et non la procédure simplifiée, et que son allocation n'intervient que tardivement, alors que des frais potentiellement importants auront déjà dû été engagés par l'association (bien que

[669] BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.*
[670] POILLOT E., « Table ronde no 4 : L'action de groupe, une nouveauté dans le paysage juridique français », Les Petites affiches, 2014, n° 128, p. 32.
[671] BRUNET F., DUPUIS A., PAROCHE E., « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », *ibid.* ; PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L., « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*, p. 322.
[672] REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.* ; dans le même sens V. PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L., « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*, p. 321 et 322.

l'association puisse solliciter une provision *ad litem* sur le fondement de l'art. 771 CPC)[673]. Il faut ainsi en conclure que peu d'associations disposent aujourd'hui des moyens pour exercer l'action de groupe[674].

508. Outre les considérations liées aux ressources financières limitées des associations, les auteurs relèvent encore que ces dernières manquent de compétence pour intenter l'action, en raison de la spécificité de leur objet qui les rend peu adaptées pour ce faire[675]. En effet, elles « ne disposent pas systématiquement des compétences juridiques, en interne, pour appréhender des questions complexes de droit de la responsabilité ». De plus, ce « filtre associatif » porte en lui le risque d'un tri des affaires par les associations de consommateurs (encore appelé « risque d'agence » par certains auteurs), qui risquent de n'intenter que des recours aux « importantes retombées médiatiques et politiques qui les intéressent, et de négliger des actions, pourtant tout aussi fondées, qui les intéressent moins ». Les associations pourraient encore voir leur responsabilité civile engagée par les victimes en cas de fautes qu'elles commettraient dans le cadre de l'exercice de l'action, risque pour lequel elles ne disposent pas des moyens de souscrire une assurance suffisante. En outre, si ces dernières sont légitimes lorsqu'il s'agit de défendre une « grande cause » altruiste, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de « porter en justice des intérêts purement individuels », ce qui pourrait expliquer en partie le peu d'enthousiasme qu'elles ont eu à exercer l'action en représentation conjointe, « nombre d'entre elles [estimant] tout simplement qu'elles n'ont pas à lutter pour de simples intérêts particuliers »[676]. Le filtre associatif serait ainsi l'une des causes majeures de l'échec de l'action en représentation conjointe[677]. Eu égard au manque de moyens des associations de consommateurs par rapport au coût et à la durée de la procédure, l'exercice de l'action de groupe par ces dernières apparaît donc d'un intérêt limité. À cette première constatation s'ajoute le fait que les victimes elles-mêmes n'auront que peu d'intérêt à son exercice, dans la mesure où les sommes en jeu seront le plus souvent dérisoires.

---

[673] PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L., « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*, p. 322, V. note 114.
[674] AZAR-BAUD M. J., « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », Les Petites affiches, 2014, n° 128, p. 29. ; BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.*
[675] LIGNEUL N., « L'action de groupe "à la française", de la mondialisation des procédures au projet de loi sur la consommation », Gazette du Palais, 25 janvier 2014 n° 25, p. 11. ; REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*
[676] REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.* ; sur le risque d'agence, V. encore PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L., « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.* p. 312.
[677] BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.* ; REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*

ii. Une action réservée aux consommateurs victimes

509. Dans la mesure où l'action est réservée aux consommateurs, celle-ci ne semble pas constituer une menace crédible pour les entreprises, ces derniers n'ayant pas forcément d'intérêt économique quant à sa mise en œuvre (α). La règle aboutit en outre à l'exclusion de son champ des personnes morales, qui avaient pourtant un réel intérêt à pouvoir bénéficier d'une telle procédure (β).

α. Le choix d'un système d'opt-in et la restitution des sommes non réclamées

510. Lors de l'introduction de l'action de groupe en droit français, le législateur a pris le parti de faire reposer le mécanisme sur « *l'opt-in* ». À l'inverse de « *l'opt-out* », système selon lequel toutes les personnes concernées par l'objet de l'action sont réputées être parties à cette dernière sauf manifestation d'une volonté contraire, « *l'opt-in* » implique que seuls les consommateurs ayant manifesté leur adhésion à l'action seront parties à la procédure[678]. Les développements ci-dessus illustrent le fait que l'action de groupe est une procédure longue, nécessitant d'importants moyens financiers que les associations supposées la mettre en œuvre ne détiennent pas. Au-delà de ces premiers obstacles, et à supposer que le préjudice puisse être démontré, un auteur pose ainsi la question de savoir « qui adhérera à une action pour récupérer quelques centimes d'euros » ? Le système de « *l'opt-in* » implique en effet la mobilisation des consommateurs, qui devront récupérer leurs créances, ce qui semble peu probable lorsque la somme, bien que considérable lorsque prise dans sa globalité, est en réalité infime aux yeux des consommateurs pris individuellement. Or, les sommes non réclamées étant restituées à l'auteur des pratiques, le procès perd en partie de son sens eu égard au risque que la grande majorité des consommateurs ne prennent pas la peine d'adhérer au groupe, comme le fait très justement remarquer Mme Azar-Baud[679]. Le système de « *l'opt-out* », bien plus dangereux pour l'auteur de l'infraction dans la mesure où il oblige les défenseurs à se défendre contre un groupe composé de personnes dont ils ne connaissent ni le nombre ni l'identité, constitue par ailleurs le seul gage d'une procédure efficace selon ses partisans[680].

511. Il nous apparaît que le choix ainsi opéré par le législateur n'est pas de nature à constituer une véritable menace permettant de dissuader les entreprises de se livrer à la commission de pratiques anticoncurrentielles. Le choix de réserver l'action aux consommateurs conduit à outre

[678] JOUFFIN E., « Petit lexique de l'action de groupe », Banque&Droit, novembre 2014, p. 57.
[679] AZAR-BAUD M. J., « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », *ibid.*
[680] SIMON J., « Enjeux juridiques et économiques pour les entreprises », *ibid.*

à l'exclusion des personnes morales, et notamment des PME, victime qui auraient pourtant un intérêt économique à l'action, qui constitue même un besoin pour l'intenter sans risques.

β. L'exclusion des personnes morales du champ des bénéficiaires de l'action de groupe

512. Parmi les nombreuses critiques adressées à l'action de groupe, l'exclusion des personnes morales (et notamment des PME) du champ de l'action est relevée par plusieurs auteurs[681]. Cette critique nous semble particulièrement pertinente dans la mesure où les PME se retrouvent, en tant que consommateurs intermédiaires des biens et services affectés par l'infraction, dans une situation comparable à celle du consommateurs final[682]. Il nous semble en outre essentiel de préciser que, contrairement aux consommateurs personnes physiques, qui ne subissent le plus souvent qu'un préjudice minime, les PME sont quant à elles susceptibles de subir un préjudice relativement important. Le choix de limiter l'action de groupes aux consommateurs apparait ainsi inadapté pour réguler la concurrence, puisqu'il conduit en effet à exclure du bénéfice de l'action de groupe les victimes directes (concurrents comme partenaires)[683]. Or, si les PME ont un réel intérêt à l'exercice de l'action, ces dernières n'ont le plus souvent pas les moyens nécessaires pour la mettre en œuvre, et ce pour plusieurs raisons, mises en évidence dans le cadre d'un colloque consacré à la question[684]. Les intervenants soulignent ainsi l'intérêt certain du droit des pratiques anticoncurrentielles pour les PME, ce dernier étant susceptible de permettre la cessation d'agissements illégaux, l'annulation du contrat support d'une entente, et des dommages et intérêts. Le contentieux privé permet à ce titre d'aller plus loin que la seule mise en œuvre du contentieux public, qui se limite à la restauration de la concurrence sur le marché, sans permettre de rétablir la situation individuelle des victimes.

513. La mise en œuvre du droit de la concurrence par les PME n'est cependant pas chose facile, dans la mesure où ces dernières « ne disposent pas d'une culture de concurrence suffisante et ne sont pas en mesure de percevoir l'intérêt stratégique » que peut revêtir pour elles ce corps de règles. Les intervenants relèvent encore une tendance des avocats à défendre « essentiellement les auteurs des pratiques et très peu les victimes », d'autant que ces dernières se refusent également à agir pour ne pas modifier l'équilibre du marché, « par peur

[681] AZAR-BAUD M. J., « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », *ibid.* ; PIEDELIEVRE S., « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », Gazette du Palais, 29 mars 2014 n° 88, p. 11.
[682] PRIETO C., « Rapport introductif (colloque sur l'action de groupe) », Gazette du Palais, 16 mai 2013 n° 136, p. 9.
[683] LIGNEUL N., « L'action de groupe "à la française", de la mondialisation des procédures au projet de loi sur la consommation », *ibid.*
[684] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.

de modifier les équilibres établis, les habitudes, le confort et de créer de l'incertitude ». L'action en justice engendre des coûts importants en raison des standards de preuve élevés en matière de droit de la concurrence, qui nécessitent de couteuses études économiques. Les notions entourant la matière, telles que la délimitation du marché pertinent ou la répercussion du surcoût, entraînent de surcroît d'interminables débats, et plus la durée de la procédure s'allonge, plus elle s'avère difficile à mettre en œuvre eu égard au déséquilibre existant entre grandes entreprises et PME en termes de moyens financiers et humains (avocats, lobbyistes). Enfin et surtout, une autre raison permettant d'expliquer le désintérêt des PME pour la mise en œuvre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles réside dans le risque de représailles que pourraient exercer à leur encontre les auteurs des pratiques, avec qui la PME victime devra continuer à cohabiter sur le marché. Or, si un auteur de pratiques anticoncurrentielles choisissait de déréférencer une PME afin de sanctionner la mise en œuvre par elle du contentieux privé à son encontre, cette dernière se retrouverait condamnée à mort. L'un des intervenants au colloque fait ainsi remarquer que les consommateurs et les PME sont les victimes les moins bien protégées du point de vue du contentieux privé, l'action en réparation n'étant intentée que par de grosses entreprises, en raison du coût trop important de sa mise en œuvre eu égard notamment à la quantification du préjudice, que même les PME les plus importantes ne sauraient supporter. Les coûts liés à la mise en œuvre de l'action demeureront, malgré la publication du guide pratique de la Commission sur la quantification du préjudice, « tout simplement prohibitifs. Par conséquent, d'une façon ou d'une autre, il faudra envisager des modalités permettant de regrouper ces actions individuelles ». L'auteur souligne en outre que le regroupement des PME dans le cadre d'une action de groupe permettrait de faire échec aux représailles que pourraient mettre en œuvre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, à tout le moins de les rendre plus difficile à mettre en œuvre. Il nous semble en effet peu probable que l'auteur des pratiques décide de déréférencer l'ensemble de ses partenaires économiques qui auraient fait le choix de demander réparation du préjudice subi à la suite de l'infraction.

514. Un autre intervenant ajoute que, lorsque le préjudice est subi par des PME victimes en tant que consommateurs intermédiaires, son montant sera le plus souvent perçu comme trop faible pour justifier la mise en œuvre d'un contentieux aussi couteux. Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles implique la quantification du préjudice, question qui ne saurait se résoudre sans batailles entre experts : « partant, cette procédure risque d'être très chère et ne semble pas à priori s'adresser aux PME, sauf bien entendu, si le dommage subi par la PME

est considérable ». Un autre auteur, et il nous semble devoir être rejoint en ce sens, tempère quant à lui l'importance du coût global de l'action dans un système dans lequel la preuve serait facilitée, ce qui est à n'en pas douter le cas depuis l'introduction en droit français de l'effet liant, de la possibilité de recourir à l'estimation du préjudice et de la possible création d'une présomption de jure de lien de causalité.

515. Il ressort de ces développements que, contrairement aux consommateurs, les PME sont susceptibles d'avoir un véritable intérêt économique et stratégique à l'exercice de l'action. Leur exclusion du champ de son bénéfice apparaît dès lors regrettable, bien que d'autres moyens puissent leur permettre de regrouper leurs droits (V. *infra*, n° 565 s et 573 s). En outre, les consommateurs auraient pu eux aussi avoir un intérêt économique à l'exercice de l'action, si les textes n'avaient pas également limité le champ du préjudice indemnisable.

b. Les limites relatives au préjudice indemnisable

516. Les limitations relatives au préjudice indemnisable constituent un obstacle au succès de l'action de groupe, en ce qu'ils contribuent à limiter les sommes susceptibles d'être perçues par les victimes (i). Le peu d'intérêt économique de l'action pour les consommateurs nuit en outre à l'objectif de régulation confié à l'action de groupe, problématique qui aurait pu être évitée par le biais de dommages et intérêts punitifs (ii).

i. L'indemnisation des seuls préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels

517. L'action de groupe limite la réparation du préjudice subi par les consommateurs aux préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels, alors même que la directive 2014/104 et l'ordonnance du 9 mars 2017 rappellent toutes deux l'application en droit des pratiques anticoncurrentielles du principe de la réparation intégrale du préjudice (α). Or, loin d'être inhérente au mécanisme de l'action de groupe, cette limitation résulterait en réalité de choix de politique juridique, finalement nuisibles à l'efficacité de l'action (β).

α. Un préjudice limité en violation du principe de réparation intégrale

518. En application de l'art. L623-2 C.conso, « l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs », à l'exclusion des préjudices moraux et immatériels. Or, comme le relève M. Ligneul, « les préjudices subis en droit de la concurrence sont habituellement immatériels », et la règle, qui viole le principe de la réparation intégrale rappelée par la directive 2014/104 et

l'ordonnance du 9 mars 2017, aurait dû faire l'objet d'une modification[685]. M. Rebeyrol précise qu'il s'ensuit que « seuls les préjudices patrimoniaux […] pourront être réparés [ce qui] vise essentiellement les pertes subies et les gains manqués ». Cette solution serait compréhensible en matière de droit de la concurrence, « où l'enjeu est de fait principalement financier »[686]. Cette position nous semble désavouée tant par la directive que par l'ordonnance, qui soulignent toutes deux la place du préjudice moral dans le cadre de la réparation intégrale. Ainsi, et même si l'action avait été ouverte aux personnes morales, il nous apparaît qu'une telle restriction aurait été particulièrement préjudiciable à l'indemnisation des PME. L'auteur considère en outre que l'art. L623-1 C.conso (anciennement l'art. L423-1) implique que les victimes aient subi des préjudices « identiques ou similaires ». Cette interprétation nous semble toutefois discutable, dans la mesure où le texte indique simplement que l'action de groupe vise à réparer les préjudices individuels subis par des consommateurs « placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement » d'un ou plusieurs professionnels. La formule nous semble en effet plutôt destinée à identifier les victimes susceptibles de rejoindre l'action de groupe.

β. Une limitation justifiée par des choix de politique juridique

519. Mme le Professeur Bacache[687] se montre quant à elle particulièrement critique vis-à-vis de cette limitation aux préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels. En effet, si le préjudice patrimonial peut résulter d'une atteinte matérielle aux biens (perte de jouissance, diminution de la valeur du bien, ou encore perte de profits d'une activité à laquelle participait le bien), il peut également « se présenter de façon autonome, indépendamment de toute atteinte à un bien corporel ou incorporel ». Or, la rédaction du texte pourrait à priori conduire à exclure ce préjudice autonome, souvent qualifié de « préjudice économique pur », qui n'est pas induit d'un dommage matériel initial, alors même que l'action de groupe vise essentiellement à l'indemnisation d'un préjudice économique pur. Les travaux préparatoires le démontrent à travers la définition qu'en donne un rapport de l'Assemblée nationale, selon lequel « le dommage matériel désigne […] toute perte d'argent, tout manque à gagner ». Cette maladresse de rédaction ne nous semble toutefois pas de nature à pouvoir conférer un moyen de défense à l'auteur des pratiques, dans la mesure où exclure l'indemnisation du préjudice économique pur

[685] LIGNEUL N., « L'action de groupe "à la française", de la mondialisation des procédures au projet de loi sur la consommation », *ibid.*
[686] REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », *ibid.*
[687] BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.*

viderait l'action de groupe de tout son sens en entrerait en conflit avec l'esprit du texte tel que révélé par le rapport.

520. Selon le Professeur Bacache, les travaux préparatoires expliquent cette limitation du préjudice indemnisable par la nécessité de respecter le principe de la réparation intégrale du préjudice, qui serait incompatible avec la collectivisation des traitements des victimes. Le principe imposerait en effet « de limiter l'action de groupe à l'indemnisation des préjudices qui ne nécessitent pas d'évaluation individualisée, c'est-à-dire à des préjudices qui peuvent être identiques ou similaires ». Or, un tel postulat n'est vrai que dans le cas de l'action de groupe telle qu'elle résulte de la loi Hamon, en raison du choix opéré par le législateur d'un jugement unique dans lequel le juge « constate à la fois les conditions de la responsabilité et évalue le préjudice ». Comme le fait remarquer Mme Bacache, le jugement unique n'est pas inhérent à l'action de groupe, et la mise en place de deux jugements, le premier statuant sur le principe de la responsabilité, le second sur l'évaluation individuelle des préjudices des victimes qui auraient adhéré au groupe, aurait permis de s'affranchir de la nécessité de dommages identiques. En outre, le postulat selon lequel « les préjudices patrimoniaux issus de dommage matériel sont identiques lorsqu'ils se rattachent au même fait générateur est contraire aux fondements de la responsabilité civile ». En effet, tout préjudice certain et légitime est réparable, indépendamment de sa nature, à condition qu'il entretienne un lien de causalité avec la faute. N'osant pas exiger que les victimes aient subies des préjudices identiques, la loi « se replie sur la notion confuse et sans valeur juridique de "situation" identique », laissant aux magistrat la charge de définir quels seront les critères de la similitude. Or, là encore, pareilles complications auraient pu être évitées dans la mesure où, comme le relève le Professeur Bacache, « l'identité des préjudices n'est pas une caractéristique de l'action de groupe [et] l'existence d'une cause commune à une pluralité de dommage est la seule condition inhérente à la notion d'action de groupe ». Le domaine limité de l'action de groupe résulte ainsi de choix de politique juridique, et non d'obstacles techniques tenant au régime de la responsabilité. En effet, eu égard au montant potentiellement insignifiant des préjudices individuels résultants d'une telle limitation, il est permis de se demander si l'action de groupe poursuit réellement un objectif indemnitaire. Le Professeur Bacache considère ainsi que l'action vise en réalité à « sanctionner les comportements fautifs du responsable », participant à « la moralisation de la vie des affaires, à l'assainissement du marché », promouvant dès lors « la fonction punitive, dissuasive et préventive de la responsabilité civile. On change alors de perspective : on passe d'une logique

de protection des victimes à une logique de marché, de régulation, de sanction et d'effectivité du droit ».

521. Or, et si le constat ainsi dressé nous paraît tout à fait exact, il nous semble également important de remarquer que les choix de politique juridique ainsi opérés n'ont pas permis d'améliorer l'effectivité de l'action. Bien que la procédure organisée par le législateur apparaisse en effet de nature à mutualiser les coûts de l'action pour la rendre plus attractive aux yeux des victimes, force est de constater que le faible montant des sommes en jeu ne saurait les inciter à y adhérer.

ii. Le défaut d'intérêt économique quant à l'exercice de l'action de groupe

522. Comme le relèvent plusieurs auteurs, le faible montant des sommes que sont susceptibles de récupérer les victimes à l'issue de la procédure constitue un obstacle au succès de l'action de groupe. L'action de groupe des consommateurs vise en effet les « petits litiges » s'élevant à 200 ou 300€, ce qui pose la question de l'intérêt d'aller en justice pour des montants de faible ampleur[688]. Il convient en effet de rappeler que les sommes, bien que considérables dans leur globalité, sont souvent infimes du point de vue des consommateurs pris individuellement. Or, le procès perd de son sens dans la mesure où la faiblesse des sommes conduit les consommateurs à ne pas les réclamer, les sommes non-récupérées demeurant chez le professionnel pourtant condamné[689]. Ce constat pourrait toutefois devoir être tempéré, les préjudices individuels dans le cadre de l'action de groupe intentée par l'association CLCV contre Axa et l'AGIPI étant le plus souvent compris entre 1500 et 4000€ selon l'association (bien qu'il ne s'agisse toutefois pas d'un litige de concurrence)[690]. En comparaison, les associations de consommateurs ne nous semblent pas incitées à intenter l'action dans le contexte du droit de la concurrence. En effet, la procédure, complexe, coûteuse et potentiellement longue, dépassera le plus souvent les moyens financiers et humains de l'association, et risquera de ne pas sanctionner véritablement l'auteur des pratiques, qui récupèrera les sommes non réclamées par les victimes. Comme le souligne Mme le Professeur Bacache, la logique répressive sous-tendant l'introduction en droit français de l'action de groupe « aurait dû aboutir à la consécration de dommages et intérêts punitifs calculés au moins

[688] DE SILGUY S., « Faut-il craindre les actions collectives ? », *ibid.*
[689] AZAR-BAUD M. J., « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », *ibid.*
[690] HAERI K. et JAVAUX B., « Actions de groupe : déjà des dérapages ! », La Tribune, 04 novembre 2014 [en ligne] https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/20141104triba50d6e7e9/actions-de-groupe-deja-des-derapages.html (consulté le 04/10/2019).

à hauteur du profit illicite réalisé par le professionnel »[691]. Eu égard aux nombreuses critiques adressées en doctrine à son encontre, la question se pose de savoir si l'action de groupe représente réellement un risque pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Il convient à ce titre de ne pas négliger les possibilités d'évolution du dispositif.

B. Les stratégies de défense face à l'action de groupe

523. Bien qu'en son état actuel l'action de groupe semble inadaptée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la question se pose des perspectives d'évolution susceptibles de lui conférer une efficacité nouvelle (1). Il conviendra d'évoquer, dans cette perspective comme dans celle d'une action de groupe intentée en France depuis l'étranger (V. *infra*, n° 735), les stratégies de défense face aux actions de groupe que pourront mobiliser les entreprises en cas de réforme du mécanisme actuel (2).

1. Vers une efficacité nouvelle pour l'action de groupe

524. Bien que l'action de groupe fasse, à juste titre, l'objet de nombreuses critiques relatives à son manque d'efficacité, deux évolutions récentes permettront peut-être de remédier à cet état de fait. La perspective d'une fin du « filtre associatif », d'une part (a), et la transposition de la directive 2014/104, d'autre part (b), pourraient en effet peut-être permettre de rendre la procédure attractive aux yeux des consommateurs.

a. Un « filtre associatif » contraire à la libre prestation de services

525. Comme le relève M. le Professeur Bosco[692], une décision récente de la Cour constitutionnelle Belge mène à questionner la conformité du dispositif prévu par la loi Hamon aux règles du droit de l'Union Européenne. À l'instar du droit français, le droit belge réservait en effet l'exercice de l'action de groupe aux associations de consommateurs agrées, en les autorisant néanmoins à recourir à l'assistance d'un avocat. Considérant la règle comme susceptible d'entrainer une discrimination à l'égard d'associations d'autres Etats-Membres qui ne bénéficieraient pas d'un tel agrément, les requérants, dont le raisonnement est validé par la Cour, avaient « judicieusement observé que ces dispositions pourraient être contraires aux dispositions du TFUE (TFUE, art. 56 et 57) et de la directive « services » 2006/123/CE du 12 décembre 2006 (PE et Cons. UE, dir. 2006/123/CE, 12 déc. 2006, spéc. art. 16 et 20) ». Cette dernière, dont l'objet est de garantir « le libre accès à l'activité de service » et vise notamment

[691] BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », *ibid.*
[692] BOSCO D., « Recours collectifs en Belgique : la condition d'agrément de l'association de consommateurs est contraire à la libre prestation de services », Contrats Concurrence Consommation, Mai 2016, n° 5, p. 66 ; Cour constit. Belgique, 17 mars 2016, n° 41/2016.

« les services aux particuliers en matière de conseil juridique », considère en effet comme des restrictions interdites par la libre prestation de services « l'exigence d'agréments délivrés uniquement à des associations sur la base de critères qui n'ont pas trait à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection de l'environnement ».

526. Or, comme le fait remarquer l'auteur, « les critères d'agrément visés par le Code de la consommation ne sont pas vraiment liés à des motifs d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ». Il semblerait ainsi possible, en France, d'obtenir la fin du « filtre associatif » sur le fondement de la contrariété de la règle à la libre prestation de services. La question se pose toutefois de savoir jusqu'à quel extrême pousser la règle ? L'art. 16 § 1 de la directive « services » dispose en effet que l'accès à une activité de service ou son exercice sur le territoire d'un Etat-Membre ne saurait être subordonné à des exigences qui ne seraient pas justifiées, notamment, « par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ». Une telle règle ne commanderait-t-elle pas l'ouverture de l'action à des associations formées par les victimes elles-mêmes dans le seul but d'exercer l'action ? Ou encore d'autoriser les avocats à regrouper les victimes pour ensuite exercer l'action ? Il ne nous semble pas, en effet, que de telles possibilités présenteraient un risque pour l'ordre public.

527. Pour l'heure, comme le relève Me Le More[693], bien que le consommateur puisse exercer individuellement une action en réparation, il ne saurait prendre de lui-même l'initiative d'une action de groupe. Or, une ouverture plus large des personnes susceptibles d'exercer l'action, aux côtés des nouvelles dispositions introduites par l'ordonnance du 9 mars 2017, pourrait-elle permettre d'en accroître l'attractivité ?

b. Une efficacité renforcée par la transposition de la directive 2014/104

528. Comme nous l'avons évoqué à l'occasion de précédents développements (V. *supra* n° 503), l'action de groupe souffre, outre du problème lié au filtre associatif, de problèmes relatifs à la durée de la procédure (i), à la preuve de la quantification du préjudice et à la faiblesse des sommes en jeu (ii). Se pose alors la question de savoir si ces problématiques peuvent être réglées par les nouvelles dispositions introduites dans le Code de commerce à l'occasion de la transposition de la Directive 2014/104 par l'ordonnance du 9 mars 2017 ?

[693] LE MORE P., « Plaidoyer pour une vraie réforme de l'action de groupe en matière de concurrence », Contrats Concurrence Consommation, Mai 2017, n° 5, p. 3.

i. La fin des obstacles liés à durée de la procédure

529. Contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine[694], qui considère le choix du *follow-on* comme de nature à conduire à des procédures d'une durée excessivement longue, il nous semble que la rédaction de l'art. L623-4 C.conso (anciennement L423-17) n'emporte pas un tel risque. Si le texte indique que l'action de groupe ne peut être intentée qu'à la suite d'une décision devenue définitive d'une autorité de concurrence constatant une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, précision est tout de même faite que ce caractère définitif ne concerne que « la partie relative à l'établissement des manquements ». Ce choix dans la rédaction de l'article appelle selon nous deux observations.

530. D'une part, il convient d'observer que lorsqu'est interjeté appel d'une décision de sanction d'une autorité de concurrence, l'appel concerne dans la grande majorité des cas le montant de l'amende et non la réalité des pratiques. D'autre part, nombre d'entreprises sanctionnées recourent aux procédures négociées, qui les privent de la possibilité de contester la réalité des pratiques (bien que le doute soit permis en matière de transaction interne, V. *supra*, n° 131). Il s'ensuit que l'effet liant sera potentiellement acquis dès le prononcé de la sanction par l'autorité de concurrence compétente, et non après une dizaine ou une quinzaine d'années de procédure à la suite de l'appel et du pourvoi en cassation. L'effet liant constitue donc un outil permettant d'exercer l'action de groupe somme toute assez rapidement. Il nous semble donc que le véritable frein à l'action de groupe réside dans la difficulté qu'il y a à prouver et quantifier le préjudice subi par les victimes, difficulté qui nous semble de nature à grandement restreindre les hypothèses dans lesquelles une action de groupe est envisageable, sans toutefois les faire totalement disparaître.

ii. La persistance d'obstacles liés à la démonstration du préjudice

531. Si la complexité de la quantification du préjudice est mise en avant au titre des freins à l'action de groupe, il convient de rappeler que plusieurs méthodes sont mises à la disposition des victimes afin d'y parvenir. Loin d'être systématiquement longues et couteuses, certaines sont au contraire rapides et relativement simple quant à leur mise en œuvre, telles que la comparaison avant-après ou les alternatives développées par la pratique (V. n° 289 et 310). En

[694] V. notamment : BRUNET F., DUPUIS A., PAROCHE E., « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », *ibid.* ; FOURGOUX J-L., « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », *ibid.* ; PIETRINI S., « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.* ; CATALA MARTY J., « Réflexions autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*

outre, les conditions pour recourir à la technique de l'estimation devraient à notre avis être systématiquement remplies, une mesure exacte du préjudice apparaissant, du point de vue des consommateurs victimes, excessivement difficile voire pratiquement impossible (V. *supra*, n° 238).

532. Quant à la preuve, et comme le font remarquer certains auteurs, il est peu probable que les victimes aient conservé les tickets de caisse qui leur permettraient de prouver qu'ils ont bien été clients de l'entreprise auteur des pratiques ou de l'entreprise intermédiaire qui aura répercuté sur eux le surcoût généré par l'infraction. Si cette affirmation nous semble exacte, elle mérite toutefois d'être tempérée en fonction du type d'entreprise affectée par les pratiques. Nombre d'entre elles s'adonnent en effet à la tenue d'un fichier client qui comporte un historique commercial regroupant des informations telles que la date de commande, la date de livraison, la facture (cette dernière indiquant notamment la date de l'opération et son montant) et la date de règlement[695]. De telles informations, susceptibles d'être communiquées aux victimes dans le cadre d'une injonction de production de preuves, pourraient ainsi leur permettre d'obtenir réparation.

533. Ainsi, il nous apparaît que la seule véritable raison susceptible d'entraver encore la mise en œuvre de l'action de groupe réside dans son manque d'intérêt aux yeux des consommateurs. Or, force est de constater que cette dernière question n'est réglée ni par la directive, ni par l'ordonnance, et que, dans la majorité des cas, les sommes susceptibles d'être obtenues par les consommateurs ne représenteront que des montants trop faibles pour justifier une action en justice. En outre, contrairement aux entreprises qui auront un intérêt stratégique à voir prononcée à l'encontre des auteurs de l'infraction la future amende civile, tel ne sera pas le cas des consommateurs, et seuls de véritables dommages et intérêts punitifs auraient été susceptibles de les intéresser eu égard à l'enrichissement qu'ils en auraient retiré. Il apparaît par ailleurs possible d'interpréter la directive dans un sens qui ne prohibe pas, de manière absolue, les dommages et intérêts punitifs. Ces derniers pourraient ainsi peut-être un jour faire leur entrée dans notre droit positif (V. *supra*, n° 212). Il semble en outre qu'il ne faille pas écarter de manière absolue le risque d'une action de groupe, même en l'état actuel du droit, l'hypothèse de sommes suffisamment importantes pour intéresser les victimes à l'action n'étant pas forcément une hypothèse d'école, comme déjà évoque *supra* (V. n° 522).

[695] « La tenue des fichiers clients », i-manuel.fr [en ligne] https://www.i-manuel.fr/SP_GE/SP_GEdocfic19.htm (consulté le 30/08/2019).

534. Le préjudice subi par les victimes pourrait éventuellement s'avérer suffisamment important pour justifier l'exercice par elles d'une action de groupe si le supposé « cartel de l'automobile » (dont font état de nombreux articles de presse) venait à être sanctionné[696]. Les constructeurs automobiles allemands se seraient en effet concertés « pour s'accorder sur nombre d'aspects techniques de leurs voitures, notamment sur le système de filtration des émissions polluantes, lésant ainsi possiblement consommateurs et sous-traitants ». Or, une action en réparation dans un tel contexte soulèverait l'intéressante question de la limitation de la réparation au seul préjudice matériel. En effet, comme le relève un article de presse, « cinq constructeurs germaniques se seraient entendus sur la taille des réservoirs d'Adblue, un additif qui permet de réduire les émissions polluantes d'oxyde d'azote sur les moteurs diesel. De gros réservoirs se révélant plus chers, les groupes auraient opté de concert pour de petits réservoirs, ne contenant pas assez de liquide pour réduire de manière suffisante les gaz polluants émis »[697]. Les consommateurs pourraient alors arguer d'un préjudice moral découlant du fait d'avoir acheté un véhicule nuisant à la santé de leurs concitoyens, ce qui provoquerait un conflit entre les règles de l'art. L623-2 C. conso et de l'art. L481-3 C.com, ce dernier admettant justement l'indemnisation du préjudice moral subi par les victimes.

535. Face à un risque d'action de groupe somme toute faible, sans toutefois s'avérer inexistant, et face aux possibles évolutions du cadre juridique actuel dans un sens qui permettrait l'exercice effectif de l'action, l'étude des stratégies destinées à faire échec à une telle procédure nous apparaît pertinente.

2. Les stratégies applicables face au risque d'action de groupe

536. Les stratégies envisageables pour l'entreprise confrontée au risque d'une action de groupe sont de deux ordres, selon la finalité recherchée. Il peut s'agir, dans un premier temps, de faire échec à l'action de groupe (a), ou encore, dans un second temps, d'en réduire les conséquences (b). L'action de groupe à la française illustre ici encore son originalité, nombre de stratégies efficaces face à une *class action* n'étant pas transposables au mécanisme actuel de l'action de groupe.

---

[696] V. notamment : HUGUEN P., « Daimler a dénoncé en premier le cartel automobile allemand », 25/07/2017 [en ligne] https://www.capital.fr/entreprises-marches/daimler-a-denonce-en-premier-le-cartel-automobile-allemand-presse-1237948 (consulté le 30/08/2019).

[697] « Un "cartel" de l'automobile mis au jour outre-Rhin ? » [en ligne] https://www.easybourse.com/automobile/article/32601/un-cartel-automobile-mis-jour-outre-rhin-.html (consulté le 30/08/2019).

a. Les stratégies de mise en échec de l'action de groupe

537. Les options stratégiques à la disposition des entreprises pour faire échec à l'action de groupe sont de différents ordres, et peuvent s'envisager tant préalablement à tout procès (i) que pendant procès (ii).

i. La mise en échec de l'action de groupe préalablement à la mise en œuvre de la procédure

538. Afin de mettre en échec l'action de groupe, l'entreprise dispose en premier lieu de ressources juridiques, dont l'impact devrait toutefois être limité par le droit de la consommation (α). Il conviendra en outre de remarquer que si limiter le risque de propagation constitue un moyen efficace de lutte contre les *class actions*, tel ne devrait pas être le cas face à l'action de groupe du droit français (β).

α. La mobilisation de ressources juridiques pour faire barrage à l'action de groupe

539. Comme le relève M. le Professeur Masson[698], la mobilisation de ressources juridiques permet en principe de faire obstacle à la mise en œuvre d'une *class action*, notamment par le biais d'une stratégie de défausse juridique. Il peut ainsi s'agir de se défausser de toute responsabilité en prévoyant des clauses transférant le risque sur les consommateurs, à condition que le droit national le permette. Or, l'art. R212-1 C.conso énumère douze clauses réputées abusives de manière irréfragable dans le cadre de la prohibition du déséquilibre significatif (art. L212-1 du même code). Le 6° de l'art. R212-1 prohibe ainsi les clauses ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». Une telle stratégie serait donc à exclure en France, la stipulation de telles clauses, réputées non-écrites, faisant également l'objet de sanctions administratives sous la forme d'une amende de 15 000€. Le Professeur Masson ajoute encore la possibilité pour l'entreprise de « filialiser ses unités de production ou de commercialisation », stratégie qui nous semble condamnée par les nouvelles règles du contentieux privé. En effet, comme évoqué *infra* (V. n° 1039), l'art. L481-9 C.com dispose que « lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle […], elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant ». Si l'emploi du terme concourir semble permettre à la mère d'échapper à sa responsabilité, une telle interprétation ne devrait être admise que de manière exceptionnelle par le juge, lorsque la filiale a agi de son seul chef, et ne semble pas à notre avis concerner

[698] MASSON A., « Recours collectifs et stratégie juridique internationale, les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », table ronde n° 3, *in* « Les recours collectifs – Quels enjeux stratégiques et économiques ? » colloque du Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 28, p. 171.

l'hypothèse d'une société mère qui commettrait une infraction au droit de la concurrence et tenterait d'échapper à sa responsabilité. Le Professeur Masson évoque également la possibilité de se défausser du risque d'une action de groupe en souscrivant à un contrat d'assurance. Une telle stratégie semble opportune, à condition bien entendu de ne pas se livrer à la commission de l'infraction de manière intentionnelle, la faute intentionnelle excluant le jeu de l'assurance, comme évoqué *supra* (V. n° 90).

540. Le Professeur Masson évoque encore la possibilité d'insérer dans le contrat « des clauses attributives de compétence au profit de juridictions éloignées ou des clauses imposant un certain formalisme précontentieux »[699]. L'idée sous-tendant une telle stratégie consiste à augmenter pour les victimes le coût de la mise en œuvre de la procédure, en vue de la priver de son intérêt. Si le Professeur Masson considère qu'une telle stratégie ne devrait pas être particulièrement efficace en matière de *class action*, eu égard au faible coût de déclenchement de l'action, le raisonnement ne nous semble pas transposable à l'action de groupe du droit français. Ces dernières ne figurant pas dans la liste des clauses noires (R212-1) ou des clauses grises (R212-2) du Code de la consommation, rien n'interdit à priori leur stipulation. Rien ne garantit toutefois leur validité, dans la mesure où ces dernières pourraient, au cas par cas, être considérées comme ayant pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits des parties au contrat sur le fondement de l'art. L212-1 du même Code. Or, si de telles clauses venaient à être admises en matière d'action de groupe, elles pourraient permettre de faire échec à une partie de la demande. L'action de groupe n'étant déjà pas susceptible de leur rapporter grand-chose, qui parmi les consommateurs victimes ferait le déplacement pour une somme probablement dérisoire ? Ainsi, une stratégie traditionnellement peu efficace face à la *class action* s'avère susceptible de l'être face à l'action de groupe du droit français. À l'inverse, les stratégies reposant sur le contrôle de la diffusion de l'information ne devraient quant à elles pas être en mesure de fonctionner eu égard aux règles du droit français.

β. Le contrôle de l'information pour faire barrage à l'action de groupe

541. Comme le relève le Professeur Masson, une bonne stratégie consiste à contrôler « la diffusion dans le public de l'information concernant le fait générateur potentiel de la *class action* », afin de réduire la probabilité que cette dernière ne soit intentée. L'entreprise dispose pour ce faire de ressources juridiques comme de ressources non juridiques.

[699] *Ibid.*

542. Au titre des ressources juridiques à la disposition de l'entreprise figure en premier lieu le recours à la procédure de clémence. Outre l'immunité ou la réduction d'amende qu'elle octroie, la procédure permet encore, dans de nombreux systèmes juridiques tels que le Royaume-Uni, « d'éviter que certaines informations ne soient révélées au public, ce qui peut avoir pour effet de prévenir l'introduction d'une *class action* suite à une enquête de l'Autorité de la concurrence »[700]. L'idée nous semble encore renforcée par les règles introduites par la directive en matière de preuve, qui accordent une protection aux éléments fournis par l'entreprise bénéficiaire d'une immunité totale ou partielle de clémence, ou dans le cadre d'une procédure de transaction (V. *supra*, n° 414 s). L'entreprise dispose encore de la possibilité de stipuler une clause compromissoire permettant d'éviter la compétence des juridictions nationales et du droit national. Il nous semble néanmoins qu'une telle stratégie ne serait pas pertinente en droit français, l'art. R212-2 C. conso présumant abusives de telles clauses. Son 10° vise en effet les clauses ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en [l'obligeant] à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Toute tentative de contourner le droit national de l'action de groupe nous semble dès lors vouée à l'échec. Le Professeur Masson fait toutefois remarquer que, même dans les systèmes sanctionnant l'insertion de clauses compromissoires dans les contrats de consommation, l'insertion de telles clauses demeure « pertinente pour éviter les *class actions* intentées par des actionnaires »[701]. Au titre des ressources non-juridiques cette fois, une gestion efficace du service après-vente (SAV) peut également constituer un moyen de contrôler l'information afin d'éviter la survenance du procès, « un fichier clients ou actionnaires à jour et bien documenté [pouvant] […] être utile pour contacter individuellement les personnes susceptibles de constituer une *class action* »[702]. Si cette dernière remarque nous semble pertinente du point de vue des actionnaires, tel ne sera pas le cas vis-à-vis des consommateurs victimes, la négociation d'une transaction avec une association de consommateurs ne permettant pas d'assurer la confidentialité de la procédure (V. *supra*, n° 500).

543. Dans l'hypothèse où ces stratégies préalables à la survenance du risque contentieux viendraient à échouer, il convient d'évoquer ensuite les stratégies dont disposeraient les auteurs

[700] *Ibid.*
[701] *Ibid.*
[702] *Ibid.*

de pratiques anticoncurrentielles pour faire face à l'action de groupe en cas de déclenchement du contentieux par une association de consommateurs.

ii. La mise en échec de l'action de groupe en cas de survenance du contentieux

544. Afin de faire échec à l'action de groupe, l'entreprise assignée dispose de moyens permettant de contester l'action, tant du point de vue des règles de fond de la responsabilité civile (α) que des règles procédurales en cadrant l'exercice de l'action en justice (β).

α. Les défenses au fond

545. L'organisation d'une défense au fond implique, comme le relèvent des auteurs, la contestation de la faute elle-même ainsi que de l'existence du préjudice et du lien de causalité[703]. Il s'agira ainsi de contester la réunion du triptyque de la responsabilité civile, en usant des différents arguments déjà évoqués dans le cadre du Titre 1er de la présente thèse. La contestation de la faute nous semble toutefois mériter quelques précisions en matière d'action de groupe. Comme le relève Mme le Professeur Claudel, l'effet liant tel que perçu dans l'esprit de la loi Hamon postulerait l'unité des fautes civiles et concurrentielles. Un avis de la commission des lois indique en effet que « la charge de la preuve pesant sur les associations [...] est considérablement allégée puisque le manquement […] est réputé établi », et « seul le lien de causalité entre ce manquement et les préjudices, ainsi que leur détermination, resteront à définir »[704]. Or, cet effet liant, jusqu'alors prévu à l'art. L623-24 C. conso, a été supprimé du texte depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017, qui n'impose quant à elle pas la théorie de l'unité des fautes civiles et concurrentielles (V. *supra*, n° 58). Il semble dès lors possible d'envisager que le professionnel condamné puisse contester le caractère fautif du manquement au droit de la concurrence à l'origine de l'action de groupe, bien que les hypothèses dans lesquelles les juridictions civiles s'écartent de l'analyse retenue par les autorités de concurrence demeurent rares. À la supposer admise, une telle contestation entraînerait l'échec de l'action de groupe et permettrait au professionnel d'échapper à toute responsabilité.

546. La contestation du caractère direct du préjudice pourrait elle aussi permettre la mise en échec de l'action de groupe. Il s'agirait alors pour le professionnel de démontrer que les

[703] VOGEL L. et VOGEL J., « L'action de groupe à la française entre en vigueur à compter du 1er octobre 2014 », [en ligne] https://www.vogel-vogel.com/laction-de-groupe-a-la-francaise-entre-en-vigueur-a-compter-du-1er-octobre-2014/ (consulté le 30/10/2018).

[704] FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence – 2015, n° 42, p. 175 ; Doc AN n° 1123, p. 61.

conditions nécessaires au jeu de la présomption édictée à l'art. L481-5 C.com ne sont pas réunies, autrement dit que son acheteur direct n'a pas répercuté le surcoût généré par l'infraction sur ses propres acheteurs directs (les consommateurs). Cela dit, et comme cela a déjà été relevé *supra* (V. n° 174), il peut sembler plus intéressant sur le plan stratégique de ne pas contester la réalité de la répercussion du surcoût sur les consommateurs, qui n'auront que peu d'intérêt à l'exercice de l'action. Il s'agirait ainsi d'amputer l'acheteur direct d'une partie de son préjudice indemnisable, en comptant sur l'inertie des consommateurs acheteurs indirects qui n'exerceront probablement jamais l'action en réparation (sauf bien sûr dans l'hypothèse d'une réforme satisfaisante de l'action de groupe). La contestation de l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage ne nous semble pas, quant à elle, de nature à permettre de faire échouer l'action de groupe. Elle pourrait toutefois permettre d'en atténuer les conséquences (V. *infra*, n° 555). Outre ces moyens de défense au fond, l'auteur de pratiques anticoncurrentielles pourrait encore tenter de soulever la violation des règles procédurales encadrant la mise en œuvre de l'action de groupe afin de faire échec à la procédure.

β. Les défenses procédurales

547. En application de l'art. R623-3 C.conso, l'assignation doit exposer, à peine de nullité et outre les mentions prescrites par les articles 56 et 752 du CPC, les cas individuels présentés par l'association au soutien de son action. La jurisprudence rendue en application de cet article révèle que la vérification de la présentation des cas par le juge de la mise en état est en quelque sorte « uniquement formelle », comme le relève M. le Professeur Piédelièvre, sans qu'il n'y ait lieu de se prononcer sur la pertinence des cas sélectionnés. Cette dernière sera abordée par les juges du fond, lorsqu'ils statueront sur le fond du dossier[705]. Le texte ajoute qu'une copie de l'arrêté d'agrément de l'association doit être jointe à l'assignation, sans toutefois préciser la sanction applicable en cas de défaut. Il convient en outre de rappeler, sur ce dernier point, les développements précédents relatifs à la possible contrariété de l'exigence d'un agrément à la libre prestation de services (V. *supra*, n° 525).

548. L'écoulement du délai de prescription pourrait également permettre de faire échouer l'action, l'art. L623-25 C.conso prévoyant que « que l'action prévue à l'article L. 623-1 ne peut être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision

[705] PIEDELIEVRE S., « Action de groupe et nullité de l'assignation », Gazette du Palais, 11 septembre 2018, n° 30, page 38 ; V. également BERLAUD C., « Action de groupe : Limite des pouvoirs du juge de la mise en état », Gazette du Palais, 2018, n° 27, page 26 ; LEGRAND V., « Les incertitudes procédurales de l'action de groupe », Les Petites affiches, 2018, n°169-170, page 9.

mentionnée à l'article L. 623-24 n'est plus susceptible de recours »[706]. L'exercice de l'action de groupe par une association de consommateurs interdit en outre à une autre association qui n'aurait pas été partie à ladite procédure d'introduire elle-même une nouvelle action. L'art. L623-30 C.conso dispose en effet que l'action de groupe n'est pas recevable « lorsqu'elle se fonde sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet du jugement prévu à l'article L. 623-4 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 623-23 ». Comme le relève un auteur, cette identité de la chose jugée édictée par les textes s'avère critiquable dans la mesure où l'identité d'objet, de causes et de parties habituellement requises à sa caractérisation n'est ici pas respectée, « la seconde association [étant] assimilée à celle qui a mené la première action de groupe, alors qu'il s'agit de deux entités bien distinctes »[707]. Il n'empêche qu'en pratique, l'auteur des pratiques pourra tirer parti de la règle pour faire échouer l'action de groupe intentée par une nouvelle association à la suite d'une première condamnation devant les juridictions civiles. La question a également pu se poser en doctrine de savoir si le jugement statuant sur le principe de la responsabilité du professionnel pouvait constituer un arrêt de règlement, susceptible d'interdiction sur le fondement de l'art. 5 C.civ. M. le Professeur Piédelièvre considère que tel n'est pas le cas, la décision du juge valant pour le passé et non pour l'avenir, et concernant uniquement un groupe préalablement déterminé auquel les victimes seront tenues d'adhérer pour pouvoir obtenir réparation[708]. La question ne nous semble présenter d'intérêt que sur le plan purement scientifique, dans la mesure où il ne nous semble pas possible d'invoquer la prohibition des arrêts de règlement pour faire échec à l'action de groupe. La loi Hamon peut en effet être interprétée comme une dérogation expresse au principe de la prohibition des arrêts de règlement, les règles spéciales dérogeant aux générales.

549. Dans l'hypothèse où l'auteur des pratiques ne parviendrait pas à faire échouer purement et simplement l'action de groupe, il devrait alors mettre en œuvre des stratégies destinées à en atténuer les conséquences.

[706] CLAUDEL E., « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305.
[707] PIETRINI S., « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », *ibid.*
[708] DUFOUR O., « L'action de groupe à la française, c'est pour bientôt ! », Les Petites Affiches, 2013, n° 83, p. 3.

b. Les stratégies d'atténuation de l'action de groupe

550. De la même manière que les stratégies destinées à faire échec à l'action de groupe, les stratégies destinées à en atténuer les conséquences peuvent être mise en œuvre préalablement à la survenance du procès (i), ou en cours de procédure (ii).

i. L'atténuation des conséquences de l'action de groupe préalablement à la survenance du procès

551. Au titre des moyens permettant l'atténuation des conséquences d'une action de groupe, il convient de distinguer les ressources non-juridiques d'une part,(α), des ressources juridiques d'autre part (β).

α. Les ressources non-juridiques

552. Comme le relève M. le Professeur Masson[709], une *class action*, fondée ou non, représente toujours un risque pour l'entreprise en ce qu'elle génère pour elle une publicité négative. Le problème a d'ailleurs pu être soulevé au sujet de l'action de groupe du droit français, des auteurs relevant l'affectation durable de leur image et de leur réputation en raison de « la forte médiatisation recherchée par les associations de consommateurs […] alors même que les fautes reprochées ne sont pas encore examinées par la justice »[710]. L'atteinte ainsi portée est telle que la seule menace de recourir à la procédure « constitue en elle-même une arme pour les associations pouvant leur permettre d'obtenir des engagements du professionnel, et cela indépendamment du bien-fondé réel des demandes de l'association ». Le Professeur Masson insiste à ce titre sur l'importance, pour toute entreprise exposée au risque de *class action*, d'avoir « à sa disposition un plan de communication de crise […] avec une équipe média dédiée et un centre d'appel pour les clients et les actionnaires, lesquels ne manqueront pas de s'inquiéter ». L'idée est de pouvoir communiquer rapidement sur le lancement de la *class action*, idéalement avant que la presse ne s'empare du sujet. Présenter des excuses (à condition que les règles de droit national n'en fassent pas une reconnaissance de faute), permet parfois même d'éviter le procès. La mise en place d'un plan de communication et d'une équipe « *class action* » permet en outre, en interne, « de gérer sereinement cette dernière, sans que le fonctionnement de l'entreprise ne soit perturbé ». La mise en œuvre du procès constitue en effet à elle seule un moyen d'augmentation des coûts de l'entreprise concurrente, qui permet

[709] MASSON A., « Recours collectifs et stratégie juridique internationale, les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », *ibid.*
[710] HAERI K. et JAVAUX B., « Actions de groupe : déjà des dérapages ! », *ibid.*

également d'accaparer l'attention de ses dirigeants, perturbant ainsi son fonctionnement (V. *infra*, n° 638).

553. Aux côtés de ces ressources non-juridiques coexistent des ressources juridiques, telles notamment que les modes de règlement amiable des litiges (MARL), encore appelés modes consensuels de règlement des litiges (MCRL) par la directive 2014/104. Le recours à un plan de communication efficace permettant d'assurer l'ouverture et le maintien du dialogue, il nous semble que le règlement amiable du litige pourrait en être la conséquence naturelle.

β. Les ressources juridiques

554. Parmi les ressources juridiques permettant d'atténuer les conséquences d'une *class action* figurent notamment les MCRL. Ces derniers peuvent prendre diverses formes (médiation, transaction, etc.) et présentent le plus souvent l'avantage de réduire les incertitudes liées à l'issue de la procédure, d'en réduire la durée, et d'éviter que l'existence de l'infraction ne soit révélée au public. Le Professeur Masson indique ainsi que « l'entreprise concernée aura intérêt à ce que l'autre partie garde secret le règlement amiable […], afin d'éviter que d'autres clients ne réclament la même indemnisation ». Une autre stratégie consisterait à indemniser en premier la victime la plus faible pour une somme modeste, l'idée étant de se prévaloir de l'accord ainsi conclu « pour convaincre d'autres plaignants d'accepter une indemnisation relativement faible »[711]. Or, les avantages stratégiques énoncés par le Professeur Masson ne nous semblent pas transposables à l'action de groupe du droit français. Cette dernière ne permet en effet pas de garantir le secret quant à l'existence de l'infraction (V. *supra*, n° 500), de toute manière en principe connue des parties puisque sanctionnée par une autorité de concurrence. Elle ne permet pas non plus de négocier une indemnisation de faible montant avec une victime faible en vue d'influencer les autres transactions, puisque l'association de consommateurs négocie seule pour le compte de l'ensemble des victimes. La procédure d'action de groupe « à la française » prive ainsi le recours à la transaction de ses principaux avantages, à tel point qu'il pourrait s'avérer plus intéressant de préférer la voie contentieuse.

ii. L'atténuation des conséquences de l'action de groupe pendant le procès

555. Comme le relèvent des auteurs, plusieurs notions peuvent être mises à profit afin d'atténuer les conséquences d'une action de groupe[712]. La notion de faute nous semble ainsi pouvoir être

[711] MASSON A., « Recours collectifs et stratégie juridique internationale, les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », *ibid*.
[712] VOGEL L. et VOGEL J., « L'action de groupe à la française entre en vigueur à compter du 1er octobre 2014 », *ibid.*

invoquée afin de tempérer les conséquences de l'action, eu égard à l'influence de la gravité de la faute sur la répartition de la responsabilité entre les coauteurs solidairement responsables vis-à-vis des victimes (V. *supra*, n° 90). Il s'agira ainsi de se défausser d'une partie de la responsabilité en arguant du fait que le comportement des coauteurs présente une gravité plus importante que son propre comportement, justifiant ainsi qu'ils contribuent à la dette dans une proportion plus grande. Les notions relatives au lien de causalité et au préjudice pourront elles aussi être invoquées, qu'il s'agisse de contester la certitude du dommage en arguant du manque de précision de la méthode de quantification invoquée (V. *supra*, n° 244), ou d'une pluralité de causes à l'origine du dommage (V. *supra*, n° 321). L'action étant limitée à la seule indemnisation du dommage matériel, l'entreprise assignée devra veiller à ce que la quantification du préjudice n'inclue pas d'éléments qui ne correspondraient pas à un dommage strictement matériel (*ex.* préjudice moral).

556. La contestation de la qualité de consommateur pourrait également permettre d'atténuer les conséquences de l'action. En effet, si la notion de consommateur est aujourd'hui définie par l'article préliminaire du Code de la consommation, la loi demeure muette quant au sort qui doit être réservé aux contrats conclus pour un usage mixte (à la fois personnel et professionnel). Il s'agira alors de faire application de la théorie de l'accessoire afin de déterminer si le droit de la consommation a ou non vocation à s'appliquer[713]. L'absence de situation similaire ou identique des consommateurs, tout comme l'absence de cause commune du dommage sont des notions floues, qui pourront également permettre d'exclure une partie des victimes de la procédure[714]. La Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter des précisions à propos du sens à donner à la notion de « situation identique ou similaire » des consommateurs, indiquant que cette dernière renvoie à la faute du professionnel. Ainsi, « seuls les consommateurs dont le préjudice résulte d'une même cause, imputable au même professionnel, peuvent s'unir et intenter une action de groupe […] Néanmoins, le texte n'exige pas que l'ensemble des consommateurs concernés aient nécessairement tous subi des préjudices identiques ou de même nature »[715]. La situation identique ou similaire des victimes permettra au juge de déterminer les critères de rattachement au groupe, pour lequel il imposera un délai. Il s'agit là encore de deux points susceptibles d'être exploités par le défendeur, qui pourra arguer qu'une partie des consommateurs ne remplissent

[713] BAZIN-BEUST D., « L'essentiel du droit de la consommation », coll. Les carrés, Lextenso, 2ème édition, 2017-2018, p. 13.
[714] VOGEL L. et VOGEL J., « L'action de groupe à la française entre en vigueur à compter du 1er octobre 2014 », *ibid.*
[715] LEGRAND V., « Les incertitudes procédurales de l'action de groupe », Les Petites Affiches, 2018, n°169, 170, page 9.

en réalité pas les critères de rattachement au groupe, ou que leur adhésion est intervenue de manière trop tardive[716].

557. L'ensemble des développements de cette première section mettent en évidence les défauts expliquant le peu de succès de l'action de groupe dans le domaine du droit de la concurrence. Bien que nous ayons évoqué les différentes stratégies permettant d'y faire face, sa mise en œuvre demeure peu probable dans la mesure où les sommes en jeu seront le plus souvent trop faibles pour intéresser les consommateurs, et les PME se trouvent quant à elles exclues de son champ d'application. Ces dernières disposent toutefois d'alternatives à l'action de groupe susceptibles de leur permettre de rassembler leurs droits en vue d'obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction.

Section 2nde : Les alternatives à l'action de groupe du droit de la consommation, un risque nouveau pour l'entreprise

558. Si l'action de groupe au sens de la loi Hamon ne semble en l'état présenter qu'un faible risque pour l'entreprise, il convient de ne pas négliger l'existence procédures alternatives à cette dernière. D'autres formes d'actions collectives existent en effet aux côtés de l'action de groupe du droit de la consommation (§ 1er), et le regroupement des droits des victimes pourraient encore prendre la forme d'une concentration de créances entre les mains d'une même entité par le biais de la cession de créances (§ 2nd).

§ 1er : Les actions collectives concurrentes de l'action de groupe du droit de la consommation

559. Afin de permettre l'indemnisation d'un groupe de consommateurs identifié, la loi Neiertz du 18 janvier 1992 a introduit en droit français l'action en représentation conjointe, qui n'a malheureusement pas rencontré le succès escompté, notamment eu égard à l'interdiction faite aux associations titulaires de l'action de démarcher les consommateurs victimes (A). Cette interdiction ne s'applique toutefois pas aux avocats, qui développent leur propre forme d'action collective, notamment au moyen de plateformes en lignes permettant aux victimes de ce faire connaître. Ouvertes aux personnes morales, ces dernières pourraient dès lors constituer un important risque pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles (B).

[716] VOGEL L. et VOGEL J., « L'action de groupe à la française entre en vigueur à compter du 1er octobre 2014 », *ibid.*

A. L'action en représentation conjointe

560. Susceptible de se montrer sur certaines points plus intéressante que l'action de groupe de la loi Hamon, l'action en représentation conjointe pourrait-elle susciter l'intérêt des victimes de pratiques anticoncurrentielles et ainsi générer un risque pour leurs auteurs ? Il convient, dans un premier temps, d'évoquer les règles encadrant cette action (1), avant d'évoquer, dans un second temps, les causes de son échec (2).

1. Le régime juridique de l'action en représentation conjointe

561. En application de l'art. L622-1 C.conso, « lorsque plusieurs consommateurs identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application de l'article L. 811-1 peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs ». À la lecture du texte apparaissent tout à la fois des similitudes et des différences par rapport à de l'action de groupe[717]. Tout d'abord, et contrairement à cette dernière, l'action en représentation conjointe ne relève pas de la compétence exclusive du TGI, mais peut être portée « devant toute juridiction » de l'ordre judiciaire comme administratif. L'action vise à permettre à au moins deux consommateurs ayant subi un préjudice d'origine commune (« c'est-à-dire en provenance d'un même fait générateur et du même professionnel ») d'obtenir réparation, ce qui la rapproche de l'action de groupe. Toutefois, et à défaut de précision sur ce point, il semble que l'action en représentation conjointe couvre un champ plus large que l'action de groupe du point de vue du préjudice indemnisable, les dommages pouvant à priori être d'origine matérielle comme morale.

562. Tout comme l'action de groupe, l'exercice de l'action en représentation conjointe est réservé aux associations de consommateurs agréées et représentatives sur le plan national. Son exercice vise la défense de « l'intérêt individuel de plusieurs consommateurs identifiés », là où l'action de groupe concerne des consommateurs simplement identifiables[718]. Or, comme nous l'avons déjà évoqué *supra* (V. n° 507), le choix du législateur de mettre en place un « filtre associatif » a ici encore conduit à l'échec de l'action.

[717] AZAR-BAUD M-J., « Qualité pour agir dans l'action en représentation conjointe », Le Lamy droit économique, 2018, n° 6414.
[718] BAZIN-BEUST D., « L'essentiel du droit de la consommation », *ibid.*

2. Les causes de l'échec de l'action en représentation conjointe

563. Deux causes peuvent être avancées pour expliquer l'échec (ou du moins le succès très marginal) rencontré par l'action en représentation conjointe[719]. La première réside dans l'obligation faite à l'association de consommateurs qui entend exercer l'action de recueillir un « mandat exprès et préalable d'au moins deux consommateurs », étant entendu qu'il ne saurait être recueilli par l'avocat de l'association, selon la jurisprudence. Cette obligation d'identification des consommateurs victimes a ainsi contribué à rendre l'action « pratiquement inutilisable pour les dommages à grande échelle », eu égard au manque de moyens financiers et logistiques des associations. La seconde découle de la règle édictée à l'art. L622-2 C.conso, en application duquel il est interdit aux associations de consommateurs de solliciter, « par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, […] par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée » les victimes afin d'obtenir le mandat exigé à l'art. L622-1 du même Code. La règle avait suscité une difficulté d'interprétation à l'occasion de l'affaire « Cartelmobile », lorsque l'association « UFC-Que-Choisir » avait tenté de poursuivre certains opérateurs de téléphonie mobile à la suite d'une entente sur les prix sanctionnée par l'ADLC. L'action, pourtant rejointe par 12 000 consommateurs, a été qualifiée d'action en représentation conjointe déguisée par la Cour de cassation, l'association s'étant selon elle livrée à un démarchage illicite[720]. L'UFC avait en effet mis en ligne sur son site internet un calculateur de préjudice et prévu « la possibilité pour les internautes de souscrire un contrat d'engagement la mandatant pour agir en justice, mandat qui n'avait aucune réalité puisque l'association indiquait supporter toute la procédure et la conduire ». La décision de la Cour de cassation met en outre fin au doute concernant le caractère limitatif ou non de la liste dressée à l'art. L622-2 C.conso. S'il était permis de penser, à l'époque des faits, qu'une interprétation en faveur de son caractère non-limitatif était possible à la lumière des débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi Neiertz, la Cour de cassation s'y oppose de manière claire, en l'espèce. Cette dernière considère en effet que l'emploi du terme « notamment » par le texte conduit à prohiber tout appel public par tout moyen de communication permettant de solliciter les consommateurs, qu'il s'agisse de moyens de communication de masse ou de lettres personnalisées, même s'il n'est pas visé par le texte. L'impact de cette décision sur la procédure s'avère en pratique décisif, dans la mesure où, à moins que l'association n'attende que les consommateurs se manifestent d'eux-mêmes pour lui donner mandat, la procédure sera susceptible d'être frappée de nullité sur le fondement

[719] AZAR-BAUD M-J., « Qualité pour agir dans l'action en représentation conjointe », *ibid*.
[720] *Ibid*. ; DE SILGUY S., « Faut-il craindre les actions collectives ? », *ibid*. ; REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », Recueil Dalloz, 2014, n° 16, p. 940 ; Cass. 1re civ., 26 mai 2011, n° 10-15676.

de l'art. 117 CPC. Le défaut de pouvoir ou de capacité s'analyse en effet comme un vice de fond au sens du texte, et la nullité de la procédure pourra dès lors être soulevée en tout état de cause, sans que la partie s'en prévalant n'ait à justifier d'un grief[721].

564. Il convient ainsi de déplorer cette position de la Cour de cassation, dans la mesure où, forte d'environ 13 000 victimes se prévalant chacunes d'un préjudice d'environ 60 euros, la sanction civile aurait pu en l'espèce s'élever à environ 780 000€[722]. Si une telle somme ne semble pas, en elle-même, de nature à produire un effet particulièrement dissuasif (ce qui est d'autant plus vrai qu'elle sera divisée entre les coauteurs au stade de la contribution à la dette), les préjudices subis par des personnes morales victimes s'avèrerait en pratique plus important. Or, malgré leur exclusion des dispositifs organisés par le Code de la consommation, ces dernières n'en disposent pas moins d'alternatives intéressantes leur permettant d'exercer l'action.

B. Les actions collectives organisées en dehors des règles du Code de la consommation

565. En réaction au peu de succès rencontré par l'action en représentation conjointe et l'action de groupe de la loi Hamon, les praticiens, profitant du développement de nouvelles plateformes numériques, ont développé leur propre substitut aux actions décrites dans le Code de la consommation. Tantôt appelées « actions collectives », « actions groupées », ou encore « regroupement de plaintes », ces dernières présentent les mêmes avantages que l'action de groupe, sans toutefois en reproduire les inconvénients (1). Leur mise en œuvre peut ainsi prendre différentes formes, de la simple menace en vue de négocier une transaction à une réelle action collective susceptible de représenter un important risque pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles (2).

1. Une action collective contournant les écueils de l'action de groupe

566. L'action collective développée par les avocats permet de parvenir au principal avantage de l'action de groupe qu'est la mutualisation des coûts de la procédure en vue de permettre aux justiciables d'exercer l'action, tout en évitant les écueils de cette dernière. Ainsi, la possibilité pour les avocats de solliciter directement les clients permet-elle, il nous semble, de contourner le problème posé par le filtre associatif. Les avocats y voient un avantage certain permettant de

[721] DUPONT N., « L'action en représentation conjointe des associations de consommateurs ou l'action mal-aimée des juges », Recueil Dalloz, 2011, n° 27, p. 1884 ; DELPECH X., « Action en représentation conjointe des associations : démarchage sur internet », Recueil Dalloz, 2011, n° 27, p. 1884.
[722] DE SILGUY S., « Faut-il craindre les actions collectives ? », *ibid.*

réunir les victimes afin de leur permettre de partager les frais de la procédure, tout en permettant de faire peser une pression certaine sur le défendeur grâce à l'ampleur du groupe ainsi réuni[723]. Il convient encore de préciser que la règle prévue à l'art. L623-30 C.conso, qui interdit à une nouvelle association de consommateurs de poursuivre des faits pour lesquels l'action de groupe aura déjà été engagée par une autre association de consommateurs, ne trouverait pas à s'appliquer en l'espèce. Des victimes présentes sur l'ensemble du territoire pourraient donc s'adresser aux avocats les plus proches afin d'intenter l'action.

567. Un autre argument de taille en faveur de l'action collective réside dans le fait que, contrairement à l'action de groupe et à l'action en représentation conjointe, son exercice n'est pas réservé aux victimes consommateurs. Il s'ensuit qu'elle peut être exercée par des personnes morales, et ainsi répondre à un réel besoin pour les « petites victimes » (TPE et PME), pour qui le coût de l'action pourrait s'avérer prohibitif dans l'hypothèse où elles devraient poursuivre individuellement l'auteur des pratiques[724]. L'action collective nous semble ainsi présenter un intérêt certain du point de vue de l'économie du droit, en ce qu'elle concerne des victimes ayant un intérêt économique à agir. La réunion des personnes morales victimes dans le cadre d'une telle action leur permettra encore d'échapper aux éventuelles représailles de l'auteur de l'infraction, bien souvent un partenaire qui pourrait les déréférencer, ce qui les condamnerait à disparaître. Or, si suffisamment de victimes intentent de concert l'action en réparation, il ne serait pas réaliste pour l'auteur des pratiques de toutes les déréférencer. L'action collective nous semble même pouvoir conférer à l'action un intérêt aux yeux des consommateurs, dans la mesure où elle n'est pas, comme l'action de groupe, limitée au préjudice matériel et permet l'indemnisation des préjudices moraux. Si l'affaire du cartel de l'automobile allemand (V. *supra*, n° 534) s'avérait effectivement sanctionnée par les autorités de concurrence compétentes, le préjudice moral lié au fait que les émissions de CO2 des voitures excèdent les doses promises pourrait aboutir à des sommes intéressantes pour les consommateurs, justifiant qu'ils exercent l'action dans le cadre d'un recours collectif.

568. Enfin, un dernier argument en faveur de l'action collective est que, contrairement à l'action de groupe, elle ne prive pas la victime du contrôle de la procédure, cette dernière pouvant « à

[723] NEUER L., « Action de groupe ou action collective : quelle voie choisir ? », Le Point, 31/07/2015 [en ligne] https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/action-de-groupe-ou-action-collective-quelle-voie-choisir-31-07-2015-1953751_56.php (consulté le 14/11/2018).
[724] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.

tout moment s'arrêter si individuellement une solution proposée lui convient »[725]. Cette dernière pourra ainsi choisir de transiger à n'importe quel moment, ce qui n'est pas possible dans le cadre de l'action de groupe. La transaction conservera encore son intérêt aux yeux de l'auteur de l'infraction, puisqu'elle ne sera pas ici soumise aux mesures de publicité imposées dans le cadre de l'action de groupe (V. *supra*, n° 500). Cette possibilité d'obtenir un règlement du litige par le biais de la pression liée à l'importance du groupe constitue parfois même le centre de la stratégie des avocats, qui disposent d'un éventail d'options pour mettre en œuvre l'action.

2. Une action collective aux multiples aspects

569. L'action collective peut tout d'abord être organisée par un avocat seul, indépendamment de l'intervention de tout tiers, simplement en ajoutant sur le site internet du cabinet une rubrique indiquant une telle possibilité. Les plaintes sont alors « propres à chaque plaignant, et seules les mises en demeure sont adressées de façon groupée par l'avocat à la société incriminée », l'idéal étant de faire peser suffisamment de pression sur cette dernière pour « permettre la résolution amiable et rapide d'un litige »[726]. Il est encore possible, plutôt que de procéder individuellement en engageant une procédure pour chaque victime qui se serait manifestée, de regrouper l'ensemble de ces dernières dans le cadre d'une seule et même procédure. L'action collective n'est en outre pas exclusive de l'action de groupe, et pourrait même être intentée à sa suite afin d'obtenir réparation des chefs de préjudices qui n'entreraient pas dans son champ (notamment les préjudices moraux)[727].

570. Il est encore possible à l'avocat de s'adjoindre les services d'une *start-up* intervenant à ses côtés : l'avocat conserve alors toute son indépendance, l'entreprise se contentant de réunir les victimes et d'avancer pour elles les honoraires dus au cabinet, en contrepartie d'une rémunération qu'elle percevra sur les sommes obtenues à l'issue du litige. Un tel procédé permet notamment d'intervenir sur des litiges relatifs à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, les victimes n'ayant « souvent pas les moyens financiers suffisants pour en supporter le coût ou qui décident stratégiquement de transférer le coût d'une action judiciaire et d'en partager le gain éventuel »[728]. La prise en charge du contentieux privé par de telles

[725] « Actions collectives : comment les avocats peuvent-ils ré-investir la défense des consommateurs ? », Village de la Justice, 09/11/2015 [en ligne] https://www.village-justice.com/articles/avocats-actions-defense,20754.html (consulté le 14/11/2018).
[726] *Ibid.*
[727] NEUER L., « Action de groupe ou action collective : quelle voie choisir ? », *ibid*.
[728] « Actions collectives : comment les avocats peuvent-ils ré-investir la défense des consommateurs ? », *ibid*.

plateformes nous semblerait dès lors un complément intéressant à leur activité. Les avocats désirant s'adjoindre les services de telles sociétés devront néanmoins veiller au respect des règles déontologiques leur interdisant de « "solliciter" une société tierce pour "commercialiser" une procédure ». Le respect de la règle implique donc que le rassemblement des victimes soit le fait de la société, qui s'adressera ensuite à l'avocat afin que ce dernier traite les demandes[729].

571. Il convient enfin de remarquer que l'organisation de l'action collective est parfois le fait du barreau lui-même, à l'instar du barreau parisien, qui a mis en place « un site de mise en relation entre les avocats parisiens et les justiciables ». À la différence des start-ups précédemment évoquées, le service est ici entièrement gratuit, et l'action proposée fait l'objet d'un contrôle du la part d'un comité *ad hoc* déontologique, « qui vérifiera que l'action est conforme au cahier des charges » exigé par le barreau de Paris. Les victimes devront alors joindre les documents demandés sur la plate-forme, avant que ceux-ci ne soient « envoyés par mail déjà classés à l'avocat qui n'a donc pas besoin de gérer la lourdeur administrative de ce type d'action »[730].

572. L'action collective des avocats nous semble donc constituer une alternative efficace aux procédures du Code de la consommation, offrant ainsi aux victimes la possibilité d'exercer l'action en réparation, dont le développement générera un risque nous pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ces derniers auront donc intérêt à organiser une défense face à ce type d'actions, en s'inspirant des stratégies habituellement employées pour faire face aux actions de groupe (V. *supra*, n° 536). Il n'empêche que si les sommes en jeu sont jugées trop faibles par les victimes, elles pourraient ne pas avoir envie de recourir au procès. Une alternative intéressante pourrait consister à céder leur créance à une société de recouvrement, qui exercera alors elle-même l'action et leur reversera un pourcentage des dommages et intérêts obtenus.

§ 2nd : La concentration de créances entre les mains d'un cessionnaire en tant que mode de rassemblement des droits des victimes

573. Popularisée à l'occasion d'une affaire intentée par la société « *Cartel Damages Claims* » (*CDC*) à l'encontre du cartel du ciment allemand, la cession de créances fait aujourd'hui officiellement son entrée dans le droit de l'Union européenne par le biais de la directive

[729] NEUER L., « Action de groupe ou action collective : quelle voie choisir ? », *ibid*.
[730] TAVITIAN L., « La plate-forme avocats-actions-conjointes.com est ouverte ! », Village de la Justice, 12/11/2015 [en ligne] https://www.village-justice.com/articles/plate-forme-Avocats-Actions-conjointes,20848.html (consulté le 14/11/2018).

2014/104 (A). Cet ajout du législateur européen à l'arsenal des victimes mérite d'être salué, en ce qu'il offre un réel potentiel de mise en œuvre efficace du contentieux privé (B).

A. Un mécanisme consacré par la directive 2014/104

574. La cession de créances a tout d'abord été reconnue comme un mécanisme permettant l'exercice de l'action en réparation dans la jurisprudence de plusieurs Etats-Membres de l'Union Européenne (1), avant de faire l'objet d'une reconnaissance par la directive 2014/104 et ses travaux préparatoires, qui devraient commander qu'elle puisse être pratiquée dans tous les Etats-Membres de l'UE (2).

1. Une réponse pratique aux insuffisances des recours collectifs validée par la jurisprudence de plusieurs Etats-membres

575. L'action intentée par la société *CDC* à l'encontre du cartel du ciment allemand a permis de mettre en lumière la validité d'une action dont le demandeur serait le cessionnaire des créances indemnitaires des victimes cédantes (a). Elle permet encore de souligner les difficultés que peuvent contenir les législations de certains Etats-Membres, bien que l'activité de *CDC* puisse, malgré quelques revers, être considérée comme un succès (b).

a. La validité de l'action d'un cessionnaire au regard des principes de la procédure civile

576. En réponse à l'action menée par *CDC* à l'encontre du cartel du ciment allemand, les défendeurs ont organisé leur défense autour de moyens concernant les règles de fond comme les règles de forme du procès civil. Comme le relèvent des auteurs[731], au titre de ces dernières était soulevé le défaut d'intérêt à agir de la société *CDC*, qui « n'est pas directement concernée par l'affaire en question – n'étant pas elle-même victime du cartel – et […] n'a donc aucun droit légitime à agir en justice ». Les cessions de créances fondant l'action de *CDC* seraient en réalité des mandats de recouvrement, qui ne sauraient être validés dans la mesure où le préjudice en cause n'est pas clairement établi. Cet argument est rejeté par la cour d'appel de Düsseldorf, dans un arrêt du 14 mai 2008, qui juge l'action de *CDC* tout à fait recevable. L'arrêt relève en effet que l'argument des défendeurs doit être écarté sur le fondement du respect de la volonté contractuelle des parties, qui conçoivent explicitement leur relation comme une cession de créances, ces dernières ayant stipulé un prix pour chacune des cessions en cause, ainsi qu'une clause destinée à restreindre la possibilité pour *CDC* de céder la créance ainsi acquise à des tiers. Or, comme le relèvent les auteurs, cette clause renforce la lecture selon laquelle

[731] DEFFAINS B. et FEREY S., « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? À propos de l'affaire du Cartel du ciment allemand », Revue d'économie industrielle, 2010, n° 131, p. 51

l'opération est bien une cession de créances, car « c'est justement parce que *CDC* est le nouveau propriétaire de cette créance qu'il est nécessaire de prévoir les limitations de ce droit de propriété ».

577. L'arrêt de la cour de Düsseldorf met ainsi fin à « une longue procédure portant sur la recevabilité des prétentions de *CDC* », et constitue, selon les auteurs, la première occurrence d'une décision autorisant une procédure s'apparentant à une *class action* en droit de la concurrence, lui conférant ainsi une importance certaine sur le plan juridique. Il convient toutefois de remarquer que la procédure a été sanctionnée, dans un arrêt du tribunal régional supérieur de Düsseldorf[732], sur la base de moyens soulevés au fond, illustrant différents obstacles juridiques auxquels de telles actions pourraient se trouver confrontées en fonction de la législation des différents Etats-Membres.

b. L'importance d'une maîtrise suffisante des règles de droit national applicables

578. Outre la question de l'intérêt à agir de la société *CDC*, les défendeurs contestaient encore la validité de la cession sur la base d'arguments de fond. Ces derniers invoquaient ainsi la violation des règles de la « loi sur la consultation juridique », ainsi que le caractère contraire aux bonnes mœurs de l'opération, deux causes susceptibles d'entraîner la nullité de la cession[733]. Sur le moyen tiré de la violation des bonnes mœurs, sur lequel la cour d'appel de Düsseldorf fonde la sanction, il convient tout d'abord de remarquer que la loi allemande impose à la partie qui succombe de supporter l'ensemble des frais du procès, et notamment le remboursement des frais d'avocat de l'adversaire. Le problème venait en l'espèce du fait que *CDC* était sous-financée, et aurait donc été incapable de procéder à un tel remboursement en cas d'échec de l'action. Or, il s'ensuit que les cédants auraient ainsi profité du « bouclier » que constituerait dans les faits le cessionnaire, c'est-à-dire qu'ils auraient bénéficié du succès de la procédure, sans avoir à rembourser les défendeurs de leurs frais en cas d'échec. La société *CDC* aurait ainsi dû s'assurer de la possibilité de rembourser les frais en question, en demandant par exemple aux cédants de verser les sommes nécessaires pour ce faire, et conduit en pratique les cessionnaires à s'assurer un financement suffisamment solide avant d'intenter l'action. Un auteur fait toutefois remarquer qu'une telle règle n'existe cependant pas dans tous les Etats-

[732] GSELL B., « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – Recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D. et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles », éd. IRJS, 2016, p. 224 ; Tribunal régional supérieur de Düsseldorf (OLG Düsseldorf), 18 février 2015.
[733] *Ibid*., p. 223.

Membres de l'Union, au sein desquels l'exercice de l'action serait alors simplifié, ce qui est à notre avis le cas de la France[734].

579. L'autre fondement à la nullité de la cession réside dans la loi sur la consultation juridique, qui, à l'époque des faits, réservait le droit de recouvrer une créance aux avocats ainsi qu'à quelques autres personnes bénéficiant d'une autorisation particulière. *CDC* n'entrant dans aucune de ces deux catégories, la nullité a également pu être prononcée sur ce fondement. Il convient toutefois de remarquer que cette loi n'est plus en vigueur en Allemagne depuis juillet 2008, remplacée par la loi sur les services juridiques, qui autorise quant à elle « à des sociétés de recouvrement de se faire enregistrer et ainsi de légalement encaisser des créances pour le compte d'autrui », opportunité que *CDC* n'a bien entendu pas négligé de saisir en vue de futurs contentieux sur le sol allemand[735]. Il semble que le problème ne se poserait pas en France, le monopole de l'avocat n'interdisant pas une telle activité.

580. Ainsi, divers Etats-Membres de l'Union ont pu reconnaître la cession de créances comme un mode valide de rassemblement des droits des victimes, l'occasion pour la société *CDC* de remporter de nombreuses victoires en concluant « avec succès une multitude de règlements à l'amiable complexes à concurrence de dizaines de millions d'euros », et avec 5 procédures actuellement pendantes devant les juridictions de différents Etats-Membres[736]. Cette reconnaissance devrait en outre s'étendre à l'ensemble des Etats-Membres de l'Union, la directive 2014/104 faisant plusieurs fois référence au cessionnaire de la créance.

2. Un mécanisme de rassemblement des droits des victimes reconnu par la directive

581. La cession de créances est expressément mentionnée par la directive 2014/104 et ses travaux préparatoires, confortant ainsi la place du mécanisme au sein de l'arsenal des victimes de pratiques anticoncurrentielles (a). Son introduction en droit français pourrait toutefois soulever une difficulté, en raison de la règle du droit de retrait litigieux (b).

a. L'introduction de la cession de créances au sein de l'arsenal des victimes par la directive

582. Comme le relève Me Savov, le mécanisme de la cession de créance attire l'attention de la Commission européenne dès son étude d'impact de 2008 sur le contentieux privé, dans laquelle

[734] *Ibid.*, p. 232 et 234 ; SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D. et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles », éd. IRJS, 2016, p. 246.
[735] GSELL B., « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – Recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », *ibid.*, p. 233.
[736] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites "antitrust" par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid.*, p. 241 (note 7) et p. 242.

elle mentionne la possibilité, dans la plupart des Etats-Membres, de recourir à ce procédé. La directive fait en outre référence à la cession de créances à deux reprises, dans le cadre de son art. 2 § 4 et de son art. 3 § 7. L'art. 2 § 4, qui donne la définition de l'action en dommages et intérêts, la définit comme l'action introduite « par une partie prétendument lésée, par une personne agissant au nom d'une ou de plusieurs parties prétendument lésées, lorsque cette possibilité est prévue par le droit de l'Union ou par le droit national, ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande ». L'art. 7 § 3, quant à lui relatif à l'utilisation des preuves obtenues par une victime uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence, dispose que ces dernières « ne puissent être utilisée […] que par cette personne ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de cette personne, ce qui inclut la personne qui a racheté sa demande ». Il nous apparaît ainsi qu'aucun doute n'est permis quant à la volonté des rédacteurs de la directive de faire de la cession de créances un mécanisme permettant le regroupement des droits des victimes. Cette dernière fait en effet l'objet de mentions à deux endroits stratégiques du texte, son art. 2, placé au début du corpus de règles (ce qui en souligne l'importance) et son art. 7, qui concerne l'une des dispositions les plus importantes de la directive : l'accès aux documents détenus par une autorité de concurrence. La question se pose toutefois de savoir si une telle possibilité s'avère ou non compatible avec les principes du droit français[737].

b. Le risque d'expropriation du cessionnaire par le jeu du droit de retrait litigieux

583. En application de l'art. 1699 C.civ, « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ». Il s'agit donc pour le défendeur de racheter au cessionnaire le droit qui lui a été cédé par le cédant, en lui remboursant le prix de la cession, la créance, de retour dans son patrimoine, s'éteignant alors par confusion. Le cessionnaire, qui avait racheté la créance à bas prix en vue de réaliser un bénéfice en assignant le débiteur, ne pourra donc que récupérer les sommes qu'il a engagées pour procéder à son achat. L'art. 1700 du même code ajoute qu'un droit est considéré litigieux « dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ». Le

[737] *Ibid.*, p. 243 ; CE, « Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios », Impact study, 21 December 2007 [en ligne] https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf (consulté le 16/10/2019), p. 269, pt. 2.1.1. ; V. encore CHAGNY M. et DEFFAINS B., « Réparation des dommages concurrentiels », Dalloz, 2015, pt. 265, p. 205.

mécanisme devrait donc s'opposer au recours, en droit français, à la cession de créances comme mode de rassemblement des droits des victimes[738]. Or, comme le relève M. le Professeur Savaux, il s'agit précisément là de l'objectif du texte, qui trouve son origine dans le droit romain et vise à empêcher la spéculation sur le procès. La règle s'oppose ainsi clairement au rachat à bas prix de créances pour lesquelles les créanciers sont découragés d'exercer un recours. Or, et bien que la Cour de cassation demeure encore aujourd'hui favorable à son application, « la lutte contre la spéculation sur les litiges ne peut plus expliquer, de manière générale », le maintien de cette règle, qui constitue une forme d'expropriation privée et une atteinte à force obligatoire des conventions. Le texte risque donc, à l'avenir, d'être soumis au contrôle du Conseil constitutionnel et de la CEDH en raison de l'atteinte qu'il porte au droit de propriété[739].

584. Il nous semble toutefois utile de préciser que le droit de retrait litigieux pourrait en réalité ne pas être applicable au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. En effet, comme le relève M. le Professeur Bénabent, la jurisprudence entoure son application de conditions strictes, et exige notamment que le procès soit déjà engagé pour que le retrait puisse être exercé, « et non pas seulement que la créance soit contestée ». La lecture de l'arrêt en question révèle ainsi que le droit de retrait litigieux n'est pas applicable lorsque la contestation ne porte que sur la compétence de la juridiction saisie, sans évoquer le fond du droit, les contestations sur le fond n'étant intervenues que postérieurement à la cession. Un récent arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 2017 rappelle le principe selon lequel le droit de retrait litigieux constitue une « institution dont le caractère exceptionnel impose une interprétation stricte, [qui] ne peut être exercé que si, antérieurement à la cession, un procès a été engagé sur le bien-fondé du droit cédé et qu'au cours de l'instance, celui qui entend exercer le retrait a, en qualité de défendeur, contesté ce droit au fond ». En l'espèce, la Cour casse l'arrêt d'appel qui avait fait application du droit de retrait litigieux au motif que les créances cédées n'avait fait l'objet, dans le cadre de l'instance engagée contre les débiteurs, « d'aucune contestation sur le fond antérieurement à la cession »[740]. Ainsi, l'entreprise qui cèderait son droit avant toute discussion sur le fond avec l'auteur des pratiques ne devrait pas se voir opposé le droit de retrait litigieux. En outre, d'autres règles pourraient selon nous être invoquées à l'appui de la stratégie du demandeur désireux de concentrer sur lui les créances des victimes en vue d'exercer l'action en réparation. Comme

[738] CHAGNY M. et DEFFAINS B., « Réparation des dommages concurrentiels », *ibid*.
[739] SAVAUX E., « Cession de droits litigieux – Retrait litigieux (C. civ., art. 1699 à 1701) », Répertoire de Droit civil, Dalloz, chapitre 4, pts. 67, 68 et 69.
[740] BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, pt. 706, p. 560 ; Com., 15 janvier 2002, n° 99-15370 (publié au Bulletin) ; Com., 20 avril 2017, n° 15-24131 (publié au Bulletin).

nous l'avons déjà évoqué dans le cadre de précédents développements, l'invocabilité d'interprétation conforme du droit de l'Union européenne, qui découle de la jurisprudence rendue par la CJUE dans l'arrêt « Von Colson »[741], impose aux juges nationaux l'obligation d'interpréter la jurisprudence nationale conformément aux exigences du droit européen, y compris lorsque les règles en cause découlent de directives. La règle ne saurait toutefois « servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national. Ce n'est que si son droit national lui permet de laisser inappliquée une norme de droit interne que le juge national, dans le cadre d'un litige entre particuliers, est tenu d'appliquer également cette possibilité aux fins d'atteindre le résultat prévu par une directive »[742]. La directive 2014/104 reconnaissant le droit d'agir du cessionnaire de la créance, les juridictions nationales devraient alors interpréter l'art. 1699 C.civ « à la lumière du texte et de la finalité de ladite directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci » (V. *supra*, n° 582). Or, le droit de retrait litigieux ne nous semble pas constituer une interdiction absolue, dans la mesure où la règle reçoit exception dans les hypothèses prévues aux arts. 1701 et 1701-1 C.civ. Il nous semble donc possible pour les victimes de parvenir à convaincre le juge de créer une nouvelle exception à la règle lorsque la cession de créance intervient dans le cadre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, en ce qu'elle permettrait alors d'atteindre le résultat prévu par la directive (faciliter l'action des victimes face à un contentieux à la mise en œuvre difficile).

585. Le droit de retrait litigieux pourrait également céder face à la règle de la libre prestation de services, dans la mesure où l'art. 1699 du Code civil interdit à des sociétés de recouvrement de créances antitrust telles que *CDC* d'exercer leur activité sur le territoire français. Il convient en outre de relever que la cession de créances poursuit l'objectif affirmé par la CJUE dans sa jurisprudence « Courage c/ Crehan », à l'occasion de laquelle la Cour affirme le droit pour toute personne lésée par un comportement anticoncurrentiel de demander réparation intégrale du préjudice qui lui a été causé par l'infraction[743]. Il convient enfin d'évoquer à ce titre la circulaire du 23 mars 2017, dont la fiche 1, relative au champ d'application de l'ordonnance du 9 mars, vise l'action « introduite par une victime ou son ayant-droit ». La circulaire précise encore que « l'ayant-droit […] peut notamment inclure la personne qui vient aux droits du titulaire initial

[741] CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, affaire 14/83.
[742] CHEVALIER B., « Bulletin d'information n° 624 du 01/08/2005 » [en ligne] https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2005_1877/n_624_1958/ (consulté le 01/09/2019).
[743] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites "antitrust" par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid*., p. 239 ; CJUE, 20 septembre 2001, Courage et Crehan, aff. C-453/99.

de la créance indemnitaire en raison de la cession de cette créance »[744]. Il semble dès lors que le mécanisme ait vocation à trouver sa place en droit français, ce qui est heureux eu égard aux nombreux avantages qu'il offre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles.

B. Un mécanisme particulièrement adapté au contentieux des pratiques anticoncurrentielles

586. En permettant le rassemblement des droits de nombreuses victimes, la cession de créances permet, d'une part, de grandement faciliter la réparation du préjudice subi par ces dernières (1), ce qui semble, d'autre part, en faire l'outil le plus à même de renforcer l'effet dissuasif de la sanction (2).

1. Un mécanisme de nature à faciliter l'exercice de l'action en réparation

587. La concentration des créances entre les mains d'un même créancier permet tout d'abord d'obtenir un avantage (et non des moindres) en termes d'accès à l'information, essentielle en pratique lorsqu'il s'agira de déterminer la portée réelle des effets de la pratique sur le marché (a). La réunion des droits des victimes permet en outre de faire peser une menace certaine sur les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, favorisant ainsi l'obtention de dommages et intérêts pour les victimes (b).

a. Une concentration des créances garantissant l'accès à l'information

588. La concentration de créances permet au demandeur un meilleur accès à l'information au travers du rassemblement d'une importante quantité de données fournies par les entreprises victimes (i), ainsi que, par le biais du recours au mécanisme dit de la « clémence privée », inspiré de la procédure de clémence pratiquée devant les autorités de concurrence (ii).

i. L'accès à une importante quantité de données fournies par les victimes

589. Comme le relève Me Savov, la quantification du préjudice demeure un exercice difficile, nécessitant une importante quantité de données, ce qui permet d'expliquer, entre autres facteurs, que les consommateurs, les PME, voire parfois des entreprises de taille importante renoncent à la mise en œuvre du contentieux privé. Or, en pratique, « le rachat d'un grand nombre de créances indemnitaires […] permet la création de synergies qui optimisent le traitement des données et des analyses économiques et contribuent à l'accroissement des chances d'aboutir à

[744] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 1 et fiche 9, pt. n° 1.

un résultat positif ». La société CDC a par exemple développé des outils permettant, pour chaque affaire, l'analyse et la collecte des données relatives au fonctionnement du marché afin de quantifier le préjudice. En outre, les données étant fournies par de nombreuses entreprises victimes situées à différents niveaux de la chaîne de distribution et concernant une longue période, la cession de créances permet d'aboutir à une vision réaliste de la situation sur le marché (notamment en matière de répercussion du surcoût)[745]. Il ne s'agit en outre pas du seul outil destiné à la collecte de données permettant la quantification du préjudice, ces dernières pouvant être remises aux sociétés de recouvrement de créances dans le cadre de la « clémence privée ».

ii. L'accès aux éléments de preuve détenus par les auteurs de l'infraction

590. Au-delà des preuves collectées au moyen des informations fournies par les victimes, les sociétés de recouvrement de créances peuvent encore proposer aux auteurs de l'infraction de recourir à la « clémence privée » (α), bien que des doutes aient pu être émis quant aux informations qui pourront ou non être communiquées par les auteurs dans le cadre d'une telle procédure eu égard aux règles de la directive. Plus largement, ces dernières conduisent à s'interroger sur la pérennité du mécanisme (β).

α. Un mécanisme inspiré de la procédure de clémence des autorités de concurrence

591. Comme le relèvent des auteurs, l'une des lacunes de la directive 2014/104 réside dans l'accès à la preuve du dommage résultant des pratiques anticoncurrentielles, problème auquel les sociétés de recouvrement répondent par la « clémence privée », proposée notamment par la société « *Alter Litigation* » (aujourd'hui radiée du RCS) ou encore la société CDC (quant à elle toujours active). En pratique, les systèmes proposés par ces sociétés assurent une « immunité de poursuites » en contrepartie de la fourniture de preuves, permettant ainsi au demandeur d'intenter efficacement l'action à l'encontre des coauteurs de l'infraction[746]. Ainsi, le mécanisme emprunte la logique de la procédure de clémence des autorités de concurrence, tout en présentant néanmoins deux différences notables. Contrairement à cette dernière, la clémence privée est ouverte en présence d'une entente comme d'un abus de position dominante, et si la clémence publique relève d'une procédure particulière, la clémence privée relève d'une relation contractuelle entre deux parties. L'opération devrait ainsi, à notre avis, s'apparenter à une

[745] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites "antitrust" par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid.*, p. 240, 241 et 242.
[746] GRAC-AUBERT V. et BROUSSEAU J., « La "clémence privée" : une innovation au service de la compensation du dommage anticoncurrentiel », Recueil Dalloz, 2015, n° 28, p. 1607.

transaction, dont la rédaction commandera alors une attention toute particulière sous l'empire des nouvelles règles du contentieux privé.

β. Un mécanisme pérenne sous l'empire des nouvelles règles du contentieux privé

592. Dans la mesure où les parties à la clémence privée s'engagent dans le cadre d'une relation contractuelle aux termes de laquelle l'une d'entre elle renonce aux poursuites en contrepartie de la fourniture par l'autres d'éléments de preuve, le mécanisme nous semble devoir s'analyser juridiquement sous l'angle de la transaction, et plus particulièrement à une stratégie dite de « *warship tactics* » (V. *supra*, n° 195). L'art. 2044 C.civ définit en effet la transaction comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », obligatoirement rédigé par écrit. Or, si une transaction offre une exception à la règle de la solidarité entre les coauteurs d'une infraction, il convient de ne pas négliger la précision apportée par les textes (art. 19 § 3 de la directive et art. L481-13 C.com) selon laquelle cette exception doit être écartée lorsqu'il est impossible pour la victime d'obtenir réparation du préjudice auprès des coauteurs qui n'étaient pas partie à la transaction. Les textes précisent fort heureusement que la règle peut être écartée par une stipulation de la transaction qu'il conviendra en pratique de ne pas négliger, à défaut de quoi le coauteur partie à la « clémence privée » pourrait se trouver privé de la protection qu'il pensait obtenir en coopérant avec la société de recouvrement. Sous cette réserve, les règles relatives à la solidarité entre les coauteurs de l'infraction ne s'opposent donc pas au système mis en place par les sociétés de recouvrement.

593. Les auteurs relèvent encore le risque d'incompatibilité entre la « clémence privée » et la communication de preuves qui auraient été fournies dans le cadre de la procédure de clémence devant une autorité de concurrence. Ces derniers rappellent en effet l'interdiction édictée à l'art. 6 § 6 de la directive 2014/104 et reprise à l'art. L483-5 C.com de communiquer les déclarations élaborées en vue d'obtenir le bénéfice d'une procédure de clémence ou de transaction[747]. Si les auteurs considèrent que de telles pièces ne devraient pas pouvoir être communiquées au demandeur dans le cadre d'une transaction telle que la « clémence privée » offerte par les sociétés de recouvrement de créances, il nous semble au contraire qu'une telle communication demeure parfaitement légale malgré l'application des nouvelles règles du contentieux privé. L'art. 7 § 1 de la directive, ainsi que l'art. L483-5 C.com, disposent en effet expressément que ces pièces doivent être écartées des débats lorsqu'elles auront été obtenues uniquement grâce à

[747] *Ibid.*

l'accès au dossier d'une autorité de concurrence. Ainsi, tel ne devrait pas être le cas lorsque de telles pièces font l'objet d'une communication volontaire de la part de l'un des coauteurs de l'infraction dans le cadre d'un règlement amiable du litige tel que la « clémence privée » proposée par les sociétés de recouvrement. Il nous semble donc là encore que la « clémence privée » demeure une méthode efficace permettant au demandeur de collecter les éléments nécessaires à la preuve de ses prétentions.

594. Les développements qui précèdent illustrent dès lors les nombreux avantages d'une prise en charge du contentieux privé par les sociétés de recouvrement du point de vue de l'accès aux informations nécessaires à sa mise en œuvre. Il convient en outre de remarquer que la perspective d'une sanction civile d'un montant non négligeable conduit en pratique les auteurs de pratiques anticoncurrentielles à transiger, assurant ainsi une indemnisation rapide pour les victimes.

b. Une concentration des créances garantissant de meilleures chances d'obtenir réparation

595. Ainsi que le fait remarquer Me Savov, eu égard à l'importante quantité d'informations qu'il aura réunies par le biais de la cession et de la « clémence privée », le cessionnaire des créances se trouve en position de force pour négocier. Il convient en outre d'ajouter que le nombre de créances réunies permet de faire peser suffisamment de pression sur l'auteur des pratiques pour l'inciter à rechercher une solution amiable. La société CDC est ainsi parvenue à conclure avec succès « une multitude de règlements à l'amiable complexes à concurrence de dizaines de millions d'euros ». Il s'agit là d'une solution des plus avantageuses dans la mesure où elle permet, « tout en assurant une juste réparation pour les victimes […] une réduction significative du risque d'exposition des participants à une entente en raison de leur responsabilité conjointe et solidaire ». En outre, et même si la négociation échoue, l'accès à l'information garanti par la réunion des créances lui permet « de démontrer les effets de l'entente de façon claire et soutenue dans le cadre d'une seule action en justice »[748].

596. Dans les deux cas, l'action exercée par les sociétés de recouvrement de créances antitrust permet une mise en œuvre efficace de la sanction privée, contribuant ainsi à assurer le bon rétablissement d'une concurrence saine sur un marché faussé par une pratique anticoncurrentielle. Le mécanisme contribue en outre à renforcer l'effet dissuasif de la sanction.

[748] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid.*, p. 241 (note 7).

2. Un mécanisme de nature à garantir l'effet dissuasif de la sanction

597. La réunion massive de créances entre les mains d'un cessionnaire garantit pour les victimes de bien meilleures chances d'obtenir réparation du préjudice subi. De nombreuses créances qui n'étaient jusqu'alors pas recouvrées pourront désormais l'être par un demandeur bien armé pour obtenir gain de cause, et dont les demandes portent sur des sommes potentiellement très importantes. Ainsi, dans l'affaire du cartel du ciment allemand, CDC demandait environ 132 millions d'euros de dommages et intérêts aux membres de l'entente, une somme contribuant à n'en pas douter à l'effet dissuasif de la sanction[749]. Dans un avenir proche, la mise en œuvre cumulée de la sanction publique et de la sanction privée pourrait constituer un risque suffisant pour dissuader certaines entreprises de fausser la concurrence. L'amende de concurrence étant en effet déjà élevée, l'ajout d'une sanction privée incluant une amende civile et la concentration des droits des victimes pourrait ainsi constituer une sanction globale suffisamment importante pour peut-être faire douter du caractère lucratif de la violation de la loi, et ce malgré l'absence de véritables dommages et intérêts punitifs au sein de l'ordre juridique français. En effet, la cession de la créance offre à la victime une certaine tranquillité, puisque le procès ne sera pas intenté par elle mais par la société de recouvrement. Il s'ensuit que des actions qui n'auraient pas été menées faute d'intérêt économique à agir eu égard à la longueur, à la complexité et au coût de la procédure le seront non plus par la victime, mais par le cessionnaire, qui trouve un intérêt économique à agir eu égard aux sommes qu'il percevra à l'issue du procès. La concentration des créances s'avère également intéressante du point de vue des victimes, les contrats de cession prévoyant, là encore dans l'affaire du ciment allemand, que 65 à 85% de la somme obtenue au titre de leurs créances leur serait reversée en cas de succès de la procédure. Il s'agit là encore d'un progrès certain, là où nombre d'entre elles devraient se contenter de renoncer purement et simplement à agir si elles se trouvaient privées de la possibilité de céder leur créance.

598. Des auteurs posent cependant la question des effets que pourrait avoir sur la concurrence le développement d'un marché de créances antitrust, bien évidemment difficiles à prévoir[750]. Un premier effet notable est que la société CDC est parvenue à obtenir gain de cause là où des victimes esseulées auraient échoué. Sans prétendre prédire les évolutions d'un tel marché, il

[749] GSELL B., « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – Recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », *ibid.*, p. 223.
[750] DEFFAINS B. et FEREY S., « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? À propos de l'affaire du cartel du ciment Allemand », *ibid.* ; SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid*., p. 245.

nous semble que son développement entraînera d'importantes conséquences sur le plan stratégique, offrant de nouvelles opportunités aux concurrents désireux d'augmenter les coûts d'un rival, voire de racheter une société qui se retrouverait placée en liquidation judiciaire à la suite de la commission d'une pratique anticoncurrentielle (V. *infra*, n° 815 s, 835, 850 s, 867 s).

Conclusion du chapitre

599. L'action de groupe organisée par la loi Hamon présente un certain nombre de règles rendant sa mise en œuvre difficilement envisageable dans le cadre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Le filtre associatif, la limitation du préjudice au seul dommage matériel découlant des pratiques, et l'exclusion des personnes morales méritent à ce titre d'être mentionnés. Ainsi, les PME, qui auraient un intérêt économique à l'exercice de l'action de groupe, se trouvent privées de cette possibilité. Quant aux consommateurs, le faible montant des sommes en jeu n'est pas de nature à les inciter à rejoindre l'action. Or, l'expérience canadienne révèle que l'action de groupe est nécessaire au succès du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Faut-il dès lors en conclure que la matière demeurera vouée à l'échec en droit français ? La réponse nous semble négative. D'une part, l'action de groupe pourrait être amenée à évoluer sous l'impulsion de la libre prestation de services, qui pourrait marquer la fin du filtre associatif, ainsi que l'affirmation du principe de réparation intégrale du préjudice par l'ordonnance du 9 mars 2017, qui devrait condamner les limitations relatives au préjudice indemnisable (étant entendu qu'une réforme globale du mécanisme pourrait un jour intervenir). D'autre part, des alternatives à l'action de groupe existent, qui pourraient permettre une mise en œuvre efficace du contentieux privé. L'action en représentation conjointe, à condition de mettre ici encore fin au filtre associatif, pourrait constituer une solution intéressante pour de petits groupes de consommateurs victimes. Quant aux personnes morales, elles pourront choisir de se tourner vers l'action collective développée par les cabinets d'avocats, ou faire le choix de céder la créance à une société de recouvrement si elles considèrent la mise en œuvre du procès comme trop contraignante. La légalité du mécanisme, reconnue par la directive, devrait permettre son introduction en France. La cession de créances présente en outre l'avantage de constituer une menace crédible pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, puisqu'elle porte le risque d'une condamnation à des sommes très importantes. Le mécanisme permet de contourner les difficultés relatives à la quantification du préjudice grâce aux éléments remis au cessionnaire par les cédants, qui permettent d'obtenir une vue d'ensemble des conséquences de l'infraction sur le marché, ainsi que grâce à la

« clémence privée », qui permet elle aussi de rassembler des informations utiles à la mise en œuvre de l'action. Le contentieux privé devrait donc connaître le succès, à condition de sensibiliser les victimes à ces alternatives. La cession de créances présente en outre un intérêt certain sur le plan stratégique, et devrait à ce titre intéresser également les entreprises de taille importante, conscientes des opportunités qu'offre la matière en termes de stratégie juridique.

Conclusion de la 1ère Partie

600. Afin de répondre à la problématique guidant les développements de cette première partie, il convient de livrer une synthèse des thématiques jusqu'ici abordées. Dans le cadre de l'introduction de la présente thèse, la question posée était de savoir si les différentes réformes intervenues au cours des dernières années seraient ou non susceptibles de renforcer l'attractivité du contentieux privé aux yeux des victimes. Ont été évoquées à ce titre les questions relatives aux stratégies interprétatives du demandeur comme du défendeur dans le cadre de ce contentieux. Les différents textes susceptibles de concerner la matière présentent en effet des zones de flou propice au développement d'une stratégie de façonnage normatif qui pourrait rendre la matière suffisamment efficace pour qu'elle trouve sa place dans l'arsenal des victimes de pratiques anticoncurrentielles (V. *supra*, n° 12). Or, le développement d'un cadre propice à la mise en œuvre de ce contentieux nous semble tout à fait envisageable dans les années à venir, étant entendu que la matière fait déjà l'objet d'une jurisprudence relativement abondante devant les juridictions du fond.

601. L'une des mesures les plus importantes pour l'efficacité du contentieux privé réside selon nous dans l'effet liant des décisions de condamnation. Au-delà de la question de savoir si l'effet liant constitue ou non une présomption irréfragable de faute civile, ce qui ne devrait selon nous pas être systématiquement le cas, les questions relatives à la faute conserveront une importance certaine dans la stratégie judiciaire des parties. L'effet liant produisant effet dès que la décision sera devenue définitive pour la partie constatant l'existence de l'infraction, la mesure nous semble de nature à permettre un développement plus important du contentieux complémentaire, jusqu'ici difficile à mettre en œuvre en raison de la durée de la procédure. Les questions relatives à la gravité de la faute revêtiront également une importance certaine lors de la détermination de la contribution à la dette en présence d'une infraction commise par plusieurs personnes physiques ou morales. L'effet liant devrait en outre grandement faciliter l'établissement de la faute civile, dont l'existence ne saurait selon nous être contestée que dans des circonstances exceptionnelles. L'essentiel des débats devant le juge de la réparation devrait donc concerner l'existence et la quantification du préjudice, ainsi que le lien de causalité l'unissant à la violation du droit de la concurrence. Le droit nouveau se montre sur ce point somme toute décevant, la prohibition des dommages et intérêts punitifs ainsi que la présomption de répercussion du surcoût sur le consommateur final pouvant nuire à l'efficacité d'une mise en œuvre du contentieux indemnitaire (les victimes les plus modestes se refusant généralement

à exercer l'action). La matière pourrait toutefois conserver un intérêt aux yeux des victimes sur le plan stratégique, et la perte d'effet dissuasif consécutive au refus d'intégrer les dommages et intérêts punitifs en droit de l'Union Européenne pourrait être compensée par le recours à la cession de créances. Le droit nouveau adapte encore les caractère requis du préjudice pour être indemnisable, l'avancée la plus importante en ce sens concernant l'atténuation de l'exigence de certitude du préjudice à travers l'affirmation de la possibilité de recourir à la technique de l'estimation lorsque la quantification s'avère excessivement difficile ou pratiquement impossible (ce qui sera souvent le cas pour les petites victimes). Les méthodes proposées par le guide pratique de la Commission, ainsi que les alternatives développées par la pratique, constitueront selon nous une aide précieuse pour les victimes. L'exigence de causalité pourrait toutefois soulever des difficultés, mais il semble qu'elle soit amenée à évoluer dans un sens favorable aux victimes. Les juges du fond admettent en effet le plus souvent une quantification du préjudice fondée sur une méthode comparative, à charge pour le défendeur de fournir une méthode de quantification plus précise pour éviter d'indemniser des chefs de préjudice qui ne découleraient pas de l'infraction. Cette situation rappelle la position de la Cour de cassation en matière médicale, dans le cadre de laquelle elle n'a pas hésité à créer une présomption *de jure* de lien de causalité destinée à faciliter l'établissement du lien de causalité pour les victimes. La directive invite selon nous à adopter la même solution en matière de contentieux privé lorsqu'elle rappelle, en son art. 4, la nécessité pour les juges de respecter les principes d'effectivité et d'équivalence. Les victimes devront toutefois veiller à se montrer réactives face aux conséquences de l'infraction, les juges du fond tenant parfois compte du comportement qu'elles adoptent pour considérer qu'est intervenue une rupture du lien de causalité de nature à réduire leur indemnisation.

602. L'existence de mécanismes destinés à faciliter la démonstration de la faute, du préjudice et du lien de causalité ne prive toutefois pas d'intérêt la question de l'accès au preuves, qui demeureront nécessaires à la construction d'un dossier suffisamment solide pour connaître une issue favorable devant le juge de la réparation. Ainsi, la preuve de l'existence d'une infraction constitutive d'une faute civile demeurera entière dans le cadre du contentieux autonome. Dans le cadre du contentieux complémentaire, bien qu'il soit possible de quantifier le préjudice sur la seule base d'expertises économiques, la production d'éléments de preuves supplémentaires permettra de convaincre le juge de la justesse du scénario contrefactuel établi par l'expert, ainsi que de l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre l'infraction et le préjudice. Si le droit nouveau n'offre pas de réelles avancées en termes d'accès aux éléments de preuves, l'art.

4 de la directive pourrait conduire à une généralisation du droit à la preuve, et ainsi faire échec au principe de loyauté de la preuve. Dans l'hypothèse où les victimes parviendraient à convaincre le juge du bienfondé d'une telle interprétation, elles pourraient alors recourir à des stratagèmes afin de recueillir les preuves nécessaires à la démonstration de leurs prétentions. Les victimes pourront également accéder au dossier de l'autorité de concurrence saisie de l'affaire dans le cadre du contentieux complémentaire. Or, si le recours à une procédure de clémence ou de transaction offre une protection aux éléments remis par l'auteur des pratiques à l'autorité, cette dernière ne semble pas absolue. Un élément de preuve couvert par la « liste noire » ne devra en effet être écarté des débats que dans l'hypothèse où il aurait été acquis uniquement par le biais de la demande d'accès au dossier. Le droit nouveau aménage encore le délai de prescription dans un sens particulièrement favorable aux victimes, garantissant en outre la possibilité de mettre en œuvre le contentieux complémentaire là où l'action civile était jusqu'ici souvent prescrite en raison de la longueur de la procédure publique. Malgré ces importantes avancées, les victimes les moins importantes pourraient rencontrer des difficultés à exercer l'action, les consommateurs n'ayant que peu d'intérêt économique à le faire, alors que les TPE et PME, si elles ont un intérêt à le faire, s'y refusent généralement en raison de la longueur et du coût de la procédure, ainsi que du risque de représailles que pourrait intenter l'auteur des pratiques. L'action de groupe telle qu'elle résulte de la loi Hamon nécessiterait donc à notre avis d'être réformée afin de pouvoir constituer un outil efficace permettant de mettre en œuvre le contentieux privé. Bien qu'elles soient exclues de son champ d'application comme du champ de l'action en représentation conjointe, les TPE et les PME pourraient toutefois exercer l'action dans le cadre du recours collectif développé par les avocats. En outre, si la perspective du procès leur semble trop longue et trop couteuse, elles pourront choisir de recourir à la cession de créances, qui devrait être admise en droit français malgré l'art. 1699 C.civ dans la mesure où la directive 2014/104 la mentionne expressément. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles disposent ainsi, à notre avis, d'outils déjà satisfaisants permettant la mise en œuvre de ce contentieux, dont le succès dépendra plutôt de la sensibilisation des victimes quant à son importance. Rappelons à ce titre l'exemple du droit japonais, qui dispose depuis 1974 d'un corps de règles très semblable à celui prévu par la directive et l'ordonnance. Or, l'existence d'un tel corps de règles ne s'est pas avérée suffisante pour inciter les victimes à agir, et ce n'est que sous l'impulsion d'associations que ces dernières ont finalement inclus la matière dans leur arsenal juridique (V. *supra*, n° 31 et 81). Cette prise de conscience permettrait de faire du contentieux privé un risque pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, tout en constituant parallèlement une source d'opportunités pour leurs concurrents.

355

Partie 2nde : L'appréhension des risques et opportunités, l'optimisation du contentieux privé

603. Après avoir développé, dans le cadre de la première partie de la présente thèse, les évolutions introduites en droit français notamment par la directive 2014/104 et l'ordonnance du 9 mars 2017, il convient, dans le cadre de cette seconde partie, de tenter d'envisager les effets que pourrait produire le nouveau contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles sur la stratégie juridique des entreprises. Comme le font remarquer plusieurs auteurs, la règle de droit constitue à la fois un risque et une source d'opportunités pour les entreprises présentes sur le marché. Dans une approche classique des rapports qu'entretiennent les entreprises avec la règle de droit, cette dernière est surtout envisagée sous l'angle de la gestion du risque, l'entreprise devant mettre en place une veille juridique afin de rester informée de ce qu'elle est ou non autorisée à faire sur le marché, et développer des *process* destinés à éviter autant que possible la survenance du risque (la violation de la règle de droit). L'approche « *Law&Management* » propose quant à elle de dépasser cette vision, jugée trop restreinte dans la mesure où ce qui constitue un risque pour une entreprise constituera une opportunité pour ses concurrents. Ces derniers pourront, s'ils constatent une violation de la règle de droit par l'un de leurs concurrents, décider de mettre en œuvre une procédure judiciaire à leur encontre afin d'obtenir d'intéressantes conséquences juridiques à leur bénéfice. Le droit des pratiques anticoncurrentielles constituera à ce titre un outil de choix, dans la mesure où sa mise en œuvre est intrinsèquement liée aux stratégies que mettent en œuvre les entreprises sur le marché. Ses conséquences seront principalement de deux ordres : il s'agira, d'une part, de perturber l'entreprise concurrente en portant atteinte à ses actifs immatériels (par exemple en obtenant l'annulation de ses contrats de partenariat), et, d'autre part, de capter ses ressources. L'entreprise pourra, à ce titre, transformer son service juridique en centre de profits destiné à générer un maximum de dommages et intérêts, ou encore recourir à la théorie des facilités essentielles pour bénéficier des innovations développées par un concurrent plus performant. L'effet de ces stratégies se trouvera selon nous amplifié par le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, qui permettra d'augmenter les sommes dues par le concurrent tout opérant leur transfert vers le demandeur. Or, ces sommes seront potentiellement importantes eu égard aux différents mécanismes destinés à faciliter l'action des victimes, et notamment grâce à la cession de créances. Face à de tels risques, il nous apparaît nécessaire pour les entreprises de prévoir des stratégies de gestion du risque efficaces face au droit des pratiques

anticoncurrentielles, dans lesquelles devront désormais également être prises en compte les règles du contentieux privé. Ces dernières auront en effet un impact sur les stratégies classiques de gestion du risque concurrentiel, et compliqueront tout calcul en vue d'une violation lucrative de la règle de droit.

604. Il conviendra dès lors d'évoquer les questions relatives aux opportunités qu'offre le contentieux privé dans le cadre d'un premier titre intitulé « la mise en œuvre du contentieux privé et ses conséquences stratégiques » (Titre 1er). Les questions relatives au risque nouveau que constitue la matière seront quant à elles évoquées dans le cadre d'un second titre intitulé « le développement du contentieux privé et les stratégies de gestion du risque concurrentiel » (Titre 2nd).

Titre 1er : La mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles et ses conséquences stratégiques

605. Si l'objectif premier du contentieux des pratiques anticoncurrentielles consiste à faire cesser les atteintes au libre jeu de la concurrence sur le marché, sa mise en œuvre produit en pratique des conséquences stratégiques intéressantes pour les concurrents de l'entreprise sanctionnée. Ces dernières se trouveront renforcées par le développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, dont la finalité est de réparer non pas l'atteinte au marché, mais bien celle subie par les entreprises victimes elles-mêmes. Il convient à ce titre de remarquer que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles est un contentieux offrant à ces dernières tout un éventail d'options stratégiques.

606. Du point de vue de la mise en œuvre de l'action, tout d'abord, l'entreprise aura le choix entre le contentieux autonome et le contentieux complémentaire. Si l'efficacité de ce dernier a parfois pu être considérée décevante, les nouvelles règles du contentieux privé devraient permettre d'en améliorer grandement l'efficacité. L'effet liant et l'aménagement du délai de prescription rendront en effet sa mise en œuvre plus réaliste qu'elle ne l'était jusqu'alors, les longueurs de la procédure décourageant les victimes (quand elles ne se trouvaient pas tout simplement prescrites dans leurs droits). Or, il ne faudrait pas en déduire que le contentieux autonome s'en trouvera privé de son intérêt, les deux formes ayant leurs points forts comme leur points faibles, le choix entre les deux dépendra en réalité de la nature de l'infraction poursuivie. Le contentieux autonome sera ainsi plus adapté à la sanction d'infractions caractérisées au droit de la concurrence, qui ne nécessitent pas de moyens d'enquête importants, là où le contentieux complémentaire s'adressera plutôt aux victimes d'infractions complexes, pour lesquelles la démonstration de l'existence de l'infraction ne saurait se faire sans l'aide des autorités de concurrence. Bien sûr, ce choix aura une influence sur la durée de la procédure, et donc son coût, ce qui commande d'analyser la mise en œuvre de ce contentieux sous l'angle de la théorie de l'utilité espérée : l'entreprise n'intentera pas l'action en réparation si son préjudice lui paraît trop faible par rapport au coût de l'action. La taille de l'entreprise victime présentera également une importance certaine de ce point de vue, mais il nous semble désormais exister des solutions adaptées à toutes. Or, à condition d'adopter la bonne, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles nous semble aujourd'hui pouvoir être mis en œuvre par la plupart des victimes, indépendamment de leur taille. Outre les questions relatives au choix à opérer entre le contentieux de suivi et le contentieux autonome, il conviendra encore d'évoquer la

question de la nullité des pratiques anticoncurrentielles, et de la possibilité de choisir parfois le droit applicable au litige, ce qui constituera d'autant plus d'options à la disposition des parties.

607. Or, il convient de noter que la mise en œuvre du contentieux privé constituera une source d'opportunités stratégiques pour les entreprises, à condition pour ces dernières de saisir l'importance d'associer les juristes à l'élaboration de leur stratégie de marché. Le succès de la matière pourrait d'ailleurs à notre avis dépendre de cette prise de conscience (rappelons à ce titre que ce n'est pas tant les avancées textuelles que le militantisme des associations qui a permis le succès de la matière au Japon, V. *supra*, n° 31 et 81). De nombreuses illustrations de l'intérêt stratégique du droit des pratiques anticoncurrentielles ont déjà pu être observées par la doctrine, que le contentieux privé viendra désormais renforcer. La matière permettra en effet de générer d'importants profits au bénéfice des demandeurs les plus habiles quant à sa mise en œuvre, tout en facilitant les possibilités qu'offrait déjà le droit de la concurrence en termes de modelage de l'environnement concurrentiel. Les conditions d'obtention d'un référé devant les juridictions civiles sont en effet plus souples que celles des mesures conservatoires devant les autorités de concurrence. Les conséquences stratégiques d'une mise en œuvre du contentieux des pratiques anticoncurrentielles sont nombreuses, et nous nous bornerons à n'en citer que quelques-unes dans le cadre des présents développements. Il s'agit notamment de l'augmentation des coûts des rivaux, de la génération de bénéfices par le biais du procès, de la déstabilisation d'une entreprise concurrente en obtenant l'annulation de ses contrats, ou encore d'un moyen d'échapper à ses propres obligations contractuelles.

608. Nous consacrerons donc un premier chapitre à la question des différentes options à la disposition des parties quant à la mise en œuvre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (Chapitre 1er), avant d'évoquer l'intérêt stratégique de sa mise en œuvre pour les entreprises qui sauraient l'intégrer à leur stratégie de marché (Chapitre 2nd).

Chapitre 1er : Les différentes formes du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

609. Depuis la publication de la directive 2014/104 et sa transposition en droit interne par l'ordonnance du 9 mars 2017, le contentieux privé fait l'objet de nombreux commentaires en doctrine. Or, la notion ne manque pas de marquer par son caractère protéiforme. Ne serait-ce que du point de vue de l'engagement de la responsabilité extracontractuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, le contentieux privé est susceptible de revêtir plusieurs formes, au gré des choix du demandeur (Section 1ère). Il convient en outre de ne pas négliger la possibilité de parfois pouvoir déterminer le droit applicable au litige, ce qui emportera bien entendu une influence sur la mise en œuvre de la matière (Section 2nde).

Section 1ère : Le contentieux de la responsabilité extracontractuelle, un contentieux d'options

610. À la lecture des règles issues des nouveaux textes encadrant le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, il apparaît que la victime dispose de différentes options quant à sa mise en œuvre. Ces dernières résultent tant des dispositions de la directive elles-mêmes (§1er) que d'une question qu'elle passe sous silence, à savoir la nullité des pratiques anticoncurrentielles (§ 2nd).

§ 1er : L'engagement de la responsabilité civile, une pluralité d'options résultant de la directive

611. En application des dispositions de la directive 2014/104, les victimes peuvent engager la responsabilité de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre d'un contentieux complémentaire (« *follow on* ») ou d'un contentieux autonome (« *stand alone* »), qui supposent différents niveaux d'investissement dans le procès (A). Il convient encore de remarquer que les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas égales entre elles, et n'auront pas la même perception de l'action en réparation en fonction de la situation dans laquelle elles se trouvent sur le marché (B).

A. Modes d'exercice de l'action en réparation et économie du droit

612. L'option entre contentieux complémentaire et contentieux autonome affectant la durée globale de la procédure et donc son coût, le choix qu'opéreront les victimes en la matière revêtira une importance stratégique majeure, plusieurs auteurs relevant que l'allongement de la durée de la procédure permet de décourager l'action du demandeur, ou d'en saper les ressources[751]. Or, si les nouvelles règles du contentieux privé permettront une réduction de la durée globale de la procédure en présence d'un contentieux complémentaire (1), le contentieux autonome ne s'en trouvera pas pour autant privé de sa pertinence, et le développement qu'il connaît depuis plusieurs années devrait ainsi se poursuivre (2).

1. L'intérêt stratégique du contentieux complémentaire

613. Grâce à l'introduction en droit positif de l'effet liant et de nouvelles règles relatives à la prescription de l'action civile en cas de saisine d'une autorité de concurrence, le contentieux complémentaire devrait être plus facilement mis en œuvre par les victimes (a). Malgré sa durée potentiellement importante, le contentieux complémentaire présente plusieurs intérêts stratégiques de nature à renforcer son attractivité aux yeux des demandeurs (b).

a. Vers une nouvelle efficacité du contentieux complémentaire

614. Il convient tout d'abord de remarquer, dans un premier temps, le manque d'efficacité parfois reproché au contentieux complémentaire avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance (i), avant de nous interroger, dans un second temps, sur la question de savoir si les nouveaux textes seront ou non de nature à en améliorer les résultats (ii).

i. Un contentieux à l'efficacité mise en doute

615. Comme le relève M. Amaro, et contrairement à ce que l'on pourrait être tenté de croire de prime abord, le contentieux complémentaire n'est pas plus efficace que le contentieux autonome. Si les actions de suivi font l'objet d'une plus grande médiatisation (notamment parce qu'elles interviennent à la suite d'une décision d'une autorité de concurrence qui aura elle-même été médiatisée), il s'agit d'un contentieux qui demeure rare en pratique et connaît un taux de succès à peu près équivalent à celui du contentieux autonome. Ainsi, sur un panel de 24

[751] MASSON A., « Recours collectifs et stratégie juridique internationale, les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », table ronde n° 3, *in* « Les recours collectifs – Quels enjeux stratégiques et économiques ? » colloque du Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 28, p. 171 ; MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 49 ; CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165.

décisions recensées, le taux de succès au moins partiel des demandeurs dans le cadre du contentieux de suivi s'élève à 36,4%, contre 33,3% dans le cadre du contentieux autonome[752]. Le constat, surprenant dans la mesure où il aurait été permis de penser que la condamnation préalable des faits par une autorité de concurrence serait de nature à grandement faciliter l'action du demandeur, trouve son selon l'auteur son explication dans une série de facteurs. Il s'agit notamment de difficultés probatoires et de difficultés liées au financement de l'action. Or, ce constat nous semble devoir être tempéré par une étude récente qui révèle que, sur 10 décisions de condamnation prononcées par les juridictions françaises, 8 l'ont été dans le cadre du contentieux complémentaire[753]. En outre, les difficultés évoquées par M. Amaro nous semblent, sinon résolues, du moins amoindries sous l'empire du droit nouveau.

ii. Une combinaison de règles susceptibles de viabiliser le contentieux complémentaire

616. Si l'écoulement du temps constitue une difficulté nuisant à l'attractivité du contentieux complémentaire, la règle prévue à l'art. L481-2 C.com semble de nature à permettre aux victimes de pouvoir invoquer la décision de l'autorité de concurrence bien plus rapidement que ce n'était le cas auparavant. L'aménagement de l'écoulement du délai de prescription jouera également un rôle majeur en la matière (α). Les difficultés liées à l'obtention des preuves devraient également être amoindries par la possibilité d'obtenir communication des éléments contenus dans les dossiers des autorités de concurrence, bien que le droit nouveau offre une protection efficace aux pièces fournies en vue d'obtenir le bénéfice d'une procédure de clémence ou de transaction (β).

α. La fin d'une stratégie exploitant le passage du temps

617. Comme cela a déjà été évoqué dans le cadre de la première partie de la présente thèse, la mise en œuvre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles faisait jusqu'alors l'objet de divers obstacles relatifs à sa durée et à son coût, les auteurs des pratiques bénéficiant alors d'une position défensive naturellement avantageuse (V. *supra*, n° 55 s). En l'absence d'effet liant des décisions de condamnation prononcées par les autorités de concurrence, les défendeurs pouvaient organiser une stratégie consistant à « relitiger » la procédure, pour reprendre l'expression de M. Haasbeek, c'est-à-dire contester à nouveau la réalité des pratiques devant le

[752] AMARO R., « Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires », Larcier, éd. Bruylant, 2014, pt. 75, p. 116, pt. 78, p. 123 et pt. 81, p. 124.
[753] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges » (traduction proposée par nous), Concurrences n°1-2017, p. 36.

juge réparation[754]. Or, comme le relève le livre blanc de la Commission, « une telle duplication de l'analyse factuelle et juridique entraîne des coûts et délais supplémentaires considérables », eu égard à « l'analyse factuelle et économique très complexe qui doit être réalisée » afin de qualifier les pratiques[755]. L'objet d'une telle manœuvre consiste à dissuader le demandeur d'intenter l'action en réparation en créant un ratio coûts/avantages allant en sa défaveur, la durée étant telle que le demandeur pouvait parfois même tout bonnement cesser d'exister avant d'avoir pu obtenir une décision de condamnation définitive[756]. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles pouvaient ainsi pratiquer une stratégie de guerre d'attrition susceptible de les mettre à l'abri d'une condamnation à réparer le dommage causé aux victimes, la durée moyenne du contentieux complémentaire préalablement à l'introduction de l'effet liant étant d'environ 10 à 15 ans, voire de 15 à 20 ans, selon plusieurs auteurs[757]. Or, une rapide étude des décisions récentes de l'ADLC révèle qu'une condamnation intervient généralement 3 à 4 ans après sa saisine[758].

618. La rédaction du nouvel art. L481-2 C.com nous semble ainsi de nature à contourner cette difficulté, sans toutefois s'opposer à la possibilité pour l'auteur de l'infraction de démontrer que la violation du droit de la concurrence résulte en réalité d'une erreur excusable de nature à l'exonérer de sa responsabilité (V. *supra*, n° 77). Celui-ci dispose en effet qu'une pratique anticoncurrentielle « est présumée établie de manière irréfragable […] dès lors que son existence et son imputation [à l'entreprise] ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours ». Nombre d'entreprises ayant recours à la procédure de clémence ou à la procédure de transaction, l'action en réparation pourrait donc être immédiatement engagée à leur encontre dès la première décision de

[754] FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 175.
[755] 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, pt. 2.3., p. 6 et pt. 1.1., p. 2.
[756] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 165 ; V. encore MASSON A. « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 150 et 153.
[757] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; BRUNET F., DUPUIS A., PAROCHE E., « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », Recueil Dalloz, 2014, n° 28, p.1600 ; FOURGOUX J-L., « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », Gazette du Palais, 16 mai 2013 n° 136, p. 46 ; PIETRINI S., « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », Gazette du Palais, 03 septembre 2013 n° 246, p. 21 ; CATALA MARTY J., « Réflexions autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », Gazette du Palais, 01 mars 2014 n° 60, p. 11.
[758] Etude non exhaustive réalisée par nous, V. annexe de la présente thèse, p. 677.

condamnation rendue par l'ADLC. En outre, même si les décisions de transaction ne devraient selon elle pas emporter reconnaissance de responsabilité de la part des entreprises y ayant recours, elles constitueront selon nous un élément de poids permettant aux victimes de démontrer l'existence d'une faute (V *supra*, n° 131). Le texte semble ainsi contribuer à résoudre en partie les difficultés qui viennent d'être évoquées au sujet de la durée et du coût de la procédure. La présomption irréfragable d'établissement de l'infraction devrait en effet permettre d'éviter les coûts liés à une nouvelle analyse factuelle et économique complexe, là où la précision selon laquelle l'effet liant produira son effet dès lors que la décision sera insusceptible de recours pour la partie constatant l'existence et l'imputation de l'infraction permettra une mise en œuvre bien plus rapide du contentieux complémentaire que ce qui se faisait jusqu'ici[759]. L'appel d'une décision de l'ADLC vise en effet à contester, le plus souvent, le montant de la sanction et non la réalité de l'existence de l'infraction. Si la règle est la même lorsque la décision émane de la Commission européenne, il conviendra probablement de tempérer quelque peu ce constat lorsque la décision de condamnation émane d'une autorité de concurrence d'un autre Etat-Membre, ces dernières ne pouvant servir que de moyens de preuve de la commission de la pratique, selon l'art. L481-2. Là encore, il suffira que la décision ne soit plus susceptible de recours pour la partie relative au constat de l'infraction pour qu'elles puissent être produites à titre de preuve.

619. Outre cette stratégie d'attrition, les défendeurs pouvaient également se prévaloir du passage du temps de manière plus classique, en soulevant la prescription de l'action en réparation. En effet, faute de dispositions destinées à assurer l'articulation du contentieux public et du contentieux privé, il n'était pas rare que le demandeur soit prescrit dans ses droits, l'auteur des pratiques se trouvant alors à l'abri de toute action en réparation (V. *supra*, n° 474). Modifié par l'ordonnance du 9 mars 2017, le Code de commerce prévoit désormais des causes d'interruption et de suspension du délai de prescription destinées à garantir la possibilité d'exercer l'action en réparation, au premier rang desquelles figure le point de départ « glissant » du délai de prescription, introduit à l'art. L482-1 C.com. À la lecture des textes nouveaux, l'acquisition du délai de prescription ne nous semble plus pouvoir permettre une stratégie de défense efficace que dans les cas où les victimes auront fait preuve d'une réelle négligence (ou d'une absence totale de volonté) quant à l'exercice de l'action. Le nouveau contentieux

[759] AMARO R., « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », Concurrences n° 2-2017, p. 70.

complémentaire nous semblant donc libéré des obstacles générés par l'écoulement du temps, il convient ensuite de s'interroger sur les modalités d'accès aux preuves.

β. L'accès aux preuves dans le cadre du contentieux complémentaire

620. En vue de prouver la réalité et les effets d'une pratique anticoncurrentielle, la victime nécessite l'accès à un certain nombre de documents. Il peut s'agir d'éléments que cette dernière est dans l'obligation de détenir (conditions de vente, tarifs de vente au public, factures, contrats, conventions de marchés publics, éléments de comptabilité générale), ou d'autres documents qui seront encore plus difficile à obtenir en l'absence d'obligation légale de les établir et de les conserver (notes stratégiques, études préalables de prix, comptes rendus de réunions, comptes mensuels ou trimestriels, éléments de comptabilité analytique, notamment)[760].

621. Or, les décisions de l'ADLC présentent l'avantage de donner des indications relatives à ces éléments, ces dernières mentionnant souvent les notes stratégiques et autres échanges entre les coauteurs de l'infraction. Sans se substituer à une phase de recherche de la preuve par la victime, ces elles nous semblent tout de même de nature à les orienter. Ainsi, ces indications pourraient aider à déterminer les catégories de preuves dont la victime entend demander communication sur le fondement de l'art. 138 CPC. En cas d'échec, il nous semble que la victime pourra demander l'accès au dossier de l'ADLC, son caractère subsidiaire ne semblant dès lors plus poser problème dans la mesure où la victime aura déjà fait une tentative infructueuse de recherche de preuves. L'article L483-4 C.com interdit en effet au juge d'ordonner à une autorité de concurrence la production d'une pièce contenue dans son dossier lorsque l'une des parties ou un tiers est raisonnablement en mesure de la fournir. Il convient de noter ici l'emploi du terme « ordonner » par l'art. L483-4. L'art. L483-5 C.com, relatif à l'interdiction de communiquer les pièces correspondant à la liste noire, et l'art. L483-8 C.com, relatif à la protection temporaire accordées aux pièces de la liste grise (V. *supra*, n° 413 et n° 434) emploient quant à eux le terme « enjoindre » (qui signifie « ordonner expressément quelque chose à quelqu'un »[761]). Ainsi, si l'accès aux pièces contenues dans le dossier de l'ADLC n'était autrefois qu'une faculté laissée à la discrétion de l'ADLC (exception faite des dossiers de clémence, pour lesquels l'accès était impossible)[762], tel ne semble plus être le cas

[760] AMARO R., « Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires », *ibid.*, pt. 81, p. 124.
[761] Le Larousse [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/enjoindre/29622 (consulté le 16/10/2019).
[762] AMARO R., « Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires », pt. 339, p. 356.

aujourd'hui. Comme le font remarquer des auteurs, il en ira toutefois différemment des procédures engagées à la suite d'une décision de la Commission européenne, dont l'accès au dossier demeurera toujours aussi difficile malgré la transposition de la directive. Bien qu'il soit tout à fait possible de chiffrer le préjudice sans recourir aux dossiers des autorités de concurrence, il n'empêche que les parties tentent depuis plusieurs années d'en obtenir l'accès. Il semble donc falloir en déduire, selon ces auteurs (dont nous partageons l'opinion), que ces derniers sont susceptibles de contenir des informations utiles à la quantification, auxquelles les parties pourront désormais accéder grâce aux nouveaux textes encadrant le contentieux privé[763]. Il pourrait par exemple s'agir, selon nous, de déclarations indiquant l'intention de provoquer l'éviction du demandeur, ce qui permettrait de consolider la démonstration du lien de causalité, ou de déclarations de natures à confirmer les résultats obtenus par le biais des méthodes utilisées pour quantifier le préjudice, renforçant alors ainsi l'exigence de certitude du préjudice.

622. Il arrive même parfois que la décision de l'ADLC contienne des études économiques fournies par les parties, voire l'ADLC elle-même[764]. Or, en fonction de la taille de la victime, il pourrait être argué qu'une entreprise de taille moyenne ne soit pas raisonnablement en mesure de fournir elle-même de telles études, dont les victimes auxquelles les victimes qui n'étaient pas parties à la procédure pourraient tenter d'obtenir accès. Bien que loin de régler définitivement les difficultés relatives à l'administration de la preuve des effets de la pratique, la décision de condamnation pourrait donc fournir des éléments contribuant à la faciliter, garantissant peut-être ainsi, aux côtés de la réduction de la durée globale de la procédure, une efficacité nouvelle au contentieux complémentaire. Ce dernier présente en outre un intérêt stratégique particulier qui diffère de celui présenté par le contentieux autonome.

b. L'intérêt stratégique du contentieux complémentaire

623. Le contentieux complémentaire présente à notre avis deux principaux intérêts par rapport au contentieux autonome sur le plan stratégique. Il permet, d'une part, l'infliction d'une sanction plus importante aux auteurs de l'infraction (i), mais également, d'autre part, d'emprunter les moyens d'investigation des autorités de concurrence (ii).

i. Un contentieux adapté aux stratégies de désorganisation

624. Une stratégie viable sur un marché oligopolistique consiste à augmenter les coûts des rivaux, c'est-à-dire à augmenter leurs coûts de production, afin de maximiser ses propres gains.

[763] YSEWIN J. et KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency programme in Europe », Concurrences n° 1-2018, p. 57.
[764] ADLC, 11 mars 2015, n° 15-D-03 ; CA Paris, Ch. 5-7, 23 mai 2017, RG 2015/08224.

Il s'agira donc de profiter des conséquences d'une sanction prononcée dans le cadre du droit des pratiques anticoncurrentielles pour désorganiser l'entreprise concurrente par le biais de la nullité, qui augmente les coûts par l'annulation d'accords qui unissaient le concurrent à d'autres entreprises, ainsi que par le biais de l'amende prononcée par les pouvoirs publics[765]. Il nous semble logique de considérer que l'efficacité d'une telle stratégie ne pourra qu'être renforcée par la combinaison de la sanction publique et de la sanction civile, ce qui sera d'autant plus vrai une fois l'amende civile du projet de réforme de la responsabilité civile introduite en droit français (V. *supra*, n° 219). En outre, que ce soit dans le cadre de cette stratégie ou de manière plus générale, les victimes peuvent avoir intérêt à privilégier le contentieux complémentaire au contentieux autonome en présence d'infractions complexes.

ii. Un contentieux adapté à la sanction d'infractions complexes

625. Le contentieux complémentaire s'avère particulièrement adapté aux ententes occultes, car, comme le relèvent des auteurs, la preuve de telles infractions nécessite des moyens d'investigation dont seules disposent les autorités de concurrence[766]. Ainsi, lorsqu'une infraction au droit de la concurrence nécessite des moyens d'investigation importants ou qu'un comportement donné ne constitue pas de manière évidente une restriction de concurrence, le contentieux complémentaire sera plus adapté. Comme nous l'avons déjà évoqué dans le cadre de la première partie de la présente thèse, l'effet liant ne semble pas, à la lecture des textes, susceptible de bilatéralisation, ce qui signifie que si la décision de qualifier un comportement de pratique anticoncurrentielle s'impose au juge de la réparation, tel ne sera pas le cas des décisions concluant à la licéité du comportement en cause (V. *supra*, n° 137). M. Marty relève en effet l'opportunité de saisir différentes autorités de concurrence, afin d'augmenter la probabilité d'obtenir une sanction. S'il s'agit habituellement de s'orienter vers l'autorité au standard probatoire le moins exigeant, afin d'inciter d'autres autorités à s'aligner sur sa décision de sanctionner les pratiques, il s'agira ici du raisonnement inverse[767]. À la suite d'un échec de la procédure publique, l'entreprise disposera toujours d'une seconde chance en poursuivant cette fois les pratiques devant les juges du fond. En effet, même si l'appel a déjà été formé une

[765] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 296 s.
[766] AMARO R. et VEY-MORIT H., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy droit des affaires, 1er septembre 2015, nº 107, p. 29 ; DIENY E., « Démonstration des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de cassation confirme une certaine régression des droits de l'entreprise victime », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2016, nº 49, p. 53.
[767] MARTY F., « Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010) », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 270 s.

première fois devant la chambre 5-7 de la cour d'appel de Paris dans le cadre du contentieux public, c'est la chambre 5-4 qui est quant à elle compétente pour connaître des affaires relatives au contentieux privé (complémentaire comme autonome). Ainsi, même si la chambre 5-7 a conclu à une absence d'infraction au droit de la concurrence, rien n'oblige la chambre 5-4 à adopter le même raisonnement (V. *supra*, n° 137). D'une durée potentiellement raisonnable, susceptible d'infliger une sanction globale plus lourde, et défaussant la charge de l'enquête sur les pouvoirs publics, le contentieux complémentaire prive-t-il pour autant le contentieux autonome de son intérêt ?

2. L'intérêt préservé du contentieux autonome

626. Si le contentieux complémentaire occupe l'essentiel des innovations contenues dans la directive 2014/104, il nous semble que l'explication puisse être trouvée dans le fait que les victimes aient privilégié la mise en œuvre du contentieux autonome, plus simple et plus rapide, pour obtenir réparation de leur préjudice[768]. Une réelle difficulté relative à la mise en œuvre du contentieux autonome réside toutefois dans la preuve des pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une faute ouvrant droit à réparation. Cette difficulté explique qu'il s'agisse d'un contentieux principalement contractuel, ce qui facilite l'identification du fait générateur. Les occurrences de sa mise en œuvre correspondent ainsi le plus souvent à des « pratiques commerciales assumées dont l'illicéité est étroitement liée à la position de force des défendeurs », ce qui les rend relativement aisées à prouver, et la quantification du préjudice subi par les victimes s'avère elle aussi relativement aisée. En effet, dans la mesure où le contentieux autonome est le plus souvent mis en œuvre à la suite d'abus de domination ou d'ententes verticales produisant un effet d'éviction, le contrat constitue alors un point de repère permettant aux juridictions de chiffrer le préjudice sur la base de calculs élémentaires. Ces dernières se basent alors sur les transactions manquées par la victime du fait de l'infraction, qu'elles multiplient par « la marge brute effective réalisée sur le marché en cause »[769]. En effet, comme nous l'avons déjà relevé dans le cadre de la première partie de la présente thèse, les méthodes de quantification ne nécessitent pas forcément d'avoir accès à des éléments détenus par les auteurs de l'infraction, et mobilisent le plus souvent des données relatives au marché, comme tel est le cas des méthodes comparatives, ou détenues par la victime elle-même dans le cadre des méthodes financières et comptables. Or, ces deux méthodes de quantification du

[768] AMARO R. et VEY-MORIT H., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; AMARO R., « Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires », *ibid.*, p. 116.
[769] AMARO R. et VEY-MORIT H., *ibid.*

préjudice sont celles qui emportent le plus fréquemment la conviction du juge (V. *supra*, n° 305). Cette affirmation trouve une illustration dans le cadre de l'affaire « Sifam », à l'occasion de laquelle l'entreprise victime est parvenue à obtenir la somme de 130 000€ de dommages et intérêts. Victime de refus de livraisons caractéristiques d'un abus de position dominante, la société Sifam a, en l'espèce, quantifié son préjudice en se basant sur la marge commerciale qu'elle avait réalisé en 2006 en s'approvisionnant chez un fournisseur qui n'appartenait pas au réseau de l'auteur des pratiques. L'entreprise parvient dès lors à en déduire la marge qu'elle aurait réalisé si elle avait été effectivement fournie par l'auteur de l'infraction, une méthode de quantification dont la cour d'appel de Paris salue la robustesse et la simplicité, ce que M. Amaro considère comme une invitation à privilégier des méthodes simples aux analyses économétriques[770]. La question se pose toutefois de savoir s'il convient de privilégier la marge brute ou la marge sur coûts variables dans le cadre d'un tel calcul, à laquelle la jurisprudence n'apporte pour l'heure pas de réponse claire[771].

Il nous semble donc qu'il faille considérer le contentieux autonome comme un contentieux stratégiquement adapté aux infractions ne nécessitant pas de trop grands efforts pour la démonstration d'une pratique anticoncurrentielle et de son caractère fautif. En effet, face à de tels contentieux, le contentieux autonome permettra à n'en pas douter d'obtenir une indemnisation nettement plus rapide que le contentieux complémentaire, nécessairement plus long.

627. Si l'étude des nouvelles règles du contentieux privé semblent indiquer un regain d'efficacité du contentieux complémentaire sans pour autant priver d'intérêt le recours au contentieux autonome, il convient encore de remarquer qu'une étude placée sous l'angle de la stratégie juridique ne saurait être complète si elle se limitait aux aspects purement juridiques de la question.

B. Mise en œuvre de l'action en réparation et théorie de l'utilité espérée

628. Ainsi que le souligne M. le Professeur Petit, la décision d'agir en justice est, comme toute décision industrielle ou commerciale, guidée par la théorie de l'utilité espérée, selon laquelle l'entreprise cherche à maximiser son profit tout en diminuant ses coûts[772]. Comme nous venons

[770] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017) », Concurrences n° 4-2017, p. 212, CA Paris, ch. 5-4, 5 juillet 2017, RG 15/12365.
[771] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019) », Concurrences n° 3-2019, p. 230.
[772] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p.282.

de l'évoquer dans le cadre des développements ci-dessus, les nouveaux textes semblent de nature à réduire la durée et le coût de mise en œuvre du contentieux privé, ce qui appelle l'étude de son impact sur la stratégie judiciaire des parties (1). Il conviendra en outre de ne pas oublier que leurs perspectives d'avenir sur le marché joueront également un rôle sur leur capacité à mettre ou non en œuvre le contentieux privé (2).

1. L'influence des nouvelles règles du contentieux privé sur la stratégie judiciaire des parties

629. Nous envisagerons, dans le cadre des développements *infra*, l'application de la théorie de l'utilité espérée sur la stratégie judiciaire du demandeur (a), pour ensuite évoquer comment elle peut servir au défendeur dans le cadre de sa stratégie défensive (b).

a. L'utilité espérée du point de vue du demandeur

630. Afin d'étudier l'impact du nouveau contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles sous l'angle de la théorie de l'utilité espérée, deux facteurs nous semblent pertinents. Il s'agira, d'une part, du coût de la procédure (i) et, d'autre part, du retour sur investissement que peut espérer la victime (ii).

i. Les solutions permettant le financement de la procédure

631. Que l'action soit intentée de manière autonome ou dans le cadre d'un contentieux complémentaire, le demandeur en réparation dispose de plusieurs manières de financer le procès. Il peut ainsi s'agir de recourir aux « *warship tactics* » (α), au financement du procès par un tiers (β), ou encore de céder la créance (γ), étant entendu que chacune de ces solutions présente ses avantages.

α. Le recours aux « warship tactics »

632. D'un point de vue stratégique, le demandeur à l'action en réparation a intérêt à se rapprocher rapidement de l'un des coauteurs de l'infraction afin de négocier avec lui un règlement amiable du litige. Or, le défendeur a tout intérêt à transiger puisqu'il peut faire un usage stratégique de ce type de comportement, les plaignants étant enclins à accepter un premier règlement amiable « pour un montant inférieur à la quote-part de l'entreprise dans l'infraction », ce qui a encore pour effet d'augmenter le montant qui sera donc dû par les concurrents (bien que les nouvelles règles du contentieux privé nous semblent de nature à faire échec cette

stratégie d'augmentation des coûts des rivaux par le jeu de la solidarité, V. *supra*, n° 195)[773]. Le recours aux « *warship tactics* » présente encore un intérêt certain dans le cadre du contentieux autonome, la transaction pouvant s'accompagner de la communication à la victime d'éléments permettant de prouver la réalité de l'infraction à l'encontre des coauteurs, ou encore d'affiner la quantification du dommage[774]. La question se pose toutefois de savoir si une telle pratique ne porterait pas un risque dans le cadre du contentieux complémentaire. L'art. L463-6 C.com interdit en effet aux parties à la procédure devant l'ALDC la divulgation d'informations concernant une autre partie ou un tiers dont elles n'ont pu avoir connaissance qu'à la suite de cette procédure, sous peine de sanctions pénales. Si le texte reçoit exception pour les demandes de communication effectuées sur le fondement des art. L483-1 s C.com, force est de constater qu'une divulgation dans le cadre d'une transaction civile s'opère en dehors des textes en question, et devrait donc donner lieu à sanction sur le fondement de l'art. L463-6. Un moyen de contourner cette difficulté pourrait consister pour l'auteur des pratiques à ne pas divulguer directement les informations en question, mais à s'engager à la faire au moment du procès. Le demandeur ne recevrait ainsi par exemple que quelques informations lui indiquant quels chefs de préjudice ces informations pourraient lui permettre d'évaluer, ou dans quelle mesure elles lui permettront de démontrer le lien de causalité ou la gravité de la faute, sans toutefois jamais désigner clairement qui que ce soit. La sanction pourrait donc à notre avis être évitée, à condition de procéder avec la plus grande prudence.

633. Sous cette réserve relative au contentieux complémentaire, la stratégie des « *warship tactics* » nous semble constituer un mode de financement parfaitement adapté à la mise en œuvre de l'action en réparation, qui présente l'avantage de fournir au demandeur à la fois des fonds, mais aussi et surtout des éléments de nature à augmenter les chances de succès de la procédure à l'encontre des coauteurs. Dans l'hypothèse où la victime ne parviendrait pas à mettre en œuvre une telle stratégie (soit parce que l'infraction est le fait d'une seule entreprise, soit parce que les coauteurs décideraient de faire preuve de solidarité), elle pourrait envisager de faire financer la procédure par un tiers.

---

[773] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 49.

[774] BERNHARD J., « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 200.

β. Le financement du procès par les tiers

634. Le financement du procès par les tiers (*« third party funding »*) est un mécanisme de financement du procès originaire d'Australie. Surtout pratiqué dans les pays de *common law*, le mécanisme a fait son entrée en Europe au cours des dernières années, et la France ne fait pas exception, bien qu'il n'y soit pas encore grandement développé. Comme son nom l'indique, il s'agit pour le demandeur de confier le financement du procès à un tiers (le tiers financeur), qui prendra en charge l'ensemble des frais de la procédure (« frais et honoraires des arbitres, frais de témoins et d'experts, frais d'audience, frais et honoraires d'avocats, etc. »), en contrepartie d'une partie d'un pourcentage perçu sur la somme recouvrée à l'issue du litige (généralement entre 20 et 50%). En cas d'échec de la procédure, ou dans l'hypothèse où le demandeur obtiendrait gain de cause mais ne parviendrait pas à recouvrer les sommes, le tiers financeur ne saurait toutefois lui réclamer aucun remboursement[775].

635. Le financement du procès par les tiers ne fait aujourd'hui en France l'objet d'aucun encadrement, et n'entre dans aucune des catégories juridiques connues du droit français. Le fonctionnement des conventions de financement conduit en effet à exclure tour à tour les qualifications de contrat d'assurance, de contrat de prêt, ou encore de contrat de société[776]. La jurisprudence l'analyse ainsi comme un contrat *sui generis*[777]. Cette dernière qualification présente l'avantage de contourner toute violation du monopole bancaire, qui est sanctionnée pénalement. Il convient ainsi de remarquer que seules pourraient poser problèmes des stipulations contractuelles susceptibles de violer le monopole de l'avocat.

636. Afin de ne pas entrer en violation du monopole de l'avocat, le financement du contrat par un tiers suppose le respect par l'avocat de ses obligations déontologiques envers son client, et non envers le tiers financeur. L'avocat ne saurait donc ni conseiller ce dernier, ni recevoir d'instructions de sa part, « la partie financée devant garder le contrôle de son procès ». De même, les règles du secret professionnel ne concerneront que la relation avocat/client, des accords de confidentialité devant être conclus entre le demandeur et le tiers financeur afin de

[775] AKYUREK O. et DE PERTHUIS C., « Third party funding : changement du paysage judiciaire », Les Petites Affiches, 2018, n°138, page 20.
[776] ANCELIN O. et DE CAUSANS M., « Les prémices du *Third Party litigation funding* en France Ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 5 novembre 2015, n° 45, p. 31.
[777] FORGUES F., « Du financement des procédures par les tiers », Les Petites Affiches, 2017, n° 197, page 6 ; CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 1er juin 2006, n° 05/010038 ; MENETREY S., « Financement du procès par les tiers - À propos du rapport du Club des juristes, juin 2014 », La Semaine Juridique Edition Générale, 21 Juillet 2014, n° 29, p.836.

lui assurer le bénéfice d'une telle protection[778]. Le monopole des avocats interdit encore au tiers financeur de conseiller le demandeur sur les questions d'ordre juridique relatives à l'affaire, sans toutefois lui interdire de « procéder à une analyse juridique du dossier en interne ». L'avocat pourrait également se retrouver en situation de conflit indirect d'intérêt dans l'hypothèse où le tiers financeur financerait une partie étrangère à la procédure avec laquelle l'avocat serait en conflit d'intérêts. De même, de manière plus large, lorsque l'avocat est en lien avec la société de financement. Pareilles situations devraient alors se régler « par les procédés habituels de vérification des liens d'intérêts »[779].

637. Si le mécanisme fait l'objet de critiques en ce qu'il participe à une marchandisation de la justice, faisant ainsi d'elle un « domaine d'investissement parmi d'autres », tout en participant à la judiciarisation croissante de la société française, il n'empêche que le financement par les tiers présente de nombreux avantages. Il convient encore de tempérer les critiques eu égard à la sélection drastique qu'effectuent les tiers financeurs lors de la sélection des dossiers qu'ils choisissent ou non de financer[780]. Il permet ainsi à des victimes d'accéder à la justice alors que cela leur aurait été autrement impossible, faute de moyens, bien qu'il faille remarquer sur ce point qu'entre le pourcentage prélevé par le tiers financeur (généralement 30%) et celui prélevé par l'avocat (généralement 20%), le demandeur est susceptible de devoir se séparer de la moitié des dommages et intérêts recouvrés à l'issue de la procédure (il convient de ne pas oublier que les frais d'avocat sont parfois pris en charge par le tiers financeur)[781]. Le mécanisme présente néanmoins l'avantage de délocaliser les risques du procès, faisant ainsi des contentieux « non plus un centre de coût mais bien un centre de profit », approche qui intéressera sans nul doute, à notre avis, les entreprises sensibles à la notion de stratégie juridique (il nous semble à ce titre qu'il incombera aux juristes de l'entreprise de se livrer à un véritable travail de fond destiné à convaincre le tiers financeur de la solidité du dossier, seuls 10% des dossiers présentés faisant l'objet d'un financement)[782]. La cession de créances pourrait ainsi constituer une alternative intéressante permettant l'engagement de la responsabilité de l'auteur des pratiques. Le

[778] AKYUREK O. et DE PERTHUIS C., « Third party funding : changement du paysage judiciaire », *ibid.*
[779] ANCELIN O. et DE CAUSANS M., « Les prémices du *Third Party litigation funding* en France Ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », *ibid.*
[780] *Ibid.*
[781] FORGUES F., « Du financement des procédures par les tiers », *ibid.*
[782] AKYUREK O. et DE PERTHUIS C., « Third party funding : changement du paysage judiciaire », *ibid.*

financement du procès par les tiers demeure en effet surtout utilisé en matière d'arbitrage, les tiers financeurs étant réticents à financer des procédures judiciaires[783].

γ. La cession de créances

638. Aux côtés du financement par les tiers, la possibilité de recourir à la cession de créances constitue une alternative présentant de nombreux avantages que nous avons déjà détaillées dans la cadre de la présente thèse (V. *supra*, n° 586 s). Ainsi, cette dernière nous semble moins couteuse que le financement du procès par les tiers, eu égard à la somme prélevée par le cessionnaire (65 à 85% de la somme obtenue étant remise au cédant) et au fait que les frais de la procédure (y compris les frais d'avocat) restent à la charge du cessionnaire. Dans la mesure où le cessionnaire a tout intérêt à agréger un maximum de créances afin d'obtenir une meilleure vision du marché (qu'il n'achète que pour une somme dont la part fixe est modique), il nous semble logique de considérer qu'il sera plus facile de céder la créance que de convaincre un tiers financeur de la solidité du dossier. La cession de créances présente encore l'avantage, à l'instar du financement par les tiers, de complètement transférer les risques du procès sur le cessionnaire. Elle s'en distingue toutefois en ce qu'elle laisse la charge de la gestion de la procédure au cessionnaire, permettant ainsi à la victime de se concentrer sur son activité sur le marché (le procès étant en effet un moyen de détourner l'attention d'un concurrent afin de nuire à son efficacité). Il ne s'agira toutefois pas nécessairement d'un avantage puisque, la victime abandonnant son droit de propriété sur la créance, le cessionnaire sera alors seul juge de l'opportunité de transiger, ou encore de faire ou non appel dans l'hypothèse où il serait débouté en première instance.

639. Que la victime fasse le choix de céder sa créance, ou de prendre en charge elle-même la mise en œuvre de l'action en réparation, deux considérations seront à prendre en compte par le demandeur : solidité du dossier et vitesse à laquelle il peut espérer obtenir un retour sur son investissement dans la procédure.

ii. Les rapports entre solidité du dossier et rapidité de la procédure

640. Comme nous l'avons déjà évoqué dans le cadre du présent chapitre, la mise en œuvre du contentieux de la réparation peut s'avérer relativement rapide, ou s'étendre au contraire sur une longue période susceptible de décourager les victimes. La mise en œuvre du contentieux

[783] PERRIN L. et STIMPFLING R., « Le financement des litiges par des tiers : évolutions récentes », Squire Patton Boggs [en ligne] https://larevue.squirepattonboggs.com/le-financement-des-litiges-par-des-tiers-evolutions-recentes.html (consulté le 03/09/2019).

supposera ainsi par ces dernières l'appréciation de la solidité du dossier (α), qui influencera directement la rapidité du recouvrement (β).

α. La solidité du dossier du demandeur

641. Les chances de succès de l'action en réparation dépendront à n'en pas douter de la capacité de la victime à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et d'un préjudice causé par cette dernière. Comme l'illustrent les développements de la présente thèse, la victime aura à sa disposition plusieurs options, et devra ainsi opérer une mise en balance entre la longueur de la procédure, son coût, et la solidité de l'analyse développée devant le juge.

642. Une première option consiste à s'assurer au mieux de la solidité du dossier. Il s'agira ainsi d'exercer l'action consécutivement à une décision de condamnation rendue par l'autorité nationale de concurrence ou une autorité étrangère de concurrence. Dans le premier cas, il sera alors impossible aux auteurs de l'infraction de contester à nouveau la réalité des pratiques, et, dans le second cas, les demandeurs pourront reprendre à leur compte les développements qui ont conduit l'autorité étrangère à sanctionner la pratique, sa décision constituant une preuve *prima facie* de la réalité de l'infraction. Dans les deux cas, le travail probatoire du demandeur quant à l'existence de la pratique anticoncurrentielle s'en trouvera à notre avis grandement facilité. Il conviendra alors de procéder à la démonstration des effets de la pratique, et donc de rapporter la preuve d'un préjudice subi par la victime. À ce titre, comme déjà évoqué dans le cadre de la première partie de la présente thèse (V. *supra*, n° 317), le meilleur moyen de s'assurer de bonnes chances d'obtenir réparation consiste à produire plusieurs études économiques concordante permettant de chiffrer le préjudice. Comme nous le relevions *supra*, celles-ci pourraient encore être appuyées d'éléments tels que des déclarations des auteurs de l'infraction de nature à en confirmer les résultats, que le demandeur pourra obtenir via l'accès au dossier de l'autorité de concurrence (V. n° 337). Or, de telles études étant couteuses à produire, et la durée du contentieux public pouvant s'avérer longue, cette première option nous semble réservée aux entreprises de taille importante, qui disposent des moyens pour réaliser un tel investissement, ou encore aux entreprises évincées d'un marché et dont la survie est en jeu. Afin de diminuer ce coût, le demandeur pourrait faire le choix d'une méthode de quantification simple, basée sur les données comptables et financières à sa disposition. Si ces dernières ne permettent pas d'appréhender les conséquences de la pratique avec la même précision que les méthodes plus élaborées, elles n'en ont pas moins la faveur des juridictions françaises, et constituent ainsi une option tout à fait viable pour obtenir réparation.

643. Une seconde option pourrait, en présence d'une restriction caractérisée de concurrence, consister à s'engager dans un contentieux autonome, permettant ainsi d'éviter les longueurs potentielles de la procédure de l'autorité de concurrence compétente. L'option du contentieux de suivi nous semble en effet plus adaptée aux infractions complexes, pour lesquelles le demandeur a intérêt à confier l'enquête et la sanction de la pratique à une autorité de concurrence pour ensuite obtenir réparation. Là encore, le choix des méthodes de quantification aura un impact sur la durée et le coût de la procédure. Or, le contentieux autonome nous semble parfaitement adapté à la sanction rapide et relativement peu couteuse d'infractions caractérisées. Le choix de la forme contentieuse la mieux adaptée à la poursuite de l'infraction en cause constituera selon nous un facteur déterminant en termes de retour sur l'investissement que constitue le procès.

β. Le retour sur investissement à l'issue de la procédure

644. Si certains dossiers pourront donner lieu à contestation, soit parce qu'il est douteux que la pratique en cause constitue bien une faute civile (même dans l'hypothèse où elle aurait été sanctionnée par une autorité de concurrence, V. n° 70 s), soit parce qu'un doute existe quant à l'étendue du préjudice réellement subi par les victimes, d'autres devraient au contraire permettre d'obtenir rapidement des fonds. Il convient tout d'abord de ne pas négliger le fait que la victime peut rapidement obtenir une indemnisation dans le cadre d'une transaction, comme le montre l'expérience de la société CDC[784]. Mais les parties peuvent ne pas souhaiter transiger, le demandeur pouvant notamment considérer que la solidité de son dossier lui permettra d'obtenir des sommes plus importantes que celles qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'une transaction[785].

645. Une alternative permettant d'obtenir rapidement une indemnisation pourrait être de recourir à la procédure de référé provision, qui devrait d'ailleurs particulièrement concerner le contentieux de suivi. L'effet liant des décisions de condamnation prononcées par les autorités de concurrence devrait en effet conduire les demandeurs à obtenir plus facilement l'attribution d'une somme sur ce fondement, et il nous semble qu'il en ira de même dans le cadre du contentieux autonome, à chaque fois que l'action est intentée à la suite d'une restriction

[784] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid.*, p. 241 (note 7).
[785] DEFFAINS B., « Contentieux interentreprises : Quand vaut-il mieux prévenir que guérir ? », Concurrences n° 3-2015, p. 5.

caractérisée[786]. Le demandeur devra toutefois prêter une attention certaine à la démonstration de l'étendue de la créance, la jurisprudence ayant déjà pu sanctionner une demande qui n'était appuyée d'aucune « démonstration convaincante et contradictoire d'un dommage, direct et personnel, lié à la perte d'une chance d'obtenir des prix concurrentiels moins élevés » (l'exigence de certitude du préjudice devrait également être à prendre en compte, bien qu'elle n'était pas évoquée en l'espèce, probablement parce que sous-jacente à la notion de perte de chance qui était invoquée par le demandeur)[787].

646. Il convient encore de ne pas négliger le phénomène de l'anticipation du référé sur le fond. Si le juge considère que la créance n'est pas sérieusement contestable, il pourra décider d'accorder au demandeur la totalité de la somme demandée. Or, et bien que la décision rendue ne soit pas revêtue de l'autorité de la chose jugée, le défendeur n'aura pas forcément intérêt à aller devant les juges du fond, puisqu'il aura déjà invoqué tous ses moyens de défense devant le juge des référés. Si ceux-ci ont été rejetés une première fois, il y a peu de chances qu'ils soient admis devant les juges du fond, et si le dossier présenté par le demandeur est suffisamment solide, il peut être préférable pour le défendeur de ne pas engager de frais supplémentaires pour une cause perdue d'avance et de négocier à la place une solution amiable au litige. Au contraire, s'il considère sa défense comme solide, le défendeur pourra être tenté de choisir la voie contentieuse, étant entendu qu'il pourra s'agir pour lui de faire durer la procédure au maximum afin de tenter de lui conférer un coût prohibitif aux yeux des victimes.

b. L'utilité espérée au service du défendeur

647. La théorie de l'utilité espérée peut encore permettre d'expliquer l'efficacité des stratégies d'attrition susceptibles d'être mises en œuvre par le défendeur à l'action en dommages et intérêts. Ces dernières peuvent reposer sur le recours aux règles processuelles (i) comme sur une contestation au fond du dossier (ii).

[786] CHAGNY M., « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles Changements en vue en droit français de la concurrence, ... de la procédure et de la responsabilité civile ? », recueil Dalloz, 2013, n° 38, p. 2532 ; CHAGNY M., « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 7, p. 316 ; GIRAUD A. et GALMICHE P., « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence: quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », Revue Lamy de la Concurrence – 2014, n° 39, p. 186.

[787] CHAGNY M., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant le juge des référés », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2009, nº 19, p. 97 ; TGI Paris, réf., 15 janv. 2009, nos RG : 08/55030, 08/59948, 08/59949, Conseil régional d'Île-de-France et Région Île-de-France.

i. L'application des règles processuelles au soutien de la stratégie du défendeur

648. L'une des stratégies les plus classiques pour le défendeur consiste à tenter de faire échouer l'action en soulevant une fin de non-recevoir. Comme le fait remarquer Me Vogel, il peut s'agir ainsi de se prévaloir, à titre d'exemple, d'une violation de l'obligation de concentration des moyens[788]. Les fins de non-recevoir visent à faire déclarer l'adversaire irrecevable à agir en justice, et ainsi à mettre un terme définitif à l'action. En application de l'art. 122 CPC, constituent des fins de non-recevoir « le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée », étant observé que cette liste ne présente pas un caractère limitatif. La question de la qualité et de l'intérêt pour agir ont déjà pu être soulevées à l'encontre des sociétés de rachat de créances, bien que de tels moyens n'aient pas prospéré devant les juridictions, et que l'art. 2 de la directive 2014/104 admet explicitement l'exercice de l'action par la personne qui a racheté la créance de réparation[789]. De même, si une fin de non-recevoir tirée de l'écoulement du délai de prescription nous semble difficilement envisageable eu égard au point de départ « glissant » édicté à l'art. L482-1 C.com, ce dernier ne déroge toutefois pas à la règle de l'art. 2232 C.civ, selon lequel « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit ». Autrement dit, le report du point de départ en application des règles lui conférant son caractère « glissant » ne saurait excéder ce délai de 20 ans, ce qui pourrait ainsi parfois permettre au défendeur de faire échouer l'action. La prescription pourrait encore être acquise en cas d'annulation de l'acte introductif d'instance, cette dernière s'étendant aux actes subséquents. En effet, si rien n'interdit d'introduire à nouveau la demande, cette dernière pourrait alors être prescrite puisque tous les actes qui auraient pu suspendre le délai de prescription auront été annulés[790]. Il convient en outre de rappeler que le droit des pratiques anticoncurrentielles relève en France de la compétence exclusive d'un certain nombre de juridictions spécialisées, en application de l'art. L420-7 C.com. Or, les cours d'appel non spécialisées qui seraient saisie d'un recours à l'encontre d'un jugement prononcé par une juridiction de première instance également non spécialisée ne devraient plus pouvoir, comme tel était jusqu'ici le cas, juger l'appel irrecevable. Un arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 2017 leur impose ainsi de statuer sur les

[788] VOGEL J., « Stratégies de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », colloque « Les sanctions du droit de la concurrence », JCP E, 2013, n° 12, p. 39.
[789] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *ibid.*, p. 244.
[790] CAYROL N., « Action en justice - Spécificité de l'action en justice », Répertoire de Procédure Civile, Dalloz, Mars 2013, n° 75.

jugements qui leur seront déférés, « ce qui aura pour premier avantage d'éviter d'encombrer la cour d'appel de Paris de multiples affaires dans lesquelles elle ne pourra que constater le défaut de pouvoir juridictionnel du premier juge », comme le fait remarquer M. Amaro. L'arrêt créait toutefois un doute quant à la question de savoir si la sanction applicable devrait être une fin de non-recevoir ou une exception d'incompétence[791]. Le doute est aujourd'hui levé par un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2018, publié au bulletin, qui indique de manière très claire que le défaut de pouvoir juridictionnel de la juridiction saisie à tort doit être sanctionné par une fin de non-recevoir. La solution a récemment fait l'objet d'une application par la cour d'appel de Versailles, qui a en outre précisé que les règles relatives à la spécialisation des juridictions devaient également s'appliquer en matière de référé[792]. L'affirmation de cette solution permettra ainsi au défendeur de tirer un moyen de défense particulièrement efficace face à l'action de la victime qui aurait assigné devant la mauvaise juridiction. En effet, dans l'hypothèse où une demande aura été sanctionnée par une fin de non-recevoir, l'acte introductif d'instance sera considéré comme n'ayant pas interrompu l'écoulement du délai de prescription ou de forclusion, et la victime ne pourra réassigner que s'il elle se trouve encore dans les délais pour ce faire. Or, une fin de non-recevoir pouvant être soulevée en tout état de cause, y compris au moment de l'appel, il se peut que l'action se trouve alors prescrite[793]. La mise en œuvre d'une telle stratégie appelle en outre à observer une certaine prudence, en raison de l'art. 123 CPC. Si ce dernier dispose que les fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause, il ajoute encore que la partie qui, dans une intention dilatoire, ne soulèverait pas une fin de non-recevoir en temps utiles s'expose à des dommages et intérêts. L'existence de l'intention dilatoire sera appréciée souverainement par les juges du fond[794]. Une telle stratégie pourrait donc conduire à faire définitivement échec à l'action de la victime, à condition d'adopter une attitude de nature à convaincre le juge qu'elle n'a pas été soulevée dans une intention dilatoire.

649. Moins radicale que la première, la seconde stratégie processuelle classiquement mise en œuvre par le défendeur à l'action en réparation consiste à soulever l'incompétence de la juridiction saisie afin d'élever les coûts de procédure et d'ainsi contraindre la victime vers un

[791] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), Concurrences n° 2-2018, p. 225 ; Com., 18 octobre 2017, n°15-26363 (inédit).
[792] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019) », Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Versailles, ch. 14, 28 novembre 2018, « Société Sud Radio c/ SA Médiamétrie », RG 17/08351 ; Com., 10 juillet 2018, n° 17-16365.
[793] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), *ibid.*
[794] BLANCHET J., « Code de Procédure civile commenté », [en ligne] Lamyline, art. 123.

règlement amiable du litige[795]. Il s'agira là encore de tirer parti de la règle prévue à l'art. L420-7 C.com. Comme le rappelle la circulaire du 23 mars 2017, ces règles trouveront également à s'appliquer au contentieux privé, étant entendu que la victime conserve la possibilité de saisir, dans le cadre d'un référé, le juge de la juridiction compétente pour connaître du fond de l'affaire, mais également « celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident ou celui dans le ressort duquel les mesures d'urgence doivent être prises ». Les actes introductifs d'instance devant le juge des référés paraissent toutefois devoir, selon la circulaire, être enrôlés devant les juridictions spécialisées désignées par l'art. L420-7 C.com (la circulaire applique ici le même raisonnement que celui retenu pour les juridictions spécialisées appelées à connaître du contentieux des pratiques restrictives de concurrence)[796]. Il convient à notre avis de remarquer que cette stratégie liée sur la compétence pourrait demeurer pertinente, même en cas de concentration de créances entre les mains d'un même demandeur, les sociétés de rachat de créances recherchant prioritairement la négociation d'une transaction. Aux côtés des règles procédurales qui viennent d'être évoquées, le défendeur pourrait tenter de parvenir aux mêmes résultats en s'appuyant cette fois sur les règles de fond encadrant l'action en réparation.

ii. L'application des règles de fond au soutien de la stratégie du défendeur

650. Dans le cadre du contentieux complémentaire engagé à la suite d'une décision d'une autorité nationale de concurrence, l'effet liant fait échec à toute stratégie destinée « relitiger » l'existence des pratiques devant le juge de la réparation afin d'augmenter les coûts de la procédure (V. *supra*, n° 55 s). La stratégie du défendeur relativement à l'existence d'une faute pourrait toutefois permettre de faire échouer l'action en réparation. En effet, comme nous l'avons déjà relevé dans le cadre de la présente thèse, rien ne semble imposer au juge de déduire automatiquement l'existence d'une faute de l'existence de pratiques anticoncurrentielles sur le marché (V. *supra*, n° 70 s). Destinée à être circonscrite à des hypothèses exceptionnelles selon les travaux préparatoires de la directive 2014/104, cette possibilité de contester le caractère fautif de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles n'en demeure pas moins une option susceptible, dans l'hypothèse où elle serait admise, d'exonérer l'auteur des pratiques de toute responsabilité. Dans le cadre d'un contentieux complémentaire engagé à la suite d'une décision de condamnation prononcée par une autorité étrangère de concurrence, la décision de

[795] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 38.
[796] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 2, pts. 1 et 2.

condamnation ne représente qu'une preuve *prima facie* de l'existence des pratiques. Cela implique donc la possibilité pour le défendeur de contester, comme précédemment, l'existence de la faute, mais en plus d'allonger artificiellement la durée de la procédure et donc son coût comme il était déjà possible de le faire avant l'introduction de l'effet liant dans notre droit positif.

651. Une autre méthode destinée à augmenter le coût de la procédure pourrait être de contester la réalité du préjudice invoqué par la victime. Si les méthodes comparatives ont la faveur du juge (V. n° 305), il est toutefois recommandé de les compléter à l'aide de méthodes économétriques afin d'éviter d'englober dans l'indemnisation de la pratique des dommages qui ne résulteraient pas de l'infraction au droit de la concurrence, mais d'autres facteurs affectant le marché dépourvus de lien avec les pratiques sanctionnées[797]. Or, une étude du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles révèle que la méthode économétrique n'a pour le moment jamais été admise par les juges du fond[798]. Cette dernière n'ayant été invoquée que dans seulement deux des affaires étudiées, il ne nous semble pas permis d'en déduire une totale désaffection des juges pour cette méthode de quantification, bien qu'elle fasse l'objet de critiques liées à sa grande complexité et à son coût. Ces deux facteurs nous semblent par ailleurs propres à expliquer pourquoi la méthode économétrique n'est que rarement invoquée devant les juges du fond. Il n'empêche que, lorsque les sommes en jeu sont suffisamment importantes pour justifier un tel investissement, l'exigence de certitude du préjudice, quoiqu'atténuée par la directive 2014/104, devrait obliger le juge à prendre en compte de telles études lorsque leur fiabilité apparaît suffisamment satisfaisante. Une autre stratégie défensive pourrait consister à produire des études contradictoires afin de conduire les juges à diminuer le montant du préjudice demandé, ou à rejeter purement et simplement un chef de préjudice, bien que la technique de l'estimation devrait permettre tempérer l'efficacité de cette stratégie jusqu'ici efficace en droit français, comme l'illustre l'affaire dite « des câbliers » (V. *supra*, n° 244). De la même manière, le défendeur pourrait encore contester l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice afin de tenter de faire échouer l'action de demandeur, ou du moins d'obtenir une diminution du préjudice invoqué en démontrant que d'autres causes ont participé à la survenance du dommage (V. *supra*, n° 315 s). L'art. 4 de la directive 2014/104, qui rappelle que les principes d'effectivité et d'équivalence interdisent d'exiger de la victime un standard

[797] NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 261.
[798] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges » (traduction proposée par nous), Concurrences n° 1-2017, p. 36.

de preuve rendant excessivement difficile ou pratiquement impossible l'exercice de l'action en réparation, nous semble toutefois commander d'opérer un tri entre les demandeurs. Il conviendra ainsi, à notre avis, de distinguer la situation des « petites » victimes, qui ne disposent que de peu de moyens et auxquelles on ne saurait imposer d'établir avec une grande certitude l'étendue de leur préjudice, de la situation des victimes de taille suffisamment importante pour financer et produire des études solides. Face à ces dernières, le défendeur devrait se trouver en mesure d'exiger une démonstration plus précise du préjudice.

652. Il convient de remarquer que les différentes stratégies portant sur le fond du droit viennent au soutien des stratégies procédurales évoquées ci-dessus, se conjuguant afin de faire échouer purement et simplement l'action du demandeur, ou de la ralentir au maximum en vue de le pousser à la transaction, et parfois même de compter sur la faillite du demandeur. En effet, les ressources à la disposition des parties ainsi que leurs positions respectives sur le marché auront un impact important sur la propension des victimes à obtenir réparation.

2. L'influence de facteurs résultant de la position des opérateurs économiques sur le marché

653. Le contentieux privé ne s'envisage pas de la même manière selon que l'entreprise qui s'y trouve confrontée (que ce soit en tant que demandeur ou défendeur) est une entreprise de petite taille ou de taille importante. Les PME sont en effet souvent considérées comme dans une situation de faiblesse, tant vis-à-vis des auteurs de pratiques anticoncurrentielles que de la règle de droit elle-même (a), alors que les entreprises de taille importante disposent quant à elles des moyens nécessaires à son appréhension (b).

a. La PME face au contentieux de la réparation

654. S'il convient bien évidemment d'évoquer la situation dans laquelle la PME (et *a fortiori* la TPE) est victime d'une pratique anticoncurrentielle (i), il convient de ne pas négliger que ces dernières sont également susceptibles d'être auteurs de pratiques anticoncurrentielles, s'exposant ainsi potentiellement aux sanctions qui s'y attachent (ii).

i. La PME subissant les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle

655. Dans le cadre d'un colloque consacré à la situation des PME en matière de droit de la concurrence, plusieurs auteurs relèvent les particularités de la situation dans laquelle se trouvent de telles entreprises lorsqu'elles sont victimes d'une violation du droit des pratiques

anticoncurrentielles[799]. Au titre des raisons susceptibles d'expliquer l'inertie des PME face à la mise en œuvre de l'action en réparation, plusieurs causes peuvent être avancées. Celles-ci concernent tant la durée et le coût de l'action (α) que la difficulté qu'éprouvent les PME à accéder au droit des pratiques anticoncurrentielles (β).

α. La durée et le coût de l'action en réparation

656. La durée excessive de la procédure et l'importance des coûts nécessaires pour démontrer l'existence des pratiques et la quantification du préjudice font partie des principales difficultés qui expliquent le peu d'engouement des PME quant à la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ces problématiques nous semblent toutefois potentiellement résolues par les nouvelles règles du contentieux privé, dans la mesure où la durée du contentieux complémentaire devrait désormais être, en moyenne, significativement plus courte qu'elle ne l'était auparavant (V. *supra*, n° 615 s). Si l'un des auteurs indique que le coût de l'action devrait demeurer prohibitif malgré la publication du guide pratique par la Commission, un autre objecte que le coût de l'action ne devrait plus être aussi important à condition que les problématiques liées à la preuve puissent être résolues. Or, les nouvelles règles du contentieux privé permettent de nombreux progrès en la matière, et la tendance jurisprudentielle récente révèle la possibilité de quantifier le préjudice selon des méthodes simples, à charge pour le défendeur de les contredire par des méthodes plus rigoureuses, ce qui nous semble de nature à rendre le contentieux complémentaire accessible aux PME. Il devrait par ailleurs en aller de même du contentieux autonome lorsque la victime est confrontée à une restriction caractérisée de concurrence (V. *supra*, n° 626). Ainsi, les deux véritables freins à l'exercice de l'action nous semblent plutôt relever aujourd'hui des difficultés d'accès à la culture de la concurrence et à la peur des conséquences de l'action sur l'avenir de l'entreprise.

β. Les difficultés d'accès au droit des pratiques anticoncurrentielles

657. Une autre cause avancée par les auteurs pour expliquer l'inertie des PME face au droit de la concurrence concerne les difficultés pour elles d'accéder à la culture de la concurrence, ce dont il résulte qu'elles n'ont pas conscience de leur droit à agir. Ainsi, les PME « ne perçoivent pas l'intérêt stratégique que peut revêtir pour elles le droit de la concurrence », et la plupart des avocats interviennent aux côtés des auteurs de pratiques anticoncurrentielles plutôt qu'aux côtés des victimes (d'autant plus que les spécialistes de la question sont encore rares). En outre, et même si elles ont connaissance de l'infraction et de la possibilité pour elles d'agir en réparation,

[799] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.

il est possible qu'elles s'y refusent par peur de modifier l'équilibre existant sur le marché, et notamment par peur des représailles que pourraient mener contre elles les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. En effet, en cas de déréférencement, la PME pourrait se retrouver condamnée à disparaître. Or, si l'ancien art. L442-6 I 4° sanctionnait le chantage au déréférencement, son application concerne l'hypothèse d'une tentative d'obtenir « des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente », ce qui ne nous semble pas correspondre à l'exercice de représailles à la suite d'un procès (aucune des dispositions introduites par l'ordonnance du 24 avril 2019[800] ne nous semble de toute manière reprendre la règle, aujourd'hui selon nous supprimée). L'art. L442-1 C.com sanctionnant quant à lui la rupture brutale d'une relation commerciale établie, il suffira à l'auteur de pratiques anticoncurrentielles en position de force de respecter un préavis suffisant pour échapper à la sanction. Une telle rupture pourrait encore être sanctionnée sur le fondement de l'art. 1193 C.civ, à condition qu'elle puisse être qualifiée de rupture abusive. Cette dernière se définit comme une rupture « ne respectant pas les stipulations contractuelles, qu'il s'agisse d'une rupture ne respectant pas les modalités contractuelles de rupture, ou de la mise en œuvre de mauvaise foi d'une clause résolutoire, ou encore d'une rupture unilatérale en dehors des prévisions contractuelles ou d'un non-renouvellement abusif du contrat »[801]. Mais seul sera alors indemnisable le préjudice prévisible, la rupture abusive du contrat n'étant pas soumise au principe de réparation intégrale du préjudice.

658. La PME pourrait en théorie réagir à ces représailles en sollicitant à nouveau le droit des pratiques anticoncurrentielles. La rupture brutale de relations commerciales établies est en effet susceptible de constituer un abus de position dominante[802], ou encore de tomber sous la prohibition édictée à l'art. L420-1 1° de « limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises », dans l'hypothèse où le déréférencement et le refus de référencer à nouveau le demandeur aurait été organisé dans le cadre d'une entente (ce qui pourrait entrainer des difficultés relatives à la preuve de la concertation). La victime de l'éviction résultant du déréférencement devrait en outre chiffrer à nouveau son préjudice, ce qui pourrait s'avérer couteux ou, à l'inverse, relativement peu cher, le contrat pouvant constituer

[800] Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 16.
[801] REGNAULT S., « L'indemnisation de la rupture fautive des contrats de distribution », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 28 Août 2014, n° 35, p. 1429.
[802] ADLC, 28 février 2013, n° 13-D-07.

un point de repère permettant aux juridictions de chiffrer le préjudice sur la base de calculs simples (V. *supra*, n° 626). Quoiqu'il en soit, et bien qu'elle ait pu obtenir des sommes à l'issue du premier procès (à supposer qu'elle l'ait gagné), la victime n'aura peut-être pas les moyens d'intenter à nouveau l'action en réparation. Le meilleur moyen d'éviter les représailles serait, comme le relèvent les auteurs, de rassembler les victimes afin de leur permettre l'exercice de l'action[803].

659. Or, comme nous avons déjà pu le relever dans le cadre de la présente thèse, les victimes disposent à ce titre de moyens efficaces pour regrouper leurs droits (action collective organisées par les cabinets d'avocat ou cession de créances à condition bien entendu de contourner les difficultés relatives au droit de retrait litigieux). En effet, si l'ensemble ou presque des victimes ont intenté l'action en réparation, il nous semble difficile d'envisager que le ou les auteurs des pratiques choisissent de toutes les sanctionner à l'aide d'un déréférencement ou d'autres formes de représailles. Il convient en outre de remarquer que si la PME est le plus souvent victime d'une grande entreprise ou d'un groupe d'entreprises, elle peut elle-même se trouver à l'origine d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles.

ii. La PME à l'origine de pratiques anticoncurrentielles

660. À l'occasion d'un colloque spécialement consacré à la question de savoir si les PME bénéficient d'un régime plus favorable que les entreprises de taille importante lorsqu'il s'agit de déterminer si elles ont ou non commis une pratique anticoncurrentielle, les auteurs ont répondu par la négative[804] (α). Il s'agit donc d'un véritable risque pour les PME, qui pourrait parallèlement constituer autant d'opportunités pour leurs concurrents comme leurs clients (α).

α. Le risque de sanction pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles

661. Qu'il s'agisse du droit des ententes comme des abus de domination, le droit des pratiques anticoncurrentielles est intimement lié à la notion de pouvoir de marché des entreprises, qui reflète leur capacité à exercer une influence sur le jeu de la concurrence. Cette constatation devrait à priori conduire à exclure les PME du champ d'application de la matière. Or, comme le relèvent les auteurs réunis à l'occasion du colloque susmentionné, il n'en est rien. Si les PME bénéficient en pratique d'une « zone de sécurité » (« *safe harbor* ») du fait de l'existence de seuils de sensibilité, la protection ainsi offerte n'est pas absolue. Il convient en effet de remarquer que du point de vue du droit français, le fait de ne pas poursuivre une entente pour

[803] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.
[804] FASQUELLE D., « La PME, "auteur" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 154.

laquelle la part de marché cumulée des coauteurs de l'infraction se situe en dessous des seuils prévus à l'art. L464-6-1 C.com n'est qu'une faculté laissée à la discrétion de l'ADLC. Celle-ci pourrait donc très bien prendre la décision de poursuivre des pratiques qui ne dépasseraient par les seuils indiqués. En outre, l'art. L464-2-6 ajoute que cette faculté de ne pas poursuivre lesdites ententes est exclue en présence de certaines restrictions caractérisées dont il dresse la liste (à notre avis limitative, eu égard à la formulation du texte qui ne vise que « l'une quelconque des restrictions caractérisées de concurrence suivantes »). Or, comme le relève M. le Professeur Ferrier, la tendance récente est à la sanction des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale, et les décisions rendues par la DGCCRF sont à ce titre de plus en plus nombreuses[805]. L'art. L464-2-6 C.com vise ainsi :

« *a) Les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;*

b) Les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ;

c) Les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;

d) Les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce ».

662. Du point de vue du droit européen de la concurrence, l'effet sensible constituant l'une des conditions de fond de l'interdiction des ententes, les entreprises dont la part de marché cumulée n'excède pas les seuils édictés par la Commission sont en principe hors de danger, cette dernière n'ayant pas, contrairement à l'ADLC, la faculté de décider de les poursuivre malgré tout. Il convient toutefois de remarquer que, depuis un arrêt de la CJUE rendu en 2012, un accord ayant un objet anticoncurrentiel « constitue par nature une restriction sensible de concurrence », et peut donc être poursuivi même si la part cumulée des entreprises parties à l'entente se situe en dessous des seuils de sensibilité[806]. Il nous semble important de remarquer à ce titre que,

[805] FERRIER D., « Concurrence-Distribution janvier 2013 - décembre 2013 », Recueil Dalloz, 2014, n° 15, p. 893.
[806] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 799, p. 428 ; CJUE, 13 décembre 2012, « Expedia », C-226/11.

contrairement à l'art. L464-6-2 qui semble limiter la règle aux restrictions caractérisées qu'il vise, la solution de la CJUE semble viser quant à elle n'importe quelle forme d'objet anticoncurrentiel. Or, si beaucoup sont connus aujourd'hui, leur liste n'est pas limitative, ce qui peut poser des problèmes de sécurité juridique (V. *supra*, n° 116 s). Dans la mesure où les PME sont susceptibles d'être sanctionnées pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, il s'ensuit que le contentieux privé devra trouver sa place dans leur stratégie, comme dans celle d'entreprises plus importantes amenées à interagir avec elles sur le marché.

β. Les considérations stratégiques relatives à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux PME

663. La sanction des pratiques de dimensions locales par la DGCCRF ou l'ADLC implique la nécessité d'inclure le droit des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de la stratégie des PME et des ETI de taille suffisante pour avoir accès à la culture de la concurrence. Elles pourraient ainsi, à ce titre, bénéficier des divers avantages que génère ce droit, par nature à même de modifier l'environnement dans lequel évolue l'entreprise sur le marché. Il peut ainsi s'agir, notamment, d'augmenter les coûts des rivaux, tout en captant un revenu par le biais des dommages et intérêts obtenus, ou encore de faire annuler des stipulations contractuelles, voire de faire tomber les barrières à l'entrée d'un marché (V. *infra*, n° 800 s). Les entreprises ayant accès à la culture de la concurrence et ayant pu intégrer le droit des pratiques anticoncurrentielles dans leur stratégie bénéficieront d'un avantage certain sur les autres, qu'il s'agisse pour une PME de poursuivre d'autres PME afin d'appuyer sa stratégie de conquête du marché, comme de partenaires de PME désireux de faire pression sur ces dernières afin de s'assurer qu'elles adoptent un comportement coopératif, voire d'aller jusqu'au bout et de les sanctionner par le procès.

664. Or, comme le relèvent les auteurs, les conséquences d'une telle condamnation peuvent s'avérer terribles pour les PME, qui peuvent se retrouver face à de lourdes sanctions à la suite d'une procédure de clémence déclenchée par une grande entreprise partie à la coordination, et ce « notamment parce qu'elles n'ont pas pensé qu'elles pouvaient demander une clémence de second rang »[807]. Le manque de culture des PME relativement au droit de la concurrence peut ainsi faire d'elles, à notre avis, des proies faciles pour une entreprise disposant des moyens de mettre en œuvre une stratégie juridique destinée à les mettre en échec. Les PME ne disposent en effet pas, le plus souvent, de juristes en interne et n'ont pas la chance d'avoir à leurs côtés

[807] FASQUELLE D., « La PME, « auteur » de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

des avocats spécialistes de la matière « pour les entourer, les conseiller, les guider, les alerter, les éduquer et les former au droit de la concurrence, les piloter aussi lorsqu'elles font face à une procédure un peu compliquée ». Les auteurs ont ainsi suggéré, comme solution au problème du manque de culture de concurrence chez les PME, la rédaction de communications susceptibles de les éduquer au droit des pratiques anticoncurrentielles et de les aider dans sa mise en œuvre. Le site de la DGCCRF propose ainsi, dans ses fiches pratiques, des entrées relatives au droit des pratiques anticoncurrentielles, de même que le site de l'ADLC dans ses publications[808].

665. Malgré de telles publications, il nous semble intéressant de s'interroger sur la question des conséquences qu'auront la taille des PME et la difficulté qu'elles éprouvent à accéder au droit de la concurrence sur la qualification de la faute civile à leur encontre. Comme nous l'avons déjà relevé dans le cadre de la présente thèse, la faute civile nous semble pouvoir, en de rares hypothèses, être contestée même en cas de condamnation des pratiques par une autorité de concurrence. À ce titre, la notion d'erreur excusable pourrait être invoquée par les PME, et les juges pourrait en tirer parti pour faire preuve de clémence et décider de ne pas sanctionner plus avant des entreprises par nature fragiles, et ce d'autant plus que les PME sont parfois contraintes de rejoindre une coordination anticoncurrentielle si elles veulent survivre sur le marché (V. *supra*, n° 96)[809]. Cette idée d'une possibilité de faire preuve d'une certaine clémence vis-à-vis des PME se retrouve par ailleurs dans les règles de la directive elle-même, qui prévoient à leur bénéficie une exception à la règle de la solidarité (V. *supra*, n° 199). Il n'empêche qu'échapper à la sanction ne devrait pas être chose aisée, la violation d'une disposition légale entraînant presque systématiquement la caractérisation d'une faute civile.

666. Ayant évoqué la situation spécifique des PME et des TPE, il convient maintenant d'aborder celle des entreprises de taille importante, qui devraient normalement éprouver moins de difficultés à exercer l'action.

b. Les entreprises de taille importante face au contentieux de la réparation

667. Par l'expression « entreprises de taille importante », nous entendrons les grandes entreprises (GE) ainsi que les entreprises de taille intermédiaire (ETI) suffisamment proche des premières pour être considérées comme de taille importante. Il conviendra d'envisager, dans un

[808] DGCCRF, « Fiches Pratiques » [en ligne] https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques-de-la-concurrence-et-de-la-consom (consulté le 20/12/2018) ; ADLC, « 50 mots pour comprendre la concurrence », [en ligne] http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=623&id_article=2594 (consulté le 20/12/2018).
[809] CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.

premier temps, la situation de telles entreprises lorsqu'elles sont auteurs de pratiques anticoncurrentielles (i), avant d'envisager, dans un second temps, leur situation lorsqu'elles se trouvent victimes d'une telle infraction (ii).

i. L'entreprise de taille importante auteur de pratiques anticoncurrentielles

668. Comme nous l'avons déjà évoqué dans le cadre de développements *supra* (V. n° 647 s), une entreprise de taille importante dispose de divers moyens de procédure comme de fond susceptibles de faire échouer l'action de la victime. En outre, et même si l'action de la victime s'avérait un succès, il convient de ne pas négliger le fait que la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles peut représenter pour l'entreprise un calcul d'opportunité. En ce sens, M. le Professeur Jenny relève que les entreprises sont économiquement rationnelles et décident de commettre ou non l'infraction sur la base de quatre critères : le gain illicite qu'elle génèrerait, la possibilité qu'elle soit détectée et poursuivie, la sévérité de la sanction qui serait prononcée, et enfin leur préférence vis-à-vis à la prise de risque. Certaines entreprises, dites neutres, n'auront ainsi aucune préférence pour le respect ou la violation de la loi, là où d'autres, qui ont une affection pour le risque, violeront la loi même si le gain qu'elles en retirent est négatif. D'autres, enfin, ne mettront en œuvre une pratique anticoncurrentielle que si le gain espéré leur semble suffisamment élevé pour justifier l'opportunité de violer la loi. Se basant sur les travaux de plusieurs économistes, le Professeur Jenny considère que si les estimations réalisées par ces derniers sont réalistes, « le montant des sanctions couramment infligées est […] insuffisant pour dissuader des entreprises qui ont une aversion au risque de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, car la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles est en moyenne profitable, même si l'on prend en compte le risque de se faire prendre »[810]. D'autres auteurs parviennent au même constat, et considèrent qu'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles permet d'être très largement gagnant grâce aux effets de masse et de levier, ce qui est d'autant plus vrai en présence d'une entente (pour laquelle l'entreprise peut intégrer le moment de demander la clémence dans le cadre de sa stratégie)[811]. Or, le problème du caractère lucratif de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ne nous semble pas réglé par les nouvelles règles du contentieux privé, bien qu'elles contribueront certainement à dissuader nombre de comportements infractionnels à condition d'une démocratisation de la

[810] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *in* « Les recours collectifs : quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, juillet-septembre 2011, n° 28, p. 157.
[811] *Ibid.* ; CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

culture de la concurrence et du recours à la cession de créances. Il convient encore de remarquer que le fait pour une entreprise d'être de taille importante, loin de ne constituer un avantage que dans l'hypothèse d'une violation du droit de la concurrence, constitue encore un avantage lorsqu'elle se trouve elle-même victime d'une pratique anticoncurrentielle.

ii. L'entreprise de taille importante victime de pratiques anticoncurrentielles

669. Lorsqu'elle est victime d'une pratique anticoncurrentielle, l'entreprise de taille importante jouit d'un premier avantage en ce qu'elle est à priori en mesure de financer l'action en réparation. Plusieurs auteurs relèvent que la mise en œuvre du contentieux privé est le plus souvent le fait d'entreprises de taille importante (V. par exemple l'affaire du cartel du verre pour l'automobile, l'affaire du cartel du graphite ou encore l'affaire du cartel du fret aérien), les coûts fixes liés à l'action étant bien souvent trop importants pour les PME[812].

670. Surtout, une entreprise de taille importante présentée comme victime de pratiques anticoncurrentielles peut parfois être à l'origine de sa propre qualité. Il en va ainsi des entreprises qui instrumentalisent le droit des pratiques anticoncurrentielles à des fins stratégiques, l'idée étant pour elles de jouer sur le flou entourant les notions fondamentales de la matière (telles que le marché pertinent, ainsi que les notions de restriction de concurrence et d'abus) afin de parvenir à obtenir la sanction de comportements qui ne présentent en réalité aucun caractère anticoncurrentiel. M. le Professeur Petit qualifie le fait de faire droit à de telles demandes « d'erreur de type III », en ce qu'elles portent atteinte à l'efficacité économique puisqu'elles sanctionnent le comportement d'un défendeur « qui contribue à l'efficacité économique ». Ces dernières existent aux côtés « d'erreurs de type I », qui correspondent à l'interdiction de pratiques qui en réalité sont bonnes pour le fonctionnement du marché, et « d'erreurs de type II », qui consistent à autoriser des pratiques qui sont en réalité nuisibles au marché[813]. L'instrumentalisation du droit des pratiques anticoncurrentielles et de son contentieux privé englobe toute une variété de comportements, qui feront l'objet de plus amples développements *infra* (V. n° 800 s).

671. Ainsi, à l'opposé des PME, les entreprises de taille importante peuvent quant à elles avoir accès au droit des pratiques anticoncurrentielles, et l'instrumentaliser à des fins stratégiques. Elles peuvent encore avoir l'avantage d'avoir accès aux règles nationales d'Etats étrangers, ce qui peut leur permettre d'optimiser l'application de la règle de droit. Il n'empêche que,

---

[812] *Ibid.*

[813] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 284.

indépendamment de la taille de l'entreprise victime, une sanction demeure relativement simple à obtenir dans le cadre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, à savoir le prononcé de la nullité des pratiques.

§ 2nd : La sanction de la nullité, une option négligée par la directive

672. La sanction de la nullité des pratiques anticoncurrentielles, question négligée dans le cadre des réflexions relatives à la réforme du contentieux privé, fait l'objet d'une série de critiques en doctrine (A). Elle n'en connaît pas moins un certain succès en pratique, et sa mise en œuvre aux côtés d'une demande de dommages et intérêts ne fera que renforcer la place du contentieux privé dans la stratégie juridique des entreprises (B).

A. Une sanction critiquée pour son inadéquation au contentieux des pratiques anticoncurrentielles

673. Depuis les années 2000, plusieurs critiques ont pu être émises, en doctrine, à l'encontre de la nullité comme sanction d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles (1). À défaut d'un régime spécial tenant compte des spécificités de la matière, cette dernière relève du régime prévu par le droit commun des contrats, lequel a fait l'objet de précisions jurisprudentielles utiles au fil des ans (2).

1. Les principales critiques émises à l'encontre de la nullité

674. Des auteurs relèvent que l'application de la nullité à des contrats « dont la licéité dépend de la fluctuation des parts de marchés » est une aberration[814]. En effet, l'une des limites de la nullité réside « dans l'appréhension de stipulations licites au moment de la formation du contrat, mais devenues illicites au cours de son exécution du fait des évolutions du marché »[815]. Selon ces auteurs[816], si une telle sanction apparaît justifiée en présence d'une entente présentant un objet anticoncurrentiel (l'objet anticoncurrentiel constituant alors un vice affectant la formation du contrat), tel n'est pas le cas lorsque l'entente présente seulement des effets anticoncurrentiels (pour lesquelles la sanction la plus adaptée serait la caducité). La nullité est une sanction lourde, lente, et les restitutions réciproques qu'elle entraîne ne permettent pas d'effacer le préjudice subi par la victime (d'où l'intérêt à notre avis de sa mise en œuvre conjuguée à une action en

[814] BOUTARD LABARDE M. C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM V. et VIALENS J., « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », LGDJ, 2008, pt. 641, p. 585 (note 80).
[815] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », JurisClasseur Concurrence – Consommation, LexisNexis360, 3 août 2015, pt. 164 s.
[816] BOUTARD LABARDE M. C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM V. et VIALENS J., « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*, pt. 641, p. 585.

responsabilité civile). En effet, malgré une réforme consacrée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, aucunes dispositions n'ont été prévues pour adapter la nullité, et les règles applicables demeurent donc les règles du droit commun contenues dans le Code civil.

2. L'application des règles du droit commun au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

675. Il convient d'évoquer, dans un premier temps, la mise en œuvre de la nullité (a), avant d'en évoquer, dans un second temps, les effets (b).

a. La mise en œuvre de la nullité

676. Etudier la mise en œuvre de la nullité suppose d'aborder, d'en un premier temps, le fondement de la règle (i). Se poseront ensuite des questions relatives aux titulaires de l'action (ii), ainsi qu'à l'office du juge en la matière (iii).

i. Le fondement de l'action en nullité

677. L'action en nullité est fondée, en droit de l'Union européenne, sur l'article 101 § 2 TFUE, et, en droit interne, sur l'art. L420-3 C.com. Les juridictions nationales sont seules compétentes pour la prononcer, et ce même dans l'hypothèse où il serait fait application du droit de l'Union européenne. Elle peut entraîner l'annulation de l'acte support de l'infraction dans son entier, ou être limitée à une ou plusieurs clauses contractuelles jugées contraires au droit des pratiques anticoncurrentielles. La Cour de justice a précisé que la nullité de plein droit ne concernait que les seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction, mais pouvait s'étendre à l'accord dans son ensemble dans le cas où ces éléments n'apparaitraient pas séparables de l'accord lui-même[817]. Il convient de préciser que le juge ne peut se prononcer sur l'opportunité de la nullité, la règle édictée par l'art. 101 § 2 et l'art. L420-3 étant en effet une nullité de plein droit[818]. Son pouvoir d'appréciation se limite ainsi à la détermination de son étendue. À ce titre, un récent arrêt est venu préciser qu'il n'y a pas lieu de prononcer la nullité de contrats de fourniture passés ultérieurement entre les parties à l'entente et leur client, car il s'agit de contrats distincts de ceux sur lesquels les coauteurs de l'infraction s'étaient entendus. La solution apparaît toutefois douteuse selon un auteur, dans la mesure où l'entente aura nécessairement eu un effet sur les contrats passés ultérieurement[819]. Outre le fait que la nullité prévue par les textes soit une nullité

[817] ARHEL P., « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2018 (actualisation : Janvier 2019), pts. 81 s ; CJCE 30 juin 1966, Sté Technique Minière, aff. 56/65.
[818] PIETRINI S., « La nullité des accords ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2071
[819] THOMAS E., « La Cour de cassation confirme en tout point l'arrêt prononcé le 2 juillet 2015 par la Cour d'appel de Paris et précise l'étendue de la règle de la nullité des accords anticoncurrentiels prévue aux articles 101,

de plein droit, il s'agit également d'un nullité absolue, qui peut donc être demandée par tout intéressé[820].

ii. Les titulaires de l'action en nullité

678. Les règles du droit de l'Union européenne prévoient que la nullité d'une pratique anticoncurrentielle peut être invoquée par tous. Le droit français prévoit quant à lui, en application de l'art. 1180 C.civ, qu'une cause de nullité absolue peut être invoquée « par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public ». Ecartant en la matière l'application de l'adage « *nemo auditur* », la jurisprudence française considère que tout contractant est recevable à invoquer le caractère illicite d'une convention entachée de nullité, et ce même s'il a participé à son élaboration et l'a exécutée. La jurisprudence considère également que l'annulation peut être prononcée même dans l'hypothèse où tous les cocontractants n'auraient pas eu connaissance du caractère anticoncurrentiel de la pratique, ou qu'ils n'y auraient pas participé[821]. De plus, n'importe lequel des cocontractants est fondé à se prévaloir du caractère illicite d'une convention frappée de nullité, et ce même s'il a participé à sa réalisation et l'a exécutée[822]. Si la solution peut sembler devoir être prise avec des réserves, eu égard au caractère inédit de l'arrêt, cette dernière est conforme à la position de la CJUE en la matière. Dans son arrêt « Courage », la CJUE considère en effet que la nullité d'un contrat anticoncurrentiel peut être invoquée par tout justiciable, même s'il est parti au contrat et a commencé à l'exécuter, et ce même si la cause de la nullité lui est imputable, excluant elle aussi le jeu de l'adage « *nemo auditur* »[823]. Cette tendance favorable de la jurisprudence interne comme européenne à favoriser la possibilité de demander la nullité pose ainsi la question de savoir quelle est la place réservée à l'office du juge en la matière.

iii. L'office du juge dans la mise en œuvre de l'action en nullité

679. La nullité ne peut être demandée que devant les juridictions civiles et commerciales, ou encore devant les juridictions administratives. Les juridictions pénales, lorsqu'elles sont saisies sur le fondement de l'art. L420-6 C.com, peuvent elles aussi prononcer la nullité. Comme le

---

§ 2, TFUE et L420-3 C. com », Concurrences n° 1-2018, p. 81 ; DECOCQ G., « Private enforcement - Précisions sur la nullité des accords interdits par le droit des ententes », Contrats Concurrence Consommation, Novembre 2017, n° 11, p. 40.

[820] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

[821] PIETRINI S., « Les personnes pouvant invoquer la nullité de la pratique anticoncurrentielle », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2073.

[822] ARHEL P., « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », *ibid.* ; Com. 3 janv. 1996, n° 94-13.169, inédit.

[823] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; CJCE, 20 septembre 2001, « Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd et autres », aff. C-453/99.

prévoit l'art. L462-3 C.com, le juge saisi peut consulter l'ADLC, voire même surseoir à statuer lorsque l'affaire présente une trop grande complexité. L'avis rendu n'est rendu qu'à titre consultatif, et ne lie donc pas le juge[824]. La nullité prévue par l'art. 101 § 2 et l'art. L420-3 C.com étant une nullité de plein droit, le juge n'a pas aucun pouvoir quant à l'appréciation de l'opportunité ou non de la sanction. La jurisprudence européenne considère ainsi que, si les conditions sont réunies, il sera tenu de la prononcer. La Cour de cassation a néanmoins précisé que le relevé d'office de la nullité d'un acte anticoncurrentiel n'est pour le juge qu'une simple faculté et non une obligation. Cela implique donc que si les parties ne s'en prévalent pas, un acte comportant des éléments anticoncurrentiels pourra survivre[825]. Cette solution ne sera toutefois pas vérifiée dans l'ensemble des droits des Etats membres de l'Union européenne : depuis un arrêt « *Van Schijndel* », la CJUE a décidé que les juridictions internes n'étaient tenues de relever la nullité d'office d'un acte anticoncurrentiel qu'à la condition que le droit national les y oblige. Ainsi, selon le droit applicable à l'action en nullité, le relevé d'office sera tantôt une obligation, tantôt une simple faculté pour le juge[826]. Les principales règles relatives à la mise en œuvre de la nullité ayant été exposées ci-dessus, il convient maintenant d'en décrire les conséquences.

b. Les effets de la nullité

680. La nullité emporte anéantissement rétroactif de l'acte support de la pratique anticoncurrentielle sanctionnée. À ce titre, le droit de l'Union européenne et le droit français admettent que les victimes sont fondées à réclamer répétition des sommes indûment versées en application de l'acte annulé. La répétition de l'indu pourra à titre d'exemple consister en la différence entre le prix payé par la victime et le prix qu'elle aurait normalement dû payer si le libre jeu de la concurrence n'avait pas été faussé. Dans l'hypothèse où la restitution porterait sur une chose, l'application des règles du droit commun conduit à ce que les dégradations ou améliorations apportées à la choses soit prises en compte afin que le bien retrouve sa valeur initiale[827].

[824] PIETRINI S., « L'office du juge dans la sanction de la nullité d'une clause ou d'un acte juridique anticoncurrentiel », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2074 ; ARHEL P., « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », *ibid.*

[825] PIETRINI S., « L'office du juge dans la sanction de la nullité d'une clause ou d'un acte juridique anticoncurrentiel », *ibid.* ; CJCE, 9 juillet 1969, Portelange, aff. 10/69 ; CJCE, 13 juillet 2006, Manfredi, aff. C-295/04 à C-298/04 ; Ass. Plèn., 21 décembre 2007, no 04-10.672 et no 06-11.343.

[826] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; CJCE, 14 décembre 1995, Van Schijndel, aff. C-430/93 et C-431/93.

[827] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

681. Si le principe demeure que les restitutions réciproques doivent avoir lieu en nature (restitutions des biens livrés, des services rendus ou des sommes d'argent versées), le juge peut ordonner à la place une restitution en valeur à chaque fois que la restitution en nature apparaît impossible ou trop coûteuse à mettre en œuvre. Le problème se pose alors de l'évaluation du montant qui doit être restitué, notamment en présence de contrats à exécution successive portant sur des prestations de services. Il faudra alors retenir la valeur du bien/service au jour du contrat, et non pas celle du prix qui aura stipulé (la monnaie étant susceptible de connaître des fluctuations au fil du temps)[828]. Les restitutions réciproques pourront bien entendu être complétées d'une action en dommages et intérêts[829]. La transposition de la directive 2014/104 est à ce titre heureuse, dans la mesure où la répétition de l'indu opérée par la nullité est considérée comme insuffisante à elle seule pour permettre d'effacer le préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle[830]. Les nouvelles règles du contentieux privé posent cependant plusieurs questions lorsqu'elles sont confrontées aux solutions dégagées en jurisprudence au sujet de la nullité.

B. La place de la nullité dans la stratégie de l'entreprise

682. Malgré les critiques formulées à son encontre, la nullité est toutefois régulièrement soulevée en pratique, à tel point qu'elle constitue la sanction de droit commun en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (1). La question se pose toutefois de savoir si son fonctionnement sera ou non affecté par les nouvelles règles issues de la transposition de la directive 2014/104 par l'ordonnance du 9 mars 2017 (2).

1. Une sanction efficace en pratique

683. Eu égard aux difficultés rencontrées jusqu'à aujourd'hui par les victimes pour obtenir réparation de leur préjudice, la sanction civile principale des pratiques anticoncurrentielles était la nullité, bien que l'action en responsabilité suscite désormais elle aussi l'intérêt des entreprises, comme en témoigne l'actualité du contentieux en la matière[831]. Malgré les diverses critiques dont elle fait l'objet en doctrine, cette sanction a connu un important succès en pratique, et les tribunaux ont eu l'occasion de la prononcer à de nombreuses reprises. Comme

[828] PIETRINI S., « Les restitutions en nature et en valeur du fait de la rétroactivité de la nullité », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2078.
[829] ARHEL P., « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », *ibid.*
[830] BOUTARD LABARDE M. C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM V. et VIALENS J., « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*, pt. 641, p. 585.
[831] IDOT L. « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Mise en oeuvre des articles 101 et 102 du TFUE : actualité de la décentralisation », RTD eur. 2018, n° 4, p. 817.

le relève M. Amaro, les juridictions saisies d'une action en nullité prononcent le plus souvent une nullité partielle, limitée à une ou plusieurs clauses du contrat. Plus rarement, bien que l'hypothèse ne soit pas simplement anecdotique, il arrive que le juge prononce la nullité du contrat dans son ensemble[832].

684. Or, la possibilité de faire annuler des clauses, voire l'ensemble d'une convention, constitue une opportunité stratégique pour les entreprises présentes sur le marché (qu'il s'agisse de cocontractants ou de tiers, la nullité étant absolue). L'intérêt pour les parties est de leur permettre d'échapper à toute demande d'exécution forcée ou à toute demande en réparation fondée sur l'inexécution de la convention. Quant aux tiers, il s'agira pour eux d'éviter de se voir imposé le respect des termes du contrat[833]. Plus encore, l'intérêt stratégique de la nullité réside dans la possibilité qu'elle offre de désorganiser une entreprise concurrente (V. *infra* n° 821 s et 854 s). Peut-être cet intérêt stratégique de l'action en nullité explique-t-il une partie de son succès, et il semble que les règles de la directive 2014/104 puissent encore en accroître l'efficacité.

2. Une sanction renforcée par la directive 2014/104

685. La directive 2014/104 nous semble susceptible d'affecter en pratique trois points relatifs à la mise en œuvre comme aux effets de la nullité. Ainsi, la question s'est déjà posée de savoir quels doivent être les effets d'une procédure d'engagements sur la possibilité de prononcer la nullité par le juge (a). Au-delà de cette question, il semble que le principe de la réparation intégrale du préjudice (b) ainsi que les nouvelles règles relatives au point de départ du délai de prescription (c) puissent venir modifier la pratique actuelle en matière de nullité.

a. Nullité et effet liant des décisions rendues par les autorités de concurrence

686. Dans le cadre d'une affaire « Gasorba », une société demandait la nullité d'une clause d'approvisionnement exclusif qu'elle considérait comme anticoncurrentielle. La Cour suprême espagnole, saisie de l'affaire, décida de saisir la CJUE d'une question préjudicielle. Elle demandait ainsi si l'effet liant des décisions de la Commission européenne, posé à l'art. 16 § 1 du règlement n° 1/2003, interdisait ou non au juge de prononcer la nullité d'un accord à la suite de l'acceptation d'une procédure d'engagements. L'effet liant des décisions de la Commission est en effet plus large que ne l'est l'effet liant de l'art. 9 de la directive 2014/104, et interdit purement et simplement d'aller à l'encontre d'une décision prise par la Commission (V. *supra*,

[832] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*
[833] FERRE D., LACRESSE A., « Le contentieux de la concurrence dans les contrats d'affaires : quelles stratégies ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p. 109.

n° 136). La CJUE répond par la négative, et autorise le juge à prononcer la nullité malgré l'existence d'une procédure d'engagements. Comme le relève Mme le Professeur Idot, la solution s'explique par le fait que, dans le cadre d'une décision d'acceptation d'engagements, la Commission ne prend pas partie sur le fond de l'affaire. La Cour précise toutefois que le principe de coopération loyale impose au juge national de tenir compte de « l'évaluation préliminaire à laquelle la Commission doit procéder avant la décision d'acceptation d'engagements comme un indice, voire comme un commencement de preuve du caractère anticoncurrentiel de l'accord ». La solution vaut en outre également pour les décisions rendues par les ANC, comme l'avaient anticipé certaines juridictions, et notamment les juridictions françaises dans le cadre de l'affaire « DKT c/ Eco-Emballages », et de l'affaire « Betclic c/ PMU »[834]. Le Professeur Idot souligne en outre qu'à ce titre, les décisions d'engagements ne produisent pas d'effet liant. Il nous semble également utile de préciser que même si tel avait été le cas, l'effet liant ne concernant que les décisions de condamnation, les décisions d'acceptation d'engagements n'auraient de toute façon pas été incluses dans son champ.

687. L'effet liant pose encore la question de savoir comment la disposition doit s'articuler avec l'art. L462-3, al. 1 C.com. Ce dernier permet en effet au juge saisi d'une action en nullité de demander un avis simplement consultatif à l'ADLC au sujet de l'affaire. Un auteur considère dès lors, en raison de ce caractère simplement consultatif que « le juge saisi d'une demande en nullité consécutivement [à une décision de condamnation de l'ADLC] ne devrait pas être lié à cette décision au regard du fait générateur de responsabilité »[835]. Cette solution nous semble toutefois difficile à concevoir en pratique : comment en effet concilier le fait que le juge soit lié par le caractère anticoncurrentiel des pratiques pour son appréciation de la faute, mais ne le soit pas pour l'appréciation de la nullité de plein droit attachée au même comportement ? Si le fait que la présomption irréfragable d'existence de la pratique anticoncurrentielle ne nous semble pas s'opposer à ce que le juge apprécie si elle constitue ou non une faute au sens civil du terme (V. *supra*, n° 70 s), elle ne saurait en aucun cas l'autoriser à la considérer non nulle : l'art. L420-3 C.com et 101 § 2 TFUE prévoient en effet la nullité de plein droit des pratiques. Si ces dernières sont présumées irréfragablement établies et que la nullité est demandée, le juge ne

[834] IDOT L. « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Mise en oeuvre des articles 101 et 102 du TFUE : actualité de la décentralisation », *ibid.* ; V. également IDOT L., « Portée d'une décision d'acceptation d'engagements à l'égard des juges nationaux », Revue des contrats, 9 mars 2018, n° 1, p. 92 ; AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018) », Concurrences n° 2-2018, p. 225 ; TGI Paris, 22 février 2018, « Société Betclic Entreprises Limited c/ GIE Pari Mutuel Urbain », RG 15/09129.

[835] PIETRINI S., « L'office du juge dans la sanction de la nullité d'une clause ou d'un acte juridique anticoncurrentiel », Le Lamy droit économique, mise à jour 11/2018, n° 2074.

devrait alors avoir aucun autre choix que de la prononcer. L'art. L462-3 al. 1 C.com ne serait alors plus réservé qu'aux hypothèses de contentieux autonome. Or, la règle de l'effet liant n'est pas la seule à être susceptible d'influencer le contentieux de la nullité.

b. Nullité et principe de la réparation intégrale du préjudice

688. Du point de vue des effets de la nullité cette fois, M. Amaro pose la question de savoir si le fait que le demandeur à l'action en nullité soit l'un des coauteurs de l'infraction est ou non susceptible de paralyser le jeu des restitutions réciproques en application de la règle « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ». Il relève à ce titre un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant refusé d'accorder à un demandeur les restitutions consécutives à la nullité qui, sans mentionner explicitement la règle précitée, semble toutefois en avoir fait application[836]. Or, il nous semble que dans l'hypothèse où une demande en réparation serait intentée parallèlement à l'action en nullité, le principe de réparation intégrale du préjudice devrait s'opposer au jeu de la règle « *in pari causa* ». En effet, l'art. L481-3 C.com identifie notamment, au titre des préjudices invocables, la « perte faite » résultant du surcoût généré par l'infraction, qui nous semble correspondre au jeu des restitutions réciproques consécutives à la nullité. Il convient toutefois de remarquer que le principe de légitimé du préjudice pourrait alors trouver à s'appliquer et priver le coauteur de toute réparation, bien qu'il ne s'agisse pas d'un critère systématiquement exigé par la jurisprudence. Outre la question du dommage réparable, la directive pourrait encore affecter le point de départ du délai de prescription.

c. Nullité et point de départ de la prescription

689. Comme le relève M. le Professeur Blaise, la nullité est en pratique assez peu demandée par voie d'action, la majorité du contentieux étant soumis au juge par la voie de l'exception de nullité[837]. Or, comme nous l'avons déjà souligné dans le cadre des développements relatifs au point de départ du délai de prescription (V. *supra* n° 474), cet état de fait nous semble pouvoir trouver une explication dans le fait que la plupart du temps, la longueur d'une procédure devant l'ADLC conduisait à la prescription de l'action civile. Aujourd'hui, en application de l'art. L482-1 C.com, le point de départ « glissant » du délai devrait rendre possible l'exercice de l'action en réparation. Bien que l'action en nullité et l'action en réparation soient deux actions distinctes, toutes deux appartiennent au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : ne serait-il pas alors cohérent d'étendre à l'action en nullité les règles relatives au point de

[836] AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.* ; CA Paris, 5e ch. B, 29 janv. 2009, SCP Brouard et SAS Inca Production SAS Emi Music France, n° 07/05460.
[837] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 10ème édition, 2019, n° 891, p. 474.

départ du délai prescription de l'action en réparation ? Il est regrettable à ce titre que les rédacteurs du texte n'aient pas pris en compte la nécessite d'unifier les deux régimes. Obtenir l'application de cette règle au contentieux de la nullité nous semble en outre revêtir un intérêt stratégique certain pour les entreprises présentes sur le marché. Comme nous l'avons relevé *supra* (V. n° 684), l'action en nullité constitue un levier stratégique intéressant pour l'entreprise. Or, la possibilité d'obtenir la nullité par voie d'action, et non plus simplement par voie d'exception, pourrait favoriser la mise en œuvre de stratégies de désorganisation (V. *infra*, n° 821 s).

690. Comme nous venons de le démontrer dans le cadre de la présente section, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles est susceptible de revêtir plusieurs formes, chacune offrant différentes possibilités sur le plan stratégique. Il convient en outre d'ajouter à ces différentes formes la possibilité pour les entreprises les plus importantes d'instrumentaliser les règles du droit international privé afin de choisir le droit qu'elles souhaitent voir appliqué au litige, là encore à des fins stratégies.

Section 2nde : L'internationalité de la concurrence, une source d'options supplémentaire pour les parties

691. En matière contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, des études démontrent une divergence de sensibilité des juridictions d'un Etat membre à un autre. Il semble donc intéressant pour l'entreprise d'intégrer cette donnée dans sa stratégie juridique, en s'efforçant de rattacher le contentieux au for qui sera le plus intéressant pour elle (§ 1er). Il conviendra en outre d'observer les particularités que présentent les règles du droit international privé appliquées aux actions de groupe (§ 2nd).

§ 1er : L'incidence des règles du droit international privé sur la stratégie juridique des parties

692. L'application des règles du droit international privé est susceptible de permettre aux demandeurs d'attraire les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence devant la juridiction de leur choix (A), avec pour conséquence l'application d'un droit qui leur apparaît plus favorable (B). Ce phénomène, connu sous le nom de *forum shopping*, aura selon nous une influence sur l'efficacité de l'action en réparation.

A. Les moyens permettant la mise en œuvre du *forum shopping*

693. Comme le relève Madame le Professeur Idot dans une étude consacrée à la question[838], hormis l'ajout d'un article au règlement Rome II, aucune disposition spécifique n'a été prévue lors de la réforme du contentieux privé pour adapter aux spécificité de la matière les outils existants du droit international privé. Les règlements Rome I et Rome II trouvent ainsi à s'appliquer pour déterminer la loi applicable (1), tandis que les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis trouveront à s'appliquer pour la détermination de la compétence internationale, la reconnaissance et l'exécution des jugements (2).

1. La détermination de la loi applicable au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

694. Selon que l'action est considérée comme relevant de la matière contractuelle ou délictuelle, les règlements Rome I et Rome II, dont il convient de rappeler les règles, trouveront à s'appliquer. Ces dernières conduisent en pratique à une prééminence de la *lex fori* (a). Il conviendra en outre d'évoquer les spécificités du droit des pratiques anticoncurrentielles en la matière et de son contentieux privé, qui viennent en pratique tempérer cette prééminence (b).

a. Les règles issues des règlements Rome I et Rome II, la prééminence de la *lex fori*

695. Afin de savoir quel corps de règle appliquer, la première étape consiste à déterminer si l'action relève de la matière contractuelle (auquel cas les règles du règlement Rome I seront applicables), ou de la matière délictuelle (auquel cas ce sont les règles du règlement Rome II qui trouveront à s'appliquer). Comme le relève le Professeur Idot, la CJUE[839] retient une définition très restrictive de la matière contractuelle, qui suppose selon elle l'existence d'un engagement librement assumé par les parties, et réserve le jeu de l'art. 5.1° du règlement Rome I aux seules relations directes entre le cocontractants. Ainsi, à titre d'illustration, l'action en réparation intentée par la société CDC à l'occasion de l'affaire dite « du peroxyde d'hydrogène » a été considérée par les juges comme relevant de la matière délictuelle, alors même que le préjudice découlait de l'achat de produits par les victimes (ce qui a encore eu pour effet d'entraîner l'inopposabilité de la clause compromissoire insérée dans les contrats

[838] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », Concurrences n° 3-2014, p. 43.
[839] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid.* ; V. notamment CJUE, 18 juillet 2013, ÖFAB, aff. C-147/12 et CJUE, 17 octobre 2013, OTP Bank, aff. C-519/12.

d'approvisionnement). Les règles qui trouveront le plus souvent à s'appliquer seront donc celles du règlement Rome II.

696. Tous les Etats membres étant tenus d'appliquer les règles de Rome II, la détermination de la loi applicable devrait ainsi s'effectuer en fonction de son art. 6 § 3, récemment ajouté au texte afin de déterminer la loi applicable aux actions en responsabilité du fait de pratiques anticoncurrentielles. Tel n'est cependant pas souvent le cas en pratique, puisque, comme le fait remarquer le Professeur Idot[840], la loi applicable sera, dans la majorité des situations, la *lex fori* (c'est-à-dire la loi du juge saisi). Les règles de la *lex fori* étant applicables aux questions de procédure, cette dernière détermine donc en pratique des points d'importance capitale, tels que les règles d'administration de la preuve, d'intérêt et de qualité pour agir, ainsi que les règles encadrant le déroulement de la procédure. Les règles applicables au fond dépendront quant à elles de la loi désignée par la règle de conflit du juge saisi. En matière délictuelle, le juge devra ainsi se référer à l'art. 6 § 3 du règlement Rome II.

697. Ce dernier distingue deux situations. L'art. 6 § 3 sous a) indique ainsi que lorsqu'une pratique anticoncurrentielle n'affecte qu'un seul marché, la loi applicable sera celle du pays dont le marché est affecté par les pratiques. Mme le Professeur Idot relève qu'en pratique, un tel cas de figure concerne surtout l'hypothèse d'une situation purement interne, pour laquelle il ne sera pas utile d'appliquer les dispositions de Rome II. Le plus souvent en effet, si l'auteur est un groupe étranger, la victime intentera l'action à l'encontre de sa filiale nationale, « et les tribunaux saisis raisonneront comme si l'on était en présence d'une affaire interne. Le texte ne présente d'intérêt que si le défendeur a son siège en dehors de l'Etat du juge saisi ». La loi du marché affecté coïncidant en général avec la loi du lieu où a été subi le dommage, la solution sera ainsi la même que s'il avait été fait application de la règle de principe posée à l'art. 4 § 1 du règlement, qui dispose que la loi applicable est celle du lieu du dommage, ce qui conduit à questionner la pertinence de l'art. 6 § 3 sous a). L'art. 6 § 3 sous b) concerne quant à lui l'hypothèse beaucoup plus fréquente dans laquelle les pratiques, qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante, affectent les marchés de plusieurs Etats membres, voire d'Etats tiers à l'Union européenne. Le texte dispose dans ce cas qu'en présence d'un seul défendeur (ce qui constitue une situation plausible en cas d'abus de position dominante), le demandeur pourra se fonder sur la *lex fori*, à la condition qu'elle soit « également celle d'un marché affecté de manière directe et substantielle », l'idée étant ici de limiter le *forum shopping*. Le Professeur

[840] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid*.

Idot remarque que même dans l'hypothèse où le demandeur assignerait plusieurs défendeurs, il demeure possible d'avoir pour seule loi applicable au fond la *lex fori*, à la condition que « le marché de la juridiction saisie [soit] directement et substantiellement affecté par l'acte en cause ». L'objectif est ici d'aboutir à une « règle de concentration ». Il découle ainsi des art. 6 § 3 sous a) et sous b) que la *lex fori* trouvera à s'appliquer dans la majorité des cas, ce qui aboutit, sur la plan théorique, à « la négation même du droit international privé, [bien qu'il soit] vrai que d'un point de vue pratique, la solution n'est pas aberrante ». Malgré cette prééminence de la *lex fori*, en ce qu'elle coïncide le plus souvent avec le droit national désigné par la règle de conflit de loi, le Professeur Idot relève que son domaine est en pratique plus limité qu'il n'y paraît de prime abord, la règle de droit national étant tantôt atténuée, tantôt tout simplement exclue par l'application des règles du droit de l'Union européenne.

b. Les tempéraments à la prééminence de la *lex fori*, l'application des règles du droit de la concurrence et de son contentieux privé

698. Comme le rappelle le Professeur Idot[841], l'art. 3 du règlement précise que les règles de conflit sont universelles, c'est-à-dire « qu'elles ont vocation à s'appliquer dès lors que le juge d'un Etat membre est saisi, que la loi désignée soit la *lex fori*, la loi nationale d'un autre Etat membre ou encore la loi nationale d'un Etat tiers ». Or, si la règle a été pensée avec en tête des hypothèses de situations bilatérales, les dispositions des art. 101 et 102 TFUE constituent des lois de police. Ces dernières relèvent d'une méthode unilatérale, et sont donc applicables à toutes les situations relevant de leur champ d'application territorial. Ainsi, si leurs conditions d'application sont réunies, le droit de l'Union aura vocation à s'appliquer quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit. Cette lecture des textes s'explique, selon le Professeur Idot, par le fait que l'art. 16 du Règlement Rome II assure le respect des dispositions impératives, et constitue en outre la seule lecture cohérente avec les dispositions de Rome I. Ce dernier ne comporte en effet aucune règle propre au droit de la concurrence, « tout simplement parce qu'en tant que loi de police, le droit de la concurrence écarte la loi applicable au contrat ».

699. Les art. 101 et 102 TFUE se bornant à permettre de déterminer la licéité ou l'illicéité du comportement de l'entreprise, mais demeurant muet quant aux conséquences civiles de leur violation (nullité et réparation du dommage), il convient alors de se référer aux règles de droit national. Le droit national applicable à l'action civile sera alors désigné sur le fondement de l'art. 6 § 3 du règlement Rome II, ce qui peut conduire, comme le relève le Professeur Idot, à

[841] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid*.

la désignation d'une loi d'un Etat extérieur à l'Union européenne », en raison du caractère universel des règles de conflit affirmé à l'art. 3 du règlement. Or, le droit national fait sur ce point l'objet d'un double encadrement, par l'art. 15 du règlement Rome II d'une part, et la directive 2014/104 d'autre part. L'art. 15 fixe le domaine qui sera couvert par la loi nationale désignée par l'art. 6 § 3, à savoir notamment les questions relatives aux conditions et à l'étendue de la responsabilité, ainsi qu'à l'existence, la nature et l'évaluation du dommage. La directive 2014/104 contribue quant à elle à la convergence des législations nationales, bien que ces dernières soient susceptibles de diverger sur les questions négligées par le texte. Ainsi, à titre d'exemple, la directive demeure muette quant à la question de la détermination des personnes responsables, pour laquelle l'art. 15, sous a), du règlement Rome II renvoie à la législation nationale désignée par l'art. 6 § 3. Or, ces questions revêtent une importance pratique importante dans la mesure où elles constituent une inquiétude des sociétés mères, qui ont pris l'habitude d'organiser les groupes de manière à filialiser les risques. Les législations fermant la porte à toute responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales (et ce même en cas de condamnation de la mère dans le cadre du contentieux public) pourraient alors se révéler plus attractives que celles n'hésitant pas à mettre en place un tel système de responsabilité du fait d'autrui.

700. Comme le révèlent les développements ci-dessus, le choix de la juridiction devant laquelle sera portée l'action détermine le plus souvent quelle sera la loi applicable au fond du litige, eu égard à la prééminence en la matière de la *lex fori*. Il convient donc d'étudier ensuite les règles permettant la détermination des juridictions compétentes pour connaître du litige, règles qui, confrontées aux particularités du droit de la concurrence, s'avèrent jusqu'ici propices aux stratégies de *forum shopping*.

2. La détermination des juridictions compétentes en matière contractuelle et délictuelle

701. Afin de déterminer la juridiction compétente, il convient de faire application des règles du règlement Bruxelles I, ce dernier posant comme principe son applicabilité à chaque fois que le défendeur est domicilié au sein d'un Etat membre de l'Union européenne (le règlement a été remplacé par Bruxelles I bis, entré en vigueur le 10 janvier 2015, qui reprend pour l'essentiel les mêmes règles). Si son art. 5.1 (art. 7.1 du règlement Bruxelles I bis) opère une distinction en la matière contractuelle et la matière délictuelle, cette dernière demeure largement prédominante, comme évoqué *supra* (V. 695). Mme le Professeur Idot[842] considère néanmoins

[842] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid*.

ces règles comme propices au *forum shopping* (a), et inadaptées aux mécanismes de regroupement des actions (b). Ces remarques nous semblent ainsi favorables à une utilisation stratégique des règles de compétence.

a. Les options de compétence au service des stratégies de *forum shopping*

702. En matière délictuelle, le demandeur dispose d'une option entre la saisine des juridictions de l'Etat membre du domicile du défendeur d'une part (art. 2 Bruxelles I ; art. 4.1. Bruxelles I bis), et la saisine du lieu du fait dommageable d'autre part (art. 5.3 Bruxelles I ; art. 7.2 Bruxelles I bis). Or, comme le fait remarquer le Professeur Idot, chaque branche de l'option peut, en droit des pratiques anticoncurrentielles, conduire à la saisine de plusieurs juridictions.

703. Concernant la compétence fondée sur le lieu du domicile du défendeur, les textes indiquent qu'il s'agit soit du lieu où il a son siège statutaire, soit du lieu où il a son administration centrale, soit du lieu où il a son principal établissement (art. 60 Bruxelles I ; art. 63 Bruxelles I bis). Or, le problème réside dans la définition du défendeur au sens du droit de la concurrence, les textes raisonnant sur la base de la notion d'entreprise là où les règles du droit privé raisonnent par personnes morales. Le problème ne se pose pas lorsque le demandeur dirige l'action contre des codéfendeurs qui sont tous destinataires de la décision et sont domiciliés dans le même Etat membre. Le problème réside en effet dans la tendance des juridictions anglaises à faire preuve d'une très grande libéralité dans leur appréciation de l'art. 2 du règlement Bruxelles I (art. 4.1 Bruxelles I bis), depuis une jurisprudence « *Provimi* »[843]. Ainsi, en présence d'un groupe de sociétés, ces dernières se sont déclarées compétences en raison de la présence sur leur territoire de filiales d'un groupe qui avait été condamné pour entente, et ce alors même que les filiales en question n'avaient pas participé à l'infraction et n'étaient pas destinataires de la décision de condamnation. Il semble donc suffire que le groupe défendeur ait une filiale domiciliée dans un Etat membre quelconque pour permettre d'attraire l'ensemble du groupe devant les juridictions de l'Etat membre en question. Si, comme le relève Mme le Professeur Idot, il aurait été souhaitable que les juridictions anglaises adressent une question préjudicielle à la CJUE, ces dernières s'en sont abstenu. Or, et bien que cette dernière ne se soit pas encore prononcée exactement sur la question, elle a adopté une position très libérale à cet égard dans l'affaire « *Cartel Damages Claims* » (*CDC*). Elle y considère en effet que la règle de concentration des compétences en cas de pluralité de défendeurs de l'art. 6.1 du règlement Bruxelles I peut s'appliquer à une action intentée à l'encontre « d'entreprises qui ont participé de façon

[843] Roche Products Ltd. and others V. ProvimiLtd. [2003] EWHC 961.

différente, sur les plans géographique et temporel, à une infraction unique et continue à l'interdiction des ententes ». La Cour de cassation considère quant à elle qu'il n'est pas « nécessaire en outre d'établir de manière distincte que les demandes n'ont pas été formées à la seule fin de soustraire l'un des défendeurs aux tribunaux de l'Etat membre où il est domicilié », ce qui nous semble une approche là encore favorable à cette stratégie[844].

704. La seconde branche de l'option fonde quant à elle la compétence sur le lieu où s'est produit le dommage (art. 5.3 Bruxelles I ; art. 7.3 Bruxelles I bis), et plusieurs questions se posent quant à sa mise en œuvre. Dans un arrêt dit « des potasses d'Alsace »[845], la CJCE a précisé le sens à donner à l'expression « lieu du dommage ». Celle-ci considère que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit », au sens de l'art. 5.3 de la convention de Bruxelles, « vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal » qui en est à l'origine. La solution est depuis constante dans la jurisprudence de la CJUE. Comme le souligne le Professeur Idot[846], en matière de pratique anticoncurrentielles, il semble difficile d'identifier le lieu du fait générateur, et il semble que les victimes devraient logiquement lui préférer le lieu de la localisation du dommage. Malgré cette précision, plusieurs questions peuvent encore se poser, la première étant de savoir s'il faut privilégier le dommage causé à l'économie ou le dommage subi par la victime ? Si les deux coïncideront le plus souvent, le Professeur Idot considère qu'il faudrait, dans le cas contraire, tenir compte du lieu où le dommage a été causé à la victime. En outre, le lieu du dommage ne se confond pas nécessairement avec le lieu où le demandeur a son domicile, ce qui pourrait à notre avis nuire à l'action des entreprises de taille modeste, sans toutefois gêner l'action d'un demandeur de taille importante, susceptible d'investir les fonds nécessaires pour intenter l'action devant des juridictions éloignées de son domicile. Une autre question concerne la propension du dommage à se prolonger dans le temps, ce qui est souvent le cas en matière d'infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles. Or, la CJCE[847] a considéré, dans une affaire relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, qu'il fallait s'en tenir au lieu du dommage initial, afin de ne pas aboutir à un *forum actoris* (c'est à dire la compétence du tribunal du demandeur), solution qui semble transposable en droit de la concurrence. Enfin, et c'est une question d'importance en pratique, le dommage

[844] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid.* ; PIRONON V., « Liens entre codéfendeurs – Cas des groupes internationaux de sociétés », Le Lamy droit économique, 2018, n° 6550 ; CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/13 ; Com., 26 févr. 2013, no 11-27.139, Publié au Bulletin.
[845] CJCE, 30 novembre 1976, Handelskwekerij G. J. Bier BV c/ Mines de potasse d'Alsace SA, aff. 21-76.
[846] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid*.
[847] CJCE, 16 juillet 2009, « Zuid Chemie », aff. C-189/08.

est susceptible d'être localisé en des lieux multiples, comme c'est fréquemment le cas en droit des pratiques anticoncurrentielles. Or, la CJCE[848] considère, en matière de délits de presse et de délits commis par le biais d'internet, que tous les lieux où le dommage a été subi par les victimes étaient susceptibles de servir de chef de compétence, solution qui semble là encore transposable au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. L'arrêt précise toutefois que seul le tribunal du lieu du fait générateur aura une compétence globale pour connaître de tous les préjudices, la compétence du tribunal du lieu du préjudice étant quant à elle limitée aux préjudices qui se seront réalisés sur son territoire. Mme le Professeur Idot remarque que la solution a été réitérée par la suite, en matière d'atteintes aux droits de propriété industrielle et commerciale ainsi qu'en matière d'atteintes au droit d'auteur[849]. En conséquence, la victime pourra « le plus souvent saisir le tribunal de son domicile, mais le juge ne pourra pas appréhender l'intégralité des dommages subis ». Il convient toutefois de remarquer que, depuis l'arrêt « *CDC* » de 2015, la CJUE semble avoir abandonné cette position et admette désormais la possibilité pour la victime de demander réparation de l'intégralité du dommage à la juridiction de son siège social[850]. Cette solution est critiquable en ce qu'elle consacre un « *forum actoris* », et s'avère inadaptée aux hypothèses les plus fréquentes d'ententes complexes, a pourtant été récemment réitérée. Dans cet arrêt, la CJUE opère une distinction, selon que la pratique relève de la qualification d'entente ou d'abus de position dominante. S'il s'agit d'une entente, il convient alors, conformément à la jurisprudence « *CDC* », de retenir le lieu de conclusion de l'accord. À l'inverse, si les pratiques relèvent de la qualification d'abus de position dominante, la Cour considère qu'il faut « localiser les actes accomplis par l'entreprise dominante pour leur mise en œuvre ». Il convient encore de préciser qu'une troisième hypothèse est envisageable, dans laquelle un cumul de comportements illicites s'analyserait comme la mise en œuvre d'une stratégie d'éviction. Les juridictions nationales doivent alors déterminer l'événement causal qui présente une importance particulière. L'examen auquel devront procéder les juridictions nationales ne devra consister qu'en un examen *prima facie*, sans toutefois opérer d'examen au fond, ce dernier n'ayant pas sa place pour la détermination de la compétence internationale. Enfin, l'arrêt apporte une dernière précision relative à l'art. 5.5 du règlement Bruxelles I et son applicabilité aux succursales. La CJUE considère que la

[848] CJCE, 7 mars 1995, Fiona Shevill, aff. C-68/93.
[849] CJUE, 19 avril 2012, Wintersteiger, aff. C-523/10 ; CJUE, 3 octobre 2013, Peter Dinkney, aff. C-170/12.
[850] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 337 ; CJUE, 21 mai 2015, Cartel Damages Claims, aff. C-352/13.

commission d'une pratique anticoncurrentielle peut effectivement être rattachée à une succursale, à la condition que l'entité en cause en soit bien une au sens de Bruxelles I, et que cette dernière ait effectivement participé aux actes constitutifs de l'infraction[851].

705. Outre les questions qui viennent d'être évoquées relatives à la mise en œuvre de l'option, se pose encore la question de son domaine. S'il ne fait aucun doute que l'option est ouverte aux victimes directes d'une infraction, la question se posait de savoir si elle l'était également aux victimes indirectes ? La CJCE a répondu par l'affirmative dans l'arrêt « Dumez », bien qu'une telle possibilité soit strictement encadrée. La victime indirecte ne peut ainsi saisir que les juridictions où le fait causal a produit directement ses effets à l'égard de la victime directe, l'idée étant là encore, comme le fait remarquer le Professeur Idot, d'empêcher la consécration d'un *forum actoris*. Le « *Competition Appeal Tribunal* » considère quant à lui, dans une affaire « *Deutsche Bahn* », que dans la mesure où tous les acheteurs directs et indirects avaient subi des pertes au Royaume Uni, sa compétence pouvait être fondée sur l'art. 5.3 du règlement Bruxelles I[852]. Enfin, une seconde question relative au domaine de l'option concerne la question des savoir quel type d'action couvre l'option. La CJUE considère l'option applicable aux actions en constatation négative, ce qui va permettre aux entreprises, comme le relève le Professeur Idot, d'introduire des actions dites « *torpedo* » (encore appelées « actions torpilles »). Le développement de ce type de procédures parallèles pose alors la question des moyens existants susceptibles de permettre le regroupement des actions.

b. Les insuffisances des règlements en matière de concentration des actions

706. Si les règles des règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis prévoient des mécanismes permettant de concentrer les actions, ces derniers s'avèrent insatisfaisants en matière de droit des pratiques anticoncurrentielles, domaine dans lequel il est pourtant fréquent de rencontrer une pluralité de défendeurs comme de demandeurs. Le Professeur Idot distingue à ce titre deux hypothèses.

707. La première hypothèse concerne la situation, fréquente en pratique, dans laquelle l'action civile est engagée à l'encontre d'une pluralité de défendeurs. Comme déjà évoqué *supra* (arrêt « *Provimi* », V. n° 703), il suffit alors au demandeur, en combinant les art. 2 et 6.1 du règlement, d'identifier un défendeur principal domicilié dans l'Etat membre dans lequel il souhaite intenter

[851] IDOT L. « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Mise en oeuvre des articles 101 et 102 du TFUE : actualité de la décentralisation », RTD eur. 2018, n° 4, p. 817.
[852] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid.* ; CJCE, 11 janvier 1990, « Dumez c/ Hessische Landesbank », aff. C-220/88.

l'action, et d'attraire devant la même juridiction les coauteurs de l'infraction. La solution est également applicable devant les Etats membres de l'AELE, comme l'a jugé la CJUE dans un arrêt « *Reisch Montage* », transposable en matière de droit de la concurrence. Elle a toutefois considéré, dans un arrêt « *Land Berlin c/ Saphir* », que l'art. 6 du règlement ne permet d'attraire devant les juridictions d'un Etat membre que des défendeurs domiciliés dans un Etat membre de l'Union européenne, excluant ainsi du champ du règlement les défendeurs domiciliés dans un Etat tiers[853]. Il n'empêche que les règles du droit national peuvent quant à elles permettre d'attraire devant les juridictions nationales des défendeurs domiciliés dans des Etats tiers à l'Union européenne, comme par exemple en Angleterre, ou encore en France[854]. L'art. 14 C.civ dispose en effet que « l'étranger, même non-résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français, il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Le texte, malgré l'emploi du terme « contractées », s'applique en toute matière, sauf quelques exceptions qui ne concernent pas le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, hormis peut-être les demandes relatives aux procédures conservatoires et aux voies d'exécution diligentées hors de France. La règle n'est toutefois pas d'ordre public, et présente en outre un caractère facultatif, ce dernier impliquant que dans l'hypothèse où une juridiction étrangère aurait déjà été saisie, et sauf cas de fraude, l'article n'édicte pas au profit du demandeur souhaitant porter le litige devant les juridictions françaises une compétence exclusive qui exclurait celle de la juridiction étrangère. Ce caractère facultatif a par ailleurs été étendu aux hypothèses dans laquelle une juridiction étrangère serait saisie postérieurement à la juridiction française[855].

708. La seconde hypothèse concerne quant à elle la situation dans laquelle une pluralité de demandeurs met en œuvre des procédures parallèles dans différents Etats membres. La question se pose alors des moyens dont dispose(nt) le ou les défendeur(s) pour regrouper l'ensemble de ces procédures devant une même juridiction ? Il convient tout d'abord d'évoquer à ce titre l'exception de litispendance, prévue à l'art. 27 du règlement Bruxelles I et à l'art. 29 du règlement Bruxelles I bis. Cette dernière étant subordonnée à la triple démonstration d'une

[853] CJCE, 13 juillet 2006, Reisch Montage, aff. C- 103/05 ; CJUE, 11 avril 2013, Land Berlin c/ Sapir, aff. C-645/11.
[854] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid*.
[855] Civile 1ère, 17 novembre 1981, Bull. Civ. I, n° 341 (sur l'application de la règle à toutes les matières) ; Civile 1ère, 7 juillet 1981, Bull. civ. I, n° 252 (sur l'absence de caractère d'ordre public de la règle) ; Civile 1ère, 22 mai 2007, Bull. civ. I, n° 195 et Civile 1ère, 30 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 192 (sur le caractère facultatif de la règle).

identité de parties, de cause et d'objet, les chances pour qu'elle soit admise en matière de pratiques anticoncurrentielles sont en pratiques limitées. Le Professeur Idot relève en effet que si la condition relative à l'identité des parties ne pose aucun problème, l'identité de cause et d'objet semblent quant à elles plus difficiles à démontrer. L'exception de litispendance a ainsi été rejetée par les juges anglais à l'occasion de l'affaire « *Cooper Tire* », ces derniers ayant considéré que les actions intentées devant les juridictions anglaises et italiennes n'avaient pas le même objet. La question se pose ainsi de savoir si l'instrumentalisation stratégique de cette exception dans le cadre d'actions torpilles demeure possible[856].

709. Le Professeur Idot considère que l'exception de connexité, prévue à l'art. 28 du règlement Bruxelles I et à l'art. 30 du règlement Bruxelles I bis, présente quant à elle de meilleures chances de succès. Cette exception s'applique en présence d'actions portées devant les juridictions d'Etats membres différents, qui sont toutes compétentes pour connaître du litige. Les actions doivent être pendantes, et les demandes doivent être connexes, c'est-à-dire qu'elles doivent entretenir entre elles un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps pour éviter des solutions qui pourraient être inconciliables. Le juge saisi en second peut surseoir à statuer, voire se dessaisir, sous certaines conditions, notamment à la demande de l'une des parties. Si cette exception a été soulevée à l'occasion de l'affaire « *Cooper Tire* », le juge italien a rejeté l'action en constatation négative, eu égard à l'absence de risque de solutions inconciliables, dans la mesure où l'action en réparation intervenait à la suite d'une décision de condamnation rendue par la Commission. Les actions torpilles reposant sur l'exception de connexité semblent donc vouées à l'échec en matière de contentieux complémentaire. L'exception pouvant être soulevée en présence d'une multitude d'actions parallèles, et non pas uniquement dans l'hypothèse où seulement deux juridictions auraient été saisies, il faut espérer que les juges n'hésiteront pas à faire jouer le mécanisme, peu utilisé en pratique. Or, depuis l'arrêt « *CDC* », la CJUE[857] a jugé que la condition relative au risque de solutions divergentes et inconciliables était remplie, au motif que les droits nationaux sont susceptibles de connaître des divergences du point de vue des conditions de la responsabilité civile. Il nous semble que cette solution devrait être maintenue malgré la transposition de la directive 2014/104, cette dernière laissant de côtés d'importantes questions relatives auxdites conditions (question de

[856] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid.* ; High Court of Justice (England), 27 octobre 2009, Cooper Tire & Rubber Co & Ors c/ Shell Chemicals UK Ltd & Ors, EWHC2609.
[857] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 356 ; CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/13.

l'identité ou de la dualité des fautes civiles et concurrentielles, ainsi qu'une absence d'harmonisation relative aux règles régissant l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, notamment).

710. Les développements ci-dessus illustrent ainsi certaines opportunités stratégiques découlant de la rencontre entre les règles du droit international privé et des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'il convient de préciser ci-dessous.

B. Les conséquences stratégiques résultant de la mise en œuvre des textes de droit international

711. Si la conséquence évidente de la mise en œuvre des règles du droit international privé réside bien entendu, eu égard à la prééminence de la *lex fori*, dans la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au litige (1), celles-ci emportent encore des conséquences financières à prendre en compte lors de la mise en œuvre de l'action (2).

1. La recherche d'un *for* plus favorable aux prétentions des parties

712. Les parties au litige auront intérêt à tenter de sélectionner la législation la plus à même de leur permettre d'obtenir gain de cause, l'idée étant que des différences existent entre les législations nationales, que la directive 2014/104 n'harmonisent pas complètement (a). Le choix du juge aura également une influence importante en la matière, l'idée étant que, dans le cadre d'un contentieux international, la juridiction saisie tendra certainement à favoriser ses champions nationaux au détriment des autres parties (b).

a. L'application de règles de droit national plus favorables

713. Eu égard aux possibilités qu'offre le droit international privé lorsqu'il s'agit de localiser le contentieux, il est normal que les parties cherchent à se ménager l'application des règles les plus favorables au succès de leurs prétentions respectives. Ainsi, comme nous l'avons déjà évoqué *supra* (V. n° 709), la directive 2014/104 ne permet pas de tendre vers une harmonisation totale des règles du contentieux privé. À défaut, à notre connaissance, d'études récentes sur la manière dont la directive a été transposée au sein des Etats membres de l'Union, il convient de se référer à l'ouvrage de M. le Professeur Vogel mettant en évidence les différences existant entre les Etats membres avant la publication de la directive[858]. Or, sans prétendre à l'exhaustivité, l'ouvrage relève notamment des différences quant à l'appréciation de la faute

[858] VOGEL L., « Les actions civiles de concurrence, Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », p. 18.

civile par les juridictions dans le cadre du contentieux de suivi, certains systèmes optant pour l'unité des fautes, et d'autres la dualité. La directive n'interdisant ni l'une ni l'autre de ces conceptions, une entreprise poursuivie pour pratiques anticoncurrentielles pourrait être tentée de localiser le contentieux devant des juridictions appliquant la théorie de la dualité (V. *supra*, n° 80).

b. La sélection d'une juridiction en fonction de considérations relatives à leur politique de concurrence

714. Les parties pourraient même être tentées, si possible, de localiser le contentieux devant les juridictions américaines, ces dernières tendant à condamner moins facilement que ne le font d'autres juridictions à travers le monde. Ces dernières font en effet preuve de « modestie juridique », soucieuses d'éviter de sanctionner à tort des pratiques qui ne sont en réalité pas néfastes pour le jeu de la concurrence. Il nous semble falloir toutefois observer que l'entreprise s'expose alors au risque de dommages et intérêts punitifs, cette stratégie n'étant à réserver qu'aux hypothèses dans lesquelles le défendeur est certain d'échapper à la sanction. À l'inverse, il arrive également que les demandeurs fassent usage du *forum shopping* comme d'un moyen de pression, en saisissant plusieurs autorités susceptibles de connaître de la pratique. L'idée est alors de saisir la plus sévère en premier, tant dans le but de pousser le défendeur à la transaction que d'influencer les autres autorités saisies, le succès des plaintes déposées en premier tendant à influencer la décision des autorités et juridictions saisies postérieurement[859].

715. Or, un auteur[860] relève l'importance que revêt en pratique la possibilité qu'une pratique affecte les territoires nationaux de plusieurs Etats à la fois. Après avoir rappelé l'importance de la sécurité juridique pour l'entreprise, elle souligne le fait que si l'établissement d'un programme de *compliance* est relativement aisé lorsque les autorités susceptibles de se déclarer compétentes pour analyser une pratique sont de « grandes autorités », tel n'est pas le cas face aux autorités de pays émergeants. Les premières font en effet une appréciation des concepts propres au droit de la concurrence qui est aujourd'hui bien connue des acteurs économiques, à tout le moins s'agissant des formes les plus connues que peuvent revêtir les pratiques anticoncurrentielles. Or, les secondes tendent quant à elles à développer leurs propres interprétations des mêmes concepts, et ce potentiellement en vue de servir leurs intérêts politiques, ou même de protéger leurs grands acteurs nationaux. Cette tendance, couplée au flou

[859] MARTY F., « Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010) », *ibid.*, p. 270 s.
[860] HOLTSE C., « Maersk : Antitrust compliance in a global context », Concurrences n° 1-2017, p. 10 (traduction proposée par nous).

entourant la portée géographique du droit de la concurrence (de plus en plus de pays tendant à reconnaître leur compétence sur la base d'effets indirects causés par une pratique donnée sur leurs territoires nationaux), contribue à augmenter l'insécurité juridique pour l'entreprise. Ces dernières doivent alors en pratique supposer que tous les droits nationaux sont susceptibles de s'appliquer, ce qui complexifie grandement la mise en œuvre des programmes de compliance, et peut même conduire les entreprises à se retirer de pratiques commerciales qui auraient été parfaitement légales dans les pays directement affectés. Or, l'application des règles du contentieux privé nous semble de nature à complexifier encore la question. La tendance des autorités de concurrence à reconnaître des effets indirects aux pratiques pour fonder leur compétence ne risque-t-elle pas en effet de s'étendre aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux privé, dans l'hypothèse où le droit national prévoirait une disposition équivalente à notre art. 14 du C.civ ? Les entreprises devront donc prendre en compte un tel risque lors de la préparation de leurs programmes de compliance.

716. Une autre question importante concerne les conséquences financières attachées à la détermination du juge compétent, qui pourront tantôt avantager, tantôt désavantager le défendeur à l'action en réparation.

2. La recherche des conséquences financières attachées à l'application des règles du droit international privé

717. L'application des règles du droit international privé est susceptible d'entraîner principalement deux sortes de conséquences financières. Il peut s'agir pour les victimes de tenter d'obtenir des sommes plus importantes en choisissant les juridictions les plus généreuses en matière de dommages et intérêts, afin de maximiser leurs profits espérés (a). À l'inverse, il pourra s'agir pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles de décourager l'action des victimes par le biais d'une « action torpille », destinée à augmenter la durée de la procédure et donc son coût (b).

a. Le choix d'une juridiction susceptible de prononcer d'importants dommages et intérêts

718. L'étude de la pratique du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devant les juridictions des Etats membres de l'Union européenne révèle la tendance de certaines juridictions à se révéler plus attractives que d'autres dans leur propension à accorder plus ou moins de dommages et intérêts aux victimes. Un auteur relève ainsi la préférence des victimes

pour les juridictions du Royaume-Uni, des Pays-Bas et d'Allemagne[861]. Or, il nous semble logique de considérer que si les victimes agissent plus fréquemment devant ces juridictions plutôt que d'autres, c'est que la récompense liée à l'investissement réalisé dans le procès y est plus importante qu'ailleurs (bien que d'autres facteurs soient susceptibles d'entrer en ligne de compte, tels que la diffusion de la culture de concurrence au sein des entreprises victimes)[862]. Une étude conduite en 2011 relative aux coûts entraînés par le procès pour les entreprises révèle que la condamnation à des dommages et intérêts représente pour elles 1,05% du PIB au Royaume Uni, contre 0,56% en France[863]. Les auteurs de l'étude en concluent qu'un tel écart reflète un nombre plus élevé de demandes en justice, et/ou l'allocation de montants plus élevés de dommages et intérêts. Bien que cette étude ne concerne pas spécifiquement le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, ses résultats nous semblent indiquer que les sommes auxquelles pourront prétendre les victimes seront donc potentiellement beaucoup plus élevées au Royaume Uni qu'ailleurs en Europe. En sens inverse, les règles du droit international privé peuvent être sollicitées afin d'augmenter le coût de la procédure, et ainsi décourager l'action des victimes.

b. L'augmentation du coût de la procédure par le biais d'actions torpilles

719. Comme nous l'avons déjà relevé précédemment (V. *supra*, n° 628 s), la propension des victimes à intenter l'action dépend du gain espéré à l'issue de la procédure par rapport à sa durée et à son coût. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ont ainsi développé, afin de décourager l'action des victimes, un outil stratégique reposant sur l'application des règles du droit international privé. L'action torpille trouve son origine dans le droit des brevets et des marques, et repose sur les règles du règlement Bruxelles I. Le mécanisme consiste en la saisine d'une première juridiction, connue pour sa lenteur (ce qui est notamment le cas des juridictions italiennes), d'une action en déclaration négative (encore appelée « jugement dénégatoire »). Une telle action vise non pas à faire juger, comme c'est habituellement le cas, qu'une partie est responsable vis-à-vis d'une autre, mais au contraire à faire constater au juge son absence de responsabilité. L'exception de litispendance permettra ensuite d'attraire tout litige ultérieur devant elle, l'intérêt étant notamment que « tant que la contestation n'a pas été tranchée, le

[861] THIEDE T., « Private Enforcement of Anti-Trust Damages in Europe: A Germanic Perspective on Directive 2014/104/EU », ELTE Law Journal, 2015, p. 150 (traduction proposée par nous).
[862] RATHOD J. et VAHEESAN S., « The Arc and Architecture of Private Enforcement Regimes in the United States and Europe: A View across the Atlantic », University of New Hampshire Law Review, Vol. 14, No. 2, p. 313.
[863] « International Comparison of Litigation Costs », Institute for Legal Reform [en ligne] https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_NERA_Study_International_Liability_Costs-update.pdf (consulté le 04/09/2019), p. 2 et p. 4.

brevet continue à bénéficier de la présomption de validité »[864]. Il convient toutefois de remarquer que cette stratégie est réservée aux actions introduites à la suite d'infractions transnationales, en ce qu'elles constitueraient à n'en pas douter, dans un cadre purement interne, un abus de droit au regard des règles du droit judiciaire privé français[865]. Comme le relève M. Amaro, si le mécanisme est susceptible de trouver à s'appliquer en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, les auteurs sont aujourd'hui partagés quant à la question de savoir si une telle stratégie demeure viable sous l'empire des règles du règlement Bruxelles I bis, certains soutenant que tel serait bien le cas[866]. Mme le Professeur Idot[867] souligne qu'elle a été tentée dans le cadre de l'affaire « *Cooper Tire* » : une action en constatation négative avait été introduite devant les juridictions italiennes, et les défendeurs, assignés par les victimes, avaient alors soulevé l'exception de litispendance. Les juges anglais ont cependant refusé le jeu de l'exception, au motif que les deux actions n'avaient pas le même objet. L'action torpille pourrait également être fondée sur l'exception de connexité, mais, là encore dans le cadre de l'affaire « *Cooper Tire* », l'action en constatation négative a été refusée par la juridiction italienne. Les magistrats ont ainsi considéré que, eu égard à l'effet liant attaché à la décision de la Commission européenne, il n'y avait pas de risque de conflit. L'arrêt avait ainsi conduit le Professeur Idot[868] à considérer que les actions torpilles fondées sur l'exception de connexité étaient vouées à l'échec dans le cadre du contentieux complémentaire. Cette dernière est finalement revenue sur cette position à la suite de l'arrêt « *CDC* » du 21 mai 2015. Comme nous l'avons déjà relevé *supra* (V. n° 709), la CJUE a admis l'exception au motif que les droits nationaux sont susceptibles de connaître d'importantes divergences sur le plan des règles de la responsabilité civile. Or, la directive 2014/104 ignorant sur ce point des questions en pratique capitales, telles que celle de l'identité ou non des fautes civiles et concurrentielles, ou encore celle des exigences relatives à l'établissement du lien de causalité entre la faute et le dommage, la solution rendue dans l'arrêt « *CDC* » nous semble pouvoir perdurer, et ainsi permettre le recours aux actions torpilles. Ces dernières nous semblent par ailleurs particulièrement

[864] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 35

[865] LABERNEDE R., « Les limites aux stratégies juridiques : l'exemple de l'abus de droit », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 490.

[866] AMARO R., « Aspects de droit international privé : les risques liés au forum shopping et les moyens d'y remédier », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 291.

[867] IDOT L., « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *ibid*.

[868] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid*., p. 356 ; CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/13.

intéressantes du point de vue de la faute civile : ainsi, l'exercice d'une action en déclaration négative devant les juridictions d'un Etat membre admettant la théorie de la dualité des fautes pourrait permettre d'échapper à la compétence de juridictions retenant quant à elles une conception unitaire des fautes civiles et concurrentielles.

720. Comme nous venons de le constater, l'application des règles du droit international privé présente diverses conséquences stratégiques, tant du point de vue des victimes que des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Il convient de rappeler à ce titre l'importance de l'action de groupe, qui constitue l'un des facteurs les plus importants d'augmentation du risque pour les auteurs de l'infraction (V. *supra*, n° 599). La question se pose alors de savoir si des actions de groupe étrangères seraient ou non susceptibles d'être dirigées à l'encontre d'un auteur de pratiques anticoncurrentielles domicilié dans un Etat membre donné.

§ 2nd : Les difficultés propres à la mise en œuvre des actions collectives dans un contexte international

721. Dans le cadre d'une étude spécifiquement consacrée à la question des rapports qu'entretiennent les règles du droit international privé et les règles des actions collectives[869], Mme le Professeur Idot recense l'existence de quatre thématiques autour desquelles se cristallisent des difficultés. Il s'agit de la thématique classique de la détermination du juge compétent et de l'application des règles de droit nationales (A), ainsi que de la circulation des décisions et enfin des hypothèses de contentieux parallèles (B).

A. La détermination du juge compétent et du droit applicable aux actions collectives

722. Afin de déterminer le juge compétent et la loi applicable à une action de groupe intentée dans le contexte d'une infraction transnationale, il convient ici encore de faire application des règles des règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis (1), ainsi que des règlements Rome I et Rome II (2). Ces dernières soulèvent un certain nombre de questions lorsqu'elles sont appliquées aux actions de groupe.

[869] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 337.

1. La détermination du juge compétent pour connaître d'une action collective

723. Les règles du règlement Bruxelles I bis étant réservée à la matière civile et commerciale, le Professeur Idot identifie tout d'abord des difficultés relatives à son champ d'application dans le cadre de l'action de groupe (a), ainsi qu'à la rencontre entre les dispositions du règlement et les règles encadrant le fonctionnement de telles actions (b).

a. Un règlement applicable en matière civile et commerciale

724. L'application du règlement Bruxelles I bis aux actions de groupe peut poser une première difficulté du point de vue de la nature de l'action, son article 1er en réservant l'application à la matière civile et commerciale. S'il est de principe que le règlement n'est pas applicable aux décisions des autorités nationales de concurrence (ANC), la question se pose de savoir quel sort réserver au contrôle de la décision d'une ANC par une cour, telle que le *Competition Appeal Tribunal (CAT)* au Royaume Uni ? L'examen de la jurisprudence rendue par le *CAT* révèle que ce dernier ne procède à aucun contrôle de sa compétence internationale au regard du règlement de Bruxelles. La question se pose encore de savoir si les règlements consensuels, qui doivent être homologués par un Tribunal, relèvent également de la matière civile et commerciale ? C'est en tout cas ce que soutient un rapport Jénard, selon lequel les règlements de Bruxelles devraient trouver à s'appliquer, et ce même en matière gracieuse[870]. Une fois déterminé que l'action relève bien de la matière civile et commerciale au sens des règlements, il convient d'en appliquer les règles.

b. L'application de Bruxelles I et Bruxelles I bis aux actions de groupe

725. Une seconde difficulté relevée par le Professeur Idot réside dans le fait que la compétence internationale est fondée sur des règles générales, qui résultent de la combinaison des art. 2 et 6.1 du règlement Bruxelles I (art. 4 et 8.1 du règlement Bruxelles I bis), qui trouvent ainsi à s'appliquer aux actions individuelles comme aux actions de groupe. Dès lors, les solutions dégagées à l'occasion de la jurisprudence « *Provimi* » et des arrêts qui lui ont succédé leurs sont donc applicables.

726. Comme le souligne le Professeur Idot, l'ensemble des règles des règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis sont susceptibles de s'appliquer aux actions collectives, ce qui pose la question des règles de compétence spéciale, telles les règles protectrices des consommateurs. Dans un arrêt « *Henkel* »[871], la CJCE a considéré que les règles des art. 13 à 15 du règlement Bruxelles

[870] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 343.
[871] CJCE, 1er octobre 2002, Henkel, aff. C-167/00.

I étaient inapplicables dans l'hypothèse où l'action serait introduite par une personne représentant les consommateurs, mais qui n'aurait pas été elle-même partie au contrat. Le Professeur Idot précise que cette solution est aujourd'hui toujours valable pour exclure l'application des art. 17 à 19 du règlement Bruxelles I bis, et « exclut de la même manière le jeu des dispositions de l'art. [7.1], sur l'option de compétence en matière contractuelle, ou encore de l'article 25 sur les clauses attributives de juridiction ». En outre, et à supposer que l'action ait un fondement contractuel (ce qui est peu probable en pratique), l'application de l'art. 7.1 aux actions collectives serait inappropriée dans la mesure où elle risquerait de provoquer un éclatement du contentieux. Il nous semble en outre que, dans la mesure où les actions ayant un fondement contractuel ne pourraient en pratique n'être le fait que de professionnels (qu'il s'agisse des victimes ou de sociétés ayant racheté leurs créances), ces règles ne trouveraient de toute manière pas à s'appliquer puisqu'il ne s'agirait pas de consommateurs. Le Professeur Idot remarque toutefois que lorsque le fondement de l'action est délictuel, l'art. 7.3 du règlement Bruxelles I bis trouve alors à s'appliquer, offrant ainsi une option au demandeur, qui aura le choix entre intenter l'action devant les juridictions du lieu du fait générateur (difficilement identifiable en pratique), ou devant celles du lieu du dommage. Or, en matière d'actions collectives, la pluralité des victimes rend là encore cette identification difficile. Le Professeur Idot considère toutefois que la CJUE semble avoir, dans l'arrêt « *CDC* », abandonné sa jurisprudence « *Fiona Shevill* » (V. *supra*, n° 704), autorisant ainsi la victime à demander réparation de l'intégralité du dommage devant la juridiction de son siège social[872]. Sur le plan stratégique, cette solution nous semble pouvoir s'avérer couteuse pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, qui devront alors faire le déplacement pour se défendre. L'application des règles du droit national pourrait toutefois leur fournir à l'inverse des moyens de défense contre les actions collectives engagées depuis l'étranger.

2. La détermination de la loi applicable aux actions collectives

727. Qu'il s'agisse d'une action en représentation ou d'une action de groupe, les règlements européens relatifs au droit international privé ne prévoient aucune disposition particulière. Il convient alors de faire application des solutions dégagées par les droits nationaux, et la lex fori jouera alors un rôle prédominant, bien que non exclusif. Le Professeur Idot propose donc de répondre à la question de savoir qui sont les titulaires de l'action (a), mais encore à la question de savoir qui en sont les bénéficiaires (b).

[872] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 345 ; CJUE, 21 mai 2015, Cartel Damages Claims, aff. C-352/13.

a. La détermination des titulaires de l'action en application des règles des droits nationaux

728. Mme le Professeur Idot opère une distinction entre actions représentatives d'une part (i), et actions par agrégation des demandes d'autre part (ii). Si les actions représentatives ne devraient pas vraiment inquiéter les auteurs de pratiques anticoncurrentielles assignés en France, tel ne sera pas le cas en présente d'une action intentée par le cessionnaire des créances des victimes.

i. Les actions représentatives

729. Les actions représentatives sont définies comme suit par le livre blanc[873] de la Commission européenne :

« *Des actions représentatives, intentées par des entités qualifiées telles que des associations de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnelles, au nom de victimes identifiées ou, dans des cas plutôt restreints, identifiables. Ces entités sont soit i) officiellement désignées à l'avance soit ii) habilitées par un État membre, au cas par cas pour une infraction donnée aux règles de concurrence, à intenter une action au nom d'une partie ou de la totalité de leurs membres* ».

730. En suivant l'analyse traditionnelle du droit international, il convient de raisonner en termes de conflits de loi et de rechercher la loi applicable à la recevabilité de l'action. Différentes lois sont ainsi en présence : la loi du groupement, la *lex fori*, ainsi que la loi applicable au fond. Or, comme le souligne le Professeur Idot, les solutions sont variables d'un Etat membres à l'autre. À titre d'exemple, l'intérêt à agir relève en France de la *lex fori*, et la qualité pour agir relève quant à elle de la loi du groupement, « sous réserve qu'il faut également prendre en compte la loi applicable au fond ». À l'inverse, en droit allemand, la qualité pour agir relève de la *lex fori* alors que l'intérêt pour agir relève quant à lui de la loi applicable au fond[874]. En application de l'art. 6.3 du règlement Rome II, la loi applicable au fond est soit la loi du marché, soit, en cas de pluralité de défendeurs, la *lex fori*. Comme le relève le Professeur Idot, le système actuellement en vigueur est donc un système d'application cumulative, qui conduit en pratique à appliquer deux lois. Un tel système ferme selon elle la voie à toute tentative de la part d'une entité représentant les victimes d'intenter en France une action collective. Le Professeur Idot souligne toutefois qu'une autre approche pourrait être retenue, raisonnant cette fois non plus en

[873] 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, pt. 2.1, p. 3.
[874] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 346.

termes de conflit de lois, mais de reconnaissance. Cette approche est en outre l'approche privilégiée en droit de l'Union européenne, et notamment en matière de droit de la consommation, comme en témoigne la directive 98/27 du 19 mai 1998. La Commission européenne a ainsi établi une liste d'associations au profit desquelles les tribunaux nationaux reconnaissent capacité à agir, tout en se réservant le droit d'examiner si le but de l'association en cause justifie le fait qu'elle intente une action dans le cadre d'une affaire donnée. L'adoption d'un tel système en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles semble toutefois reculer, la recommandation du 11 juin 2013 indiquant à ce titre que toute entité représentative s'étant vu reconnaître par un Etat membre qualité pour agir devrait être autorisée à saisir la juridiction nationale compétente pour connaître du préjudice de masse[875]. Or, l'emploi du terme « devrait » marque un net recul par rapport à l'avant-projet de 2009, qui prévoyait quant à lui le droit pour de telles entités représentatives d'intenter l'action dans tous les Etats membres sans exigences supplémentaires.

731. Ce constat nous semble dès lors de nature à rassurer les auteurs de pratiques anticoncurrentielles assignés en France, sans toutefois les mettre de manière absolue à l'abri des poursuites. Les règles relatives à l'action de groupe pourraient en outre faire l'objet d'une contestation sur le fondement des règles relatives à la libre prestation de services, comme cela a déjà été évoqué *supra*, afin de faire échec à la règle du filtre associatif (V. n° 525). De plus, les victimes conservent la possibilité de recourir au rassemblement de plaintes afin de contourner cette difficulté, bien que la solution s'adresse plutôt aux personnes morales qu'à des consommateurs, qui n'auront selon nous la plupart du temps aucun véritable intérêt économique à l'exercice de l'action (V. *supra*, n° 565). Les victimes pourront encore avoir recours au mécanisme de la cession de créances, qui devrait lui aussi pouvoir être intenté en France depuis l'étranger (la limite relative au droit de retrait litigieux nous semblant pouvoir être contournée, V. *supra*, n° 583 s).

ii. Les actions par agrégation des demandes

732. Le Livre Blanc[876] définit comme suit les actions par agrégation des demandes :

[875] CE, « 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 du 11 juin 2013 (2013/396/UE) », JOUE, 26 juillet 2013, L201/60.
[876] 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, pt. 2.1., p. 4.

« *Des actions collectives assorties d'une option de participation explicite, dans lesquelles les victimes décident expressément de mettre en commun leurs demandes d'indemnisation individuelles pour les dommages qu'elles ont subis, afin d'engager une seule action en justice* ».

De telles actions existent dans certains Etats membres, comme la Suède par exemple. Le Professeur Idot[877] indique que seule la *lex fori* leur est applicable, ce qui interdit en pratique leur introduction devant les juridictions d'un Etat membre au sein duquel cette forme de recours collectif est inconnue. Ici encore, la recommandation du 11 juin 2013 se contente d'indiquer que les Etats membres « devraient veiller » à ce que les règles nationales n'empêchent pas l'introduction d'une telle action. Il nous apparaît ainsi que l'introduction d'une telle action en France demeure, à l'heure actuelle, impossible.

733. La question pourrait se poser de savoir si l'action introduite par une entreprise ayant racheté les créances de réparation des victimes pourrait tomber sous le coup d'une telle interdiction ? La réponse nous semble négative. En effet, il ne s'agit pas, ici encore, pour les victimes de rassembler leurs actions afin de les introduire en commun dans le cadre d'une seule et même procédure. Il s'agit bien d'une action individuelle, exercée par le cessionnaire, et dont les victimes se trouveront exclues. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne nous semblent pas, dès lors, en mesure d'échapper à l'action de telles sociétés. Il en va de même des actions collectives développées par les cabinets d'avocats, puisqu'elles consistent en une succession d'actions individuelles, et non en une mise en commun des demandes.

734. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles pourraient donc se trouver confrontés à la mise en œuvre d'actions collectives de la part des personnes morales victimes, ou du cessionnaire ayant racheté leurs droits. Bien que l'hypothèse demeure peu probable, il semble qu'ils puissent également être assignés dans le cadre d'actions représentatives organisées par des associations étrangères de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnelles (V. *supra*, n° 730). Il convient donc de s'interroger sur la question de savoir qui pourraient être les bénéficiaires d'une telle action si elle venait à être admise en droit français.

[877] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 347.

b. La détermination des bénéficiaires de l'action en application des droits nationaux

735. Comme le relève Mme le Professeur Idot[878], à supposer que l'action de groupe puisse être introduite, se pose encore la question des catégories de victimes qui seraient susceptibles d'en bénéficier. Or, une telle question n'est pas neutre en pratique, les droits nationaux n'étant pas égaux en la matière (les personnes morales sont par exemple exclues des victimes pouvant participer à une action de groupe en droit français). Pour les actions représentatives, la question est de savoir si la loi applicable doit être la même que celle régissant la qualité à agir, ou s'il faut renvoyer sur ce point à la loi applicable au fond. Le Professeur Idot considère que la loi applicable devrait alors être la loi du groupement. Elle souligne que pour les actions par agrégation des demandes, c'est toutefois la *lex fori* qui semble prévaloir sur la loi applicable au fond. Ainsi, si la loi applicable est la loi du groupement, et non la loi française, il nous semble qu'une action représentative étrangère qui inclurait des personnes morales devrait pouvoir prospérer devant les juridictions françaises, puisqu'elle ne serait alors pas régie par les dispositions de la loi Hamon.

736. Le lieu de résidence des victimes pourrait encore constituer une difficulté, la question étant de savoir si une entité représentative des victimes résident dans un Etat membre donné peut ou non représenter des victimes ayant leur résidence dans une autre Etat membre ? Le même problème se pose en matière d'actions de groupe par agrégation des demandes, la question étant alors de savoir si le groupe peut ou non comprendre des victimes résidant dans un autre Etat membre ? La proposition a ainsi été faite en doctrine de distinguer les systèmes *d'opt-in*, dans lesquels la réponse serait positive, des systèmes *d'opt-out*, dans lesquels la réponse serait négative (sous peine de conférer à l'action une portée trop large). Le Professeur Idot[879] considère quant à elle que la véritable question est de déterminer si la *lex fori* est ou non applicable, et la jurisprudence rendue par les juridictions néerlandaises apporte à la question une réponse positive, admettant ainsi que l'action puisse être étendue à des victimes établies dans d'autres Etats membres. Il demeure toutefois en pratique difficile d'identifier les victimes établies à l'étranger, et de les notifier de l'existence de la procédure.

737. Le Professeur Idot conclut ainsi qu'eu égard à la multitude d'obstacles susceptibles d'entraver l'exercice d'une action de groupe devant une juridiction d'un autre Etat membre, ainsi qu'à la prééminence de la *lex fori*, les actions de groupe devraient demeurer de portée

[878] *Ibid.*, p. 348.
[879] *Ibid.*, p. 349.

nationale, bien que la circulation des solutions adoptées à la suite de la procédure ne soit pas exclue.

B. La circulation des solutions et la mise en œuvre de contentieux parallèles

738. La question se pose dès lors de savoir dans quelle mesure les solutions adoptées à la suite d'une action collective seront en mesure de circuler au sein de l'Union européenne, les solutions offertes par le règlement Bruxelles I bis en la matière n'étant pas pleinement satisfaisantes (1). Il conviendra en outre d'évoquer l'hypothèse du contentieux parallèle, qui devrait conduire à l'application des exceptions de connexité et de litispendance (2).

1. La circulation des solutions adoptées à la suite d'une action collective

739. Si elle considère la circulation des solutions au sein de l'Union européenne, encadrée par le règlement Bruxelles I bis, comme une question essentielle, Mme le Professeur Idot souligne en la matière deux séries de difficultés. La première tient à la notion même de ce qu'est un jugement au sens du règlement (a), et la seconde aux effets que produit le jugement (b).

a. Les problématiques liées à la notion de jugement

740. Les actions de groupes se déroulant pour la plupart en deux temps, ce qui implique l'existence d'un jugement intermédiaire entre les phases de l'action, la question se pose de la nature de ce jugement intermédiaire. Il s'agit par exemple du jugement de certification de la *class action* en Amérique (mécanisme que l'on retrouve au sein de l'Union européenne, par exemple en Italie), ou encore du jugement sur le principe de la responsabilité de l'action de groupe du droit français. Ce jugement intermédiaire constitue-t-il un jugement au sens du règlement Bruxelles I bis ? Le Professeur Idot[880] considère que tel doit être le cas à chaque fois que le jugement tranche des questions de fond, telles que la délimitation d'une catégorie de plaignants, des questions de droit ou de fait communes aux demandeurs, ou encore lorsqu'il apprécie le regroupement des procédures. Il s'agit alors d'un jugement mixte, revêtu à ce titre de l'autorité de la chose jugée. La CJCE[881] considère en outre, depuis un arrêt « Hoffman », que « les effets de l'autorité de la chose jugée devaient être appréciés au regard de la loi

[880] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 350 et 351.
[881] CJCE, 4 février 1988, « Horst Ludwig Martin Hoffmann c/ Adelheid Krieg », aff. 145/86.

d'origine, même si ces effets étaient inconnus dans l'Etat d'accueil ». La solution, rendue sous l'empire du règlement Bruxelles I, semble dès lors transposable à Bruxelles I bis.

741. L'action en réparation peut encore aboutir à un règlement amiable du litige, pour lesquels certains Etats membres prévoient l'obligation d'une homologation par le juge. Se pose alors la question de savoir s'ils sont susceptibles d'être qualifiés de transactions judiciaires au sens des dispositions du règlement Bruxelles I bis ? Si la définition auparavant retenu était une définition restrictive, qui ne visait que les transactions conclues devant une juridiction d'un Etat membre en cours de procédure, la nouvelle définition adopte quant à elle une approche plus large. Cette dernière vise en effet les transactions approuvées par une juridiction d'un Etat membre, ce qui devrait à notre avis permettre de qualifier les règlements amiables homologués par un juge de transactions judiciaires au sens de Bruxelles I bis. En application de l'art. 59 du règlement Bruxelles I bis, les transactions judiciaires sont exécutables de plein droit, sauf dans l'hypothèse où elles seraient manifestement contraires à l'ordre public, ce qui constitue un scénario peu probable selon le Professeur Idot, la transaction étant intervenue devant les juridictions d'un Etat membre. Le problème réside cette fois dans le fait que le texte ne vise que l'exécution et demeure muet du point de vue de la reconnaissance des transactions, ne procédant par ailleurs à aucun renvoi aux dispositions consacrées à la reconnaissance, prévues à l'art. 58 du règlement Bruxelles I bis. Comme le souligne le Professeur Idot, la règle pose problème en présence d'un contentieux parallèle. Si considérer que l'homologation par le juge fait d'elles des jugements permettrait de les faire bénéficier des règles sur la reconnaissance, l'auteur considère qu'une lecture littérale du règlement conduit à une réponse négative. Un arrêt « *Solo* », qui opère nettement une distinction entre transactions purement contractuelles et transactions judiciaires, est toutefois évoqué en doctrine comme argument à l'appui d'une extension des règles sur la reconnaissance aux jugements d'homologation[882]. Outre la question des décisions susceptibles d'entrer dans le champ d'application du règlement, d'autres difficultés apparaissent s'agissant des effets découlant du jugement.

b. Les problématiques liées aux effets du jugement

742. Selon le Professeur Idot[883], sous l'empire du règlement Bruxelles I, les victimes rencontraient des difficultés pour obtenir en France l'exécution totale d'un jugement statuant sur une action collective rendu à l'étranger. Or, le règlement Bruxelles I bis supprime quant à

[882] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 352 ; CJCE, 2 juin 1994, aff. C-414/92.
[883] *Ibid.*, p. 353.

lui l'exigence de *l'exequatur*, octroyant ainsi reconnaissance de plein droit aux jugements entrant dans son champ d'application, et ce y compris s'il s'agit de jugements rendus à la suite d'une action collective. Ils peuvent donc être exécutés de plein droit, sous réserve de la production d'une copie du jugement et d'un certificat, et il incombera donc au défendeur d'agir s'il entend s'opposer à son exécution. Les motifs pour ce faire sont énumérés à l'art. 45.1 du règlement, et sont les mêmes pour la reconnaissance comme pour l'exécution. Or, l'auteur considère là encore qu'il sera difficile en pratique d'identifier un motif. Il s'agira en effet de démontrer la manifeste contrariété à l'ordre public de la décision, ce qui semble difficilement envisageable dans la mesure où les Etats membres doivent respecter les dispositions de la directive 2014/104. En outre, le fait que l'action repose sur l'*opt-in* ou *l'opt-out* est indifférent selon l'auteur, de même que la distinction entre *stand-alone* et *follow-on*. Ainsi, les moyens procéduraux prévus par l'art. 45.1 seront plus pertinents pour tenter de faire échec à la reconnaissance et à l'exécution des jugements. Ceux-ci concerneront surtout les hypothèses de contentieux parallèles.

2. Les problématiques propres aux contentieux parallèles

743. Il convient de distinguer en la matière les actions parallèles introduites au sein de l'Union européenne (a) des actions parallèles introduites dans des Etats tiers à l'Union (b).

a. Les actions parallèles introduites au sein de l'Union européenne

744. Le Professeur Idot indique que s'il n'existe pour le moment pas de jurisprudence rendue en la matière, la transposition de la directive 2014/104 pourrait en être le point de départ, d'autant plus que le règlement Bruxelles I bis ne règle pas les problématiques liées au *forum shopping*. Ainsi, des contentieux parallèles intentés devant les juridictions de différents Etats membres risquent d'apparaître à la suite d'affaires sanctionnées par la Commission, ce qui implique que les parties pourront mobiliser les mécanismes de concentration des actions (i), ainsi que les règles permettant le règlement des conflits de décisions (ii).

i. Les mécanismes de concentration des actions

745. L'art. 29 du règlement Bruxelles I bis prévoit tout d'abord l'exception de litispendance, dont les règles ont déjà fait l'objet de développements *supra* (V. n° 708 et 719). Si la réunion des conditions nécessaires à son application semble difficile, Mme le Professeur Idot[884] souligne deux hypothèses propres aux actions collective dans lesquelles l'exception pourrait

[884] IDOT L., « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », *ibid.*, p. 355.

présenter un intérêt. La première envisage les actions reposant sur *l'opt-out*, dont le champ peut alors couvrir des victimes situées dans d'autres Etats membres. Si ces dernières omettaient de se manifester pour sortir de l'action, mais intentaient toutefois une action en réparation devant les juridictions de leurs propres Etats membres, l'exception serait alors susceptible de jouer. La seconde envisage quant à elle les modèles reposant sur *l'opt-in*, et dans lesquels l'action est engagée par une entité représentant les victimes. En effet, les victimes ne sont alors pas parties au procès, et l'exception de litispendance ne devrait pas pouvoir jouer en cas de mise en œuvre parallèle de l'action par les victimes, alors qu'il y aurait intérêt à le faire selon le Professeur Idot.

746. L'art. 30 du règlement Bruxelles I bis prévoit quant à lui l'exception de connexité, elle aussi développée *supra* (V. n° 709 et 719). Cette dernière emporte pour conséquence, lorsque les conditions sont réunies, le sursis à statuer voire le dessaisissement de la juridiction saisie en second au profit de la juridiction saisie en premier, si cette dernière peut effectivement connaître de l'affaire. Or, comme nous l'avons déjà évoqué supra (V. n° 719), la CJUE a admis le jeu de cette exception dans le cadre de l'affaire *CDC*, au motif de l'existence de solutions divergentes du point de vue des droits nationaux quant aux conditions de la responsabilité civile (solution qui devrait à notre avis perdurer, la directive 2014/104 ignorant à ce titre d'importantes questions telles que l'identité des fautes, ou encore les conditions relatives à la causalité, notamment). Le Professeur Idot[885] distingue alors deux situations. La première concerne l'hypothèse dans laquelle la juridiction saisie en premier est compétente pour connaître de l'ensemble des demandes formulées, auquel cas la juridiction saisie en seconde pourrait se déclarer incompétente. L'auteur soulève alors la question de savoir une telle exception pourrait-être soulevée par le défendeur, voire leur permettre, avant même la saisine de la seconde juridiction, d'introduire une action déclaratoire à l'encontre des victimes résidant dans d'autres Etats membres. Cette remarque du Professeur Idot nous semble mériter l'attention des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, la distance étant de nature à augmenter pour les demandeurs le coût de l'action. Or, qu'il s'agisse d'une action par agrégation des demandes ou d'une action introduite par une entité représentative, ce coût ne sera pas neutre, et pourra être de nature à décourager l'action. Là encore, une solution pour les victimes consisterait à tout simplement céder la créance à une entreprise spécialisée dans leur rachat, ces dernières ayant un intérêt financier à agir du fait des fortes sommes que de telles actions génèrent pour elles. La seconde hypothèse évoquée par le Professeur Idot est celle dans laquelle la juridiction saisie en premier

[885] *Ibid.*, p. 356.

ne serait pas compétente pour connaître de l'ensemble des demandes formulées, auquel cas seul un sursis à statuer sera envisageable.

747. Il convient ensuite d'évoquer les mécanismes destinés à régler les conflits de décisions, qui pourraient eux-aussi être sollicités par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles afin de tenter de faire échec à la mise en œuvre d'une action de groupe émanant de l'étranger.

ii. Les mécanismes destinés à régler les conflits de décisions

748. Il s'agira d'évoquer ici les motifs de non-reconnaissance et de non-exécution des décisions fondés sur des raisons procédurales. En matière d'actions collectives, le Professeur Idot souligne notamment l'utilité de l'art. 45.1 sous b), qui vise comme motif le fait qu'une décision ait été rendue par défaut en violation des règles relatives à la notification. Cette dernière pourrait en effet concerner les actions collectives reposant sur *l'opt-out*, dans l'hypothèse où une victime située dans un autre Etat membre n'aurait pas fait jouer *l'opt-out* et aurait décidé d'intenter l'action dans son Etat membre d'origine. L'art. 45.1 sous c) et d) prévoit en outre, au titre des motifs de non-reconnaissance/non-exécution, le fait que la décision soit inconciliable avec une décision rendue antérieurement, soit dans l'Etat membre requis, soit dans un autre Etat membre. Cette dernière hypothèse semble plus difficile à imaginer en pratique du point de vue des règles de fond selon le Professeur Idot, mais les règles sur la détermination des personnes responsables présentent des complexités telles qu'elles pourraient permettre l'application du texte.

749. L'hypothèse d'une application des règles qui viennent d'être évoquées relativement à la concentration des actions et aux conflits de décisions semblent toutefois plus facilement envisageable lorsqu'une action parallèle est introduite devant les juridictions d'un Etat tiers à l'Union européenne.

b. Les actions parallèles introduites au sein d'un Etat tiers à l'Union européenne

750. Bien qu'il s'agisse de l'hypothèse la plus fréquente selon le Professeur Idot[886], cette dernière précise que les exemples demeurent rares en matière de droit de la concurrence. Ainsi, en l'absence de convention internationale, il convient de faire application des règles de droit commun du droit international privé. Or, leur application aboutit à un contrôle plus étendu que celui opéré dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, et « les motifs de refus de donner effet à un jugement étranger sont plus larges », notamment parce que la conception de l'atteinte à l'ordre public est elle-même plus large. Des règles telles que *l'opt-out* et les dommages et intérêts punitifs rendent beaucoup plus élevé le risque de refuser la reconnaissance et

[886] *Ibid.*, p. 357 et 358.

l'exécution d'un jugement rendu dans un système admettant de telles règles (comme les Etats-Unis, par exemple). Il n'empêche que, d'un point de vue stratégique, « les défendeurs auront du mal à empêcher l'introduction de nouvelles actions en Europe », et devront pour ce faire « se prévaloir de l'autorité de la chose jugée de la décision américaine en France ». Si celle-ci est admise, les demandeurs européens qui espéraient obtenir des sommes plus importantes en saisissant les juridictions américaines se heurteront alors à l'impossibilité de faire exécuter la décision. Le Professeur Idot relève toutefois l'hypothèse inverse, dans l'affaire « *Vivendi* », dans le cadre de laquelle les défendeurs demandaient aux juges français une injonction obligeant les demandeurs à se désister d'une *class action* introduite contre eux aux Etats-Unis. L'injonction leur a été refusée par la cour d'appel de Paris. L'auteur relève en outre la possibilité, en application des art. 33 et 34 du règlement Bruxelles I bis, de faire jouer les exceptions de litispendance et de connexité en présence d'instances pendantes devant les juridictions d'un Etat tiers à l'Union européenne.

Conclusion du chapitre

751. Les développements du présent chapitre mettent en évidence le caractère protéiforme de la notion de contentieux privé. En fonction du choix entre contentieux autonome ou contentieux complémentaire, en fonction de la taille de l'entreprise, en fonction du droit applicable au litige, le contentieux privé recouvrira différentes réalités. Tantôt relativement long, tantôt relativement court, l'exercice de l'action en réparation offrira différents avantages et inconvénients en fonction de la forme que choisiront les victimes. La première principale option en la matière réside dans le choix à opérer entre le contentieux autonome ou le contentieux complémentaire. Si ce dernier a parfois fait l'objet de critiques relatives à son manque d'efficacité en raison du coût et de la durée globale de la procédure, le droit nouveau permettra selon nous de grandement les atténuer. Le contentieux complémentaire devrait ainsi, grâce à l'effet liant et à l'aménagement du délai de prescription, devenir une option envisageable aux yeux des victimes. Cette forme contentieuse sera notamment adaptée à la sanction d'infractions complexes, pour lesquelles la preuve de l'infraction nécessitera des moyens d'investigation dont seules disposent les autorités de concurrence. Elle présentera en outre un intérêt certain dans le cadre d'une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux, puisqu'elle permettra le prononcé d'une sanction globale plus importante que dans le cadre du contentieux autonome. Ce dernier ne se trouvera pour autant pas privé d'intérêt, mais nous semble plus adapté à la sanction d'infractions caractérisées au droit de la concurrence, pour lesquelles la démonstration du fait générateur de responsabilité ne demandera pas d'efforts trop importants. Plus rapide que

le contentieux complémentaire, le contentieux autonome semble aujourd'hui particulièrement efficace dans le cadre d'un contentieux d'origine contractuelle, le contrat servant alors de base à la quantification du préjudice. L'application de la théorie de l'utilité espérée révèle ainsi selon nous que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait trouver sa place dans la stratégie des entreprises, car il existe désormais des solutions adaptées à chacune d'entre elles. Les entreprises de taille importante pourront ainsi préférer un contentieux complémentaire, plus long mais plus intéressant sur le plan stratégique afin de déstabiliser les concurrents, alors que les entreprises de petite taille pourront préférer se concentrer sur la sanction d'infractions simples dans le cadre du contentieux autonome. Elles pourraient encore faire le choix de se rassembler dans le cadre d'une action collective organisée par un cabinet d'avocat, ou encore se coordonner pour céder leurs droits à une société de rachat de créances indemnitaires, ces deux solutions leur permettant alors d'éviter les éventuelles représailles que pourrait intenter à leur encontre l'auteur des pratiques (à condition que la majorité des victimes décident de jouer le jeu, V. *supra*, n° 513, 567, 659). Les victimes conserveront en outre toujours la possibilité de demander la nullité des pratiques aux côtés d'une demande en réparation, sanction qui présente un intérêt certain sur le plan stratégique. Le succès du contentieux privé devrait donc désormais passer par la sensibilisation des entreprises à la possibilité de le mettre en œuvre, et aux bénéfices qu'elles sont susceptibles d'en retirer. Rappelons à ce titre que fournir des outils juridiques efficaces aux victimes ne semble pas suffire à permettre le développement de ce type de contentieux, comme en témoigne l'exemple japonais (V. *supra*, n° 31 et 81).

752. Il convient ensuite de remarquer qu'un autre élément introducteur d'options stratégiques au bénéfice des entreprises réside dans l'application des règles de droit international privé. La jurisprudence récente s'avère en effet propice à la localisation de l'action dans un for intéressant pour les victimes, ces dernières ayant intérêt à choisir une juridiction favorable à l'allocation de dommages et intérêts importants. À l'inverse, les défendeurs auront quant à eux intérêt à tenter de mettre en œuvre des actions torpilles afin d'alourdir la durée et le coût de la procédure en vue de décourager les victimes. Ils devront en outre prêter attention au risque d'action de groupe, car s'il est possible que la loi Hamon soit applicable à l'action de groupe intentée en France par des victimes situées à l'étranger, limitant ainsi son efficacité, il n'est pas absolument certain que tel sera bien le cas. La loi du groupement pourrait ainsi trouver à s'appliquer, et l'entreprise aurait alors affaire à une véritable action de groupe potentiellement efficace (d'où l'intérêt des stratégies de défense évoquées *supra*, V. n° 523 s). Un autre risque important réside dans le recours au mécanisme de la cession de créances, qui ne devrait pas être entravée par les

règles du droit international privé, à condition de faire échec au droit de retrait litigieux, notamment par le biais de la liberté de prestation de services (V. *supra*, n° 584 et 585).

753. L'ensemble des développements du présent chapitre étant surtout focalisés sur la question de le meilleure manière pour le demandeur d'exercer l'action en fonction de sa taille et de sa maîtrise du droit de la concurrence, il convient ensuite d'aborder les différentes conséquences stratégiques pouvant résulter de la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Chapitre 2nd : Les conséquences stratégiques du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

754. Dans le cadre d'un précédent chapitre de la présente thèse, nous soulevions la question de savoir si, en l'absence de dommages et intérêts punitifs au sein de l'ordre juridique européen, le contentieux privé présenterait ou non un caractère suffisamment incitatif pour que les victimes décident effectivement qu'il est opportun de le mettre en œuvre (V. *supra*, n° 218 s). Il convient à ce titre de rappeler que l'un des objectifs des dommages et intérêts punitifs consiste à inciter la victime à agir en lui permettant de recevoir plusieurs fois le montant de son préjudice, l'idée étant qu'elle devienne alors un véritable « procureur privé » qui réclamerait une « peine privée » à son profit[887]. Or, si les dommages et intérêts punitifs semblent interdits en Europe par la directive 2014/104, nous avions avancé l'hypothèse selon laquelle le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait malgré tout présenter un intérêt certain, ne serait-ce qu'en raison des opportunités stratégiques qu'il offre aux entreprises. Il convient donc à ce titre d'étudier comment le contentieux privé devrait trouver sa place au sein de la stratégie de l'entreprise (Section 1ère), avant de tenter de dresser une liste, par essence non-exhaustive, des diverses opportunités stratégiques qu'offre la matière (Section 2nde).

Section 1ère : L'inclusion du contentieux privé dans la stratégie de l'entreprise

755. Afin d'évoluer sur un marché donné, l'entreprise doit mettre en œuvre des stratégies efficaces pouvant consister à affronter, à éviter, ou encore à coopérer avec ses homologues. Confrontées aux règles du droit des pratiques anticoncurrentielles, ces stratégies sont susceptibles de constituer des infractions, et un tel risque constitue parallèlement un levier stratégique que les entreprises rivales n'hésitent pas à solliciter en pratique (§ 1er). Les directions juridiques des entreprises devront donc veiller à ne pas négliger d'intégrer le contentieux privé dans leur stratégie juridique (§ 2nd).

[887] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 53.

§ 1er : Les rapports naturels unissant le droit des pratiques anticoncurrentielles et la stratégie d'entreprise

756. La stratégie d'entreprise ne saurait ignorer le droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'elle aborde classiquement comme un risque à éviter. Il convient d'observer que ce qui constitue un risque pour une entreprise constitue une opportunité pour ses rivales, le droit des pratiques anticoncurrentielles pouvant dès constituer un atout stratégique pour les entreprises qui choisiraient de l'exploiter (A). Dans la mesure où la matière vise précisément à réguler les comportements adoptés par les acteurs évoluant sur le marché, elle constitue selon nous une composante naturellement de la stratégie d'entreprise (B).

A. La maîtrise de la règle de droit, un atout pour l'entreprise

757. Afin de saisir la pleine mesure de l'importance pour l'entreprise de maîtriser la règle de droit, il convient d'évoquer, dans un premier temps, les rapports qu'entretient la stratégie d'entreprise avec le droit de manière générale (1). Cette importance est telle que la maîtrise de la règle de droit est parfois considérée comme nécessaire pour pouvoir intervenir sur le marché (2).

1. L'association des juristes à l'élaboration de la stratégie d'entreprise

758. Si la règle de droit est traditionnellement perçue dans l'opinion comme une contrainte limitant la liberté des agents, les entreprises ont depuis longtemps compris qu'une telle vision s'avère en réalité réductrice. Comme l'expose M. le Professeur Roquilly, si les contraintes et incertitudes propres à la sphère juridique constituent un risque pour les entreprises, elles génèrent également pour elles des opportunités. En effet, ce qui est perçu comme une menace pour les uns peut être perçu comme une opportunité pour les autres, et certaines entreprises font ainsi un usage stratégique des règles juridiques afin d'accéder à de nouveaux marchés ou segments de marché[888]. D'autres auteurs remarquent ainsi que le juriste est aujourd'hui amené à participer à l'élaboration de la stratégie de l'entreprise, réflexion qui tourne autour de la question de l'acquisition ou du maintien de sa profitabilité. Or, dans de nombreuses situations, l'avantage commercial que désire obtenir l'entreprise « se confronte à l'existence d'un risque ou d'une opportunité au regard des règles du droit de la concurrence ». L'entreprise doit alors veiller à ne pas en enfreindre les règles, mais peut également surveiller les activités de ses

[888] ROQUILLY C., « Contribution à la reconnaissance de l'influence du droit dans la stratégie d'entreprise », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 41.

concurrents, et ainsi solliciter le droit de la concurrence afin de modifier diverses pratiques sur le marché. Ainsi, « le juriste peut […] devenir un véritable bras armé offrant à son management des options stratégiques pouvant s'avérer aussi efficaces que nombre d'actions commerciales ou de marketing »[889].

759. M. le Professeur Sainte Fare Garnot souligne que l'entreprise doit en effet préparer l'avenir en intégrant la confrontation à son environnement, qu'il s'agisse des clients ou des concurrents, et sa capacité d'anticipation devient à ce titre essentielle. Si l'entreprise a, depuis les années 1970, dû faire face à un environnement de plus en plus exigeant, la stratégie juridique était initialement surtout perçue comme un élément de gestion du risque, l'entreprise étant soucieuse de préserver son image en évitant la sanction. Mais cette seule fonction a été amenée à évoluer au fil du temps, et les juristes ont de plus en plus souvent été associées à la prise de décision, afin de réagir aux manœuvres des concurrents sur le marché, jusqu'à devenir des acteurs stratégiques de l'entreprise. Ces derniers participent donc désormais à sa démarche stratégique, et exercent à ce titre une variété de rôles. Il s'agit tout de d'abord de défendre l'image de l'entreprise et de ses produits face aux concurrents, aux clients, aux fournisseurs ou encore face aux autorités de concurrence, les dirigeants s'appuyant de plus en plus sur les juristes et leur rôle naturel dans la gestion du risque. Ces derniers doivent également se livrer à un travail constant de veille juridique, afin de pouvoir proposer des innovations juridiques à la direction de l'entreprise, tout en leur permettant de formuler auprès d'elle recommandations et anticipations. Il s'agira notamment d'identifier les opportunités stratégiques qu'offre l'évolution de la législation et de la jurisprudence, et de surveiller les initiatives prises par les concurrents afin d'apprécier leur régularité. Ces réflexions, loin d'être limitées aux juristes, valent également pour les conseils externes de l'entreprise. L'auteur souligne l'importance d'assurer une proximité entre juristes et opérationnels, les premiers devant être capables d'expliquer aux seconds les règles juridiques susceptibles de s'appliquer, et les accompagner dans la réalisation de leurs projets[890]. L'importance d'associer les juristes à l'élaboration de la stratégie de l'entreprise est telle que certains auteurs considèrent la maîtrise du droit comme un capacité seuil pour intervenir sur le marché.

[889] BLIN J-P, GRASS C., « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 124.
[890] SAINTE FARE GARNOT R., « La contribution des juristes à la stratégie d'entreprise : quelles évolutions ? – Un témoignage », *in* « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009, p. 172 s.

2. La maîtrise de la règle de droit comme capacité seuil

760. Une capacité seuil se définit comme une capacité indispensable pour intervenir sur un marché donné. Le marché étant soumis à un Etat de droit qui édicte des règles et les sanctionne, des auteurs considèrent que la conformité juridique peut s'analyser comme un prérequis indispensable pour y intervenir. La remarque concerne tout particulièrement le droit de la concurrence, la complexité juridique pouvant augmenter le coût d'acquisition des capacités seuil, avec pour effet l'exclusion des opérateurs incapables de s'y conformer. Une condamnation peut ainsi avoir pour effet « d'empêcher un opérateur de poursuivre son activité, compte tenu de l'investissement nécessaire afin de se mettre en conformité »[891]. La remarque nous semble d'autant plus pertinente que la sanction prononcée à l'encontre d'une entreprise sur le fondement du droit de la concurrence peut conduire cette dernière à revoir l'ensemble de sa stratégie, et ainsi exiger d'elle des adaptations particulièrement couteuses. M. le Professeur Champaud ajoute quant à lui que si l'entreprise doit rechercher l'obtention d'avantages stratégiques découlant de l'intelligence économique, elle doit également rechercher l'obtention d'avantages juridiques, recherche qui doit être intégrée à sa stratégie globale. Ces avantages peuvent notamment découler de techniques juridiques nouvelles, ou encore de techniques juridiques connues mais employées dans des circonstances ou pour des finalités différentes de celles qu'on leur prête habituellement[892].

761. M. le Professeur Masson souligne ainsi l'importance du capital juridique pour la mise en œuvre des stratégies de l'entreprise. La possibilité pour l'entreprise de mettre en œuvre sa stratégie dépendra en effet de sa capacité juridique (au sens de savoir-faire) et de son capital juridique (c'est-à-dire des outils à sa disposition destinés à lui permettre d'exploiter les opportunités juridiques susceptibles de se présenter). Or, ce capital varie en fonction de la taille de l'entreprise, qui peut jouer à son avantage en lui permettant par exemple de faire pression sur l'environnement normatif, ou au contraire à son désavantage en matière de concurrence. Une entreprise de taille importante dépassera en effet plus facilement les seuils de part de marché déterminant si une sanction peut ou non être prononcée à son encontre sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles[893]. Le droit de la concurrence ayant vocation à réguler les pratiques des entreprises sur le marché, il nous semble alors normal de le considérer

[891] DAIDJ N. et VERDUN F., « L'apport de l'analyse stratégique à la pratique du droit en entreprise », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 67.
[892] CHAMPAUD C., « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ? », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 80 s.
[893] MASSON A., « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 150.

comme une composante naturelle de la stratégie d'entreprise, pour laquelle il représentera tantôt un risque, tantôt une opportunité.

B. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, composante naturelle de la stratégie d'entreprise

762. Afin de comprendre pourquoi nous considérons le droit des pratiques anticoncurrentielles comme une composante naturelle de la stratégie d'entreprise, il convient d'évoquer quels sont les objectifs de l'entreprise sur le marché (1), ainsi que les possibles contradictions pouvant opposer ces objectifs aux règles du droit de la concurrence (2).

1. L'objectif de l'entreprise, la construction d'un avantage concurrentiel sur le marché

763. L'objectif des entreprises présentes sur un marché donné consiste en la recherche continuelle de rentes procurant des profits supérieurs aux coûts d'acquisition des ressources. Ainsi, l'entreprise détiendra une rente lorsqu'elle aura accès à des conditions préférables par rapport à ses concurrents, ou lorsqu'elle se montrera plus efficace que ces derniers[894]. En vue d'obtenir un avantage concurrentiel durable et défendable, l'entreprise est susceptible de mettre en œuvre deux grands types de stratégies : la stratégie de domination par les coûts et les volumes, et la stratégie de différenciation. La première consiste à se montrer plus compétitif en ayant des coûts plus bas que les concurrents, l'offre proposée ne différant alors pas grandement de la leur, mais étant obtenue à un coût inférieur. La seconde consiste quant à elle à proposer une offre se distinguant de celle des concurrents, les clients étant alors prêts à payer plus cher eu égard à la meilleure qualité des produits, ou encore à leur caractère innovant, notamment[895]. Une troisième stratégie pourrait encore être envisagée : la stratégie de concentration, qui consiste à éviter de se confronter à l'ensemble du marché pour concentrer à la place les efforts de l'entreprise sur un segment particulier de celui-ci[896].

764. L'entreprise est ainsi susceptible d'adopter plusieurs attitudes en vue de tenter de s'approprier durablement une valeur : l'évitement, la coopération, ou la confrontation. Les stratégies d'évitement consistent à éviter d'entrer en rivalité avec les concurrents, ce qui peut se traduire par divers comportements. Il peut s'agir pour l'entreprise de se différencier par les produits, d'adopter une stratégie de niche, de dissuader de nouveaux entrants d'intégrer le

[894] MAGAKIAN J-L et PAYAUD M-A, « 100 Fiches pour comprendre la stratégie d'entreprise », Bréal, 2018, 7ème édition, p. 64.
[895] LEROY F., « Les stratégies de l'entreprise », Dunod, 2017, 5ème édition, p. 30.
[896] MAGAKIAN J-L et PAYAUD M-A, « 100 Fiches pour comprendre la stratégie d'entreprise », *ibid.*, p. 142.

marché, ou encore de provoquer une rupture par l'innovation, donnant ainsi naissance à un nouveau marché. Les stratégies de coopération consistent quant à elles à coopérer avec les concurrents plutôt que de les affronter, l'idée étant de favoriser la position des entreprises sur le marché par la mise en commun de ressources, notamment. Enfin, les stratégies d'affrontement peuvent prendre la forme d'une guerre des prix, d'une prise de contrôle des entreprises concurrentes, ou encore de tactiques de déstabilisation[897]. Or, si de tels comportements sont à priori parfaitement licites, leur mise en œuvre peut, dans certains cas, conduire à une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, si l'analyse de la stratégie mise en œuvre révèle qu'elle a en réalité pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

2. L'objectif du droit des pratiques anticoncurrentielles, la préservation du libre jeu de la concurrence sur le marché

765. L'ensemble de ces comportements stratégiques pourraient tomber sous le coup d'une sanction en application du droit des pratiques anticoncurrentielles, les stratégies de coopération pouvant être qualifiées d'ententes, là où les stratégies d'affrontement comme les stratégies de différenciation sont susceptibles d'être qualifiés d'abus de position dominante. Un tel risque constituant une opportunité aux yeux des concurrents, la règle de droit est alors susceptible d'utilisation stratégique (a), comme le révèle une enquête réalisée auprès des grandes entreprises françaises (b).

a. Une source de risque stratégique pour l'entreprise

766. Dans la mesure où le droit de la concurrence a pour objectif de préserver le jeu d'une concurrence libre et non faussée sur les marchés, les décisions stratégiques des entreprises sont susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction des ententes ou de constituer des abus de position dominante. Ainsi, les stratégies d'évitement sont susceptibles d'être interdites au titre du droit des ententes, dans l'hypothèse où plusieurs opérateurs s'entendraient pour créer des barrières décourageant l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché. La création de telles barrières pourrait encore être interdite lorsqu'elle est le fait d'une entreprise considérée comme dominante sur le marché. En outre, une stratégie d'évitement consistant à éviter la concurrence pour concentrer ses efforts sur un segment précis du marché conduit mécaniquement à faciliter la caractérisation d'une position dominante. Les stratégies de coopération sont elles aussi susceptibles de donner lieu à sanction sur le fondement du droit des ententes, toutes clause ayant

[897] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 15 s.

un objet ou un effet anticoncurrentiel, potentiel ou actuel, entraînant l'interdiction. Les stratégies d'affrontement peuvent également conduire à la sanction de l'entreprise, l'exemple le plus parlant étant la sanction des prix prédateurs pratiqués par une entreprise en position dominante (la jurisprudence récente admet par ailleurs qu'une politique de prix puisse constituer un abus de position dominante même en l'absence de prédation, V. *infra*, n° 847 et 861).

767. Il est alors juste d'affirmer, comme le relève M. le Professeur Masson, que le droit de la concurrence et la notion de stratégie entretiennent des relations paradoxales, puisque si la matière constitue une limite aux stratégies susceptibles d'être déployées sur le marché, elle constitue parallèlement une source d'opportunités pour les entreprises en raison de son pragmatisme. La matière tenant compte des effets des pratiques plutôt que de leurs formes, les théories économiques complexes sur lesquelles reposent leur analyse ne font pas l'unanimité et sont susceptibles d'aboutir à des solutions contradictoires (bien que le phénomène demeure assez rare en pratique). Il n'en demeure pas moins que ce flou permet aux autorités d'en jouer à des fins interventionnistes, rendant ainsi l'application de la règle de droit difficile en termes de sécurité juridique. En outre, le problème n'est pas limité aux notions économiques, mais résulte encore du flou entourant les notions juridiques employées[898]. De telles incertitudes, si elles constituent un risque pour l'entreprise, constituent autant d'opportunités pour ses concurrents, qui tenteront de convaincre les autorités de concurrence que la stratégie déployée par leur rivale constitue en réalité une pratique anticoncurrentielle, instrumentalisant alors le droit de la concurrence à des fins stratégiques. Loin d'être purement théorique, cette affirmation se trouve confirmée en pratique par une enquête réalisée auprès des grandes entreprises françaises, dont le résultat révèle que le droit de la concurrence est bien considéré comme un outil stratégique par les entreprises.

b. Une source d'opportunités stratégiques pour l'entreprise

768. Les réponses fournies à un questionnaire adressé aux grandes entreprises françaises révèlent la mesure dans laquelle ces dernières tiennent compte des règles du droit de la concurrence lorsqu'elles élaborent leur stratégie de marché[899]. Ainsi, 95% des entreprises disposent d'un service juridique, et associent le directeur juridique à la prise de décisions

[898] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 19 s.
[899] BOUGETTE P., DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., MONTET C. et VENAYRE F., « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », Revue Concurrence et Consommation, Janvier-Février 2006, n° 144, p. 2.

stratégiques dans 85% des cas. Pour les questions relatives au droit de la concurrence, 92% des entreprises font appel à un cabinet d'avocats. L'enquête révèle en outre l'importance accordée par les entreprises aux conseils qu'elle sollicite, 98% d'entre elles prenant en compte les recommandations des juristes dans la définition de leur stratégie. Toutefois, seulement 23% des entreprises décident de créer, au sein de leur direction juridique, une division spécialisée dans la concurrence.

769. Il n'empêche que les trois quart des entreprises qui ont été impliquées dans une procédure judiciaire considèrent le droit de la concurrence comme une arme stratégique. À titre d'exemple, 90% des entreprises interrogées indiquent que les règles du droit de la concurrence peuvent être sollicitées afin de contraindre un opérateur dominant. Ce constat tendrait à démontrer que « les firmes de taille modeste utilisent à dessein le droit de la concurrence pour freiner l'expansion du leader » sur le marché. 44% d'entre elles considèrent également la procédure de clémence comme un outil stratégique, contre 26% qui considèrent que tel n'est pas le cas. L'enquête révèle encore les principales utilités que revêt le droit de la concurrence aux yeux des entreprises. Il s'agit ainsi de contraindre un opérateur dominant, de freiner l'expansion d'un concurrent, de dénoncer une entente, de sanctionner des comportements discriminatoires, de lutter contre une politique de prix agressifs, et enfin de pénétrer sur un nouveau marché. Il ne semble donc faire aucun doute, à notre avis, que le droit des pratiques anticoncurrentielles a depuis longtemps intégré la capacité juridique des entreprises, à tout le moins des plus importantes d'entre elles. Il convient désormais d'y ajouter le contentieux privé, ce dernier étant de nature à renforcer les stratégies déjà pratiquées tout en offrant aux entreprises de nouvelles options stratégiques.

§ 2nd : L'introduction du contentieux privé dans la stratégie d'entreprise

770. Dans la mesure où le contentieux des pratiques anticoncurrentielles semble déjà bien intégré à la stratégie des grandes entreprises, il incombe à leurs services juridiques d'y intégrer désormais, en plus, le contentieux privé. Une telle intégration du droit des pratiques anticoncurrentielles serait bien entendu également souhaitable de la part des entreprises de taille inférieure. Les nouvelles règles devraient à notre avis répondre aux attentes des victimes, et ainsi offrir aux entreprises de nouvelles options stratégiques (A). Il s'agira alors pour les juristes d'expérimenter avec les nouvelles règles du contentieux privé afin de s'assurer de leur efficacité (B).

A. Les principaux apports du contentieux privé aux stratégies sollicitant le droit des pratiques anticoncurrentielles

771. Nous inspirant de la distinction opérée par des auteurs[900], nous proposons de classer les opportunités stratégiques découlant de la mise en œuvre du droit de la concurrence en deux groupes. Il s'agira, dans un premier temps, d'évoquer la possibilité de faire de la direction juridique d'une entreprise un véritable « centre de profit » (1), avant d'évoquer, dans un second temps, celle d'en faire un élément stratégique permettant de modifier l'environnement de marché (2). Ces deux principales catégories, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre, se verront toutes deux renforcées par l'introduction des nouvelles règles du contentieux privé dans la stratégie de l'entreprise.

1. Le service juridique, centre de profit de l'entreprise

772. En dénonçant et poursuivant systématiquement les pratiques anticoncurrentielles dont elle se considérait victime, une entreprise américaine a su faire de son service juridique un véritable centre de profit, stratégie qui devrait à notre avis se trouver naturellement renforcée par la possibilité de demander plus facilement réparation à la suite de la transposition de la directive 2014/104[901]. Cette affirmation soulève naturellement la question de savoir si, en France et en Europe, une telle stratégie générerait des niveaux de rentabilité suffisants pour intéresser les entreprises à sa mise en œuvre malgré l'interdiction formulée par la directive de prononcer des dommages et intérêts punitifs. La question appelle une réponse en deux temps.

773. D'une part, et malgré les nombreuses difficultés qui entouraient jusqu'alors sa mise en œuvre, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles était déjà susceptible de constituer une source de profit pour l'entreprise. Ainsi, comme le souligne Me Vogel, il suffit de mettre en avant les pratiques anticoncurrentielles commises par les concurrents et de les poursuivre, sachant que « les actions en dommages et intérêts peuvent, entre autres, rétablir une certaine rentabilité »[902]. Cette affirmation bénéficie d'un certain poids si l'on tient compte de l'expertise du cabinet Vogel&Vogel en la matière. Le service juridique de Michelin est ainsi parvenu, en osant se retourner contre ses fournisseurs, à générer 100 millions d'euros nets en dix ans, une démarche que les entreprises ont de plus en plus tendance à imiter en poursuivant

[900] BLIN J-P, GRASS C., « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence », *ibid*., p. 124.
[901] *Ibid*., p. 124.
[902] VOGEL J., « Le droit de la concurrence, un atout ? », HEC, janvier-février 2017 p. 105.

en réparation les auteurs de pratiques anticoncurrentielles[903]. Le Professeur Masson[904] précise quant à lui que cette stratégie dépasse le seul droit de la concurrence : la direction juridique de Michelin a en effet identifié toutes les situations susceptibles de donner lieu à des pénalités et des indemnités, d'origine contractuelle comme délictuelle, en vue de demander réparation des dommages subis par voie amiable, précontentieuse ou contentieuse. Cette stratégie lui a d'ailleurs valu le prix de l'innovation juridique en 2013, et a intérêt à être couplée à une stratégie de *forum shopping* afin d'identifier les juridictions les plus favorables à l'indemnisation des victimes (V. *supra*, n° 718). Il conviendra alors que les directions juridiques veillent à influencer la norme afin d'obtenir le plein effet des nouvelles règles destinées à faciliter l'évaluation du préjudice, à savoir la règle de l'estimation et la création d'un présomption e causalité sur le fondement de l'art. 4 de la directive 2014/104 (V. *supra*, n° 237s et 316).

774. D'autre part, il convient de ne pas négliger l'expérience de la société CDC en la matière. Cette dernière est parvenue, en recourant au mécanisme de la cession de créances, à générer d'importants bénéfices. Selon Me Savov, CDC a en effet négocié « une multitude de règlements à l'amiable complexes à concurrence de dizaines de millions d'euros »[905]. Les entreprises pourraient ainsi recourir à la cession de créances, qu'elles choisissent d'internaliser le procédé au sein de leurs directions juridiques ou bien de créer des filiales spécialement destinées à cet effet, afin de générer des profits encore plus importants. L'apport du contentieux privé à la stratégie de l'entreprise ne se limite en outre pas à la possibilité pour elle d'augmenter les gains générés par le procès, mais lui permet encore de bénéficier d'une plus grande flexibilité lorsqu'elle souhaite modifier l'environnement dans lequel elle évolue.

2. Le service juridique, centre d'influence de l'environnement concurrentiel

775. Il convient dans un premier temps de rappeler que le droit de la concurrence constitue un outil permettant à l'entreprise de modifier l'environnement de marché au sein duquel elle évolue, et que cette possibilité sera bien évidemment renforcée par la possibilité d'en retirer des dommages et intérêts (a). Mais le recours au contentieux privé pourra surtout permettre aux

[903] STEINMANN L., « Déjà puni par Bruxelles, le « cartel des camions » fait face à ses clients », Les Echos, 10 septembre 2018 [en ligne] https://www.lesechos.fr/10/09/2018/lesechos.fr/0302223463710_deja-puni-par-bruxelles--le---cartel-des-camions---fait-face-a-ses-clients.htm (consulté le 05/03/2019).
[904] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 50.
[905] SAVOV V., « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D. et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles », éd. IRJS, 2016, p. 241 (note 7) et p. 242.

entreprise désireuses d'adopter une telle stratégique juridique de bénéficier d'une plus grande flexibilité quant à sa mise en œuvre (b).

a. La possibilité de modifier l'environnement concurrentiel renforcée par les dommages et intérêts

776. Comme nous l'avons déjà évoqué *supra* (V. n° 768), les entreprises sont bien conscientes des opportunités stratégiques découlant de la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les auteurs relèvent ainsi que ce droit peut être sollicité afin de modifier diverses pratiques ayant cours sur le marché, faisant ainsi du juriste un « véritable bras armé offrant à son management des options stratégiques pouvant s'avérer aussi efficaces que nombre d'actions commerciales ou de marketing »[906]. Si l'effet évident de l'introduction du contentieux privé dans la stratégie de l'entreprise réside dans l'augmentation des sommes pouvant être obtenues à l'issue de la mise en œuvre d'une telle stratégie. Sans les développer dans le cadre de la présente section, il convient de rappeler l'existence de plusieurs effets stratégiques liés à la mise en œuvre du droit de la concurrence (qui feront l'objet de plus amples développements *infra*, V. n° 800 s). Il s'agit notamment de déverrouiller l'accès à un marché, de désorganiser une coordination d'entreprises en convaincant les autorités de concurrence du caractère anticoncurrentiel de l'accord, voire de faire sanctionner la stratégie mise en œuvre par un opérateur dominant. Sans révolutionner les formes d'utilisation stratégique du droit des pratiques anticoncurrentielles, la propension du contentieux privé à en augmenter le montant de la sanction contribuera sans nul doute à en accroitre encore l'efficacité. Mais c'est surtout l'élément de flexibilité qu'il introduit dans leur mise en œuvre qui retiendra ici notre attention.

b. La mise en œuvre stratégique du droit de la concurrence facilitée par le recours au contentieux privé

777. L'identification d'un comportement potentiellement anticoncurrentiel émanant d'un partenaire ou d'un concurrent constitue une opportunité pour l'entreprise d'influencer, en saisissant une autorité de concurrence, l'environnement concurrentiel dans lequel elle évolue (i). Il convient de remarquer que le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles pourrait permettre de faciliter une telle stratégie, la procédure de référé constituant en la matière une solution plus souple que les mécanismes à sa disposition devant une autorité de concurrence (ii).

[906] BLIN J-P, GRASS C., « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence », *ibid*., p. 124.

i. L'intérêt stratégique d'une saisine des autorités de concurrence afin d'influencer le comportement des concurrents

778. Au titre des moyens permettant la mise en œuvre des stratégies d'influence de l'environnement concurrentiel mentionnées ci-dessus, nous pouvons prendre l'exemple du contrôle qu'exercent les autorités de concurrence sur les contrats d'affaires. Ainsi, comme le relève Mme le Professeur Chagny, l'ADLC comme la Commission européenne disposent du pouvoir d'ordonner des injonctions et des mesures provisoires, dont le non-respect est passible de sanctions pécuniaires. Les mesures conservatoires prononcées sont souvent complémentaires de la procédure d'engagement, le contenu de cette dernière étant parfois calqué sur les mesures conservatoires. De même, l'ancienne non-contestation des griefs, devenue aujourd'hui procédure de transaction, peut être assortie d'engagements[907].

779. Il convient de souligner l'avantage que présente la saisine directe d'une autorité de concurrence lorsqu'un concurrent entend utiliser le droit de la concurrence comme un moyen de lutter contre ses partenaires ou ses concurrents, ou encore d'influencer leur comportement. Comme le relèvent des auteurs, s'il est toujours possible de solliciter les moyens du précontentieux (mises en demeure, échanges entre conseils, demande formelle de mettre fin à la pratique) la saisine directe d'une autorité de concurrence offre l'avantage d'une asymétrie d'information à l'avantage du plaignant[908]. Devant l'ADLC, la plainte n'est en effet pas communiquée à l'entreprise durant toute la première phase de l'enquête, qui peut durer plusieurs années. L'entreprise doit donc répondre à des « demandes de renseignements souvent longues et détaillées », ainsi que « faire l'objet d'auditions très précise et particulièrement fouillées sans connaître la teneur de la plainte déposée contre elle ». Il est toutefois à noter que tel n'est pas le cas devant la Commission européenne, qui communique assez fréquemment la plainte à l'entreprise visée afin que cette dernière puisse la commenter. Un autre avantage d'une saisine directe de l'ADLC réside dans son effet de surprise, de nature à déstabiliser l'adversaire lorsqu'il s'accompagne de mesures conservatoires et/ou d'opérations de visites et de saisies. Dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires, l'entreprise ne dispose que d'un bref délais (le plus souvent de trois à quatre semaines seulement) pour prendre connaissance des griefs et des demandes qui lui sont adressés. Elle devra alors, dans ce court laps de temps, instruire en interne le dossier et préparer à son encontre des observations, alors qu'il aura pu

[907] CHAGNY M. et LUC I., « Quels contrôles des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p.112.
[908] CALVET H., « Un choix stratégique : négociations précontractuelles ou saisine directe de l'autorité », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1062.

être préparé pendant des mois par l'autorité. Enfin, l'effet de surprise sera également maximal lorsqu'une plainte déposée directement devant l'autorité de concurrence, sans avertissements ou échanges préalables. Or, la saisine d'une autorité de concurrence n'en présente pas moins un certain nombre d'inconvénients, auxquels il nous semble intéressant d'opposer la souplesse de la procédure de référé devant les juridictions de droit commun.

ii. L'intérêt stratégique du prononcé de mesures provisoires dans le cadre d'une stratégie de « frappe préemptive »

780. Comme le relèvent des auteurs[909], si elle peut effectivement conduire à l'interdiction de pratiques qui représentent aux yeux de l'ADLC des « préoccupations de concurrence » (et qui ne seront donc pas nécessairement des pratiques anticoncurrentielles), la procédure d'engagements est laissée à l'initiative de l'entreprise faisant l'objet des poursuites. Cette dernière pourrait ainsi faire le choix de ne pas y recourir et d'aller au contentieux avec l'espoir de convaincre l'ADLC que son comportement n'est pas, en réalité, constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. Cette contestation pourrait en outre s'inscrire dans une logique de faute lucrative, une entreprise suffisamment solide pouvant considérer que, même si la pratique est effectivement anticoncurrentielle, les revenus qu'elle génèrera jusqu'à ce qu'elle soit effectivement interdite valent la peine de subir la sanction. Il faudra alors que la victime demande à l'ADLC de prononcer des mesures conservatoires, qui nécessiteront la réunion de 3 conditions cumulatives que sont la gravité de l'atteinte, son immédiateté, ainsi que le lien de causalité entre l'atteinte et les faits dénoncés. Une demande de mesures conservatoires n'est en outre possible que si une plainte a été déposée devant l'ADLC. Or, le référé de droit commun porté devant les juges du fond dans le cadre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles peut constituer une alternative permettant de mettre plus facilement en œuvre une stratégie de modification de l'environnement concurrentiel. Dans le cadre d'une telle procédure, le Président du Tribunal dispose en effet de la possibilité de prescrire « les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite », les textes laissant ainsi une large latitude quant à la détermination des mesures en question (art. 809 CPC en cas de compétence de la juridiction civile, et art. 873 CPC en cas de compétence de la juridiction commerciale). Le référé de droit commun ne nécessite en effet, pour pouvoir être mis en œuvre, que l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, standard qui apparaît moins

[909] CALVET H., « Stratégie contentieuse et négociation », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1065 ; CALVET H., « La saisine directe du juge », *ibid.*, n° 1064 ; CALVET H., « Retrait de plainte et auto-saisine de l'Autorité », *ibid.*, n° 1063.

exigeant que les conditions requises pour l'obtention de mesures conservatoires de la part de l'ADLC. Le recours à la procédure de référé ne nécessite quant à lui aucun acte de procédure, tel qu'une assignation au fond, contrairement à la demande de mesures conservatoires, et s'avère en outre plus rapide. Si les mesures conservatoires peuvent être obtenues dans un délai de 5 à 6 mois dans la plupart des cas, un référé est prononcé le plus souvent en quelques semaines seulement, ce qui pourrait donc permettre, dans un court laps de temps, de bloquer la stratégie d'un concurrent. Le référé anticipant le fond, il arrive fréquemment en pratique que le défendeur choisisse de ne pas aller au contentieux et préfère transiger avec son adversaire. À ce titre, il convient de remarquer que si le demandeur choisit de porter le contentieux devant les juridictions civiles, il conserve la maîtrise de la procédure, à laquelle il peut mettre fin à tout moment en transigeant avec son adversaire. Or, que ce soit devant l'ADLC ou devant la Commission européenne, son désistement ne fait pas obstacle à une saisine d'office de la part de ces dernières. Si la plupart du temps les retraits de plainte ou les désistements aboutissent à la clôture de la procédure, que ce soit devant l'ADLC ou la Commission, il est arrivé dans certaines affaires qu'elles fassent le choix de s'auto-saisir et de prononcer une sanction. Il convient toutefois d'observer que le recours à la procédure de référé en matière de contentieux des pratiques anticoncurrentielles n'a pas encore fait l'objet d'une quelconque validation de la part de la Cour de cassation, bien qu'une telle validation ne devrait à notre avis pas poser problème dans la mesure où le référé est applicable en matière de concurrence déloyale, ainsi qu'en matière de pratiques restrictives de concurrence comme en témoigne le nouvel art. L442-4 C.com. On voit alors mal ce qui s'opposerait à son application en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, et ce d'autant plus que le référé est expressément mentionné par la circulaire du 23 mars 2017[910]. Si, comme il semble que cela devrait être le cas, le recours au référé s'avérait validé en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, l'entreprise disposerait alors d'une outil de choix lui permettant de mettre en œuvre des stratégies de « frappe préemptive ». L'idée consistera, dès le moment où un concurrent adoptera une stratégie potentiellement anticoncurrentielle, à saisir le juge des référés pour en obtenir rapidement l'interdiction. Le recours à une telle stratégie suffit parfois à faire purement et simplement échec à la stratégie de marché d'un concurrent, comme en témoigne l'affaire de *l'iPhone*, dans le cadre de laquelle la stratégie d'Orange, fondée sur une exclusivité de distribution, a été court-circuitée par des mesures conservatoires obtenues devant l'ADLC (V.

[910] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 2, pt. 2.

infra, n° 824). En outre, même si elle ne permettait pas de parvenir à un tel résultat, l'introduction de l'action pourrait suffire à « parasiter la stratégie de l'entreprise visée, celle-ci devenant frileuse à mettre en œuvre certaines stratégies (par exemple, une guerre de prix, sachant qu'elle est accusée de prix prédateurs) ». Il convient encore de remarquer que l'obtention de mesures provisoires, dans le cadre d'un référé ou d'une saisine de l'autorité de concurrence compétente, permettra à l'entreprise de conquérir des parts de marché même si le recours ou la plainte est finalement rejeté[911]. Les développements *supra* illustrent ainsi la nécessité pour les juristes de s'emparer de la norme et de faire en sorte d'obtenir des juridictions une jurisprudence aussi favorable que possible à l'action des victimes.

B. Le rôle des directions juridiques dans l'intégration du contentieux privé à la stratégie de l'entreprise

781. À condition pour eux de s'assurer d'une jurisprudence favorable à l'action des victimes, les juristes trouveront dans le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles une ressource stratégique particulièrement intéressante (1). Les directions juridiques devront alors se doter des moyens de détecter et de mettre en œuvre ce contentieux d'une manière aussi efficace que possible (2).

1. La mise en œuvre d'une stratégie de façonnage normatif

782. Il convient, dans un premier temps, d'évoquer les moyens permettant à l'entreprise d'influencer la norme afin de la modifier dans un sens qui lui soit favorable (a), avant de dresser, dans un second temps, une liste des points de droit sur lesquels il conviendra d'appliquer cette stratégie afin de garantir l'efficacité du contentieux privé (b).

a. Les méthodes permettant d'influencer la norme

783. Parmi les missions du juriste figure celle d'agir contre la norme, afin d'en influencer la portée ou le contenu, voire de la détruire purement et simplement. Il s'agira ainsi de se livrer à une stratégie de *lobbying* au moment de sa création, ou encore, si le *lobbying* s'avère insuffisant, de contester la légalité de la norme au regard de textes supérieurs tels que le droit de l'Union européenne[912]. Si la possibilité d'exercer une stratégie de *lobbying* en amont de la création de la règle semble compromise en matière de droit de la concurrence, dont les textes sont déjà bien

[911] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 57.
[912] DAIDJ N. et VERDUN F., « L'apport de l'analyse stratégique à la pratique du droit en entreprise », *ibid.*, p. 69.

établis, la possibilité demeure d'exercer le *lobbying* en aval, au moment de l'application de la règle de droit. Ainsi, l'application de certaines règle peut être sujette à des effets de mode liés à la pression de l'opinion publique, ou encore à la couleur politique des dirigeants[913]. Il nous apparaît à ce titre concevable que soit exercée une forme de *lobbying* destinée à mettre en avant la nécessité d'indemniser les victimes en évitant d'imposer trop de freins à leur action. Mais le *lobbying* n'est pas la seule stratégie susceptible d'influencer la norme.

784. Me De Bovis relève ainsi la possibilité pour les entreprises de se livrer à la création artificielle de précédents, ou encore de recourir à la méthode du procès test[914]. La création artificielle de précédents consiste pour les parties à arranger entre elles un procès, l'idée étant de conduire une juridiction à se prononcer sur un point de droit donné, afin, si possible, de se ménager une jurisprudence favorable à la stratégie que les parties décideront de mettre ultérieurement en œuvre sur le marché. Il peut encore s'agir d'obtenir un moyen de pression afin de régler à l'amiable une affaire en cours, ou même d'influencer le résultat d'une affaire connexe de plus grande importance. La Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle par deux personnes qui s'étaient entendues pour déclencher une procédure l'une contre l'autre, a ainsi été conduite à donner la précision suivante : la question préjudicielle « lui donne mission non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les Etats membres, et qu'elle n'était donc pas compétente pour répondre à des questions d'interprétation qui lui seraient posées dans le cadre de constructions procédurales arrangées par les parties ». La Cour de justice présume malgré tout la bonne foi des parties en matière de questions préjudicielles, et considère qu'il incombe aux juridictions nationales de vérifier la pertinence des litiges qui leur sont soumis. Elle a ainsi pu considérer, dans une affaire, que malgré la convergence entre les arguments des parties et l'objectif commun qu'elles poursuivaient à travers leurs demandes respectives, il n'apparaissait pas qu'elles se soient concertées préalablement au procès pour l'amener à statuer par le biais d'un litige orchestré. La Cour a donc accepté de trancher la question. Dès lors, la demande ne sera rejetée que dans l'hypothèse où il apparait de manière claire que l'interprétation sollicitée du droit communautaire est sans rapport avec l'objet du litige, ou bien qu'il s'agît d'un problème hypothétique auquel la Cour n'est pas en mesure de répondre parce qu'elle ne dispose

[913] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », Revue de la Concurrence et de la Consommation, janvier-février 2006, n° 144, p. 11.
[914] DE BOVIS T., « La Cour de justice face aux stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 464 ; CJCE, 16 décembre 1981, « Pasquale Foglia c/ Mariella Novello », aff. 244/80.

pas des éléments de fait et de droit nécessaires. Il est ainsi possible de soumettre à la Cour des questions relatives à des litiges provoqués qui n'ont pas été considérés comme tels par les juridictions des Etats membres. Il arrive également que, malgré le doute soulevé par lesdites juridictions quant au caractère artificiel du litige, la Cour[915] statue quand même, considérant que le litige ne présentait pas un caractère « manifestement fictif » et devait donc être traité comme un contentieux véritable. En admettant de statuer sans prendre en considération les intentions des parties, « la Cour admettrait implicitement le militantisme judiciaire de certains plaignants », et admettrait « ainsi que des parties puissent avoir des stratégies juridiques pour peu que ces dernières aillent dans le sens d'un renforcement du droit communautaire ».

785. La stratégie du procès test consiste quant à elle à initier une action en justice directement devant les juridictions européennes, puis à retirer la demande avant que la Cour n'ait pu se prononcer[916]. En effet, la procédure devant le Tribunal de l'Union Européenne comme devant la CJUE débute par une phase écrite, avec remise des observations des parties, suivie d'une phase orale à l'occasion de laquelle l'avocat général, magistrat chargé de donner un avis indépendant sur l'affaire, présentera ses conclusions. Les juges ouvriront enfin la discussion lors du délibéré sur les propositions formulées par l'avocat général, la Cour suivant dans la grande majorité des cas la décision préconisée par ce dernier. Ainsi, les parties peuvent anticiper le résultat du litige dès le moment où elles reçoivent les conclusions de l'avocat général (bien que les juges demeurent libres de décider autrement, ce qui fait que cette stratégie n'est pas infaillible). Si elles ne sont pas satisfaites du résultat que laisse entrevoir les conclusions de l'avocat général, les entreprises retireront la demande entre le moment de la publication desdites conclusions et le prononcé de l'arrêt. Le défendeur, qui n'est quant à lui pas maître de la fin de l'instance, pourra également être incité à négocier un règlement consensuel du litige, dans l'hypothèse où les conclusions de l'avocat général lui seraient défavorables. Il nous apparaît utile de rappeler qu'en France, un résultat similaire peut être obtenu par le recours à la procédure de référé, qui anticipe généralement le fond, l'entreprise condamnée en référé pouvant considérer que l'issue demeurera la même devant les juges du fonds, et ainsi décider de mettre fin au litige par une transaction. Ceci sera d'autant plus vrai que, si l'entreprise parvient à influencer la norme sur certains points, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles constituera une menace crédible susceptible de la conduire à privilégier la transaction.

[915] CJCE, 22 novembre 2005, « Werner Mangold c/ Rüdiger Helm », aff. C-144/04.
[916] DE BOVIS T., « La Cour de justice face aux stratégies juridiques », *ibid.*, p. 466.

b. Les points essentiels sur lesquels influencer la norme

786. Comme nous l'avons déjà relevé à l'occasion de la première partie de la présente thèse, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, dans l'état de la pratique actuelle, soulève encore un certain nombre de questions. Or, ces dernières devraient à notre avis s'avérer déterminantes pour en assurer l'efficacité (bien que de solides progrès aient été faits en la matière au cours des dernières années, la pratique démontrant notamment l'efficacité de la mise en œuvre du contentieux dans le cadre de relations contractuelles, V. *supra*, n° 626). Il conviendra donc pour les victimes de focaliser leurs efforts sur trois points essentiels. Elles devront en premier lieu affaiblir l'exigence de certitude du préjudice en faisant admettre aux magistrats la possibilité de recourir à la technique de l'estimation, expressément prévue par la directive (V. *supra*, n° 236 s). La directive rappelle de même que les principes d'effectivité et d'équivalence ne doivent pas imposer au demandeur un standard de preuve qui rendrait excessivement difficile voire pratiquement impossible la preuve de son droit. Une telle règle, combinée à la technique de l'estimation, devrait ainsi conduire les magistrats à admettre la possibilité pour la victime de se livrer à une première estimation du préjudice, à charge pour le défendeur de recourir à des expertises économiques plus poussées afin d'affiner la quantification si nécessaire (V. *supra*, n° 316). Enfin, afin de s'assurer la possibilité de racheter les créances des victimes qui n'auraient pas forcément intérêt à agir d'elles-mêmes eu égard à la faible ampleur de leur préjudice individuel, l'entreprise aura intérêt à faire admettre en droit français la possibilité de racheter les créances et d'exercer l'action à la place des victimes, et ce malgré la possibilité pour le défendeur d'invoquer le droit de retrait litigieux. La règle, en violation des dispositions de la directive, priverait en effet le cessionnaire de la créance d'exercer le droit à réparation, et le priverait en outre d'une incitation à exercer l'action, le rachat de créances étant de nature à renforcer l'incitation financière, autrement amoindrie du fait de l'interdiction des dommages et intérêts punitifs (V. *supra*, n° 585 s). Or, l'ensemble de ces points nous semblent devoir s'imposer aux juridictions nationales, en raison notamment de la jurisprudence « *Von Colson* », autorise l'invocabilité d'interprétation conforme des dispositions contenues dans une directive. Une fois son efficacité avérée, il ne nous semble faire aucun doute que les entreprises se saisiront pleinement du contentieux privé et l'intégreront de manière systématique à leur stratégie juridique. À ce titre, les outils permettant la détection des infractions au droit de la concurrence joueront alors un rôle d'importance.

2. L'instruction des infractions de concurrence par les directions juridiques

787. Comme nous l'avons déjà relevé dans le cadre de précédents développements (V. *supra*, n° 640 s), l'entreprise peut choisir de déléguer l'instruction d'une pratique anticoncurrentielle à l'autorité de concurrence compétente, ou la prendre elle-même en charge lorsqu'elle le considère opportun, ce qui sera le plus souvent le cas des restrictions caractérisées (a). Au-delà de la seule détection de l'infraction, le jeu sur la définition du marché pertinent pourra encore permettre d'obtenir la sanction de comportements qui auraient été parfaitement valides autrement (b).

a. La détection des infractions au droit de la concurrence

788. La détection des infractions au droit de la concurrence peut consister en la détection de pratiques mises en œuvre par d'autres entreprises sur le marché (i), ou encore résulter d'un audit interne révélant le potentiel caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en œuvre par l'entreprise elle-même (ii).

i. La détection d'infractions commises par les concurrents

789. La détection des abus de position dominante n'appelle pas, à ce titre, d'observations particulières. Il s'agira simplement pour l'entreprise de démontrer l'effet anticoncurrentiel d'une pratique mise en œuvre par une entreprise en position dominante sur le marché, quitte à convaincre le juge d'une telle position en lui faisant admettre que le marché pertinent est en réalité plus restreint qu'il n'y paraît (V. *supra*, n° 110 s). La réelle difficulté sera de détecter l'existence des ententes, infractions occultes par excellence, bien que certains indices puissent permettre d'y parvenir. L'OCDE a ainsi publié, à l'attention des entreprises, une liste d'indices leur permettant de déterminer la possible existence d'une entente sur le marché au sein duquel elles évoluent[917]. Cette dernière comprend une liste d'indices matériels tendant à faire soupçonner l'existence d'une entente (α), ainsi qu'une liste des déclarations qu'une entreprise devrait considérer comme suspecte (β), et aborde enfin les conditions de marché favorables à l'émergence des ententes (γ).

α. Les indices matériels tendant à faire soupçonner l'existence d'une entente

790. L'OCDE recommande aux entreprises de surveiller un certain nombre d'indices matériels tendant à laisser penser qu'une entente affecte le marché. Ainsi, dans le cadre d'un appel d'offre, l'existence d'offres bien supérieures au prix estimé par le maître de l'ouvrage, ou

[917] « Think Antitrust : The Role of Antitrust Enforcement in Federal Procurement », OECD [en ligne] http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2491618.pdf (consulté le 08/03/2019), *traduction proposée par nous*.

encore le fait que des offres aient été précédemment effectuées par les mêmes entreprises peut constituer un indice. De même, le fait que moins de concurrents qu'en temps normal n'aient soumis une offre peut indiquer l'existence d'un plan destiné à retenir les offres. Un autre indice peut résider dans le fait qu'un même cocontractant ait proposé le prix le moins élevé et ait remporté des appels d'offres successifs sur une longue période temporelle. Le maître de l'ouvrage peut encore remarquer une inexplicable et importante différence de prix entre l'entreprise ayant remporté le marché et les autres. Il peut encore être alerté par l'existence de schémas tendant à se répéter, avec par exemple une entreprise donnée qui gagnerait systématiquement les appels d'offres pour un service donné dans une région donnée, ou encore voir les mêmes entreprises remporter à tour de rôle plusieurs marchés. Une entreprise peut aussi soumettre des offres pour un prix significativement plus élevé que celui proposé par ses concurrents, et ce sans qu'une différence entre leurs coûts ne permette d'expliquer un tel écart. Autre indice tendant à laisser penser à l'existence d'une entente, une entreprise ayant gagné plusieurs appels d'offres sous-traite à plusieurs reprises les prestations à d'autres entreprises qui avaient elles-aussi candidaté, mais qui proposaient des prix plus élevés. L'entente peut encore être soupçonnée en cas de similitude entre les offres, par exemple lorsque les candidats à l'appel d'offre ont utilisé le même formulaire pour soumettre les offres, ou lorsque les offres sont affectées par les mêmes irrégularités, par exemple des erreurs de calcul identiques. De tels éléments suggèrent en effet que les entreprises ont pu discuter entre elles des offres qu'elles entendaient respectivement soumettre. Il se peut également que deux ou plusieurs candidats soumettent une offre en commun, alors qu'au moins l'un deux aurait la capacité de soumettre une offre de manière autonome. L'un des candidats peut également remettre l'offre en main propre au maître de l'ouvrage, et lui remettre par la même occasion l'offre de l'un des autres candidats. L'entreprise doit encore faire preuve de vigilance lorsque les candidats apparaissent communiquer entre eux, voire tenir des réunions, ou encore se rencontrent peu avant la date limite pour soumettre les candidatures. La situation est de même suspecte lorsque les concurrents se regroupent pour rencontrer en même temps le maître de l'ouvrage en vue de négocier les termes des offres soumises, l'idée étant que dans un tel cas de figure, les concurrents peuvent se communiquer subtilement des informations sur les prix. Les tentatives de communication sur les prix peuvent encore prendre la forme de discussions publiques sur ce que constituerait le juste prix. Un autre comportement suspect de la part des compétiteurs réside dans le fait pour eux de soumettre des offres identiques, ou encore de modifier leurs offres plus ou moins au même moment et en des proportions plus ou moins semblables. Autre indicateur de la possible existence d'une entente, le fait pour une entreprise locale qui expédie des produits

à courte distance de pratiquer des tarifs équivalents à ceux d'une entreprise qui expédierait des produits comparables sur de longues distances. En effet, l'entreprise qui expédie à longues distances pratiquerait alors des tarifs plus élevés que celle expédiant à courtes distances, afin de tenir compte des coûts supplémentaires liés au transport (cela peut donc indiquer une entente de fixation des prix entre entreprises locales). Il en va de même lorsque des entreprises locales pratiquent des prix supérieurs lorsqu'elles livrent leurs biens et services à courtes distances, par comparaison aux tarifs qu'elles pratiquent sur leurs livraisons longues distances. Enfin, un dernier indice matériel tendant à laisser penser à l'existence d'une entente affectant le marché réside dans le fait que les prix proposés par des entreprises ayant l'habitude de candidater aux appels d'offres émis par l'entreprise tendent à baisser à chaque fois qu'un nouveau concurrent (ou un qu'un concurrent qui n'en a pas l'habitude) décide de candidater.

791. Outre l'ensemble des indices matériels qui viennent d'être évoqués, l'existence d'une entente peut également être soupçonnée en raison de la terminologie employée par les représentants des fournisseurs avec lesquels l'entreprise est susceptible de contracter.

β. Les indices terminologiques tendant à faire soupçonner l'existence d'une entente

792. Il arrive que les termes employés par les représentants des fournisseurs puissent suggérer l'existence d'une entente sur les prix. Ainsi, toute référence à un barème de prix établi par un organisme professionnel, au barème de prix de l'industrie, aux prix suggérés par l'industrie (ou le marché) doit être considérée comme suspecte par l'entreprise cliente. Il en ira de même lorsque les représentants des fournisseurs justifient le prix ou les termes de l'offre en avançant qu'ils suivent les prix ou termes pratiqués par l'industrie (ou les leaders de l'industrie), ou encore qu'ils suivent les prix ou termes d'un concurrent donné. Est également suspicieuse toute référence au fait que les prix ou termes sont conformes à l'auto-régulation de l'industrie, à ses lignes directrices, ou encore à ses standards. Toute indication selon laquelle les représentants d'une entreprise ont rencontré leurs concurrents, pour quelque raison que ce soit, est elle aussi suspecte. C'est enfin encore le cas de toute justification des prix ou termes de l'offre reposant sur le fait que le fournisseur est contraint par ses propres cocontractants, que tous les concurrents pratiquent plus ou moins les mêmes prix ou termes, ou parce que « tout le monde fait comme ça ».

793. Les termes employés peuvent trahir cette fois non pas l'existence d'une entente sur les prix, mais d'une entente de répartition de marchés ou de clients. Tel sera le cas lorsque les représentants d'une entreprise indiquent que leur entreprise ne vend pas dans telle ou telle zone

géographique, ou que seule une entreprise donnée opère dans la zone en question, ou qu'elle seule fournit une prestation donnée. Il en va de même lorsque le représentant d'une entreprise indique à l'entreprise cliente que les représentants de ses concurrents ne devraient pas lui faire d'offres ou tenter de la démarcher. Il pourrait encore s'agir de déclarations indiquant que c'est au tour d'un vendeur déterminé de contracter avec l'entreprise cliente.

794. Outre les différents indices qui viennent d'être évoqués, la méthodologie décrite par l'OCDE affirme enfin l'importance de prêter attention à certains contextes de marché qu'elle considère favorables à l'émergence d'ententes entre les concurrents.

γ. Les conditions de marché favorables à l'émergence d'une entente

795. Si les ententes de fixation des prix peuvent survenir dans n'importe quelle industrie, leur émergence est particulièrement probable lorsque seules quelques entreprises sont présentes sur le marché et offrent des produits similaires. En effet, moins il y a d'entreprises présentes sur le marché, plus il est facile pour elles de s'entendre. Une entente peut également voir le jour lorsqu'un nombre important d'entreprises opèrent sur le marché, mais qu'un petit groupe d'entre elles le contrôlent, les autres ne détenant que de faibles parts de marché. La probabilité de voir les entreprises s'entendre augmente encore lorsque le produit qu'elles proposent ne peut pas être facilement remplacé par un autre produit. Les gains générés par l'entente seront en effet d'autant plus élevés que les clients n'auront pas ou peu d'alternatives au produit en question. Enfin, plus un produit est standardisé et plus il est aisé pour les entreprises de s'entendre et de parvenir à un accord structurant leurs prix, alors que parvenir à un tel accord est nettement plus difficile lorsque la différenciation se fait par la qualité ou les services.

796. Si le document de l'OCDE ne fait référence qu'aux pratiques mises en œuvre par les concurrents, il convient encore de remarquer que l'existence de pratiques anticoncurrentielles peut être révélée par la mise en œuvre d'un audit interne, l'entreprise réalisant alors s'être livrée à la commission d'une infraction.

ii. La détection d'infractions commises par l'entreprise

797. La mise en place d'audits internes est susceptible de révéler l'existence d'infractions au droit de la concurrence auxquelles aurait pris part l'entreprise, qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante (la question fera l'objet de plus amples développements *infra*, V. n° 896 s). Me Debroux souligne en effet que l'entreprise est un corps vivant, qui ne cesse d'évoluer, et se trouve ainsi traversé de rationalités diverses et parfois contradictoires (logique économique, aversion au risque, voire même la morale). Les priorités de certaines personnes à

une époque donnée de la vie de l'entreprise ne correspondront donc pas nécessairement à celle des personnes amenées à leur succéder, et la décision de commettre une pratique anticoncurrentielle peut ainsi émaner de la vision à court terme d'un collaborateur ou d'une équipe isolée[918]. Me Puel rappelle quant à lui l'importance d'externaliser l'audit en le confiant à un avocat, et ce afin de faire bénéficier l'opération du secret professionnel (ce qui ne serait pas le cas si le document était établi par une personne appartenant à l'entreprise). À défaut, le risque serait de voir une autorité de concurrence saisir les documents établis dans le cadre de l'audit, ce qui n'augurerait rien de bon pour l'entreprise dans la mesure où ils identifient les infractions qu'elle aura potentiellement commises. L'auteur conseille en outre, afin d'assurer l'efficacité de l'audit, de calquer la méthode retenue sur celle employée par les autorités de concurrence. Il s'agira ainsi d'analyser les marchés sur lequel l'entreprise évolue (notamment leurs structures respectives, ainsi que les relations entretenues avec les autres acteurs), avant d'utiliser des mots clés pour analyser les supports électroniques, boîtes aux lettres et disques durs des personnes jugées à risque, auxquelles il conviendra ensuite de faire passer des entretiens portant sur leurs pratiques commerciales et les rapports que l'entreprise entretient avec ses concurrents[919]. L'analyse du marché ne devrait en outre, à notre avis, ne pas être limitée aux hypothèses d'audit interne, mais faire partie intégrante de la stratégie juridique de l'entreprise, afin de s'assurer que cette dernière puisse en exploiter les opportunités.

b. Le jeu sur la délimitation du marché pertinent et la sanction des pratiques anticoncurrentielles

798. Comme nous l'avons déjà souligné dans le cadre de la présente thèse, le droit des pratiques anticoncurrentielles édicte des interdictions dont il n'est pas toujours facile de mesurer la portée. M. le Professeur Glais[920] dénonce ainsi la tendance des autorités de concurrence françaises et européennes à fonder leur analyse de la situation de position dominante sur l'approche de l'école « néo-classique ». Ce faisant, elle ignore les apports en la matière de théories économiques plus récentes, et privilégie une approche très éloignée d'une véritable situation de rivalité fondée sur le comportement des acteurs présents sur le marché. Cette dernière n'a en réalité rien à voir avec la réalité de la vie des affaires. Il s'ensuit que des stratégies qui pourraient sembler parfaitement valides risquent d'être qualifiées d'abus de position dominante par les

[918] DEBROUX M., « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 165.
[919] PUEL F., « Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 140 s.
[920] GLAIS M., « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de "dominantes" dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com., 2015, n° 4, p. 649.

autorités de concurrence. Il convient encore de rappeler la tendance des autorités de concurrence à identifier des sous-marchés de produits au sein de marchés plus vastes, approche démontrant le caractère politique de l'opération de délimitation du marché (V. *supra*, n° 110 s). L'idée est alors de personnaliser le marché afin de faciliter la démonstration de la position dominante de l'entreprise poursuivie, approche donnant lieu à une parcellisation très exagérée des marchés[921]. Or, le même raisonnement peut s'appliquer à la sanction des ententes, ces dernières n'étant en principe sanctionnées que si elles produisent un effet sensible sur le marché. Cela suppose de déterminer si la part de marché cumulée des entreprises parties à l'entente dépasse ou non les seuils *de minimis* (étant observé que le droit français prévoit la possibilité pour l'ADLC de sanctionner des ententes qui se trouveraient en dessous de ces seuils).

799. Comme nous venons de l'exposer dans le cadre de la présente section, le droit est un élément essentiel de la stratégie de l'entreprise, et le droit de la concurrence y trouve tout naturellement sa place. Ce dernier permettant à l'entreprise de générer des profits et d'influencer son environnement concurrentiel, elles ont alors tout intérêt à investir leurs ressources dans la détection des pratiques anticoncurrentielles sur lesquelles elles pourraient fonder une action stratégique, et ce d'autant plus que le contentieux privé permettra d'en améliorer l'efficacité. Il convient donc d'aborder ensuite les principales formes d'utilisation stratégiques du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Section 2nde : L'exploitation des opportunités du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

800. Eu égard aux relations qu'entretiennent le droit des pratiques anticoncurrentielles et la stratégie d'entreprise, la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles est susceptible de produire des conséquences stratégiques favorables à l'entreprise qui obtiendrait gain de cause. Cette dernière peut même aller jusqu'à instrumentaliser le droit de la concurrence, détournant alors la règle de sa finalité première (la protection du marché) en vue d'obtenir des conséquences stratégiques favorable à ses seuls intérêts. Qu'il s'agisse de leur utilisation normale ou d'une réelle instrumentalisation de la règle, les notions propres au droit des ententes (§ 1er) et des abus de domination (§ 2nd) permettent d'obtenir des résultats aujourd'hui bien connus des entreprises, dont le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles concourra à renforcer encore l'efficacité.

[921] MAINGUY D., DEPINCE M., *ibid.*, pt. 254, p. 254.

§ 1er : Le renforcement des conséquences stratégiques du droit des ententes par le contentieux privé

801. Afin d'évaluer l'impact des règles du contentieux privé sur l'efficacité des stratégies juridiques habituellement mises en œuvre par les entreprises, il convient de distinguer le cas des relations entre partenaires économiques (A) de celui des relations entre concurrents (B).

A. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre des partenaires économiques

802. La notion de partenaires économiques de l'entreprise englobe d'une part ses fournisseurs et ses clients, mais encore, d'autre part, les autres entreprises avec lesquelles elle est susceptible de conclure des accords de partenariat commercial organisant une collaboration en vue de développer une activité ou d'acquérir de nouvelles parts de marché. Or, le droit de la concurrence est susceptible de trouver à s'appliquer à de telles relations, devenant ainsi un outil stratégique susceptible de permettre de modifier, voire d'échapper à de telles relations (1), tout en générant des profits (2).

1. Un intéressement stratégique à la sanction de stipulations contraire au droit des ententes

803. L'entente consistant en une coordination entre entreprises ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence, le contrat s'en fait alors le support naturel. S'il est vrai que les entreprises parties à une entente formalisent rarement l'infraction de la sorte, il n'empêche que certaines clauses insérées dans les contrats d'affaires puissent être qualifiées de restrictions de concurrence, offrant ainsi à l'entreprise des opportunités stratégiques. Les règles du droit des ententes peuvent ainsi constituer un levier dans la négociation commerciale (a), comme un moyen pour l'entreprise d'échapper à ses obligations lorsqu'il n'existe pas de solution plus facile à mettre en œuvre (b)[922].

a. La sollicitation du droit des ententes comme levier dans la négociation commerciale

804. Le droit des ententes peut constituer un moyen de faire pression sur son cocontractant, la menace de dénoncer un clause susceptible de s'avérer anticoncurrentielle pouvant le convaincre de se montrer plus souple lors d'une négociation (i). Sans prétendre à l'exhaustivité, il

[922] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 312.

conviendra de dresser une liste des principales clauses qu'ont pu sanctionner les autorités de concurrence et les juridictions françaises sur le fondement du droit des ententes (ii).

i. Le droit des ententes comme moyen de pression

805. Le droit des ententes peut être utilisé dans le cadre de la négociation commerciale comme un levier permettant à l'entreprise de négocier de meilleures conditions. Un certain nombre de comportements peuvent ainsi constituer une entente, et conduire l'entreprise à qui ils pourraient être reprochés à consentir des conditions plus favorables en échange d'une renonciation à l'action en réparation. L'action en justice est ici utilisée pour faire pression sur un cocontractant qui refuserait de modifier le contenu d'un contrat. Ce dernier, par peur de voir le juge prononcer la nullité des clauses litigieuses, pourra être tenté de céder et de renégocier le contenu du contrat[923]. Il convient de rappeler que s'il est possible de mettre fin à une action qui aurait été introduite devant les juridictions civiles afin de faire pression sur le cocontractant, tel ne sera pas le cas d'une saisine d'une autorité de concurrence, le retrait de la plainte n'ayant alors pas pour effet de la dessaisir[924]. Le contentieux privé nous semble donc bien participer ainsi à faciliter la possibilité d'une mise en œuvre stratégique du contentieux de la concurrence, notamment pour les PME, qui devraient désormais être en mesure de mettre en œuvre le contentieux privé (V. *supra*, n° 654 s). Il convient dès lors d'identifier les principales clauses susceptibles de fournir une telle opportunité, ces dernières étant à notre avis à même de croître du fait de la tendance de la DGCCRF à sanctionner de plus en plus souvent les micro pratiques anticoncurrentielles au sens de l'art. L464-9 C.com[925].

ii. Les principales clauses interdites par le droit des ententes

806. Comme le relèvent des auteurs[926], les rédacteurs de contrats d'affaires doivent faire preuve d'une grande vigilance en ce que les clauses qu'ils y insèrent sont susceptibles d'être qualifiées d'ententes anticoncurrentielles. Ils identifient à ce titre deux principales utilisations possibles du droit des ententes. D'une part, alors que les pratiques discriminatoires ne sont plus interdites entre professionnels, les règles de l'art. L420-1 C.com pourraient permettre de sanctionner l'octroi injustifié d'un avantage à un partenaire par rapport à un autre, à condition que ledit octroi ne soit pas le résultat de la négociation mais résulte d'une concertation

[923] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 311.
[924] *Ibid.*
[925] FERRIER D., « Concurrence-Distribution janvier 2013 - décembre 2013 », Recueil Dalloz, 2014, n° 15, p. 893.
[926] COMERT M., FLAICHER-MANEVAL E., « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p.106.

anticoncurrentielle. D'autre part, le droit des ententes peut encore être utilisé en vue d'encadrer les prix pratiqués par les partenaires, celui-ci prohibant les accords de revente à prix imposé. Le contrat ne devra ainsi comporter aucune clause pouvant s'analyser comme une incitation trop forte (voire une obligation) à respecter les prix conseillés par le fournisseur, le fait pour un fournisseur d'obliger son acheteur à fixer un prix de vente plus haut que celui qui résulterait du libre jeu de la concurrence étant généralement analysé comme une restriction *per se*. L'acheteur pourrait alors menacer de poursuivre la pratique : s'il refuse en effet de se soumettre à une telle obligation et décide de pratiquer librement ses prix, alors même que les autres distributeurs ont accepté la clause (créant ainsi une entente entre eux et le fournisseur), il en subira un préjudice. Les clients risquent en effet à tort de se méfier des prix trop bas, soupçonnant une qualité moindre des produits, alors qu'il n'en est en réalité rien (V. *supra*, n° 268). L'étude de la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. L420-1 C.com révèle en outre une variété de comportements prohibés dans le cadre des relations verticales de concurrence.

807. Ainsi, en matière de distribution, la pratique décisionnelle de l'ADLC et la jurisprudence ont pu sanctionner l'insertion des clauses suivantes dans les contrats de franchise[927] : les clauses déjà évoquées ci-dessus conduisant à la fixation des prix au sein du réseau, les clauses imposant aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur, les clauses interdisant les rétrocessions entre franchisés (qui interdisent aux franchisés de s'approvisionner auprès d'autre franchisés, et ainsi bénéficier de meilleures condition d'achat) et qui ne seraient pas justifiées par la nécessité de préserver l'image du réseau de franchise, et enfin les clauses de non-concurrence qui interdisent aux franchisés, une fois le contrat terminé, d'exercer la même activité au sein de ce qui était jusqu'alors leur zone d'exclusivité pour une durée excessive.

808. En matière de distribution sélective cette fois[928], sont prohibées les clauses imposant des conditions illicites de sélection telles que le fait d'imposer la présence physique d'un pharmacien pour la vente de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, interdisant de fait aux distributeurs toute possibilité de vendre par internet. Le fait de conseiller le prix de revente et d'interdire la rétrocession entre revendeurs agrées à, comme en matière de franchise, donné

[927] Clauses de fixation des prix au sein du réseau, V. notamment CA Paris, 8 juillet 1994, BOCC 1994, p. 327 ; Clauses d'approvisionnement exclusif, V. notamment Com., 2 juillet 2002, RJDA 2002, n° 1206 ; Clauses interdisant les rétrocessions entre franchisés, V. notamment Com., 12 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 9 ; Clauses de non-concurrence, V. notamment Com., 12 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 9.

[928] Clauses imposant des conditions illicites de sélection, V. notamment Com., 24 septembre 2013, Recueil Dalloz, 2014, p. 192, obs. E. Chevrier ; Prix de revente conseillé et interdiction de rétrocession entre franchisés, V. notamment Com., 25 avril 1989, BOCC 1989, p. 135 ; Réponse à la résiliation du contrat par le fournisseur, V. Cons. conc., 15 décembre 1999, n° 99-D-78, BOCC 2009, p. 139.

lieu à sanction. Le droit des ententes a même pu être invoqué en réponse à la résiliation du contrat par le fournisseur au motif allégué que le distributeur ne respectait pas les critères de qualités qu'il imposait, alors qu'il s'agissait en réalité de sanctionner sa politique de prix, qui ne correspondait pas aux prix qu'il conseillait.

809. En matière de distribution exclusive[929], les clauses conseillant un prix de revente mais qui en réalité aboutissent à l'imposer sont là encore interdites, ainsi que les clauses leur interdisant de vendre en dehors de la zone qui leur a été attribuée. À également été sanctionnée une clause subordonnant le maintien de l'accord entre le fournisseur et le distributeur à l'interdiction pour ce dernier d'élargir sa gamme de produits, ainsi que, là encore, l'interdiction des rétrocessions entre distributeurs.

810. Il convient enfin d'évoquer les clauses contenues dans les contrats de commercialisation[930]. L'insertion d'une clause de confidentialité dans des accords de commercialisation entre une centrale d'achat et des producteurs de lessive a pu être jugée anticoncurrentielle, en ce qu'elle empêchait les adhérents à la centrale de connaître l'existence d'une ristourne, et d'ainsi déduire la somme de leurs prix d'achat pour la répercuter sur leurs prix de vente (les producteurs s'engageaient à verser à la centrale une ristourne calculée sur la base du chiffre d'affaire réalisé auprès des fournisseurs). Les clauses de durée sont également susceptibles d'être interdites, lorsqu'elles lient les contractants sur des périodes excessives. Si elles ne sont pas interdites *per se*, les clauses d'exclusivité peuvent avoir un effet anticoncurrentiel, et donc être interdites au titre du droit des ententes lorsqu'elles sont susceptibles de produire un effet d'éviction. Les clauses de non-concurrence peuvent elles aussi être prohibées, lorsqu'elles sont jugées disproportionnées, en ce qu'elles contribuent à cloisonner le marché. Enfin, une clause imposant à un contractant de restituer en nature le matériel que lui avait prêté une compagnie pétrolière a été considérée comme susceptible de le dissuader de traiter avec de nouveaux fournisseurs (et donc anticoncurrentielle), en raison des coûts qu'entraînerait l'opération de restitution.

[929] Prix imposés et possibilité de vendre en dehors de leur zone d'exclusivité, V. notamment CA Paris, 19 décembre 1991, BOCC 1992, p. 25 ; Clause subordonnant le maintien de l'accord et interdisant les rétrocessions, V. Cons. conc., 19 mars 1996, n° 96-D-17, BOCC 1996, p. 365.

[930] Clauses de confidentialité, V. notamment Com., 27 janvier 1998, RJDA 1998, n° 799 ; Clauses de durée, V. notamment Cons. conc., 28 juillet 2005, n° 05-D-49, Recueil Dalloz, 2005, p. 2379 ; Clauses d'exclusivité, V. notamment Com., 13 février 1996, JCP E 1996, pan. 485 ; Clauses de non-concurrence, V. Com. 9 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 399 ; Clauses obligeant une restitution en nature, V. Com., 18 février 1992, Contrats – Concurrence – Consommation, 1992, comm. 113, obs. L. Leveneur.

811. L'ensemble des clauses évoquées ci-dessus constitue donc autant de moyens de faire pression sur une entreprise, leur insertion dans les contrats la liant à ses partenaires pouvant être qualifiée d'entente. Un nouveau partenaire pourrait ainsi menacer d'intenter un procès à l'encontre des entreprises parties à l'entente, afin d'empêcher le fournisseur de l'insérer dans le contrat en cours de négociation, voire même d'obtenir des avantages qu'elle n'aurait pas obtenus autrement. Si elles y ont déjà été insérées, le fait de menacer de les dénoncer pourrait également constituer un moyen de faire pression sur lui lors de négociations futures, bien qu'une telle option ne semble pas réaliste en pratique, puisque l'imminence du risque pourrait conduire l'entreprise à dénoncer l'entente dans le cadre d'un programme de clémence. Mais la démonstration du caractère anticoncurrentiel d'une clause contractuelle comme levier dans la négociation ne constitue pas la seule opportunité qu'offre le droit des ententes : il peut encore permettre à un cocontractant d'échapper à ses obligations contractuelles.

b. La sollicitation du droit des ententes comme moyen d'échapper à l'effet obligatoire des conventions

812 Comme le relèvent des auteurs[931], le droit des ententes peut être invoqué par l'une des parties en vue de priver de fondement toute demande d'exécution du contrat formulée par son cocontractant. Les parties au contrat peuvent ainsi soulever l'inopposabilité à leur égard d'une stipulation contractuelle dont leur cocontractant tente d'obtenir l'exécution forcée, ou une réparation liée sa violation. La nullité étant d'ordre public, les tiers au contrat pourraient également s'en prévaloir, dans l'hypothèse où les parties tenteraient de leur imposer le respect des stipulations contractuelles. M. le Professeur Masson précise que la jurisprudence de la CJUE admet, dans une affaire « *Javico* », la possibilité de demander une telle nullité alors même que l'accord a été conclu en connaissance de cause, et que les parties se sont acquittées de leurs obligations contractuelles[932]. Comme le détaille M. le Professeur Petit[933], dans le cadre de cette affaire, l'entreprise *Yves Saint Laurent* était liée à *Javico* par un accord de distribution prévoyant que les produits ne seraient vendus qu'en Russie, Ukraine et Slovénie, et qu'ils ne devraient pas être vendus en dehors de ces territoires. Après avoir constaté la présence dans l'UE de produits vendus à *Javico*, *Yves Saint Laurent* a saisi les juges, obtenant sa

[931] FERRE D., LACRESSE A., « Le contentieux de la concurrence dans les contrats d'affaires : quelles stratégies ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p. 109.
[932] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 64 ; CJCE, 28 avril 1998, Javico, aff. C-306/96.
[933] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 312 ; Tribunal de première instance, 17 février 2000, Stork Amsterdam BV contre Commission et Serac, aff. T-241/97.

condamnation à des dommages et intérêts. Mais en appel, *Javico* obtint la nullité de l'accord sur le fondement de l'art. 81 § 1, se soustrayant ainsi à ses obligations. La question se pose toutefois de la pérennité d'une telle stratégie depuis la transposition de la directive 2014/104. En effet, faire annuler l'accord ne risquerait-t-il pas d'exposer les parties à des actions en dommages et intérêts ? Il semble qu'elle puisse demeurer envisageable, à condition que le bénéfice retiré de l'annulation du contrat dépasse les sommes auxquelles l'entreprise pourrait être condamnée en cas d'action des victimes.

813. Le Professeur Petit évoque encore la possibilité qu'offre le droit des ententes de pallier l'absence de clause de résiliation dans le contrat. Ainsi, en l'absence de clause de résiliation ou en présence d'une clause de résiliation trop étroite, l'invocation du droit des ententes permet de se dégager de la convention, comme l'illustre l'affaire « *Stork Amsterdam BV c/ Commission et Serac* ». Les deux entreprises étaient liées par un accord de coopération pour la commercialisation de machines destinées à fabriquer des bouteilles plastiques et pour leur remplissage. Les deux entreprises s'engageaient à acheter leurs machines respectives et à commercialiser les produits sous le nom de « *Stork Serac* », et l'accord prévoyait en outre une obligation de non-concurrence. Souhaitant mettre fin à l'accord, la société *Stork* a menacé *Serac* d'agir en justice sur le fondement de l'art. 81 § 1 TFUE (devenu 101 § 1), ce qu'elle finit par faire. Si la Commission européenne a initialement rejeté la plainte, le Tribunal de première instance estima quant à lui que l'accord était effectivement susceptible de restreindre la concurrence, et *Stork* obtint ainsi gain de cause. Il convient de réitérer ici notre remarque relative au risque d'actions en dommages et intérêts à la suite de la mise en œuvre de la sanction (V. *supra*, n° 812). L'auteur relève en outre que la validation de ce type de stratégies juridiques par la jurisprudence des juridictions européennes est de nature à impacter le management des entreprises dans leurs prises de décision stratégiques. En effet, eu égard à un tel risque, ces dernières pourraient préférer à la conclusion d'un accord les stratégies d'intégration verticales/horizontales (autrement dit le rachat ou la prise de participation), ces dernières étant exemptes des risques susmentionnés.

814. Comme nous venons de le démontrer dans le cadre des développements ci-dessus, le droit des ententes est donc susceptible de constituer un levier pour l'entreprise lors de négociations commerciales, comme de lui permettre de se dégager d'un contrat dont elle ne souhaiterait plus exécuter les obligations. La réforme du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ajoute en outre à ces stratégies l'intérêt de permettre au demandeur de bénéficier de dommages et intérêts.

2. Un intéressement économique à la sanction de stipulations contraires au droit des ententes

815. Comme nous l'avons déjà évoqué dans le cadre de la présente thèse (V. *supra*, n° 626), la relation contractuelle est actuellement le terrain d'élection du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (mis en œuvre de manière autonome), celle-ci facilitant à la fois la démonstration d'un fait générateur de responsabilité et la preuve du préjudice, le contrat servant alors de point de repère pour permettre un calcul relativement aisé du préjudice. Il nous semble donc que la perspective d'une mise en œuvre du contentieux indemnitaire constituera une source de profit, le risque que représente la sanction étant de nature à conduire le partenaire à négocier une transaction dans laquelle il accordera une certaine somme à l'entreprise. En outre, si les négociations venaient à échouer, sa mise en œuvre constituerait de toute manière une source de profit pour l'entreprise, et ce d'autant plus qu'elle pourrait s'accompagner à notre avis d'une campagne de rachat massif de créances indemnitaires[934].

816. Comme le relève M. le Professeur Petit, les entreprises pourraient également chercher à capter une rente détenue par des opérateurs situés en amont ou en aval sur la chaîne de distribution grâce à leur coopération. Des entreprises liées entre elles par un accord de coopération horizontale vont en effet bénéficier de gains d'efficacité découlant de l'accord, et donc décider d'augmenter le revenu qu'elles tirent de leurs activités commerciales. Leurs clients (des opérateurs intermédiaires), vont alors agir sur le fondement de l'interdiction des ententes afin d'obtenir qu'elles « revoient leurs conditions commerciales ». Le but n'est alors pas ici de transférer les économies réalisées vers les consommateurs, mais de les conserver afin d'augmenter son propre profit, et il nous apparaît qu'une telle stratégie, pour être efficace, suppose que les entreprises aient veillé à ne pas répercuter le manque à gagner sur leurs clients. En effet, si la négociation venait à échouer et qu'elles se trouvaient obligées d'assigner les auteurs de l'infraction, ces derniers pourraient alors leur opposer cette répercussion afin de minorer le préjudice. Il n'empêche, comme le précise l'auteur, qu'une telle stratégie est redoutable car les parties ne pourront pas demander le bénéfice d'une exemption, qui nécessite la démonstration qu'au moins une partie des bénéfices de l'accord est transférée vers les acheteurs directs (les opérateurs intermédiaires). Or, si ces derniers ont initié une telle stratégie, c'est que, par hypothèse, un tel transfert n'a pas eu lieu. Face à une telle menace, et privées de

[934] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 50 et 58.

toute possibilité d'obtenir l'exemption, les parties pourraient souhaiter revenir à la table des négociations pour éviter toute action en justice de la part de leurs acheteurs directs[935].

817. Le contentieux privé pourrait encore selon nous servir à réaliser des économies par le biais d'une combinaison de la compensation et de la cession de créances. En effet, si l'entreprise débitrice d'une certaine somme est également victime d'une pratique anticoncurrentielle commise par son partenaire, il nous semble opportun pour elle d'exercer le contentieux indemnitaire et de racheter les créances d'autres entreprises victimes qui n'auraient pas, comme elle, la possibilité d'exercer l'action. En négociant un prix de cession global des créances plus faible que le montant de sa dette auprès de l'auteur de l'infraction, l'entreprise pourrait alors la compenser pour un prix moindre que ce qu'elle aurait dû payer normalement. À titre d'exemple, si la dette est de 500 000€ et qu'elle est parvenue à racheter 500 000€ de créances pour un prix global de 200 000€, elle réalise alors une économie de 300 000€. La mise en œuvre de la compensation nécessite la réunion de plusieurs conditions[936]. Les dettes doivent être réciproques, impliquant ainsi qu'il s'agisse de dettes croisées entre deux mêmes personnes, ce qui pourrait soulever des difficultés lorsque l'infraction émane d'un groupe de société : il faudrait alors s'assurer que la personne juridique avec laquelle l'entreprise entend compenser sa dette est bien l'auteur direct de l'infraction. Les dettes doivent ensuite être fongibles, ce qui ne pose aucune difficulté dans notre exemple, puisqu'il s'agit de compenser des sommes d'argent. Son caractère liquide pourrait poser problème, la créance n'étant considérée comme liquide que lorsque son montant exact est connu. Ainsi, une créance indemnitaire nécessite pour ce faire une expertise, et la compensation légale ne saurait jouer tant que l'une des dettes est contestée, et ce jusqu'à ce qu'elle ait été reconnue par un jugement. Les dettes doivent encore être exigibles, et disponibles, ce qui exclut les créances insaisissables telles que les créances d'aliments ou les créances salariales. De même, le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire rend indisponible la dette, le débiteur étant alors dessaisi de ses droits et de ses biens (si l'art. L622-7 C.com prévoit à ce titre une exception lorsque les dettes sont connexes, c'est-à-dire issues d'un même rapport de droit tel qu'un contrat, elle ne nous semble pas applicable dans l'hypothèse d'un rachat de créances). La mise en œuvre d'une stratégie combinant rachat de créances et compensation nécessitera donc la mise en œuvre du procès pour pouvoir fonctionner, à moins bien sûr que les créanciers

[935] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 305.
[936]BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, n° 778 s, p. 619 s.

réciproques ne parviennent à négocier la mise en œuvre d'une compensation conventionnelle. Cette dernière permet en effet de faire jouer le mécanisme alors même que l'ensemble des conditions ne seraient pas réunies : il est alors possible de déroger à n'importe laquelle des exigences évoquées ci-dessus, à l'exception de la disponibilité. Les créanciers réciproques pourraient donc à notre avis déroger à l'exigence de liquidité et ainsi éviter le procès, en s'accordant par exemple pour faire liquider la créance de réparation par un expert choisi par eux.

818. Une autre hypothèse illustrant l'intérêt économique que pourrait revêtir l'intérêt de la créance indemnitaire dans le cadre de relations entre partenaires pourrait résider dans le mécanisme de la conversion de créances en capital. Afin d'accroitre sa taille et son pouvoir de négociation, une entreprise peut avoir intérêt à en racheter une autre. Un fournisseur peut ainsi avoir intérêt à s'intégrer en aval en rachetant l'un de ses clients, devenant ainsi lui-même un distributeur, et, inversement, un distributeur peut avoir intérêt à s'intégrer en amont en rachetant l'un de ses fournisseurs, sécurisant ainsi ses approvisionnements et maîtrisant mieux les prix[937]. À ce titre, si le fournisseur ou le client que l'entreprise entend racheter est l'auteur d'une entente, la combinaison du rachat de créances et des mécanismes du droit des entreprises en difficulté, ou encore du droit des sociétés pourrait s'avérer une option intéressante. Du point de vue du droit des entreprises en difficulté, l'art. L626-5 C.com autorise, dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde judiciaire, la conversion de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital, et l'art. L631-19 C.com prévoit la même possibilité dans le cadre d'un plan de redressement. Le rachat de créances pourrait donc permettre de faciliter la reprise d'une entreprise en difficulté, à condition toutefois que l'accord de conversion ne porte pas atteinte aux intérêts des autres créanciers en application de l'art. L626-18 C.com. Le rachat de créances en vue de leur conversion pourrait ainsi permettre de racheter l'entreprise, ou d'y prendre une participation. Il convient en outre de ne pas négliger la possibilité de mettre en œuvre une telle stratégie à l'encontre d'une entreprise en bonne santé sur le plan financier.

819. L'art. L225-128 C.com autorise en effet l'augmentation du capital social par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, le créancier renonçant au paiement en numéraire de sa créance en contrepartie d'une attribution d'actions. L'assemblée générale extraordinaire pourra alors choisir de donner à la conversion l'une des deux formes suivantes : soit celle d'une augmentation par apport en nature des créances, soit celle d'une augmentation

[937] LEROY F., « Les stratégies de l'entreprise », *ibid.*, p. 11 et p. 13.

du capital en numéraire. Dans le cadre de l'apport en nature des créances, le créancier apporte la créance à la société, et celle-ci s'éteint alors par confusion, étant précisé que dans les SA et les SARL, la procédure d'évaluation des apports en nature trouvera alors à s'appliquer. Dans le cadre de l'augmentation du capital en numéraire, le créancier libère son apport par compensation avec la créance qu'il détient à l'encontre de la société, ce qui implique alors que la créance soit certaine, liquide et exigible[938]. Sous cette réserve, le droit des sociétés pourrait selon nous être utilisé pour prendre une participation au sein d'un partenaire ou d'un client auteur de pratiques anticoncurrentielles.

820. Au-delà des relations entre partenaires, qui ont occupé les développements précédents, le droit des ententes peut encore être sollicité à l'encontre des concurrents du demandeur. Parvenir à obtenir que leurs comportements sur le marché soient qualifiés d'anticoncurrentiels constitue ainsi une source d'opportunités de nature à permettre à l'entreprise à leur livrer ce que nous pourrions qualifier de véritable « concurrence par le droit ».

B. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre d'entreprises concurrentes agissant en coordination

821. Sollicité à l'appui de la stratégie juridique qu'une entreprise mettrait en œuvre à l'encontre de ses concurrents, le droit des pratiques anticoncurrentielles et son contentieux privé sont susceptibles d'offrir plusieurs opportunités. Il conviendra ainsi, dans un premier temps, d'évoquer lesdites opportunités (1), avant d'aborder, dans un second temps, les outils permettant de les exploiter (2).

1. L'intéressement stratégique à la sanction des coordinations contraires au droit des ententes

822. Qu'il s'agisse pour elle de conquérir des parts sur un marché au sein duquel elle exerce déjà son activité, ou qu'il s'agisse d'intégrer un nouveau marché, le droit des ententes constitue pour l'entreprise un levier stratégique de nature à lui permettre de perturber la stratégie de ses concurrents (a) tout en lui rapportant plusieurs bénéfices (b).

a. Les conséquences de la mise en œuvre du droit des ententes sur la stratégie des concurrents

823. La sanction des concurrents du demandeur au titre du droit des ententes emporte plusieurs conséquences à leur égard. Il peut s'agir d'une augmentation de leurs coûts (i), de la captation

[938] GIBIRILA D., « Droit des sociétés », coll. ellipses, 2015, 5ème édition, p. 115, n° 154.

ou de la dissolution d'une rente qu'ils détiennent (ii), ou encore de la disparition d'une barrière à l'entrée sur le marché (iii).

i. L'augmentation des coûts des rivaux

824. À la lumière des classifications réalisées par les auteurs sur les effets produits par la mise en œuvre stratégique du droit des pratiques anticoncurrentielles, il apparaît que l'un des effets de la mise en œuvre du droit des ententes est l'augmentation des coûts des entreprises sanctionnées[939]. M. le Professeur Petit indique ainsi que la procédure entraîne une explosion des coûts juridiques des entreprises assignées, qui doivent alors répondre aux demandes de renseignements et se soumettre à des mesures d'inspections. Elles doivent également financer la procédure, ce qui implique de rémunérer leurs conseils. Ajoutons à cela, en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la nécessité de recourir à l'expertise pour contredire la quantification du préjudice proposée par le demandeur, comme semble le commander l'art. 4 de la directive (V. *supra*, n° 316). L'auteur souligne encore les difficultés qu'entraîne la procédure pour l'obtention de crédits auprès des banques, peu désireuses de prêter de l'argent à l'entreprise eu égard au risque de sanction auquel elle s'expose. La procédure permet donc de tarir les sources de financement des coauteurs de l'infraction, entravant ainsi leur capacité à renouveler leur équipement notamment, ce qui peut à terme compromettre leur maintien sur le marché. Le demandeur peut en outre se livrer à une guerre des prix violente pour favoriser cet effet d'éviction. Il convient également de ne pas négliger l'impact de la procédure sur les cours de Bourse des entreprises qui en font l'objet, une étude révélant que ces derniers sont affectés négativement dès l'annonce d'une sanction pour pratiques anticoncurrentielles. L'effet est en outre amplifié par le fait que les enquêtes sont très longues[940]. Or, le Professeur Petit précise que les actionnaires tendent à se débarrasser de leurs actions lors de trois moments clés : dès le stade de l'enquête, au moment du prononcé de la sanction, et enfin au moment du prononcé de la sanction finale par les instances de recours. L'auteur ajoute que les obligations procédurales inhérentes à la procédure sont susceptibles d'entraver le fonctionnement quotidien de l'entreprise, les cadres se trouvant alors contraints de participer à des auditions, parfois pendant de longues périodes. Une sanction pénale, dans

[939] V. notamment PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 297, et MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 56.

[940] JERSON A., LE ROY F. et SENTIS P., « L'impact boursier des annonces de pratiques anticoncurrentielles », [en ligne] https://www.strategie-aims.com/events/conferences/6-xviieme-conference-de-l-aims/communications/1591-limpact-boursier-des-annonces-des-pratiques-anticoncurrentielles/download (consulté le 08/03/2019), p. 20.

les pays qui la prévoient, peut même permettre d'éliminer un chef d'entreprise important (bien que ce risque nous apparaisse limité en France, la responsabilité pénale étant rarement engagée à la suite de pratiques anticoncurrentielles, bien que le contentieux tende à augmenter depuis les années 2000[941]). M. le Professeur Masson ajoute quant à lui à cette liste l'atteinte portée à l'image des entreprises sanctionnées, et précise qu'il s'agit là d'une stratégie efficace même dans l'hypothèse où la plainte serait finalement rejetée, les mesures provisoires prononcées par les autorités de concurrence suffisant à gagner des parts de marché. La même réflexion nous semble pouvoir être faite pour les mesures de référé. L'auteur prend à ce titre l'exemple d'une affaire ayant opposé la société Bouygues à la société Orange : Bouygues a ainsi obtenu de l'ADLC la suspension provisoire de l'exclusivité dont bénéficiait Orange pour la distribution de *l'iPhone* en France. Introduite en 2008, la demande sera finalement rejetée en 2010 par la Cour de Cassation, mais il n'empêche qu'entre temps, Bouygues a pu commercialiser *l'iPhone*, tant et si bien que, jugeant que son exclusivité n'avait plus aucun sens, Orange abandonna tout recours devant la cour d'appel de renvoi.

825. Il convient enfin de ne pas oublier, bien que cela relève de l'évidence, le prix que l'entreprise devra payer en cas de condamnation. Dans l'hypothèse du contentieux complémentaire, l'entreprise condamnée est ainsi susceptible de devoir payer l'amende infligée par une autorité de concurrence, ainsi que les dommages et intérêts réclamés par le demandeur (qui peut avoir concentré entre ses mains les créances d'un grand nombre de victimes trop modestes pour intenter l'action elles-mêmes), et enfin l'amende civile prévue par le projet de réforme du droit de la responsabilité (V. *supra*, n° 222 s). La somme globale pourrait donc s'avérer pour le moins élevée, tout en permettant à l'entreprise demanderesse de capitaliser sur les créances dans lesquelles elle aura investi pour générer à son profit d'importantes sommes en dommages et intérêts. Or, cette dernière méthode n'est pas la seule de nature à lui permettre de générer un profit financier sur la base d'une infraction au droit des ententes commise par les concurrents.

ii. La captation ou la dissolution de l'avantage concurrentiel détenu par un tiers

826. Selon M. le Professeur Petit, l'action intentée sur le fondement du droit des ententes peut avoir pour objectif la captation ou la neutralisation d'une rente détenue par les concurrents. Au moyen d'un accord conclu avec un tiers, une entreprise va détenir un avantage concurrentiel

[941] ARHEL P., « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2018 (actualisation : Janvier 2019), pts. n° 71 s.

duquel découle une rente, que les concurrents chercheront soit à dissoudre, soit à capter[942]. Il s'agira donc d'exploiter les rentes monopolistiques, qui correspondent à l'hypothèse dans laquelle plusieurs entreprises se regroupent pour ériger des barrières à l'entrée du marché et s'entendre pour fixer un prix assurant leur rentabilité[943]. Le Professeur Petit souligne que ce type de stratégies est adaptées aux marchés caractérisés par des commandes importantes et irrégulières, attribuées notamment par appels d'offres.

827. La dissolution de la rente consiste à obtenir la nullité de l'accord liant les concurrents, une entreprise qui n'a pas obtenu un marché aura donc intérêt à l'invoquer pour dissoudre la rente ainsi acquise par son concurrent. La jurisprudence européenne offre une illustration de la dissolution de rente avec l'affaire « *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission* »[944], dans le cadre de laquelle une plainte contre la société *Eurocontrol* dénonçait ses accords de recherche et développement comme contraires à l'interdiction des ententes. Il nous apparaît intéressant de préciser que, peu important l'issue de la procédure, l'obtention de mesures provisoires de la part des autorités de concurrence ou des juridictions civiles peut être utile afin de perturber, au moins pour un temps, l'organisation des concurrents.

828. L'auteur évoque ensuite la captation de la rente détenue par les concurrents, l'idée étant cette fois non plus de faire annuler l'accord, mais de s'y inviter. La jurisprudence révèle l'exemple dans lequel une entreprise a assigné des sociétés s'étant octroyé une exclusivité réciproque sur l'exploitation de leurs portefeuilles respectifs de droits de retransmission de matchs de football, afin de les obliger à ouvrir l'accès à ces droits au moyen de contrats de sous-licence[945]. Un autre exemple réside dans l'affaire opposant l'Union Européenne de Radiodiffusion (l'UER, organisme ayant notamment pour tâche de négocier au nom de ses membres les droits de diffusion d'événements sportifs avec les fédérations ou les organisateurs de rencontres sportives) à M6, qui voyait ses demandes d'adhésions au groupement systématiquement rejetées. Le TPICE a sanctionné l'UER, considérant ses critères d'adhésion trop imprécis, subjectifs, et susceptibles de donner lieu à des discriminations[946].

---

[942] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 301 s.
[943] MAGAKIAN J-L et PAYAUD M-A, « 100 Fiches pour comprendre la stratégie d'entreprise », *ibid.*, p. 65.
[944] TPICE, 12 décembre 2006, SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission, aff. T-155/04.
[945] CE, communiqué de presse du 8 mai 2003, IP/03/655 [en ligne] https://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-655_fr.htm (consulté le 16/10/2019).
[946]TPICE, 11 juillet 1996, Métropole télévision SA, Reti Televisive Italiane SpA, Gestevisión Telecinco SA et Antena 3 de Televisión c/ Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-528/93, T-542/93, T-543/93 et T-546/93.

829. Les stratégies de captation/dissolution trouvent cependant leurs limites dans la durée des procédures, car sauf à obtenir des mesures provisoires, il est peu probable qu'un concurrent agisse pour remettre en cause le résultat d'opérations passées. En outre, comme le relève le Professeur Petit, même si l'obtention de mesures provisoires est impossible, l'action aura au moins 3 intérêts. D'une part, « elle conditionne le déroulement d'opérations futures sur le marché », permettant ainsi à la victime d'éviter de se retrouver à l'avenir évincée de nouvelles opérations économiques. D'autre part, l'ouverture de la procédure permet d'accéder à des informations normalement rendues confidentielles par le secret des affaires, bien qu'il faille à notre avis tempérer cette affirmation, les règles introduites par la directive 2014/104 en la matière étant de nature à faire échouer une telle stratégie (V. *supra*, n° 357 s). Enfin, l'entreprise victime peut tout simplement être guidée par la volonté de punir un comportement illicite, et sa diligence sera en outre de nature à rassurer les actionnaires. Il nous semble par ailleurs utile de préciser que le contentieux de la réparation pourrait venir contredire l'affirmation du Professeur Petit selon laquelle il est peu probable qu'un concurrent agisse pour remettre en cause le résultat d'opérations passées. Une telle possibilité pourrait désormais être envisageable, car l'entreprise pourra alors arguer avoir été privée d'une opportunité de dégager des profits du fait de la coordination mise en œuvre par ses concurrents (notamment si l'on reprend les exemples précités, dans lesquels l'entreprise se trouve évincée du marché). La facilitation du contentieux privé pourrait donc lui permettre d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de la perte de chance, et ainsi dégager des profits sur la base d'une opération à laquelle elle n'a pas pu participer, mais à laquelle elle aurait pu participer. Le montant des sommes pourrait en outre s'avérer important, à condition de convaincre les juges de retenir le taux d'actualisation le plus avantageux pour le demandeur (V. supra, n° 246 et 284).

iii. Le sort des barrières à l'entrée sur le marché

830. Comme l'indique là encore le Professeur Petit, la sollicitation du droit des ententes peut permettre à l'entreprise de lutter contre les barrières à l'entrée sur le marché. Il peut ainsi s'agir pour une entreprise déjà présente sur le marché de progresser au sein de celui-ci, en cherchant à intégrer un segment de marché occupé par quelques entreprises qui s'entendent entre elles pour évincer les potentiels nouveaux entrants, mais il pourrait tout aussi bien s'agir pour l'entreprise de tenter d'intégrer un marché sur lequel elle n'est pas présente[947]. En effet les concurrents et des tiers peuvent s'entendre pour refuser de traiter avec une entreprise. Ce sera

[947] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 297.

particulièrement le cas lorsque cette dernière adopte une politique de prix bas : sous la pression des concurrents, ses partenaires habituels pourront être contraints de refuser de contracter avec elle, mettant ainsi son existence en péril, « et ce d'autant plus que sa politique tarifaire ne lui procure que de faibles marges qui doivent évidemment être compensées par [de] forts volumes de ventes ». Là encore, le recours à une autorité de concurrence ou la saisine des juridictions civiles permettra de rétablir la situation : « il suffira en effet dans la plupart des cas à l'entreprise plaignante de faire connaître sa plainte aux autres entreprises (ce qu'elle est parfaitement en droit de faire) pour que ces derniers prennent conscience de la gravité des risques de leur comportement et arrêtent à bref délai le boycott »[948].

831. L'éviction pourrait encore résulter de la coordination des politiques de prix mises en place par les entreprises présentes sur le marché. Comme le relèvent des auteurs, afin d'éviter de se livrer une guerre des prix couteuse pour chacun des offreurs, ces derniers peuvent s'entendre pour vivre en bonne intelligence et mettre en œuvre des stratégies de prix non agressives, par l'envoi de signaux entre les concurrents, l'idée étant de maintenir artificiellement les prix à la hausse afin de créer une situation profitant à l'ensemble des offreurs[949]. Il existe notamment deux clauses régulièrement considérées par les autorités de concurrence comme susceptibles de faciliter une entente tacite sur le marché. La première est la clause du client le plus favorisé, qui vise à un traitement égalitaire des clients. Elle permet ainsi d'assurer à chacun des clients qu'il bénéficie du traitement le plus favorable possible, chacun d'entre eux pouvant obtenir les conditions avantageuses octroyées au client le plus important de l'entreprise. Néanmoins, « en renforçant le pouvoir de négociation du vendeur, elle permet d'atteindre des niveaux de prix plus éloignés de l'équilibre de concurrence », s'opposant ainsi à une baisse des prix. La seconde, la clause de meilleur prix, permet quant à elle d'assurer aux clients qu'ils ne trouveront pas moins cher chez un concurrent, et est souvent exprimée sous la forme d'un remboursement de la différence dans l'hypothèse dans laquelle le client trouverait effectivement une offre moins chère chez un concurrent. Ainsi, un concurrent échouerait à conquérir la clientèle de l'entreprise ayant stipulé une telle clause en baissant ses propres prix, et ne ferait que perdre du profit. En pratique, l'insertion de telles clauses tend finalement au maintien de prix trop élevés par rapport au niveau concurrentiel souhaitable. Ces deux types de clauses pourraient donc donner lieu à sanction de la part des autorités de concurrence, et les entreprises se livrant à leur insertion prennent bien le soin de s'entourer d'experts en droit de la concurrence. Il convient

[948] CALVET H., « Stratégie d'accès au marché et accords entre tiers », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1058.
[949] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », *ibid.*

toutefois de remarquer que le nouvel art. L442-3 C.com sanctionne désormais par la nullité l'insertion de la clause la plus favorisée dans le contrat, limitant l'intérêt de cette stratégie aux cas d'application de législations étrangères admettant leur insertion, et à la clause de meilleur prix.

832. Il nous semble encore utile de préciser, en matière de coordination sur les prix, la possibilité qu'ont les entreprises de s'entendre pour pratiquer des prix prédateurs. La Cour de cassation[950], qui a refusé de sanctionner des entreprises qui ont aligné leurs prix sur ceux pratiqués par un nouvel entrant sur le marché, n'en a pas moins précisé que les entreprises n'échappaient à la sanction qu'à la condition que les prix qu'elles pratiquaient déjà avant son arrivée ne soient pas inférieurs à leur coût variable de production (ce qui augmenteraient leurs pertes par rapport aux pertes qu'elles enregistreraient si elles s'abstenaient tout simplement de vendre le produit). Cela implique donc la possibilité pour une entreprise qui considère les prix comme suspicieusement bas sur un marché donné de tenter de démontrer l'existence d'une coordination destinée à mettre en place une politique de prix prédateurs visant à empêcher l'arrivée de nouveaux entrants. En outre, comme le fait remarquer M. le Professeur Masson, la mise en œuvre d'une telle procédure peut nuire à la stratégie même de l'entreprise, en la rendant réticente à recourir à une stratégie de guerre des prix alors qu'elle est accusée de pratiquer des prix prédateurs[951].

833. Comme nous venons de l'évoquer, la mise en œuvre du droit des ententes produit des conséquences stratégiques nuisible aux auteurs de l'infraction, ce qui est parfaitement logique dans la mesure où l'objectif de la règle de droit est de sanctionner leur comportement. Il convient encore de remarquer que sa mise en œuvre est susceptible de produire des effets positifs pour le demandeur, qui excèdent la seule disparition d'un comportement collusoire.

b. Les conséquences de la mise en œuvre du droit des ententes au bénéfice de l'entreprise

834. Au titre des conséquences bénéfiques pour la situation du demandeur qui obtiendrait gain de cause, il convient d'évoquer, de manière évidente, l'enrichissement qu'est susceptible de lui procurer le succès de la procédure (ou la simple menace de sa mise en œuvre), entre autres conséquences économiques (i). Il convient en outre de ne pas négliger l'effet positif de sa

[950] Com., 4 février 1997, Bull. civ. IV, n° 41.
[951] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 57.

victoire sur l'image de l'entreprise, qui aura ainsi contribué à assainir le marché pour le bien des consommateurs (ii).

i. Les conséquences économiques du droit des ententes au bénéfice de l'entreprise

835. Comme nous l'avons déjà évoqué *supra* (V. n° 815 s), la mise en œuvre du droit des ententes est susceptible de rapporter d'importantes sommes à l'entreprise, et ce notamment dans l'hypothèse où elle entreprendrait une campagne de rachats de créances de réparation auprès des victimes les plus modestes présentes sur le marché, ces dernières pas forcément les moyens et la culture de concurrence nécessaire pour exercer efficacement l'action. Or, une fois cumulées, les créances concentrées entre les mains de l'entreprise sont susceptibles de lui rapporter d'importants dommages et intérêts. La menace peut être considérée comme suffisamment importante par les concurrents mis en cause et les inciter à transiger plutôt que de risquer un procès, permettant ainsi à l'entreprise de récupérer rapidement un retour sur son investissement. Elle peut encore utiliser les créances acquises pour compenser une éventuelle dette détenue sur elle par les concurrents, ou encore en profiter pour tenter une prise de contrôle par le recours aux règles du droit des sociétés ou du droit des entreprises en difficulté. En cas de mise en œuvre de l'action et de succès de cette dernière, l'entreprise verra en outre son image s'améliorer aux yeux de l'opinion.

ii. Les conséquences bénéfiques du droit des ententes sur l'image de l'entreprise

836. Selon M. le Professeur Masson, l'entreprise peut utiliser le procès comme un moyen de communication destiné à faire croire que les mauvais résultats de la firme ne sont pas imputables à sa mauvaise gestion, mais au comportement des autres acteurs du marché. L'action peut encore avoir pour objectif de faire étalage des valeurs défendues par l'entreprise. Par le biais d'une action fondée sur les règles du droit de la concurrence, elle se montre ainsi comme un défenseur du pouvoir d'achat et du bien-être des consommateurs, menant le « combat de l'opprimé face au fort » (l'Etat ou une alliance d'entreprises sur le marché), comme ont pu le faire Leclerc ou *Free*[952]. À ce titre, le rachat de créances de réparation nous apparaît être un moyen de montrer la volonté de l'entreprise d'assainir le marché, communicant ainsi de manière positive. S'il peut être tentant de laisser faire une société de recouvrement spécialisée en la matière, avoir sa propre société pourrait donc contribuer à donner une image positive de l'entreprise, qui sera soit une victime montrant que l'union fait la force, soit un coauteur de l'infraction désirant montrer sa volonté de faire pénitence dans le cadre d'un programme de

[952] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 54.

clémence. Or, telle n'est pas là la seule vertu de cette procédure, qui peut encore servir à renverser l'équilibre sur le marché.

2. L'instrumentalisation de la procédure de clémence en vue d'infliger un désavantage économique aux concurrents

837. Initialement soulevée par M. le Professeur Petit, la possibilité d'utiliser la procédure comme un moyen pour une entreprise partie à une entente d'infliger un préjudice aux coauteurs de l'infraction afin de faire basculer l'équilibre sur le marché (a) a reçu un accueil mitigé de la part de plusieurs auteurs. Il n'empêche que ces critiques méritent d'être tempérées, et qu'une telle stratégie nous semble malgré tout pertinente (b).

a. L'utilisation de la procédure de clémence pour infliger un préjudice aux coauteurs de l'infraction

838. Selon le Professeur Petit, si la procédure de clémence relève traditionnellement d'une stratégie défensive consistant à renoncer aux profits de l'infraction en contrepartie d'une immunité ou d'une réduction de sanction, elle peut également servir de stratégie offensive[953]. Ainsi, une entreprise peut avoir intérêt à rejoindre une entente injustifiable et à la dénoncer dans le cadre d'un programme de clémence afin de porter atteinte à ses concurrents. L'auteur relève que le dommage infligé aux concurrents est redoutable, une étude révélant, aux Etats Unis, que si l'amende était infligée à son niveau optimal, 42% des entreprises sanctionnées se seraient retrouvées en état de cessation des paiements. Bien que le chiffre mérite à notre avis d'être tempéré eu égard à l'absence de dommages et intérêts punitifs au sein de l'ordre juridique européen, sa propension à infliger un lourd dommage aux coauteurs de l'infraction ne fait aucun doute. Des auteurs s'interrogent à ce titre sur l'état du marché après déclenchement de la procédure, cette dernière permettant à l'entreprise dénonciatrice d'échapper à toute sanction « tout en faisant infliger des amendes extrêmement lourdes à ses concurrents, parmi lesquelles des entreprises de taille moyenne »[954]. Or, une telle stratégie nous semblera d'autant plus pertinente qu'elle sera combinée à une campagne de rachat massif des créances des victimes, à tel point que, si le préjudice infligé aux coauteurs de l'infraction s'avère suffisamment important, l'auteur de la dénonciation pourra renverser l'équilibre du marché en sa faveur. Des auteurs critiquent néanmoins le caractère irréaliste et déconnecté de la réalité de l'entreprise d'une telle stratégie.

---

[953] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 291 s.
[954] CALVET H., « L'utilisation des procédures de clémence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1090.

b. Les critiques adressées à l'encontre de la théorie de la clémence agressive

839. Selon des auteurs[955], la pratique ne révèle aucune situation correspondant à une utilisation agressive de la procédure de clémence, « qui semble en tout état de cause irréaliste car elle suppose évidemment une énorme prise de risque de la part de la "taupe" qui serait bien sûr elle-même exposée à une dénonciation plus rapide que la sienne ». Une telle critique nous semble toutefois exagérée, dans la mesure où l'enquête menée auprès des grandes entreprises françaises révèle que la procédure de clémence est considérée comme un outil stratégique par 44% des entreprises interrogées[956]. Il nous semble encore exagéré de considérer que la pratique ne révèle aucun exemple de l'utilisation d'une telle stratégie, dans la mesure où cela impliquerait de pouvoir connaître les motivations stratégiques, par essence non dites, sous-tendant la dénonciation de l'entente. Quelle entreprise irait en effet se vanter d'avoir rejoint une coordination anticoncurrentielle aux seules fins de la dénoncer afin de s'imposer sur le marché ?

840. Plus pertinente nous semble la critique réalisée par Me Debroux, selon qui il conviendrait en réalité de distinguer entre clémence subie et clémence maîtrisée[957]. L'auteur semble ici peu réceptif à cette idée, relevant qu'échafauder pareille stratégie serait « un bel exemple de sang-froid », puisque le raisonnement du Professeur Petit est guidé par une logique purement économique, une « analyse parfaitement rationnelle de l'équation coûts/bénéfices inhérente à toute démarche de clémence » (l'individu respectant la loi tant que le bénéfice qu'il en retire en s'y conformant dépasse celui qu'il obtiendrait en commettant l'infraction). Le tout supposerait en outre une maîtrise certaine du timing de la dénonciation. Mais il admet tout de même qu'une telle stratégie est effectivement envisageable (bien que, « en tant que praticien, nous ne l'avons jamais rencontrée dans sa forme parfaite, ce qui, naturellement, ne suffit pas à en altérer la crédibilité »). Le vrai reproche qu'adresse l'auteur à cette théorie est le caractère simpliste et réducteur du postulat de rationalité de l'entreprise, la décision de commettre une pratique anticoncurrentielle était souvent une décision opportuniste, parfois fortuite, « née d'une vision à court terme d'un collaborateur ou d'une équipe isolée ». En effet, l'entreprise est un « corps vivant, évolutif, traversé de rationalités diverses et parfois contradictoires, en fonction des personnes qui en sont porteuses ». Et ces rationalités ne sont pas systématiquement économiques : l'aversion aux risques, et parfois même la morale trouvent leur place au sein de

[955] CALVET H., « Instrumentalisation du droit de la concurrence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1060.
[956] BOUGETTE P., DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., MONTET C. et VENAYRE F., « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », *ibid.*
[957] DEBROUX M., « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 166.

l'entreprise. Comme « toute communauté humaine, l'entreprise n'est pas un corps homogène et stable dans le temps, et les priorités des uns à une époque ne correspondront pas nécessairement aux priorités des autres quelques mois ou années plus tard ». Selon l'auteur, cette vision de l'entreprise guidée en permanence « par des analyses rationnelles coûts/bénéfices » est une simplification abstraite qui ne correspond pas à la réalité. Selon lui, la clémence serait soit subie, soit maîtrisée : la clémence est maîtrisée lorsque l'entreprise dispose d'une certaine marge de manœuvre et d'un certain timing quant à la décision d'y recourir (« sans verser dans la caricature d'un calcul froidement rationnel »), ce dont elle ne disposerait pas lorsque la clémence est subie. Le raisonnement de Me Debroux nous semble tout à fait exact, l'entreprise ayant tout intérêt à se livrer à des audits internes de ses pratiques afin de détecter l'existence d'éventuelles ententes. Il s'agira alors pour elle de capitaliser si elle le souhaite sur une telle opportunité, et de dénoncer l'infraction afin de faire un usage agressif de la clémence. Outre cette opportunité, réservée aux seules parties à l'infraction puisqu'elles seules auront connaissance de son existence, il convient également de rappeler l'existence d'outils à la disposition des entreprises qui ne sont pas partie à l'entente pour tenter d'obtenir la sanction du comportement de leurs concurrents (V. *supra*, n° 790 s).

841. Ayant évoqué, sans prétendre à l'exhaustivité, un certain nombre de possibilités d'utilisations stratégiques du droit des ententes, il convient ensuite d'aborder l'autre grande forme de pratiques anticoncurrentielles : les abus de domination, et plus particulièrement l'abus de position dominante. Non moins intéressant que le droit des ententes sur le plan stratégique, ce dernier est susceptible de produire diverses conséquences intéressant l'entreprise.

§ 2nd : Le renforcement des conséquences stratégiques du droit des abus de domination par le contentieux privé

842. Comme le relèvent MM. les Professeurs Blaise et Desgorces, il est possible de classer les abus de position dominante en deux grandes catégories[958]. La première, l'abus de comportement, recouvre des pratiques telles que le refus de vente, la rupture brutale de relations commerciales, le déréférencement ou la fixation de prix excessivement hauts. Cette première catégorie nous semble donc correspondre à l'hypothèse d'une relation entre partenaires économiques. La seconde, l'abus d'éviction, recouvre des comportements tels que le dénigrement ou la pratique de prix prédateurs, et nous semble plutôt correspondre à des

[958] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 827, p. 443.

hypothèses d'abus mis en œuvre à l'encontre des concurrents. Procédant de la même manière que pour les développements précédents consacrés au droit des ententes, nous évoquerons donc, dans un premier temps, les conséquences stratégiques du droit des abus de domination dans le cadre des relations entre partenaires économiques (A). Nous aborderons ensuite, dans un second temps, les conséquences qu'il est susceptible de produire lorsqu'une entreprise l'invoque à l'encontre de ses concurrents (B). La mise en œuvre de telles stratégies sera bien entendu conditionnée l'analyse du marché pertinent (V. *infra*, n° 872).

A. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre de partenaires économiques en situation de position dominante

843. Dans le cadre de relations entre partenaires économiques, le droit des abus de domination présente, comme le droit des ententes, un intérêt à la fois stratégique (1) et purement économique (2).

1. Un intéressement stratégique à la sanction des stipulations contraires au droit des abus de domination

844. Lorsque le comportement d'un partenaire économique de l'entreprise est susceptible d'être qualifié d'abus de domination (qu'il s'agisse d'un abus de position dominante ou des règles particulières du droit français en la matière), l'entreprise peut alors se servir de la potentialité de soulever la violation de la règle de droit comme levier dans le cadre d'une négociation commerciale (a), ou encore s'en prévaloir afin d'échapper à ses obligations contractuelles (b).

a. Le droit des abus de domination comme levier dans la négociation commerciale

845. Les règles du droit des abus de domination peuvent être utilisées par une entreprise pour faire pression sur un cocontractant, la menace de dénoncer une clause ou une pratique comme étant constitutive d'un abus de domination étant susceptible de le convaincre de faire preuve de plus de souplesse lors d'une négociation (i). Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agira d'évoquer les principales pratiques qui ont pu être sanctionnées au titre des abus de domination dans le cadre de relations entre partenaires économiques (ii).

i. Le droit des abus de domination comme moyen de pression

846. Bien que l'objectif du droit des pratiques anticoncurrentielles consiste à préserver le fonctionnement du marché, et n'a pas à ce titre « vocation à interférer dans les négociations commerciales entre les entreprises », des auteurs soulignent que le droit des abus de position

dominante peut toutefois trouver à s'appliquer à des relations commerciales déséquilibrées[959]. Ainsi, si la sanction naturelle des abus de puissance contractuelle devrait être l'abus de dépendance économique de l'art. L420-2 al. 2 C.com, les difficultés entourant sa mise en œuvre ont conduit à ce que « l'essentiel des sanctions d'abus de puissance contractuelle [soit] prononcé sur le fondement des ententes illicites et abus de position dominante ». Les règles encadrant l'abus de position dominante concourent dès lors à l'encadrement des pratiques contractuelles de l'entreprise considérée comme étant en situation de position dominante, qui se traduit par la prohibition d'un certain nombre de comportements (V. *supra*, n° 103 s). En outre, Mmes les Professeurs Chagny et Luc font encore remarquer que si l'interdiction des abus de dépendance économique, spécifique au droit français, n'a eu pour l'instant qu'un impact très limité en pratique, « la prudence est néanmoins de mise tant l'Autorité de la concurrence pourrait être tentée un jour prochain d'en redécouvrir les atouts »[960]. Si M. le Professeur Petit relevait, au titre de l'interdiction des ententes, que la menace de dénoncer le caractère anticoncurrentiel d'une clause insérée dans le contrat pourrait inciter une entreprise à revenir à la table des négociations pour éviter toute action en justice de la part de leurs acheteurs directs, l'incitation nous semble la même en présence d'un abus de domination[961]. Il convient donc d'évoquer ensuite les principales formes d'abus de domination sanctionnés dans le cadre des relations verticales qu'entretiennent les entreprises sur le marché.

ii. Les principales clauses interdites dans le cadre d'une relation verticale au titre des abus de domination

847. Des auteurs listent les principales clauses sanctionnées par les autorités de concurrence françaises dans le cadre de relations verticales[962]. Il s'agit ainsi de « l'imposition de prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, l'application, à l'égard de partenaires commerciaux, de conditions inégales à des prestations équivalentes qui entraîneraient pour eux un désavantage dans la concurrence, le refus de vente ou encore la pratique de ventes liées ». D'autres auteurs soulignent encore la possibilité de voir un déséquilibre significatif faire l'objet d'une sanction au titre de l'abus de position dominante lorsqu'il émane d'une entreprise en situation dominante sur le marché. Ils attirent encore l'attention des rédacteurs de contrats d'affaires sur le niveau de prix pratiqués par l'entreprise,

[959] PUEL F., REBEYROTTE V., « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 12, p. 499.
[960] CHAGNY M. et LUC I., « Quels contrôles des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ?», *ibid.*
[961] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid.*, p. 311.
[962] PUEL F., REBEYROTTE V., « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », *ibid.*

car si le fait de fixer des prix excessifs ne donne généralement pas lieu à sanction de la part des autorités de concurrence, ces dernières n'hésitent pas à sanctionner des prix qu'elles considèrent comme des prix prédateurs, « c'est-à-dire des prix inférieurs aux coûts variables, voire aux coûts totaux, de l'entreprise »[963]. Une pratique de prix bas a par ailleurs pu faire l'objet d'une sanction alors même que les prix en question ne répondaient pas à cette définition. L'ADLC a ainsi précisé que les prix prédateurs ne sont pas la seule et unique pratique de prix bas susceptibles de fonder un abus de position dominante, mais qu'il peut également s'agir de prix qui, sans s'inscrire dans une logique de sacrifice à court terme, tendant néanmoins à restreindre la concurrence par un effet d'éviction[964]. Il nous semble donc que toute politique de prix bas est donc susceptible de constituer un abus de position dominante dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une stratégie d'éviction. Les auteurs évoquent encore le risque inhérent à la construction de grilles de remises accordées par le vendeur à l'un de ses acheteurs, car si les pratiques discriminatoires ne sont plus condamnées au titre des pratiques restrictives, elles peuvent toujours l'être au titre de l'abus de position dominante[965]. Il convient en outre de souligner la tendance des autorités de concurrence à sanctionner au titre de l'abus de position dominante des pratiques relevant normalement des pratiques restrictives de concurrence. Le Conseil de la concurrence à l'époque a ainsi pu sanctionner la pratique de prix imposés, implicitement ou explicitement, par un fournisseur à ses distributeurs. L'ADLC a encore pu sanctionner la rupture brutale de relations commerciales établies, et le Conseil de la concurrence avait par ailleurs sanctionné le même comportement sur le fondement de l'abus de dépendance économique[966].

848. L'ensemble des comportements évoqués ci-dessus constituent donc autant d'opportunités pour l'entreprise de conduire son partenaire à renégocier le contenu du contrat, en vue d'obtenir la suppression de telles clauses et éventuellement d'autres avantages commerciaux en contrepartie d'une renonciation à l'action en justice. À défaut pour le partenaire d'accepter la renégociation, l'entreprise pourrait alors se prévaloir du comportement anticoncurrentiel en cause pour échapper à ses obligations contractuelles.

[963] COMERT M., FLAICHER-MANEVAL E., « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », *ibid.*
[964] CHEVRIER E., « Stratégie d'éviction sans prédation », Dalloz actualité, 06 mars 2014.
[965] COMERT M., FLAICHER-MANEVAL E., « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », *ibid.*
[966] Sur le déséquilibre significatif, V. Cons. conc., 30 juin 1999, n° 99-D-45, BOCC 1999, p. 688 ; Sur la rupture brutale de relations commerciales établies sanctionnée pour abus de position dominante, V. ADLC, 28 février 2013, n° 13-D-07 ; Sur la rupture brutale de relations commerciales établies sanctionnée pour abus de dépendance économique, V. Cons. conc., 30 juin 2004, n° 04-D-26, BOCC 2004, p. 686.

b. Le droit des abus de domination comme moyen d'échapper à ses obligations contractuelles

849. De la même manière que le droit des ententes, le droit des abus de domination peut être invoqué par l'entreprise afin de priver de fondement toute demande d'exécution du contrat émanant de son cocontractant. Une stipulation contractuelle dont le cocontractant tenterait d'obtenir l'exécution forcée (ou une réparation à la suite de sa violation) serait ainsi inopposable à l'entreprise. La nullité étant d'ordre public, les tiers au contrat pourraient là encore s'en prévaloir dans l'hypothèse où les parties tenteraient de leur imposer le respect du contrat[967]. Il importe peu ici encore que les parties aient contracté en connaissance de cause et qu'elles se soient acquittées de leurs obligations contractuelles[968]. Enfin, le raisonnement du Professeur Petit selon lequel le droit des ententes peut être utilisé pour pallier l'absence de clause de résiliation (ou son caractère trop étroit) nous semble transposable aux hypothèses d'abus de domination[969]. Ici encore, les conséquences stratégiques de la mise en œuvre de droit ne seront pas la seule incitation pour l'entreprise, qui pourra encore en retirer des conséquences positives sur le plan économique.

2. Un intéressement économique à la sanction des stipulations contraires au droit des abus de domination

850. La menace d'une sanction prononcée sur le fondement de l'abus de position dominante pourrait conduire l'entreprise à obtenir de son partenaire une indemnisation rapide dans le cadre d'une transaction. En outre, et même si les négociations venaient à échouer, la mise en œuvre du contentieux privé constituerait pour elle une source de profit[970]. Il convient à notre avis de ne pas négliger à ce titre la possibilité pour l'entreprise de procéder à une campagne de rachat de créances, qui maximiserait ainsi ses profits.

851. La notion de captation de la rente détenue par un partenaire, et développée par M. le Professeur Petit au sujet de l'instrumentalisation du droit des ententes, nous semble également transposable aux abus de domination[971]. Le raisonnement du Professeur Petit repose en effet sur l'hypothèse d'une coordination d'entreprises qui, sous la menace d'un procès intenté par

---

[967] FERRE D., LACRESSE A., « Le contentieux de la concurrence dans les contrats d'affaires : quelles stratégies ? », *ibid*.
[968] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 64 ; CJCE, 28 avril 1998, Javico, aff. C-306/96.
[969] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid*., p. 312.
[970] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 50 et 58.
[971] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid*., p. 305.

l'un de leurs clients sur le fondement du droit des ententes, accepterait de partager avec lui une partie des économies qu'elles réalisent grâce aux gains d'efficacité découlant de l'accord, qui leur permet d'augmenter le revenu qu'elles tirent de leurs activités commerciales. L'entreprise dominante qui parviendrait, grâce à sa position sur le marché, à dégager des gains d'efficacité d'une pratique qu'elle met en œuvre pourrait tout à fait, si tant est que la pratique en cause est susceptible d'être qualifiée d'abusive, faire l'objet de la même menace de la part de l'un de ses clients.

852. La possibilité d'intégrer le capital d'un opérateur dominant par le biais d'une combinaison de la conversion de créances en capital du droit des sociétés et d'une campagne de rachat massif de créances indemnitaires nous semble également possible, encore que peu probable en pratique. Il nous semble en effet qu'un opérateur en situation dominante préfèrera payer ses dettes plutôt que de laisser une autre entreprise intégrer son capital. La même réflexion peut être faite du point de vue des mécanismes du droit des entreprises en difficulté, sauf peut-être dans le cas d'une pratique de ciseaux tarifaires, auquel cas l'entreprise en situation de position dominante sur un premier marché pourrait ne pas hésiter à abandonner la société qu'elle aura créée pour intervenir sur le second marché à l'un de ses partenaires économiques. L'existence d'une position dominante nous semble toutefois indifférente dans l'hypothèse où le rachat de créances par l'entreprise aurait pour but de compenser les dettes que l'entreprise dominante détient sur elle (V. *supra*, n° 817).

853. Outre le cas des relations entre partenaires, l'abus de position dominante peut encore être sollicité à l'encontre des concurrents du demandeur. La sanction de leurs comportements sur le marché constitue, comme en matière de droit des ententes, une source d'opportunités à ne pas négliger pour l'entreprise dans le cadre d'une stratégie que nous pourrions qualifier de « concurrence par le droit ».

B. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre de concurrents en situation de position dominante

854. L'invocation de l'abus de position dominante à l'encontre d'une entreprise concurrente est de nature à produire plusieurs conséquences stratégiques, tant au détriment de la stratégie de l'opérateur dominant qu'au bénéfice de l'entreprise qui aura dénoncé l'existence de l'infraction (1). La délimitation du marché pertinent et l'analyse économique permettant de qualifier la situation de domination sont ainsi susceptibles de faire l'objet d'une instrumentalisation destinée à convaincre les autorités de concurrence de la domination d'un concurrent (2).

1. L'intéressement stratégique à la sanction des comportements mis en œuvre par une entreprise en situation de position dominante

855. La sanction d'un comportement au titre de l'abus de position dominante est susceptible de produire des conséquences négatives sur la stratégie de l'entreprise mise en cause par un concurrent (a), tout en produisant des conséquences positives au bénéfice de ce dernier (b).

a. Les conséquences de l'abus de position dominante sur la stratégie de l'entreprise dominante

856. Dans le cadre de relations entre concurrents, l'abus de position dominante est généralement invoqué afin de lutter contre une stratégie d'éviction mise en œuvre par l'opérateur dominant à l'encontre de ses concurrents ou de potentiels nouveaux entrants (i). Il conviendra ainsi d'évoquer les principales formes d'abus généralement sanctionnées par les autorités de concurrence (ii).

i. Le recours à l'abus de position dominante comme moyen de lutte contre les pratiques d'éviction

857. Au titre des instrumentalisations possibles du droit des pratiques anticoncurrentielles, M. le Professeur Masson évoque l'intérêt d'invoquer l'abus de position dominante afin de déverrouiller l'accès à un marché. Il s'agira alors pour un concurrent d'accuser l'opérateur dominant d'abus de position dominante (ou d'abus de position dominante collective en cas de marché oligopolistique) dans l'idée de faciliter sa propre entée ou son développement sur le marché[972].

858. Des auteurs relèvent ainsi que l'utilisation stratégique du droit de la concurrence trouve un terrain d'élection à l'occasion de l'ouverture à la concurrence d'anciens monopoles publics, tels que le secteurs des télécommunications, de l'énergie, le secteur postal, la télédiffusion ou encore les services aéroportuaires[973]. S'affrontent alors sur le marché de nouveaux entrants décidés à générer du profit et une entreprise historique décidée à conserver sa position autant que faire se peut. Or, cette dernière n'aura quant à elle qu'une marge de manœuvre réduite, et l'un des exemples les plus frappants réside dans la limitation du droit de riposte, « c'est-à-dire du droit de répondre à une initiative commerciale de ses concurrents en la répliquant ». Si la jurisprudence en reconnaît le principe, il n'est pas rare en pratique qu'il soit rejeté, confrontant ainsi la définition de la stratégie de l'entreprise à des impératifs contradictoires. La logique

[972] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 59.
[973] CALVET H., « Stratégie sur un marché s'ouvrant à la concurrence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1057.

commerciale lui dicte en effet d'offrir des solutions innovantes si elle entend rester efficace sur le marché, qui seront bien souvent attaquées par les concurrents sur le fondement de la théorie des facilités essentielles (V. *infra*, n° 876). L'entreprise doit encore veiller à ne pas adopter une stratégie trop agressive ou attrayante, plusieurs notions (telles que le dénigrement) étant alors susceptibles d'être invoquées par les concurrents afin de la contrer. Le Professeur Masson souligne ainsi l'intérêt d'une sollicitation du droit des pratiques anticoncurrentielles afin de gêner un opérateur dominant en faisant annuler un accord le liant à d'autres entreprises (par exemple à ses partenaires économiques dans le cas de l'abus de position dominante). L'abus de position dominante peut en outre permettre de le décourager de mettre en œuvre certaines stratégies, telles par exemple qu'une stratégie de guerre des prix (en l'accusant de pratiquer des prix prédateurs, bien que des prix non prédateurs puissent également constituer un abus, V. *supra*, n° 847)[974]. Il convient dès lors d'évoquer les différents types de comportements susceptibles d'être sanctionnés au titre de l'abus de position dominante.

ii. Les principaux types de comportements sanctionnés au titre de l'abus de position dominante

859. Une entreprise désirant obtenir ou pérenniser l'avantage concurrentiel qu'elle détient peut recourir à diverses stratégies. Des auteurs observent ainsi que l'entreprise pourrait surinvestir dans les capacités de production, l'idée étant de créer des capacités de production excédentaires par rapport à la demande sur le marché, afin de faire échec à l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché. Ils évoquent encore la prolifération de marques, stratégie impliquant d'étendre une marque en dehors de son portefeuille traditionnel dans le but de barrer l'entrée aux concurrents, comme a pu le faire Coca-Cola sur le marché chinois en se lançant dans la production de diverses boissons à base de thé. Il peut encore s'agir de pratiquer une stratégie de lobbying destinée à modifier la réglementation applicable sur le marché, avec pour objectif d'augmenter les coûts des concurrents qui devront alors se mettre en conformité. Les entreprises disposant des compétences clés pour bien maîtriser l'application des règles de l'abus de position dominante auront donc un avantage sur les concurrents qui n'auraient pas fait l'acquisition de telles compétences, puisque l'application astucieuse de la règle de droit leur permettra d'acquérir un avantage compétitif. À défaut, obtenir la sanction de telles stratégies constituera un moyen de nuire à l'opérateur dominant, conférant ainsi un avantage à ses concurrents et aux potentiels nouveaux entrants sur le marché[975].

[974] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 57.
[975] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », *ibid.*

860. L'étude de la jurisprudence[976] rendue en application de l'art. L420-2 C.com révèle ainsi qu'une action en justice mise en œuvre à l'encontre des concurrents, dans le cadre d'une stratégie de harcèlement destinée à provoquer l'élimination de ses concurrents peut, à titre exceptionnel, être qualifié d'abus de position dominante. Il en va de même de clauses de durée ou d'exclusivité, qui peuvent avoir pour effet de verrouiller le marché. Une campagne de communication peut également donner lieu à sanction lorsqu'elle peut être qualifiée de dénigrement, de même que le refus de communiquer aux concurrents ses conditions générales de vente (lorsque leur communication est indispensable à l'accès au marché), les remises de couplage (qui consistent à offrir une réduction à un client à condition qu'il achète deux produits ou services), ou encore les remises de fidélité (qui consistent à offrir une prime de fidélité aux clients qui pourraient tenter de contracter avec un concurrent afin de les en dissuader).

861. L'abus de position dominante présente notamment l'intérêt de permettre à un concurrent d'influer sur la politique de prix d'un opérateur dominant, et d'ainsi réduire l'intensité concurrentielle sur le marché, comme le remarque M. le Professeur Masson[977]. Il s'agit ainsi de recourir à la notion de prix prédateurs et au flou entourant les contours de sa définition, qui en en favorisent l'instrumentalisation. Un concurrent pourra dès lors obliger l'entreprise en position dominante à maintenir les prix à un certain niveau sur le marché, réduisant ainsi l'intensité concurrentielle. La menace est d'autant plus efficace qu'établir une défense en la matière est couteux, puisque la détermination des coûts implique des expertises complexes et que ce type de contentieux peut conduire l'entreprise dominante à devoir révéler des informations sensibles. Des auteurs observent qu'une telle stratégie offre deux avantages pour lutter contre une entreprise pratiquant des tarifs intéressants pour les consommateurs : d'une part, le procès permet de désorganiser au moins temporairement ses services, qui devront se mobiliser pour préparer leur défense plutôt que de se focaliser sur le succès du produit ou du service en cause. D'autre part, l'opérateur dominant sera alors contraint de faire preuve de prudence lors de la détermination de sa politique de prix, ce qui le conduira alors à pratiquer des prix moins intéressants pour les consommateurs[978]. Comme déjà évoqué *supra* (V. n° 847),

[976] Sur l'action en justice, V. TPICE, 17 juillet 1998, JCP 1998, I, 189, n°2 ; Clauses de durée, V. notamment Cons. conc., 28 juillet 2005, n° 05-D-49 ; Clauses d'exclusivité, V. notamment ADLC, 28 février 2013, n° 13-D-06 ; Sur le dénigrement, V. notamment Cons. conc., 15 octobre 2007, n° 07-D-33 ; Sur le refus de communiquer les conditions générales, V. notamment Com., 3 mai 2000, Bull. civ. IV n° 92 ; Sur les remises de couplage, V. notamment CA Paris, 26 septembre 2006, Recueil Dalloz, 2006, p. 2640, obs. E. Chevrier ; Sur les remises de fidélité, V. notamment Com., 15 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 128.

[977] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 57 et 61.

[978] CALVET H., « Instrumentalisation du droit de la concurrence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1060.

une pratique de prix bas est désormais susceptible de faire l'objet d'une sanction même lorsque les prix pratiqués par l'opérateur dominant ne correspondent pas à la définition de prix prédateurs. Il suffit en effet que les prix pratiqués tendent à restreindre la concurrence par un effet d'éviction pour qu'ils puissent donner lieu à sanction[979]. Il convient encore de remarquer que la pratique de ciseaux tarifaires pourrait également permettre de contrôler la politique de prix d'un opérateur dominant. Cette dernière consiste, pour un opérateur dominant sur un marché donné, à intervenir sur un autre marché sur lequel il ne détient pas de position dominante, et d'y pratiquer une politique de prix bas (qu'il peut se permettre grâce à sa position dominante sur le premier marché) afin d'y étendre sa domination en évinçant la concurrence.

862. L'éviction de nouveaux entrants pourrait encore résulter, à notre avis, d'une stratégie recourant aux brevets en vue de gêner la concurrence, comme le relève un auteur[980]. Le brevet permet en effet de revendiquer un monopole sur une technologie, et donc de « devancer le développement de concurrents, en déposant des brevets sur "leur terrain", les empêchant ainsi d'exploiter librement ces technologies ». Ces dernières devront alors fournir un effort de contournement pour pouvoir opérer sur le marché, selon l'auteur, bien qu'il leur soit à notre avis possible, et certainement plus rentable, de recourir à la théorie des facilités essentielles. D'autres auteurs soulignent cependant l'opportunité d'instrumentaliser la théorie des facilités essentielles, afin de neutraliser l'avantage concurrentiel détenu par l'opérateur dominant en profitant du flou entourant cette notion[981]. Cette stratégie permet encore de nuire à la réputation de l'entreprise tout en provoquant l'augmentation de ses dépenses non productives, par le biais des coûts liés à la défense. Il peut encore s'agir de discipliner un concurrent, en lui rappelant les obligations spéciales qui lui incombent du fait de sa situation de position dominante, qui lui impose de « préserver une structure concurrentielle, même potentielle, sous peine de voir son monopole contesté par le régulateur public ». Une autre stratégie pourrait consister à tenter un rattrapage, au moins partiel, de l'entreprise rivale en lui faisant subir des coûts additionnels. Il s'agit ici d'une stratégie de nuisance, qui trouve son intérêt lorsque les coûts de la défense de l'entreprise poursuivie excèdent les coûts de procédures engagés par le demandeur. À ces coûts s'ajouteront les effets négatifs sur le cours de Bourse de l'entreprise poursuivie, sa réputation, et « le coût d'opportunité que représente pour elle l'allocation de ressources financières à sa

[979] CHEVRIER E., « Stratégie d'éviction sans prédation », Dalloz actualité, 06 mars 2014.
[980] GAMET S., « Déposer un brevet : est-ce vraiment utile? », Forbes [en ligne] https://www.forbes.fr/entrepreneurs/deposer-un-brevet-est-ce-vraiment-utile/ (consulté le 11/03/2019).
[981] MARTY F. et PILLOT J., « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?», *in* « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009, p. 332.

défense et non plus à des investissements productifs ». Il convient de rappeler à ce titre que l'entreprise suiveuse devrait pouvoir présenter une première estimation du préjudice, à laquelle devra répondre l'entreprise poursuivie par des études économiques plus précises, et donc plus chères, renforçant ainsi cet effet stratégique (V. *supra*, n° 316). Elle peut enfin permettre de rattraper l'avance technologique prise par le concurrent, produisant ainsi un effet positif sur la stratégie du demandeur qui obtiendrait gain de cause.

b. Les conséquences de l'abus de position dominante au bénéfice de l'entreprise

863. Deux types principaux types de conséquences bénéficiant au demandeur (ou au demandeur potentiel qui sera parvenu à obtenir une transaction sans avoir à se lancer dans la procédure) nous semblent pouvoir découler de l'utilisation de l'abus de position dominante. Il s'agira d'évoquer, dans un premier temps, la possibilité d'instrumentaliser la théorie des facilités essentielles pour rattraper l'innovation d'un concurrent (i), avant d'aborder, dans un second temps, les conséquences économiques résultant d'une instrumentalisation de la notion d'abus de position dominante (ii).

i. L'instrumentalisation du droit de la concurrence pour capter les investissements réalisés par un concurrent dominant

864. Lorsqu'une entreprise souhaite dépasser ses concurrents sur le marché, elle peut choisir de développer de nouveaux produits ou services innovants destinés à attirer la clientèle. Mais une démarche de recherche et développement est à la fois couteuse et risquée, puisque rien n'indique que son résultat emportera effectivement l'adhésion des clients. M. le Professeur Masson souligne ainsi la possibilité, pour une entreprise désireuse de bénéficier des investissements réalisé par un concurrent en situation de domination sur le marché, d'instrumentaliser la théorie des facilités essentielles[982]. Celle-ci étant applicable aux actifs tangibles comme aux actifs intangibles, il s'agira alors de convaincre les autorités de concurrence que le brevet détenu par l'opérateur dominant constitue une facilité essentielle, et que le refus de ce dernier de concéder une licence à ses concurrents (ou de le faire à un tarif trop élevé) constitue un abus de position dominante. Comme le relèvent des auteurs, les plaintes émanent en effet souvent de firmes aux prises avec un concurrent en situation de position dominante disposant d'un net avantage technologique[983]. Le risque d'une acceptation trop

[982] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 58.
[983] MARTY F. et PILLOT J., « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?», *ibid*., p. 330.

libérale des actions fondées sur la théorie des facilitées essentielles appliquée aux actifs intangibles est alors susceptible de causer un ralentissement de la dynamique d'innovation, dans la mesure où la protection des brevets s'en trouverait contestée par des entreprises rivales « dépassées dans le processus du marché ». Il est donc nécessaire d'encadrer strictement cette théorie, afin d'éviter que les firmes ne se livrent à des comportements opportunistes, car il existe aujourd'hui bel et bien un risque d'instrumentalisation de cette théorie. Certaines entreprises peuvent y voir non-pas un moyen de faire valoir leurs droits, mais un moyen de nourrir leurs intérêts propres par le recours à la justice. Les droits de propriété intellectuelle, censés encourager et protéger l'innovation, sont alors susceptibles de générer de l'insécurité juridique, eu égard à l'imprévisibilité de la décision des juges du fait de l'ambigüité des termes de la législation, qui risquent de mener à des anticipations inadéquates, ou encore à des jugements qui seront renversés en appel. Il est en outre difficile pour les autorités de concurrence de statuer sur un niveau de redevance raisonnable, et il leur est également difficile de définir ce qu'est une technologie qualifiable de « standard du marché », en raison d'un manque d'information de leur part. Les auteurs soulignent ainsi les différentes retombées positives qu'aurait le succès de cette stratégie pour le demandeur. Ce dernier pourrait mettre en œuvre une stratégie d'impôt sur le succès, l'idée étant de faire peser une menace sur l'entreprise dominante avant toute saisine d'une autorité de concurrence en vue de lui extorquer des fonds par le jeu de la négociation. La menace nous apparaît d'autant plus crédible que le contentieux de la réparation amplifie désormais les conséquences pécuniaires d'une éventuelle condamnation. L'entreprise suiveuse pourrait également instrumentaliser la théorie des facilités essentielles afin d'entraver le développement de l'entreprise concurrente. L'instruction génère en effet de nombreux coûts à la charge de l'entreprise qui fait l'objet des poursuites, et peut conduire au prononcé à son encontre de mesures d'instruction, qui constituent une opportunité stratégique pour l'entreprise suiveuse. En obtenant le prononcé d'injonctions ou d'un référé, l'entreprise suiveuse peut ainsi « suspendre temporellement l'avantage concurrentiel dûment acquis par l'innovateur », afin de rattraper tout ou partie de son retard. Le temps de l'instruction est par ailleurs assimilable à un coût pour l'entreprise poursuivie, de nature à la pousser vers le recours à un MCRL afin d'obtenir le plus rapidement possible le retrait des saisines[984].

865. M. le Professeur Masson évoque encore la possibilité de recourir à l'abus de position dominante comme réponse à un procès intentée par l'opérateur dominant à l'encontre de

[984] MARTY F. et PILLOT J., « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?», *ibid*., p. 334.

l'entreprise[985]. Cette hypothèse trouve par ailleurs une illustration récente à travers la réponse donnée par la CJUE à une question préjudicielle dont elle était saisie, commentée par M. le Professeur Roda[986]. En l'espèce, des entreprises membres d'un organisme de normalisation a mis en place une norme dite « LTE », faisant d'un brevet détenu par *Huawei*, et qualifié d'essentiel, la seule technologie permettant de fabriquer des produits conformes à ladite norme. *Huawei* a donc pris l'engagement de délivrer des licences « à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires », conditions dites FRAND *(fair, reasonable and non-discriminatory)*. L'entreprise ZTE, qui avait commencé la commercialisation de produits conformes à la norme LTE sans solliciter de licence auprès de *Huawei*, a alors été contactée par cette dernière en vue de négocier un contrat de licence. Si *Huawei* offrait de conclure le contrat pour un « prix raisonnable », ZTE ne proposait quant à elle que d'offrir un contrat de licence réciproque, conduisant ainsi à l'échec des négociations et à une action en contrefaçon dirigée à son encontre par *Huawei*. Saisie d'une question préjudicielle l'interrogeant sur la question de savoir si l'action en justice intentée par *Huawei* était constitutive d'un abus de position dominante, la Cour a rappelé qu'un droit de propriété intellectuelle ne pouvait relever d'une telle qualification que dans des circonstances exceptionnelles, telle que le caractère essentiel du brevet en l'espèce. Celle-ci considère alors que la menace d'une action en justice intentée par le titulaire d'un brevet essentiel est susceptible d'exclure le maintien ou l'apparition du nouveaux produits sur le marché.

866. L'instrumentalisation de la théorie des facilités essentielles est donc connue comme étant de nature à bénéficier au demandeur, et pourra désormais permettre en plus à la victime d'obtenir des dommages et intérêts qui pourront provoquer conduire l'auteur des pratiques à payer des sommes élevées. Ce constat s'étendra en réalité à toutes les formes d'abus de position dominante, offrant ainsi d'intéressantes opportunités à l'entreprise qui l'aura sollicité.

ii. Les conséquences économiques de la mise en œuvre de l'abus de position dominante

867. Ici encore, la mise en œuvre de la règle de droit, renforcée par les nouvelles règles encadrant le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, sera de nature à constituer une intéressante source de revenu pour l'entreprise. La menace d'une action en justice pourrait permettre au concurrent de soutirer des fonds à l'opérateur dominant, et, même en cas d'échec

[985] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 51.
[986] RODA J-C, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », Recueil Dalloz, 2015, n° 42, p. 2482 ; CJUE 16 juill. 2015, Huawei Technologies c/ ZTE Corp, aff. C-170/13.

des négociations, le procès constituerait pour elle une source de profit[987]. Cette réflexion nous apparaît d'autant plus vraisemblable que les pratiques évoquées visent à provoquer un effet d'éviction, et seront donc susceptibles de générer d'importants montants de dommages et intérêts eu égard à la perte subie et au gain manqué qui en résulte. Là encore, une campagne de rachat massif de créances indemnitaires ne fera qu'augmenter les sommes que le demandeur pourra obtenir en justice.

868. Combiner le rachat massif de créances avec les techniques du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté en vue d'intégrer le capital de l'opérateur dominant serait théoriquement possible. Il n'empêche que la situation semble peu probable en pratique, car il faudrait alors que l'opérateur dominant soit propose à la victime d'entrer dans son capital (ce qu'elle n'aura pas nécessairement d'intérêt à faire), soit qu'il se retrouve en difficultés financières (ce qui serait étonnant pour un opérateur dominant).

869. Il convient enfin de remarquer la possibilité, soulevée par M. le Professeur Masson, de recourir à l'abus de position dominante pour faire échec à une tentative d'OPA rampante. Gilette a ainsi pu être condamné pour abus de position dominante en raison de sa prise de participation dans le capital de *Wilkinson*, qui bloquait le rachat de l'entreprise par ses concurrents. L'abus de position dominante a donc servi de substitut au règles du droit des concentrations, dont l'opération ne relevait pas encore à ce stade[988].

870. Les développements ci-dessus révèlent ainsi la possibilité d'instrumentaliser l'abus de position dominante afin d'influencer la stratégie d'un concurrent dominant. Or, de telles tentatives d'instrumentalisation pourraient se trouver facilitées par la théorie économique retenue par les autorités de concurrence.

2. L'instrumentalisation de la théorie économique comme frein aux stratégies de marché d'une entreprise dominante

871. Comme le relève M. le Professeur Glais[989], l'analyse des situations de position dominante par les autorités françaises et européennes de concurrence est marquée par les enseignements issus du modèle « néo-classique » (a). Or, cette théorie n'est pas forcément adaptée pour rendre compte de la réalité du marché, et peut conduire à ce titre à la sanction de stratégies qui

[987] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 50 et 58.
[988] *Ibid*., p. 63.
[989] GLAIS M., « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de "dominantes" dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com., 2015, n° 4, p. 649.

apparaissent parfaitement légales aux yeux de l'entreprise qui décide de les mettre en œuvre (b).

a. L'attachement des autorités de concurrence à la théorie « néo-classique »

872. Selon le Professeur Glais, l'analyse « néo-classique » conduit à considérer qu'une entreprise est en situation de position dominante lorsqu'elle détient une part de marché substantielle, et qu'elle se trouve protégée par des barrières qu'elle aura créé à l'entrée sur le marché. Cette théorie permet de faire du prix la variable concurrentielle principale, et conduit à analyser le comportement des entreprises dans le court terme. L'auteur reproche ainsi à l'ADLC de ne pas tenir suffisamment compte, lorsqu'elle analyse le marché, des paramètres qui en façonnent la configuration naturelle. L'analyse ne devrait en effet jamais être réalisée selon un seul schéma type, mais bien tenir compte du fait que la prééminence d'un opérateur peut s'expliquer par le fait que le marché ne permet la présence que d'un seul offreur, ou d'un petit nombre d'offreurs. Une telle configuration peut s'expliquer par le fait que l'entreprise aura su se démarquer via l'innovation, par le fait qu'une caractéristique de l'offre rend cette position incontournable pour des raisons techniques ou réglementaires, ou encore par le fait qu'elle aura su différencier ses produits sur un marché arrivé à maturité. Ainsi, l'analyse du comportement d'une entreprise qualifiée de dominante devrait différer selon que l'obtention de la position dominante résulte d'efforts qu'elle a déployé en termes d'innovation, ou de la détention de ressources rares. La seconde hypothèse correspond notamment à des situations dans lesquelles l'entreprise tire sa domination du fait qu'elle est établie « sur un marché situé en amont d'un processus de production », offrant ainsi un produit indispensable à la production en aval. C'est encore le cas d'un offreur intégré verticalement détenant l'accès une ressource à l'offre peu élastique et bénéficiant des meilleures conditions d'exploitation de ladite ressource. Il en va enfin de même d'une entreprise qui gèrerait une infrastructure ou une facilité essentielle. Comme l'indique l'auteur, « dans de telles situations, la mise en évidence d'une situation de dominance s'établit quasiment d'un simple trait de plume ». Mais tel ne devrait pas être le cas lorsque la situation de domination résulte d'une différenciation des produits sur un marché arrivé à maturité.

873. La réponse est alors moins évidente, puisque malgré l'existence de barrières à l'entrée et à la sortie du marché érigées par l'entreprise supposée dominante, la question se pose de savoir si une telle stratégie lui permet réellement de se comporter de façon indépendante au sens de l'arrêt « *Hoffmann-Laroche* ». Ainsi, le simple constat d'une difficulté d'accès au marché pour de nouveaux offreurs ne devrait pas suffire à constater la dominance de l'entreprise. En effet,

comme le rappelle M. le Professeur Glais, « la liberté d'entrée sur le marché, condition indispensable à la promotion et au maintien de la rivalité concurrentielle n'a jamais été synonyme d'entrée facile ». Il ne suffit pas d'être en mesure de produire les mêmes biens et services que les entreprises déjà en place, encore faut-il être en mesure de développer un réseau stable avec les clients et les fournisseurs. L'avantage concurrentiel dont disposent les entreprises déjà en place est alors le plus souvent conforme à la philosophie de l'économie de marché, qui se conçoit comme une « économie de découverte ». Or, si les entreprises en place ont été les premières à découvrir les caractéristiques de l'offre leur permettant de capter les consommateurs, « ce n'est pas pour autant que l'accès aux marchés soit fermé à de nouveaux concurrents », de nouveaux entrepreneurs parvenant toujours à se positionner sur un créneau de marché et à s'y développer.

874. Le Professeur Glais souligne ainsi que la théorie néo-classique n'offre qu'une vision statique et très éloignée de ce qu'est réellement une situation de rivalité fondée sur le comportement des acteurs. Cette conception n'a en effet « rien à voir avec la concurrence réelle de la vie des affaires », et l'absence de prise en compte des apports de la théorie moderne peut conduire à la sanction de stratégies de marché pourtant parfaitement rationnelles sur le plan économique.

b. L'analyse des situations de domination par les autorités de concurrence et la réalité du marché

875. Si l'approche traditionnelle considère que l'allocation des ressources est plus efficace à mesure que l'on s'éloigne d'une situation de monopole pour tendre vers une situation de marché comprenant une diversité d'offreurs, la théorie des marchés contestables révèle quant à elle que l'efficience économique n'est pas forcément liée au nombre d'offreurs. Cette théorie permet de tenir compte de la configuration du marché, qui se définit par « les caractéristiques des fonctions de production (divisibilité ou non des facteurs de production, importance des économies d'échelle, etc.) et par l'état de la demande de marché ». S'interroger sur l'existence d'une position dominante implique alors une analyse précise des caractéristiques de la configuration du marché, et le Professeur Glais considère « que la pratique décisionnelle des autorités de concurrence est à cet égard parfois loin d'être satisfaisante ». Celui-ci indique que le constat qu'une entreprise détient une part de marché importante et que l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché est rendue difficile par l'existence de barrières à l'entrée ne devrait pas, en pratique, suffire à constater l'existence d'une position dominante. Il faudrait pour cela déterminer si le marché est en mesure d'accueillir de nouveaux offreurs susceptibles de couvrir durablement leurs coûts. L'auteur considère qu'une entreprise ne devrait pas être considérée

comme dominante « lorsque son rapport prix/coût marginal est faible et que la configuration naturelle du marché ne permet à plusieurs entreprises de coexister durablement », et ce même si l'entreprise détient une part de marché importante. Or, dans une affaire récente, le groupe Amaury a été condamné pour abus de position dominante par l'ADLC[990] sur la base d'un raisonnement critiquable selon le Professeur Glais (V. *supra*, n° 121). Le marché en cause n'était en effet probablement en mesure de ne faire vivre, sur la durée, qu'un seul offreur susceptible de couvrir ses coûts, et il aurait été utile de connaître la rentabilité, probablement très faible, du groupe Amaury sur ce marché. La situation de monopole évoquée par l'ADLC n'aurait donc rien à voir, selon l'auteur, « avec la conception habituelle de ce qui constitue une véritable situation de dominance au regard de la définition retenue par le droit de la concurrence ». Cette problématique dénoncée par le Professeur Glais illustre ainsi particulièrement bien le propos de M. le Professeur Masson, lorsqu'il indique que le flou des différentes théories économiques intervenant dans la mise en œuvre du droit de la concurrence permet aux autorités d'en jouer à des fins interventionnistes, et rend l'application du droit de la concurrence pour les entreprises difficile en termes de sécurité juridique, en raison de ces incertitudes[991].

876. M. le Professeur Glais[992] dénonce encore les effets néfaste que provoque sur l'innovation l'approche actuellement retenue par les autorités de concurrence. L'innovation fait partie intégrante de la logique d'une économie de marché, cette dernière étant basée sur l'aptitude des offreurs à découvrir en permanence des occasions non exploitées sur le marché. Il est alors normal que les entreprises puissent détenir des droits de propriété intellectuelle leur garantissant un retour sur investissement en termes de recherche et développement, préalable nécessaire à la mise en circulation de produits innovants sur le marché. Or, « compte tenu des méthodes de délimitation des marchés opérées par les autorités de concurrence, une entreprise réellement innovante se verra systématiquement qualifiée de dominante », dans la mesure où le marché pertinent « sera constitué du produit ou service nouveau qu'elle vient de mettre sur le marché ». Le risque de voir son comportement qualifié d'abus de position dominante privera alors l'entreprise de certains moyens qui lui permettraient de protéger efficacement ses droits de propriété intellectuelle, en lui interdisant de se livrer à des comportements qui seraient

[990] ADLC, 20 février 2014, n° 14-D-02, confirmé par un arrêt Com., 1er mars 2017, n° 15-19.068.
[991] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 19.
[992] GLAIS M., « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de "dominantes" dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », *ibid*.

parfaitement légaux s'ils émanaient d'une entreprise non-dominante. Selon le courant autrichien, l'innovation étant le principal moteur du processus concurrentiel, assurer la protection des entreprises innovante doit alors constituer une priorité, et une position dominante ne saurait être caractérisée que sur un marché ayant atteint son stade de maturité (à savoir un marché sur lequel la demande est en faible croissance, et où les entreprises ne sont plus en mesure de présenter d'innovations). Malgré l'apport de la théorie économique en la matière, la CJUE[993] n'hésite pas à considérer qu'une stratégie de prédation peut être mise en œuvre sur un marché émergent, précisant à ce propos qu'aucune des dispositions du traité « ne prévoit d'exempter des règles de la concurrence les secteurs n'ayant pas encore atteint leur phase de complète maturité ou qui seraient considérés comme des marchés "émergents" ». Or, il conviendrait selon le Professeur Glais de s'interroger, avant de qualifier une entreprise de dominante, sur le point de savoir si la configuration naturelle du marché est de nature à permettre à d'autres entreprises d'y accéder. Dans l'hypothèse où tel serait bien le cas, l'entreprise innovante ne devrait alors pas être considérée comme détenant une position dominante sur ce marché. Le problème que pose la méthode retenue par les autorités de concurrence pour qualifier la position dominante trouve une illustration en France avec l'affaire Nespresso[994]. Le marché pertinent a en effet été considéré comme étant le « marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso », et ce malgré le fait que les autorités de concurrence aient, à plusieurs reprises, « évoqué le mode de distribution et les différences de prix comme des variables importantes à prendre en considération pour établir les contours des marchés pertinents ». L'auteur considère que ces éléments ont été ignorés en l'espèce, les capsules Nespresso étant vendues uniquement sur internet ou dans des boutiques spécialisées, là où celles des concurrents sont vendues en grande surfaces et à des prix souvent largement inférieurs à ceux pratiqués par Nespresso. Mais le reproche le plus important qu'adresse le Professeur Glais à l'ADLC est de ne pas s'être interrogée sur la possibilité « pour de nouveaux offreurs de dupliquer le concept imaginé par Nespresso et donc de s'interroger sur les caractéristiques de la configuration de ce marché ». Or, les concurrents à l'origine de la plainte sont des entreprises importantes, telles que *Sara Lee*, devenue DEMB, qui détient la marque « Maison du café », ou encore *Mondélez*, qui détient la marque « Carte Noire », et il ne fait aucun doute qu'elles auraient pu y parvenir. En considérant qu'existe un « marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso », l'ADLC a validé la stratégie des concurrents visant à instrumentaliser

[993] V. notamment CJUE 17 févr. 2011, n° C-52/09, Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sveige AB.
[994] ADLC, 4 septembre 2014, n° 14-D-09.

les règles de l'abus de position dominante plutôt que de jouer le jeu de la concurrence et de se montrer elles-mêmes plus innovantes que Nespresso. Il est en effet plus facile d'imiter les capsules de l'entreprise innovante, « produits générant les profits les plus importants », que d'engager « des activités de recherche et développement pour fabriquer des machines concurrentes ». L'ADLC, en privilégiant une concurrence par les prix des capsules plutôt que par l'innovation, envoie dès lors un signal négatif aux entreprises innovantes.

Conclusion du chapitre

877. Comme l'affirme une partie de la doctrine depuis maintenant un certain temps, la prise en compte du droit par l'entreprise doit aujourd'hui dépasser la seule gestion du risque pour appréhender également les opportunités stratégiques qui peuvent en découler. L'objectif de l'entreprise consiste en effet à évoluer sur le marché, et une utilisation stratégique de la règle de droit peut grandement l'y aider. Le droit des pratiques anticoncurrentielles semble à ce titre particulièrement adapté, dans la mesure où sa fonction, qui consiste à assurer le bon fonctionnement de la concurrence, est susceptible de conduire à sanctionner les stratégies mises en œuvre par les concurrents. Le talent des juristes peut même parfois permettre de convaincre les autorités de concurrence de l'illicéité de comportements qui ne devraient pas, en réalité, relever de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, et conduire malgré tout à les sanctionner. La doctrine a ainsi identifié un certain nombre de possibilités stratégiques offertes par la matière, qui consisteront, notamment, à offrir à l'entreprise un levier à l'appui de sa stratégie de négociation commerciale, ou un moyen d'échapper à ses obligations contractuelles. Il pourra encore s'agir d'augmenter les coûts des rivaux afin de nuire à leur performance sur le marché, de leur extorquer, voire de bénéficier de leurs nouvelles technologies plutôt que de se lancer soi-même dans une démarche de recherche et développement.

878. Loin de révolutionner les possibilités stratégiques offertes par le droit des pratiques anticoncurrentielles, les nouvelles règles du contentieux privé contribueront surtout à en renforcer l'efficacité. D'abord, elles conforteront son intérêt face aux entreprises désireuses de faire de leurs services juridiques des centres de profits, qui leur permettront de générer des sommes potentiellement importantes, surtout si elles saisissent l'opportunité de racheter les créances des entreprises victimes qui ne souhaiteraient pas mettre en œuvre elles-mêmes l'action en réparation. La cession de créances offre encore des possibilités relatives à la compensation d'éventuelles dettes réciproques entre l'auteur des pratiques et le demandeur, ainsi que la possibilité pour ce dernier de convertir les créances rachetées en capital. En outre,

le contentieux privé présente l'intérêt de pouvoir demander en référer la cessation de pratiques anticoncurrentielles, à des conditions moins exigeantes que pour le prononcé de mesures conservatoires. Or, le contentieux relatif à l'exclusivité de distribution de *l'iPhone* illustre l'intérêt que peut revêtir le prononcé de mesures conservatoires afin de faire échouer la stratégie d'un concurrent (V. *supra*, n° 824). Le même effet pourrait donc être aujourd'hui obtenu, plus facilement et plus rapidement, grâce à la procédure de référé (V. *supra*, n° 780).

879. L'ensemble des développement du présent chapitre nous semblent donc permettre d'affirmer que les nouvelles règles du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devraient permettre d'en augmenter grandement l'efficacité, accroissant ainsi le risque qu'il représente aux yeux des entreprises, qui devront à ce titre prêter attention à l'influence qu'aura la matière sur leur stratégie de gestion du risque.

Titre 2nd : Le développement du contentieux privé et les stratégies de gestion du risque concurrentiel

880. Si la doctrine appelle à tenir compte des opportunités qu'offre la règle de droit, l'une des fonctions naturelles des directions juridiques réside dans la gestion du risque. Cette mission est particulièrement importante, puisqu'échouer à déterminer correctement ce qu'il est permis ou non de faire sur le marché peut conduire à l'échec de la stratégie développée par l'entreprise, comme l'illustrent les développements du précédent chapitre. Nous nous attacherons ainsi, dans le cadre du présent titre, à tenter de définir le risque concurrentiel et d'en dresser une typologie. Nous soulignerons ensuite l'importance de la maîtrise de ce risque, qui nécessitera la réalisation d'audits de concurrence au sein de l'entreprise, dont il conviendra de détailler la méthodologie. L'entreprise pourra alors, à partir des résultats obtenus, quantifier son risque concurrentiel, qui fera l'objet de sa part d'une appréhension rationnelle. L'entreprise décidera en effet si, eu égard à la probabilité de réalisation du risque identifié, une action mérite ou non d'être mise en œuvre. Certaines n'hésitent par ailleurs pas à violer la loi lorsqu'adopter un comportement infractionnel leur apparaît plus rentable qu'une stratégie de conformité, et la doctrine parle alors de faute lucrative. Dans l'hypothèse où l'entreprise déciderait d'adopter un comportement à risque, il conviendra d'évoquer les outils à sa disposition afin de le gérer. Elle pourra recourir, antérieurement à la survenance de l'infraction, à la mise en place de programmes de conformité et à la procédure d'engagements, l'idée étant alors d'éviter l'adoption de comportements à risque, et de les corriger pour éviter toute qualification des pratiques si elle venait malgré tout à attirer l'attention d'une autorité de concurrence. Dans l'hypothèse où son comportement viendrait à être qualifié d'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'entreprise pourrait alors recourir à la procédure de clémence et à la procédure de transaction afin de réduire le montant de l'amende, voire d'y échapper entièrement. Il conviendra ainsi de s'interroger sur l'influence qu'auront les nouvelles règles du contentieux privé sur ces stratégies classiques de gestion du risque, qui rendront à notre avis le calcul de la faute lucrative plus difficile qu'auparavant.

881. Après avoir étudié l'influence du contentieux privé sur ces stratégies, les développements du présent titre seront consacrés à la nécessité pour l'entreprise de développer des outils spécifiquement adaptés à la gestion du risque de contentieux indemnitaire. Il s'agira, dans un premier temps, des stratégies d'évitement du risque, qui consistent à le cantonner à une entité du groupe qui supportera seule les conséquences de l'infraction. Or, une telle stratégie ne nous

apparaît pas viable eu égard à l'introduction du principe de solidarité passive entre les personnes composant l'entreprise condamnée pour violation du droit de la concurrence. Les stratégies de défausse du risque consisteront quant à elles à obtenir d'une autre personne qu'elle prenne à sa charge les conséquences de l'infraction. Il pourra ainsi s'agir d'une personne morale concédant à l'entreprise une garantie autonome, ou d'un assureur en cas de stipulation d'un contrat d'assurance responsabilité civile. Seront ensuite évoquées les stratégies de confortement face au procès. La première consistera pour le défendeur à diminuer les coûts de la procédure, là encore via la technique de l'assurance, ou encore par la stipulation d'une clause prévoyant un montant de base des dommages et intérêts dus en cas d'infraction (ce qui évitera d'engager le débat sur la quantification, opération couteuse s'il en est). Nous évoquerons ensuite les stratégies destinées à renforcer la position de l'entreprise face au procès, notamment en prévoyant des clauses destinées à faire échec à la cession de créances. L'entreprise pourra encore stipuler des clauses à effet juridictionnel, qu'elles soient attributives ou alternatives de compétence. Les clauses alternatives de compétence serviront de préalable à une stratégie de soustraction du litige à la compétence du juge, l'idée étant de saisir à la place la juridiction arbitrale ou de mettre en œuvre une procédure permettant de négocier une transaction. Enfin, dans l'hypothèse où il ne serait pas possible de soustraire le litige à la compétence du juge, l'entreprise devra alors mettre en œuvre une stratégie judiciaire destinée à faire échouer l'action du demandeur. Il pourra s'agir d'augmenter le coût et la durée de la procédure, de sorte à le pousser vers une transaction, ou d'obtenir qu'il soit débouté de tout ou partie de ses demandes.

882. Nous consacrerons ainsi un premier chapitre à l'influence qu'auront les nouvelles règles du contentieux privé sur les stratégies classiques de gestion du risque concurrentiel (Chapitre 1er), avant d'aborder les stratégies spécifiques à la gestion du contentieux privé (Chapitre 2nd).

Chapitre 1er : L'approche classique de la gestion du risque concurrentiel à la rencontre du contentieux privé

883. Dans un souci de performance, et parfois même ni plus ni moins de survie sur le marché, la plupart des entreprises intègrent aujourd'hui à leur stratégie la notion de gestion du risque. Parce qu'elles doivent pouvoir agir aussi librement que possible sur le marché, à défaut de quoi elles se priveraient d'opportunités commerciales, les entreprises doivent être en mesure d'identifier et maîtriser les risques inhérents à une éventuelle violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Certaines choisiront de se conformer à la règle de droit, l'importance de la sanction étant susceptible de mettre en jeu leur pérennité sur le marché (ce qui est notamment vrai pour les PME), alors que d'autres préféreront se livrer à une stratégie de faute lucrative. Il s'agira pour ces dernières d'opérer un calcul économique à la suite duquel elles détermineront si le montant de la sanction qui sera éventuellement prononcée serait suffisamment élevée pour priver la commission d'une pratique anticoncurrentielle de son intérêt économique. Une telle stratégie nécessite de pouvoir déterminer avec plus ou moins de précision la probabilité que la pratique soit détectée, et le montant de la sanction globale susceptible d'être prononcée (Section 1ère). Qu'il s'agisse de se conformer au droit de la concurrence où d'intégrer la violation de la règle dans une stratégie de faute lucrative, les entreprises ont pris l'habitude de coopérer avec les autorités de concurrence par le biais de divers outils leur permettant de minorer le montant de la sanction, voire d'y échapper purement et simplement (Section 2nde). Or, le développement récent du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles est de nature à influencer la stratégie de l'entreprise en matière de gestion du risque concurrentiel, comme il sera démontré dans le cadre des développements du présent chapitre.

Section 1ère : La maîtrise du risque concurrentiel au sein de l'entreprise

884. Avant toute chose, il convient, dans un premier temps, de définir la notion de risque, en tenant compte à ce titre des spécificités du droit des pratiques anticoncurrentielles (§ 1er). Le point de départ de toute stratégie de gestion du risque résidant dans la détection des pratiques de l'entreprise susceptibles d'être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles, il conviendra ensuite d'évoquer, dans un second temps, la question de l'identification et de la quantification du risque par l'entreprise (§ 2nd).

§ 1er : La notion de risque concurrentiel

885. La gestion du risque étant une thématique centrale de la stratégie juridique, il convient dans un premier temps de donner une définition de ce qu'est le risque concurrentiel (A), avant d'en dresser, dans un second temps, une typologie (B).

A. Définition du risque concurrentiel

886. Le risque pouvant se définir comme un élément d'incertitude (1), les nombreuses zones de flou entourant les notions centrales du droit des pratiques anticoncurrentielles (marché pertinent, abus, restriction de concurrence…) ne manquent pas d'en faire l'un des principaux risques juridiques auxquels est confrontée l'entreprise (2).

1. Le risque, une incertitude pesant sur les objectifs de l'entreprise

887. La notion de risque fait l'objet de plusieurs définitions en doctrine, qui ont toute pour point commun de considérer le risque comme un facteur susceptible d'affecter les objectifs de l'entreprise. Il s'agit ainsi, selon M. Louisot[995], de « l'incertitude [pesant] sur les objectifs d'un organisme, la prise en compte coordonnée des menaces et des opportunités ». À ce titre, comme le relèvent des auteurs[996], la gestion des risques juridiques considère le droit lui-même comme un risque. M. le Professeur Roquilly[997] définit le risque juridique comme « le résultat de la rencontre d'une norme juridique et d'un événement générant des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et/ou de remettre en cause ses objectifs ». Le risque est induit par les « contraintes de nature réglementaire qui limitent les champs de possible pour les entreprises », pouvant parfois décourager les entreprises d'investir, sous quelque forme que ce soit, dans tel ou tel pays. Selon M. le Professeur Masson[998], le risque s'évalue à trois niveaux : le point de départ est la survenance d'un fait susceptible d'entrainer l'ouverture d'un recours contre l'entreprise, ou de la priver d'un droit. Vient ensuite l'introduction d'un recours à la suite de la survenance du fait susmentionné, et enfin, la condamnation de l'entreprise. Le risque juridique trouvant sa source dans la norme juridique, il convient d'observer à ce titre que les

[995] LOUISOT J-P, « Gestion des risques et stratégie ou gestion stratégique des risques », Revue Lamy droit des affaires, 1er mars 2014, nº 91, p. 65.
[996] DAIDJ N. et VERDUN F., « L'apport de l'analyse stratégique à la pratique du droit en entreprise », *in* « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009, p. 66.
[997] ROQUILLY C., « Contribution à la reconnaissance de l'influence du droit dans la stratégie d'entreprise », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 38.
[998] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 22.

notions entourant le droit des pratiques anticoncurrentielles sont tout particulièrement susceptibles d'être porteuses de risque pour l'entreprise.

2. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, source privilégiée de risque juridique

888. De nature pragmatique, le droit des pratiques anticoncurrentielles s'intéresse aux effets des pratiques plutôt qu'à leur forme, ce qui implique le recours à des théories économiques complexes. Comme le relève le Professeur Masson[999], celles-ci sont empreintes de flou, l'économie n'étant pas une science exacte, que les autorités de concurrence n'hésitent pas à exploiter à des fins interventionnistes, rendant ainsi la prévisibilité du droit de la concurrence difficile en termes de sécurité juridique pour les entreprises. Cette difficulté est encore accentuée par le flou entourant cette fois les notions juridiques sur lesquelles reposent le droit de la concurrence, telles que la délimitation du marché pertinent, la question de savoir ce qui constitue ou non un comportement abusif de la part d'une entreprise en position dominante, ou encore la distinction entre restriction par objet et restriction par effet en droit des ententes (V. *supra*, n° 109 s).

889. Or, une étude[1000] révèle que les entreprises françaises sont loin d'être convaincues par la lisibilité de la règle de droit en matière de pratiques anticoncurrentielles, 78% d'entre elles les considérant comme « génératrices d'incertitudes de définition ou d'application ». M. Prunet[1001] va même jusqu'à qualifier la connaissance de la norme en droit de la concurrence de « challenge », tant il peut être difficile d'anticiper la licéité ou l'illicéité des pratiques mises en œuvre par l'entreprise. En effet, si certaines pratiques sont bien connues grâce à l'étude de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, force est de constater qu'existe « une zone grise dans laquelle il peut être difficile d'évaluer le caractère infractionnel d'une action. C'est par exemple souvent le cas en matière de position dominante (comment déterminer le caractère abusif de telle ou telle pratique ?) ou de pratiques verticales (comment évaluer si une pratique faussant la concurrence est, ou n'est pas, contrebalancée dans ses effets par le progrès économique induit ?) ». Maître Durand[1002] souligne lui aussi l'importance capitale pour l'entreprise de connaître à la fois la délimitation du marché pertinent sur lequel elle évolue

[999] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 19 s.
[1000] BOUGETTE P., DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., MONTET C. et VENAYRE F., « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès des grandes entreprises françaises », Revue Concurrence et Consommation, Janvier-Février 2006, n° 144, p. 2.
[1001] PRUNET F., « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », Gazette du Palais, 20/12/2014, n°354, p. 21.
[1002] DURAND W., « L'entreprise face au droit de la concurrence : comment réduire le risque », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2016, nº 55, p. 39.

(marché géographique comme marché de produits), ainsi que la part de marché qu'elle y détient (ainsi que, le cas échéant, celle de ses partenaires). En effet, qu'il s'agisse d'entente ou d'abus de position dominante, cette connaissance sera en pratique capitale pour juger de la licéité ou de l'illicéité du comportement de l'entreprise. Le droit des pratiques anticoncurrentielles constitue ainsi un terrain propice à l'émergence du risque juridique. Il convient donc, afin d'appréhender toutes les implications qu'entraînerait sa réalisation, de dresser une typologie des différents risques concurrentiels.

B. Typologie des risques concurrentiels

890. En cas de violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'entreprise sanctionnée s'expose à plusieurs conséquences. Des auteurs[1003] proposent d'opérer en la matière une distinction entre les risques d'ordre juridique d'une part (1), et les risques d'origine juridique d'autre part (2), auquel il convient encore d'ajouter le risque que constitue l'atteinte portée à la réputation de l'entreprise en cas de condamnation (3).

1. Les risques d'ordre juridique

891. Comme le relèvent les auteurs, les risques d'ordre juridique découlent d'autres risques dont ils sont la conséquence en termes de responsabilité. Il existe ainsi une première incertitude sous-jacente liée à la possible survenance d'un événement, telle qu'un accident, ou la commission d'une infraction par l'entreprise, de laquelle découle une seconde incertitude à travers les conséquences que pourrait avoir la réalisation de cette incertitude sous-jacente. Le risque d'ordre juridique se divise en deux sous ensemble, que sont le risque judiciaire d'une part (risque qu'un plaignant exerce une action en justice contre l'entreprise), et le risque processuel d'autre part (risque de perdre le procès engagé par le plaignant). Or, des ressources d'ordre technique et humain méritent toutefois d'être sollicitées afin de prévenir la réalisation de l'incertitude sous-jacente, ou du moins d'en réduire la probabilité. Des ressources juridiques pourront intervenir dans un second temps afin de limiter les conséquences que pourrait avoir la survenance dudit événement. Le risque concurrentiel est donc un risque juridique ayant pour sous-jacent la commission d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles par l'entreprise, de laquelle sont susceptibles de découler plusieurs sanctions (amende, responsabilité civile, nullité, voire sanctions pénales). Tenter d'en éviter la survenance passera ainsi par une bonne maîtrise de la règle de droit, et la mise en place d'audits de concurrence et

[1003] MASSON A. et SHARIFF M., « Les stratégies juridiques des entreprises », Revue Lamy Droit des Affaires, 1er octobre 2010, nº 53, p. 56.

de programmes de conformité adaptés aux besoins de l'entreprise. Dans la mesure où le risque viendrait à se réaliser, l'entreprise ne serait toutefois pas désarmée, diverses ressources étant à sa disposition afin d'en gérer les conséquences (V. *infra*, n° 954 s et 981 s). Ces dernières pourront permettre tant de gérer le risque judiciaire que le risque processuel par le recours aux procédure négociées ou encore l'indemnisation des victimes dans le cadre de transactions. Outre le risque d'ordre juridique, les auteurs évoquent encore l'existence d'un risque d'origine juridique.

2. Les risques d'origine juridique

892. Les risques d'origine juridique trouvent quant à eux leur source dans le système juridique lui-même et ses lacunes. Ces risques peuvent être divisés en quatre catégories selon les auteurs[1004] : « le risque politique, le risque de non-conformité, le risque de *non-compliance* et le risque de non-validité de certaines ressources juridiques détenues par l'entreprise ». Le risque politique se définit comme la possibilité d'une évolution du droit positif dans un sens défavorable à l'entreprise, risque déjà réalisé par le développement en Europe du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Or, de nouvelles évolutions en la matière ne sont pas à exclure, et l'on pourrait évoquer, à titre d'exemple, une nouvelle réforme de l'action de groupe tenant compte des nombreuses critiques doctrinales adressées à l'actuel mécanisme (V. *supra*, n° 501 s). Le risque de *non-compliance* désigne quant à lui l'éventualité dans laquelle les mécanismes mis en place par l'entreprise afin de se conformer à une obligation de moyens s'avèreraient insuffisants pour ce faire, entraînant ainsi la responsabilité de l'entreprise. De la même manière, le risque de non-conformité désigne quant à lui la possibilité pour l'entreprise d'adopter, de manière non-intentionnelle, un comportement qui ne serait pas conforme à la règle de droit (supposant ainsi une obligation de résultat), du fait notamment du manque de clarté de la norme en cause. Il convient à ce titre de remarquer que le droit des pratiques anticoncurrentielles est susceptible de donner lieu à ces deux types de risques, dans la mesure où la matière connaît aussi bien des règles susceptibles d'être qualifiées d'obligations de résultat que d'obligations de moyens (V. *supra*, n° 98 s). Les auteurs évoquent enfin le risque de non-validité de certaines ressources détenues par l'entreprise, dont l'existence ne fait aucun doute en matière de pratiques anticoncurrentielles, ces dernières étant sanctionnées par la nullité (V. *supra*, n° 672 s). Il convient en outre d'évoquer un autre risque, conséquence des risques d'ordre juridique comme des risques d'origine juridique, et dont l'importance s'avère certaine en

[1004] MASSON A. et SHARIFF M., « Les stratégies juridiques des entreprises », *ibid.*

pratique. Il s'agit du risque réputationnel, la réputation de l'entreprise étant susceptible de souffrir à la suite d'une condamnation pour violation des règles du droit de la concurrence.

3. Le risque réputationnel

893. M. Louisot[1005] rappelle l'importance qu'accordent les managers à la réputation de l'entreprise, et souligne le problème posé par les organismes chargés de la gestion du risque (notamment les organismes de contrôles, les associations professionnelles, les consultants, ou encore l'entreprise elle-même), qui n'accordent pas à la question la place qu'elle mérite. En effet, si ceux-ci tiennent compte de diverses formes de risque dans les modèles qu'ils ont développé afin d'identifier et gérer le risque, tels que les prix de matières premières, le contrôle des chaînes logistiques, les risques politiques, ainsi que les catastrophes naturelles, ils n'intègrent pas le risque à la réputation, faute de capitaux nécessaires. L'auteur insiste pourtant sur l'importance de la réputation en tant qu'actif immatériel fondant la valeur de l'entreprise, reposant « sur la confiance des parties prenantes enracinée dans le comportement éthique du passé, confortée par la conduite présente comme garant du futur ». Or, la réputation de l'entreprise démontre le plus souvent une certaine résilience en cas d'infraction, tant que le comportement sanctionné demeure un comportement isolé (là où une récidive emporte des conséquences nettement plus importantes en la matière). Il convient à notre avis, en matière de pratiques anticoncurrentielles, de prêter une attention toute particulière à la question, dans la mesure où une infraction au droit de la concurrence porte atteinte à l'intérêt des consommateurs.

894. Ayant présenté, dans le cadre des développements ci-dessus, la notion de risque concurrentiel à travers une définition et une typologie du risque, il convient maintenant d'évoquer la manière dont les entreprises procèdent pour détecter ce risque, et, dans l'hypothèse où elles y seraient effectivement confrontées, d'évoquer les différentes manières dont elles pourraient y réagir.

§ 2nd : La maîtrise du risque concurrentiel

895. La maîtrise du risque concurrentiel nécessite la réalisation d'audits de concurrence au sein de l'entreprise, afin d'identifier et hiérarchiser les risques auxquels elle s'expose vis-à-vis d'éventuelles infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles (A). Une fois les risques identifiés, l'entreprise devra ensuite procéder à leur quantification afin de déterminer la manière la plus appropriée d'y réagir (B).

[1005] LOUISOT J-P, « Gestion des risques et stratégie ou gestion stratégique des risques », *ibid.*

A. L'identification du risque concurrentiel par l'entreprise

896. Afin d'évaluer le risque concurrentiel auquel elle s'expose, l'entreprise est tenue de procéder à un audit de ses pratiques, les sanctions prononcées en matière de droit de la concurrence pouvant s'avérer fatales (1). La solution la plus efficace consiste alors à s'inspirer des méthodes d'enquête des autorités de concurrence (2).

1. Le déclenchement de l'audit de concurrence

897. Le droit des pratiques anticoncurrentielles est un domaine dans lequel « les dirigeants prennent le plus souvent des risques malgré eux, sans en avoir forcément conscience »[1006], la gestion du risque consistant alors surtout à tenter d'identifier les potentielles infractions et à en cantonner les conséquences. M. le Professeur Masson[1007] insiste ainsi sur l'importance de mener un audit interne afin d'identifier les risques auxquels l'entreprise est exposée, voire d'organiser des exercices de simulation de procédure de vérification. La procédure d'audit de concurrence est également utile en cas de rachat d'une entreprise, l'acquéreur ayant tout intérêt à vérifier tous les documents susceptibles de révéler une infraction au droit de la concurrence, tels que des contrats contenant des clauses de partage de marché ou de fixation des prix. Or, la méthode la plus efficace pour réaliser l'audit est de calquer la méthodologie retenue sur celle employée par les autorités de concurrence.

898. Comme le relèvent des auteurs[1008], il convient en premier lieu de prêter attention à toute une série d'indices pouvant laisser supposer l'existence de pratiques anticoncurrentielles, telles que les informations émanant du responsable de la conformité, les alertes provenant d'un système interne de *whistleblowing*, l'annonce d'une procédure sur un marché voisin ou les menaces émanant de clients ou de concurrents. Il convient encore de prêter attention aux opérations de restructuration, ces dernières pouvant aboutir à la commission d'une pratique anticoncurrentielle (par exemple en conférant à la nouvelle entité une situation de position dominante), ou pouvant conduire l'entreprise à être sanctionnée pour les pratiques commises par la société qu'elle entend acquérir (V. *infra*, n° 1049 s). De tels signaux doivent ainsi être prise en compte par les dirigeants, et mener à la conduite d'une « procédure interne de vérification de la conformité des pratiques de l'entreprise […] aux règles de concurrence ». De

[1006] PRUNET F., « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *ibid.*
[1007] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*
[1008] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 18 Juin 2015, n° 25, p. 1297.

cette procédure résultera un diagnostic, l'audit de concurrence, visant à « mettre en perspective tous les éléments à prendre en compte pour envisager, le cas échéant, les mesures qui s'imposent ». Les auteurs soulignent en outre l'importance de confier l'opération à un avocat, afin de bénéficier du secret des correspondances entre l'avocat et son client, qui permet d'offrir une certaine sécurité à l'opération (quoiqu'elle ne soit pas absolue, la Cour de cassation admettant la pratique de l'ADLC consistant à procéder à des saisies massives et indifférenciées de documents). Du point de vue du déroulement de l'opération, les juristes (avec, à leurs côtés, l'avocat) devront procéder par étapes, comme le ferait une autorité de concurrence.

2. La méthodologie de l'audit de concurrence

899. La méthodologie de l'audit de concurrence consiste à analyser, dans un premier temps, les données à la disposition de l'entreprise, avant de procéder, dans un second temps, à l'audition des personnes dites « sensibles »[1009]. La première étape consiste ainsi à rassembler des données présentes « hors de l'entreprise », à travers l'étude de bases de données juridiques et économiques. Il s'agira notamment d'étudier « les précédents jurisprudentiels rendus dans le secteur » ainsi que « les analyses et études de marché existant », afin de déterminer les marchés pertinents sur lesquels évolue l'entreprise, ainsi que la position détenue par les différents acteurs intervenant eux-aussi sur ces marchés. La nature et la structure des marchés auront encore une influence sur l'application de certaines règles du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui s'appliqueront avec une plus ou moins grande intensité selon les cas. Une fois ces données recueillies, il conviendra ensuite d'analyser à leur lumière les documents détenus par l'entreprise, tels que ses *business plans*, les compte rendus de réunions impliquant des concurrents, ou encore des notes de stratégies internes. Si les recherches effectuées ne révèlent à priori pas d'infraction au droit de la concurrence mais qu'un doute subsiste toute de même au sujet des pratiques de l'entreprise, ou si au contraire ces premières recherches révèlent bel et bien un risque d'infraction au droit de la concurrence, l'entreprise devra effectuer une analyse de sa documentation électronique, en particulier des messageries électroniques, des serveurs et des disques durs des personnes en contact avec le marché. Il faudra pour ce faire élaborer une liste de « mots-clés », et confier à un prestataire externe la charge d'analyser les supports électroniques susceptibles de contenir des informations relatives à une éventuelle infraction. Afin de garantir la sécurité de l'opération, le prestaire devra signer un accord de confidentialité, et stocker les données extraites sur une plateforme électronique à laquelle seuls les avocats pourront avoir accès. Cette première étape pourra ainsi permettre de dresser un premier compte

[1009] *Ibid.*

rendus des pratiques porteuses de risque pour l'entreprise, qu'il conviendra de préciser par le biais d'entretiens avec les personnes clés de l'entreprise.

900. Il s'agira, dans le cadre de cette seconde étape, d'identifier et d'auditionner les personnes clés, à savoir les personnels de l'entreprise particulièrement exposés à la commission de pratiques anticoncurrentielles. Cette identification aura en grande partie été effectuée lors de l'étape précédente, à travers la sélection des documents papiers ou électroniques à analyser, ces derniers révélant le plus souvent comme personnes clés les salariés ou les dirigeants entretenant un contact direct avec le marché. Le service juridique de l'entreprise devra alors élaborer des questionnaires sur la base des premières constations qu'elle aura effectuées, afin d'en apprendre plus sur le déroulement concret des pratiques à risque. Les réponses fournies par les opérationnels dans le cadre de ces entretiens permettront ainsi de compléter et d'affiner les éléments découverts dans le cadre de la première étape. Une fois les risques identifiés, l'entreprise aura alors pour tâche de les quantifier. Cette étape, cruciale en pratique, interrogera les dirigeants sur la réaction à adopter en fonction des différents risques.

B. La quantification du risque concurrentiel par l'entreprise

901. Quantifier le risque concurrentiel revient à s'interroger, d'une part, sur la probabilité pour que le comportement révélé par l'audit interne puisse être qualifié de pratiques anticoncurrentielles et fasse l'objet de poursuites, mais encore, d'autre part, sur la sanction qu'encourrait l'entreprise dans l'hypothèse où elle ferait l'objet d'une condamnation. Une fois ces deux paramètres évalués, l'entreprise pourra alors décider d'intégrer le risque dans une stratégie de faute lucrative, ou choisir de mettre fin à l'infraction (1). Or, le développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait à notre avis produire un important effet sur ces deux paramètres (2).

1. L'appréhension rationnelle du risque par l'entreprise

902. Une approche économique de la situation dans laquelle se trouve l'entreprise au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles révèle, selon M. le Professeur Jenny[1010], sa tendance à faire preuve de rationalité quant à l'opportunité de commettre ou non une infraction. Elle prend alors en compte quatre facteurs : le gain qu'elle pourra retirer de la violation de la règle, la probabilité que la pratique soit détectée par les autorités de concurrence, la sévérité de la

[1010] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique » *in* « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence n° 28, juillet -septembre 2011, p. 157.

sanction encourue, et, enfin, son aversion au risque. Lorsque l'entreprise est neutre vis-à-vis du risque, seules seront prises en compte la probabilité de détection et la sévérité de la sanction. Si elle a une propension à prendre des risques, l'entreprise pourra décider de violer la loi même si son espérance de gain est négative. À l'inverse, une entreprise faisant preuve d'un fort degré d'aversion au risque ne violera la loi qu'en présence d'une espérance de gains suffisamment importante pour l'inciter à le faire.

903. M. le Professeur Masson[1011] oppose cette pratique à la conformité (qui consiste à tout mettre en œuvre pour respecter la règle de droit). Il s'agit ainsi selon lui d'une stratégie d'acceptation du risque, l'entreprise faisant alors le calcul du rapport coût/avantage et sanction/probabilité de détection de la pratique pour décider de respecter ou non le droit de la concurrence. C'est notamment le cas en matière d'ententes, eu égard au caractère occulte de l'infraction. Le phénomène est encore qualifié de « gestion à la marge du droit », phénomène que le Professeur Masson[1012] considère « inconcevable d'un point de vue moral », l'entreprise pouvant alors s'affranchir de normes d'ordre public simplement en payant une amende (qui pourra de toute manière constituer une sanction insuffisante eu égard aux bénéfices que l'entreprise retire de l'infraction). Or, l'introduction de la directive 2014/104 dans le système juridique de l'Union européenne vise précisément à assurer l'effet utile des règles interdisant les ententes et les abus de position dominante[1013].

2. L'influence du contentieux privé sur la quantification du risque concurrentiel

904. Par sa propension à récompenser l'action des victimes par des dommages et intérêts ainsi que par son intérêt sur le plan stratégique, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles nous semble de nature à augmenter la probabilité de détection des pratiques (a). De plus, l'estimation de la sanction globale encourue en cas de condamnation sera complexifiée en raison des difficultés propres à la quantification du préjudice, ainsi que des mécanismes tels que la cession de créances ou encore l'action de groupe (b).

[1011] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 23.
[1012] MASSON A. et SHARIFF M., « Les stratégies juridiques des entreprises », *ibid.*
[1013] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 3.

a. La probabilité de détection d'une infraction au droit de la concurrence

905. Comme le relève M. le Professeur Jenny[1014], plusieurs études menées sur la question de la détection des ententes révèlent que la durée moyenne d'un cartel est de l'ordre de cinq à sept ans, avec une probabilité de détection comprise entre 10 et 20%. En matière d'abus de domination, la probabilité de détection ne nous semble pas soulever de questions particulières, ces derniers ne présentant pas le même caractère occulte que les ententes. Mme Espesson-Vergeat[1015] remarque à ce titre « qu'une sanction élevée mais rare produit un effet moins dissuasif qu'une sanction moins élevée mais plus fréquente ». Il convient en outre de souligner la tendance récente des autorités de concurrence à sanctionner les pratiques de dimensions locales, par le biais de la DGCCRF, qui pourra soit transmettre l'affaire à l'ADLC, soit, transiger avec les auteurs de l'infraction. Un auteur[1016] relève ainsi que, sur un panel de « 12 décisions de sanctions rendues par l'Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles, 10 avaient pour origine une enquête menée par les services de la DGCCRF ». Cette tendance nous semble illustrer l'efficacité de la DGCCRF en matière de détection des pratiques anticoncurrentielles, notamment à notre avis grâce à sa proximité vis à vis des entreprises locales, qui pourront alors facilement s'adresser à elle lorsqu'elles soupçonnent l'existence d'une entente ou d'un abus de position dominante. Or, qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces infractions, les perspectives qu'offre le contentieux privé en termes de dommages et intérêts ainsi qu'en termes de facilitation de la mise en œuvre stratégique du droit des pratiques anticoncurrentielles (V. *supra*, n° 777) nous semble de nature à augmenter leur taux de détection. L'idée sous-tendant le développement du contentieux privé consiste en effet à faire de la victime un « procureur privé » réclamant une « peine privée » à son profit[1017]. Il convient toutefois de remarquer que cette augmentation ne s'accompagnera pas nécessairement d'une augmentation du contentieux devant les juridictions civiles, les entreprises ayant tendance à recourir fréquemment à la transaction en la matière[1018]. Mais le principal apport du contentieux privé à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles pourrait résider, à notre avis, dans sa propension à réduire la prévisibilité de la sanction.

[1014] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *ibid*.
[1015] ESPESSON-VERGEAT B., « Le caractère dissuasif des sanctions de l'Autorité de la concurrence », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2015, nº 43, p. 133.
[1016] MATHONNIÈRE C., « La DGCCRF, (l'autre) bras armé de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, nº 62, p. 3.
[1017] SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 53.
[1018] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016), Concurrences n° 2-2017, p. 217.

b. La détermination de la sanction encourue à la suite d'une infraction au droit de la concurrence

906. L'analyse des travaux publiés par plusieurs auteurs sur la question de la prévisibilité de la sanction semble révéler que les entreprises parvenaient jusqu'ici à estimer assez précisément le montant auquel elles s'exposaient en cas de sanction par les autorités de concurrence (i). Or, l'introduction du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles au sein de l'ordre juridique européen pourrait modifier cet état de fait (ii).

i. L'anticipation de l'amende administrative prononcée par les autorités de concurrence

907. Jusqu'alors, les entreprises parvenaient à déterminer, de manière approximative, le montant de la sanction encourue en cas de condamnation, puisque la sanction n'était le plus souvent constituée que de l'amende prononcée dans le cadre du contentieux public et de la nullité. Pour ce faire, les entreprises peuvent se baser sur les méthodes de calcul publiées par les autorités de concurrence[1019]. Mme Espesson-Vergeat[1020] rappelle à ce titre la nécessité, pour que la sanction soit efficace, d'en assurer la prévisibilité sans toutefois aller jusqu'à permettre aux entreprises de pouvoir l'anticiper avec une trop grande prévision. En effet, si la prévisibilité et la sécurité juridique nécessitent que les autorités de concurrence fassent preuve de transparence au regard des critères adoptés pour fixer son montant, l'entreprise devant savoir ce à quoi elle s'expose en cas d'infraction au droit de la concurrence (rappelons à ce titre que toute infraction n'est pas nécessairement voulue), le prévisibilité ne doit pas être détournée de son objectif. Il s'agit en effet de dissuader l'entreprise de commettre l'infraction, la prévisibilité ne devant alors pas devenir « un outil permettant de détourner la sanction par une analyse stratégique du risque encouru par l'entreprise ». Si cette dernière venait à se trouver en mesure de calculer précisément son risque, elle pourrait alors facilement déterminer la rentabilité de l'infraction, en soustrayant le montant de la sanction du profit lié à la mise en œuvre de l'infraction. Une sanction adaptée doit donc être prévisible, mais conserver une part de flou afin d'empêcher les entreprises d'optimiser leur comportement en conséquence (étant entendu que cette part de flou doit demeurer acceptable au regard du respect des principes fondamentaux). Or, M. Prunet[1021] souligne les difficultés qui entourent la détermination de la sanction par les opérateurs évoluant sur le marché, et dénonce le manque de sécurité juridique auxquelles les

[1019] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.* ; CE, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02), JOUE, 1.9.2006, C 210/2 ; ADLC, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

[1020] ESPESSON-VERGEAT B., « Le caractère dissuasif des sanctions de l'Autorité de la concurrence », *ibid.*

[1021] PRUNET F., « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *ibid.*

entreprises se trouvent confrontées en pratique. Ainsi, le communiqué relatif à la détermination de la sanction publié par l'ADLC fait appel à des notions difficiles à cerner, telles que la gravité des pratiques et le dommage à l'économie. Le montant de la sanction est encore dépendant de la durée des pratiques et d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes. D'autres facteurs interviennent, qui complexifient encore l'estimation de la sanction, tels que le nombre de griefs que notifiera l'ADLC. L'auteur considère ainsi qu'en pratique, « les dirigeants d'entreprise sont dans l'incapacité d'évaluer justement le risque », et qu'ils ne sauraient se satisfaire de la possibilité d'estimer un risque maximum (ce dernier ne se réalisant que rarement). Il souligne enfin que la politique de répression des autorités de concurrence semble avoir atteint ses limites au regard de l'acceptabilité sociale et économique du montant de la sanction, le Parlement européen ayant même « reproché à la CE sa tendance à trop se focaliser sur la sanction ».

908. Il n'empêche, selon M. le Professeur Jenny[1022], que la commission d'un infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles serait en moyenne profitable, même en cas de sanction. Ce constant nous semble ainsi plutôt aller dans le sens de la thèse selon laquelle les entreprises parviennent à prévoir, au moins de manière approximative, le montant de la sanction. Les travaux menés par plusieurs économistes, « qui analysent un échantillon de plus de 800 observations de surprix imposés par des cartels pendant les 250 dernières années », révèlent en effet un surprix moyen généré par l'infraction de 29%. Un autre auteur[1023] évoque un surprix allant, selon les affaires, de 1% à 59% du prix. Le Professeur Jenny explique la situation par le fait qu'il est difficile de réconcilier ce que serait une sanction optimale avec le principe de proportionnalité entre la sanction et l'infraction (la sanction optimale étant celle dont le montant est calibré de telle sorte que seules les entreprises qui ont un goût pour le risque choisiraient de violer la loi, dans la mesure où ces dernières sont enclines à la commission d'infractions même lorsqu'elles n'ont aucun profit à en retirer). La rigueur des principes juridiques conduit en effet à brider la logique d'efficacité économique du droit de la concurrence, en provoquant la réduction du montant de la sanction. À titre d'exemple, l'auteur évoque l'affaire des « pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques »[1024], dans laquelle le Conseil de la concurrence avait condamné l'entreprise *Descours & Cabaud SA* à une amende

[1022] JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *ibid*.
[1023] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges » (traduction proposée par nous), Concurrences n°1-2017, p. 36.
[1024] CA Paris, 19 janv. 2010, n° 2009/00334.

de 82 550 000 euros (à savoir 38 fois le chiffre d'affaire annuel de la société, mais seulement 2,53% du chiffre du groupe auquel elle se rattachait). Or, l'amende fut réduite en appel à un montant de 3 900 000 euros, ce qui nous semble de nature à illustrer l'affirmation selon laquelle une infraction au droit de la concurrence est, en moyenne, profitable. La question se pose alors de savoir si le développement du contentieux privé en Europe sera ou non à même d'accroître l'effet dissuasif de la sanction.

ii. L'anticipation de la sanction face au développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

909. Comme nous l'évoquions précédemment, le contentieux privé pourrait permettre de favoriser la détection des infractions puisqu'il est de nature à inciter les victimes à agir en justice. Or, selon Mme le Professeur Tercinet[1025], les entreprises bénéficiaient jusqu'alors, dans la majorité des cas, d'une immunité civile de fait face au contentieux privé. Elle explique ce phénomène par l'absence d'action de groupe à l'époque au sein des droits nationaux des Etats membres, la faiblesse du montant du préjudice décourageant les victimes d'intenter un recours individuel. À cela s'ajoute le moyen de défense tiré de la répercussion, qui, combiné à l'absence d'action de groupe, privait les acheteurs directs de la possibilité d'agir en justice sans toutefois permettre aux acheteurs indirects d'agir (le préjudice, suffisamment important pour justifier l'action de l'acheteur direct, ne l'étant pas pour justifier l'action individuelle des TPE et des consommateurs, V. n° *supra*, 174 et 175). Afin de remédier au manque d'attractivité lié au faible montant du préjudice, l'introduction des dommages et intérêts punitifs en Europe a été proposée, puis finalement abandonnée. Mais, comme le relève l'auteur (et comme nous le relevions nous-même dans le cadre de précédents développements, V. *supra*, n° 638), les créances d'un montant trop faible pour intéresser les victimes à l'action pourraient donner lieu à cession, le cessionnaire concentrant alors leurs droits entre ses mains en vue de poursuivre le ou les auteur(s) de l'infraction devant les juridictions civiles.

910. Ces difficultés nous semblent avoir été réglées par la directive 2014/104, qui facilite l'action individuelle des victimes tout en admettant la validité du recours à la cession de créances, bien que rien ne permette d'affirmer que les consommateurs auront un intérêt à recourir à la cession de créances (tout dépendant alors du montant des sommes en jeu). Les évolutions probables de l'action de groupe permettront peut-être de remédier à cette difficulté (V. *supra*, n° 524), et la répercussion du surcoût ne devrait pas, selon nous, conduire à

[1025] TERCINET A., « L'évolution du risque concurrentiel dans une économie globalisée : une approche comparée », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2010, nº 22, p. 109.

l'impunité de l'auteur des pratiques. En effet, les acheteurs indirects souffriront, malgré la répercussion, d'un préjudice lié à la diminution des volumes de vente du fait de l'augmentation artificielle des prix, et auront donc bien une créance de réparation à céder (V. *supra*, n° 267). Il ne faut pas non plus négliger les hypothèses dans lesquelles l'acheteur final serait une PME ou une TPE, pour lesquelles il ne fait aucun doute que les sommes en jeu seront suffisamment importantes pour les inciter à céder leurs créances.

911. Les nouvelles règles du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles constituent donc bien, à notre avis, un risque nouveau auquel seront désormais confrontées les entreprises. Comme le relèvent des auteurs[1026], l'évaluation du préjudice « devra être faite à l'aide d'un économiste rompu aux affaires de concurrence ». Il convient en effet de ne pas négliger l'importance des sommes que l'entreprise peut être tenue de verser au cessionnaire des créances (V. *supra*, n° 580), et de tenir compte du fait que, si de plus en plus d'entreprises prennent le parti d'exercer l'action, il est probable que c'est parce qu'elles perçoivent désormais un réel intérêt économique à le faire. Ainsi, la gestion du risque concurrentiel devra tenir compte du développement du contentieux privé. En effet, si les techniques classiques de gestion du risque conserveront, à notre avis, leur entière efficacité face au contentieux public, la question se pose de leur efficacité face au contentieux privé.

Section 2nde : La gestion du risque concurrentiel aux côtés des autorités de concurrence

912. Les autorités de concurrence mettent à la disposition des entreprises un panel d'outils destinés à la gestion du risque, bien qu'il s'agisse en réalité, comme le fait très justement remarquer M. Prunet[1027], d'outils surtout destinés à faciliter son action répressive. Il convient à ce titre de distinguer les outils permettant de gérer les risque en amont de la survenance de l'infraction (§ 1er), de ceux permettant sa gestion en aval (§ 2nd).

§ 1er : La gestion du risque concurrentiel avant survenance de l'infraction

913. Préalablement à toute commission d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles par l'entreprise, cette dernière a la possibilité de gérer le risque en ayant

[1026] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1027] PRUNET F., « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *ibid.*

recours aux programmes de conformité, l'objectif étant alors de tenter de prévenir tout comportement susceptible de contrevenir aux règles du droit de la concurrence (A). Dans l'hypothèse où les autorités de concurrence auraient un doute au sujet de la légalité du comportement mis en œuvre par l'entreprise, cette dernière pourrait également recourir à la procédure d'engagements afin d'échapper à la sanction (B). Or, il apparaît en pratique que ces outils ne permettent de gérer qu'imparfaitement le risque concurrentiel, constat qui s'avère d'autant plus vrai depuis les réformes du contentieux privé.

A. La gestion du risque par le recours aux programmes de conformité

914. Comme le relèvent des auteurs[1028], si l'audit de concurrence révèle l'existence de pratiques potentiellement anticoncurrentielles au sein de l'entreprise, cette dernière pourra y réagir par la mise en œuvre d'un programme de conformité. Afin d'aider les entreprises à mettre en place de tels programmes, les autorités de concurrence ont publié des documents, l'ADLC allant même jusqu'à récompenser la mise en place d'un programme de conformité par une réduction du montant de la sanction (1). Il s'avère en pratique que de tels programmes sont trop contraignants à mettre en œuvre et exposent l'entreprise à plusieurs risques, les auteurs préconisant ainsi de s'en inspirer seulement, en vue de la mise en place d'un programme parfaitement adapté aux besoins de l'entreprise (2).

1. La récompense des programmes de conformité par les autorités de concurrence

915. En France, la mise en place d'un programme de conformité par l'entreprise était, jusqu'à récemment, susceptible d'ouvrir droit à une réduction pouvant aller jusqu'à 10% du montant de la sanction (a). La règle était prévue par un document cadre publié par l'ADLC afin d'encourager les entreprises à mettre en place des programmes de conformité et, bien que le document soit aujourd'hui retiré, la possibilité d'obtenir une réduction de la sanction semble maintenue à titre exceptionnel (b).

a. Une récompense conditionnée à la mise en œuvre d'un programme répondant aux exigences de l'Autorité

916. Si la Commission européenne comme l'ADLC ont toute deux publié un document relatif aux programmes de conformité[1029], elles n'accordent pas la même récompense aux entreprises

[1028] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1029] Comm. UE, 24 novembre 2011, CE, « Compliance matters - What companies can do better », 8 février 2013 [en ligne] https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-

qui choisiraient de s'y conformer. Bien que la mise en œuvre d'un programme de conformité ait pu, comme le relève Me Puel[1030], constituer par le passé une circonstance atténuante aux yeux des autorités de concurrence, tel n'est plus le cas aujourd'hui. La Commission européenne comme l'ADLC sont en effet revenues sur leur position en la matière, de sorte que l'existence d'un programme de conformité ne constitue désormais plus une circonstance atténuante[1031].

917. Aujourd'hui, seule l'ADLC récompense la démarche par une diminution du montant de la sanction[1032]. Les auteurs soulignent que cette réduction n'était accordée que dans une hypothèse très restreinte, à savoir celle dans l'entreprise s'engagerait, dans le cadre de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, à mettre en place « un programme de conformité répondant à ces bonnes pratiques ou à améliorer un programme de conformité préexistant ». Il importe donc de remarquer que ce n'est pas n'importe quel programme qui ouvrait droit à la réduction de sanction, mais bien les seuls programmes répondant aux exigences du document cadre publié par l'ADLC. Or, ces exigences sont lourdes et génératrices de risques, comme nous le développerons *infra* (V. n° 920 s). Il convient en outre de remarquer que la possibilité de bénéficier de cette réduction semble aujourd'hui plus que réduite.

b. Une récompense accordée dans des conditions plus qu'incertaines

918. Depuis l'abandon de la procédure de non-contestation des griefs, devenue procédure de transaction depuis la loi « Macron », des auteurs[1033] ont relevé l'absence de référence quant à l'articulation de la nouvelle procédure avec la réduction jusqu'ici accordée dans le cadre de la non-contestation des griefs. Or, l'ADLC[1034] a aujourd'hui retiré son document cadre dans un communiqué du 19 octobre 2017, posant ainsi la question de savoir dans quelles conditions la réduction du montant de la sanction en récompense de la mise en œuvre d'un programme de conformité pourra être obtenue. Mme le Professeur Claudel souligne très justement qu'il devrait toujours être possible d'en bénéficier malgré le retrait du communiqué. L'ADLC indique en

aa08c2514d7a/language-en (consulté le 08/10/2019) (traduction proposée par nous) ; ADLC, « Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence ».

[1030] PUEL F., « Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 139.

[1031] FRANCOIS-MARTIN L., « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », colloque « Programmes de conformité », Pavillon Gabriel, 5 juin 2012, Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2012, nº 33, p. 110 ; MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid*., p. 32.

[1032] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*

[1033] *Ibid.*

[1034] ADLC, « Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité » ; V. également ADLC, 18 octobre 2017, n° 17-D-20.

effet que « l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente », envoyant ainsi un signal clair aux entreprises, dont il s'avère toutefois difficile de mesure la portée. Ces dernières sont dès lors « fermement invitées à se doter de tels programmes », pour reprendre l'expression du Professeur Claudel. L'ADLC précise encore que le fait pour une entreprise de prendre des engagements relatifs aux programmes de conformité n'a désormais plus « vocation, de façon générale, à justifier une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale ». L'ADLC ne ferme donc pas totalement la porte à la possibilité d'obtenir une réduction d'amende pour l'entreprises qui s'engageraient à mettre en œuvre ou à améliorer un programme de conformité, à l'exception des hypothèses dans lesquelles l'infraction présenterait une particulière gravité.

919. En retirant son document cadre, l'ADLC introduit ainsi un doute supplémentaire quant à la possibilité de bénéficier ou non d'une réduction d'amende. Il semble, à notre avis, qu'il demeure toujours pertinent de s'y référer aujourd'hui, dans la mesure où il est peu probable qu'elle n'accorde une quelconque récompense à un programme qui offrirait des garanties moindres que celles qu'exigeait jusqu'alors le document. La décision de retirer le document nous semble motivée par la volonté d'introduire un plus grand flou dans la détermination du montant de la sanction, afin d'éviter tout calcul stratégique de l'entreprise (V. *supra*, n° 902 et 903), la procédure de transaction permettant d'en améliorer la prévisibilité (V. *infra*, n° 963 s). En effet, le document cadre engageait l'ADLC et lui était opposable, « sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné »[1035]. Or, eu égard à l'amélioration de la prévisibilité de la sanction découlant de la nouvelle procédure de transaction, le maintien du document cadre aurait à notre avis été de nature à favoriser un calcul stratégique des conséquences de l'infraction par l'entreprise. Cette dernière aurait ainsi pu critiquer la volonté de l'ADLC de lui refuser la réduction de l'amende promise par le document en cas de défaut de motivation, ou de mauvaise motivation. Le retrait du document cadre permet ainsi à l'ADLC de bénéficier d'une plus grande marge de manœuvre dans sa décision d'accorder ou non une réduction du montant de la sanction à l'entreprise qui aura mis en œuvre

[1035] ADLC, « Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », pt. 6.

un programme de conformité. L'attractivité des programmes de conformité établis dans le strict respect des règles établies par l'ADLC devrait ainsi s'en trouver diminuée : force est d'ailleurs de constater que ces derniers ont toujours été considérés comme peu attractifs en pratique, les entreprises leur préférant des programmes établis « sur mesure », à la mise en œuvre en pratique moins couteuse et moins contraignante.

2. La préférence de la pratique pour des programmes de conformité « sur mesure »

920. Eu égard à leur coût et aux importantes contraintes qu'ils imposent à l'entreprise, les programmes de conformité mis en œuvre en pratique ne correspondent pas rigoureusement aux exigences des autorités de concurrence (a). Il convient en outre de remarquer que les programmes eux-mêmes peuvent constituer un risque pour l'entreprise, d'où l'importance de prêter attention à ne pas commettre certains écueils, lourds de conséquences en pratique (b).

a. La mise en œuvre d'un programme de conformité respectueux de la liberté de l'entreprise

921. Pour considérer un programme de conformité comme étant efficace, l'ADLC exige qu'il réponde aux exigences de son document cadre, aujourd'hui retiré, ce qui pose problème dans la mesure où une entreprise efficace préférera éviter de se soumettre à une trop grande rigidité (i). Plus pragmatique, la Commission européenne admet quant à elle la mise en place de programmes « sur mesure », un programme de conformité relevant « de la responsabilité de l'entreprise qui doit pouvoir l'adapter à ses besoins propres et à son environnement commercial »[1036] (ii).

i. L'importance stratégique d'une préservation de la liberté d'action de l'entreprise sur le marché

922. Du fait de leur prix élevé et des contraintes trop fortes qu'ils imposent à l'entreprise, les programmes de conformité correspondant rigoureusement aux exigences de l'ADLC ne retiennent guère la faveur des auteurs[1037], qui dénoncent en outre les incertitudes relatives au montant de l'éventuelle réduction de sanction récompensant leur mise en œuvre, comme les conditions de son attribution. L'ADLC exige en effet la réunion des éléments suivants pour qu'un programme puisse être considéré comme efficace : « un engagement des dirigeants, la

[1036] FRANCOIS-MARTIN L., « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *ibid.*

[1037] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.* ; V. encore PUEL F., « Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence », *ibid.*, p. 139 ; PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », colloque « Programmes de conformité », Pavillon Gabriel, 5 juin 2012, Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2012, nº 33, p. 106 ; FRANCOIS-MARTIN L., « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *ibid.*

désignation d'un *compliance officer*, la sensibilisation des salariés, la mise en place de mesures d'alerte et d'audit et la responsabilisation des salariés ». Or, l'entreprise n'a pas intérêt à s'imposer de contraintes trop importantes, une bonne stratégie juridique passant par une gestion des risques respectueuse de sa liberté d'action sur le marché. En optimisant la gestion du risque concurrentiel, le juriste participe ainsi à la performance de l'entreprise.

923. En effet, comme le relèvent des auteurs[1038], l'entreprise détermine sa stratégie de marché en tenant compte des objectifs suivants. Elle doit, d'une part, « choisir des investissements dans des industries profitables et contribuer à maintenir ou développer cette profitabilité moyenne », et, d'autre part, « réaliser de meilleures performances que les rivaux au sein même de l'industrie en question en développant et soutenant sur le long terme des avantages concurrentiels ». Les auteurs vont jusqu'à résumer l'objectif de la stratégie comme étant la recherche d'un pouvoir de monopole, ou plutôt, du fait de la présence de firmes rivales, la recherche d'un pouvoir de marché maximal. En pratique, ces objectifs sont susceptibles de se heurter au droit de la concurrence, le premier au droit des ententes et le second au droit des abus de domination, l'objectif du droit des pratiques anticoncurrentielles consistant à poser une limite au pouvoir de marché des firmes dominantes. Si, bien que tel ne soit pas leur objectif, les principes du droit de la concurrence permettent ainsi de protéger les rivaux (qu'ils soient présents sur le marché ou qu'ils envisagent d'y entrer), ils limitent parallèlement les manœuvres stratégiques auxquelles peuvent se livrer les entreprises qui détiennent l'avantage compétitif sur le marché. Or, « si ces limites étaient aussi claires que peuvent l'être d'autres règles (comme l'exemple archétypal du Code de la route), la seule question posée au stratège serait celle d'évaluer les coûts et avantages d'un éventuel délit ». Mais le droit antitrust est considéré comme l'un des droits les plus complexes et incertains, particulièrement du point de vue de sa mise en application, en raison des incertitudes affectant tant la définition de la règle de droit que la manière dont elle sera mise en œuvre. La diversité des situations des entreprises conduit en outre inéluctablement à des analyses au cas par cas, aggravant encore le facteur d'insécurité de la matière. Le stratège devra donc gérer cette incertitude, qui pourra tantôt constituer une contrainte, tantôt une « source d'opportunités d'adaptation intelligente » (V. *supra*, n° 109 s et 800 s).

[1038] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », Revue de la Concurrence et de la Consommation, janvier-février 2006, n° 144, p. 11.

924. Eu égard à la nécessité pour l'entreprise de rechercher la plus grande liberté d'action possible sur le marché tout en minimisant son risque, le strict respect d'un programme qui répondrait en tout point aux exigences de l'ADLC nous semble inadapté, et plusieurs auteurs[1039] soulignent la préférence des entreprises pour la mise en place de programmes adaptés à leurs besoins.

ii. La mise en œuvre de programmes adaptés aux besoins de l'entreprise

925. Plus pragmatique que l'ADLC, la Commission européenne admet quant à elle la mise en place de programmes de conformité « sur mesure », cette dernière « […] considérant [ainsi] qu'un programme de conformité relève de la responsabilité de l'entreprise qui doit pouvoir l'adapter à ses besoins propres et à son environnement commercial »[1040]. Des auteurs soulignent toutefois qu'il est préférable de s'en inspirer seulement, les documents publiés par l'ADLC et la Commission européenne, ainsi qu'une norme ISO 19600:2014, présentant de nombreuses caractéristiques communes (à commencer par leur caractère facultatif, ceux-ci ne s'imposant pas aux entreprises). Sans avoir spécifiquement pour objet de régir le droit de la concurrence, cette norme ISO concerne les programmes de conformité de manière générale, quelle que soit la matière envisagée, et mérite donc d'être abordée dans le cadre des présents développements[1041]. Différentes mesures issues de ces trois textes pourront donc être mises en place par l'entreprise, non plus dans l'espoir de bénéficier d'une réduction de sanction, mais dans le but d'instaurer au sein de l'entreprise une véritable culture de concurrence, prévenant ainsi la survenance d'infractions lourdes de conséquences à leur encontre. Sans entrer dans le détail de ces trois documents, il convient d'en présenter les exigences principales.

926. La mise en place d'une démarche de conformité implique, en premier lieu, une prise de position publique des dirigeants de l'entreprise, qui prennent alors l'engagement de promouvoir et mettre en œuvre un programme de conformité au sein de l'entreprise. Cette exigence est commune à la norme ISO19600:2014, au document de la Commission européenne et à l'ancien document-cadre de l'ADLC[1042]. D'abord adressée aux équipes commerciales et aux salariés, cette exigence pourra également être étendue à l'extérieur de l'entreprise, et ainsi être adressée aux partenaires commerciaux en vue de les rassurer. Quant aux modalités pratiques d'une telle

[1039] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.* ; FRANCOIS-MARTIN L., « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *ibid.*
[1040] FRANCOIS-MARTIN L., « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *ibid.*
[1041] DIENY E., « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600:2014 et la pratique en droit de la concurrence », Revue Lamy Droit des Affaires, 10 décembre 2015, nº 110, p. 57.
[1042] *Ibid.*

communication, elle devra être rendue visible des personnes concernées et faire l'objet de rappels réguliers. L'information des salariés doit en outre contenir une explication pédagogique des règles du droit de la concurrence, en adéquation avec le métier exercé et ciblant efficacement les informations clés en fonction de leur risque d'exposition[1043]. La question se pose toutefois des contours de la notion de dirigeants, interrogeant ainsi sur l'opportunité d'impliquer, en présence d'un groupe, les dirigeants de la société mère. En effet, une prise de position aura plus de poids si elle émane des dirigeants de la société mère, mais pourra toutefois constituer un risque au regard de l'appréciation de l'autonomie des filiales en cas d'enquête (V. *infra*, n° 936)[1044].

927. Autre mesure nécessaire à la mise en place d'un programme de conformité efficace, et là encore commune aux trois documents[1045], l'entreprise devra désigner une personne chargée d'assurer le respect des règles de concurrence (encore appelée *compliance officer*). Cette personne aura ainsi la charge d'animer et coordonner le programme, et il conviendra de préférer pour ce faire une personne ayant « les connaissances juridiques nécessaires pour identifier les sujets sensibles, et une bonne connaissance de l'entreprise et de ses salariés ». L'entreprise devra en outre mettre à sa disposition les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission (ressources, moyens nécessaires pour prendre des décisions vis-à-vis des pratiques mises en œuvre par les opérationnels). Il sera préférable que sa nomination émane de la direction afin de garantir sa légitimité en interne, et qu'il dispose d'un accès privilégié à la direction afin de lui faire remonter, s'il y a lieu, l'existence des risques identifiés[1046]. Me Puel[1047] recommande ainsi de ne pas nommer à ce poste un membre de la direction, ni même de procéder à l'embauche d'un nouveau salarié, tout en soulignant le risque que représenterait le fait de ne pas associer un cabinet d'avocats à cette démarche (V. *infra* n° 932). Quant aux moyens accordés à sa mission et aux tâches entrant dans son champ, ceux-ci devront être proportionnés à l'importance accordée au programme, qui variera selon les résultats du diagnostic préalable résultant de l'audit de concurrence (V. *supra*, n° 897). Des facteurs tels que la taille de l'entreprise et le degré de concentration du marché entreront également en ligne de compte. Le *compliance*

[1043] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1044] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid*.
[1045] DIENY E., « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600:2014 et la pratique en droit de la concurrence », *ibid.*
[1046] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1047] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid*.

officer sera encore chargé d'un *reporting* régulier des bonnes pratiques de gouvernance de l'entreprise destiné à évaluer l'efficacité des mesures de conformité mises en œuvre.

928. La lecture des trois documents susmentionnés relatifs aux programme de conformité révèle que le programme devra encore prévoir des mesures destinées à l'information, à la formation, et à la responsabilisation des salariés[1048]. Les salariés devront ainsi être informés sur le contenu des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles ainsi que sur les risques qu'ils feraient courir à l'entreprise s'ils venaient à ne pas les respecter (ce qui les exposerait par ailleurs à un risque pénal). Il conviendra encore d'envisager de former les opérationnels en contact avec le marché, les frontières entre licéité et illicéité n'étant pas toujours très nette en droit de la concurrence. Une implication du *compliance officer* dans ces formations permettra d'en faire la personne de référence en la matière, facilitant ainsi la remontée d'informations sensibles par la suite. La question se pose également se savoir s'il convient ou non de sanctionner les salariés qui auraient activement participé à une infraction : en effet, en cas de contentieux, les personnes directement impliquées (ou qui auraient connaissance de l'existence d'une infraction) pourraient chercher à monnayer certaines informations, ou à ne les fournir qu'en échange d'une amélioration de leur position au sein de l'entreprise. À l'inverse, « la crainte d'une sanction ne devrait pas non plus brider le dynamisme commercial de l'entreprise »[1049]. En effet, comme le souligne Me Puel[1050], l'entreprise a pour souci de motiver ses salariés, afin de s'assurer qu'ils se montrent toujours plus performants. La mise en place d'une grille de sanctions lui paraît ainsi inenvisageable en pratique, et il conviendra plutôt de sanctionner les salariés au cas par cas, dans le respect des règles du Code du travail. L'ancien document cadre de l'ADLC propose également la rédaction d'attestations régulières de conformité, qui auront pour effet de faire prendre conscience aux salariés de l'importance du droit de la concurrence. Dans l'hypothèse où un salarié aurait rédigé une telle attestation, mais où il apparaitrait par la suite qu'il a en réalité commis une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'attestation pourrait alors être invoquée en défense par l'entreprise. L'auteur s'interroge toutefois sur l'efficacité qu'aurait un tel moyen de défense, eu égard à « l'appréciation de la faute souvent retenue par le Conseil des prud'hommes ». Il considère en outre que la méthode la plus efficace consiste à faire signer aux salariés une lettre de prise de conscience dépourvue de tout lien avec un

[1048] DIENY E., « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600:2014 et la pratique en droit de la concurrence », *ibid.*
[1049] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1050] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid*.

quelconque système de sanction, l'idée étant alors de « privilégier l'éducation et la prise de conscience plutôt que la répression ». Me Durand[1051] ajoute quant à lui que si la formation peut permettre d'éviter la survenance de l'infraction, il convient encore de ne pas négliger de former les personnels aux enquêtes que pourront diriger les autorités de concurrence à l'encontre de l'entreprise, « afin de s'assurer notamment que ses dirigeants et collaborateurs adopteront les bons comportements ». La préparation des personnels à un tel cas de figure permettra en outre à l'entreprise « de mieux gérer la communication interne et externe de l'information », à la fois au moment où les enquêteurs sont présents sur les lieux mais également après leur départ.

929. La dernière mesure nécessaire à un programme de conformité efficace, là encore commune aux trois documents de référence sur la question, concerne la mise en place de mesures de *reporting*[1052]. Celles-ci ont pour objet, comme le relèvent des auteurs[1053], d'assurer le « suivi régulier des mesures mises en place […] pour que les risques […] identifiés puissent remonter jusqu'au *compliance officer* et le cas échéant à la direction ». Ils soulignent encore l'opportunité d'organiser, de manière régulière, des audits de toute documentation commerciale identifiée comme sensible par le *compliance officer*, ainsi que lors d'opérations plus exceptionnelles telles que l'acquisition d'une nouvelle activité ou l'insertion sur un nouveau marché. L'entreprise pourra encore décider, pour les cas les plus sensibles, la mise en place d'un système d'alerte professionnelle. Ce système, encore appelé *whistleblowing*, consiste à alerter une personne en interne de l'existence possible d'une pratique anticoncurrentielle commise par l'entreprise, ou d'en informer un conseil extérieur. Me Puel[1054] attire toutefois l'attention sur le risque de faire remonter l'information en interne, puisqu'elle ne serait alors pas couverte par le secret professionnel, ce qui autoriserait ainsi les autorités de concurrence à la saisir dans le cadre d'opérations de visites et de saisies. Il sera alors préférable de communiquer l'information à un conseil externe, afin qu'elle puisse bénéficier du secret des correspondances entre l'avocat et son client. L'entreprise devra encore veiller à ce que « le système d'alerte n'entre pas en conflit avec les règles de la Commission nationale de l'informatique et des libertés » et du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD). Il conviendra également de tenir compte, lors de la mise en place d'un tel mécanisme, des dispositions de la loi du 10 décembre 2016, dite

[1051] DURAND W., « L'entreprise face au droit de la concurrence : comment réduire le risque », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2016, nº 55, p. 39.
[1052] DIENY E., « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600:2014 et la pratique en droit de la concurrence », *ibid.*
[1053] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1054] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid.* ; PUEL F., « Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence », *ibid.*, p. 142.

« loi Sapin »[1055]. Cette dernière définit, en son art. 6, le lanceur d'alerte comme la « personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit […] ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance », à l'exclusion des « faits, informations ou documents, quelle que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client ». Comme le relève un auteur[1056], la loi Sapin impose en outre aux entreprises de plus de 50 salariés de mettre en place des « procédures appropriées de recueil de signalements », qu'ils soient émis les salariés eux-mêmes ou des collaborateurs extérieurs ou occasionnels. Le texte va jusqu'à confier « un rôle de filtre pré-juridictionnel à l'entreprise », sont art. 8 prescrivant de désigner une personne chargée de recevoir les signalements et d'en examiner la recevabilité. En cas d'inaction de l'entreprise et des autorités, le texte incite à la divulgation publique du signalement. Le texte est ainsi de nature à compliquer la tâche du *compliance officer*, le récipiendaire du signalement se trouvant tenu de procéder à une appréciation délicate, et ce d'autant plus que le droit des pratiques anticoncurrentielles est une matière extrêmement complexe et marquée par un fort degré d'incertitude. S'il venait à « transmettre trop promptement un signalement abusif, il porterait atteinte aux intérêts de personnes visées et à ceux de son entreprise ». Dans l'hypothèse inverse, à savoir celle dans laquelle il s'abstiendrait de transmettre une information qui s'avèrerait fondée, le *compliance officer* s'exposerait à une peine maximale d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende, la loi Sapin interdisant de faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement. À l'inverse, le texte se révèle protecteur de l'auteur de la dénonciation, son art. 9 garantissant « une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble [de ses] destinataires ». Le texte poursuit en indiquant que « les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci ». De même, les « éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte ». La divulgation des éléments confidentiels susvisés est punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000€. Ainsi, la conduite d'un programme de conformité pourrait s'avérer risquée pour le *compliance officer*, quoiqu'obligatoire dans les

[1055] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2.
[1056] AUGAGNEUR L-M., « La compliance a-t-elle une valeur ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 5 Octobre 2017, n° 40, p. 30.

entreprises de plus de 50 salariés. Or, il convient de remarquer que la mise en place d'un programme de conformité est elle-même susceptible de constituer, dans certains cas, une source de risque pour l'entreprise.

b. La mise en abîme du risque dans les programmes de conformité

930 Bien que les programmes de conformité soient en principe destinés à gérer le risque concurrentiel, la pratique révèle plusieurs hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre du programme peut en réalité conduire à son aggravation. Tel serait le cas, d'une part, de l'entreprise qui déciderait de na pas confier l'opération à un avocat (i), et, d'autre part, de la société mère qui serait considérée comme exerçant une influence déterminante sur sa filiale du fait de l'existence du programme (ii). Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles viendra là encore jouer un rôle d'amplification du risque.

i. La confidentialité des informations recueillies dans le cadre d'un programme de conformité

931. La désignation d'un *compliance officer* implique de prendre en compte le risque de voir les autorités de concurrence saisir les documents élaborés dans le cadre du programme de conformité, raison pour laquelle il conviendra d'impliquer dans la mise en œuvre du programme un cabinet d'avocats (α). La question se pose en outre de l'efficacité de la protection accordée par la secret professionnel, et ce notamment du point du vue du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (β).

α. Le choix d'un compliance officer et le bénéfice du secret professionnel

932. À défaut de dispositions spéciales destinées à protéger les informations réunies par l'entreprise dans le cadre d'un programme de conformité, des auteurs[1057] soulignent l'importance que revêt en pratique le choix du *compliance officer*. S'il est possible de désigner un employé de l'entreprise, comme par exemple un membre de sa direction juridique, un tel choix s'avèrerait risqué eu égard à la possibilité pour les enquêteurs « de saisir tout support papier ou informatique se situant dans les locaux de l'entreprise ». Me Puel[1058] ajoute que la remontée de l'information (qu'il s'agisse de la dénonciation d'un comportement potentiellement anticoncurrentiel ou de simples questions relatives au droit de la concurrence) doit être maitrisée par l'entreprise. À ce titre, le « *legal privilege* » de l'avocat, c'est-à-dire le secret professionnel (et notamment le secret des correspondances), jouera en pratique un rôle

[1057] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*
[1058] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid.* ; DURAND W., « L'entreprise face au droit de la concurrence : comment réduire le risque », *ibid.*

central. Me Puel[1059] indique qu'il est toutefois possible de désigner comme *compliance officer* un membre de la direction juridique de l'entreprise, « à condition que les procédés de suivi soient extériorisés et confiés à un avocat, bénéficiant du *legal privilege* ». À défaut, le juriste d'entreprise ne bénéficiant pas dudit *privilege*, les autorités de concurrence pourraient saisir les documents établis dans le cadre d'audits de concurrence ou de la remontée d'une potentielle infraction, ce qui aurait des conséquences désastreuses pour l'entreprise puisque de tels documents faciliteraient grandement l'établissement de l'infraction.

933. La protection accordée par la jurisprudence « *Akzo* » aux informations récoltées dans le cadre d'un programme de conformité, arrêt de référence en la matière, s'avère en effet très insuffisante selon un auteur[1060]. La CJUE considère dans cet arrêt que l'employé d'un service juridique, bien qu'étant avocat et inscrit au barreau, ne saurait « se prévaloir du statut d'avocat indépendant pour prétendre à la confidentialité de ses échanges avec l'entreprise » (et ce au motif que son caractère de dépendance vis-à-vis de l'entreprise prévaudrait sur sa soumission aux règles de discipline et de déontologie résultant de son inscription au barreau). Il s'ensuit que le secret professionnel n'est applicable qu'aux correspondances entre un avocat indépendant et son client qui auraient été échangées après l'ouverture de la procédure administrative de concurrence, aux correspondances échangées avant l'ouverture de la procédure et qui entretiennent avec elle un lien de connexité, et, enfin, « aux notes de juristes internes de l'entreprise qui ne font que reprendre le contenu de la correspondance adressée par l'avocat dans le cadre et aux fins de la défense de l'entreprise ». L'auteur ajoute que le document cadre de l'ADLC et la communication de la Commission passent la question sous silence, tandis que la norme ISO considère quant à elle que certaines des informations recueillies dans le cadre d'un programme de conformité devraient être couvertes par le secret professionnel, dans la mesure où elles sont élaborées dans le but d'obtenir un avis juridique. Si impliquer un cabinet d'avocat dans la mise en œuvre du programme de conformité (au moment des audits comme de la remontée d'éventuelles infractions) permettra à l'entreprise de bénéficier du secret professionnel, la question se pose toutefois de l'efficacité pratique accordée à cette protection.

β. Le secret professionnel et les limitations jurisprudentielles à son efficacité

[1059] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid.* ; PUEL F., « Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence », *ibid*., p. 142 ; CJUE, 14 sept. 2010, AKZO, aff. C-550/07.
[1060] DIENY E., « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600:2014 et la pratique en droit de la concurrence », *ibid.*

934. Comme nous l'avons déjà relevé dans le cadre de précédents développements (V. *supra*, n° 453 s), les autorités procèdent en pratique, à l'occasion d'opérations de visites et de saisies, à des saisies massives et indifférenciées des documents contenus sur les supports informatiques de l'entreprise (pratique aujourd'hui validée par la CEDH). Or, le recours que peuvent former les entreprises à l'encontre du déroulement des opérations étant dépourvu de caractère suspensif, les enquêteurs peuvent analyser les documents illégalement saisis, ce qui pourrait conduire l'ADLC à découvrir l'existence d'autres infractions, pour lesquelles elle pourrait alors s'auto-saisir. Outre ce premier facteur de risque, les entreprises devront en outre tenir compte du risque que représente le contentieux privé.

935. Ni la directive 2014/104 ni l'ordonnance du 9 mars 2017 ne prévoyant de règles spéciales destinées à assurer la protection des documents collectés par l'entreprise dans le cadre d'un programme de conformité, seul le secret des correspondance entre l'avocat et son client pourrait permettre de leur accorder une quelconque protection. Or, comme nous le relevions *supra* (V. n° 453 s), si la production d'une pièce couverte par un tel secret constitue en principe un mode de preuve déloyal devant conduire à ce qu'elle soit écartée des débats, cette protection n'est en pratique pas absolue. La jurisprudence relative au droit à la preuve conduit en effet à écarter dans certains cas la protection offerte par les droits fondamentaux et à autoriser la production de la pièce à condition qu'elle conditionne l'issue du litige et que sa production ne cause pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du défendeur. La règle, bien que théoriquement susceptible de faire échec au secret des correspondances entre un avocat et son client, rencontre toutefois en pratique l'obstacle du caractère absolu des secrets professionnels. Mme le Professeur Lardeux[1061] rappelle ainsi la règle selon laquelle « tout secret professionnel est considéré en jurisprudence comme un obstacle absolu à une demande de preuve. En d'autres termes, une preuve dévoilant un tel secret est systématiquement déclarée irrecevable ». La question se posait en effet de savoir « si la dimension d'intérêt général des secrets professionnels [était] suffisamment prédominante pour qu'ils ne puissent jamais devoir céder devant le droit à la preuve ». Or, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 4 juin 2014, que le droit à la preuve ne saurait faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, qui ne saurait s'en trouver délié que par la loi. Le Professeur Lardeux souligne que la solution a une vocation générale visant à s'appliquer à l'ensemble des secrets professionnels, l'arrêt étant rendu sur le fondement de l'art. 226-14 du Code pénal, qui vise l'ensemble des secrets professionnels sans

[1061] LARDEUX G., «Preuve : règles de preuve », Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2018 (actualisation : Mars 2019), n° 342 s ; Civ. 1re, 4 juin 2014, no 12-21.244.

opérer de distinctions. La rédaction de l'arrêt nous semble toutefois interroger sur la possibilité de faire échec à la protection du secret professionnel en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ? La Cour de cassation réserve en effet l'hypothèse dans laquelle la loi viendrait délier le professionnel. Bien qu'il semble que l'arrêt ne vise que les hypothèses telles que l'obligation pour l'avocat de procéder à une déclaration de soupçon en matière de blanchiment (art. L561-1 CMF), les victimes pourraient être tentées d'invoquer l'art. 4 de la directive 2014/104 pour tenter de convaincre le juge que, lorsqu'il leur est excessivement difficile ou pratiquement impossible de prouver leur droit, le texte commanderait de faire céder le secret professionnel de l'avocat face à leur droit à la preuve. Si une telle solution venait à prospérer en pratique, les programmes de conformité deviendraient une véritable source d'insécurité juridique vis-à-vis du contentieux privé, sauf pour l'entreprise à se lancer immédiatement dans une procédure de transaction ou de clémence pour tenter de priver le demandeur de preuves. Bien que cet aspect des programmes de conformité ne représente à notre avis qu'un faible risque eu égard au contentieux privé, dans la mesure où il n'est que peu probable que le secret professionnel puisse en céder face à l'art. 4 de la directive, il convient encore d'aborder la question de l'influence de tels programmes dans l'hypothèse où l'entreprise sanctionnée serait constituée d'un groupe de sociétés.

ii. L'effet d'un programme de conformité sur l'appréciation de l'influence déterminante exercée par une société mère sur ses filiales

936. Plusieurs facteurs peuvent conduire en pratique à ce que la mise en œuvre d'un programme de conformité se retourne contre la société-mère qui l'aurait mis en place, les autorités de concurrence ayant pu s'en prévaloir pour démontrer l'influence déterminante de la mère sur ses filiales. Tel pourra notamment être le cas lorsque le dirigeant aura fait le choix de communiquer un engagement au nom du groupe, et non de certaines filiales seulement. Il en ira de même lorsqu'un *compliance officer* aura été désigné pour l'ensemble du groupe[1062]. Or, « la constatation de l'absence d'autonomie des filiales par rapport à leur mère permet aux autorités de concurrence de considérer que l'infraction a été commise au niveau de la mère et, ainsi, de calculer les amendes sur la base du chiffre d'affaires global du groupe ». Une telle constatation a dès lors pour effet d'augmenter substantiellement le montant de l'amende, qui n'aurait normalement été calculée qu'au niveau de la filiale mise en cause. Le Tribunal de l'Union européenne a ainsi considéré, dans un arrêt « *Schindler* » du 13 juillet 2011, que la mise en

[1062] PUEL F. et REBEYROTTE V., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », *ibid.*

œuvre d'un programme de conformité pouvait permettre de caractériser l'absence d'autonomie de la filiale par rapport à la mère, faisant ainsi du programme lui-même une importante source de risque pour l'entreprise[1063]. Or, le contentieux privé viendra là encore amplifier les conséquences de la sanction. En effet, si la règle relative à la solidarité entre les coauteurs d'une infraction devant le juge de la réparation offre théoriquement à la société mère la possibilité d'échapper à la sanction, aucune certitude ne permet pour le moment d'affirmer que cette interprétation du texte prospèrera devant les juridictions (V. *infra*, n° 1039). Elle ne bénéficierait en outre qu'à la société mère condamnée sur le seul fondement de la présomption capitalistique, et la mise en œuvre d'un programme de conformité pourrait tout à fait être considérée comme un moyen pour la mère de concourir à la violation du droit de la concurrence.

937. De manière générale, les programmes de conformité n'offrent donc que peu de garanties à l'entreprise, et le seul réel intérêt de leur mise en œuvre réside dans leur capacité à prévenir la survenance de l'infraction, ce qui permettrait ainsi d'échapper à la sanction publique comme à la sanction privée. S'ils venaient à révéler l'existence d'un comportement représentant un risque aux yeux de l'entreprise, cette dernière pourrait choisir de se rapprocher des autorités de concurrence afin de tenter de prévenir la survenance d'une procédure contentieuse par le biais de la procédure d'engagement. Or, cette dernière ne semble pas, à la lumière des jugements récents rendus en la matière par les juges du fond, présenter la moindre garantie contre le contentieux privé.

B. La gestion du risque par le recours à la procédure d'engagements

938. La procédure d'engagements est une procédure négociée, proposée tant par l'ADLC que par la Commission européenne, qui a connu un indéniable succès en pratique. La procédure permettait en effet jusqu'alors d'échapper à toute sanction en contrepartie d'une modification par l'entreprise de son comportement sur le marché, ce qui en faisait un excellent outil de gestion du risque (1). Or, les entreprises désireuses d'y recourir devront désormais prendre en compte le risque qu'elle représente en matière de contentieux privé (2).

1. Une procédure au succès pratique éprouvé

939. La procédure d'engagements est une procédure destinée à accélérer le traitement des affaires de concurrence en privilégiant un rétablissement volontaire de la concurrence par l'entreprise, alors que la situation n'en est encore qu'à l'état de « préoccupations de

[1063] PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », *ibid.* ; Trib. UE, 13 juill. 2011, aff. T-138/07.

concurrence » (c'est-à-dire que les pratiques en cause, sans être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles par l'ADLC, sont tout de même susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence). Prévue à l'art. L464-2 C.com, la procédure se situe nécessairement avant notification des griefs, et l'ADLC est juge de l'opportunité d'y recourir ou non. Il est également possible de recourir à cette procédure devant la Commission européenne, en application de l'art. 9 du règlement 1/2003[1064]. Elle permet de corriger des dysfonctionnements de marché, qu'ils soient réels ou simplement à l'état de risque, sans pour autant qualifier le comportement de l'entreprise de pratiques anticoncurrentielles. La procédure permet ainsi de régler rapidement la situation tout en échappant à toute sanction (sauvegardant par la même l'image de l'entreprise aux yeux du public)[1065]. Elle est principalement mise en œuvre en présence de pratiques unilatérales (abus de position dominante ou ententes verticales), et semble exclue en présence de cartels[1066]. Comme le soulignent plusieurs auteurs, la procédure d'engagements a connu un important succès en pratique, Mme le Professeur Chagny allant jusqu'à la qualifier de « franc succès », et ce malgré plusieurs inconvénients[1067].

940. Bien qu'ils ne soient pas de nature à décourager les entreprises d'y recourir, la procédure d'engagements présente néanmoins un défaut selon les auteurs[1068]. L'entreprise devant élaborer les engagements qu'elle propose sur la base d'un analyse superficielle de la situation élaborée par les autorités de concurrence, un risque existe qu'elle propose des mesures allant au-delà de ce qui aurait été nécessaire pour mettre fin aux préoccupations de concurrence qui auront été portées à son attention. Or, le développement du contentieux privé, et en particulier les arrêts rendus par les juridictions civiles françaises eu égard à l'effet de la procédure sur la qualification des pratiques, pourrait nuire à son attractivité.

[1064] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 875, p. 466 ; MAINGUY D. et DEPINCE M., « Droit de la concurrence », Lexis Nexis, 2015, 2ème édition, p. 335, n° 359.

[1065] SÉLINSKY V., « Les engagements, une procédure en question ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juillet 2015, nº 44, p. 44 ; MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 44 s.

[1066] SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens » , colloque « 20ème anniversaire du Conseil de la concurrence Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ? », jeudi 15 mars 2007, Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2007, nº 13, p. 209.

[1067] CHAGNY M., « Les dix ans de la procédure française d'engagements : engagez-vous ! "rengagez"-vous ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 4, p.145 ; V. également MAINGUY D. et DEPINCE M., « Droit de la concurrence », *ibid.*, p. 335, n° 359 ; SÉLINSKY V., « Les engagements, une procédure en question ? », *ibid.*

[1068] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 44 s ; CHAGNY M., « Les dix ans de la procédure française d'engagements : engagez-vous ! "rengagez"-vous ? », *ibid.* ; SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens », *ibid.*

2. Une procédure au succès menacé

941. À la lumière de la pratique récente des juridictions françaises en matière d'engagements, il apparaît que le recours à la procédure ne permet pas de faire échec à l'introduction d'une action en réparation (a). Pour autant, cette tendance favorable aux droits des victimes découragera-t-elle les entreprises d'y recourir (b) ?

a. Une procédure n'offrant guère de protection face au contentieux privé

942. Au moment de la publication de la directive 2014/104, la doctrine, s'interrogeant sur la portée de l'effet liant attaché aux décisions de condamnation, a sans grande surprise considéré qu'il ne devrait pas s'appliquer à la procédure d'engagements, garantissant ainsi le maintien de son attractivité (i). Il convient encore de remarquer que ni la directive ni l'ordonnance du 9 mars 2017 ne prévoient de mesures destinées à protéger les documents qui auront été établis dans le cadre de la procédure de transaction (ii).

i. Les préoccupations de concurrence comme fondement potentiel d'une faute civile

943. Dans la mesure où le recours à la procédure d'engagements n'emporte pas qualification des pratiques à l'origine des préoccupations de concurrence relevées par les autorités, plusieurs auteurs[1069] ont considéré que la procédure ne devrait pas donner lieu à effet liant (V. *supra*, n° 132). L'interprétation retenue par les juges du fond a toutefois pu soulever un doute en la matière. La difficulté s'est illustrée en France à l'occasion de l'affaire « DKT », dans le cadre de laquelle les juges du tribunal de commerce de Paris n'ont pas hésité à déduire une faute civile d'une décision d'acceptation d'engagements rendue par l'ADLC. Les simples préoccupations de concurrence relevées par l'ADLC sont qualifiées de pratiques anticoncurrentielles par le juge de la réparation, qui en conclut, après avoir qualifié sommairement la faute, que la société DKT est fondée à demander des dommages et intérêts. La solution n'a reçu qu'une froide réception en doctrine, Me Sélinsky s'inquiétant d'une « glissade qui fait que de simples préoccupations de concurrence se transforment en fautes caractérisées »[1070]. Or, le jugement a été annulé par la cour d'appel de Paris[1071], cette dernière considérant que la société DKT avait échoué à rapporter la preuve de faits constitutifs de pratiques anticoncurrentielles. La cour indique notamment que,

[1069] V. notamment CHAGNY M., CHAGNY M., « Les dix ans de la procédure française d'engagements : engagez-vous ! "rengagez"-vous ? », *ibid.* ; SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens », *ibid.* ; FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 175.

[1070] SÉLINSKY V., « Prendre des engagements ne protège pas contre les actions indemnitaires », Revue Lamy de la concurrence, 1er juillet 2015, n° 44, p. 46 ; SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens », *ibid.* ; T. com. Paris, 30 mars 2015, DKT International, n° RG : 2012/000109.

[1071] CA Paris, 20 décembre 2017, Pôle 5, Ch. 4, n° 15/07266.

si l'ADLC a pu envisager une situation de possible influence des défendeurs sur le choix des collectivités locales quant aux voies de reprises des matériaux, il ne s'agissait là que d'une simple hypothèse, « insusceptible d'établir l'existence d'une faute caractérisée ». Bien que la formulation retenue semble à priori exclure que de simples préoccupations de concurrence puissent être qualifiées de faute civile, les pratiques anticoncurrentielles alléguées n'étant alors qu'hypothétiques, un autre arrêt de la cour d'appel de Paris est venu lui aussi jeter le doute sur cette question.

944. L'arrêt, rendu dans le cadre de l'affaire « *betclic* » et commenté par Mme Baudu[1072], indique que si l'évaluation des pratiques par l'ADLC ne constitue qu'une évaluation préliminaire qui n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence, et ne saurait donc servir de seul fondements à la caractérisation d'une infraction, la décision d'acceptation des engagements peut néanmoins contenir des éléments suffisants à fonder la responsabilité du défendeur. Selon Mme Baudu, la cour en aurait conclu que, « en l'absence de toute pratique anticoncurrentielle, les opérateurs alternatifs subissaient néanmoins un désavantage concurrentiel par rapport au PMU qui, compte tenu de ses avantages structurels, aurait dû être davantage vigilant et ne pas renforcer sa position dominante par des pratiques commerciales abusives. Ses pratiques étaient donc bien constitutives d'une faute civile susceptible d'ouvrir droit à réparation ». Or, l'interprétation de Mme Baudu, qui laisse entendre que la responsabilité civile de l'entreprise pourrait être engagée sur le fondement de simples préoccupations de concurrence, nous semble contredite par la formule employée par la cour pour conclure l'arrêt. Cette dernière indique en effet de manière très claire que le comportement de PMU est constitutif d'une « pratique contraire aux articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ». La cour ajoute que « cette faute anti concurrentielle constitue également une faute civile ». Il nous semble falloir en déduire que de simples préoccupations de concurrence ne permettent pas, à elles seules, de caractériser l'existence d'une faute civile, mais que leur existence, appuyée par les analyses des autorités de concurrence et complétées par d'autres éléments, peuvent permettre de qualifier l'existence d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles susceptible de constituer une faute civile.

945. Cette interprétation nous semble confirmée par la CJUE, qui a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'effet que doivent produire les décisions d'engagements sur la qualification de la faute civile dans le cadre du contentieux de la réparation. Comme le souligne

[1072] BAUDU I., « Engagements et action indemnitaire : les préoccupations de concurrence identifiées sont bel et bien susceptibles de constituer une faute civile », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2018, nº 77, p. 4.

Mme le Professeur-Choné Grimaldi[1073], si « le juge judiciaire garde toute latitude en présence d'une décision d'engagements », l'évaluation préliminaire réalisée dans le cadre de la procédure constitue, aux yeux de la CJUE, un indice voire un commencement de preuve de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle que le juge devra prendre en compte. Or, ce commencement de preuve pourra facilement être complété par la possibilité pour les victimes d'accéder au dossier des autorités de concurrence.

ii. L'accès aux documents issus de la procédure d'engagements

946. L'absence de dispositions spécifiques permettant d'assurer la protection des documents auxquels la victime aura pu avoir accès à l'occasion de la procédure d'engagements permettra de faciliter pour elle l'engagement de la responsabilité civile du défendeur. Ainsi, dans le cadre de l'affaire « DKT », le demandeur produisait devant le tribunal de commerce, outre la décision d'engagements, un « nombre impressionnant de pièces issues du dossier de l'Autorité »[1074]. Comme le relève Me Cholet, le secret de l'instruction devant l'ADLC, prévu à l'art. L463-6 C.com, a pu, préalablement à la transposition de la directive 2014/104, gêner la réunion des preuves par les victimes. Il convenait ainsi de distinguer selon qu'elle avait été ou non partie à la procédure. Si tel était le cas, elle ne pouvait, sous peine de violer le secret de l'instruction, produire que les seules pièces qu'elle détenait déjà car y ayant eu accès pendant la procédure de concurrence, et uniquement si ces dernières étaient nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été partie à la procédure devant l'ADLC, la victime n'étant alors pas astreinte au secret de l'instruction, elle pouvait se prévaloir de l'art. L462-3 C.com pour obtenir communication des pièces. Or, l'ordonnance du 9 mars 2017 est venue modifier l'art. L463-6 C.com, qui précise désormais que l'interdiction qu'il édicte en son premier alinéa n'est pas applicable « lorsque la divulgation intervient conformément aux dispositions prévues au chapitre III du titre VIII », siège des règles applicables à la communication et à la production de pièces dans le cadre du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

947. Quant aux décisions d'engagements prise par la Commission européenne, l'art. 8 § 2 du règlement n° 773/2004 dispose que « les documents auxquels le plaignant a eu accès dans le cadre de procédures menées par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité ne peuvent être utilisés par le plaignant qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives

[1073] CHONE-GRIMALDI A-S., « Action en private enforcement consécutive à une décision d'engagements », L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, 01/03/2018, n° 03, p. 5 ; CJUE, 23 nov. 2017, « Gasorba SL e.a. contre Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA », aff. n° C-547/16.
[1074] SÉLINSKY V., « Prendre des engagements ne protège pas contre les actions indemnitaires », *ibid.*

ayant pour objet l'application de ces dispositions du traité ». La victime qui aurait été partie à une procédure devant la Commission qui se serait soldée par une décision d'engagements nous semble donc parfaitement en mesure d'utiliser les informations auxquelles elle aura eu accès afin de mettre en œuvre l'action en réparation. La victime qui n'aurait pas été partie à la procédure pourra quant à elle demander l'accès aux documents issus de la procédure d'engagements sur le fondement des dispositions du Code de commerce relatives à la production et à la communication des pièces. L'art. L483-4 C.com, siège du principe de subsidiarité des demandes de communication adressées aux autorités de concurrence, vise en effet la possibilité de demander la communication de pièces détenues par l'ADLC, le ministre de l'économie, les autorités nationales des Etats membres, et, enfin, la Commission européenne.

948. Ainsi, l'entreprise victime de pratiques qu'elle considère comme anticoncurrentielles mais qui n'auraient donné lieu qu'à une décision d'acceptation d'engagements de la part des autorités de concurrence semble se trouver dans une situation favorable. Elle pourra en effet démontrer devant le juge de la réparation que le comportement en cause constitue bien une pratique anticoncurrentielle, en utilisant comme preuve la décision d'engagements elle-même, complétée d'éléments issus du dossier de l'autorité qui aura prononcé la décision. La question se pose alors de savoir si un tel progrès dans les droits des victimes ne risque pas de nuire à l'attractivité de la procédure d'engagements aux yeux des entreprises.

b. Une procédure conservant son attractivité malgré le développement du contentieux privé

949. Face aux progrès récents du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles et à son attractivité renouvelée aux yeux des entreprises, la procédure d'engagements, qui n'offre aucune protection contre l'action en réparation, conserve-t-elle sa pertinence en tant qu'outil de gestion du risque ? Afin de répondre à cette question, il convient de comparer la situation de l'entreprise qui recourrait à la procédure d'engagements (i) à celle de l'entreprise qui y renoncerait (ii).

i. La procédure d'engagements et la possibilité d'échapper à toute sanction

950. Si la procédure d'engagements semble à priori mettre l'entreprise à l'origine des préoccupations de concurrence dans une situation peu enviable, ce serait négliger la possibilité qu'elle offre de contester la faute civile. Comme l'illustre l'affaire « DKT », et malgré le « nombre impressionnant » de pièces issues du dossier de l'ADLC produites par le demandeur en complément de la décision d'acceptation d'engagements, la cour d'appel de Paris, concluant à l'absence de pratiques anticoncurrentielles ayant faussé le jeu de la concurrence sur le marché,

l'a débouté de toutes ses demandes[1075]. Le recours à la procédure d'engagements nous semble donc pouvoir constituer une stratégie de gestion du risque particulièrement efficace, puisqu'elle est susceptible de permettre à l'entreprise d'échapper à la fois à l'amende administrative et aux dommages et intérêts. Ainsi, le recours à cette procédure devrait être la solution à privilégier pour l'entreprise sûre de sa capacité à faire échec à la qualification de faute devant les juridictions civiles. Même si elle n'est pas sûre de pouvoir démontrer l'absence de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une faute civile, l'entreprise pourra toutefois compter sur une stratégie d'attrition. L'absence d'effet liant de la décision acceptant les engagements ne lui interdisant pas de soutenir, devant le juge de la réparation, que son comportement n'est pas constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, l'allongement de la procédure qui en résulterait pourrait pousser les entreprises les moins solides sur le plan financier à transiger avec elle plutôt que d'aller jusqu'au bout de la procédure. Cet effet sera toutefois moins efficace que dans le cadre d'une procédure purement contentieuse, puisque la décision acceptant les engagements constituera un indice, voire un commencement de preuve de la réalité des pratiques.

951. Mais même lorsqu'elle doute d'une issue favorable devant les juridictions civiles, l'entreprise pourra toujours prendre en compte le caractère lucratif de sa possible infraction au droit de la concurrence pour décider de recourir à la procédure. Tel sera le cas lorsqu'elle se trouvera en mesure de déterminer avec suffisamment de précision que son comportement n'affecte qu'un petit nombre d'entreprises. Elle pourra alors estimer les dommages et intérêts auxquels elles pourraient prétendre en cas de succès de leurs prétentions devant le juge de la réparation, et considérer que c'est un prix qu'elle peut se permettre de payer eu égard au profits générés par l'infraction et à l'absence d'amende administrative récompensant le recours à la procédure d'engagements. À l'inverse, l'incertitude affectant un tel calcul sera plus grande lorsque son comportement est susceptible d'affecter un nombre important de victimes potentielles, qui pourraient réunir leurs droits dans le cadre d'une cession de créances ou d'une action de groupe « alternative » à la procédure prévue par le Code de la consommation. En pareil cas, elle pourrait préférer une solution consistant à accepter de payer à la fois l'amende et les dommages et intérêts, mais de minorer le montant des deux sanctions en recourant soit à la procédure de clémence, soit à la procédure de transaction. Quoiqu'il en soit, la situation de l'entreprise qui aura obtenu le bénéfice d'une procédure d'engagements devrait, à notre avis, être préférable à celle qui choisirait une voie purement contentieuse.

[1075] *Ibid.* ; CA Paris, 20 décembre 2017, Pôle 5, Ch. 4, n° 15/07266.

ii. La situation de l'entreprise qui renoncerait à recourir à la procédure d'engagements

952. L'entreprise qui renoncerait à recourir à la procédure d'engagements s'exposera au risque de voir l'autorité de concurrence compétente poursuivre les pratiques dans le cadre d'une procédure contentieuse. En cas de condamnation, l'effet liant constituera un atout de poids pour le demandeur en réparation, celui-ci rendant pratiquement impossible toute contestation de la faute (V. *supra*, n° 53). L'auteur des pratiques sera alors certainement condamné à payer à la fois une amende administrative et des dommages et intérêts, alors que le recours à la procédure d'engagements aurait pu permettre de limiter la condamnation à des dommages et intérêts seulement. Dans l'hypothèse où l'entreprise convaincrait l'autorité de concurrence que son comportement n'est pas constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, l'absence de bilatéralisation de l'effet liant la laisserait tout de même vulnérable à une action en réparation, pour laquelle les victimes ne seront confrontées à aucun obstacle empêchant la réunion des preuves. Il nous semble alors que tenter de contester l'existence des pratiques dans le cadre d'une procédure contentieuse constitue un pari risqué, là où le recours à la procédure d'engagements permet d'éviter au moins le prononcé d'une amende administrative. Mais si l'entreprise n'est pas sûre de ses chances de contester la faute civile devant le juge de la réparation, elle pourra préférer contrôler le risque grâce à la clémence ou la transaction.

§ 2nd : La gestion du risque concurrentiel après survenance de l'infraction

953. Contrairement aux méthodes évoquées dans le cadre des développements précédents, qui envisageaient la gestion du risque à un stade préalable à la qualification de pratique anticoncurrentielle, la procédure de transaction et la procédure de clémence visent quant à elles à gérer les conséquences d'un comportement constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. La procédure de transaction a ainsi pour objet de réduire la durée et donc le coût de la procédure (A), alors que la procédure de clémence vise quant à elle à permettre de détecter les infractions occultes (B). Toutes deux partagent le but d'améliorer la répression des pratiques anticoncurrentielles par les autorités de concurrence en récompensant la collaboration de leurs auteurs. Les récompenses accordées font ainsi de ces procédures des outils stratégiques incontournables pour l'entreprise, et leur succès est tel que leur développement a conduit à une sévère diminution des procédures contentieuses[1076].

[1076] SÉLINSKY V., « Les engagements, une procédure en question ? », *ibid*.

A. La gestion du risque par le recours à la procédure de transaction

954. Il convient, dans un premier temps, d'exposer le mécanisme général de la procédure de transaction (1), avant d'envisager, dans un second temps, les considérations stratégiques dont les entreprises seront susceptibles de tenir compte au moment de décider d'y recourir (2).

1. Une procédure destinée à accélérer le prononcé de la sanction

955. Le mécanisme commun aux procédures de transaction françaises et européennes est de récompenser les entreprises qui renonceraient à contester l'argumentation des autorités de concurrence en contrepartie d'une réduction du montant de la sanction, leur renonciation à toute défense au fond permettant aux autorités de réaliser des économies de procédures (a). À ce titre, elles constituent une solution stratégique prisée par les entreprises, et l'amélioration de la prévisibilité de la sanction par la loi « Macron » n'a fait que renforcer l'attractivité de la procédure française (b).

a. Le fonctionnement des procédures de transaction

956. La procédure devant l'ADLC et son équivalent devant la Commission européenne obéissent à une même logique, quoiqu'elles connaissent des divergences quant aux conditions permettant d'en bénéficier (i). Il conviendra encore d'évoquer les modalités relatives à leur mise en œuvre en pratique (ii).

i. Les conditions pour bénéficier des procédures de transaction

957. La procédure française de transaction et la transaction européenne ont pour point commun de ne pas être mises en œuvre de manière systématique, le recours à la procédure étant laissé à la discrétion du rapporteur[1077]. La procédure française diffère cependant de la procédure européenne par son champ d'application. Si la première a vocation à s'appliquer à toutes les pratiques anticoncurrentielles (ententes verticales, horizontales, et abus de position dominante), la seconde est limitée aux ententes[1078]. En outre, l'ADLC entend décourager les transactions hybrides, à savoir les situations dans lesquelles toutes les destinataires d'une notification des griefs ne choisiraient pas de recourir à la transaction. Si la procédure devant la Commission

[1077] CLAUDEL E., « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », RTD Com. 2017, n° 4, p. 865.
[1078] SAINT-ESTEBEN R., « La loi Macron : étendue et limites de la régulation concurrentielle », Concurrences, n°4-2015, p. 16 ; PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de "transaction" en droit de la concurrence français et européen », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 16 Juillet 2015, n° 29, p. 1356 ; PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », Contrats Concurrence Consommation, Avril 2019, n° 4, p. 3 ; BACCICHETTI E., « Comment choisir entre clémence et transaction ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2008, nº 15, p. 159.

n'est pas concernée par le problème, force est de constater qu'une entreprise partie à une procédure devant l'ADLC pourrait s'inquiéter de la possibilité de voir sa tentative de transaction échouer du fait d'un refus d'y recourir de la part des autres destinataires de la notification des griefs (V. *infra*, n° 962).

958. Afin de pouvoir donner lieu à une réduction du montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'entreprise auteur de pratiques anticoncurrentielles, les procédures de transaction supposent que cette dernière renonce à se défendre. Ainsi, et c'est là la différence majeure opposant la procédure française et la procédure européenne, le droit français exige une renonciation de l'entreprise à contester les griefs dès leur notification par l'ADLC. Comme le souligne Me Saint-Esteben, les griefs se trouveront alors figés dès le début de la procédure, excluant en principe toute discussion à leur sujet dans le cadre de la transaction, ce qui pourrait décourager certaines entreprises de recourir à la procédure[1079]. Le nouveau communiqué de procédure de l'ADLC relatif à la procédure de transaction indique en effet que l'entreprise qui choisit de recourir à la procédure « ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni leur qualification juridique, telle qu'elle résulte de la notification de grief, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques doit porter à la fois sur leur matérialité, sur leur durée, sur leur champ géographique et sur la participation de l'intéressé aux pratiques. La renonciation à contester la qualification juridique des faits doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction et, en particulier, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de la pratique »[1080]. À l'inverse, comme le relèvent des auteurs[1081], la procédure européenne autorise l'entreprise à négocier le contenu des griefs, cette dernière devant reconnaître par écrit sa culpabilité concernant « les éléments qui lui auront été indiqués et conformément aux négociations qu'elle aura pu mener avec les services de la Commission ». Il lui sera alors impossible de révoquer son engagement, sauf dans le cas où la communication des griefs ou la décision finale de la Commission ne reflèterait pas le contenu de leurs engagements. Si la communication des griefs reflète le contenu de la négociation des parties et que les parties l'acceptent, elle vaudra alors entérinement de la procédure de transaction. Dans le cas contraire, les parties se trouveraient déliées de leur reconnaissance de culpabilité, et retrouveraient le droit de se défendre au fond. Or, cette différence relative à la possibilité ou non de négocier les griefs

[1079] SAINT-ESTEBEN R., « La loi Macron : étendue et limites de la régulation concurrentielle », *ibid*.
[1080] ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction », pt. 13.
[1081] PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de "transaction" en droit de la concurrence français et européen », *ibid*.

dans le cadre de la transaction aura une incidence sur les modalités pratiques de mise en œuvre des deux procédures, puisqu'elle est de nature à influencer le montant final de la sanction.

ii. Les modalités pratiques de mise en œuvre de la transaction

959. Une première conséquence de la possibilité ou non de négocier le contenu des griefs réside dans son influence sur le moment approprié pour demander le bénéfice de la procédure. Il conviendra donc de consacrer un premier développement aux questions temporelles relatives à la transaction (α). L'impossibilité de contester les griefs pourra également favoriser les procédures hybrides, alors que les autorités de concurrence affirment leur préférence pour les procédures dans lesquelles toutes les parties décideraient de recourir à la transaction (β).

α. Les considérations temporelles entourant la mise en œuvre de la transaction

960. Me Baccichetti[1082] oppose sur ce point la procédure française et la procédure devant la Commission européenne. Dans le cadre de la procédure française, l'entreprise pourra tenter d'obtenir le bénéfice de la transaction à compter de la notification des griefs. Elle aura alors un délai de 2 mois pour parvenir à un accord avec le rapporteur, délai qui pourra être allongé d'un mois supplémentaire. Quant à la procédure devant la Commission, la possibilité de transiger sera ouverte à partir de l'invitation que la Commission fera aux parties de transiger. Elles disposeront alors d'un délai de deux semaines pour faire savoir si elles souhaitent ou non mettre en œuvre la procédure, qui, une fois expiré, les privera de toute possibilité de demander le bénéfice d'une procédure de transaction ou de clémence. L'auteur relève encore la possibilité de cumuler la procédure de transaction et la procédure de clémence, qui est également admise en droit français (V. *infra*, n° 999).

961. Or, la brièveté des délais fait l'objet de critiques, Me Saint-Esteben[1083] soulignant les difficultés pratiques qui attendent l'entreprise désirant recourir à la transaction. Cette dernière devra en effet, dans un délai maximum de 3 mois, discuter les différents éléments déterminant le montant de la sanction (montant des ventes concernées, gravité du dommage à l'économie, la fourchette …), ainsi que les éventuels engagements qu'elle accepterait de prendre dans le cadre de la procédure de transaction. Par comparaison, les négociations devant la Commission européennes durent en pratique de 9 à 13 mois, ce qui rend l'auteur sceptique quant à la possibilité de voir la procédure française fonctionner dans d'aussi brefs délais, qu'il conviendrait de modifier. Tel ne fut pourtant pas le cas, l'ADLC, dans son communiqué de

[1082] BACCICHETTI E., « Comment choisir entre clémence et transaction ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2008, nº 15, p. 159.
[1083] SAINT-ESTEBEN R., « La loi Macron : étendue et limites de la régulation concurrentielle », *ibid*.

procédure, ayant précisé que si l'entreprise peut se rapprocher de ses services avant même que la notification des griefs ne lui soit parvenue, elle doit « dans tous les cas formuler sa demande en vue d'aboutir à un procès-verbal de transaction dans les deux mois suivant la réception de la notification des griefs »[1084]. Ainsi, si l'entreprise souhaite disposer de plus de temps pour négocier en vue d'obtenir une transaction, elle devra prendre d'elle-même l'initiative de se rapprocher des services de l'ADLC avant notification des griefs, à défaut de quoi elle ne bénéficierait que d'un délai maximum de trois mois pour parvenir à négocier un accord. Comme le fait remarquer Me Saint-Esteben, l'absence de possibilité de contester les griefs, à laquelle il convient à notre avis d'ajouter la brièveté du délai pour négocier, pourrait décourager certaines entreprises de recourir à la procédure française, et ce alors même que les autorités de concurrence entendent décourager les hypothèses de transactions « hybrides »[1085].

β. Les procédures de transaction « hybrides »

962. Les transactions hybrides sont des affaires dans lesquelles « certaines parties transigent et d'autres décident de ne pas transiger ». Si cette situation est possible devant la Commission européenne, l'ADLC entend quant à elle, de manière générale, ne pas les accepter[1086]. En effet, comme elle l'indique dans son communiqué de procédure, l'ADLC entend désormais privilégier le recours à la transaction dans les affaires dans lesquelles toutes les parties décideraient d'y recourir. Sans pour autant exclure les procédures hybrides, l'ADLC souhaite tout de même les limiter. Ainsi, le rapporteur, au moment d'apprécier l'opportunité de recourir à la transaction, pourra tenir compte du « nombre de parties mises en causes » souhaitant renoncer à contester les griefs. Le communiqué offre par ailleurs au rapporteur la faculté d'informer les destinataires de la notification des griefs de l'existence de discussions avec l'une des entreprises en cause, afin de s'assurer qu'elles entendent toutes recourir à la procédure. Il peut en faire de même en cas de signature d'un procès-verbal de transaction, « afin de leur permettre de déterminer si elles souhaitent présenter une demande à cette fin »[1087]. Un auteur[1088] critique ainsi la position très réservée de l'ADLC sur les transactions hybrides, qui exprime une très forte réticence à leur égard. Ce faisant, elle rend la situation très inconfortable pour les

[1084] BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », Revue Lamy de la concurrence, 1er février 2019, n° 80, p. 4 ; ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction ».
[1085] SAINT-ESTEBEN R., « La loi Macron : étendue et limites de la régulation concurrentielle », *ibid*.
[1086] PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », Contrats Concurrence Consommation, Avril 2019, n° 4, p. 3.
[1087] BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », *ibid.* ; ADLC, « Communiqué de procédure relatif à la procédure de transaction », 21 déc. 2018, pts. 19, 20, 21 et 30.
[1088] PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », *ibid*.

entreprises qui transigeraient les premières, car ces dernières se retrouveront tributaires des autres, et devront préparer une défense au fond (ce qui représente un coût) dans l'hypothèse où l'ADLC choisirait finalement de ne pas transiger. Malgré cette critique qui peut être adressée à la procédure en termes de sécurité juridique, il convient de ne pas négliger les progrès issus de la loi « Macron » en termes de prévisibilité du montant de la sanction.

b. Le renforcement de la prévisibilité de la sanction

963. L'intérêt du recours à la procédure de transaction réside bien entendu dans la réduction de sanction qu'elle offre à l'entreprise en récompense de sa renonciation à contester les griefs, permettant ainsi aux autorités de concurrence de réaliser des économies de procédures. En termes de prévisibilité de la sanction, la loi « Macron » constitue un progrès certain par rapport à l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, en offrant à l'entreprise une meilleure sécurité juridique. La nouvelle procédure française permet en effet à l'entreprise de négocier une fourchette de sanction (i), et garantit en outre l'opposabilité au collège du résultat de la négociation, ce qui n'était pas le cas auparavant (ii).

i. La négociation d'une fourchette de sanction

964. Dans le cadre de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, la séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'ADLC entraînait une part d'incertitude, « dans la mesure où la détermination du montant de la sanction pécuniaire [relevait] de la substance même de la délibération du collège »[1089]. La discussion devant le collège était donc limitée à la détermination du montant de l'amende, mais cette question demeurait ouverte. Ainsi, « avant l'audience devant le collège, les entreprises ne connaissaient […] que le taux final de réduction de l'amende mais rien de l'assiette à laquelle celui-ci s'appliquerait »[1090]. Or, la nouvelle procédure de transaction permet sur ce point à l'entreprise de mieux anticiper le montant final de la sanction. Afin de récompenser la renonciation à contester les griefs, la sanction est en effet désormais cantonnée dans une fourchette prévoyant son montant minimum et son montant maximum. La procédure devant l'ADLC se rapproche ainsi sur ce point de la procédure devant la Commission, qui permet elle aussi de négocier une fourchette de sanction[1091]. Si les modalités relatives au calcul de la fourchette ne sont pas précisées, l'ADLC

[1089] ADLC, « Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs », § 8.
[1090] RUY B., « Loi Macron : les questions soulevées par la procédure de transaction, en matière de pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2016, nº 49, p. 19.
[1091] CLAUDEL E., « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », *ibid.* ; CE, « 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 (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente », JOUE, 2 juillet 2008, C 167/1, pt. 16.

indique que l'entreprise et le rapporteur pourront se référer, dans le cadre de la négociation, à son communiqué sur la détermination de la sanction[1092]. Il est alors permis d'affirmer que la nouvelle procédure rend le montant de la sanction plus prévisible, à condition que la négociation n'aboutisse pas à un écart trop important entre le montant minimal et le montant maximal de la fourchette[1093]. Les deux procédures tendent encore à se rapprocher sur la question de la sécurisation du résultat de la négociation, le collège de l'ADLC pouvant s'en écarter sous l'empire de la non-contestation des griefs, alors que la procédure européenne offrait sur ce point une plus grande sécurité juridique.

ii. La sécurisation du résultat de la négociation devant le collège de l'Autorité

965. Du point de vue de son organisation, l'ADLC opère une séparation entre les services d'instruction et le collège, le rapporteur ne faisant que proposer au collège la transaction qu'il aura négociée avec l'auteur des pratiques. Ainsi, du temps de la procédure de non-contestation des griefs, le collège « n'était pas tenu par la proposition et pouvait modifier le pourcentage de réduction de la sanction pécuniaire ». Or, à la lecture des nouveaux textes relatifs à la transaction, il était apparu que le collège de l'Autorité n'était toujours pas lié par la transaction envisagée[1094]. Me Saint-Esteben[1095] a ainsi pu redouter que les règles de l'ancien communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs ne trouvent à s'appliquer à la nouvelle procédure de transaction, l'autorisant ainsi à s'écarter de la proposition du rapporteur. Le collège aurait alors pu considérer trop faible le montant maximal de la fourchette de sanction négociée avec l'entreprise, ce qui l'aurait autorisé à en retenir un autre, plus élevé, voire même à rejeter le principe de la transaction. L'auteur souligne encore que le problème ne se pose toutefois pas devant la Commission européenne, en raison de l'unité de l'institution, qui instruit et décide.

966. L'ADLC a depuis publié un nouveau communiqué relatif à la procédure de transaction, supprimant tout doute quant à la possibilité qu'aurait pu avoir le collège de s'écarter de la

[1092] BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », *ibid.* ; ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction », pt. 22 ; ADLC, « Communiqué du 16 mai 2011relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ».

[1093] RUY B., « Loi Macron : les questions soulevées par la procédure de transaction, en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid*.

[1094] INFOREG, « Pratiques anticoncurrentielles : la transaction avec l'Autorité de la concurrence », Cahiers de droit de l'entreprise, Septembre 2016, n° 5, p. 51 ; PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de "transaction" en droit de la concurrence français et européen », *ibid.*

[1095] SAINT-ESTEBEN R., « La loi Macron : étendue et limites de la régulation concurrentielle », *ibid.* ; ADLC, « Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs », § 8 et § 47.

fourchette de sanction prévue par la transaction. Cette précision, soulignée par plusieurs auteurs[1096], est toutefois contredite. Un auteur souligne en effet que, malgré la publication du communiqué de procédure, le collège demeure libre de prononcer une sanction comprise à l'intérieur ou en dehors de la fourchette déterminée dans la cadre de la négociation[1097]. La remarque nous semble pourtant devoir être contredite, le communiqué étant une directive administrative opposable à l'ADLC, « sauf circonstances particulières ou raisons d'intérêt général justifiant qu'elle s'en écarte »[1098]. Or, ce dernier mentionne à plusieurs reprises l'opposabilité de la fourchette négociée dans le cadre de la procédure de transaction au collège de l'ADLC. Ainsi, le collège doit prononcer « une sanction comprise dans les limites de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction ». Cependant, s'il estime que « les conditions pour le prononcé d'une sanction dans la fourchette indiquée dans le procès-verbal de transaction ne sont pas réunies ou que le ou les griefs ne sont pas fondés, il peut décider d'un renvoi à l'instruction selon la procédure de droit commun ». Enfin, le communiqué indique que si le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la détermination de la sanction peut servir de point de référence dans le cadre de la négociation de la fourchette de sanction avec le rapporteur, « la méthode de détermination des sanctions décrite dans ce communiqué n'a pas vocation à être mise en œuvre dans la décision du collège, qui prononce une sanction à l'intérieur de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction »[1099].

967. Il nous semble ainsi que les deux seules hypothèses dans lesquelles l'ADLC serait autorisée à s'écarter de la fourchette résultant de la négociation sont l'hypothèse dans laquelle les conditions d'application de la transaction ne seraient pas réunies, et l'hypothèse dans laquelle les circonstances particulières ou des raisons d'intérêt général justifieraient qu'elle s'en écarte. En pareils cas, l'ADLC pourrait alors décider de basculer sur la procédure de droit commun. Or, l'entreprise nous semble être en mesure d'anticiper de telles hypothèses, ce qui constitue un progrès par rapport à l'époque de la non-contestation des griefs. Le communiqué relatif à l'ancienne procédure considérait en effet qu'en raison de la séparation des fonctions d'instruction et de décision, la détermination du montant de la sanction relevait de la substance même de la délibération du collège. Ainsi, le collège n'était pas lié par la proposition de

[1096] BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », *ibid.*, RUY B., « Loi Macron : les questions soulevées par la procédure de transaction, en matière de pratiques anticoncurrentielles », *ibid.*

[1097] PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », *ibid.*

[1098] BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », *ibid.*

[1099] ADLC, « Communiqué de procédure relatif à la procédure de transaction », 21 déc. 2018, pts. 32, 33, 21 et 37 ; ADLC, « Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ».

réduction émise par le rapporteur général, et pouvait décider à son gré de renvoyer l'affaire à l'instruction pour qu'elle soit sanctionnée selon la procédure de droit commun[1100]. Celui-ci sera donc désormais lié par le résultat de la négociation entre l'entreprise et le rapporteur, et ne saurait sans écarter en dehors des deux hypothèses précédemment évoquées.

968. La procédure de transaction rencontre aujourd'hui un succès certain en pratique, qui nous semble pouvoir s'expliquer par sa capacité à permettre de gérer efficacement et dans sa globalité le risque concurrentiel[1101]. En effet, si elle permet d'améliorer la prévisibilité du point de vue du contentieux public par le biais de la détermination d'une fourchette de sanction opposable au collège de l'ADLC, elle permet en outre à l'entreprise (et la procédure européenne le permet également) de bénéficier d'une certaine protection contre le contentieux privé. La procédure de transaction revêt donc une importance stratégique certaine.

2. Une procédure attractive pour une gestion globale du risque concurrentiel

969. Qu'il s'agisse de la version française ou de la version européenne, les procédures de transaction permettent d'obtenir le bénéfice de dispositions intéressantes destinées à protéger l'entreprise face au contentieux privé (a). Il conviendra alors d'évoquer leur impact sur deux illustrations particulières d'utilisation stratégique de ces procédures (b).

a. L'influence du bénéfice de la transaction sur l'exercice de l'action en réparation

970. Alors que la doctrine considérait que le recours aux procédures de transaction donnerait lieu à effet liant, il semble désormais falloir opérer sur ce point une distinction entre la procédure française et la procédure européenne (i). Indépendamment de leur effet sur la qualification de la faute civile, les deux procédures offrent une protection face à la communication des preuves contenues dans le dossier de l'autorité de concurrence à l'origine de la notification des griefs (ii).

i. L'effet des procédures de transaction sur la qualification de la faute civile

971. Du point de vue de la procédure devant la Commission européenne, l'effet de la transaction sur la qualification de la faute civile par le juge de la réparation est simple. La transaction valant, en droit européen, reconnaissance de culpabilité, aucune contestation relative à la violation de la règle de droit ne devrait survenir[1102]. Le juge n'aura alors qu'à apprécier si l'infraction

[1100] ADLC, « Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs », § 8 et § 47.
[1101] CLAUDEL E., « Dommages collatéraux ou les effets inattendus de la nouvelle procédure française de transaction », Concurrences n° 1-2018, p. 3.
[1102] CLAUDEL E., « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », *ibid.* ; PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de

constitue ou non une faute sur le plan civil, ce qui sera le cas dans la très grande majorité des cas (V. *supra*, n° 70 s).

972. Du point de vue du droit français, il a pu être relevé qu'à l'époque de la procédure de non-contestation des griefs, l'ADLC et la jurisprudence considéraient qu'une telle décision suffisait à « fonder un constat d'infraction ». Elle aurait donc dû donner lieu à effet liant[1103]. Or, plusieurs auteurs relèvent que ce raisonnement ne semble pas perdurer sous l'empire de la nouvelle procédure de transaction. Dès l'étape du projet de loi, le texte visait en effet « une absence de contestation des griefs, et non une reconnaissance de responsabilité », évitant ainsi d'aggraver la situation de l'entreprise exposée à un recours indemnitaire consécutif à la décision de l'ADLC[1104]. Ce raisonnement a depuis fait l'objet d'une double confirmation, d'abord par la rédaction finale de l'art. L464-2 III C.com, ensuite par le communiqué de procédure de l'ADLC. Ce dernier indique en effet que la renonciation « à contester les griefs ne constitue, en soi, ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité de la part de l'intéressé »[1105]. Il nous semble donc que les entreprises bénéficiant d'une procédure de transaction pourraient, comme celles bénéficiant d'une procédure d'engagements (V. *supra*, n° 950), mettre en place une stratégie de défense axée sur la contestation de l'existence des pratiques, dans l'espoir de voir les juridictions civiles considérer que le comportement en cause n'est pas constitutif d'une infraction au droit de la concurrence, ou que cette infraction n'est pas constitutive d'une faute civile. Il pourrait ainsi s'agir, par exemple, de convaincre les magistrats que le choix de recourir à la procédure a été motivé par la volonté d'échapper à des années de couteuses batailles judiciaires, que l'entreprise, sans se considérer coupable, a préféré payer plutôt que d'investir des fonds et de perdre du temps dans le conflit. À tout le moins, la possibilité de contester l'existence de l'infraction pourrait leur permettre, par un effet d'attrition, de décourager les victimes d'agir en justice pour préférer transiger afin d'éviter les coûts et les longueurs de la procédure. Cet effet sera toutefois moins efficace que dans le cadre d'une procédure contentieuse, puisque la décision de transaction constituera une première preuve, voire un

"transaction" en droit de la concurrence français et européen », *ibid.* ; BACCICHETTI E., « Comment choisir entre clémence et transaction ? », *ibid.*

[1103] CLAUDEL E., « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », *ibid.* ; FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 175 ; ADLC, « communiqué de procédure du 10 fév. 2012 relatif à la procédure de non-contestation de griefs », pt. 39 ; Com., 29 mars 2011, n° 10-12.913.

[1104] PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de "transaction" en droit de la concurrence français et européen », *ibid*.

[1105] PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », *ibid.* ; BAUDU I., « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », *ibid.* ; ADLC, « Communiqué de procédure relatif à la procédure de transaction », 21 déc. 2018, pt. 16.

commencement de preuve de l'existence de l'infraction, et les victimes pourront rapidement se prévaloir de la décision de transaction, puisque l'entreprise renonce bien à contester la réalité des pratiques (V. *supra*, n° 131). En outre, il n'est pas certain que ces dernières puissent accéder à suffisamment d'éléments de preuves pour convaincre les juges du bien fondé de leurs prétentions.

ii. L'effet des procédures de transaction sur l'accès aux preuves contenues dans le dossier des autorités de concurrence

973. En application de l'art. L483-5 C.com, les documents remis aux autorités de concurrence dans le cadre de la procédure de transaction ne sauraient être communiqués aux victimes aux fins d'exercice de l'action en réparation. Or, cette protection est apparue si efficace en pratique que Mme le Professeur Claudel[1106] la considère comme un obstacle limitant l'essor du contentieux privé (bien que cet essor existe quand même, les entreprises victimes s'intéressant de plus en plus à la matière, ce qui a donné lieu à de nombreuses affaires depuis la publication de la directive, et même antérieurement à sa publication). Il n'empêche que, comme le fait remarquer l'auteur, les décisions de transaction de l'ADLC ne s'accompagnent plus « des preuves documentaires qui ponctuaient jusque-là les décisions », et l'art. L483-5 interdit la communication des documents relatifs à la procédure de transaction.

974. Mme le Professeur Sélinsky[1107] s'interrogeait ainsi sur la question de savoir s'il était légitime, dans le cadre des procédures négociées, de « se désintéresser du sort des victimes, qui ont besoin d'éléments de preuve ». Or, comme le soulignent des auteurs[1108], il est permis de douter de la nécessité d'accéder aux informations remises aux autorités de concurrence pour déterminer le montant du préjudice (bien qu'ils s'expriment au sujet de la clémence, leur raisonnement nous semble transposable à la protection offerte par la transaction). Les auteurs relèvent tout de même l'existence dans la pratique de batailles prolongées pour l'accès au contenu du dossier des autorités de concurrence, ce qui les conduit à en déduire que les victimes doivent bien y avoir une intérêt. Il est de notre avis qu'ils ont raison de souligner que l'accès au dossier n'est pas nécessaire à l'établissement du montant du préjudice, l'opération reposant sur la capacité de l'avocat à convaincre le juge de la valeur des expertises économiques (ou du

[1106] CLAUDEL E., « Dommages collatéraux ou les effets inattendus de la nouvelle procédure française de transaction », *ibid.*
[1107] SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens », Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2007, *ibid.*
[1108] YSEWYN J. and KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency program in Europe », Conurrences n° 1-2018, p. 44 (traduction proposée par nous).

calcul comptable) fournies à l'appui des prétentions de la victime. Les tentatives d'accès au dossier par les victimes semblent selon nous motivées par la volonté d'obtenir des éléments supplémentaires de nature à corroborer la validité du calcul effectué, et l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice allégué et les pratiques (V. *supra*, n° 335, 337, 482, 602). L'accès au dossier présentera encore un intérêt du point de vue de la contribution à la dette, puisqu'il conviendra de prendre en compte la gravité de la faute commise par l'entreprise et son rôle causal dans la survenance de l'infraction. En outre, il ne nous semble pas que les victimes se trouvent aujourd'hui totalement démunies face au rempart de la procédure de transaction.

975. Ainsi, comme nous le relevions dans la cadre de développements précédents (V. *supra*, n° 447), la liste noire ne devrait concerner que les documents auxquels les victimes auront pu obtenir uniquement grâce à l'accès au dossier de l'autorité de concurrence qui aura connu de l'affaire. Ainsi, une démarche proactive des victimes en matière de recherche de la preuve interdira au bénéficiaire de se prévaloir de la protection offerte par l'art. L483-5 C.com, puisque le texte n'impose au juge d'écarter des débats les seules pièces qui auraient été obtenues « uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence ». Il convient encore de relever la possible confrontation, propre cette fois à la procédure française, entre la lettre de l'art. L483-5 et le communiqué « transaction » de l'ADLC (V. *supra*, n° 432). Cette confrontation pourrait en effet permettre aux victimes d'écarter certains documents du champ de la liste noire, et d'ainsi obtenir leur communication au soutien de leur action. Enfin, la valeur probatoire de la décision de transaction nous semble elle aussi de nature à aider l'action des victimes. Si celle-ci ne constitue plus une reconnaissance de responsabilité, son existence devrait à notre avis constituer un indice voire un commencement de preuve de l'existence des pratiques, comme c'est le cas d'une décision d'acceptation d'engagements[1109]. Or, comme a pu le démontrer la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la production d'une décision d'engagements accompagnée de nombreux éléments issus du dossier de l'ADLC ne suffit pas nécessairement à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle constitutive d'une faute ouvrant droit à indemnisation[1110]. Il s'ensuit que la procédure de transaction devrait offrir une protection efficace, mais pas absolue face au contentieux privé, dans la mesure où la protection qu'elle accorde au titre de la liste noire nous semble pouvoir être contournée. Il

[1109] CHONE-GRIMALDI A-S., « Action en private enforcement consécutive à une décision d'engagements », *ibid.* ; CJUE, 23 nov. 2017, n° C-547/16, pts 25-28.
[1110] SÉLINSKY V., « Prendre des engagements ne protège pas contre les actions indemnitaires », *ibid.* ; CA Paris, 20 décembre 2017, Pôle 5, Ch. 4, n° 15/07266.

convient donc d'évoquer l'impact des développements précédents sur l'intérêt stratégique du recours aux procédures de transaction.

b. L'influence du contentieux privé sur l'intérêt stratégique des procédures de transaction

976. En l'état actuel du droit, la procédure de transaction nous semble permettre une assez bonne prévisibilité du montant final de la sanction, favorisant peut-être ainsi les stratégies de faute lucrative (i). Autre potentiel effet pervers du renforcement de la sanction, la procédure pourrait en outre servir de « sanction interne » destinée à stabiliser une coordination anticoncurrentielle (ii).

i. Procédures de transaction et prévisibilité du montant de la sanction

977. La prévisibilité du montant de la sanction étant de nature à favoriser la mise en place de stratégies de faute lucrative (V. *supra*, n° 903 s), il convient de s'interroger sur l'effet probable du contentieux privé en la matière. Comme nous le faisions déjà remarquer ci-dessus, la nouvelle procédure de transaction du droit français est susceptible de permettre à l'entreprise de déterminer une fourchette de sanction tout en étant susceptible d'offrir une certaine protection contre les recours indemnitaires, sans que celle-ci ne puisse être garantie avec certitude à l'entreprise. En effet, si elle s'y prend suffisamment tôt, l'entreprise pourra mettre à l'abri nombre d'éléments de preuve sur le fondement de l'art. L483-5 C.com, cantonnant ainsi le risque de contentieux privé à son minimum. Il lui sera alors possible de contester l'existence de l'infraction et de son caractère fautif, ce qui pourrait, d'une part décourager les victimes les plus modestes d'agir (bien que l'effet d'attrition ne sera pas aussi efficace que dans le cadre d'une procédure contentieuse, la décision de transaction pouvant servir à prouver l'existence de l'entente), et, d'autre part, lui permettre d'échapper à toute responsabilité à condition d'en convaincre les magistrats. À défaut, réduire les éléments de preuve à disposition des victimes permettra au moins de créer le doute quant à la certitude du préjudice et à l'existence d'un lien de causalité entre les chefs de préjudice allégués et la faute, minimisant ainsi les conséquences pécuniaires de l'infraction.

978. Mais un réel risque nous semble compliquer cette anticipation, dans l'hypothèse où des victimes suffisamment proactives prendraient les devants (par exemple en demandant un référé probatoire avant que l'entreprise n'entre en transaction) pour réunir suffisamment de preuves pour convaincre les juges de l'existence d'une faute et renforcer la quantification du préjudice. En outre, comme nous le relevions *supra*, si l'accès au dossier de l'autorité permettra de renforcer la quantification du préjudice, il n'y sera toutefois pas nécessaire, la quantification du

préjudice reposant sur l'expertise économique ou un calcul comptable (V. n° 974). Les victimes pourront donc agir en réparation malgré la protection offerte par L483-5 C.com, même si leur action devrait alors s'avérer moins efficace. Ainsi, l'infraction pourra demeurer rentable tant que les victimes seront peu nombreuses et ne subiront qu'un préjudice faible. Il conviendra malgré tout de ne pas négliger le risque de voir des entreprises concentrer entre leurs mains de nombreuses créances pour un montant final important, ce qui pourrait priver l'infraction de toute lucrativité. L'entreprise souhaitant s'engager dans une stratégie de faute lucrative devra donc prêter attention au risque que représente le cumul des sanctions prononcées au titre du contentieux public et du contentieux privé, en anticipant qui seront les potentielles victimes et à quel montant de réparation elles pourront prétendre. La tâche sera par ailleurs à notre avis moins aisée en présence d'une procédure devant la Commission, puisqu'il n'est alors pas du tout possible de contester l'existence de la faute, et que l'identification des victimes sera rendue plus difficile par le caractère transnational de l'infraction. La sanction publique sera là encore plus facilement prévisible, dans la mesure où l'entreprise et la Commission déterminent ensemble une fourchette de sanction[1111].

979. Outre la question de l'effet que produit sur la faute lucrative l'aggravation de la sanction globale d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles par le contentieux privé, il convient encore de s'intéresser à l'effet qu'elle est susceptible de produire sur les stratégies de stabilisation des coordinations anticoncurrentielles.

ii. Procédures de transaction et stabilisation d'une entente anticoncurrentielle

980. Comme le relève M. le Professeur Petit[1112], les procédures de clémence et de transaction peuvent être instrumentalisées par les entreprises parties à une entente afin de stabiliser leur coordination, ces dernières pouvant être utilisées comme moyen de représailles. Toute situation de collusion comporte en effet, selon les économistes, un risque de déviation, à savoir le risque que l'une des parties à l'entente (appelée « le tricheur ») décide de précipiter la chute de la coordination afin de reprendre une stratégie concurrentielle. Ce risque est fort lorsque la demande augmente sur un marché oligopolistique. Les membres de l'entente, pour assurer son équilibre et sa survie, doivent alors disposer de moyens de pression afin de garantir la

[1111] CLAUDEL E., « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », *ibid.* ; CE, « 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 (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente », JOUE, 2 juillet 2008, C 167/1, pt. 16.

[1112] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 306 s.

coopération de chacun. Ainsi, au moment de la formation de l'entente, les parties indiqueront qu'en cas de déviation de la part de l'un de ses membres, ceux souhaitant continuer l'entente dénonceront immédiatement la pratique aux autorités de concurrence afin de pouvoir réduire leur peine là où le tricheur subira une amende plus lourde, les entreprises non déviantes coordonnant leur stratégie de dénonciation afin de bénéficier de réductions d'amende (l'idée étant, par anticipation, de décourager toute idée de déviation). Or, le contentieux privé est susceptible de renforcer l'efficacité d'une telle stratégie, en augmentant le montant de la sanction que pourrait subir le tricheur. Les entreprises parties à la coordination pourraient ainsi transiger avec les victimes, et leur fournir, dans le cadre de la transaction, des éléments à charge accablant le tricheur afin d'aggraver la sanction à laquelle il s'expose. La question de l'impact du contentieux privé sur l'équilibre général d'une entente anticoncurrentielle n'est en outre pas propre à la transaction, la procédure de clémence pouvant elle aussi être utilisée à cette fin.

B. La gestion du risque par le recours à la procédure de clémence

981. La procédure de clémence constitue un instrument particulièrement adapté à la détection des infractions occultes que sont les ententes anticoncurrentielles, le mécanisme reposant sur la dénonciation de l'infraction par l'un de ses coauteurs en contrepartie d'une réduction, voire d'une dispense totale de sanction. Procédure connue du droit français comme du droit européen, il conviendra d'en décrire, dans un premier temps, le fonctionnement général (1), avant d'évoquer, dans un second temps, les divers intérêts stratégiques qu'elle présente pour les entreprises (2).

1. Une procédure destinée à la détection des ententes

982. La procédure de clémence repose sur une dénonciation de l'infraction aux autorités de concurrence compétentes, mais toute dénonciation ne conduira pas nécessairement au bénéfice d'une réduction ou d'une immunité d'amende. La mise en œuvre de la procédure suppose ainsi la réunion de certaines conditions (a), qui conduira l'entreprise à bénéficier d'une récompense plus ou moins importante selon les cas (b).

a. Le fonctionnement des procédures de clémence

983. Depuis la publication de son nouveau communiqué[1113] relatif à la procédure de clémence, l'ADLC a fait de la procédure de clémence française une procédure pratiquement identique à

[1113] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français ».

la procédure de clémence devant la Commission (i). Les deux mécanismes sont donc sensiblement proches quant à leur mise en œuvre en pratique (ii).

i. Les conditions pour bénéficier de la procédure de clémence

984. Du point de vue de son champ d'application, le droit français comme le droit européen réservent la possibilité de demander la clémence aux seules hypothèses d'ententes (verticales comme horizontales). Le bénéfice de la procédure est donc exclu en présence d'abus de position dominante. Il convient toutefois de noter que l'art. L420-6 C.com exclut les personnes physiques, qui peuvent ainsi se trouver découragées de dénoncer l'existence d'une infraction[1114]. À la lecture des communiqués de procédure émanant de la Commission et de l'ADLC[1115], il convient de distinguer les demandes visant à obtenir une immunité d'amende (α) de celles visant à obtenir une simple réduction (β). Il conviendra encore d'évoquer les conditions communes à ces deux types de demandes qu'exigent les autorités de concurrence (γ).

α. La demande formée en vue d'obtenir une immunité d'amende

985. Devant l'ADLC, une exonération totale d'amende peut être obtenue dans deux cas de figure. La première hypothèse concerne le cas dans lequel l'ADLC ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée, situation qu'elle qualifie de « type 1 A ». L'ADLC ne doit alors pas déjà disposer d'informations ou d'éléments de preuves suffisants pour mettre en œuvre des mesures d'investigation fondées sur l'art. L450-1 C.com, et le demandeur de l'immunité totale de clémence doit être le premier à lui fournir des informations et des éléments de preuve suffisants pour le lui permettre. L'ADLC précise encore ce qu'elle considère comme des éléments suffisants pour mettre en œuvre des mesures fondées sur l'art. L450-1, et liste notamment « le nom et l'adresse des autres participants à l'entente présumée », ainsi qu'une « description détaillée de l'entente présumée, qui doit préciser notamment la nature et l'usage des produits en cause, les territoires sur lesquels les pratiques en cause sont susceptibles de produire des effets, la nature de ces pratiques et une estimation de leur durée de mise en œuvre »[1116]. Mais une immunité d'amende peut tout de même être obtenue dans l'hypothèse où

[1114] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 879, p. 468 ; MAINGUY D. et DEPINCE M., « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2015, 2ème édition, n° 365, p. 338 ; AHREL P., « Répertoire de droit commercial », Dalloz, avril 2018, Chapitre 2, Section 3, art. 8, pt. 214.

[1115] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français » ; CE, « Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », JOUE, 8 décembre 2006, C 298/17.

[1116] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français », pts. 15 et 16.

l'ADLC disposerait déjà d'informations sur l'entente présumée. L'entreprise devra alors être la première à lui fournir des éléments de preuves qu'elle considèrera comme suffisants pour établir l'existence d'une infraction à l'art. L420-1 C.com ou à l'art. 101 TFUE. Il faudra encore que l'ADLC n'ait pas déjà à sa disposition des preuves suffisantes pour lui permettre d'établir ladite infraction, et qu'aucune entreprise n'ait déjà obtenu d'avis conditionnel d'exonération totale de « type 1 A ». Le nouveau communiqué de l'ADLC reprend ainsi exactement les mêmes idées que le communiqué de la Commission, à quelques différences rédactionnelles près[1117]. Les deux communiqués détaillent ensuite la demande visant à obtenir une réduction d'amende.

β. La demande formée en vue d'obtenir une réduction d'amende

986. L'ADLC précise que les entreprises qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier d'une immunité totale d'amende peuvent toutefois bénéficier d'une immunité partielle à condition de remplir les conditions qu'elle énonce dans son communiqué. Ces dernières doivent pour ce faire fournir à l'ADLC « des éléments de preuves de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuves dont [elle] dispose déjà ». Là encore, la formule est pratiquement calquée sur celle employée par la Commission dans son propre communiqué[1118]. Comme le soulignait Mme le Professeur Sélinsky[1119], il était jusqu'alors pertinent de distinguer sur ce point procédure française et procédure européenne, cette dernière offrant plus de sécurité juridique en listant les éléments qu'elle considère comme présentant une « valeur ajoutée significative ». Or, reprenant ici encore le contenu du communiqué de la Commission, l'ADLC indique que « la notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuves fournis renforcent, par leur nature même et/ou par leur niveau de précision, la capacité de l'Autorité à établir l'existence de l'entente présumée ». Le communiqué dresse ensuite une liste non exhaustive d'éléments que l'ADLC considère comme généralement porteurs d'une valeur ajoutée significative. Il s'agira ainsi des « éléments de preuves écrits contemporains de l'entente », des « éléments de preuves à charge se rattachant directement aux faits en cause », et, enfin, des « éléments de preuves incontestables ». La liste ainsi dressée est très proche de celle dressée par le communiqué de la Commission, qui vise quant à lui les « éléments de preuve écrite qui datent de la période des

[1117] CE, « Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », JOUE, 8 décembre 2006, C 298/17, pts. 8, 9, 10 et 11.
[1118] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français », pt. 18 ; CE, *ibid.*, pt. 24.
[1119] SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens », *ibid.*

faits », les éléments de preuve « qui se rattachent directement aux faits », et, enfin, les déclarations, lorsqu'elles sont suffisamment corroborées[1120].

987. Outre l'ensemble des conditions évoquées ci-dessus, les autorités de concurrence subordonnent encore le bénéfice des demandes de clémence, qu'il s'agisse des demandes d'immunité ou des demandes de réduction, à plusieurs conditions qui en font une procédure contraignante en pratique[1121].

γ. Les conditions communes à toutes les demandes de clémence

988. Une première condition exigée par le communiqué de procédure de l'ADLC est la cessation par l'entreprise souhaitant bénéficier d'une procédure de clémence de sa participation à l'entente, et ce sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence par l'ADLC. Par exception, afin de maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité de l'enquête, l'ADLC peut décider de reporter cette date. L'ADLC exige encore la coopération « véritable, totale, permanente et rapide » de l'entreprise, et ce « dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction ». Elle précise que cette coopération implique en particulier la fourniture sans délai à l'ADLC de « toutes les informations et tous les éléments de preuves qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ». Elle implique encore la renonciation par l'entreprise à toute possibilité de remettre en cause les éléments factuels qu'elle aura communiqué à l'ADLC, et ce jusqu'à la fin de la procédure. L'obligation de coopération exige enfin de l'entreprise qu'elle se tienne « à la disposition de l'Autorité pour répondre rapidement à toute demande de sa part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause », qu'elle mette à sa disposition « pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés », et, enfin, qu'elle s'abstienne « de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que l'Autorité n'ait communiqué ses griefs aux parties, sauf si l'Autorité y donne son accord ». Le communiqué rappelle également que « l'entreprise ne doit pas avoir détruit ou falsifié de preuves de l'entente présumée, ni avoir divulgué son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence ». Enfin, le communiqué précise que le bénéfice d'une exonération totale de sanction sera fermé à l'entreprise « qui aura pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction ».

[1120] ADLC, *ibid*., pt. 19 ; CE, *ibid.*, pt. 25.
[1121] ADLC, *ibid*., pt. 23 ; CE, *ibid.*, JOUE, 8 décembre 2006, pt. 24.

989. Ici encore, l'ensemble des conditions évoquées par le communiqué de l'ADLC ne sont que la reproduction de celles qui étaient déjà exigées par le communiqué de la Commission[1122]. Or, ces conditions font en pratique de la clémence une procédure à la fois lourde et peu sécurisante pour les entreprises.

ii. Les modalités pratiques de la mise en œuvre de la procédure de clémence

990. La mise en œuvre pratique de la procédure de clémence suppose que l'entreprise maîtrise à la fois les considérations relatives à la portée géographique de l'infraction (α) ainsi que le « *timing* » de la demande de clémence (β)[1123]. Bénéficier d'une immunité d'amende suppose donc que l'entreprise soit la première à fournir aux autorités potentiellement compétentes les éléments qu'elles exigent, ce qui l'expose alors à une double insécurité en pratique.

α. La demande de clémence dans l'espace

991. Lorsque l'entreprise choisit de recourir à la clémence pour gérer la survenance du risque concurrentiel, elle fait face à plusieurs incertitudes, la première étant d'ordre géographique. Il arrive en effet que plusieurs autorités enquêtent simultanément sur les mêmes faits sans qu'il ne soit possible de déterminer, au début de l'enquête, laquelle se prononcera ou si plusieurs autorités seront amenées à se prononcer[1124]. Or, une jurisprudence récente de la CJUE, rendue dans le cadre de l'affaire « DHL », consacre désormais le principe d'indépendance des demandes de clémence adressées à la CE et aux différentes ANC potentiellement compétentes. Rappelant l'absence de caractère contraignant du communiqué sur la procédure de clémence et le défaut d'harmonisation des différentes procédures des Etats membres, elle conclut son raisonnement en indiquant que « chaque autorité nationale enregistrant une demande de clémence le fait pour elle-même et non pas pour les autres autorités ». Les entreprises doivent donc, en pratique, « présenter une demande dans chacun des États membres concernés par l'entente »[1125]. Or, comme le souligne Me Saint-Esteben, la création du REC n'a fait qu'aggraver la situation de l'entreprise demanderesse à une clémence multiple. Le système d'allocation et de réallocation des cas au sein du REC rendant impossible la détermination de l'autorité compétente (ou des autorités compétentes), les entreprises se trouvent dès lors

[1122] CE., *ibid.*, pt. 12.
[1123] DEBROUX M., « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 168.
[1124] DEBROUX M., « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », *ibid.*, p. 170.
[1125] CONSTANTIN L., « La course à la clémence au sein du réseau européen de concurrence », Dalloz actualité, 08 février 2016.

contraintes de multiplier les demandes pour pouvoir espérer bénéficier de la procédure[1126]. À cette incertitude géographique s'ajoute en outre une incertitude temporelle, la procédure de clémence récompensant les entreprises les plus diligentes.

β. La demande de clémence dans le temps

992. Le succès de la procédure dépend largement de la maîtrise du facteur temporel par l'entreprise, qui devra idéalement être la première à informer les autorités potentiellement compétentes de l'existence de l'entente afin de bénéficier d'une immunité d'amende. À défaut, elle ne pourra prétendre qu'à une réduction du montant de la sanction. Ainsi, dans l'hypothèse d'un recours à la clémence qui serait guidé par un calcul coûts/bénéfices, « la question du rang de clémence et, par ricochet, de l'ampleur des éléments déjà connus par la ou les autorités de concurrence compétentes est cruciale ». Or, ces éléments ne seront connus qu'au moment de la réception de la notification des griefs, bien qu'il soit possible en pratique de s'en faire une idée préalable, en fonction des questions posées par les enquêteurs et de leur « degré d'exigence quant à la "valeur ajoutée" des réponses apportées ». Mais cette valeur ajoutée dépend d'éléments que l'entreprise ne maîtrise pas, notamment des informations déjà en la possession de l'autorité, et du moment auquel elle les apporte, un même élément pouvant avoir de la valeur s'il est fourni par le deuxième demandeur à la clémence (parce qu'il vient corroborer les déclarations du premier) et en être dépourvu s'il est fourni par le troisième. Plus la demande est formulée tardivement, plus il est hasardeux d'en calculer les bénéfices[1127]. Cela étant dit, bien que l'issue de la demande de clémence soit incertaine, l'entreprise ne perdra rien à tenter sa chance puisqu'elle encourra des sanctions même si elle ne le fait pas. En outre, « la rapidité d'intervention, un contrôle en amont et une prise de contact avec les autorités » permettent tout de même de réduire significativement ces aléas[1128].

993. Aux yeux des économistes de concurrence, les dirigeants devraient ainsi veiller en permanence à anticiper le risque de clémence, afin de s'assurer que leur entreprise soit la mieux classée possible dans la « course à la clémence ». Me Prunet fait toutefois remarquer que tel n'est pas le cas en pratique, la question se posant plutôt à l'occasion d'opérations d'acquisition d'une entreprise, « à l'issue d'audits révélant l'existence d'accords anticoncurrentiels dont

[1126] SAINT-ESTEBEN R., « L'arrêt DHL ou les pièges des clémences multiples », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p. 196 ; CJUE, « DHL Express (Italy) Srl et DHL Global Forwarding (Italy) SpA c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato », 20 janvier 2016, aff. C-428/14.
[1127] DEBROUX M., « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », *ibid.*, p. 169.
[1128] BACCICHETTI E., « Comment choisir entre clémence et transaction ? », *ibid.*

l'acquéreur ne souhaitera pas assumer le risque. La clémence est donc plutôt un instrument de pilotage du risque à des moments circonscrits », constat que confirme par ailleurs Mme Constantin[1129]. À ce titre, la question a pu se poser en pratique de savoir, en cas de succession dans le temps de plusieurs société mères, laquelle devait bénéficier d'une demande de clémence formée par une filiale. La cour d'appel de Paris a répondu que, du fait de l'influence déterminante exercée par la mère sur sa filiale, c'est la société qui était la mère au moment de la demande de clémence qui doit bénéficier de la récompense offerte par la procédure[1130].

994. Le « *timing* » est donc un élément essentiel dans la mise en œuvre d'une procédure de clémence, en ce qu'il détermine le bénéfice d'une immunité ou le montant d'une réduction d'amende devant les autorités de concurrence. Or, se pose la question de la prévisibilité de la récompense que pourra obtenir l'entreprise à l'issue de la dénonciation.

b. La récompense obtenue à l'issue d'une procédure de clémence

995. La coopération de l'entreprise avec les autorités de concurrence dans la cadre d'une procédure de clémence peut conduire à l'obtention d'une réduction, voire d'une immunité d'amende (i). Or, afin d'éviter d'encourager les stratégies de faute lucrative, ces dernières veillent à ne pas offrir une trop grande sécurité juridique aux entreprises (ii).

i. L'effet du bénéfice d'une procédure de clémence sur le montant de l'amende

996. Outre la possibilité d'offrir une immunité d'amende à l'entreprise qui dénonce la première l'existence de l'entente, les communiqués de procédure prévoient le pourcentage de réduction auquel pourront prétendre les autres demandeurs de clémence en fonction de leur ordre d'arrivée (α). Ils prévoient en outre la possibilité de cumuler le bénéfice d'une procédure de clémence avec la procédure de transaction, l'idée étant d'accroître l'attractivité des clémences de rang II (β).

α. La détermination du montant de réduction accordé à l'entreprise

997. En droit français comme en droit européen le recours à la procédure de clémence ne saurait conduire à une immunité totale d'amende qu'au bénéfice de la première entreprise à coopérer avec l'autorité de concurrence compétente (on parle alors de « clémence de rang I). Les autres ne pourront que prétendre à une réduction du montant de la sanction (on parle alors de « clémence de rang II »). Comme l'indique le communiqué de procédure de l'ADLC, le

[1129] PRUNET F., « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *ibid.* ; CONSTANTIN L., « Autorité de la concurrence : rapport d'activité pour 2014 », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 8, p. 340.
[1130] CA Paris, pôle 5, ch. 7, 2 févr. 2017, nº 2013/13058.

montant de la réduction obtenu dans le cadre d'une clémence de rang II « ne saurait en principe excéder 50 % du montant de la sanction qui lui aurait été imposée si elle n'avait pas bénéficié de la clémence ». En outre, les bénéficiaires d'une clémence de rang II seront récompensés différemment selon leur ordre d'arrivée, le montant de la réduction étant en principe compris entre les fourchettes que le communiqué détermine. Ainsi, la première entreprise à fournir des éléments apportant une valeur ajoutée significative pourra bénéficier d'une réduction comprise entre 25 et 50%, et la deuxième d'une réduction comprise entre 15 et 40%. La troisième entreprise et celles arrivant après elles ne pourront quant à elles bénéficier que d'une réduction d'un montant maximal de 25%[1131]. Afin de déterminer le montant de la réduction accordée aux entreprises, l'ADLC « prendra en compte le rang de la demande, le moment où elle a été présentée et le degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuves fournis par cette entreprise ont apporté », dans les limites des fourchettes énoncées ci-dessus. Ici encore, le communiqué de l'ADLC reprend le contenu du communiqué de la Commission, qui prévoit exactement les mêmes règles, exception faite du montant des fourchettes. La Commission récompense en effet le premier bénéficiaire d'une clémence rang 2 d'une réduction comprise entre 30 et 50%, et le deuxième d'une réduction comprise entre 20 et 30%. Enfin, le troisième bénéficiaire et suivants ne pourront prétendre qu'à une réduction maximale de 20%[1132].

998. Le communiqué de l'ALDC ajoute en outre que si l'entreprise bénéficiaire d'une clémence de rang II « est la première à fournir des preuves incontestables permettant à l'Autorité d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, l'Autorité ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les fournis ». Ce dispositif, qualifié de « clémence plus » par référence au « *leniency plus* » américain, a déjà reçu application en France dans une décision de l'ADLC. Un demandeur de clémence de rang II avait ainsi « transmis à l'Autorité des éléments ayant permis d'établir l'existence de certains faits, qui ont eu une incidence sur la sanction prononcée en permettant notamment d'étendre la durée de l'infraction unique visée par le premier grief »[1133]. Le communiqué de la Commission prévoit là encore la même règle, rédigée en des termes

[1131] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français » pt. 20 et pt. 21.
[1132] CE, « Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », JOUE, 8 décembre 2006, C 298/17, pt. 26.
[1133] TRIFOUNOVITCH Y., « Sanction par l'Autorité de la concurrence des ententes dans le secteur du gros électroménager : du caractère novateur des décisions de transaction et de l'attractivité préservée de la clémence », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2019, nº 79, p. 19 ; ADLC, 5 déc. 2018, nº 18-D-24.

légèrement différents. Celui-ci vise en effet la fourniture par l'entreprise d'éléments de fait supplémentaires « qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction »[1134]. Dans l'idée de permettre un renforcement de l'attractivité des clémences de rang II, les communiqués indiquent encore la possibilité qu'ont les entreprises de cumuler le bénéfice de la procédure de clémence à celui d'une procédure de transaction.

β. La possibilité de cumuler procédure de clémence et procédure de transaction

999. Le communiqué de l'ADLC relatif à la procédure de transaction affirme la possibilité de cumuler la procédure avec une clémence de rang II (faculté qui était déjà admise du temps de la procédure de non-contestation des griefs). Cette faculté est également prévue par le communiqué de la Commission relatif à la procédure de transaction[1135]. En pratique, comme l'illustre une décision de l'ADLC, ce cumul est pris en compte au moment de l'individualisation de la sanction. En l'espèce, l'ADLC avait déjà connaissance de l'existence de l'infraction, ce qui l'avait conduite à mener des procédures d'enquête sur la question. L'une des entreprises a alors sollicité une demande de clémence de rang II en apportant aux services d'instruction des éléments présentant une valeur ajoutée significative. L'ADLC a ensuite notifié les griefs aux coauteurs de l'infraction, qui ont alors tous fait le choix de solliciter une procédure de transaction. Conformément à la procédure de transaction, l'ADLC a négocié une fourchette de sanction avec le bénéficiaire de l'avis conditionnel de clémence, avant de procéder à l'individualisation de la sanction, « en tenant compte des éventuelles causes de majoration et de minoration d'amende propres à la situation de chaque contrevenant ». La fourchette de réduction fixée par l'ADLC dans le cadre de l'avis conditionnel de clémence a alors été « prise en compte dans la fourchette de sanction fixée par le rapporteur général dans le cadre de la transaction ». Il convient toutefois de noter que cette approche pourrait priver l'entreprise de toute possibilité de contester ultérieurement la réduction d'amende consentie au titre de la clémence, en raison des règles de la procédure de transaction. Elle présente toutefois l'avantage d'offrir une meilleure prévisibilité du montant de la sanction dès l'issue de l'instruction[1136]. Or, il convient d'aborder ensuite les questionnements relatifs à la sécurité juridique qu'offre

[1134] CE, *ibid*., pt. 26.
[1135] DUMARÇAY M., « Clémence-transaction : la combinaison procédurale gagnante ? Regards sur la décision de l'Autorité de la concurrence sanctionnant l'entente sur le marché des produits électroménagers », Revue Lamy de la concurrence, 1er février 2019, nº 80, p. 36 ; ADLC, « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction », pt. 8 ; CE, « 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 (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente », JOUE, 2 juillet 2008, C 167/1, pt. 33.
[1136] DUMARÇAY M., « Clémence-transaction : la combinaison procédurale gagnante ? Regards sur la décision de l'Autorité de la concurrence sanctionnant l'entente sur le marché des produits électroménagers », *ibid.* ; ADLC, 5 déc. 2018, nº 18-D-24.

véritablement la procédure de clémence, dans la mesure où cette question revêt une importance majeure en matière de gestion du risque.

ii. La sécurité juridique offerte par la procédure de clémence

1000. M. le Professeur Masson[1137] met toutefois en garde contre à un possible risque d'insécurité juridique, qui vient s'ajouter aux nombreuses incertitudes déjà évoquées ci-dessus quant à la possibilité d'obtenir ou non une récompense en dénonçant l'infraction. Celui-ci rappelle en effet que le collège n'est pas lié par l'avis de clémence adopté par l'ADLC à la suite de la démarche de l'entreprise. En effet, à la suite de la prise de contact de l'entreprise avec l'ADLC, « le rapporteur désigné pour instruire la demande de clémence prépare un rapport, sur la base des informations et éléments de preuve transmis par le demandeur de clémence […] dans lequel il vérifie que les conditions fixées par l'Autorité pour obtenir le bénéfice conditionnel d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires sont réunies et élabore, le cas échéant, des propositions d'exonération de sanctions ». L'ADLC adoptera ensuite, sur la base de ce rapport, un avis de clémence « dans lequel elle indique à l'entreprise si elle accorde une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires, ainsi que, dans ce dernier cas, le taux de cette exonération, et précise les conditions auxquelles cette exonération est subordonnée »[1138]. Si ces conditions sont remplies, l'ADLC accordera automatiquement l'exonération totale de clémence, ou, en présence d'une demande d'exonération partielle, en fixera le montant exact[1139]. Mais si l'ADLC considère que les conditions exigées dans l'avis conditionnel au titre de l'obligation de coopération qui s'impose à l'entreprise ne sont pas remplies, « elle peut en tirer les conséquences soit, en cas de manquement grave, en retirant le bénéfice de l'exonération totale ou partielle de sanction, soit, dans l'hypothèse d'un manquement de moindre gravité, en accordant une réduction inférieure à celle fixée dans l'avis conditionnel »[1140]. Or, l'existence de l'avis de clémence permet d'offrir une certaine prévisibilité au montant de la sanction, bien que la loi « PACTE » en ait envisagé la

[1137] MASSON A., « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence », *ibid.*, p. 39 s.
[1138] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français » pt. 20 et pt. 36.
[1139] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 880, p. 469 ; ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français » pt. 40.
[1140] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français » pt. 41.

suppression, comme le souligne Mme Dumarçay (suppression finalement abandonnée, l'art. L464-2 C.com faisant toujours référence à l'avis de clémence)[1141].

1001. Quant à la procédure devant la Commission, le communiqué indique que si elle parvient à la conclusion provisoire que les éléments qu'apporte l'entreprise présentent une valeur ajoutée significative, cette dernière sera informée par écrit « de son intention de réduire le montant de l'amende » dans l'une des fourchettes visées par le texte. L'entreprise sera encore informée, à l'inverse, si la Commission « parvient à la conclusion provisoire qu'elle ne remplit pas les conditions d'octroi d'une réduction d'amende ». Mais ce n'est que dans le cadre de sa décision finale que la Commission précisera « le niveau exact de réduction dont l'entreprise bénéficiera », dans la limite des fourchettes indiquées par le communiqué. En outre, si la Commission constate que l'entreprise ne remplissait pas les conditions exigées au titre de l'obligation de coopération qui lui est imposée, l'entreprise ne bénéficiera alors « d'aucun traitement de faveur au titre de la présente communication »[1142].

1002. Ainsi, les entreprises ne sauraient se fier complètement au premier pourcentage de réduction indiqué par l'ADLC ou la Commission, et devront attendre la décision finale pour être fixées, tout en sachant que le bénéfice de toute récompense pourrait leur être retiré si l'ADLC ou la Commission considèrent qu'elles ont manqué à leur obligation de coopération (ce dont elles pourraient toutefois faire appel). Cette incertitude s'ajoute aux incertitudes liées au facteur temporel et géographique que nous évoquions *supra*. Il convient encore de prendre en compte les conséquences des nouvelles règles du contentieux privé sur la procédure de clémence afin d'apprécier si elle conserve ou non sa pertinence sur le plan stratégique.

2. Une procédure permettant de garantir le caractère lucratif de l'infraction

1003. Les incertitudes relatives à la protection offerte par la clémence en cas de participation de l'entreprise à une entente sont désormais accrues par la possibilité qu'ont les victimes de demander réparation de leur préjudice (a). La question se posera alors de leur impact sur les deux principaux usages stratégiques dont fait l'objet la procédure de clémence (b).

[1141] DUMARÇAY M. « Esquisses et esquives du projet de loi "Pacte" portant modification des procédures administratives de contrôle des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 1er décembre 2018, nº 78, p. 34.
[1142] CE, « Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », JOUE, 8 décembre 2006, C 298/17, pt. 29 et 30.

a. L'influence du bénéfice de la clémence sur l'exercice de l'action en réparation

1004. En application des règles issues de la directive 2014/104 et de l'ordonnance du 9 mars 2017, le recours à la procédure de clémence emporte reconnaissance de l'existence de l'infraction (i), mais offre à l'auteur de l'infraction une certaine protection contre le contentieux privé (ii). La question sera alors de savoir si ces dernières seront suffisantes pour maintenir l'attractivité de la procédure aux yeux des entreprises.

i. Procédure de clémence et faute civile

1005. M. le Professeur Masson[1143] fait remarquer que l'intérêt du recours à la procédure de clémence doit être pesé avec soin par l'entreprise, eu égard à la reconnaissance d'infraction qu'elle emporte, qui fait ainsi courir le risque d'un contentieux indemnitaire de la part des victimes. En effet, qu'il s'agisse de la procédure française ou européenne, aucun doute n'existe quant à l'effet liant accordé aux décisions de clémence, la procédure impliquant que l'entreprise reconnaisse sa culpabilité en contrepartie d'une réduction voire d'une immunité d'amende[1144]. Ainsi, « la violation du droit de la concurrence est certaine », et le bénéfice de la clémence n'exonère pas l'auteur de l'infraction de son obligation de réparer le dommage subi par les victimes[1145]. Le communiqué de l'ADLC affirme par ailleurs de manière très claire que le bénéfice de la clémence ne protège pas l'entreprise des conséquences civiles de la violation de l'art. L420-1 C.com ou de l'art. 101 TFUE. Quant au communiqué de la Commission, ce dernier reconnaît de manière implicite la possibilité pour les victimes d'agir en réparation malgré le bénéfice de la clémence, en rappelant la nécessité de protéger les pièces communiquées à la Commission dans le cadre de la procédure. Le communiqué rappelle en effet qu'à défaut, les entreprises pourraient se trouver découragées de recourir à la clémence, ce qui porterait atteinte « de manière significative à l'intérêt public, qui est d'assurer une application efficace de l'article [101 TFUE] par les autorités publiques dans les affaires d'ententes et donc de permettre des actions civiles subséquentes ou parallèles visant à faire respecter l'article [101] »[1146].

1006. Il ne fait donc aucun doute que le recours à la clémence emporte reconnaissance de l'existence de l'infraction, et donne donc lieu à effet liant, ce qui facilitera grandement la tâche

---

[1143] MASSON A., L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence, *ibid*., p. 39 s.

[1144] FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 175.

[1145] MARCHAND A., « Compte rendu » *in* « Matinée-débats Dommages concurrentiels, contentieux et indemnisation – Réponses pratiques », 28 juin 2007, Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n° 13, p. 154.

[1146] ADLC, « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français » pt. 52 ; CE, *ibid.*, pt. 6.

du juge quant à la qualification de la faute. L'efficacité des stratégies d'attrition destinées à décourager les victimes en augmentant la durée et le coût de la procédure (V. *supra*, n° 55 s) devrait ainsi s'en trouver grandement diminuée. Si la possibilité de contester le caractère fautif de l'infraction ainsi reconnue demeure théoriquement ouverte, il est peu probable qu'elle rencontre un réel succès en pratique, et ne saurait prospérer que de manière très exceptionnelle, à supposer qu'elle soit admise par les juridictions civiles (V. *supra*, n° 129). Le recours à la clémence est alors de nature à favoriser l'action des victimes, bien que la réforme du contentieux privé ait introduit des règles destinées à en brider l'efficacité.

ii. Action en réparation et préservation de l'attractivité des procédures de clémence

1007. Afin de garantir l'attractivité de la procédure de clémence, les nouveaux textes offrent une protection aux éléments de preuve qui ont été remis par l'entreprise à l'autorité de concurrence (α), tout en aménageant une exception à la règle selon laquelle les parties à l'entente répondent solidairement des conséquences civiles de l'infraction (β). La question se pose alors de savoir si ces mesures offrent une protection exagérée à l'entreprise, ou sont au contraire insuffisantes pour préserver l'attrait de la clémence.

α. La clémence comme outil de gestion de la preuve

1008. En application des art. 6 et 7 de la directive, transposés en droit français à l'art. L483-5 C.com, le demandeur à l'action en réparation ne saurait accéder aux déclarations effectuées par les entreprises dans le but d'obtenir le bénéfice d'une procédure de clémence. M. le Professeur Decocq[1147] considère la protection accordée par ces textes comme nuisible à l'objectif de la directive qui était de garantir la pleine effectivité du droit à réparation. L'auteur relève ainsi que le texte place la victime dans « une situation procédurale peu enviable similaire à celle qui est la sienne dans les procédures publiques », et interroge sur le point de savoir si la sauvegarde du *public enforcement* n'est pas « disproportionnée au regard des modalités concrètes mises en œuvre ».

1009. Comme nous le relevions déjà au sujet de la procédure de transaction (V. *supra*, n° 978), des auteurs[1148] tempèrent toutefois ce constat, mettant en doute l'utilité des informations transmises aux autorités de concurrence pour le calcul des dommages et intérêts (la question de l'établissement de l'infraction étant quant à elle réglée par l'effet liant). Or, si le préjudice sera en pratique établi, selon les cas, par un simple calcul mathématique ou la production

[1147] DECOCQ G. « Actions privées - Le verrou de la rue de l'échelle », Contrats Concurrence Consommation, 2017, n° 6, p. 1.
[1148] YSEWYN J. and KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency program in Europe », *ibid.*

d'expertises complexes, l'accès au dossier permettra certainement de corroborer le résultat obtenu ainsi que de régler la question de la contribution à la dette (celle-ci dépendant de la gravité du comportement de l'entreprise et de son rôle causal dans la survenance de l'infraction). En effet, comme nous le relevions dans la cadre de précédents développements, la protection offerte par la liste noire ne nous semble pas absolue, et pourrait être contournée en recourant très tôt à un référé probatoire, ou en jouant sur le champ d'application de l'art. L483-5 C.com (V. *supra*, n° 420 s). La remarque est d'autant plus vraie devant la Commission, les auteurs relevant que cette dernière détient un large pouvoir quant au choix des informations qu'elle publie, à condition de le faire dans le respect du secret professionnel. Ainsi, même si un document est protégé contre toute demande de communication au titre du bénéfice de la procédure de clémence, les informations qu'il contient ne bénéficieront pas nécessairement de la même protection. La Commission a en effet déjà publié des versions publiques plutôt détaillées de ses décisions contenant des informations auto-incriminantes, relatives notamment aux produits concernés et aux clients. De plus, depuis l'arrêt « *Akzo* », le Tribunal considère que la publication de la décision de la Commission n'est pas limitée dans le temps ou à une seule publication, et que les bénéficiaires de la clémence ne sauraient légitimement s'attendre à ce que la décision publiée ne fasse l'objet d'une révision ultérieure conduisant à la publication d'une version plus détaillée. La CJUE considère quant à elle qu'après écoulement d'un délai de 5 ans, une information est considérée comme « historique » et ne saurait à ce titre demeurer secrète ou confidentielle, à moins que les bénéficiaires de la clémence ne prouvent le contraire[1149]. La clémence étant destinée à la détection des ententes, il conviendra encore de tenir compte de la présomption de préjudice prévue à l'art. L481-7, qui renforcera encore la position des victimes (V. *supra*, n° 160 s).

1010. La clémence emportant effet liant, l'existence d'un préjudice étant présumé à la suite d'une entente, et l'accès aux informations contenues dans le dossier des autorités de concurrence, quoique possible, n'étant pas essentiel à la quantification du préjudice, l'action en réparation des victimes ne nous semble pas empêchée par le bénéfice de la procédure. La procédure de clémence ne devrait ainsi pas offrir une protection absolue à son bénéficiaire, et il convient dès lors d'aborder l'autre avantage qu'elle offre face au contentieux privé.

[1149] YSEWYN J. and KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency program in Europe », *ibid.* ; Trib. UE, 28 janvier 2015, « Akzo Nobel NV and Others c/ Commission européenne », aff. T-345/12 ; CJUE, 14 mars 2017, « Evonik Degussa c/ Commission », aff. C-162/15, Publié.

β. La clémence comme exception à la règle de la solidarité

1011. En application de l'art. L481-9 C.com, le bénéficiaire d'une immunité d'amende ne sera tenu solidairement que du préjudice causé à ses acheteurs directs ou indirects. Quant au préjudice causé aux autres victimes de l'entente, ce n'est que dans l'hypothèse où elles ne parviendraient pas à obtenir réparation intégrale auprès des autres coauteurs de l'infraction qu'elles pourraient s'adresser au bénéficiaire de l'immunité totale d'amende. Cette disposition nous semble particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de garantir en principe que le bénéficiaire de l'immunité totale de clémence ne sera tenu d'indemniser que ses acheteurs directs ou indirects. Il ne pourra en effet être amené à indemniser les autres victimes de l'infraction qu'en dernier lieu, dans l'hypothèse dans laquelle aucun autre coauteur ne serait en mesure d'indemniser intégralement les victimes. Le bénéfice de la règle ne sera toutefois réservé qu'au bénéficiaire d'une immunité totale d'amende, et non aux bénéficiaires d'une simple réduction (V. *supra*, n° 196 s).

1012. Mais des auteurs[1150] considèrent la protection ainsi accordée comme insuffisante pour garantir l'attractivité des programmes de clémence. En effet, le problème tenant au fait que le bénéficiaire d'une immunité totale de clémence sera l'une des premières entreprises susceptibles de faire l'objet de l'action en réparation ne serait selon eux pas réglé, dans la mesure où elle ne pourra pas faire appel de la décision de la Commission, contrairement aux autres coauteurs. Or, ce constat nous semble devoir être tempéré par le fait, d'une part, que les entreprises recourent de plus en plus souvent à la transaction, qui donnera elle aussi lieu à « effet liant partiel », bien que la présomption qui en résultera ne sera pas irréfragable (V. *supra*, n° 972). Ainsi, une fois la décision de la Commission ou de l'ADLC publiée, l'effet liant sera acquis pour le bénéficiaire de l'immunité totale de clémence comme pour les bénéficiaires de transactions, ces derniers s'interdisant de contester la réalité des griefs et l'effet liant s'appliquant à toute décision finale quant au constat des pratiques. Or, même si la présomption attachée à la transaction ne semble pas être irréfragable, l'entreprise aura rapidement à sa disposition une décision constituant une présomption simple d'infraction, dont elle pourra se prévaloir dans le cadre de l'action en réparation (V. *supra*, n° 131). Les auteurs considèrent encore que le bénéficiaire de la clémence demeurera tenu par la notification des griefs, alors que les entreprises qui choisiraient de se défendre au fond pourront contester certains des griefs et ainsi s'exposer à payer des sommes moins importantes. Il nous semble toutefois utile de rappeler qu'il est de plus en plus rare que les entreprises choisissent la voie contentieuses, ces

[1150] YSEWYN J. and KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency program in Europe », *ibid.*

dernières préférant largement recourir aux procédures négociées[1151]. En outre, même si elles parvenaient à faire échec à certains des griefs, l'absence de bilatéralisation de l'effet liant implique que ces mêmes griefs pourront à nouveau leur être reprochés devant le juge de la réparation, ce qui ne saurait à notre avis rendre la voie contentieuse plus attractive que la clémence. Mieux vaut à notre avis échapper totalement à l'amende des autorités de concurrence et voir sa responsabilité cantonnée en principe à ses acheteurs directs et indirects que de tenter sa chance avec la procédure contentieuse. Sauf à avoir la certitude de pouvoir faire échec au griefs notifiés, l'entreprise s'exposerait alors à être sanctionnée au titre du contentieux public, mais aussi au titre du contentieux privé, alors qu'une clémence de rang I offre la certitude d'échapper à l'amende ainsi que de bonnes chances de limiter grandement les effets de l'action en réparation. Ces considérations amènent donc à s'interroger quant à l'effet du contentieux privé sur l'intérêt stratégique de la procédure clémence, jusqu'ici utilisée comme outil de gestion du risque, mais également comme instrument au service de la stratégie de l'entreprise.

b. L'influence du contentieux privé sur l'intérêt stratégique de la procédure de clémence

1013. Si la procédure de clémence nous semble offrir une sécurité moindre par rapport à la procédure de transaction, il n'empêche qu'en cas de succès, elle constituera le meilleur outil de gestion du risque dans l'optique d'une faute lucrative (i). Il conviendra encore d'envisager son effet sur la stratégie consistant à faire de la clémence un outil de stabilisation des coordinations anticoncurrentielles (ii).

i. Procédure de clémence et prévisibilité du montant de la sanction

1014. En matière de procédure de clémence, la réelle incertitude réside dans la question de savoir si l'entreprise qui en fait la demande sera ou non la première à révéler à l'autorité de concurrence l'existence de l'infraction. Dans l'hypothèse où l'infraction aurait déjà été portée à sa connaissance, la question sera alors de savoir si les éléments à disposition du demandeur de clémence sont ou non porteurs d'une « valeur ajoutée significative », et celle de son classement dans la « course à la clémence ». À cette incertitude temporelle s'ajoute l'incertitude géographique liée à la détermination des autorités de concurrence potentiellement compétentes. Ces considérations font de la clémence une procédure empreinte d'incertitudes quant à la possibilité de bénéficier d'une récompense à la suite de la mise en œuvre de la démarche. Mais une fois la démarche entreprise et cette incertitude levée, la sécurité quant au bénéfice de l'immunité ou d'une réduction d'amende est plutôt satisfaisante. En effet, à l'exception d'une

[1151] DUMARÇAY M., « Clémence-transaction : la combinaison procédurale gagnante ? Regards sur la décision de l'Autorité de la concurrence sanctionnant l'entente sur le marché des produits électroménagers », *ibid.*

violation par l'entreprise de son obligation de coopération, l'ADLC comme la Commission seront tenues d'accorder l'immunité d'amende au bénéficiaire d'une clémence de rang I. Le bénéficiaire d'une clémence de rang II devrait quant à lui avoir une assez bonne visibilité de la sanction grâce à l'avis de clémence, bien que le montant de la réduction promise fasse l'objet d'un ajustement au moment du prononcé de la décision de l'ADLC ou de la Commission. En outre, même si l'entreprise n'est pas certaine de pouvoir bénéficier de la clémence, il nous semble qu'elle ne perd rien à tenter de l'obtenir puisqu'elle pourra toujours basculer sur la procédure de transaction en cas d'échec.

1015. Quant à la protection offerte face au contentieux privé, la procédure de clémence nous semble en la matière être le meilleur outil à la disposition des participants à une entente anticoncurrentielle, comme nous le relevions *supra*. Ce constat n'est cependant vrai que pour le bénéficiaire d'une clémence de rang I, puisque les bénéficiaires d'une simple réduction d'amende ne bénéficieront pas de l'exception à la règle de la solidarité passive (qui est à notre avis le principal attrait de la procédure sur le plan civil). En effet, la protection des éléments de preuve ne nous semble pas être aussi intéressante que l'on pourrait le penser de prime abord : contrairement à une procédure de transaction française, qui n'emporte pas reconnaissance de responsabilité, la clémence entre quant à elle dans le champ de la présomption irréfragable de l'art. L481-2 C.com. Protéger les preuves pour tenter de compliquer l'établissement de l'infraction et son caractère fautif n'aurait que peu de sens, puisque l'effet liant permettra presque à coup sûr d'y parvenir. Elle présentera toutefois un intérêt en matière de solidarité passive, puisque les bénéficiaires de la réduction d'amende verront la contribution à la dette partagée entre eux en fonction de la gravité de leur comportement et de leur rôle causal dans la survenance de l'infraction.

1016. En tout état de cause, ni le bénéficiaire d'une clémence de rang I ni le bénéficiaire d'une clémence de rang II ne sauraient échapper totalement à l'action en dommages et intérêts, puisque la quantification du préjudice, pour être effectuée, ne nécessite pas nécessairement d'accéder au dossier de l'autorité de concurrence chargée de l'affaire. Les entreprises devront donc tenir compte de ce risque dans le calcul du rapport coûts/bénéfices de la violation de la règle de droit, qui variera en outre en fonction de leur possibilité d'estimer qui seront les victimes de l'infraction et à quel montant de préjudice elles pourront prétendre. Cette augmentation du niveau global de la sanction de l'entente aura encore un rôle à jouer en matière de stratégies de stabilisation d'une coordination anticoncurrentielle.

ii. Procédure de clémence et stabilisation d'une coordination anticoncurrentielle

1017. Cette forme d'instrumentalisation stratégique de la règle, soulignée par M. le Professeur Petit[1152], repose sur l'idée selon laquelle les entreprises peuvent mettre en place des mécanismes de sanction au sein de l'entente destinés à prévenir tout risque de déviation. En effet, sur les marchés oligopolistiques notamment, le risque existe que l'un des membres de l'entente décide de s'en écarter afin de reprendre une politique concurrentielle lorsqu'elle le juge plus rentable que de poursuivre l'infraction. En pareille hypothèse, la clémence peut être utilisée pour dissuader un tel comportement, l'idée étant que les entreprises souhaitant continuer l'entente dénonceront immédiatement la pratique afin de réduire leur peine tout en infligeant ainsi au tricheur une sanction plus lourde, les entreprises non déviantes coordonnant leur stratégie de dénonciation afin de bénéficier de réductions d'amende (l'idée étant, par anticipation, de décourager toute idée de déviation). Or, le contentieux privé étant un élément alourdissant la sanction, la menace de sa mise en œuvre pourrait paradoxalement servir à stabiliser la coordination.

Conclusion du chapitre

1018. En raison des difficultés relatives à la prévisibilité de la règle en matière de droit des pratiques anticoncurrentielles, les entreprises se trouvent confrontées à un risque. En effet, le flou entourant les notions conditionnant la mise en œuvre de la matière, comme la propension que peuvent avoir les concurrents à en jouer afin de faire condamner la stratégie mise en œuvre par l'entreprise, nécessitent une vigilance accrue de la part de cette dernière. En effet, en cas de condamnation, les conséquences pourraient s'avérer désastreuses : condamnation à une amende et à des dommages et intérêts, nullité, ou encore atteinte à la réputation de l'entreprise. Il importe donc pour elle de maîtriser le risque, ce qui suppose la mise en œuvre d'audits de concurrence, destinés à identifier les comportements mis en œuvre au sein de la structure qui seraient susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles. L'entreprise devra pour ce faire copier les méthodes adoptées par les autorités de concurrence dans le cadre de leurs enquêtes, et associer un avocat à la démarche afin de s'assurer que les pièces recueillies pour la mise en œuvre de l'audit bénéficieront du secret professionnel. Si l'opération révèle l'existence d'un risque, l'entreprise devra déterminer la meilleure manière d'y réagir. Là où certaines préféreront adopter une stratégie de mise en conformité, d'autres préféreront quant à elles poursuivre les pratiques à risque en dépit de la probabilité qu'elles soient détectées et

[1152] PETIT N., « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *ibid*., p. 306 s.

sanctionnées par les autorités de concurrence, la violation de la loi étant susceptible de leur rapporter des sommes dépassant le montant de la sanction encourue.

1019. Lorsque l'entreprise détecte une pratique à risque préalablement à la survenance de l'infraction, elle pourra décider de mettre en place un programme de conformité, l'idée étant justement d'en prévenir la réalisation. Malgré la possibilité d'adopter des programmes répondant aux exigences posées par l'ADLC et la Commission européenne, l'entreprise devrait selon nous préférer la réalisation d'un programme sur mesure. L'idée sera de choisir un programme adapté à ses besoins, suffisamment efficace pour prévenir la commission d'infractions, sans toutefois être trop couteux et contraignant, l'entreprise ayant besoin de suffisamment de liberté pour évoluer sur le marché. En outre, un avocat devra là encore être associé à la démarche, afin de s'assurer que les documents réunis dans le cadre du programme bénéficieront de la protection du secret professionnel. À défaut, ils pourraient être saisis par les autorités de concurrence comme par les victimes, la directive et l'ordonnance n'accordant aucune protection particulière en la matière. Dans l'hypothèse où les pratiques à risque auraient attiré l'attention des autorités de concurrence et les auraient conduites à émettre des préoccupations de concurrence, l'entreprise pourra tenter de mettre en œuvre une procédure d'engagements. Cette dernière présente l'avantage de ne pas donner lieu à effet liant, bien que la décision de l'autorité constitue tout de même un commencement de preuve de l'infraction. Or, l'étude de la jurisprudence révèle que la production d'une décision d'acceptation d'engagements, même accompagnée de nombreux éléments de preuves, ne suffit pas nécessairement à établir l'existence d'une infraction susceptible de constituer une faute civile. Cette procédure permet donc de gérer efficacement le risque, en faisant échapper l'entreprise à toute sanction, bien qu'il soit également possible qu'elle ne lui permette d'échapper qu'à l'amende des autorités de concurrence, sans toutefois la protéger face au contentieux privé.

1020. Dans l'hypothèse où le risque se réaliserait et prendrait donc la forme d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'entreprise pourra réagir de deux manières face au risque de voir une autorité de concurrence poursuivre les pratiques. Elle pourra tout d'abord recourir à la procédure de transaction, qui offre une certaine prévisibilité quant au montant final de la sanction, ainsi qu'une protection contre la communication de preuves aux victimes. Cette protection n'est toutefois pas absolue, puisque les entreprises disposeront de stratégies destinées à la contourner, et que la transaction donnera lieu à effet liant (même si la présomption sera alors réfragable). En outre, la preuve du préjudice pourra se faire même sans accès au dossier de l'autorité de concurrence. La transaction offre ainsi une assez bonne prévisibilité du montant

final de la sanction, favorable à la faute lucrative, bien que le contentieux privé devrait désormais permettre de tempérer cette affirmation (notamment en cas de recours à la cession de créances). Quant à la procédure de clémence, elle s'avérera l'outil probablement le plus adapté à la gestion du risque, à condition que l'entreprise qui en fait la demande parvienne à obtenir une clémence de rang I. Cette dernière lui offrira ainsi une immunité d'amende, ainsi qu'une exception à la règle de la solidarité entre les coauteurs de l'infraction, qui lui permettra ainsi de cantonner efficacement le risque que représente la sanction globale de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle offrira en outre une protection aux éléments de preuve remis aux autorités de concurrence dans le cadre de cette procédure, qui, bien qu'elle ne semble là encore pas absolue, pourra permettre d'amoindrir l'efficacité de l'action des victimes. Les bénéficiaires d'une clémence de rang II ne disposeront quant à eux que d'une réduction du montant de l'amende, ainsi que de la protection accordée aux éléments de preuves. La principale difficulté relative à la procédure de clémence réside dans les incertitudes entourant sa mise en œuvre, l'entreprise n'étant pas garantie d'être la première à dénoncer l'infraction, ou de pouvoir apporter à l'autorité des éléments de preuve présentant une valeur ajoutée significative. Il n'empêche qu'il demeure tout de même intéressant d'en faire la demande, puisque l'entreprise pourra toujours basculer sur une procédure de transaction en cas d'échec.

1021. Le développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait donc selon nous compliquer la gestion du risque pour les entreprises, en introduisant une plus grande incertitude quant au montant final de la sanction. Aucune des solutions évoquées ci-dessus ne permet en effet d'offrir une protection absolue contre les conséquences civiles de l'infraction. Or, les évolutions relatives à l'effet liant des décisions de condamnation, à la possibilité d'estimer le préjudice lorsqu'une démonstration exacte s'avère trop difficile pour la victime, ainsi que la création d'une présomption de causalité à leur bénéfice devrait augmenter le niveau de risque pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ces derniers devront notamment prendre garde à la possibilité pour les victimes de se regrouper dans la cadre d'une action collective organisée par un cabinet d'avocats, ou de voir l'action intentée par une entreprise cessionnaire de leurs droits. Cette constatation appelle donc à envisager le recours à des outils spécialement adaptés à la gestion des conséquences civiles de l'infraction, qui viendront se cumuler aux solutions évoquées dans le cadre du présent chapitre.

Chapitre 2nd : Les stratégies spécifiques au risque de contentieux privé

1022. Les récentes avancées législatives et jurisprudentielles en faveur d'une amélioration des droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles témoignent d'une judiciarisation de la matière. M. Danet[1153] décrit le phénomène de judiciarisation comme celui d'une « double tendance à la multiplication des normes et au recours croissant à l'institution judiciaire pour le règlement des différends », les parties préférant saisir le juge « plutôt que de s'incliner devant la fatalité ou le fait accompli, d'engager une négociation amiable ou de solliciter l'intervention de l'administration ou la médiation d'un tiers ». Or, si le droit fait depuis longtemps partie de la stratégie des entreprises dans le monde des affaires anglo-américain, les stratégies juridiques sont, en France, longtemps demeurées dans l'ombre, la société française étant habituée « à vivre sans le juge et sans le juge judiciaire en particulier ». Ainsi, face au mouvement de judiciarisation du contentieux privé (dont témoignent tant les textes nouveaux que l'accroissement du contentieux devant les juridictions judiciaires en Europe[1154]), l'entreprise devra intégrer à sa stratégie juridique des outils spécifiquement dédiés à la gestion de ce risque nouveau. Il s'agira là en effet d'un ajout essentiel à cette dernière, puisque le rôle du juriste consiste à distinguer avec autant de précision que possible le permis de l'interdit, dans le but de conférer à l'entreprise la plus grande liberté d'action possible sur le marché. Or, le droit des pratiques anticoncurrentielles est une matière qui ne permet pas toujours de délimiter avec une précision suffisante les stratégies de marché que la loi autorise, l'entreprise s'exposant alors à de lourdes sanctions[1155]. Il conviendra ainsi d'étudier, selon la distinction opérée par M. Danet[1156], les stratégies mise en œuvre avant le procès d'une part (Section 1ère), et celles mises en œuvre pendant le procès d'autre part (Section 2nde).

Section 1ère : La gestion du contentieux privé avant survenance du litige

[1153] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », Revue internationale d'intelligence économique, 2010/2, vol 2, p. 277.
[1154] LABORDE J-F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », Concurrences n°1-2017, p. 36
[1155] BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », Revue de la Concurrence et de la Consommation, janvier-février 2006, n° 144, p. 11.
[1156] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *ibid.*

1023. Préalablement à la survenance du litige, l'entreprise disposera d'un certain nombre d'outils lui permettant de gérer le risque de contentieux privé. Nous aborderons ainsi, dans un premier temps, les stratégies que M. Danet qualifie de « préprocessuelles »[1157], qui comprennent les stratégies d'évitement et de confortement. Les premières consistent à éviter le procès, permettant ainsi d'échapper à toute sanction (§ 1er), alors que les secondes visent, lorsque l'évitement n'est pas possible, à aborder le procès en situation de force (2nd).

§ 1er : Les stratégies d'évitement face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

1024. Les stratégies d'évitement consistent, pour une société, à ériger des boucliers judiciaires destinés à la mettre à l'abri de toute responsabilité civile. Ces derniers peuvent prendre plusieurs formes, les plus communes étant les stratégies visant à limiter l'expansion du risque au sein de l'entreprise en compartimentant la structure (A), et les stratégies visant à défausser la responsabilité sur un tiers (B).

A. Stratégie de cloisonnement du risque et contentieux privé

1025. La stratégie de filialisation du risque consiste à identifier les activités les plus exposées à un risque juridique afin de les isoler du reste de l'entreprise, de sorte qu'en cas de réalisation du risque, seule la structure qui les supporte soit « sacrifiée à la vindicte du tiers et du juge ». L'écran de la personnalité morale permet en effet en principe de faire obstacle à toute extension de « l'obligation de réparer les dommages causés », bien qu'employer une telle stratégie suscite généralement une réponse très hostile de l'opinion publique[1158]. En effet, l'exigence de causalité implique que les conséquences du fait dommageable soient rattachées à la personne qui en est à l'origine. Or, le droit de la concurrence raisonne quant à lui à partir de la notion d'entreprise, qui dépasse la notion de personne du droit civil (1), ce qui ne manquera pas d'obliger l'entreprise à revoir sa stratégie de gestion du risque. Elle devra en outre prêter attention à la question du cloisonnement du risque en cas de rachat d'une société à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle (2).

[1157] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *ibid.*
[1158] *Ibid.*

1. La détermination du sujet de droit, l'opposition entre droit de la concurrence et droit de la responsabilité

1026. Le droit de la responsabilité impute l'obligation de réparer le dommage à la personne, physique ou morale, qui en est à l'origine (a). L'opposition entre le droit civil et le droit de la concurrence réside en ce qu'il n'existe pas de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, bien que le droit admette, de manière ponctuelle, la perméabilité des frontières de la personnalité morale. Si la directive 2014/104 pouvait se voir reprocher son manque de précision sur la question, le législateur français affirme désormais la solution selon laquelle l'entreprise est formée par l'ensemble des personnes physiques et morales qui ont concouru à l'infraction (b).

a. L'entreprise au-delà des frontières de la personnalité morale

1027. Lorsqu'intervient une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, elle est le fait d'une entreprise, définie comme l'entité exerçant une activité économique de manière indépendante sur un marché. L'entreprise est ainsi le plus souvent constituée d'une ou plusieurs personne(s), physique(s) (notamment des professionnels libéraux) ou morale(s), et peut même comprendre des entités dépourvues de personnalité juridique comme par exemple une société disparue à la suite d'une restructuration ou d'une fusion-absorption. L'entreprise peut ainsi être constituée d'une société mère et d'une filiale qu'elle contrôle à 100%, les deux personnes juridiques constituant alors une seule entité économique[1159].

1028. Du point de vue du droit de la concurrence, la notion d'entreprise permet ainsi la condamnation solidaire des personnes qui la composent, une société mère étant alors responsable de l'infraction commise par la filiale qu'elle détient à 100%, et ce même en cas de détention indirecte, par le biais d'une ou plusieurs autres filiales. La règle se justifie par le fait que la filiale détenue à 100% est alors « présumée suivre la politique dictée par sa société mère, et ne jouir d'aucune autonomie ». Cette présomption est cependant réfragable, à condition de démontrer des éléments permettant d'établir l'autonomie comportementale de la filiale, ce qui s'avère extrêmement difficile en pratique. Or, du point de vue du droit des sociétés, le groupe n'est pas doté de la personnalité juridique, ce qui s'oppose à ce qu'une société mère puisse être tenue responsable des dettes de sa filiale[1160]. Cette absence de personnalité s'oppose en effet à

[1159] MAINGUY D. et DEPINCE M., « Droit de la concurrence », Lexis Nexis, 2015, 2ème édition, p. 222, n° 218 et p. 265, n° 269.
[1160] CONSTANTIN A., « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », RTD Com., 2011, n° 2, p. 365.

ce que le groupe soit détenteur de droits et d'obligations, et justifie ainsi qu'il ne puisse faire l'objet d'une condamnation, comme l'a illustré la Cour de cassation dans l'affaire « JCB ». La société JCB est ses filiales, condamnées pour entente par la CJUE, avaient alors fait l'objet en France d'une action en réparation visant le groupe JCB, à l'occasion de laquelle la victime n'a pas pu obtenir gain de cause puisque le groupe n'est pas pourvu de la personnalité juridique[1161]. Cette problématique a ainsi pu conduire à envisager la création en la matière d'un régime de responsabilité du fait d'autrui.

b. L'absence de responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales

1029. Comme le relève M. le Professeur Gimonprez[1162], le droit français ne permet pas aux créanciers d'une filiale insolvable de poursuivre la société mère afin de recouvrer leurs créances impayées, et les sociétés mères n'hésitent pas à abandonner leurs filiales lorsque tel est le cas. Dans la mesure où les principes relatifs à la personnalité morale, à l'effet relatif des conventions, et à l'autonomie du patrimoine s'opposent à ce que le créancier impayé puisse poursuivre les autres membres du groupe pour obtenir le paiement des sommes dues, le groupe est donc un instrument privilégié pour la maitrise des risques financiers, et constitue en lui-même une technique de limitation de la responsabilité par le biais du principe d'indépendance des personnes morales qui le constitue.

1030. Or, le Professeur Gimonprez souligne l'hostilité de la doctrine face à la reconnaissance d'un principe de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, notamment parce qu'il en découlerait une violation du principe de limitation de responsabilité dans les SA et les SARL, mais également parce que « s'attaquer aux structures de direction des groupes [risquerait] d'entraîner leur fuite à l'étranger ». Cette argumentation n'est cependant pas partagée par l'auteur, dans la mesure où le droit fait parfois abstraction du principe d'autonomie des membres du groupe, et parce que « la limitation des risques offerte par certaines formes sociétaires n'a rien d'absolu, la responsabilité personnelle devant renaître dans les situations où les besoins de sécurité juridique l'emportent sur les aspects de la libre entreprise ». L'auteur illustre ce dernier argument à travers l'exemple de la faute de gestion en droit des sociétés, ou encore la confusion des patrimoines du droit des entreprises en difficulté. Il en conclut qu'à l'heure actuelle, la responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale peut être engagée sur un nombre considérable de fondements différents, sans qu'aucun ne soit véritablement efficace,

[1161] PREVOST S., « Impossibilité de condamner un groupe de société », Revue des sociétés, 2012, n° 1, p. 37 ; Com., 15 novembre 2011, n° 10-21701.
[1162] GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », Revue des sociétés, 2009, n° 4, p. 715.

et préconise la sortie « d'un régime d'exception mal défini pour entrer dans l'ère d'un principe de responsabilité du fait d'autrui épousant l'activité des groupes ».

1031. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile[1163] n'a cependant pas franchi le pas de la création d'un régime de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, et seul son art. 1248 pourrait éventuellement faire l'objet d'une interprétation allant en ce sens. Il semble toutefois qu'une telle interprétation n'ait que peu de chances de prospérer devant les juridictions, dans la mesure où elle serait contraire à l'esprit du texte tel que révélé par les travaux parlementaires. Un rapport publié par le Sénat préconise ainsi d'écarter « la consécration de l'existence d'une responsabilité sans faute du fait d'un état de dépendance économique »[1164]. Le rapport recueille divers avis, très majoritairement opposés à la mise en place d'un tel système, qui « [remettrait] en cause l'un des piliers fondamentaux du droit civil », à savoir la personnalité juridique. La dangerosité du mécanisme « pour l'attractivité économique de la France » est également dénoncée par le rapport, aux côtés de l'important contentieux auquel elle donnerait lieu, notamment eu égard à la définition de la notion de « contrôle » exercé par la mère sur sa filiale. M. André Gariazzo, premier avocat général à la Cour de cassation, souligne quant à lui « les dysfonctionnements qu'un tel régime engendrerait, [insistant] sur les risques de délocalisation de certaines activités motivées par la volonté d'échapper à des mises en jeu de responsabilité ». Le groupe de travail de la Cour de cassation, présidé par M. Pierre Sargos, s'oppose également à la mesure en l'état, du fait de son imprécision et du risque de délocalisation qu'elle comporte. L'emploi du terme « en l'état » laisse toutefois entendre qu'une version plus précise du texte pourrait un jour emporter l'adhésion de la Cour de cassation, mais tel n'est pas le cas pour le moment.

1032. Du point de vue du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la question est réglée en droit interne par l'ordonnance du 9 mars 2017, cette dernière assurant la transition en droit civil de la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence. Il convient toutefois de remarquer que la règle pourrait, dans certaines hypothèses exceptionnelles, aboutir à l'engagement d'une responsabilité sans faute de la société mère du fait de sa filiale (V. *infra* n° 1039).

[1163] Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016 [en ligne] http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (consulté le 09/09/2019).

[1164] « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires » (rapport d'information du Sénat n° 558) [en ligne] https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5582.html (consulté le 09/09/2019), recommandation n° 19.

2. L'introduction de la notion d'entreprise en droit civil, l'engagement de la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales

1033. Comme le relèvent très justement les auteurs de l'ouvrage intitulé « L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles », la responsabilité solidaire mise en place par l'art. 11 de la directive 2014/104 ne concerne que les entreprises, mais laisse entière la question de la répartition de l'obligation à la dette entre les personnes juridiques qui la constituent[1165]. En effet, lorsqu'une société appartenant à un groupe commet une faute, la responsabilité d'une autre société du groupe ne pourra être engagée que dans l'hypothèse où cette dernière aurait « elle-même commis une faute en relation causale avec le préjudice subi par la victime »[1166]. Ce principe permettait généralement à la société mère d'échapper à toute responsabilité, et la question se pose aujourd'hui de la mesure dans laquelle il sera influencé par l'ordonnance du 9 mars 2017. Reprenant la distinction déjà établie par les auteurs susmentionnés, il conviendra de considérer distinctement les hypothèses dans lesquelles une autorité de concurrence a sanctionné les pratiques (b), de celles dans lesquelles une telle condamnation n'est pas intervenue (a).

a. La détermination du civilement responsable en l'absence de condamnation par une autorité de concurrence

1034. L'absence de condamnation de la société mère par l'autorité de concurrence compétente peut résulter, d'une part, du fait qu'aucune autorité n'a statué sur les faits : il s'agira ainsi de l'hypothèse d'un contentieux autonome (i). Elle peut encore résulter, d'autre part, de la décision de l'autorité de concurrence de ne condamner que la filiale, sans toutefois condamner la mère : il s'agira alors d'une hypothèse de contentieux de suivi (ii).

i. La détermination des contours de l'entreprise par le juge civil, l'hypothèse du contentieux autonome

1035. Si une partie de la doctrine considère que la notion d'entreprise devrait permettre d'imputer la faute à l'ensemble des personnes qui la constituent (α), l'ordonnance du 9 mars 2017 nous semble introduire un flou en la matière susceptible de permettre aux sociétés mères d'échapper dans certains cas à la condamnation (β).

[1165] BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S., « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », *in* BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 35.
[1166] *Ibid*., p. 39.

α. L'imputabilité de l'infraction aux personnes juridiques constituant l'entreprise

1036. Comme le relèvent les auteurs de l'ouvrage, les textes qui interdisent les pratiques anticoncurrentielles visant l'entreprise, le juge civil dispose déjà des outils nécessaires pour « se conformer aux solutions originales du droit de la concurrence ». L'imputation de la faute civile à la mère est alors possible puisque le juge civil est en mesure de considérer l'entreprise, et, partant, l'ensemble des personnes juridiques qui la composent, comme auteur de l'infraction. Ils relèvent encore la critique que leur adresse Me Saint-Esteben, selon qui le droit français connaîtrait un principe de responsabilité personnelle des personnes morales. Les auteurs considèrent que si le droit de la répression, à travers le public enforcement, « peut frapper toutes les personnes morales qui composent une entreprise, le droit de la responsabilité doit *a fortiori* pouvoir faire de même », et ainsi suivre le droit de la concurrence dans son approche de l'imputabilité. Mme le Professeur Luc souligne très justement qu'il serait contraire au principe d'effectivité de dissocier les règles d'imputabilité du contentieux privé de celles du contentieux public[1167]. Mme le Professeur Carval en déduit ainsi que le juge civil saisi d'une action autonome en réparation doit rechercher lui-même les personnes morales composant l'entreprise, et considère en outre que la présomption capitalistique devrait permettre de rendre la société mère responsable. En effet, l'art. 2 de la directive 2014/104 donne selon elle « l'impression d'une identité entre le responsable de la pratique au sens des articles 101 et 102, et le débiteur de la réparation », puisque le texte désigne l'auteur de l'infraction par l'emploi du terme « entreprise » ou « association d'entreprises ayant commis l'infraction au droit de la concurrence ».

1037. Si nous rejoignons le raisonnement des auteurs de l'étude au sujet du rôle qu'aura à jouer le juge dans la détermination de l'entreprise et des personnes juridiques qui la constituent, les développements relatifs à l'applicabilité de la présomption capitalistique en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles méritent selon nous d'être tempérés. L'ordonnance du 9 mars 2017 introduit en effet dans le Code de commerce un art. L481-9, qui dispose que « lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant ». Le texte ajoute que ces dernières contribuent alors « entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage ». Il s'ensuit que la société mère pourrait

[1167] BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S., « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », *ibid*., p. 48 note 45.

parvenir à gérer le risque de dommages et intérêts au stade de la contribution à la dette. Or, la rédaction choisie par le législateur nous semble en outre susceptible de constituer un tempérament à une identité absolue entre civilement responsable et personne juridique membre de l'entreprise.

β. Les conséquences de la solidarité passive sur le cloisonnement du risque concurrentiel

1038. Il convient tout d'abord de remarquer que la rédaction de l'art. L489-1 C.com reprend la solution classique du droit civil en matière de contribution à la dette. Ainsi, la société mère *solvens* pourra recourir à la notion de gravité de la faute pour tenter, autant que possible, de faire reposer le poids final de la dette de réparation sur les autres personnes morales qui constituent les différentes entreprises à l'origine des pratiques sanctionnées par le juge, ce qui inclut sa propre filiale. Une telle technique n'offre cependant pas de certitudes quant à ses chances de succès, puisque seule l'hypothèse d'une faute exclusive de la filiale permettrait de faire échapper la mère à toute contribution à la dette. Ainsi, en cas de fautes de gravité égale imputables à la mère et à la filiale, toutes deux devront contribuer à égalité à la dette[1168].

1039. En outre, l'emploi du verbe « concourir » par le texte nous semble offrir à la société mère à qui l'on tenterait d'imputer le comportement de sa filiale détenue à 100% la possibilité d'établir une stratégie de défense destinée à échapper à la sanction civile. Le dictionnaire Trésor de la Langue Française définit le terme concourir comme le fait de rechercher « un résultat précis », ainsi que comme le fait d'apporter son concours à quelque chose, d'y participer, d'y contribuer. Le dictionnaire de l'Académie Française indique quant à lui qu'il s'agit de « tendre au même but », de « contribuer à une même fin »[1169]. En outre, ni la circulaire du 23 mars 2017, ni le rapport au Président de la République ne vont dans le sens d'une application de la présomption capitalistique en matière civile, et demeurent muets sur la question[1170]. En y ajoutant l'hostilité dont font preuve les travaux parlementaires au regard d'une responsabilité sans faute des sociétés mères pour le fait de leur filiale (V. *supra*, n° 1031), il semble que l'emploi du terme « concourir » puisse bel et bien être employé dans le cadre d'une stratégie de

[1168] BEHAR-TOUCHAIS M., « Autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit civil quant aux recours contributoires en cas de condamnation solidaire au paiement d'une amende », Revue des contrats, 1er décembre 2014, n° 04, p. 735.

[1169] Trésor de la Langue Française [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/concourir (consulté le 09/09/2019) ; Dictionnaire de l'Académie Française [en ligne] http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/concourir (consulté le 09/09/2019).

[1170] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, 12 mai 2017, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n°28 ; Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017.

défense, et ce notamment lorsque la sanction de la société mère interviendrait sur le fondement de la présomption capitalistique.

1040. Il a déjà été fait état des difficultés à qualifier de faute civile une condamnation intervenue sur le seul fondement de la présomption capitalistique, en l'absence d'éléments permettant de démontrer que la mère exerce réellement un contrôle sur sa filiale (V. *supra*, n° 78). Tel était le cas dans l'affaire « *General Quimica* », à l'occasion de laquelle le Tribunal de l'Union européenne a considéré que l'influence de la société mère sur sa filiale pouvait être déduite de l'instruction qu'elle avait donné à cette dernière de cesser les pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle participait. L'influence a d'ailleurs été paradoxalement retenue alors que la filiale a refusé de se conformer à cette instruction, et, bien que l'arrêt ait été annulé par la CJUE, l'affaire offre une intéressante illustration des difficultés que pourraient susciter en la matière la rencontre des règles du contentieux public et du contentieux privé. En effet, si un tel comportement venait à être qualifié de faute civile malgré tout, il nous apparaît que la mère pourrait se prévaloir de la théorie de la causalité adéquate pour démontrer l'absence de lien causal entre la faute qui lui est reprochée et le préjudice subi par la victime, dans la mesure où le fait de détenir une filiale à 100% ne conduit pas, dans le cours naturel des choses, à la commission d'une pratique anticoncurrentielle. Il nous semble encore difficile de considérer que, eu égard aux faits de l'espèce, la société mère ait pu concourir à la commission de l'infraction, ce qui pourrait offrir à cette dernière un argument supplémentaire pour échapper à sa responsabilité (V. *supra*, n° 1039).

1041. Il nous apparaît en outre que la solution devrait demeurer la même en matière de contentieux de suivi, cette hypothèse particulière démontrant une fois de plus la possible résurgence d'une indépendance entre sanction publique et sanction civile de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles.

ii. L'absence de condamnation de la société mère malgré la condamnation d'une filiale, l'hypothèse du contentieux de suivi

1042. Comme le relèvent les auteurs de l'ouvrage consacré à l'intensification du droit à réparation, en matière de contentieux public, la Commission européenne dispose d'un choix eu égard aux personnes faisant l'objet des poursuites. Si elle peut décider de poursuivre la filiale et la mère, leur imputant alors une amende solidaire, tel n'est pas toujours le cas. En effet, dans

le cadre d'une affaire dite « du club Lombard[1171] », la Commission européenne a fait le choix de ne poursuivre que la filiale et la société ayant absorbé la société mère (malgré la survie de cette dernière), alors même qu'en principe, et en pareil cas de figure, c'est la société qui était la mère au moment des faits qui doit répondre des pratiques anticoncurrentielles commises par sa filiale. Si le Mme le Professeur Idot considère que la solution s'explique par le mécanisme de la transmission universelle du patrimoine, Mme le Professeur Carval se montre quant à elle très critique à cet égard. En effet, dans la mesure où la mère et la fille forment une seule et même entreprise, le principe de la responsabilité personnelle obligerait à condamner ladite entreprise. La Commission ne devrait donc pas avoir le choix de la personne morale à condamner, et la règle de la solidarité devrait alors s'imposer. Elle considère que, réciproquement, la société mère absorbante ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une condamnation alors même que la société qui était la mère à l'époque de l'infraction existe encore. La matière est effet un droit répressif, qui ne saurait « se satisfaire de solutions qui dépendent d'un pouvoir discrétionnaire de la Commission, que l'on pourrait apparenter au fait du prince »[1172].

1043. Les auteurs de l'ouvrage considèrent que, du point de vue du droit civil, la circonstance selon laquelle la société mère n'aurait pas été poursuivie par l'ADLC est indifférente. Dès lors, si le juge de la réparation constate qu'elle fait partie de l'entreprise auteur de l'infraction, il devra la poursuivre. Quant à la société mère qui aurait absorbé une autre société mère, celle-ci devrait également faire l'objet d'une condamnation en vertu du principe de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée vers l'absorbante. Elle recueillera donc les dettes de sa nouvelle filiale.

1044. Mme le Professeur Carval souhaiterait en outre qu'il soit permis au juge civil de condamner à la fois la mère et la filiale, même dans l'hypothèse où, « à la suite d'un choix discrétionnaire d'opportunité », l'autorité de concurrence aurait décidé de ne condamner que la filiale dans le cadre de l'action publique[1173]. Le choix qu'opère l'autorité de concurrence saisie de l'affaire de ne pas condamner une personne morale qu'elle considère malgré tout membre de l'entreprise ne nous semble pas un obstacle à sa condamnation dans le cadre du contentieux civil. L'affaire « JCB » en constitue la parfaite illustration : en l'espèce, deux des filiales du groupe JCB étaient considérées par la Commission européenne comme auteurs de l'infraction,

[1171] CJCE, 24 septembre 2009, « Erste Group Bank et a. », affaires jointes n° C-125/07, C-133/07, C-135/07 et C-137/07.
[1172] BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S., « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », *ibid*., p. 54
[1173] *Ibid.*

mais cette dernière précisait toutefois que les filiales n'étaient pas destinataires de la décision, choisissant ainsi de ne pas leur imputer l'amende. Les juges du fond ont quant à eux considéré que les filiales avaient commis une faute les obligeant à réparer le dommage, leur imputant ainsi les pratiques malgré l'absence de condamnation par la Commission, raisonnement confirmé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation[1174]. Comme le relève Me Saint-Esteben[1175], la Commission relevait dans sa décision que l'infraction avait été commise par la société JCB Services et ses filiales, décidant toutefois de ne condamner que la société mère au motif qu'elle contrôlait les filiales impliquées. La question se posait de savoir si une décision qui ne leur était pas adressée (selon les termes mêmes de l'art. 7 de la décision de la Commission) pouvait être opposée aux filiales. La Cour de cassation considère que l'absence de condamnation n'interdit pas au juge civil d'apprécier, « au regard des éléments qui lui sont soumis, notamment des décisions communautaires, les éléments de leur comportement constitutifs d'une faute ». Ainsi, malgré le fait que la condamnation ne soit adressée qu'à la seule société mère, d'autres sociétés du groupe pouvaient tout de même être condamnées devant le juge de la réparation, à condition d'établir pour chacune d'elles les conditions de la responsabilité civile. Il nous apparaît alors logique de considérer que, dans l'hypothèse inverse, la mère qui aurait été considérée comme l'un des auteurs de l'infraction mais n'aurait pas fait l'objet de sanction pour des raisons d'opportunité devrait pouvoir se voir imputer les pratiques devant le juge de la réparation, à condition que sa participation à l'infraction puisse bien entendu être considérée comme fautive (V. *supra*, n° 78).

1045. Du point de vue du lien de causalité, l'art. 9 de la directive et ses considérants impliquent que l'infraction est réputée établie de manière irréfragable, et que cet effet liant devrait s'étendre à sa nature, ainsi qu'à sa portée matérielle, personnelle, temporelle et territoriale, ce qui commanderait alors d'interpréter l'art. L481-2 C.com en ce sens, les travaux préparatoires de l'ordonnance du 9 mars 2017 comme la circulaire du 23 mars 2017 n'apportant aucunes précisions sur la question. Ainsi, toute société considérée comme faisant partie de l'entreprise dans la décision de l'ADLC devrait pouvoir se voir imputer les pratiques même si cette dernière a décidé de ne pas la condamner, à condition bien entendu que son comportement puisse être considéré comme une faute civile, sans quoi la condamnation interviendrait, en cas d'application de la théorie de la dualité des fautes, en violation de l'art. L481-2 C.com. La mère

[1174] Com., 6 octobre 2015, n° 13-24.854 (FS-P+B)
[1175] SAINT-ESTEBEN R., « La question de la réparation du préjudice né de pratiques anticoncurrentielles préalablement sanctionnées par la Commission européenne », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 12, p. 526.

pourrait encore se prévaloir de l'emploi du terme « concourir » par l'art. L481-9 C.com pour tenter d'échapper à la règle de la responsabilité solidaire (V. *supra*, n° 1039). La théorie de la dualité des fautes devrait par ailleurs permettre de mettre à l'abri la société mère condamnée sur le seul fondement de la détention du capital de sa filiale.

b. La détermination du civilement responsable en présence d'une condamnation par l'autorité de concurrence

1046. L'hypothèse du contentieux complémentaire appelle à opérer une distinction entre, d'une part, l'hypothèse dans laquelle la société mère fait l'objet d'une condamnation aux côtés de sa filiale (i) et celle, d'autre part, où la sanction est imputée à une société mère à la suite d'une restructuration (ii).

i. L'imputabilité des pratiques en cas de condamnation d'une société mère et de ses filiales dans le cadre du contentieux public

1047. Les auteurs de l'ouvrage consacré à l'intensification du droit à réparation[1176] considèrent que, dans l'hypothèse où une société mère détient une filiale à 100% et a fait l'objet d'une condamnation sur le fondement de la présomption capitalistique, l'effet liant imposerait au juge de la réparation de condamner la mère. Me Saint-Esteben ne partage pas ce raisonnement, considérant « qu'il est permis de douter que le manquement établi de manière irréfragable serait une faute civile », dans la mesure où la mère n'a alors aucun comportement personnel, ce qui porterait atteinte au principe de la responsabilité personnelle de la mère[1177]. Mme le Professeur Carval s'oppose quant à elle fermement à cet argument, rappelant qu'un tel principe « n'est pas gravé dans le marbre du droit civil » et proposant une analyse de la situation fondée sur la notion d'entreprise : il y aurait selon elle fait personnel de l'entreprise, constitué de deux personnes morales, justifiant ainsi la condamnation de la société mère.

1048. Le raisonnement de Mme le Professeur Carval nous semble cependant devoir être tempéré. En effet, comme le relève Mme le Professeur Chagny[1178], s'il est aisé de caractériser la faute de la société mère lorsque la filiale applique pour l'essentiel les directives de cette dernière, tel n'est pas le cas lorsque la condamnation intervient sur le fondement de la simple détention du capital de la filiale par la mère (V. *supra*, n° 78). En effet, les intérêts de la mère et de la filiale quant à la commission de l'infraction sont parfois diamétralement opposés. La

[1176] BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S., « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », *ibid*., p. 56.
[1177] *Ibid.*
[1178] CHAGNY M., « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 265.

mère n'aura aucun intérêt à ce que la filiale commette une infraction qui ne lui rapportera que peu sur le long terme, alors même qu'elle est assortie d'un risque élevé de sanction, là où la filiale pourra y trouver un intérêt financier. Or, est-il vraiment possible de considérer comme une seule et même entreprise deux personnes morales poursuivant des intérêts opposés[1179] ? Cette problématique nous apparaît être une parfaite illustration des limites de la théorie de l'unité des fautes civiles et concurrentielles, justifiant plutôt que, dans un tel cas de figure, il soit fait application de la théorie de la dualité. Si la théorie de l'unité des fautes devait malgré tout prévaloir, une contestation du lien causal, sur le fondement de la théorie de la causalité adéquate, permettrait alors à la mère d'échapper à la condamnation, puisque, comme cela a déjà été évoqué *supra*, le fait de détenir une filiale à 100% ne conduit pas, dans le cours naturel des choses, à la commission d'une pratique anticoncurrentielle. La société mère pourrait enfin, ici encore, se prévaloir de l'emploi du terme « concourir » par l'art. L481-9 C.com pour tenter de contester l'application de la règle de la responsabilité solidaire. Les problématiques relatives à l'imputabilité soulèvent encore des questions relatives à l'exigence de causalité lorsqu'intervient une restructuration. À ce titre, plusieurs cas de figure méritent d'être envisagés.

ii. L'imputabilité des pratiques à la suite d'une opération de restructuration

1049. Les auteurs de l'étude consacrée à l'intensification du dommage distinguent 3 hypothèses d'imputabilité des pratiques à la suite d'une restructuration. Il s'agira, dans un premier temps, d'évoquer l'hypothèse des pratiques commises antérieurement à une absorption de l'auteur de l'infraction par une société tierce et entraînant sa disparition (α). Il s'agira, dans un second temps, d'envisager l'hypothèse de pratiques commises là encore antérieurement à une opération de restructuration, à l'occasion de laquelle survivrait la filiale et se succèderaient plusieurs sociétés mères (β). Il s'agira enfin, dans un troisième temps, d'étudier l'hypothèse de pratiques commises à la fois avant et après une opération de restructuration qui entraînerait une succession de sociétés mères (γ).

α. Absorption et disparition de la filiale auteur de l'infraction commise avant restructuration

1050. Les auteurs[1180] relèvent que, du point de vue du droit de la concurrence, la théorie de la continuité économique de l'entreprise implique, dans l'hypothèse où la personne morale qui a commis l'infraction aurait disparu, que la sanction soit infligée à la personne morale qui aura

[1179] PRUNET F., « Les conflits d'intérêts en droit de la concurrence », colloque « Les conflits d'intérêts en droit des affaires », Gazette du Palais, 8 décembre 2011, n°342 - page 19.
[1180] BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S., « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », *ibid*., p. 57 à 59

repris son activité. Du point de vue du droit civil, la solution serait identique en raison du principe de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. La solution nous apparaît tout à fait cohérente avec le mécanisme de l'effet liant tel qu'il résulte de l'art. 9 et la directive et de l'art. L481- 2 C.com. La constatation d'une faute civile imputable à la filiale donne en effet naissance à une dette dans son patrimoine, l'obligeant à réparer le dommage subi par la victime. Il est alors parfaitement logique que cette dette fasse l'objet d'une transmission à l'absorbante dans le cas d'une opération de fusion absorption, la transmission du patrimoine s'opérant de manière automatique et sans qu'une quelconque disposition contractuelle puisse venir en limiter les effets. Il convient en outre d'évoquer à ce titre le récent arrêt « *Skanska* » de la CJUE, dans lequel la cour affirme le principe selon lequel « la question de la détermination de l'entité tenue de réparer le préjudice causé par une infraction à l'article 101 TFUE est directement régie par le droit de l'Union ». Comme le souligne M. Amaro, il en résulte que « seront tenues pour civilement responsables les personnes qui composent l'entreprise en droit de la concurrence », ce qui conduit à appliquer en droit civil la notion de « continuité économique » du droit des pratiques anticoncurrentielles. La CJUE considère ainsi que « les sociétés absorbantes sont responsables des conséquences préjudiciables des pratiques anticoncurrentielles commises par les sociétés absorbées », et ajoute encore que la notion d'entreprise « ne saurait avoir une portée différente dans le contexte de l'infliction, par la Commission, d'amendes […] et dans celui des actions en dommages et intérêts »[1181].

β. Succession de sociétés mères et survie de la filiale en présence d'une infraction commise avant restructuration

1051. Du point de vue du contentieux public, les auteurs[1182] rappellent que la responsabilité engagée sera celle de la société qui était la mère au moment où l'infraction a été commise, et que tant que cette société mère existe, cette responsabilité la suit même en cas de cession à des tiers « des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction » après la période infractionnelle. La règle s'applique même en cas de cession de la participation détenue dans la filiale auteur de l'infraction. Ce principe reçoit toutefois exception dans

[1181] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019), Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CJUE, 14 mars 2019, « Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions Oy et al. », aff. C-724/17.

[1182] BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S., « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », *ibid*., p. 57.

l'hypothèse dans laquelle l'acquéreur accepterait de reprendre à sa charge les agissements de la société qu'il acquiert, et à la condition qu'il renonce à l'exercice des droits de la défense.

1052. Comme le relèvent les auteurs de l'étude, du point de vue du droit civil, la solution dépendra de la manière dont la nouvelle société mère aura acquis la filiale. Dans le cadre d'une fusion absorption, la règle du transfert universel du patrimoine commanderait alors que la nouvelle société mère reprenne le passif de la société absorbée, impliquant ainsi une divergence de solutions entre le contentieux public et le contentieux privé. Pour autant, cette divergence nous apparaît parfaitement conforme à la règle de l'effet liant de l'art. L481-2 C.com. Dans le cadre d'une acquisition de la filiale par cession des titres par la mère à une nouvelle société mère, les auteurs relèvent que la règle de la transmission universelle du patrimoine ne trouvera pas à s'appliquer, puisqu'il s'agirait alors d'une cession de contrôle et non d'une opération de fusion. La dette résultant de sa faute resterait alors à la charge de la filiale qui aura commis l'infraction, sauf dans l'hypothèse où serait stipulée une clause de garantie de passif concurrentiel qui, bien que moins fréquentes que les clauses de garantie de passif social ou fiscal, « pourraient se développer avec le développement du contentieux privé »[1183].

γ. Succession de sociétés mères en présence d'une infraction commise à la fois avant et après une opération de restructuration

1053. Comme le soulignent les auteurs[1184], le droit de la concurrence impose d'analyser pareille situation comme une commission de l'infraction par deux entreprises distinctes, chacune des sociétés mères se voyant alors « imputer l'infraction pour la période pendant laquelle elle a eu lieu, quand la filiale était sous son emprise », conformément à la solution retenue dans l'affaire « Areva-Alsthom »[1185]. Du point de vue du droit civil, la première société mère ne devrait voir engagée sa responsabilité que pour la partie du dommage correspondant à la période où elle était mère de la filiale. Les auteurs relèvent toutefois que la solution pourrait soulever des contestations relatives au lien de causalité : la victime qui n'aurait été affectée par l'infraction qu'au cours de la période postérieure à la restructuration pourrait en effet tenter d'engager la responsabilité des deux sociétés mères. Elle pourrait alors arguer que le dommage « ne résulte pas de la seule infraction commise par la société restructurée, et qu'il est pour partie la conséquence de celle commise avant la restructuration ». Il s'agirait alors pour la victime de démontrer que « la première infraction a joué un rôle d'impulsion, ou d'incitation, de celle qui

[1183] *Ibid.*, p. 59.
[1184] *Ibid.*, p. 60.
[1185] CJCE, 10 avril 2014, Areva SA e.a. c/ Commission européenne, affaires jointes C-247/11 P et C-253/11 P.

lui a succédé ». Il nous apparaît en effet possible de voir une juridiction admettre un tel raisonnement, fondée sur notion de dommage en cascade (V. *supra*, n° 324) : le dommage subi au titre de la période post-restructuration serait en effet la conséquence de l'infraction commise antérieurement à la restructuration, à condition de démontrer l'absence de rupture du lien causal.

1054. En application de l'art. L481-9 C.com, l'ensemble des personnes morales ayant concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle sont tenues solidairement de réparer le préjudice en résultant. Or, le choix du terme « concourir » implique la participation et la recherche d'un résultat précis par les personnes condamnées, qui doivent avoir tendu vers un même but, contribué à une même fin (V. *supra*, n° 1039). Il nous apparaît ainsi que, dans l'hypothèse étudiée, les différentes personnes morales ne tendent pas à la recherche d'un but commun, et il conviendrait donc d'isoler, du point de vue du droit civil, les deux entreprises. Les personnes morales constituant la première entreprise seraient alors responsables solidairement entre elles pour la période antérieure à la restructuration, et celles constituant la seconde entreprise seraient alors responsables solidairement entre elles pour la période post-restructuration. La référence à la notion de « comportement conjoint » à l'art. 11 de la directive semble elle aussi commander de retenir cette analyse, l'adjectif conjoint désignant, selon le dictionnaire Larousse, des problèmes qui ne peuvent être séparés l'un de l'autre (V. *supra*, n° 188 s).

1055. Les auteurs de l'étude précisent enfin que, dans l'hypothèse où la société mère aurait absorbé la filiale au lieu de racheter ses titres, « la solution selon laquelle chaque société ne répond que du dommage qu'elle a causé quand elle était mère » ne trouvera pas à s'appliquer. La règle de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante imposerait alors de tenir l'absorbante pour responsable des dettes de la filiale nées lors de la période antérieure à l'opération de fusion. Celles-ci viendraient alors s'ajouter à la dette née du fait de la continuation des pratiques postérieurement à la restructuration.

1056. Le recours à une stratégie de filialisation du risque ne nous semble donc plus envisageable face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, les nouveaux texte ne semblant offrir qu'une possibilité très limitée pour la société mère d'échapper à la règle de la solidarité, et qui ne nous semble pas compatible avec une telle stratégie puisqu'elle supposerait que la mère soit de bonne foi et n'ait pas concouru à la commission de l'infraction aux côtés de sa filiale (V. *supra*, n° 1039). Or, la filialisation n'est pas la seule stratégie d'évitement du procès,

l'entreprise ayant encore la possibilité de recourir à la technique contractuelle pour se défausser de sa responsabilité sur un tiers.

B. Stratégie de défausse juridique et contentieux privé

1057. Eu égard aux développements ci-dessus, les stratégies de défausse juridique semblent constituer la meilleure option dont disposent les entreprises souhaitant échapper aux conséquences civiles de l'infraction en mettant en place une stratégie d'évitement. Sans prétendre à l'exhaustivité (les seules limites étant le respect du droit des obligations et l'imagination des parties), deux stratégies de défausses nous semblent particulièrement efficaces[1186]. Il pourra ainsi s'agir de désigner contractuellement la personne sur laquelle pèsera la charge finale de la dette au sein d'un groupe de société (1), ou encore de défausser les conséquences civiles de l'infraction sur une société externe au groupe (2).

1. La défausse des conséquences civiles de l'infraction au sein d'un groupe de sociétés

1058. S'il est désormais acquis que la victime de pratiques anticoncurrentielles pourra engager la responsabilité solidaire de l'ensemble des personnes physiques ou morales qui auront participé à l'infraction sur le fondement de l'art. L481-9 C.com, la solidarité « n'intéresse que les poursuites du créancier à l'encontre des débiteurs ». Subsiste alors le problème de la contribution à la dette, qui imposera de déterminer la part de la dette finalement supportée par chacun des codébiteurs en procédant en principe par parts viriles (c'est-à-dire en divisant la valeur totale de la dette par le nombre de codébiteurs solidaires)[1187]. Bien que prévoyant une responsabilité solidaire des personnes ayant participé à l'infraction, l'art. L481-9 déroge à ce principe en opérant répartition du poids de la dette en fonction de la gravité des fautes de chacun et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage (ce qui rappelle la solution applicable en matière de responsabilité *in solidum*[1188]).

1059. Or, la Cour de cassation admet que les codébiteurs d'une obligation solidaire puissent déroger à la règle de la répartition par parts viriles pour déterminer contractuellement la part de la dette qui sera finalement supportée par chacun. La répartition peut ainsi se faire inégalement entre les codébiteurs, et la jurisprudence est même allée jusqu'à admettre que le contrat fasse

[1186] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », Revue internationale d'intelligence économique, *ibid.*
[1187] DEVEZE J., « Division de la dette : contribution entre codébiteurs solidaires », Le Lamy droit du financement, 2018, n° 3778.
[1188] BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019, n° 758, p. 601 ; BEHAR-TOUCHAIS M., « Autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit civil quant aux recours contributoires en cas de condamnation solidaire au paiement d'une amende », *ibid*.

« supporter le poids entier de la dette à celui des codébiteurs dans l'intérêt exclusif duquel l'obligation a été contractée, les autres ne jouant alors que le rôle de garants »[1189]. La question se pose dès lors de savoir si une telle clause pourrait ou non être stipulée dans un contrat liant une société mère et ses filiales ? La réponse nous semble positive, dans la mesure où, d'une part, la stipulation d'une telle clause ne violerait aucune disposition d'ordre public, et d'autre part, n'aurait pas pour effet de priver la victime de la garantie offerte par la solidarité en cas d'insolvabilité de la filiale, puisqu'elle pourrait demander paiement de l'intégralité de la somme à la société mère grâce au mécanisme de la solidarité. Il convient encore de remarquer que, du point de vue du contentieux public, la CJUE admet que « les parts définitives dans la dette peuvent être fixées […] contractuellement ». Il appartient donc à l'entreprise de répartir « en son sein le poids définitif de la dette d'amende, ce qui suppose un accord entre les personnes morales (accord qui ne sera pas forcément difficile à obtenir si la filiale est non autonome) »[1190]. Il semble toutefois en théorie possible pour la filiale d'engager la responsabilité de la société mère sur le fondement de l'art. L442-1 C.com, à condition de démontrer que la stipulation en cause est constitutive d'un déséquilibre significatif.

1060. Si la stipulation de telles clauses peut à priori sembler une excellent élément de gestion du risque, il n'empêche qu'elles conduiront très probablement les autorités de concurrence à en déduire l'absence d'autonomie de la filiale, permettant ainsi de calculer l'amende au niveau du groupe, ce qui aura pour effet d'en augmenter le montant. Or, si la filiale n'est pas capable de supporter les montants cumulés de l'amende et des dommages et intérêts qui auront été mis à sa charge par le contrat, la règle de la solidarité conduira à ce que la société mère supporte le poids de son insolvabilité. La société mère devra alors prendre en compte plusieurs paramètres avant de décider de recourir à une stratégie de défausse juridique. D'une part, quelles sont les chances pour elle d'être condamnée solidairement aux côtés de sa filiale faute d'autonomie de cette dernière ? D'autre part, et en cas de condamnation, la filiale pourra-t-elle supporter le poids des sommes mises à sa charge par le contrat ? Dans l'hypothèse où la sanction globale conduirait la filiale à la faillite, son sacrifice aura-t-il constitué un bouclier suffisamment efficace, malgré la règle de la solidarité, pour limiter les conséquences financières de l'infraction sur la société mère ? L'efficacité de cette stratégie dépendra donc de nombreux facteurs, et ne saurait en aucun cas être garantie. Elle est en outre limitée au groupe, et

[1189] DEVEZE J., « Division de la dette : contribution entre codébiteurs solidaires », *ibid.* ; V. également BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.* n° 757, p. 601.
[1190] BEHAR-TOUCHAIS M., « Autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit civil quant aux recours contributoires en cas de condamnation solidaire au paiement d'une amende », *ibid*.

représente en soit un facteur de risque puisqu'elle pourra permettre d'établir plus facilement l'absence d'autonomie de la filiale et ainsi augmenter le montant global de la sanction. Une alternative pourrait consister à tenter d'obtenir qu'une société extérieure au groupe fasse barrage aux conséquences civiles de l'infraction.

2. La défausse des conséquences civiles de l'infraction en dehors du groupe

1061. Plusieurs techniques de garantie pourraient permettre de défausser les conséquences civiles de l'infraction sur des sociétés extérieures au groupe (a), bien qu'il faille pour ce faire trouver une société qui accepte de prendre en charge lesdites conséquences. À ce titre, le recours à l'assurance protection juridique nous semble le plus réaliste d'un point de vue pratique (b).

a. Le recours aux techniques de garantie

1062. Comme le relève M. Danet[1191], la stratégie de défausse juridique peut être mise en œuvre par le biais de diverses stipulations, telles que la garantie autonome ou la promesse de porte fort. Or, une ordonnance du 23 mars 2006[1192] a consacré plusieurs solutions développées par la pratique, qu'il nous semble utile d'évoquer. L'art. 2322 C.civ a ainsi consacré la pratique des lettres d'intention, qu'il définit comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Leur portée est variable en pratique et, selon la rédaction, elles pourront ne porter aucun engagement, constituant alors de simples recommandations, ou bien valoir cautionnement, garantie autonome, engagement en tant que codébiteur solidaire, voire substitution de débiteur (qui sera novatoire si elle est acceptée par le créancier). Le risque serait toutefois de voir la société contester son engagement sur le fondement du déséquilibre significatif pour tenter d'en obtenir la nullité (art. L442-1 C.com et L422-4 C.com), bien que cette nullité serait sans conséquences dans l'hypothèse d'une garantie autonome.

1063. La délégation novatoire (art. 1337 C.civ) aura ainsi pour effet d'opérer au profit du délégataire (la victime de pratiques anticoncurrentielles) une cession emportant novation, le délégant (l'auteur des pratiques) étant libéré de son obligation, et le délégué devant payer à sa place la somme due au délégataire. La délégation novatoire opère donc une novation par changement de débiteur. La garantie autonome (art. 2321 C.civ) oblige quant à elle le garant, « en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première

[1191] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », Revue internationale d'intelligence économique, *ibid.*
[1192] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006, page 4475, texte n° 29.

demande, soit suivant des modalités convenues ». Cette dernière est particulièrement efficace en ce qu'elle oblige le garant à payer sans discuter le fond de l'affaire, et constitue une garantie indépendante de l'obligation garantie. Le garant ne saurait opposer au bénéficiaire les exceptions tenant à l'obligation garantie : seule un abus ou une fraude manifeste de la part de ce dernier pourraient permettre au garant d'échapper à son obligation de payer. Ces deux techniques posent toutefois la question de savoir quel intérêt pourrait avoir une entreprise tierce à prendre en charge le paiement, bien qu'un tel scénario puisse peut-être se concevoir dans l'hypothèse où un partenaire économique aurait intérêt à soutenir son partenaire en prenant en charge les conséquences civiles d'une éventuelle infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. Le risque serait là encore de voir le partenaire tenter d'obtenir la nullité de son engagement sur le fondement du déséquilibre significatif. Mais il nous semble plus réaliste d'envisager le recours à des professionnels de la défausse juridique, les compagnies d'assurance, qui ont quant à elles un intérêt certain à la prise en charge d'un tel risque, puisqu'elles le font en contrepartie du paiement de primes. Ces dernières ont ainsi développé à cet effet l'assurance protection juridique.

b. Le recours à l'assurance responsabilité civile

1064. Afin de faire face au développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles à la suite du renforcement des droits des victimes par la directive 2014/104, Me Clarenc[1193] souligne que l'une des principales réponses envisagée par les opérateurs économiques réside dans le recours à l'assurance, ces derniers prévoyant de « compléter leur police de responsabilité civile ». L'auteur fait remarquer que la détermination des plafonds de responsabilité impactera nécessairement le montant des polices payées, et qu'il faudra trouver des assureurs ayant une appétence pour ce type de risque, d'autant plus que l'imprévisibilité est importante en matière de pratiques anticoncurrentielles. Tous les acteurs ne seront cependant pas égaux face à l'assurance, « puisqu'en fonction de la taille ou de la puissance économique il sera plus ou moins facile de s'assurer ». Or, si l'assurance responsabilité civile constitue bien une stratégie de défausse juridique, puisqu'elle conduit à substituer l'assureur au responsable pour l'indemnisation de la victime, M. Danet[1194] y inclut également les assurances de protection juridique. Ces dernières nous semblent toutefois plutôt relever d'une stratégie de confortement.

[1193] CLARENC C., « Le dommage », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », 1er janvier 2015, Revue Lamy de la concurrence, nº 42, p. 183.
[1194] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », Revue internationale d'intelligence économique, *ibid.*

§ 2nd : Les stratégies de confortement face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

1065. Lorsqu'il ne lui est pas possible d'éviter d'avoir à supporter les conséquences du procès par la mise en œuvre d'une stratégie de défausse juridique, l'entreprise pourra déployer une stratégie de confortement. Ces dernières visent à mettre l'entreprise en position de subir le procès « dans les conditions les plus favorables possibles »[1195], et peuvent être mises en œuvre par le biais de diverses stipulations contractuelles. M. Danet considère qu'il s'agira notamment d'imposer à l'adversaire le respect de droits qui ne naissent pas spontanément (B), ce à quoi nous proposons d'ajouter les stipulations contractuelles visant à diminuer le coût de la procédure (A).

A. Les stipulations visant à diminuer le coût de la procédure

1066. Deux stratégies nous semblent envisageables en vue de diminuer les coûts de la procédure pour l'auteur des pratiques anticoncurrentielles. Il pourra s'agir, d'une part, de recourir à une assurance de protection juridique qui prendra en charge les coûts liés à la défense de l'entreprise (1), ou, d'autre part, de compter sur l'asymétrie d'information au profit de l'entreprise pour fixer contractuellement le montant des dommages et intérêts (2).

1. La prise en charge des frais de procédure par l'assureur

1067. Si l'assurance de responsabilité met à la charge de l'assureur l'indemnisation de la victime dans l'hypothèse où l'assuré serait condamné, l'assurance de protection juridique ne met à sa charge qu'un rôle d'assistant de l'assuré, qui ne saurait le conduire, en cas de condamnation, à indemniser la victime à sa place. L'assureur « ne défend ni ne fait jamais valoir ses propres droits », ce qui explique que l'assuré conserve un rôle actif dans la conduite du procès, alors qu'il n'a qu'un rôle passif dans le cadre de l'assurance responsabilité civile (« derrière l'assuré qui apparaît seul en nom dans la procédure, se dissimule l'assureur qui, en fait, est le maître véritable du procès »). En application de l'art. L127-1 du Code des assurances, « l' assurance de protection juridique peut produire ses effets à l'occasion d'un litige ou d'un différend affectant n'importe quelle branche du droit. C'est ainsi que les garanties peuvent être plus ou moins étendues selon les compagnies, en fonction de la nature des risques à couvrir et de la qualité du souscripteur »[1196]. La couverture peut ainsi concerner « la fourniture de

[1195] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », Revue internationale d'intelligence économique, *ibid.*
[1196] CERVEAU B., « Assurance de protection juridique », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2014, n° 25 s.

conseils juridiques à l'assuré et l'accomplissement de démarches amiables », ou encore « le fait de procurer à l'assuré un avocat lorsque celui-ci n'est pas en mesure d'en choisir un », ce qui est notamment le cas lorsque le dommage survient à l'étranger. Mais la fourniture de tels services n'est pas obligatoire et l'assureur peut « limiter ses prestations à la seule prise en charge des frais de procès (on parle alors d'assurance frais de procès) ». La question des frais couverts par l'assurance de protection juridique relève donc de la liberté contractuelle, de même que la question de la nature des litiges garantis, la seule limite étant l'ordre public[1197].

1068. Cette dernière semble donc tout à fait adaptée à la prise en charge des frais de procédure relatifs à l'élaboration d'une défense face à l'action en réparation des victimes. Il convient en effet de rappeler qu'en application de la règle de l'estimation et des principes d'effectivité et d'équivalence, la victime devrait être autorisée à ne présenter qu'une évaluation approximative du préjudice subi (V. *supra*, n° 283 s et 316). La charge d'en préciser l'étendue par le biais d'expertises plus poussées, notamment afin de démontrer l'absence de causalité entre les paramètres retenus lors de l'évaluation et la réalisation du dommage, devrait incomber à l'auteur des pratiques. La forte tendance des juridictions civiles à admettre majoritairement le recours à la méthode comparative, qui n'est pas la plus satisfaisante du point de vue de l'exigence de causalité, nous semble d'ailleurs aller dans le sens cette hypothèse (V. *supra*, n° 304 s). Or, de telles expertises ont un coût important, qu'il peut être intéressant d'assurer dans le cadre d'une stratégie confortement. Une stratégie de défense fondée sur la contestation du préjudice s'avère généralement efficace, notamment en cas de production d'études économiques contradictoires, et peut conduire à ce que le demandeur soit débouté de ses demandes, ou que les sommes qu'il réclame soient considérablement réduite (V. *supra*, n° 244). M. Amaro relève ainsi que, dans l'affaire « Cowes », le demandeur n'a obtenu que 7 millions d'euros de dommages et intérêts sur les 117 millions qu'il demandait[1198]. À l'inverse, l'entreprise pourrait considérer plus opportun de renoncer à toute défense basée sur une contestation du montant du préjudice, en contractualisant préalablement à la survenance du dommage le montant auquel auront droit les victimes.

[1197] KULLMANN J., « Définition légale de l'assurance protection juridique », Le Lamy Assurances, 2014, n° 3849.
[1198] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016) », Concurrences n° 4-2016, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-11, 2 octobre 2015, RG n° 14/15779.

2. La stipulation d'un montant de dommages et intérêts

1069. Une étude conduite par M. Laborde[1199] a mis en évidence l'existence de clauses, développées par les praticiens allemands, stipulant le montant des dommages et intérêts que devrait payer l'entreprise dans l'hypothèse d'une violation du droit de la concurrence. La question se pose alors de la validité de telles clauses si elles venaient à être stipulées en France (a), ainsi que de leur intérêt stratégique aux yeux de l'entreprise (b).

a. Nature et validité d'une fixation contractuelle des dommages et intérêts

1070. M. Laborde fait état de deux décisions des juridictions allemandes validant de telles clauses, l'une stipulant que le montant des dommages et intérêts dus par le cocontractant qui commettrait une pratique anticoncurrentielle correspondrait à 15% du prix stipulé au contrat, à moins que le cocontractant victime ne démontre que le montant réel du préjudice soit différent. Une clause similaire prévoyant un montant correspondant à 5% du prix a également été admise. Or, comme le relève un auteur[1200], « de nombreuses entreprises allemandes ont désormais recours de façon régulière aux dispositions de couverture forfaitaire des dommages » dans le cadre de leurs contrats de vente. Il convient donc de s'interroger sur la possibilité d'importer en France cette innovation développée par la pratique allemande.

1071. Le droit français des contrats pose en principe la licéité des clauses prévoyant les conséquences d'une exécution défectueuse du contrat. Les parties peuvent ainsi prévoir contractuellement que le cocontractant n'aura pas à répondre de tel ou tel type de dommage, la clause étant alors une clause de non-responsabilité, ou prévoir un plafond au-delà duquel le cocontractant défaillant n'indemnisera pas le préjudice, la clause étant alors une clause limitative de responsabilité. Ces clauses sont valables, à condition de respecter certaines conditions, et notamment l'art. 1170 du C.civ, qui dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite »[1201]. À cette validité de principe de telles clauses en matière contractuelle s'oppose, en matière délictuelle, une condamnation de principe des clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité, solution fondée sur le caractère d'ordre public des anciens art. 1382 et 1383 du C.civ (devenus 1240 et

[1199] LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges », Concurrences n°1-2017, p. 36.
[1200] BERNHARD J., « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », in BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles », IRJS éditions, 2016, p. 204.
[1201] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 432 s, p. 342 s.

1241)[1202]. Il convient à ce titre de remarquer que si le projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoit d'ajouter au Code civil un art. 1281 posant un principe de validité des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité en matière contractuelle comme extracontractuelle, il prévoit encore un art. 1283 précisant qu'en matière extracontractuelle, la responsabilité pour faute ne saurait être ni exclue ni limitée[1203]. La responsabilité civile du fait de pratiques anticoncurrentielles étant une responsabilité civile pour faute, l'entreprise ne saurait se retrancher derrière de telles clauses pour échapper ou réduire sa responsabilité. Or, la clause développée par la pratique allemande ne nous semble correspondre à aucune de ces hypothèses, puisqu'elle ne vise pas à exclure la responsabilité de l'entreprise, pas plus qu'à la limiter dans la mesure où le montant qu'elle détermine n'est pas définitif et est susceptible de recevoir preuve contraire. Une telle clause évoquerait plutôt, à notre avis, une clause pénale.

1072. Prévue à l'art. 1231-5 du C.civ, la clause pénale est la clause par laquelle les parties fixent par avance le montant des dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution du contrat. Leur rigueur est toutefois susceptible d'être tempérée par le juge en application de l'art. 1152 du même code, celui-ci l'autorisant à réduire son montant lorsque la somme stipulée est « manifestement excessive », ou au contraire à l'augmenter lorsque la somme est « manifestement dérisoire »[1204]. Or, la clause pénale est limitée à l'hypothèse dans laquelle l'une des parties manquera d'exécuter le contrat, ce qui la distingue à notre avis de la clause développée par la pratique allemande, qui concerne une hypothèse de responsabilité civile délictuelle[1205]. Bien que la doctrine ait envisagé les hypothèses où des personnes qui ne seraient pas liées par contrat pourraient tout de même « aménager conventionnellement les conséquences d'une responsabilité délictuelle les concernant », le projet de réforme du droit de la responsabilité civile nous semble limiter les clauses pénales à l'hypothèse de la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle[1206]. L'art. 1284 du projet ne laisse en effet aucun doute en la matière, celui-ci visant notamment la personne « qui manque de l'exécuter » (« le » faisant référence au contrat).

1073. La clause qui nous intéresse semble donc être une clause *sui generis*, celle-ci n'étant susceptible de correspondre à aucune des clauses relatives au dommage connues en droit

[1202] CASSON P., « Dommages et intérêts », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, n° 119 s.
[1203] Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, *ibid.*
[1204] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 438 s, p. 346 s.
[1205] CHANTEPIE G., « Contrats : effets », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019, n° 313.
[1206] CASSON P., « Dommages et intérêts », *ibid.*, n° 119.

interne. Un auteur la qualifie ainsi de clause « de couverture forfaitaire des dommages »[1207]. La question se pose alors de la validité d'une telle clause en droit français. Or, rien ne semble s'y opposer, dans la mesure où le caractère d'ordre public des art. 1240 et 1241 C.civ ne s'oppose qu'aux clauses visant à exclure où limiter la responsabilité de l'auteur de la faute. Tel n'est pas le cas de la clause de couverture forfaitaire, qui ne fait que prévoir un montant de base de dommages et intérêts auquel pourra prétendre la victime en cas d'infraction. La clause nous semble en outre respecter le pouvoir souverain dont dispose le juge quant à l'évaluation des dommages et intérêts, puisqu'elle ne fixe qu'un montant probable du préjudice susceptible de recevoir preuve contraire de la part de la victime dans l'hypothèse où elle estimerait que les conséquences de l'infraction dépassent le montant stipulé au contrat. Il convient alors de s'interroger sur les raisons qui pourraient pousser l'entreprise à stipuler une telle clause.

b. Intérêt stratégique d'une fixation contractuelle des dommages et intérêts

1074. Du point de vue de l'entreprise cliente, l'intérêt de la stipulation d'une telle clause dans le contrat de vente ou de prestation de service la liant à l'entreprise potentiellement auteur de pratiques anticoncurrentielles est évident. Si le comportement de cette dernière vient en effet à être qualifié de pratique anticoncurrentielle, la victime sera dispensée d'avoir à quantifier elle-même le montant de son préjudice. À l'inverse, si l'auteur des pratiques considère que les conséquences réelles de l'infraction sont inférieures à la somme stipulée au contrat, ce sera à lui de le démontrer, la clause opérant alors un renversement de la charge de la preuve[1208]. Il est alors légitime de s'interroger sur l'intérêt que peut avoir un potentiel futur auteur de pratiques anticoncurrentielles à la stipulation d'une telle clause, qui ne joue à priori pas du tout en sa faveur ?

1075. Une première raison susceptible d'expliquer l'existence de telles clauses dans la pratique allemande nous semble être l'effet qu'elles produisent sur l'image de l'entreprise. De la même manière que le recours à une procédure de clémence est de nature à produire des retombées positives sur l'image de l'entreprise, qui participe à assainir le marché dans une démarche expiatoire, cette clause permet de donner l'image d'une entreprise qui, lorsqu'elle fait courir un risque à ses clients, est prête à en assumer pleinement les conséquences. Un autre avantage réside dans l'économie mutuelle dont bénéficient les parties au litige résultant de cette stipulation : en effet, en cas d'échec d'une tentative de résolution amiable du litige, la fixation

[1207] BERNHARD J., « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », *ibid.*
[1208] *Ibid.*

d'un montant de principe des dommages et intérêts dans le cadre de la clause sera de nature à accélérer grandement le déroulement de l'instance. Enfin, le troisième avantage qu'offre cette clause à l'entreprise nous semble résider dans le fait qu'elle peut lui permettre de tirer parti de l'asymétrie d'information dont elle bénéficie par rapport à la victime. En effet, au moment où la clause est stipulée, il est probable que la victime n'ait pas vraiment idée des conséquences réelles qu'auront les pratiques commises par l'entreprise. Cette dernière pourra ainsi peut-être tirer parti de la situation afin de négocier un montant de préjudice inférieur à ce qu'elle aurait pu négocier dans le cadre d'une procédure de transaction. En effet, le litige n'étant pas encore né au moment de la stipulation de la clause, une telle négociation sera probablement plus aisée qu'elle ne le serait après survenance de l'infraction. En outre, cette clause présente l'effet de garantir l'entreprise contre l'échec des négociations, puisque même si elle ne parvient pas à trouver un terrain d'entente avec la victime, elle pourra toujours se retrancher derrière le montant stipulé pour tenter de minorer les conséquences de la sanction civile. L'idée serait ainsi de profiter de l'asymétrie d'information bénéficiant au futur auteur des pratiques anticoncurrentielles pour convaincre la future victime d'accepter une indemnisation donnée, en comptant sur le fait que la bonne volonté affichée par l'entreprise la découragera de se lancer dans une opération de quantification du préjudice qui pourrait révéler un dommage réel supérieur au montant de dommages et intérêts stipulés au contrat. L'entreprise conforte ainsi sa position face au procès en « tempérant dans l'œuf » les conséquences de l'éventuelle future condamnation (une telle clause ne lui interdisant pas, en effet, de contester l'existence de la faute). Mais il ne s'agit pas là de la seule clause dont l'entreprise pourrait tirer parti afin de conforter sa position face à l'action intentée par la victime.

B. Les clauses visant à renforcer la position de l'entreprise face au procès

1076. M. Danet[1209] indique que le renforcement de la position de l'entreprise dans le cadre d'une stratégie de confortement prend en pratique la forme de clauses obligeant l'adversaire à respecter des droits qui ne naissent pas spontanément. L'auteur évoque notamment les clauses de préemption, qui nous amèneront plus largement à envisager la possibilité pour l'entreprise de faire échec à la cession de créances, qui constitue aujourd'hui le risque plus important que génère le contentieux privé (1). Il conviendra ensuite d'envisager les clauses à effet

[1209] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *ibid.*

juridictionnel, qui auront une importance pratique certaine dans la gestion de ce contentieux (2).

1. Les clauses destinées à prévenir la cession de créances

1077. Si les règles du Code de commerce sanctionnaient jusqu'alors par la nullité les clauses interdisant à un cocontractant de céder la créance qu'il détient sur une entreprise, cette interdiction nous semble supprimée par l'ordonnance du 24 avril 2019[1210]. La même interdiction pourrait toutefois être désormais déduites des dispositions du Code civil (a). Cette difficulté pourrait être contournée par l'auteur des pratiques en préférant stipuler une clause de préemption (b).

a. La prohibition des clauses interdisant la cession de créances

1078. Face à l'importante menace que représente la possibilité pour les victimes de céder leurs créances à une société désireuse de les acquérir afin de les concentrer entre ses mains en vue d'exercer l'action en réparation, l'entreprise pourrait être tentée de s'en prémunir par la stipulation de clauses interdisant aux victimes la cession des créances qu'elles détiennent sur elle. Or, l'ancien art. L442-6 II C.com prohibait jusqu'alors de telles clauses, dans la mesure où le texte interdisait à peine de nullité « d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ». L'interdiction s'étendait aux clauses d'agrément, et concernait tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers[1211]. L'objectif de la mesure consistait à empêcher le débiteur de tirer parti de la situation, en profitant des rapports qui l'unissent à son créancier pour obtenir des délais de paiement (ce qui serait beaucoup plus difficile face à un établissement de crédit). Il s'agissait ainsi de garantir la libre mobilité des créances commerciales[1212]. Or, cette interdiction nous semble supprimée par l'ordonnance du 24 avril 2019, qui remplace l'art. L442-6 II par un art. L442-3 C.com qui ne vise plus, parmi les pratiques sanctionnées par la nullité, les clauses interdisant la cession de créances. Il semble toutefois que l'interdiction de céder la créance puisse être obtenue sur le fondement de l'art. 1321 C.civ, qui dispose que le consentement du débiteur n'est pas requis pour que le créancier puisse céder la créance, « à moins que la créance n'ait été stipulée incessible ». Ainsi, le consentement de l'auteur des pratiques, débiteur de la créance de

[1210] Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 16.
[1211] DUMAS J-P et COHEN-BRANCHE M., « Cession et nantissement de créances professionnelles », Répertoire de droit commercial, 2006, n° 15.
[1212] LE GALLOU C., « Nullité prévue par l'article L. 442-6, II, du Code de commerce », Le Lamy droit du contrat, 2016, n° 1164.

réparation, pourra être nécessaire pour que la cession soit possible, à condition que la convention le stipule expressément. Les victimes pourraient toutefois tenter d'obtenir l'annulation d'une telle stipulation sur le fondement du déséquilibre significatif, sur le fondement de l'art. L442-1 C.com. L'art. L442-4 C.com offre en effet la possibilité à la victime d'une infraction à l'art. L442-1 C.com de demander la nullité des clauses ou contrats illicites au regard du texte. Il pourrait donc s'avérer plus sûr de recourir au pacte de préférence pour limiter les conséquences de la cession de créances.

b. La gestion du risque de cession de créances par le pacte de préférence

1079. Si la rédaction de l'art. 1321 C.civ admet la possibilité pour le débiteur de subordonner à son accord la possibilité de céder la créance, cette interdiction pourrait à notre avis, selon le contexte contractuel dans lequel elle s'inscrit, constituer un déséquilibre significatif en ce qu'elle compliquerait considérablement l'obtention de dommages et intérêts pour de nombreuses victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il nous semble ainsi plus prudent pour l'auteur des pratiques de préférer le recours au pacte de préférence, qui aura selon nous de meilleures chances de survivre à la sanction du déséquilibre significatif. En effet, en application de l'art. 1123 C.civ, le mécanisme oblige le promettant qui désirerait céder le bien « à ne pas vendre ailleurs sans avoir proposé d'abord au bénéficiaire »[1213]. Il ne fait donc en aucune manière obstacle à la libre mobilité des créances commerciales, puisqu'en tous les cas, celle-ci pourra être cédée par le créancier. L'auteur de l'infraction pourra ainsi acquérir la créance, qui s'éteindra alors par confusion, évitant qu'une société de rachat de créances (ou un concurrent) ne centralise sur lui des créances. Dans la mesure où le rassemblement des créances permet une quantification efficace du dommage grâce aux avantages qu'offre le procédé en termes d'analyse contrefactuelle (V. *supra*, n° 588 s), le pacte de préférence lui permettra ainsi de payer moins que ce qu'il n'aurait à payer en cas de condamnation. À condition de pouvoir identifier les potentiels cessionnaires (ce qui ne devrait pas être trop difficile en matière de pratiques anticoncurrentielles), il suffira à l'auteur de l'infraction de les informer de l'existence du pacte pour pouvoir obtenir la nullité de la cession si la victime décidait de leur céder directement la créance sans respecter le pacte.

1080. De telles clauses pourront ainsi permettre de gérer le risque de cession de créance, qui est à notre avis le risque le plus important en matière de contentieux privé. Mais ce n'est pas là le

[1213] BENABENT A., « Droit des obligations », *ibid.*, n° 84, p. 85.

seul risque à être généré par la matière, la victime pouvant souhaiter assigner elle-même l'auteur des pratiques.

2. Les clauses à effet juridictionnel

1081. Parmi les clauses à effet juridictionnel, les clauses attributives de compétence permettent aux parties de déroger contractuellement aux règles normales de compétence matérielle ou géographique (a). Les parties peuvent aller jusqu'à faire échapper le litige à la compétence des juridictions judiciaires par le biais clauses alternatives de compétence, qui présenteront un intérêt stratégie certaine face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (b).

a. Les clauses attributives de compétence face au contentieux privé

1082. Les clauses attributives de compétence territoriale (CACT), qui permettent de déroger aux règles de compétence géographique, appellent plusieurs observations et exigent de distinguer les litiges purement internes des litiges internationaux (i). Il semble encore que les parties auront la possibilité de choisir la loi applicable au litige (ii).

i. Les clauses attributives de compétence dans la stratégie de l'entreprise

1083. La stipulation d'une clause attributive de compétence permet consolider la position de l'entreprise en cas de litige, en obligeant le demandeur à se déplacer vers une juridiction qui sera plus éloignée et parfois plus encline à trancher en faveur du défendeur. Les règles de validité de telles clauses ne seront pas les mêmes selon que l'on raisonne dans le cadre de rapports purement internes (α), ou d'infractions transnationales (β).

α. Les conditions de validité de la clause en droit interne

1084. En application de l'art. 48 CPC, la validité d'une CACT en droit français suppose la réunion de deux conditions cumulatives. La première tient à la qualité des parties contractantes, qui doivent être deux commerçants (à défaut de quoi la clause sera frappée de nullité ou réputée non-écrite selon les cas), et la seconde tient à la forme de la clause. Cette dernière doit être stipulée de manière apparente, ce qui semble condamner les attributions de compétence tacite ainsi que les clauses rédigées en petits caractères. Cette exigence implique encore que la clause soit mentionnée dans le contrat, une clause mentionnée dans une simple facture ou un autre document qui n'aurait pas été signé par le cocontractant étant dépourvue de valeur. Il n'empêche qu'en principe, le tribunal saisi ne pouvant pas soulever d'office la nullité de la

clause et se déclarer incompétent, le tribunal désigné par la clause dont la nullité ne serait pas soulevée par l'une des parties demeurera valablement saisi[1214].

1085. Or, en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la circulaire du 23 mars 2017 rappelle que les juridictions compétentes pour connaître de l'action exercée par la victime sont celles désignées par l'art. L420-7 C.com[1215]. Par comparaison, le droit des pratiques restrictives de concurrence connaît une règle identique, et la jurisprudence a déjà eu l'occasion de trancher la question des effets que produit une CACT face à un texte donnant compétence à des juridictions spécialisées pour un contentieux donné. Dans un arrêt du 1er mars 2017, publié au bulletin, la Cour de cassation a ainsi considéré qu'une CACT ne saurait permettre de déroger aux dispositions de l'art. D442-3 C.com, qui dresse la liste des juridictions compétentes pour connaître du contentieux relatif à l'application de l'art. L442-6 C.com (devenu L442-1 C.com). La règle ne concerne toutefois que les relations internes, et ne s'oppose pas à ce qu'une clause attribue compétence à un magistrat étranger, car elle ne modifie alors pas l'organisation juridictionnelle française[1216]. Cette solution nous semble transposable au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, dans le cadre duquel une CACT ne devrait donc pas permettre de déroger à la règle posée à l'art. L420-7 C.com. Mais il semble tout à fait possible de stipuler une CACT qui donnerait compétence à une juridiction faisant partie de la liste de L420-7, ce qui pourrait être intéressant pour l'auteur des pratiques. Choisir, dans les limites du texte, la juridiction la plus éloignée possible des victimes pourra ainsi compliquer pour elles l'exercice de l'action, ce qui pourrait les décourager de choisir la voie contentieuse pour préférer une transaction. Un tel effet sera en outre amplifié lorsque la CACT donne compétence à une juridiction située hors de l'Etat français.

β. Les conditions de validité de la clause en droit international privé

1086. La validité des CACT a d'abord soulevé en jurisprudence la question de leur potestativité. La Cour de cassation s'est ainsi montrée, dans un premier temps, hostile aux clauses à option unilatérale (parfois qualifiées de clauses « dissymétriques »). Mme le Professeur Jault-

[1214] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition, n° 295, p. 166.
[1215] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 2, pt. 1.
[1216] RONTCHEVSKY N., « Rupture de relations commerciales établies : le contentieux interne et les modes alternatifs de règlement des différends », AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2019, n° 1, p.17 ; Com. 1er mars 2017, n° 15-22.675 (Publié au Bulletin).

Seseke[1217] souligne cependant l'évolution de la Cour, qui semble désormais « admettre la validité des clauses dissymétriques de façon générale, sans la limiter aux seules clauses relevant du champ d'application des règlements européens qu'elle ne cite pas dans cette partie de l'arrêt ». La dissymétrie de la clause est désormais indifférente selon l'auteur, à condition qu'il soit possible d'identifier les juridictions susceptibles d'être saisies en cas de litige. La solution découle d'un arrêt de la 1ère chambre civile du 7 octobre 2015 (*eBizcuss.com* c/ *Apple Sales International*), qui marque selon Me Barbet[1218] une évolution par rapport à la solution que la Cour retenait jusqu'alors selon laquelle les clauses à option unilatérale revêtaient un caractère potestatif « contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ». La Cour de cassation apprécie donc désormais ces clauses non plus en se fondant sur la règle de l'art. 1174 C.civ prohibant les obligations affectées d'une condition purement potestative stipulée au bénéfice du débiteur, mais sur le fondement d'une « règle matérielle spécifique de "prévisibilité" ».

1087. C'est donc cet impératif de prévisibilité qui semble déterminant pour apprécier la validité ou non des CACT. En effet, Me De Bovis[1219] rappelle que la CJUE considère que la clause doit être rédigée avec une précision suffisante, et ne saurait concerner que les seuls différends nés ou à naître qui trouveraient « leur origine dans le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue ». Elle ajoute que les CACT se référant de manière abstraite « aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvrent pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle », qui trouveraient leur origine dans la participation du cocontractant à une entente anticoncurrentielle. Selon l'auteur, la solution s'explique par le fait qu'au moment où les parties stipulent une telle clause, un litige relatif au droit des ententes « n'est pas raisonnablement prévisible pour l'entreprise victime », puisqu'il ne saurait trouver son origine dans le rapport contractuel liant les parties. L'arrêt précise toutefois que la clause produira effet lorsqu'elle fait référence « aux différends relatifs aux infractions au droit de la concurrence », la Cour faisant ainsi prévaloir le principe de l'autonomie de la volonté. Cette solution a été confirmée en 2015 dans l'affaire dite du « peroxyde d'hydrogène »[1220], la CJUE considérant que la CACT ne pouvait concerner que les différents nés ou à naître trouvant leur origine « dans

[1217] JAULT-SESEKE F., « Validité de la clause attributive de juridiction : un revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », Recueil Dalloz, 2015, n° 44, p. 2620.
[1218] BARBET J., « La Cour de cassation valide les clauses optionnelles unilatérales, sous réserve de prévisibilité », Cahiers de l'arbitrage, 1er décembre 2015, n°4, p. 757 ; C.cass., 7 octobre 2015, n° 14-16.898.
[1219] DE BOVIS T., « Les actions en réparation du fait de pratiques anticoncurrentielles : Vers de nouvelles fondations des règles de compétence ? », Cahiers de l'arbitrage, 1er décembre 2015, n°4, p. 787 ; CJCE, 10 mars 1992, « Powell Duffryn plc c/ Wolfgang Petereit », aff. C-214/89.
[1220] CJUE 21 mai 2015, « CDC Hydrogen Peroxide », aff. C-352/13.

le rapport de droit à l'occasion duquel [la] clause a été convenue ». M. Mélin[1221] explique qu'il s'agit cette fois encore d'éviter que l'une des parties au contrat ne voit attribués à un for déterminé l'ensemble des différents qui l'opposeraient à son cocontractant et qui trouveraient leur origine ailleurs que dans le contrat au sein duquel la clause a été stipulée. L'auteur relève toutefois la difficulté qui résulte de ce principe en cas de survenance d'un litige relatif au droit de la concurrence. Considérant qu'un litige relatif à la responsabilité délictuelle découlant d'une pratique anticoncurrentielle « n'est pas raisonnablement prévisible pour l'entreprise victime au moment où elle a consenti à la clause », la CJUE indique, dans le même arrêt, qu'une clause se référant « de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle » découlant d'une infraction à l'art. 101 TFUE. De telles clauses ne sauraient être prises en compte selon la Cour que lorsqu'elles se réfèrent expressément « aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence ».

1088. Mais la CJUE, interrogée par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 octobre 2017[1222], précise que la solution diffère lorsque la responsabilité délictuelle trouve son origine dans l'abus d'une position dominante, l'infraction pouvant en effet se matérialiser dans le cadre des relations contractuelles l'unissant au cocontractant victime. Ainsi, la CACT faisant référence au contrat « et à la relation correspondante ou aux relations en découlant entre les parties ne saurait être considérée comme surprenant l'une des parties » au sens de la jurisprudence rendue à l'occasion de l'affaire du peroxyde d'hydrogène. Une CACT ne faisant pas expressément référence aux litiges relatif à la responsabilité découlant d'une infraction au droit de la concurrence pourra donc trouver à s'appliquer aux litiges opposant les cocontractants en cas d'abus de position dominante commis dans le cadre de la relation contractuelle[1223]. L'arrêt apporte une autre précision importante en précisant que la CACT ne nécessite pas, pour produire son effet, qu'une infraction à l'art. 102 TFUE ait été constatée de manière définitive par une autorité de concurrence. Bien que la Cour ne vise dans ses motifs que l'art. 102 TFUE, la solution nous semble transposable en matière d'ententes verticales. En effet, comme le relève M. Mélin, l'arrêt justifie sa solution « par l'idée que le droit pour toute personne s'estimant lésée par une infraction aux règles du droit de la concurrence de demander réparation du préjudice

[1221] MELIN F., « Clause attributive de compétence et violation du droit de la concurrence », Dalloz actualité, 26 novembre 2018.
[1222] CJUE, 24 octobre 2018, « Apple Sales International e.a. », aff. C-595/17 ; Civ. 1ère, 11 octobre 2017, n° 16-25259.
[1223] MELIN F., « Clause attributive de compétence et violation du droit de la concurrence », *ibid.*

subi est indépendant du constat préalable d'une telle infraction par une autorité de la concurrence ». La Cour de précision a en outre récemment rendu une décision définitive dans l'affaire « *Ebizcuss* », à l'occasion de laquelle elle rappelle le principe selon lequel l'application d'une CACT « contenue dans le contrat liant les parties n'est pas exclue au seul motif que cette clause ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence », formule générale qui nous semble confirmer la possibilité d'étendre la solution aux ententes verticales. La Cour conclut en mettant fin au litige au motif que le comportement anticoncurrentiel qui était allégué en l'espèce était « en lien avec le contrat contenant la clause attributive de juridiction », justifiant ainsi que soit constatée « l'incompétence des juridictions françaises »[1224].

1089. Ainsi, une CACT rédigée en termes généraux pourra s'appliquer aux abus de dominante lorsqu'ils sont la conséquence du contrat ou de son exécution, mais tel ne sera pas le cas d'une entente. Les entreprises susceptibles de commettre une infraction au droit de la concurrence devront donc modifier la rédaction de leurs clauses afin de s'assurer qu'elles couvrent également les différends relatifs à l'engagement de la responsabilité civile délictuelle de l'auteur d'une entente ou d'un abus de position dominante. Il convient encore de préciser que l'intérêt des CACT réside dans la possibilité qu'elles offrent aux parties de choisir la loi applicable au litige.

ii. Les clauses attributives de compétence territoriale et le choix de la loi applicable au litige

1090. En application de l'art. 6 du règlement Rome II[1225], les parties peuvent déroger aux règles déterminant la loi applicable aux obligations résultant d'un acte de concurrence déloyale ou d'actes restreignant la libre concurrence dans les conditions prévues par son art. 14. Dans ses considérants, le règlement précise qu'il faut entendre par « actes restreignant la libre concurrence » les infractions à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante, qu'elles soient de dimensions nationales ou communautaires[1226]. La possibilité de déroger contractuellement aux règles de l'art. 6 devrait donc s'appliquer au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

[1224] NOURISSAT C., « Actions indemnitaires en droit des pratiques anticoncurrentielles : quelques enseignements procéduraux récents », Revue Lamy de la concurrence, n° 85, p. 41 ; Cass., 30 janvier 2019, n° 16-25259 (publié au Bulletin).
[1225] Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JOUE, 31 juillet 2007, L199/40.
[1226] *Ibid*., considérants 22 et 23.

1091. L'art. 14 du règlement indique quant à lui que les parties peuvent choisir la loi applicable à une obligation non-contractuelle « par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage » ou, « lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage ». Le texte précise encore que, dans l'hypothèse où « tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». La disposition nous semble concerner l'hypothèse d'une infraction de dimension purement nationale à laquelle les parties auraient convenu d'appliquer une loi étrangère. Ce choix nous semble possible malgré le caractère d'ordre public des art. 1240 et 1241 du Code civil, dans la mesure où la Cour de cassation admet la possibilité de choisir la loi applicable aux litiges relatifs à l'indemnisation des conséquences des pratiques restrictives de concurrence[1227]. L'art. 14 dispose enfin que, « lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par un accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for ». Cette disposition nous semble quant à elle de nature à faire échec à la désignation de systèmes juridiques qui connaîtraient des mécanismes prohibés par la directive, tels que les dommages et intérêts punitifs du droit américain.

1092. Ainsi, il semble que les entreprises pourront déterminer contractuellement la loi applicable à l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles et ainsi choisir la loi d'un pays qu'elles considèrent plus favorable à l'établissement d'une défense en cas de contentieux. En effet, si la directive 2014/104 unifie les droits nationaux des Etats membres en matière de contentieux privé, plusieurs éléments clés sont passés sous silence, tels que la question de l'identité ou de la dualité des fautes civiles et concurrentielles, ou les questions relatives au lien de causalité. Il pourra également s'agir d'identifier les juridictions les plus réticentes à accorder d'importantes sommes aux victimes lorsqu'elles obtiennent gain de cause. Mais la solution la plus intéressante demeure encore de stipuler au contrat des clauses permettant de s'assurer la possibilité de négocier avec la victime préalablement à toute action de sa part devant les juridictions civiles.

[1227] V. notamment : ARONICA C. et OSTOJSKI L., « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction », Le Lamy droit économique, 2019, n° 3103.

b. L'intérêt des clauses alternatives de compétence face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles

1093. Aux côtés des clauses attributives de compétence, le droit français admet l'existence de clauses alternatives de compétence. Ces dernières permettent de faire échapper le litige à la compétence des juridictions judiciaires, que ce soit en vue de parvenir à la négociation d'une solution amiable au litige (i), ou en vue d'obtenir une sentence arbitrale, véritable jugement prononcé par une juridiction composée par les parties (ii).

i. Les clauses instituant une procédure préalable à la saisine du juge

1094. Diverses clauses peuvent être stipulées au contrat pour parvenir à la négociation d'une transaction avec la victime d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles que pourrait commettre l'entreprise (α). La jurisprudence a, au fil du temps, précisé leur régime (β).

α. La notion de transaction « liée »

1095. Pour reprendre l'expression employée par Mme Reverchon-Billot[1228], la transaction peut être autonome comme « liée ». La notion de transaction autonome implique que celle-ci peut être négociée directement par les parties, l'accord transactionnel n'étant pas subordonné à la mise en œuvre préalable d'une procédure particulière telle qu'un autre mode alternatif de règlement des litiges (MARL). Mais il se peut qu'elle corresponde, selon l'art. 1565 CPC, à « [l]'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative ». Elle sera en pareil cas liée à un autre MARL, l'accord auquel parviennent les parties à l'issue de telles procédures étant une transaction.

1096. Si la directive récompense l'auteur des pratiques qui aura indemnisé les victimes dans le cadre d'une transaction, il convient d'observer que plus la transaction sera intervenue rapidement, plus elle présentera d'intérêts en termes de gestion du risque (V. *infra*, n° 1127 et 1132). Il semble donc opportun d'envisager l'inclusions de clauses imposant aux parties la mise en œuvre de telles procédures préalablement à la saisine des juridictions civiles (leur efficacité tendant par ailleurs à en faire des clauses de style).

β. Le régime des clauses instituant une procédure amiable préalable

1097. Les clauses imposant aux parties la mise en œuvre d'une procédure amiable préalable à la saisine du juge appellent notamment deux observations quant à leur régime juridique. La jurisprudence de la Cour de cassation attire tout d'abord l'attention du juriste sur la manière dont doivent être rédigées de telles clauses. La Chambre commerciale a en effet considéré, dans

[1228] REVERCHON-BILLOT M., « Transaction », Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2018, pt. 46 s.

un arrêt du 12 juin 2012, qu'une clause de médiation préalable dont la rédaction limitait son application à un contrat précis n'était pas applicable à un litige concernant la fin d'une relation commerciale plus étendue[1229]. La solution, rendue en matière de pratiques restrictives de concurrence, nous semble présenter de l'intérêt au regard du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. La problématique en cause n'est en effet pas sans rappeler la question de l'applicabilité des CACT aux litiges résultant d'une entente, l'impératif de prévisibilité commandant de les inclure explicitement dans la clause. De la même manière, il nous semble qu'il serait plus prudent d'inclure expressément dans la rédaction de la clause les litiges relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de l'entreprise en cas de pratiques anticoncurrentielles. Une clause générale, qui se contenterait de faire référence à la violation du contrat, pourrait ainsi être considérée comme ne couvrant pas les litiges relatifs à la responsabilité délictuelle de l'entreprise. En effet, comme le relève M. Lecourt, l'efficacité de la clause (cette fois de conciliation) « est circonscrite à la portée que les parties ont bien voulu conférer à la clause et, de fait, à la façon dont elles l'ont rédigée. Une clause stipulée uniquement pour les difficultés nées de l'exécution du contrat n'aura aucun effet si c'est la formation du contrat ou son issue qui cristallise les problèmes »[1230].

1098. La seconde observation concerne cette fois la force obligatoire de telles clauses, que leur reconnaît la Cour de cassation depuis un arrêt du 14 février 2003[1231]. Afin d'assurer que ces dernières ne soient pas ignorées par les parties en pratique, la Cour pose comme principe que la demande formulée devant une juridiction en violation d'une clause de conciliation préalable constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si elle est soulevée par les parties[1232]. En outre, à la question de savoir si la violation de la clause pouvait être régularisée par sa mise en œuvre au cours de l'instance, la Cour de cassation a répondu par la négative, dans un arrêt du 12 décembre 2014. Elle entend ainsi obliger les cocontractants à respecter la clause en sanctionnant son non-respect par une fin de non-recevoir, et ce malgré sa mise en œuvre au cours de l'instance[1233]. La solution, bien que rigoureuse, nous semble parfaitement logique dans la mesure où de telles clauses sont des clauses préalables à l'instance, et constituera un outil

[1229] LECOURT A., « Chronique bi-annuelle de droit de la concurrence », Revue Lamy droit des affaires, 1er juin 2013, nº 83, p. 59 ; Com., 12 juin 2012, n° 11-18852.
[1230] *Ibid.* ; Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45157.
[1231] Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423.
[1232] LECOURT A., « Chronique bi-annuelle de droit de la concurrence », *ibid.* ; TESTU F-X., « Règlement extrajuridictionnel », Dalloz référence Contrats d'affaires, Dalloz, 2010, ch. 133, pts. 133.11. ; Com., 15 juin 2010, n° 09-16323.
[1233] DE LA ASUNCION PLANES K., « L'effectivité des clauses de conciliation préalable », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p.128 ; Cour de cassation, Chambre mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, Publié au bulletin.

stratégique dont pourra se prévaloir l'auteur des pratiques dans l'hypothèse où les victimes décideraient de saisir directement les juridictions du fond. En effet, la fin de non-recevoir aura alors pour effet de conduire le juge à considérer que l'acte introductif d'instance n'a pas produit son effet interruptif de la prescription. La victime ne pourra alors réassigner que s'il elle se trouve encore dans les délais pour ce faire, l'idée étant que le défendeur attendra qu'elle soit prescrite pour soulever cette fin de non-recevoir (ces dernières pouvant être soulevées en tout état de cause, y compris au moment de l'appel, V. supra, n° 648)[1234]. Les clauses instituant une procédure amiable préalable constituent dès lors une arme redoutable entre les mains du défendeur, bien qu'elle fasse l'objet de critiques en doctrine[1235]. Il convient notamment à ce titre de rappeler que l'art. 123 CPC sanctionne par des dommages et intérêts le fait de s'abstenir, dans une intention dilatoire, de soulever une fin de non-recevoir en temps utiles (bien qu'elles puissent en principe être soulevées en tout état de cause). L'existence d'une intention dilatoire sera appréciée souverainement par les juges du fond[1236]. Une telle stratégie pourrait ainsi conduire à faire définitivement échec à l'action de la victime, à condition de soulever la fin de non-recevoir après acquisition du délai de prescription, et d'adopter une attitude de nature à convaincre le juge qu'elle n'a pas été soulevée dans une intention dilatoire.

1099. Bien que rendues tour à tour dans des affaires impliquant des clauses de conciliation ou des clauses de médiations, les solutions évoquées dans le cadre des présents développement nous semblent, eu égard à leur portée générale, indifféremment applicable à l'ensemble des clauses instituant un règlement amiable préalablement à la saisine des juridictions civiles. À titre d'exemple, dans son arrêt du 12 décembre 2014, la Cour de cassation vise la « clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge ». Les clauses compromissoires obéissent quant à elles à un régime différent, et semblent présenter moins d'intérêt face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

ii. Les clauses compromissoires

1100. Du point de vue du droit interne, la clause compromissoire se définit, selon l'art. 1442 CPC, comme « la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ». Le texte la distingue du compromis d'arbitrage, qui est la convention par laquelle les parties

[1234] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), *ibid.*
[1235] V. notamment LAGARDE X., « Contrats et situations litigieuses - Clauses de conciliation : le régime se précise », Revue des Contrats, 1er octobre 2005, n° 4, p. 1141.
[1236] BLANCHET J., « Code de Procédure civile commenté », [en ligne] Lamyline, art. 123.

décident de soumettre un litige déjà né à l'arbitrage. Ainsi, la clause compromissoire porte sur les « différends futurs relatifs à l'exécution d'un contrat ou de plusieurs contrats, différends dont il est impossible de prévoir quels en seront la nature et l'objet »[1237]. La rédaction de l'art. 1442 interroge quant aux champ d'application de la clause compromissoire. Il est admis que les parties puissent « restreindre l'objet de la clause compromissoire par rapport à sa définition légale », en la limitant par exemple aux différends relatifs à l'interprétation du contrat, ce qui aura pour effet d'entraîner un partage de compétence entre la juridiction arbitrale et les juridictions civiles. Les questions relatives à l'interprétation du contrat relèveraient, dans cet exemple, de la compétence du tribunal arbitral, alors que celles relatives à son inexécution relèveraient de la compétence des juridictions civiles[1238]. Mais il ne nous semble pas qu'elle puisse être étendue à des litiges excédant les litiges naissant relativement aux contrat qui la stipule, ce qui pourrait être problématique en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. En effet, si un abus de position dominante peut se matérialiser dans le cadre des relations contractuelles unissant des cocontractant, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour de cassation[1239], il n'est pas certain qu'elle considère qu'un litige relatif à une entente soit un litige né relativement au contrat, cette dernière ayant déjà considéré, en matière de CACT, qu'un tel litige n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat (V. *supra*, n° 1086 s). Elle pourrait ainsi s'inspirer de cette solution pour juger que la clause compromissoire ne couvre pas les litiges résultants d'une entente. Mais une telle interprétation nous semble peu probable : en effet, l'art. 1440 ne fait aucunement référence à la notion de prévisibilité, mais à celle de la relativité. Or, lorsqu'une entente affecte le prix du contrat, ne faut-il pas considérer que l'indemnisation du surprix généré par l'infraction constitue un litige relatif au contrat ? Une telle interprétation serait en outre cohérente avec les objectifs de la directive, qui cite dans ses considérants l'arbitrage au titre des règlements consensuels des litiges qu'elle entend encourager[1240]. De plus, la Cour de cassation a déjà pu juger, dans un arrêt relatif à l'indemnisation de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, que « la généralité des termes de la clause compromissoire traduisait la volonté des parties de soumettre

[1237] *Ibid.*, art. 1442.
[1238] *Ibid.*
[1239] Civ. 1ère, 11 octobre 2017, n° 16-25259.
[1240] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 48.

à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée »[1241].

1101. Il convient encore de remarquer que les parties ne peuvent recourir à l'arbitrage que pour les droits dont elles ont la libre disponibilité, en application des art. 2059 et 2060 C.civ, la jurisprudence française ayant à de nombreuses reprises considéré que le fait qu'une matière soit d'ordre public ne constitue pas un obstacle à l'arbitrabilité du litige[1242]. À ce titre, la jurisprudence considère, en matière de pratiques restrictives de concurrence, que l'action en indemnisation du préjudice résultant de la rupture brutale d'une relation commerciale établie n'est pas réservée aux juridictions étatiques. La Cour de cassation[1243] précise ainsi que l'existence d'une action autonome confiée au ministre chargé de l'économie et au ministère public aux fins de protection du marché ne s'oppose pas à l'arbitrabilité des litiges nés entre les opérateurs économiques relativement à l'application de l'ancien art. L442-6 C.com (devenu L442-1 C.com). Le raisonnement nous semble transposable au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, eu égard à l'indépendance entre l'action des autorités de concurrence, qui a pour objet la protection du marché, et l'action des victimes, qui a pour objet l'indemnisation de leur préjudice. La cour d'appel de Paris a ainsi déjà eu l'occasion de juger que les litige de concurrence (en l'espèce une entente) peuvent faire l'objet de conventions d'arbitrage[1244].

1102. L'art. 2061 C.civ dispose en outre que si la clause compromissoire passée entre un professionnel et un non-professionnel n'est plus, comme par le passé, frappée par la nullité, elle ne saurait lui être opposée. Ainsi, en plus de devoir être acceptée lors de la conclusion du contrat, la clause compromissoire dont se prévaut l'entreprise à l'encontre d'un non-professionnel ne saurait produire effet que si ce dernier, lors de la survenance du litige, réitère son accord pour que le litige puisse être soumis à la juridiction arbitrale. Il convient toutefois de noter que, dans un contrat présentant un caractère international, il est peu probable que la règle trouve à s'appliquer, et la clause compromissoire devrait pouvoir être opposable à un non-professionnel[1245]. Enfin, la clause compromissoire est réputée abusive dans les contrats de consommation, en application des art. L212-1 et R212-2 C.conso, bien que la preuve contraire

[1241] Civ. 1ère, 21 octobre 2015, n°14-25080, publié au Bulletin.
[1242] CADIET L. et CLAY T., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », Dalloz, 2019, 3ème édition, p. 60.
[1243] Civ. 1ère, 21 octobre 2015, n°14-25080, publié au Bulletin.
[1244] AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), Concurrences n° 2-2018, p. 225 ; CA Paris, Ch. 1-1, 19 septembre 2017, « Société Keralan et al C/ Société Système U Centrale Régionale Ouest », RG 16/19968.
[1245] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 309, p. 174.

puisse être rapportée par le professionnel. Même s'il apparaît peu probable qu'une action soit intentée par des consommateurs, ces dernières disposent d'alternatives à l'action de groupe de la loi Hamon, qui pourraient en faire un risque pour l'entreprise en cas de préjudice suffisamment élevé pour justifier leur action (V. *supra*, n° 558). Si elle répond aux conditions évoquées dans le cadre des présentes développement, la clause compromissoire obligera le juge qui aurait été saisi à tort par le demandeur à se déclarer incompétent[1246]. Comme le soulignent des auteurs, le juge n'aura alors pas d'autre choix que de renvoyer les parties à mieux se pourvoir. L'instance sera alors éteinte, et dans la mesure où la demande en justice interrompt la prescription même dans l'hypothèse où elle aurait été adressée à une juridiction incompétente, le demandeur disposera d'un nouveau délai de 5 ans pour saisir la juridiction arbitrale. Il est donc peu probable que le défendeur puisse tirer parti de telles clauses pour obtenir la prescription de l'action de la victime, comme dans l'hypothèse des clauses instituant une procédure de conciliation préalable (V. *supra*, n° 1098). Il n'empêche que la clause compromissoire permettra de renforcer sa position face au procès en lui offrant la garantie de faire échapper le litige à la compétence des juridictions civiles, lui assurant ainsi que l'affaire sera portée devant des arbitres, qui seront le plus souvent des experts de la matière (donc potentiellement plus favorable au triomphe de ses prétentions V. *infra*, n° 1112). Or, si le recours à l'arbitrage présente un certain nombre d'intérêts sur le plan stratégique, des auteurs questionnent sa pertinence par rapport à la transaction en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, eu égard à la question des dispositions récompensant le recours à cette dernière, qui ne seraient selon eux pas applicables en matière d'arbitrage[1247].

Section 2nde : La gestion du contentieux privé après survenance du litige

1103. Contrairement à l'hypothèse développée ci-dessus d'une gestion du contentieux privé préalablement à la survenance du litige, les développements ci-dessus concernent quant à eux l'hypothèse dans laquelle le litige est effectivement né. M. Danet[1248] distingue à ce titre les stratégies destinées à mettre fin au litige sans intervention du juge (§ 1er), de celles destinées à faire échouer l'action de la victime devant les tribunaux (§ 2nd).

[1246] *Ibid.*, n° 312, p. 177.
[1247] COUTRELIS N. et ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n°44.
[1248] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *ibid.*

§ 1er : Les stratégies de soustraction du litige à la compétence du juge

1104. Eu égard à la longueur des procédures, à leur coût et au caractère aléatoire des décisions rendues, les entreprises redoutent généralement le procès. Eviter le procès peut encore permettre le maintien de relations futures mutuellement profitables, « [l]'adversaire d'aujourd'hui [étant] souvent le partenaire de demain »[1249]. Deux mécanismes permettent une résolution du litige sans intervention des juridictions civiles : l'arbitrage (A) et la transaction (B).

A. Le contentieux privé devant la juridiction arbitrale

1105. L'arbitrage est un mode de résolution des litige consistant à porter le litige devant une ou plusieurs personnes librement choisies comme juges par les parties. Cette possibilité de choisir un juge confère à l'arbitrage une double nature, à la fois conventionnelle et juridictionnelle[1250] (1). Cette double nature conduit à douter de la possibilité pour l'auteur des pratiques de bénéficier des dispositions de la directive récompensant le recours aux modes consensuels de règlement des litiges (MCRL), et pose donc la question de l'intérêt stratégique de l'arbitrage face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles (2).

1. La double nature de l'arbitrage

1106. Dans la mesure où le mécanisme trouve sa source dans la volonté des parties, l'arbitrage présente indéniablement un caractère conventionnel (a). Mais il n'empêche que la sentence rendue par l'arbitre présente quant à elle la nature d'un jugement, rendu par des arbitres dont le rôle est de qualifier juridiquement les faits et dire le droit (b).

a. La nature conventionnelle de l'arbitrage

1107. La nature conventionnelle de l'arbitrage transparaît à la fois dans l'origine du mécanisme, qui suppose un contrat (i), mais également dans la manière dont sera tranché le litige, les parties étant libres de choisir le droit qui sera lui applicable (ii).

i. L'origine conventionnelle du recours à l'arbitrage

1108. Comme nous l'exposions dans le cadre de développements *supra* (V. n° 1100), les parties peuvent décider de soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs à un ou plusieurs contrats passés entre elles par le biais d'une clause compromissoire. Mais les parties peuvent encore décider, en dehors de tout rapport contractuel, de soumettre un litige né entre elles à l'arbitrage, en

[1249] *Ibid.*
[1250] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 305, p. 173.

concluant pour ce faire une convention appelée « compromis d'arbitrage » (art. 1442 CPC). Le compromis obéit aux mêmes règles que la clause compromissoire, à ceci près qu'il doit obligatoirement déterminer l'objet du litige que les parties entendent soumettre à l'arbitrage (art. 1445 CPC), là où la clause compromissoire concerne quant à elle, en principe, les litiges nés ou à naître relatifs au contrat[1251]. Ainsi, la question de savoir si le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielle entre dans le champ de l'arbitrage ne se poserait pas en présence d'un compromis d'arbitrage, puisque l'accord de volontés à l'origine de l'arbitrage porte cette fois un litige déjà né et identifié. Une place importante est donc réservée à la volonté des parties, puisque c'est cette dernière qui donne sa source à la compétence du tribunal arbitral. Mais le caractère consensuel de l'arbitrage ne se limite pas à cette seule question, puisqu'il s'étend encore au choix du droit applicable au litige.

ii. L'expression de la volonté des parties quant au droit applicable au litige

1109. Dans l'hypothèse d'un litige purement interne, les arbitres doivent en principe appliquer les règles du droit français, mais l'art. 1478 CPC donne la possibilité aux parties de stipuler une clause selon laquelle les arbitres statueront en amiables compositeurs. Ils seront alors habilités « à statuer en équité, en écartant les règles du droit, mais sans cependant méconnaître les dispositions d'ordre public »[1252]. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, ce choix consiste à autoriser les arbitrer à rechercher, en équité, la solution la plus adéquate au litige opposant les parties[1253]. Cette possibilité pourrait être intéressante face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, eu égard à la possibilité qu'ont les parties de désigner comme arbitres des experts qui seront peut-être plus sensibles à des études économétriques complexes que ne le seraient les juridictions civiles. En effet, si la méthode économétrique constitue en théorie la méthode d'évaluation la plus fidèle à l'exigence de causalité, elle ne rencontre pas un grand succès pratique devant les juges, du fait de sa trop grande complexité (V. *supra*, n° 317). Dans l'hypothèse d'un contentieux international, les arbitres appliqueront le droit qui aura été désigné par les parties, ou, à défaut, « les règles qu'ils estiment appropriées »[1254]. Là encore, l'auteur des pratiques pourrait avoir intérêt à désigner un droit reconnaissant formellement la théorie de la dualité des fautes civiles et concurrentielles, afin de pouvoir tenter d'échapper à toute responsabilité en contestant le caractère fautif de l'infraction constatée par l'autorité

[1251] CADIET L. et CLAY T., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *ibid.*, p. 63 et 64.
[1252] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 315, p. 178.
[1253] Civ. 2ème, 10 juillet 2003, n° 01-16628, Publié au bulletin.
[1254] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 315, p. 178.

compétente. Mais, si l'importante place laissée à la volonté des parties permet d'affirmer le caractère consensuel de l'arbitrage, il convient de ne pas négliger que la sentence rendue par les arbitres à la nature d'un jugement, ce qui confère également au mécanisme un caractère juridictionnel.

b. La nature juridictionnelle de l'arbitrage

1110. Plusieurs traits de la procédure d'arbitrage confèrent au mécanisme une nature juridictionnelle. Tout d'abord, et bien qu'il soit permis de s'affranchir de la plupart des règles du procès judiciaire, l'art. 1464 CPC dispose que l'instance arbitrale doit respecter certains des principes directeurs du procès qu'il énonce. L'instance arbitrale suit en effet « le même schéma que l'instance judiciaire »[1255]. La sentence arbitrale rendue au terme de la procédure a en effet la nature d'un jugement. Elle est ainsi obligatoire pour les parties et met fin au litige, avec autorité de la chose jugée en application de l'art. 1476 CPC. Si la sentence est dépourvue de force exécutoire, cette dernière pourra lui être conférée par un tribunal de grande instance qui rendra une ordonnance *d'exequatur*, sauf si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public (arts. 1477 à 1479 CPC). La sentence est également susceptible d'appel devant la cour d'appel, mais uniquement lorsque la convention d'arbitrage le prévoit. Même dans l'hypothèse où la convention ne prévoirait aucune possibilité d'appel, la sentence sera susceptible d'un recours en annulation devant la cour d'appel, dans les cas énumérés par l'art. 1492 CPC (notamment en cas d'incompétence ou de contrariété à l'ordre public). La règle diffère en matière d'arbitrage international, « la sentence rendue en France ne [pouvant] faire l'objet que d'un recours en annulation », recours auquel les parties peuvent renoncer en application de l'art. 1522 CPC, « à condition que la renonciation soit expresse »[1256]. Ce sont ces caractères juridictionnels qui font douter certains auteurs de l'applicabilité à la procédure d'arbitrage des dispositions récompensant l'indemnisation des victimes par le recours aux MCRL, ce qui conduit à s'interroger sur l'intérêt stratégique de l'arbitrage pour la gestion du risque que représente le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles[1257].

2. L'intérêt stratégique de l'arbitrage

1111. Si l'arbitrage présente un certain nombre d'avantages (a), il semble exclu du champ d'application de l'art. L481-13 C.com, privant ainsi l'auteur des pratiques de la possibilité de

[1255] CADIET L. et CLAY T., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *ibid.*, p. 68.
[1256] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 316 et 317, p. 185.
[1257] COUTRELIS N. et ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », *ibid*.

déroger à la règle de la solidarité entre coauteurs d'une infraction (b), ce qui pourrait nuire à son attractivité par rapport à la procédure de transaction.

a. Les avantages du recours à l'arbitrage

1112. Plusieurs avantages sont classiquement associés à la procédure d'arbitrage, au titre desquels figurent notamment la confidentialité, la célérité, et la possibilité qu'elle offre aux parties de choisir des juges investis de leur confiance. Me Rontchevsky propose ainsi de résumer la philosophie de l'arbitrage au travers de deux citations. La première, de Sénèque, selon laquelle « quand la cause est bonne, on préfère un juge à un arbitre », et la seconde, de Cicéron, selon laquelle « on prend des arbitres avec l'intention de ne pas tout perdre et de ne pas tout obtenir »[1258]. Ces citations illustrent l'idée d'une procédure destinée à limiter les conséquences d'une infraction, qui seront plus graves devant les juridictions civiles qu'elles ne le seront devant le tribunal arbitral.

1113. La stipulation d'une clause compromissoire nous semble particulièrement opportune en ce qu'elle oblige les parties à soumettre le litige à l'arbitrage. Il s'agit là d'un avantage à ne pas négliger, dans la mesure où les clauses de médiation ou de conciliation préalable n'offrent pas une telle garantie. Elles ne font qu'instituer une négociation préalable au litige, mais rien n'indique que cette dernière aboutira à la conclusion d'une transaction, ce qui exposera l'entreprise à une assignation devant les juridictions civiles en cas d'échec. Tel ne sera pas le cas d'une clause portant le litige devant un tribunal arbitral statuant en amiable composition, qui ne laissera alors pas le choix aux parties. Les arbitres trancheront le litige en recherchant une solution équitable pour les parties, à laquelle elles seront tenues de se conformer. La clause compromissoire garantit encore la confidentialité à l'auteur de l'infraction, puisque « la procédure n'est pas publique et la sentence n'est pas publiée ». Or, l'atteinte à son image de marque est l'une des conséquences les plus redoutées par les entreprises (V. *supra*, n° 893). Il convient en outre de ne pas négliger le choix laissé aux parties quant à la composition du tribunal arbitral, les arbitres désignés étant souvent « des personnes spécialement au courant des usages de la branche et ayant une bonne connaissance des questions techniques, spécifiques au litige »[1259]. Cette possibilité pourrait permettre aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles de s'assurer une quantification du préjudice moins importante que devant les juridictions civiles. Ces dernières rejettent en effet la méthode économétrique, plus précise mais trop

[1258] RONTCHEVSKY N., « Rupture de relations commerciales établies : le contentieux interne et les modes alternatifs de règlement des différends », *ibid.*
[1259] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 306, p. 173.

complexe, et lui préfèrent la méthode comparative, qui présente le désavantage d'inclure dans le préjudice des facteurs ayant causé un préjudice à l'entreprise, mais dépourvus de tout lien causal avec l'infraction (V. *supra*, n° 293). Dans le même ordre d'idée, les experts choisis par les parties pourraient s'avérer moins sévères que les juges en termes d'appréciation du caractère fautif ou non d'une éventuelle violation du droit de la concurrence. Comme l'illustre la jurisprudence française, l'application de la théorie de la dualité des fautes peut permettre de réduire les conséquences de l'infraction lorsque certains des griefs reprochés à l'entreprise sont considérés comme non-fautifs sur le plan civil (V. *supra*, n° 82 s). Le choix de l'amiable composition pourrait là encore s'avérer intéressant, pour échapper à la règle de l'estimation du préjudice et aux exigences d'effectivité et d'équivalence. Ces dernières nous semblent en effet permettre à la victime de présenter une quantification rustre du préjudice, à charge pour l'auteur de l'infraction de préciser les contours du lien de causalité (V. *supra*, n° 237 s et 316). Or, comment ce dernier peut-il espérer y parvenir si les juridictions civiles rejettent la méthode économétrique ? L'arbitrage présente ainsi un certain nombre d'avantages, mais également certains inconvénients. Ces derniers ne nous semblent toutefois pas de nature à priver l'arbitrage d'intérêt dans la gestion du risque de contentieux privé.

b. Les inconvénients du recours à l'arbitrage

1114. Il convient tout d'abord d'observer que les remarques relatives aux économies que permet de réaliser l'arbitrage en termes de durée et de coût de la procédure méritent d'être tempérées. En effet, les procédures arbitrales sont « parfois aussi longues » que les procédures devant les tribunaux étatiques, et les honoraires des arbitres s'avèrent en pratique élevés[1260]. Hormis ces remarques communes à l'ensemble des conventions d'arbitrage, la procédure semble présenter un inconvénient supplémentaire en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où elle n'entrerait pas, à priori, dans le champ de l'art. L481-13 C.com. Il s'agirait alors d'un inconvénient de taille, le texte offrant à l'auteur de pratiques anticoncurrentielles qui aura indemnisé la victime dans le cadre d'un MCRL une exception à la règle de la solidarité entre les coauteurs (V. *supra*, n° 182 s). Or, cette dérogation, accompagnée d'une stipulation précisant qu'il est fait obstacle à la solidarité même en cas d'insolvabilité des coauteurs, constitue selon nous l'un des meilleurs outils de gestion du risque qu'offre la directive. En effet, l'indemnisation sera alors limitée au montant négocié avec la victime, le coauteur partie à la transaction se trouvant à l'abri de tout recours contributoire

[1260] BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », *ibid.*, n° 306, p. 173 ; V. également RONTCHEVSKY N., « Rupture de relations commerciales établies : le contentieux interne et les modes alternatifs de règlement des différends », *ibid.*

intenté par les autres codébiteurs solidaires relativement à l'indemnisation de ladite victime (il demeurera cependant solidairement responsable du préjudice subi par les victimes qu'il n'aura pas dédommagé dans le cadre d'un MCRL). S'il ne fait aucun doute que la règle bénéficiera à la procédure de transaction, la nature en partie juridictionnelle de l'arbitrage pourrait s'y opposer. Cette dernière remarque appelle deux tempéraments.

1115. D'une part, il n'est pas certain que l'arbitrage soit exclu du bénéfice de l'art. L481-13 C.com. Comme nous le relevions *supra* (V. n° 179 s), et bien que l'art. L481-13 C.com vise uniquement la transaction, l'arbitrage est considéré par la directive comme un MCRL, ce qui devrait imposer au juge d'en faire de même en raison de l'invocabilité d'interprétation conforme des directives[1261]. L'auteur de l'infraction pourrait donc faire admettre aux juridictions judiciaires que le fait qu'il ait indemnisé une victime dans le cadre d'une procédure d'arbitrage le mette à l'abri de tout recours contributoire des coauteurs relatif à l'indemnisation du préjudice subi par cette victime. D'autre part, il convient de souligner que l'exception à la règle de la solidarité ne présente d'intérêt que lorsque le préjudice subi par les victimes trouve son origine dans une entente ou dans l'abus d'une position dominante collective. La question de savoir si l'arbitrage entre dans le champ de l'art. L481-13 C.com sera donc indifférente en présence d'un abus de position dominante « classique », l'auteur de l'infraction étant alors seul responsable. L'arbitrage conservera donc toute sa pertinence pour les abus de position dominante n'impliquant qu'un responsable, mais il en ira à notre avis de même pour les infractions impliquant plusieurs coresponsables. En effet, l'arbitrage permet de faire échapper le litige à la compétence des juridictions judiciaires avec une certitude suffisante, alors que tel ne sera pas le cas en matière de transaction.

B. La transaction face au contentieux privé

1116. La transaction est un contrat par lequel les parties mettent fin à un litige en contrepartie de concessions réciproques. Elle peut être conclue directement par les parties, ou être l'aboutissement d'une procédure de conciliation ou de médiation (1). Si elle présente plusieurs avantages par rapport à l'arbitrage, son point faible réside dans le fait qu'elle n'offre aucune garantie quant au succès ou à l'échec de la négociation, ce qui aurait alors pour effet de conduire le litige devant les juridictions judiciaires (2).

[1261] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 48 ; CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, affaire 14/83.

1. L'extinction du litige par négociation

1117. Si les parties au litige peuvent directement négocier, sans intervention extérieure, la résolution du litige par transaction (a), il convient de rappeler l'existence de plusieurs procédures susceptibles de parvenir à un tel résultat, qui peuvent en outre être rendues obligatoires par le contrat comme nous l'évoquions *supra* (V. n° 1094 s) (b).

a. Un contrat terminant le litige par concessions réciproques

1118. La transaction a pour objet de mettre fin à un litige opposant les parties par la négociation de concessions réciproques, cette négociation étant de l'essence même de la transaction. Ainsi, comme l'écrit M. le Professeur Puig[1262], « chacun perd ce qu'il concède, mais gagne ce à quoi l'autre renonce. L'équilibre est l'âme de la transaction ». Il s'agit de l'un des contrats nommés du Code civil, et l'un des plus anciens mécanismes juridiques connus du droit français. L'art. 2044 C.civ la définit comme le contrat « par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Le texte ajoute qu'elle doit être rédigée par écrit. Son applicabilité au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ne fait aucun doute, l'art. 2046 C.civ disposant qu'il est possible de « transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit », tout en précisant que « la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ». La transaction est donc un mode extrajudiciaire de règlement des différends, qui termine le litige sans intervention du juge, et peut être directement négociées entre les parties, ou résulter de la mise en œuvre d'autres MARL[1263].

b. Un contrat formalisant le résultant d'un procédure de règlement amiable du litige

1119. Plusieurs procédures permettent d'encadrer les discussions entre les parties à un litige en vue de parvenir à sa résolution par transaction. Un décret du 20 mars 1978 définit ainsi, en son art. 1er, la conciliation extrajudiciaire, qui confie à un conciliateur de justice la mission « de rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au code de procédure civile ». Dans le cadre de cette mission, le conciliateur entend les parties, et est tenu au secret quant aux informations qu'il recueille. Il est saisi par les parties, mais cette saisine n'a pas pour effet d'interrompre ou de suspendre les effets de la prescription. La conciliation extrajudiciaire est adaptée aux petits litiges civils et commerciaux, ce qui nous

[1262] PUIG P., « La transaction : atouts et risques », Les Petites affiches, 2009, n° 241, p. 29.
[1263] CADIET L. et CLAY T., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *ibid.*, p. 74 et 75.

conduit à penser qu'elle ne sera pas toujours adaptée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles[1264]. La médiation extrajudiciaire est quant à elle une procédure plus souple.

1120. La médiation peut être purement conventionnelle, ou être encadrée par un règlement déterminé par les parties. Selon l'art. 21 de la loi du 8 février 1995[1265], la médiation « s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ». Dans sa version « libre », elle consistera pour les parties à « s'entendre pour qu'un tiers les rapproche et leur permette de parvenir à un accord ». Il convient à ce titre de remarquer que l'art. L152-1 C.conso impose aux professionnels, en cas d'inexécution totale ou partielle d'un contrat de vente ou de prestation de services, l'obligation de garantir au consommateur « le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation ». Les parties peuvent encore préférer recourir à des institutions de médiation, choisissant alors de se soumettre aux règlement de médiation qu'ils établissent[1266].

1121. Les parties peuvent enfin faire le choix de recourir à une procédure participative, dont l'objectif est d'organiser entre elles une négociation en vue de parvenir au règlement amiable du litige, selon l'art. 2062 C.civ. Le recours à cette procédure implique nécessairement la présence d'avocats, qui seront garants du respect du formalisme imposé par l'art. 2063 C.civ[1267].

1122. L'ensemble de ces différentes procédures sont susceptibles d'aboutir à la conclusion d'une transaction, qui est alors dite « liée », selon l'expression de Mme Reverchon-Billot[1268]. Or, aboutir à la conclusion d'une transaction offre aux parties plusieurs avantages, et l'ensemble de ces procédures présentent à ce titre un intérêt stratégique en matière de gestion du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

2. L'intérêt stratégique de la transaction en matière de contentieux privé

1123. La négociation présente de nombreux avantages pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles par rapport aux choix d'une défense contentieuse (a), mais également

[1264] *Ibid.*, p. 71 et 72.
[1265] Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2175.
[1266] CADIET L. et CLAY T., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *ibid.*, p. 78 et 80.
[1267] *Ibid.*, p. 82 et 83.
[1268] REVERCHON-BILLOT M., « Transaction », *ibid.*

certains inconvénients. Notamment, la conclusion du contrat dépendra de la volonté des victimes de transiger (b).

a. Les avantages de la transaction pour la gestion du risque concurrentiel

1124. La transaction se montre d'abord attractive aux yeux des parties en raison de la souplesse qui la caractérise (i), mais bénéficie désormais de règles spécialement applicables au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, destinées à inciter les auteurs de telles infractions à indemniser rapidement les victimes (ii).

i. La souplesse de la transaction

1125. Si la transaction permet de régler rapidement le litige plutôt que de s'engager dans une lourde procédure judiciaire, elle offre encore aux parties un intérêt certain sur le plan stratégique (α). Une fois conclue, elle offre en outre un degré satisfaisant en termes de sécurité juridique (β).

α. Une solution permettant de réduire la durée et le coût de la procédure

1126. Plusieurs auteurs relèvent les avantages que présente la transaction par rapport à la saisine des juridictions judiciaires ou de la juridiction arbitrale. Elle se caractérise ainsi par sa souplesse, la négociation entre les parties d'une solution au litige qui les oppose s'avérant plus rapide, plus discrète, et moins couteuse que la voie contentieuse. M. le Professeur Puig rappelle l'importance de prendre en compte le contexte dans lequel évoluent les parties, la transaction ouvrant « un dialogue qui rend possible la poursuite des relations » entre les parties, alors qu'il est « difficile de poursuivre des relations d'affaires après un procès »[1269]. Le Professeur Bosco indique quant à lui que les parties pourraient préférer la prévisibilité qu'elle offre au regard du montant de la sanction, plutôt que de se soumettre « aux aléas de l'appréciation judiciaire, notamment en ce qui concerne la quantification du préjudice » (phénomène qui s'illustre déjà en matière de contentieux public devant les autorité de concurrence, marqué par le succès des procédures négociées)[1270]. À titre d'exemple, des auteurs soulignent que 90% des recours privés intentés aux Etats Unis à la suite de pratiques anticoncurrentielles aboutissent à une transaction, ce qui devrait laisser présager du succès de la procédure en Europe, bien que les deux systèmes juridiques soient différents[1271]. Ainsi, la transaction constitue un choix d'apparence évident pour les parties, bien que ces dernières n'y recourent pas de manière systématique en pratique

[1269] PUIG P., « La transaction : atouts et risques », *ibid.*
[1270] BOSCO D., « L'avenir contractuel et administratif de la compensation des dommages concurrentiels », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 7, p. 2.
[1271] COUTRELIS N. et ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », *ibid.*

(V. *infra*, n° 1134). Elle est également un terrain favorable au déploiement de stratégies juridiques par les entreprises, qu'elles soient auteurs ou victimes de l'infraction.

1127. Du point de vue de l'auteur des pratiques tout d'abord, il convient de souligner l'importance du *timing* en la matière. Comme le relèvent des auteurs[1272], l'entreprise qui aura commis une infraction au droit de la concurrence aura tout intérêt à indemniser au plus tôt les victimes par le biais de la transaction. Il s'agira en effet pour elles de profiter de l'asymétrie d'information qui joue en la défaveur des victimes tant que la pratique n'a pas été sanctionnée par une autorité de concurrence, ou tant qu'elles n'ont pas pu demander à un juge la communication de pièces suffisantes pour leur permettre de se faire une idée suffisamment précise de l'ampleur de l'infraction. En outre, en cas de saisine des juridictions judiciaires, l'auteur des pratiques devra veiller à entrer en négociation avec les victimes avant que ces dernières n'aient demandé au juge la communication de pièces, ou le recours à un référé probatoire. Toute la stratégie de négociation de l'auteur de l'infraction visera donc à profiter du manque d'information des victimes pour négocier avec elles une transaction pour un montant inférieur à ce qu'il aurait été en cas de condamnation devant les juridictions civiles (ou en cas de négociation après communication des pièces ou sanction par une autorité de concurrence, puisque les victimes, mieux informées, pourraient alors négocier un montant d'indemnisation plus important). L'indemnisation versée pourra encore être assortie de la production d'éléments incriminant les éventuels coauteurs de l'infraction, qui, aux côtés de la somme obtenue par la victime, permettront à cette dernière de financer la suite de l'action tout en mettant à l'abri le coauteur qui aura décidé de transiger avec elles (stratégie dite des *« warship tactics »*, V. *supra*, n° 195).

1128. Du point de vue des victimes, la transaction présente potentiellement l'intérêt de pouvoir contraindre l'auteur de l'infraction à adopter un comportement particulier. La transaction suppose en effet des concessions réciproques, qui peuvent revêtir différentes natures et n'ont pas à être équivalentes (la seule exigence en la matière étant qu'elles ne soient pas dérisoires)[1273]. Or, Mme Larrieu[1274] attire l'attention sur la souplesse dont fait preuve la transaction en autorisant que les concessions soient orientées vers le passé (notamment à travers l'abandon de droits substantiels) ou vers l'avenir. Les concessions peuvent même évoluer dans le temps et ainsi être affectées d'un terme ou d'une condition. Les parties peuvent donc fixer

[1272] *Ibid.*
[1273] LE BESCOND DE COATPONT M., « Le nouveau visage de la transaction en droit civil », AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2018, n° 4, p.152
[1274] LARRIEU P., « Les concessions dans la transaction », Revue Lamy Droit civil, 1er juin 2007, nº 39, p. 59.

l'échéance de leurs concessions réciproques ainsi que leur durée de vie. Ils peuvent également les affecter d'une condition résolutoire, et conditionner par exemple l'existence d'une concession donnée à la réalisation ou non d'un événement futur donné. Il pourrait ainsi s'agir, à titre d'exemple, de se rapprocher des victimes dès l'ouverture de l'enquête pour prendre des engagements affectés d'une condition suspensive qui leur donnera vie dès le prononcé d'une décision de sanction de la part de l'ADLC. Les victimes pourront donc s'inspirer du contenu des décisions d'engagements pour tenter d'influencer le comportement de l'auteur des pratiques, en plus d'obtenir rapidement une indemnisation. Or, la transaction offre une importante sécurité juridique, de nature à encourager les victimes à accepter d'y recourir.

β. Une solution satisfaisante en termes de sécurité juridique

1129. Si, comme nous venons de l'évoquer, la transaction se caractérise par sa souplesse, elle ne sacrifie pas pour autant la sécurité juridique des parties. L'art. 2052 C.civ affirme ainsi l'effet extinctif de la transaction, cette dernière faisant « obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Le texte, modifié par la loi « justice du XXI^{ème} siècle »[1275], supprime la référence qui était faite jusqu'alors à l'autorité de la chose jugée de la transaction, et qui « pouvait laisser croire à la possibilité d'un pourvoi en cassation alors que la transaction ne peut être remise en cause par l'exercice d'une voie de recours, mais seulement par les actions en nullité ouvertes par le droit commun des contrats »[1276]. Bien qu'elle ne soit plus dotée de l'autorité de la chose jugée, son effet extinctif demeure le même, puisqu'elle permet de faire obstacle à l'introduction ou à la poursuite d'une action entre les parties ayant le même objet que la contestation terminée par la transaction. Il convient d'observer à ce titre que, la transaction étant un contrat, elle est soumise à l'effet relatif des transactions en application de l'art. 1199 C.civ. L'art. 2051 du même code dispose en effet que « la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux ». Ce faisant, le texte « rappelle simplement que la transaction ne met fin à une contestation qu'entre [les] parties et non aux contestations similaires nées ou à naître avec des tiers », limitant ainsi l'effet extinctif aux parties liées par la transaction[1277]. Or, la règle appelle une observation particulière lorsque la transaction concerne le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles.

[1275] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.
[1276] LE BESCOND DE COATPONT M., « Le nouveau visage de la transaction en droit civil », *ibid.*
[1277] *Ibid.*

ii. Les récompenses accordées en matière de contentieux privé

1130. Les nouvelles règles du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles offrent deux récompenses destinées à inciter les auteurs de pratiques anticoncurrentielles à indemniser leurs victimes aussi rapidement que possible dans le cadre d'une transaction. La première, qui ne présente d'intérêt qu'en présence de coauteurs solidairement condamnés à indemniser les victimes, permet à l'entreprise de déroger efficacement à la règle de la solidarité. La seconde permet quant à elle de bénéficier d'une réduction du montant de l'amende qui sera prononcée par l'autorité de concurrence saisie de l'affaire.

1131. Le premier avantage qu'offre l'art. L481-13 C.com à l'auteur de l'infraction qui aura dédommagé une victime dans le cadre d'une transaction consiste en une dérogation à la règle de la solidarité entre coauteurs d'une infraction posée à l'art. L481-9 du même code. Aux termes de l'art. L481-13, « les codébiteurs non parties à la transaction ne peuvent réclamer au codébiteur partie à celle-ci une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime ». C'est donc au stade de la contribution à la dette que l'auteur de l'infraction partie à la transaction pourra bénéficier de la règle. La victime ne pourra quant à elle réclamer aux codébiteurs solidaires qui ne sont pas partie à la transaction « que le montant de son préjudice diminué de la part du préjudice imputable au codébiteur partie à la transaction ». À titre d'illustration, imaginons une victime qui aurait subi un préjudice de 100 000€, dont 50 000 seraient imputables à l'entreprise « A ». Si l'entreprise « A » transige avec elle pour un montant de 10 000€ (en lui offrant par exemple des preuves en contrepartie du faible montant de dommages et intérêts), la victime ne pourra plus demander que 50 000€ aux autres coauteurs. Or, une fois que ces derniers auront payé les 50 000€ à l'issue du procès, l'art. L481-13 C.com leur interdira de demander à l'entreprise « A » une « contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime ». L'entreprise « A » n'aura alors eu à payer que 10 000€, au lieu des 50 000€ qui lui étaient en réalité imputables. Si l'art. L481-13 autorise en principe la victime à réclamer au coauteur avec lequel elle a conclu la transaction le paiement du solde de son préjudice imputable aux autres codébiteurs solidaires qui n'étaient pas partie à la transaction, la règle peut être écartée par une simple stipulation de la transaction. Une telle stipulation interdira alors à la victime de demander à son cocontractant partie à la transaction paiement du reliquat de la demande qu'elle ne serait pas parvenue à obtenir auprès des autres codébiteurs solidaires. Cette dernière nous apparaît essentielle en pratique, puisqu'elle permet à l'entreprise partie à la transaction d'échapper à la fois à l'obligation de payer l'intégralité de la somme due à la victime, qui serait en droit de la lui réclamer en vertu des règles de la solidarité passive, ainsi

que d'échapper au principal risque que pose la solidarité, à savoir celui de faire peser le poids de l'insolvabilité de l'un des débiteurs sur ses codébiteurs solidaires.

1132. Le second avantage qu'offre la conclusion d'une transaction avec la victime consiste en la possibilité pour l'autorité de concurrence saisie de l'affaire de considérer le recours à la transaction comme une circonstance atténuante lors du prononcé de l'amende. Il convient toutefois de ne pas négliger qu'il ne s'agit là que d'une faculté laissée aux autorités de concurrence, qui n'offre donc aucune garantie à l'auteur de l'infraction[1278]. M. le Professeur Bosco souligne en outre que la rédaction du texte semble limiter le bénéfice de cette éventuelle réduction d'amende aux seules transactions qui auront été conclues « en cours de procédure devant l'Autorité ». Il semblerait alors qu'une transaction conclu préalablement à la saisine de l'ADLC ne saurait ouvrir droit à une telle réduction[1279].

1133. Eu égard aux nombreux avantages qu'offre la transaction, elle pourrait de primer abord sembler être l'outil idéal pour la gestion du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Or, il convient de ne pas négliger que son succès dépend de la volonté des parties de transiger, la victime pouvant considérer qu'elle a de bonnes chances d'obtenir un dédommagement plus important devant les juridictions civiles.

b. Les inconvénients de la transaction pour la gestion du risque concurrentiel

1134. Selon M. le Professeur Deffains[1280], il existe en France un décalage entre la logique économique et la tendance des entreprises à privilégie le procès là où une procédure de règlement consensuel des litiges aurait un coût moins important. Les entreprises préfèrent ainsi pour le moment « guérir » plutôt que « prévenir », alors que même la sagesse populaire préconise la solution inverse. Le principe de précaution postule en effet qu'un opérateur rationnel préfèrera investir dans la prévention aussi longtemps que le coût de la prévention est inférieur à celui du contentieux au fond (honoraires des avocats, des experts, délais de la procédure, etc. …). L'entreprise a donc tout intérêt à s'orienter vers une stratégie de prévention, qui peut se définir comme les « mesures prises pour éviter ou atténuer les effets que pourrait avoir un différend dans le futur », et l'auteur considère qu'il serait logique de considérer que 100% des litiges devraient se résoudre de la sorte. Or, la foi qu'ont les parties en leurs chances

[1278] SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014, n° 7, p. 258.
[1279] BOSCO D., « L'avenir contractuel et administratif de la compensation des dommages concurrentiels », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 7, p. 2.
[1280] DEFFAINS B., « Contentieux interentreprises : Quand vaut-il mieux prévenir que guérir ? », Concurrences n° 3-2015, p. 5.

de succès joue un rôle en la matière, et s'avère susceptible de les pousser vers la voie contentieuse tant que leur dossier leur apparaît suffisamment solide. En effet, un succès devant les juridictions judiciaires pourrait leur rapporter plus que la somme que la partie adverse acceptera de régler dans le cadre du règlement amiable. En outre, s'il est fait droit à une demande d'un montant important, les frais du procès pourront également être remboursés, et ainsi ne plus entrer en compte dans le calcul de l'opportunité du recours ou non au règlement consensuel. L'asymétrie d'information entre les parties a également un rôle à jouer en la matière, en qu'elle se trouve à la source de croyance divergentes au regard de ce qu'elles pourraient gagner ou perdre. Le demandeur peut notamment détenir des informations sur l'étendue exacte de son préjudice qui ne sont pas à la disposition du défendeur, empêchant ainsi les parties de parvenir à un accord. Le défendeur peut quant à lui détenir des informations relatives à sa part réelle de responsabilité, qui ne sont pas à la disposition du demandeur, et pourraient donc le convaincre de transiger pour un montant inférieur à la somme que devrait réellement payer l'auteur de l'infraction.

1135. Ainsi, le succès de la transaction dépendra de la propension qu'auront auteurs et victimes à se rapprocher et à négocier, tout en sachant que si l'auteur de l'infraction n'offre pas un montant jugé satisfaisant par la victime, cette dernière pourra préférer croire en ses chances de succès et préférer la voie contentieuse. Or, les réformes du contentieux privé sont de nature à inciter les auteurs de pratiques anticoncurrentielles à transiger. En effet, comme le relèvent des auteurs[1281], « le règlement consensuel des litiges ne peut réellement fonctionner que s'il est associé à une procédure juridictionnelle effective ». Ainsi, plus la menace de sanction sera importante, plus la victime, « conscient[e] de ses chances de succès devant le juge », aura de poids lors de la négociation. Or, la directive opère un renforcement des droits des victimes en s'attachant à supprimer un à un les différents obstacles qui entravaient jusqu'alors leurs tentatives d'obtenir réparation. Le succès de la transaction dépendra donc de la propension de l'auteur des pratiques comme de la victime à parvenir à un accord, ce qui peut s'avérer problématique. En effet, l'auteur de l'infraction pourrait considérer la somme demandée par la victime comme trop importante, ou cette dernière considérer qu'elle pourrait obtenir plus en allant au procès.

[1281] COUTRELIS N. et ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », *ibid*.

§ 2nd : Les stratégies de mise en échec de l'action devant les tribunaux

1136. Dans l'hypothèse où les négociations échoueraient, l'auteur des pratiques anticoncurrentielles se retrouverait confronté à une situation potentiellement délicate en raison du renforcement des droits des victimes par la directive 2014/104 et l'ordonnance du 9 mars 2017. Pour autant, toute possibilité de succès face à l'action de la victime ne lui serait pas fermée, et il convient de distinguer là encore l'hypothèse du contentieux de suivi (A) de celle du contentieux autonome (B).

A. La défense contentieuse en matière de contentieux de suivi

1137. L'entreprise pourra tenter, de manière très classique, d'organiser sa défense en s'axant sur les règles de fond de la responsabilité civile (1), comme sur les règles de la procédure civile (2). L'idée pourra consister aussi bien à tenter de faire purement et simplement échec à l'action de la victime, comme à en limiter les conséquences.

1. L'intérêt stratégique d'une défense au fond face au contentieux de suivi

1138. Comme nous avons eu plusieurs fois l'occasion de le rappeler dans le cadre de la présente thèse, l'art. L481-2 C.com introduit en droit français un mécanisme d'effet liant des décisions de condamnation prononcées par les autorités de concurrence. Cette dernière constituera tantôt la preuve irréfragable de l'infraction lorsqu'elle émane de l'ADLC, tantôt un moyen de preuve de son existence lorsqu'elle émane d'une autorité de concurrence située dans un autre Etats membre. Le texte interdit enfin aux juridictions nationales de prendre une décision qui irait à l'encontre d'une décision adoptée par la Commission. Il découle de ce texte que la stratégie de pression contentieuse évoquée par M. Danet[1282], qui vise à décourager l'adversaire de poursuivre son action, ne devrait plus pouvoir prospérer en se basant sur la contestation de la faute. Pour rappel, les défendeurs à l'action avaient par le passé l'habitude de contester une première fois l'infraction devant les autorités de concurrence, puis de reprendre la contestation des pratiques à zéro devant le juge de la réparation, stratégie qui était rendue possible en raison de l'indépendance des procédures et permettait d'allonger artificiellement la durée des procédures (V. *supra*, n° 55 s). Mais l'effet liant n'interdit pas, à notre avis, de tenter de contester la faute en se fondant sur la notion d'erreur excusable développée dans les travaux préparatoires de la directive, bien que les chances de succès d'une telle stratégie demeurent très faibles (V. *supra*, n° 70 s). En outre, l'auteur de l'infraction peut avoir eu recours à une

[1282] DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *ibid.*

procédure négociée devant l'ADLC. Or, ni la procédure d'engagements ni la procédure de transaction ne lui interdisent de contester l'existence de la faute (ce qu'une entreprise est déjà parvenue à faire avec succès en matière d'engagements, malgré les nombreux éléments de preuve qu'elle produisait à l'appui de la décision, V. *supra*, n° 950). Il convient à ce titre de noter que la transaction devant la Commission emporte quant à elle reconnaissance de culpabilité. La procédure de clémence implique elle aussi une reconnaissance de culpabilité, mais la faible probabilité de démontrer une « erreur excusable » qui exonèrerait l'entreprise de sa responsabilité est alors contrebalancée par l'exception à la solidarité offerte au bénéficiaire d'une immunité d'amende (V. *supra*, n° 1011).

1139. Une stratégie de pression contentieuse pourra toutefois être mise en œuvre au stade de la quantification du dommage, une entreprise aux ressources suffisantes pouvant se lancer dans de longs débats pour tenter de générer la confusion chez les magistrats (V. *supra*, n° 244). La longueur des expertises pourrait ainsi décourager la victime d'exercer l'action et la conduire à privilégier la transaction, bien qu'il lui soit à priori possible de se contenter d'une ébauche de quantification pour obtenir gain de cause, à charge pour le défendeur de préciser les contours réels des conséquences de l'infraction (V. *supra*, n° 237 s et 316). La protection des documents remis à une autorité de concurrence dans le cadre de la procédure de clémence ou de transaction pourrait, dans une certaine mesure, permettre au défendeur de tenter de minorer l'évaluation faite par le demandeur en se fondant sur l'exigence de causalité, mais ne saurait en aucun cas offrir une protection absolue contre le contentieux privé. En effet, la preuve du préjudice étant rapportée sur la base de calculs mathématiques ou d'analyses économiques, l'accès au dossier des autorités de concurrence ne nous paraît pas nécessaire pour y parvenir, bien que les éléments qu'ils contiennent soient à notre avis pertinents pour permettre de renforcer la conviction des juges quant à l'existence de causalité (V. *supra*, n° 621). Outre les stratégies qui viennent d'être évoquées relativement à une défense au fond, le défendeur pourrait encore tenter de faire échec à l'action par le biais de techniques procédurales.

2. L'intérêt stratégique d'une défense procédurale face au contentieux de suivi

1140. L'idée d'une telle stratégie consistera à tenter de se prévaloir d'une fin de non-recevoir ou à obtenir la nullité de la procédure, le plus tardivement possible, afin de s'assurer que l'écoulement du délai de prescription entraînera définitivement l'échec de l'action des victimes (la nullité de la procédure impliquant disparition rétroactive de tous les actes qui auraient été susceptibles d'interrompre ou suspendre l'écoulement du délai). Cette dernière pourra trouver sa source dans le défaut de compétence de la juridiction saisie (l'art. L420-7 donnant

compétence exclusive à certaines juridictions pour connaître du contentieux des pratiques anticoncurrentielles)[1283], comme c'est parfois le cas en matière de pratiques restrictives de concurrence, ou encore résulter du non-respect d'une procédure instituant une procédure amiable préalable à l'action (V. *supra*, n° 648 et 1098).

1141. Les stratégies qui viennent d'être évoquées ci-dessus sont donc susceptible de permettre à l'auteur de l'infraction de faire échouer l'action de la victime, et ce malgré l'existence d'une décision de condamnation prononcée par une autorité de concurrence. Or, il convient de remarquer que les mêmes stratégies sont susceptibles d'être efficaces face au contentieux autonome.

B. La défense contentieuse en matière de contentieux autonome

1142. Confrontée à une action autonome, l'auteur de pratiques anticoncurrentielles pourra ici encore axer sa défense autour des règles de fond du droit de la responsabilité (1) comme des règles processuelles (2), toujours dans le but de faire échec à l'action de la victime ou d'en atténuer les conséquences.

1. L'intérêt stratégique d'une défense au fond face au contentieux autonome

1143. Dans la mesure où, par hypothèse, aucune autorité de concurrence n'est intervenue pour investiguer les pratiques, le demandeur à l'action en réparation se retrouve confronté à la lourde tâche de démontrer l'existence de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une faute civile, d'un préjudice, et d'un lien de causalité. Lorsque la victime est confrontée à un forme bien connue d'infraction au droit de la concurrence, le contentieux autonome est alors une solution envisageable (V. *supra*, n° 504 s). Mais tel n'est pas le cas en présence d'infractions complexes, pour lesquelles les victimes préféreront le contentieux de suivi, faute de moyens suffisants pour investiguer elles-mêmes (et de pouvoir prouver) la réalité des pratiques. Le défendeur assigné dans le cadre d'un action autonome conserve donc toute latitude quant à la possibilité de contester la faute, ce qui pourra donner lieu à des débats relativement longs et difficiles pour la victime en termes de preuve, auxquels feront suite des débats tout aussi longs et complexes relatifs à la quantification du préjudice (qui pourront en outre conduire à grandement diminuer le montant de l'indemnisation accordé à la victime en faisant naître la confusion dans l'esprit des magistrats, V. *supra*, n° 244). Il nous semble donc que, dans un tel cas de figure, les

[1283] Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017, fiche 2.

entreprises ne disposant pas de moyens très importants pourraient être incitées à préférer la recherche d'une solution amiable plutôt que de mener l'action à son terme, à moins qu'il ne leur soit possible de céder la créance ou de se regrouper dans le cadre d'une action collective organisée par un cabinet d'avocat. Les règles destinées à faciliter la quantification du préjudice et l'établissement du lien de causalité pourraient alors leur permettre d'obtenir un résultat satisfaisant (V. *supra*, n° 237 s et 316). Dans de telles hypothèses, une stratégie d'attrition s'avérerait alors moins efficace, et le recours aux stratégies processuelles méritera d'être envisagé par le défendeur afin de faire échec à l'action des victimes.

2. L'intérêt stratégique d'une défense procédurale face au contentieux autonome

1144. Ici encore, l'objectif d'une telle stratégie consistera pour le défendeur à identifier une fin de non-recevoir ou un vice de forme entraînant la nullité de la procédure, qu'il s'agira de soulever le plus tard possible afin de parvenir à la prescription de l'action de la victime. Comme en matière de contentieux autonome, cette fin de non-recevoir pourra résulter de la saisine par le demandeur d'une juridiction qui ne serait pas compétente pour connaître du litige en application de l'art. L420-7 C.com, ou encore du non-respect d'une clause instituant une procédure amiable de règlement du litige (V. *supra*, n° 648 et 1098).

Conclusion du chapitre

1145. Le phénomène de judiciarisation de la vie des affaires recouvre deux réalités, qui correspondent à la fois à une prolifération des normes et à une tendance accrue à porter les litiges devant les juges. Si les auteurs de pratiques anticoncurrentielles semblent habitués à réparer le dommage causé par l'infraction par voie de transaction, ou même à compter sur l'inertie des victimes pour ne pas le réparer du tout, les nouvelles règles du droit des pratiques anticoncurrentielles pourraient selon nous inverser la tendance, et conduire les victimes à saisir de plus en plus souvent les juridictions judiciaires. Les travaux de M. Amaro[1284] démontrent la réalité de cette tendance, de plus en plus de victimes choisissant la voie du procès, qui pourrait s'avérer de plus en plus efficace à condition qu'elles mènent une stratégie de façonnage normatif destinée à systématiser l'application en leur faveur de la règle de l'estimation, et à faire reconnaître au juge l'existence d'une présomption *de jure* de lien de causalité (V. *supra*,

[1284] AMARO R. et VEY-MORIT H., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy droit des affaires, 1er septembre 2015, nº 107, p. 29 ; AMARO R., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 5 novembre 2015, nº 45, p. 72 ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016) », Concurrences n° 4-2016, p. 230 ; AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016), Concurrences n° 2-2017, p. 217.

n° 237 s et 316). Face à l'accroissement du risque de procès, les entreprises susceptibles de se livrer, volontairement ou non, à la commission de pratiques anticoncurrentielles devront développer des stratégies spécifiquement destinées à gérer les conséquences civiles de l'infraction. Ces dernières s'ajouteront aux stratégies évoquées dans le cadre du précédent chapitre (audits de concurrence, programmes de conformité, voire recours aux procédures négociées en cas d'intervention d'une autorité de concurrence, V. *supra*, n° 883 s).

1146. Il convient tout d'abord d'observer à ce titre que le recours à une stratégie de cloisonnement du risque ne saurait constituer une stratégie efficace face au contentieux privé. En effet, la règle de la solidarité entre les coauteurs d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles nous semble exclure, en tant que telle, toute possibilité de faire reposer les conséquences civiles de l'infraction sur une filiale. L'entreprise devrait alors privilégier une stratégie de défausse juridique, en répartissant conventionnellement la charge de la contribution à la dette au sein du groupe, ou en obtenant qu'un partenaire extérieur au groupe accepte de prendre en charge les conséquences de l'infraction. De telles clauses pourraient toutefois faire l'objet d'une contestation sur le fondement du déséquilibre significatif, qui permettrait alors d'en obtenir la nullité. Une autre solution consisterait ainsi à inclure le risque de contentieux privé dans l'assurance responsabilité civile de l'entreprise. L'entreprise pourrait encore introduire dans ses contrats des clauses destinées à conforter sa position face à l'action en réparation. Il convient à ce titre d'évoquer l'assurance juridique, qui peut présenter un intérêt certain en la matière, à condition qu'elle puisse couvrir les frais relatifs aux expertises. Ainsi, si l'entreprise échouait à se défendre en démontrant l'absence de pratique anticoncurrentielle constitutive d'une faute sur le plan civil, elle pourrait investir des sommes importantes dans le procès pour produire des études économiques de nature à mettre en doute l'évaluation du préjudice réalisée par le demandeur, diminuant ainsi les conséquences de la condamnation. L'entreprise pourrait encore introduire dans les contrat la liant à de potentielles futures victimes une clause fixant de manière forfaitaire le montant des dommages et intérêts, à charge pour le demandeur de démontrer, s'il y a lieu, que le montant du préjudice s'avère différent. Il s'agira ici de profiter de l'asymétrie d'information pour convaincre, avant toute infraction, la future victime d'accepter un montant d'indemnisation inférieur aux conséquences réelles des pratiques. Cette dernière pourra être tentée de s'en contenter plutôt que d'aller en justice, l'idée étant d'imposer ce résultat avant tout contentieux, et d'ainsi en faciliter la négociation. L'entreprise devrait également inclure dans ses contrats des clauses destinées à faire barrage à la cession de créances, qui constitue selon nous le plus grand danger pour elle en matière de

contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Elle pourrait y parvenir par le biais de clauses interdisant purement et simplement la cession, bien que de telles clauses seraient susceptibles de créer un déséquilibre significatif qui entraînerait leur annulation. Une solution plus sûre consisterait ainsi à stipuler à la place des pactes de préférence, qui permettraient à l'entreprise de racheter les créances, qui s'éteindraient alors par confusion, évitant ainsi une potentielle condamnation à une somme plus importante que le prix payé. Aux côtés de ces clauses, l'entreprise pourrait encore ajouter des clauses à effet juridictionnel. Il s'agira tout d'abord de clause attributives de compétence territoriale, qui permettront à l'auteur de l'infraction de compliquer la tâche des victimes en choisissant une juridiction éloignée de leur domicile, si possible située à l'étranger, afin de les décourager d'intenter l'action en réparation. Il s'agira également de clauses alternatives de juridiction, qui permettront de faire échec à la compétence des juridictions judiciaires. Les clauses instaurant une procédure de médiation préalable présenteront ainsi l'avantage de fournir au défendeur une fin de non-recevoir dans l'hypothèse où le demandeur saisirait directement la juridiction compétente, qui pourra entraîner l'échec définitif de l'action en raison de l'écoulement du délai de prescription. La clause compromissoire n'entraînera quant à elle qu'une incompétence de la juridiction saisie, mais offrira la certitude de faire échapper le litige à la compétence du juge.

1147. Il est en effet préférable pour l'entreprise à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle de mettre en œuvre une stratégie d'évitement de la compétence des juridictions judiciaires. Elle pourra pour ce faire recourir à l'arbitrage, qui présente plusieurs avantages, en offrant notamment la certitude de faire échapper le litige à la compétence du juge, et en permettant aux parties de choisir les arbitres qui trancheront le litige. Il s'agira souvent d'experts, qui seront ainsi probablement plus sensibles à la cause du défendeur que ne le seraient les magistrats, du fait du haut degré de technicité de la matière. Les arbitres pourront en outre statuer en équité. Le défaut de la procédure réside toutefois notamment dans l'absence de certitude quant à la possibilité de bénéficier de l'exception à la règle de la responsabilité solidaire qu'offrent la directive et l'ordonnance aux procédures de règlement amiable des litiges. L'entreprise pourrait ainsi préférer recourir à la transaction, qui offre l'avantage d'être plus rapide et moins couteuse que l'arbitrage, bien qu'elle n'ait alors aucune garantie quant au succès de la négociation avec la victime. Cette dernière pourra en effet préférer la voie contentieuse, auquel cas l'entreprise devra mettre en œuvre une stratégie de défense efficace. Il lui sera tout d'abord possible de faire purement et simplement échec à l'action, soit en contestant l'existence de la faute (ce qui sera surtout efficace dans le cadre du contentieux autonome), soit en soulevant une fin de non-

recevoir ou une cause de nullité de la procédure qui permettra l'acquisition du délai de prescription. À défaut, l'entreprise ne pourra que tempérer les conséquences civiles de l'infraction, en produisant des études économiques de nature à faire douter les magistrats de la quantification du préjudice opérée par la victime, et du lien de causalité qu'entretiennent les chefs de préjudice allégués avec l'infraction. La victime devrait toutefois se trouver dans une situation plus favorable qu'auparavant en la matière, si elle parvient à faire admettre aux juges le recours à la technique de l'estimation ainsi que la création d'une présomption de causalité à son bénéfice. Dans la mesure où c'est en ce sens que la directive 2014/104 entend faire évoluer l'action des victimes, les entreprises auront donc tout intérêt à désormais inclure des outils spécifiques au contentieux privé dans leur stratégie de gestion du risque.

Conclusion de la 2nde Partie

1148. L'ensemble des développements de cette seconde partie mettent en évidence les intérêts sur le plan stratégique du droit des pratiques anticoncurrentielles et de son contentieux privé. Si ce dernier pouvait jusqu'alors être difficile à mettre en œuvre pour un retour sur investissement décevant aux yeux des demandeurs, les avancées récentes en la matière nous semblent de nature à modifier cet état de fait. Le contentieux privé est un contentieux protéiforme, qui peut à ce titre offrir des solutions potentiellement intéressantes en fonction de la taille des victimes et de la situation dans laquelle elles se trouvent. La question du financement de la procédure, ignorée par la directive mais pouvant aujourd'hui être résolue par le biais de solutions développées par la pratique, aura une influence certaine sur le choix qu'opèreront les victimes. Ces dernières pourront notamment se rassembler dans le cadre d'une action collective organisée par un cabinet d'avocat, qui leur permettrait de mutualiser les coûts de la procédure tout en échappant aux éventuelles représailles de l'auteur des pratiques. Les victimes qui ne désireraient pas intenter elles-mêmes l'action, afin d'éviter de voir leur attention accaparée par le procès, pourraient encore décider de céder leurs créances indemnitaires à une société spécialisée dans leur recouvrement, ou encore à un concurrent qui souhaiterait les utiliser à des fins stratégiques. Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles offre à ce titre plusieurs intérêts. Tout d'abord, la sanction de la nullité des pratiques peut justifier en soi la saisine des juridictions civiles. En outre, le choix de la loi applicable aura un rôle important à jouer en la matière, l'idée étant pour les victimes de tenter de porter le litige devant un for favorable à leur action, alors que les auteurs préféreront un for plus réticent à faire droit aux demandes qu'elles pourraient présenter.

1149. Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles entretenant une relation naturelle avec la stratégie de l'entreprise, sa mise en œuvre produira en outre d'intéressantes conséquences pour le demandeur qui obtiendrait gain de cause, conséquences qui se trouveront en outre renforcées par le recours au contentieux privé. Ce dernier permettait déjà de faire du service juridique de l'entreprise un centre de profit susceptible de générer d'importants bénéfices, stratégie qui se trouvera naturellement renforcée par les avancées en matière de droits des victimes. L'autre intérêt majeur du contentieux privé résidera dans le recours à la procédure de référé, dont les conditions devraient permettre de faire plus facilement échec à la stratégie d'une entreprise concurrente que ne le permettrait le recours à des mesures conservatoires devant une autorité de concurrence. L'idée consistera alors à agir aussi rapidement que possible pour

empêcher l'entreprise concurrente de se lancer dans une stratégie de marché potentiellement anticoncurrentielle. Cette stratégie de « frappe préemptive » s'avère en pratique redoutablement efficace, puisqu'elle peut priver d'intérêt la stratégie d'un concurrent. L'interdiction des ententes comme des abus de position dominante offrira ainsi un certain nombre de conséquences stratégiques intéressantes pour le demandeur, qui consisteront, de manière schématique, à désorganiser la stratégie de l'entreprise concurrente en lui interdisant d'adopter certains comportements sur le marché, tout en captant ses ressources par le biais de dommages et intérêts, par le biais de la possibilité de s'inviter à une relation qu'elle entretiendrait avec d'autres entreprises grâce au droit des ententes, ou par la possibilité d'accéder à ses innovations technologiques grâce à la théorie des facilités essentielles.

1150. Ces nouvelles opportunités pour les victimes pourraient constituer, à condition d'être exploitées, des risques nouveaux pour l'entreprise, qui lui imposeront alors d'inclure le contentieux privé dans sa stratégie de gestion du risque. Il s'agit là en effet de la fonction classique du département juridique, qui doit s'assurer de la conformité du comportement adopté aux différentes règles de droit susceptibles de trouver à s'appliquer. Or, les incertitudes entourant les notions sur lesquelles repose la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles rendent la tâche potentiellement difficile, les demandeurs disposant alors d'un terrain propice à la mise en œuvre de stratégies interprétatives qui pourraient conduire l'entreprise à être condamnée pour un comportement qui lui apparaissait pourtant parfaitement légal. Il convient en effet de ne pas négliger les possibles tendance interventionnistes des autorités de concurrence, ainsi que l'intérêt stratégique d'une condamnation de l'entreprise aux yeux de ses concurrents. Cette dernière devra ainsi procéder à des audits de concurrence, destinés à identifier les comportements à risque mis en œuvre au sein de la structure, qui pourraient donner lieu à condamnation. L'entreprise pourra alors faire le choix d'une stratégie de conformité, qui se traduira par l'abandon de l'activité porteuse de risque et la mise en œuvre d'un programme de conformité destiné à éviter la survenance d'infractions au droit de la concurrence. Elle pourrait au contraire faire le choix d'accepter le risque, en considération des revenus qu'elle dégage de l'activité qui le porte, et en se livrant à une estimation de la sanction qu'elle pourrait encourir en cas de condamnation. Elle prendra en compte à ce titre le recours aux procédures négociées, qui lui offriront une visibilité plus ou moins importante sur le montant de la sanction qu'elles permettront de réduire avec plus ou moins de certitude. Cette stratégie est susceptible de s'avérer efficace, dans la mesure où la violation du droit de la concurrence est considérée en moyenne comme profitable, les revenus dégagés par la

commission de l'infraction étant le plus souvent supérieurs au montant de la condamnation. Or, le développement du contentieux privé pourrait compliquer cette anticipation. Tout d'abord, l'auteur de l'infraction risque de s'exposer à la présence, parmi les victimes, d'entreprises suffisamment déterminées pour intenter l'action. D'autres pourraient encore faire le choix de se regrouper dans le cadre d'une action collective organisée par un cabinet d'avocats ou une plateforme numérique qui se spécialiserait dans ce type de recours. Elles pourraient également décider de céder leurs créances à une société spécialisée dans le rachat de créances indemnitaires, ou encore à une entreprise concurrente qui souhaiterait tirer parti de la violation du droit de la concurrence par l'entreprise pour lui infliger un préjudice dans la concurrence, se livrant ainsi à une véritable « concurrence par le droit ».

1151. Afin de s'assurer que le développement du contentieux privé n'entraînera pas une augmentation trop importante du montant global de la sanction, l'entreprise devra développer un certain nombre d'outils spécifiquement destinés à cantonner les conséquences civiles de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle devra tout d'abord abandonner toute idée d'un cantonnement naturel des conséquences civiles de l'infraction sur sa filiale, un tel cantonnement ne pouvant résulter que d'une stipulation contractuelle destinée à faire reposer sur cette dernière lesdites conséquences. Une telle stratégie ne sera en outre efficace que dans l'hypothèse où la filiale serait solvable, en raison de la règle de la responsabilité solidaire, qui conduira à faire reposer le poids de l'insolvabilité de la filiale sur les coauteurs de l'infraction. L'entreprise pourra encore tenter d'inclure le risque de contentieux privé dans son assurance responsabilité civile. Elle pourra en outre introduire un certain nombre de clauses destinées à conforter sa position face à l'éventualité du procès, et notamment des clauses de médiation préalable ou une clause compromissoire, afin de s'assurer la possibilité de faire échapper l'affaire à la compétence des juridictions judiciaires. Si la conclusion d'une transaction offrira plus d'avantages que le recours à l'arbitrage, seul ce dernier garantira à l'entreprise que le litige ne sera pas soumis au juge de la réparation, puisque la négociation d'une transaction, bien qu'à priori préférable, pourrait très bien échouer. En effet, le renforcement des règles du contentieux privé pourrait donner à la victime le sentiment qu'un procès, ou le recours à la cession de créance, serait préférable à une négociation avec l'auteur de l'infraction. Certaines pourraient en outre préférer choisir la voie contentieuse afin de mettre en œuvre une stratégie de façonnage normatif destinée à créer un cadre favorable à l'action des victimes, dont elles pourraient bénéficier dans la perspective de procès futurs.

Conclusion générale

« *Je ne paie pas un avocat pour qu'il me dise ce que je ne peux pas faire, je le paie pour qu'il m'explique comment je peux faire ce que j'ai envie de faire* »[1285],

Henri Ford.

1152. L'adaptation de la norme par les juristes. Cette citation de Henri Ford nous semble une parfaite illustration de l'état d'esprit que se doit d'adopter un juriste confronté à une situation à priori défavorable. Comme nous le relevions *supra* (V. n° 10), son rôle consiste à identifier l'ensemble des normes susceptibles de trouver à s'appliquer à une situation donnée, et à mettre en œuvre le syllogisme juridique afin d'aboutir à une interprétation « qui puisse être défendue […] et qui soit la plus efficiente pour l'entreprise ». Le juriste devra pour ce faire tirer parti des contradictions de la jurisprudence, d'un vide juridique ou encore du « trop plein de normes qui génèrent des marges d'interprétation et de discussion sur la portée et le sens de l'obligation », afin de parvenir à une interprétation de la norme qui puisse être défendue[1286]. Le juriste pourra compter pour ce faire sur les incertitudes entourant la règle de droit, tirer parti d'un tel flou permettant de mettre en œuvre des stratégies interprétatives visant à la mettre en échec, ou encore à en faire usage « dans un but différent de celui pour lequel elle [a] été conçue ». Il pourra ainsi tenter de faire évoluer la norme dans un sens favorable aux intérêts de l'entreprise dont il défend les intérêts, en mettant en œuvre une stratégie de façonnage normatif reposant sur l'organisation de procès destinés à créer des précédents jurisprudentiels dont elle pourra se prévaloir par la suite[1287]. Or, le contentieux privé des anticoncurrentielles illustre un certain nombre d'hypothèses de droit flou, sur lesquelles les auteurs des pratiques comme leurs victimes pourront axer leurs stratégies respectives.

1153. Le façonnage normatif du point de vue du demandeur. Le développement d'une stratégie de façonnage normatif efficace par les demandeurs constituera à notre avis le préalable nécessaire à un véritable accroissement de l'efficacité du contentieux privé. En effet, si la matière semble avoir trouvé sa place au sein de la stratégie des entreprises, comme le souligne M. Amaro, il n'empêche que les sommes auxquelles se trouvent condamnés les auteurs de

[1285] FORD H., henryford.fr [en ligne] https://www.henryford.fr/biographie-henry-ford/citations-henry-ford/ (consulté le 12/09/2019).
[1286] DAIDJ N. et VERDUN F., « L'apport de l'analyse stratégique à la pratique du droit en entreprise », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 69.
[1287] MASSON A., « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », *in* MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009, p. 143.

pratiques anticoncurrentielles demeurent encore somme toute assez faibles en comparaison des demandes présentées par les victimes (sauf circonstances exceptionnelles)[1288]. Afin de maximiser les sommes qu'elles seront susceptibles d'obtenir à l'issue de la procédure, les victimes devront axer leur stratégie de façonnage normatif autour d'un certain nombre de points de droit. Il s'agira en premier lieu de faire reculer au maximum l'exigence de certitude du préjudice en convaincant les juges du fond de faire preuve d'une attitude plus libérale quant à la possibilité de quantifier le dommage par le recours à la technique de l'estimation (V. *supra*, n° 238 s). Il a en effet été relevé, dans le cadre de la présente thèse, que l'appréciation que livrent ces derniers du principe de la réparation intégrale du préjudice tend à conduire à une sous-indemnisation des victimes, sous prétexte d'éviter leur enrichissement sans cause (V. *supra*, n° 242). Or, la directive 2014/104 n'hésite pas à affirmer la nécessité d'atténuer l'exigence de certitude du préjudice afin d'éviter que les victimes qui éprouveraient de trop grandes difficultés à prouver leur droit ne se voient allouer des dommages et intérêts modiques, impropres à rétablir la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si l'infraction n'avait pas été commise. La règle n'a à notre avis malheureusement pas fait l'objet d'une attention suffisante lors de la transposition de l'art. 17 de la directive par l'ordonnance du 9 mars, qui aurait dû affirmer de manière claire son application en droit français. En effet, si la technique de l'estimation est déjà pratiquée par les magistrats dans certaines matières, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ne semble pas en faire partie, comme en témoigne l'affaire « des câbliers ». Consacrer un article du Code de commerce à cette question aurait garanti aux victimes l'assurance d'une quantification plus aisée du préjudice, qui constitue actuellement l'un des plus gros défis auxquelles elles se trouvent confrontées. Or, seul l'art. L481-8 C.com semble timidement suggérer aux juges d'atténuer l'exigence de certitude, le texte disposant que l'évaluation du préjudice doit tenir compte de « son évolution prévisible ». De la même manière, l'exigence de lien causal devrait recevoir une atténuation en application de l'art. 4 de la directive, et mener à la création d'une présomption *de jure* de lien de causalité, comme en matière médicale. En effet, face à une pluralité de causes susceptibles d'expliquer le dommage subi par la victime, une telle présomption s'avérerait utile, et son admission nous semble être la direction actuellement prise par la jurisprudence, les magistrats privilégiant une quantification du préjudice basée sur la méthode comparative, qui ne distingue pas

[1288] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016) », Concurrences n° 4-2016, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-11, 2 octobre 2015, n° 14/15779 (arrêt dit « Cowes ») ; AMARO R., « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019), Concurrences n° 3-2019, p. 230 ; CA Paris, ch. 5-4, 10 octobre 2018, « SA Digicel Antilles Françaises Guyane c/ SA Orange Caraïbes et SA Orange », RG n° 18/08088.

nécessairement entre les différentes causes à l'origine du dommage. Afin de s'assurer que l'évaluation qu'elles proposent du préjudice emportera la conviction du juge, les victimes devront également influencer la jurisprudence dans le sens d'une extension du droit à la preuve sous l'effet des principes d'effectivité et d'équivalence, rappelés par l'art. 4 de la directive. Une telle reconnaissance leur permettrait ainsi la mise en œuvre de stratagèmes destinés à obtenir des preuves, qui renforceront la certitude des évaluations proposées ainsi que la démonstration du lien de causalité entre la faute et le préjudice. Elle tendrait également à faciliter la preuve de l'infraction dans le cadre du contentieux autonome. Dans le cadre du contentieux complémentaire, la stratégie des victimes devrait également tendre à faire échec au caractère absolu de la protection accordée aux preuves au titre de la liste noire, en jouant sur l'emploi du terme « uniquement » par l'art. L483-5 C.com (V. *supra*, n° 423 s). En effet, si la preuve du préjudice et sa quantification ne devraient théoriquement nécessiter que le recours à des techniques économiques ou comptables, les dossiers des autorités de concurrence devraient contenir des éléments de nature à en renforcer la crédibilité eu égard à l'exigence de certitude du préjudice et à l'exigence de causalité. L'accès aux preuves demeurera ainsi à notre avis une question fondamentale pour les victimes, qu'elles aient fait le choix d'un contentieux autonome ou complémentaire, dans la mesure où renforcer la crédibilité de l'évaluation du préjudice leur permettra d'obtenir des sommes plus importantes à l'issue de la procédure. Le renforcement de l'efficacité de l'action des victimes passera enfin par le développement de mécanismes destinés à permettre leur regroupement. En effet, en fonction de leur taille et de la position qu'elles occupent sur le marché (concurrent ou partenaire), l'exercice de l'action en réparation sera pour elles plus ou moins difficiles. Ainsi, une PME ou une TPE devrait encore éprouver des difficultés à engager la responsabilité des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, en raison du coût que représente l'investissement dans la procédure par rapport aux sommes qu'elle peut espérer en retirer, ou encore du risque d'éventuelles représailles que pourrait exercer sur elle l'auteur de l'infraction (ce qui pourrait entraîner sa disparition dans l'hypothèse d'un déréférencement, par exemple). Le recours aux actions collectives organisées par certains cabinets d'avocats constitue à notre avis une solution efficace face à de telles difficultés, et mériterait d'être plus amplement développé. Un tel mécanisme permet en effet aux victimes de partager les frais de la procédure, ce qui serait certainement utile en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles en raison du coût des expertises. Il permettrait également aux victimes d'échapper aux représailles de l'auteur de l'infraction, à condition qu'elles soient suffisamment nombreuses à l'intenter. En effet, il semblerait peu probable que l'entreprise exerce alors des représailles à l'encontre de l'ensemble de ses partenaires et les

condamne à disparaître, ces derniers étant nécessaires à la pérennité de sa propre activité. L'entreprise qui ne souhaiterait pas intenter elle-même la procédure, eu égard à l'investissement qu'elle représente en termes de moyens humains et financiers, pourrait également faire le choix de céder sa créance. Si le droit de retrait litigieux semble s'opposer à une telle possibilité, les entreprises devront s'assurer de pouvoir faire échec à la règle, tant la cession de créances nous semble une solution pertinente pour les victimes les plus modestes. Ainsi, les PME comme les TPE bénéficieraient d'une solution satisfaisante afin d'obtenir réparation de leurs préjudices à la suite d'infractions qu'elles seraient autrement incapables de poursuivre : comme l'action collective, la cession de créances règle en effet les problématiques liées aux frais de la procédure et au risque d'éventuelles représailles de la part de l'auteur des pratiques.

1154. Le façonnage normatif du point de vue du défendeur. Une telle évolution du risque que représente le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles devrait conduire les auteurs de telles infractions à adopter une stratégie juridique allant dans le sens inverse de celle développée par les victimes. Il s'agira tout d'abord de tenter de se ménager des moyens de faire échouer l'action en contestant le caractère fautif de la violation du droit de la concurrence dont la victime demande réparation. En effet, la matière ne présente pas toujours un degré de sécurité juridique suffisant pour permettre de distinguer avec certitude quels sont les comportements que l'entreprise est ou non autorisée à adopter sur le marché. Ils devront encore tenter de faire reconnaître aux juridictions civiles une bilatéralisation de l'effet liant, afin de s'assurer que les entreprises ne pourront pas demander réparation pour des faits que les autorités de concurrence auront considérés comme n'étant pas constitutifs de pratiques anticoncurrentielles. Dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle impliquant plusieurs personnes morales, les entreprises pourront encore jouer sur le critère de la gravité de la faute pour tenter, au stade de la contribution à la dette, de faire reposer les conséquences civiles de l'infraction sur les coauteurs. Elles pourront encore tenter de diminuer la somme finalement due aux victimes en se basant sur l'exigence de certitude du préjudice, ce qui constitue jusqu'ici une stratégie de défense efficace. Soulever le doute quant à l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage subi s'avère également efficace, notamment lorsqu'il est possible de convaincre le juge qu'une part plus ou moins importante du préjudice est en réalité imputable à l'attitude de la victime, qui n'aura pas pris de dispositions suffisantes pour faire face à l'infraction. Elles auront bien entendu tout intérêt à priver autant que possible les demandeurs de preuves qui viendraient consolider l'évaluation qu'ils proposent du préjudice et l'établissement du lien de causalité, en se prévalant du principe de loyauté de la preuve face au contentieux autonome, et en ayant

recours, aussi rapidement que possible, à une procédure de clémence ou de transaction face au contentieux complémentaire. En effet, l'emploi du terme « uniquement » par l'art. L483-5 C.com suggère que si le demandeur a déjà eu accès aux pièces remises à l'autorité de concurrence compétente par l'auteur des pratiques, ces dernières pourront être valablement produites devant le juge de la réparation. Enfin, s'il semble qu'elle n'aura pas à s'inquiéter des actions de groupe au sens de la loi Hamon, l'entreprise devra tout de même tenir compte du risque que représentent les actions collectives organisées par les cabinets d'avocats et le recours à la cession de créances, auxquelles les textes ne devraient pas, en soi, permettre de faire échec. Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles disposeront donc d'options stratégiques pour lutter contre le contentieux privé, mais il leur sera le plus souvent difficile de faire totalement échec à l'action, et il conviendra dès lors de privilégier les stratégies destinées à diminuer le montant de dommages et intérêts à laquelle l'entreprise pourra être condamnée.

1155. Les stratégies de mise en œuvre de l'action. Les nouvelles règles du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles offrent ainsi un certain nombre d'options aux victimes, de nature à accroître le risque que représente la matière pour les auteurs d'infractions au droit de la concurrence. Le contentieux autonome se révélera plus rapide à mettre en œuvre que le contentieux complémentaire, mais présentera la difficulté pour le demandeur d'établir l'existence d'une infraction au droit de la concurrence susceptible de constituer une faute civile. Sa mise en œuvre sera donc plutôt adaptée aux infraction résultant d'une restriction caractérisée de concurrence, dont la qualification ne soulèvera que peu ou pas de doute. L'étude de la jurisprudence révèle que le contentieux autonome est le plus souvent mis en œuvre dans le cadre d'abus de position dominante ou d'ententes trouvant leur source dans une relation contractuelle liant les parties. Le contentieux complémentaire semble ainsi mieux adapté à la sanction de comportements complexes, dont le caractère anticoncurrentiel n'apparaît pas de manière évidente, et nécessite l'emprunt des pouvoirs d'investigation dont seules disposent les autorités de concurrence. Plus lent que le contentieux autonome, il n'empêche que les dispositions de l'ordonnance du 9 mars 2017 devraient en améliorer grandement l'efficacité, dans la mesure où l'effet liant sera acquis dès lors que la décision ne sera plus susceptible de recours pour la partie relative au constat de l'infraction. Les nouvelles règles relatives à l'écoulement du délai de prescription permettront en outre d'assurer que les victimes seront bien en mesure d'intenter l'action une fois la décision de l'autorité rendue. Le contentieux complémentaire offrira encore l'avantage, sur le plan stratégique, d'une sanction globale plus lourde que ne le permettrait le contentieux autonome, ce dont l'entreprise pourra tenir compte si elle décide de mettre en œuvre

une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux. La sanction de la nullité pourra également être sollicitée aux côtés d'une demande tendant à obtenir réparation du préjudice, dans la mesure où elle présente l'intérêt de faire annuler des contrats ou des clauses qui lient l'entreprise à l'un de ses partenaires, ou lient l'un de ses concurrents et ses propres partenaires. Les règles du droit international privé pourront elles aussi être sollicitées, en cas de litiges transfrontaliers, en vue d'obtenir la désignation d'une juridiction propice à l'allocation de sommes plus importantes au titre des dommages et intérêts (il pourra ainsi s'agir, notamment, des juridictions anglaises).

1156. Les conséquences stratégiques du contentieux privé. Au-delà des seules considérations techniques relatives à la mise en œuvre de la matière, il convient encore d'observer que la sollicitation du droit de la concurrence peut permettre de faire du juriste « un véritable bras armé offrant à son management des options stratégiques pouvant s'avérer aussi efficaces que nombre d'actions commerciales ou de marketing »[1289]. Ces opportunités sont déjà bien connues des grandes entreprises, qui n'hésitent pas à s'en servir à l'encontre de leurs partenaires comme de leurs concurrents. Il peut notamment s'agir d'utiliser la matière comme levier à l'occasion de négociations commerciales, ou de moyen d'échapper à ses obligations contractuelles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles permet encore d'augmenter les coûts des rivaux afin de nuire à leur performance sur le marché, de leur extorquer des fonds, ou même de tenter un rattrapage technologique par le recours à la théorie des facilités essentielles. Le développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles aura selon nous pour effet de renforcer l'efficacité de ces stratégies, en augmentant le montant global de la sanction infligée à l'adversaire tout en permettant à l'entreprise de récupérer à son profit des dommages et intérêts. Il convient d'observer à ce titre que la matière permettait déjà, antérieurement aux réformes qui sont venues renforcer le contentieux privé, de faire des services juridiques de certaines entreprises de véritables centres de profits qui leur ont permis, au fil des années, de générer d'importantes sommes d'argent. La possibilité de racheter les créances des victimes pourrait aussi permettre aux entreprises de compenser leurs créances avec l'auteur de l'infraction, voire d'intégrer son capital par le biais des règles du droit des sociétés ou du droit des entreprises en difficulté. Mais c'est encore l'élément de flexibilité qu'introduit le contentieux privé dans la mise en œuvre des stratégies susmentionnées qui retiendra notre attention, à travers la possibilité de recourir à la procédure de référés. Cette dernière s'avère en

[1289] BLIN J-P, GRASS C., « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence », *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013, p. 124.

effet plus rapide que la demande de mesures conservatoires devant les autorités de concurrence (plusieurs mois pour ces dernières, contre quelques semaines seulement pour un référé), tout en permettant d'obtenir les mêmes effets. Les conditions pour bénéficier de la procédure de référé sont, en outre, moins exigeantes que celles requises pour le prononcé de mesures conservatoires. Or, il convient de garder à l'esprit que les mesures conservatoires peuvent être utilisées avec succès pour empêcher un concurrent de mettre en œuvre sa stratégie de marché, comme l'illustre l'affaire de *l'iPhone*, dans le cadre de laquelle lesdites mesures ont tout simplement fait échouer la stratégie que tentait de mette en œuvre Orange, qui reposait sur le bénéfice d'une exclusivité de distribution (V. *supra*, n° 824). Les entreprises pourront désormais mettre en œuvre de telles stratégies préemptives plus rapidement et plus facilement qu'auparavant, ce qui pourra permettre de nuire aux initiatives prises par un concurrent en les coupant dans leur élan.

1157. L'influence du contentieux privé sur la gestion du risque concurrentiel. L'entreprise devra donc tenir compte de l'accroissement de l'efficacité de l'action des victimes dans le cadre de sa stratégie de gestion du risque. La réalisation d'audits de concurrence et la mise en place de programmes de conformité constitueront une étape essentielle en la matière, en ce qu'elles permettront de prévenir autant que possible la survenance d'une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. En cas de survenance d'une telle infraction, l'entreprise pourra classiquement réagir en recourant aux procédures négociées, étant entendu qu'aucune d'entre elles ne lui garantira avec certitude la possibilité de faire échec à l'action en réparation intentée par les victimes. La procédure d'engagements peut permettre de faire échec à toute condamnation au titre de la sanction publique comme de la sanction privée, mais suppose de pouvoir démontrer l'absence de faute, étant entendu que les préoccupations de concurrence à l'origine de la décision d'engagements peuvent être utilisées comme commencement de preuve d'une éventuelle faute civile. Pour autant, la jurisprudence démontre qu'il demeure possible de faire échec à la démonstration de la faute, malgré la production d'une décision d'engagements accompagnée de nombreux éléments de preuve issus du dossier de l'ADLC (V. *supra*, n° 946). La procédure de transaction, si elle est acceptée par l'autorité de concurrence saisie de l'affaire, offre quant à elle la garantie d'une réduction du montant de l'amende, plus ou moins prévisible. Elle permet en outre de réduire l'efficacité du contentieux privé en interdisant toute communication à la victime des éléments de preuve qui auront été remis à l'autorité en vue d'obtenir le bénéfice de la procédure de transaction, bien qu'une victime suffisamment diligente semble pourvoir contourner cette protection à l'aide d'un référé probatoire, à condition d'obtenir la mesure avant que l'entreprise n'entre en transaction. Il convient encore de noter

que, à la suite d'une transaction passée avec l'ADLC, l'auteur de l'infraction conserve la possibilité de contester l'existence de la faute civile devant le juge de la réparation, et devrait à ce titre se trouver dans la même situation que s'il avait eu recours à la procédure d'engagements (le recours à la transaction n'emportant pas reconnaissance de culpabilité ou de responsabilité). L'entreprise pourra enfin recourir à la procédure de clémence, qui emporte quant à elle reconnaissance de culpabilité, interdisant ainsi toute contestation de l'existence de l'infraction, bien qu'elle pourra en contester le caractère fautif (argumentation qui, bien que possible sur le plan théorique, ne devrait selon nous être admise que de manière exceptionnelle par le juge). La clémence peut permettre, à condition pour l'entreprise d'être bénéficiaire de rang I, l'obtention d'une immunité totale d'amende, ainsi qu'une limitation de la solidarité passive à ses seuls acheteurs directs et indirects, sauf si ces derniers se trouvent dans l'impossibilité d'obtenir réparation auprès des autres coauteurs de l'infraction. Les bénéficiaires d'une clémence de rang I obtiendront encore une protection des éléments de preuve remis à l'autorité de concurrence compétente, ce qui amoindrira l'efficacité de l'action des victimes, sauf pour ces dernières à intenter un référé probatoire avant que l'entreprise n'ait obtenu le bénéfice de la clémence. Quant aux bénéficiaire d'une clémence de rang II, le recours à la procédure n'offrira comme protection face au contentieux privé que l'interdiction de produire des éléments de preuve qui auront été remis à l'autorité en vue d'obtenir la clémence. Elle lui offrira en outre le bénéfice d'une réduction du montant de l'amende, là encore plus ou moins prévisible. Il semble donc que le développement du contentieux privé pourrait avoir pour effet de compliquer encore l'anticipation par l'entreprise du montant global de la sanction, ce qui devrait complexifier la mise en œuvre d'une stratégie de faute lucrative.

1158. L'introduction d'outils spécifiques à la gestion du risque privé. Si les procédures négociées évoquées ci-dessus permettront dans une certaine mesure de tempérer les conséquences civiles de l'infraction au droit de la concurrence, elles nécessiteront d'être complétées d'outils spécifiquement dédiés à la gestion du contentieux privé. Ainsi, les nouvelles règles relatives à la solidarité entre les personnes morales à l'origine d'une infraction au droit de la concurrence ne permettront plus de cantonner le risque sur l'une des filiales, stratégie qui nécessitera désormais le recours à des stipulations spécifiques en ce sens (qui pourraient être annulées sur le fondement du déséquilibre significatif si la filiale entendait s'en dégager). L'entreprise pourrait encore faire le choix d'assurer ce risque, à condition de trouver un assureur qui accepterait un tel risque. Une autre solution, potentiellement très efficace, serait d'introduire des clauses attributives de compétence destinées à augmenter le coût de l'action

par la désignation d'une juridiction éloignée du demandeur, tendant ainsi à décourager sa mise en œuvre par les victimes. Les clauses alternatives de juridiction constitueront des outils encore plus efficaces, dans la mesure où elles permettront de faire échapper le litige à la compétence des juridictions civiles, permettant ainsi d'en tempérer les conséquences. Les clauses instaurant une procédure de règlement amiable préalable à la saisine du juge pourront en outre, si elles ne sont pas respectées par le demandeur, offrir une fin de non-recevoir au défendeur qui pourrait s'en prévaloir afin de faire définitivement échec à l'action de la victime. La clause compromissoire n'offrira pas, quant à elle, une telle faculté, mais présentera l'intérêt d'assurer au défendeur que le litige échappera bel et bien à la compétence des juridictions civiles. Le recours à l'arbitrage présente en effet l'intérêt de confier la mission de trancher le litige à des arbitres désignés par les parties, qui seront bien souvent des experts de la matière, et pourront en outre avoir pour mission de statuer en équité, ce qui pourrait conduire à une issue plus favorable pour le défendeur que devant les juridictions civiles. Le recours à la transaction présente quant à lui l'avantage d'être plus rapide et moins couteux que l'arbitrage, et offre en outre d'intéressantes récompenses face au contentieux privé, dont il n'est pas sûr que l'entreprise ayant recours à l'arbitrage puisse bénéficier. Il s'agit, d'une part, d'une exception au principe de la responsabilité solidaire entre les coauteurs d'une infraction au droit de la concurrence et, d'autre part, d'une réduction du montant de l'amende prononcée par une autorité de concurrence le cas échéant. La faiblesse de la transaction réside toutefois dans le fait qu'il n'est pas certain que les parties parviennent à un accord, auquel cas le litige serait porté devant les juridictions civiles. L'arbitrage comme la transaction présentent ainsi des avantages et des inconvénients, qu'il conviendra de mettre en balance au moment de décider laquelle de ces deux solutions devra être privilégiée par l'entreprise.

1159. Remarques finales. Sous réserve d'un certain nombre d'adaptations dans le cadre d'une stratégie de façonnage normatif, les victimes de pratiques anticoncurrentielles pourront à notre avis parvenir à un réel renforcement de l'efficacité de l'action en réparation. Le droit nouveau apporte déjà, en tant que tel, plusieurs avancées intéressantes pour en faciliter la mise en œuvre. Or, comme le souligne M. Amaro[1290], l'essentiel du contentieux est actuellement rendu sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 9 mars 2017, et il faudra attendre encore plusieurs années avant que la jurisprudence n'en révèle les atouts. Le contentieux devant les juridictions civiles n'en connaît pas moins un accroissement ces dernières années, signe que certaines

[1290] AMARO R., « Les contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017), Concurrences n° 4-2017, p. 212.

entreprises ont déjà pris conscience de son potentiel et l'ont inclus dans leur stratégie juridique. Il n'empêche à notre avis que cette prise de conscience devrait être limitée aux entreprises de taille relativement importante, les PME et TPE les plus modestes ayant des difficultés à accéder à la culture de la concurrence. En l'absence de mécanisme de recours collectif efficace, les consommateurs s'avèrent quant à eux parfaitement désarmés, comme l'illustre une affaire récente portée devant le TGI de Lille[1291]. De telles victimes pourraient donc demeurer passives face à une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles. Les entreprises ne devraient donc pour le moment être confrontées qu'à l'action individuelle d'entreprises de taille relativement importante, aboutissant ainsi à des condamnations qui pourraient s'avérer insuffisantes pour les décourager de commettre l'infraction. L'objectif fixé par la directive 2014/104 d'assurer « la pleine effectivité des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, notamment, l'effet utile des interdictions qu'ils prévoient » en permettant à toute personne, consommateur comme entreprise, de demander réparation du préjudice qu'elle subit du fait de l'infraction n'apparaît donc parfaitement rempli à l'heure actuelle[1292]. Si la directive 2014/104 et l'ordonnance du 9 mars 2017 constituent indéniablement un important pas en avant en ce sens, les sommes auxquelles se trouveront condamnées les entreprises devraient à notre avis se révéler trop faibles pour être réellement dissuasives, faute de dommages et intérêts punitifs. Cette difficulté pourrait tout de même être levée à condition de démocratiser le recours à la cession de créances ainsi que l'organisation d'actions collectives par les cabinets d'avocats, qui confronteraient alors les entreprises à un risque réellement dissuasif eu égard à l'augmentation des sommes auxquelles elles s'exposeraient en cas de condamnation. Une réforme de l'action de groupe de la loi Hamon pour en lever les difficultés et permettre l'action des consommateurs apparaît également souhaitable en ce sens. Rappelons encore une fois l'exemple du droit japonais, qui, malgré l'introduction en 1974 d'un système très proches des règles de la directive, n'a connu son essor qu'à partir des années 1990, sous l'impulsion d'associations ayant incité les victimes à demander réparation de leurs préjudices (V. supra, n° 81). Peut-être l'action de cabinets d'avocats spécialisés dans la défense des PME et des TPE, ainsi que la démocratisation de la cession de créance, permettront en France un tel essor dans un avenir proche.

[1291] AMARO R., « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017), Concurrences n° 4-2017, p. 212 ; TGI Lille, ch. 01, 6 juin 2017, Mme Vauchelin c/ sociétés Colgate Palmovile, Henkel et al., RG 15/10938.

[1292] 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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1, considérant n° 3.

Bibliographie

❖ Dictionnaires et encyclopédies

Le Larousse [en ligne] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ (consulté le 11/07/2019)

Le dictionnaire de l'Académie (9ème édiction), CNRTL [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/ (consulté le 11/07/2019)

Le Trésor de la Langue Française informatisé, CNRTL, [en ligne] https://www.cnrtl.fr/definition/ (consulté le 11/07/2019)

***

❖ Ouvrages généraux, manuels et traités

BAZIN-BEUST D., « L'essentiel du droit de la consommation », coll. Les carrés, Lextenso, 2ème édition, 2017-2018

BENABENT A., « Droit des obligations », LGDJ, coll. Domat, 18ème édition, 2019

BLAISE J-B., DESGORCES R., « Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution », LGDJ, 2019, 10ème édition

CADIET L. et CLAY T., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », Dalloz, 2019, 3ème édition

GIBIRILA D., « Droit des sociétés », coll. ellipses, 2015, 5ème édition

LEROY F., « Les stratégies de l'entreprise », Dunod, 2017, 5ème édition

MAGAKIAN J-L. et PAYAUD M-A., « 100 Fiches pour comprendre la stratégie d'entreprise », Bréal, 2018, 7ème édition

MAINGUY D., DEPINCE M., « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2015, 2ème édition

PORCHY-SIMON S., « Les obligations », Hypercours, Dalloz, 12ème édition 2020

***

❖ Ouvrages spécialisés, thèses et mémoires

AMARO R., « Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires », Larcier, éd. Bruylant, 2014

BEHAR-TOUCHAIS M., BOSCO D., et PRIETO C., « L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques anticoncurrentielles », éditions IRJS, 2016 :

- **AMARO R.,** « Aspects de droit international privé : les risques liés au forum shopping et les moyens d'y remédier », p. 285

- **BEHAR-TOUCHAIS M. et CARVAL S.,** « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », p. 35
- **BERNHARD J.,** « Plus pragmatique que mathématique : l'évaluation des préjudices et la charge de la preuve en droit civil de la concurrence allemand », p. 193
- **BOSCO D.,** « L'accès aux preuves dans le cadre des actions mises en œuvre dans la sphère privée », p. 69
- **CARVAL S., CHAGNY M., CHONE-GRIMALDI A-S., MONNIER C., TROPEANO J-P.,** « L'évaluation des préjudices concurrentiels », p. 149
- **GSELL B.,** « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – Recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », p. 223
- **IDOT L.,** « Les actions collectives en droit de la concurrence Aspects de droit international privé européen », p. 337
- **PIETRINI S. et NICOLAS-VULLIERME L.,** « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », p. 299
- **SAVOV V.,** « Regroupement de créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », p. 239

BOUTARD LABARDE M. C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM V. et VIALENS J., « L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles », LGDJ, 2008

CHAGNY M., DEFFAINS B., « Réparation des dommages concurrentiels », Dalloz, Septembre 2015, 1ère édition

MASSON A., « Les stratégies juridiques des entreprises », éditions Larcier, 2009 :

- **BOUTHINON-DUMAS H,** « Les stratégies juridiques : essai sur les articulations entre droit, économie et management », p. 11
- **CHAMPAUD C.,** « Qu'est-ce qu'un avantage juridique ?», p. 77
- **DAIDJ N. et VERDUN F.,** « L'apport de l'analyse stratégique à la pratique du droit en entreprise », p. 53
- **DE BOVIS T.,** « La Cour de justice face aux stratégies juridiques », p. 459
- **DU MANOIR DE JUAYE T.,** « Un exemple de stratégie juridique : la gestion de la preuve avant tout procès », p. 209
- **LABERNEDE R.,** « Les limites aux stratégies juridiques : l'exemple de l'abus de droit », p. 473
- **MARTY F. et PILLOT J.,** « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ? », p. 317
- **MASSON A.,** « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », p. 133
- **PETIT N.,** « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », p. 281
- **ROQUILLY C.,** « Contribution à la reconnaissance de l'influence du droit dans la stratégie d'entreprise », p. 31
- **SAINTE FARE GARNOT R.,** « La contribution des juristes à la stratégie d'entreprise : quelles évolutions ? – Un témoignage », p. 169

MASSON A., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier, 2013 :

- **BLIN J-P, GRASS C.,** « Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence »
- **DEBROUX M.,** « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? »
- **DUBOIS COLINEAU A.,** « Affaires européennes de concurrence : le lobbying, levier de compétitivité pour les entreprises »
- **MARTY F.,** « Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010) »
- **MASSON A.,** « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence »
- **PUEL F.,** « Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence »

VOGEL L., « Les actions civiles de concurrence, Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Etats-Unis », 2013, éditions Panthéon Assas

***

❖ Etudes, articles et chroniques

AKYUREK O. et DE PERTHUIS C., « Third party funding : changement du paysage judiciaire », Les Petites Affiches, 11 juillet 2018, n°138, page 20

AMARO R.,

- « Action autonome en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante et de dépendance économique », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016, p.52
- « Actions en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles : la directive 2014/104/UE est transposée ! », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 6, p. 12
- « Action en réparation du préjudice causé par un abus de position dominante dans le secteur de l'Internet haut débit », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, p.152
- « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 5 novembre 2015, nº 45, p. 72
- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier – décembre 2015) », Concurrences n° 1-2016, p. 251
- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016) », Concurrences n° 4-2016, p. 230
- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (mai 2016 – décembre 2016), Concurrences n° 2-2017, p. 217
- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017-juillet 2017), Concurrences n° 4-2017, p. 212
- « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018), Concurrences n° 2-2018, p. 225

- « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept. 2018 – Juin 2019), Concurrences n° 3-2019, p. 230
- « Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce », Concurrences n° 2-2017, p. 70

AMARO R. et VEY-MORIT H., « L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy droit des affaires, 1er septembre 2015, nº 107, p. 29

AMRANI-MEKKI S., « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence – Le point de vue d'un processualiste », Gazette du Palais, 26 mars 2009, p. 4

ANCELIN O. et DE CAUSANS M., « Les prémices du *Third Party litigation funding* en France ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 5 novembre 2015, n° 45, p. 31

AUBERT DE VINCELLES C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », Recueil Dalloz, 2014, n° 15, p. 879

AUGAGNEUR L-M., « La compliance a-t-elle une valeur ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 5 Octobre 2017, n° 40, p. 30

AYNES A., « Les difficultés probatoires en droit commercial », Dossier sur la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 200

BACACHE M., « Action de groupe et responsabilité civile », RTD Civ., 2014, n° 2, p. 450

BACCICHETTI E., « Comment choisir entre clémence et transaction ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2008, nº 15, p. 159

BARBET J., « La Cour de cassation valide les clauses optionnelles unilatérales, sous réserve de prévisibilité », Cahiers de l'arbitrage, 1er décembre 2015, n°4, p. 757

BAUDU I.,

- « Engagements et action indemnitaire : les préoccupations de concurrence identifiées sont bel et bien susceptibles de constituer une faute civile », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2018, nº 77, p. 4
- « L'Autorité publie son communiqué de procédure sur la transaction : des réponses, mais encore quelques questions », Revue Lamy de la concurrence, 1er février 2019, n° 80, p. 4

BEHAR-TOUCHAIS M., « Autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit civil quant aux recours contributoires en cas de condamnation solidaire au paiement d'une amende », Revue des contrats, 1er décembre 2014, n° 04, p. 735

BENZONI L., « Le contrôle du niveau des prix : aspects économiques », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, p. 310

BERLAUD C., « Action de groupe : Limite des pouvoirs du juge de la mise en état », Gazette du Palais, 2018, n° 27, page 26

BIEN F., « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », Concurrences n° 2/2015, p. 13.

BLAISE J-B., « Autonomie procédurale et accès au dossier d'une ANC. Règlement n° 1/2003. Articulation de la procédure de clémence devant l'Autorité de la concurrence et d'une procédure privée devant une juridiction ordinaire », RTD Eur., 2011, p. 844

BOSCO D.,
- « L'avenir contractuel et administratif de la compensation des dommages concurrentiels », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 7, p. 2
- « Recours collectifs en Belgique : la condition d'agrément de l'association de consommateurs est contraire à la libre prestation de services », Contrats Concurrence Consommation, Mai 2016, n° 5, p. 66

BOUGETTE P., DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., MONTET C. et VENAYRE F., « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », Revue Concurrence et Consommation, Janvier-Février 2006, n° 144, p. 2

BOUGETTE P., MONTET C., et VENAYRE F., « L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », Revue de la Concurrence et de la Consommation, janvier-février 2006, n° 144, p. 11

BRUNET F., DUPUIS A., PAROCHE E., « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », Recueil Dalloz, 2014, n° 28, p.1600

CARDONNEL P., « La Commission adopte un paquet de mesures sur les actions en dommages et intérêts », Concurrences, n° 3-2013, p. 139

CATALA MARTY J., « Réflexions autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », Gazette du Palais, 01 mars 2014 n° 60, p. 11

CARVAL S.,
- « 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
- « La responsabilité civile des membres d'une entente peut être engagée du fait du dommage causé par un effet d'ombrelle sur les prix », Recueil Dalloz, 2014, n° 26, p. 1525.
- « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels, un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », Recueil Dalloz, 2015, n° 22, p. 1290
- « Réparation du préjudice : appréciation *in concreto* du préjudice de trésorerie », Recueil Dalloz, 2017, n° 20, p.1119

CHAGNY M.,
- « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », Revue Lamy Droit des Affaires, 1er janvier 2007, n° 12, p. 96
- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant le juge des référés », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2009, nº 19, p. 97

- « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », Recueil Dalloz, 2013, n° 13, p. 851
- « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles, changements en vue en droit français de la concurrence, … de la procédure et de la responsabilité civile ? », Recueil Dalloz, 2013, n° 38 p. 2532
- « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 265
- « Les dix ans de la procédure française d'engagements : engagez-vous ! "rengagez"-vous ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 4, p.145
- « L'indemnisation des dommages concurrentiels par la cour d'appel de Paris : une hirondelle avant la réforme ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 11, p. 465
- « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 7, p. 316

CHAGNY M. et LUC I. « Quels contrôles des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p.112

CHAMPAUD C. et DANET D., « Groupe de sociétés. Responsabilité de la société mère pour les infractions aux règles de concurrence commises par ses filiales », RTD com., 2008, n° 3, p. 576

CHARRIER E., LOSTE C., « Quelle expertise pour la réparation des dommages concurrentiels ? », Revue Lamy droit des affaires, 1er décembre 2017, nº 132, p. 69

CHARTIER P-O., « L'application du principe de loyauté dans la recherche et l'administration de la preuve », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2017, nº 66, p. 24

CHEVRIER E.,

- « Autorité de la concurrence : loyauté de la preuve », Recueil Dalloz, 2011, n° 8, p. 562
- « Stratégie d'éviction sans prédation », Dalloz actualité, 06 mars 2014

CHONE-GRIMALDI A-S., « Action en private enforcement consécutive à une décision d'engagements », L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, 01/03/2018, n° 03, p. 5

CLARENC C. et CHRISTOL R., « Transmission des dossiers de l'Autorité de la concurrence dans les procédures indemnitaires », JCPE, 10 janvier 2013, n° 2, p. 9

CLAUDEL E.,

- « Les implications procédurales de loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre mer - 2e volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », RTD Com., 2013, n° 3, p. 512
- « La règle de minimis, une institution controversée offrant une "zone de sécurité" bien fragile », RTD com. 2013, n° 3, p. 518

- « 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 ! », RTD Com., 2017, n° 2, p. 305.
- « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », RTD Com. 2014, n° 2, p. 339
- « Procédure de transaction "à la française" : l'heure d'un premier bilan », RTD Com. 2017, n° 4, p. 865.
- « Dommages collatéraux ou les effets inattendus de la nouvelle procédure française de transaction », Concurrences n° 1-2018, p. 3

COMERT M., FLAICHER-MANEVAL E., « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3 p. 106

CONSTANTIN A.,

- « Causalité et régulation économique », Revue Lamy Droit civil, 1er juillet 2007, n° 40, p. 47
- « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », RTD Com., n° 2, 2011, p. 365

CONSTANTIN L.,

- « Autorité de la concurrence : rapport d'activité pour 2014 », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 8, p.340.
- « La course à la clémence au sein du réseau européen de concurrence », Dalloz actualité, 08 février 2016

COUSIN M., « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2017, nº 60, p. 20

COUTRELIS N., ZIVY F., « La Directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour les infractions au droit de la concurrence », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 44, p. 97.

COUTRON L.,

- « Du difficile équilibre à trouver entre l'accès au dossier des victimes de pratiques anticoncurrentielles et la protection de la confidentialité », RTD Eur., 2014, n° 2, p.478
- « Extension de la responsabilité des membres d'une entente aux dommages causés par le *umbrella pricing* », RTD Eur., 2014, n° 4, p. 916

D'ALES T., « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial et de la concurrence », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 5, p. 206

DANET D., « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », Revue internationale d'intelligence économique, 2010/2, vol 2, p. 277

DE BOVIS T., « Les actions en réparation du fait de pratiques anticoncurrentielles : Vers de nouvelles fondations des règles de compétence ? », Cahiers de l'arbitrage, 1er décembre 2015, n°4, p. 787

DECOCQ G.,

- « Actions privées - Le verrou de la rue de l'échelle », Contrats Concurrence Consommation, 2017, n° 6, p. 1
- « Les victimes d'une entente ont un droit d'accès au dossier de la procédure de public enforcement », Contrats Concurrence Consommation, Octobre 2013, n° 10, p. 22
- « Private enforcement - Précisions sur la nullité des accords interdits par le droit des ententes », Contrats Concurrence Consommation, Novembre 2017, n° 11, p. 40

DEFFAINS B., « Contentieux interentreprises : Quand vaut-il mieux prévenir que guérir ? », Concurrences, n° 3-2015, p. 5

DEFFAINS B. et FEREY S., « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? À propos de l'affaire du Cartel du ciment allemand », Revue d'économie industrielle, 2010, n° 131, p. 51

DE LA ASUNCION PLANES K., « L'effectivité des clauses de conciliation préalable », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p.128

DELPECH X.,

- « Action en représentation conjointe des associations : démarchage sur internet », Recueil Dalloz, 2011, n° 27, p. 1884
- « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », Dalloz actualité, 15 mars 2017

DE MONTECLER M-C., « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », AJDA, 2017, n° 10, p. 548

DESCHAMPS P., « Comment calculer les intérêts lors d'une estimation de préjudice ? », Concurrences n° 4-2017, p. 33

DE SILGUY S., « Faut-il craindre les actions collectives ? », Revue Lamy Droit Civil, 2012, n° 99, p. 55

DIENY E.,

- « Démonstration des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de cassation confirme une certaine régression des droits de l'entreprise victime », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2016, nº 49, p. 53
- « Programmes de conformité : regards croisés sur la norme ISO 19600:2014 et la pratique en droit de la concurrence », Revue Lamy Droit des Affaires, 10 décembre 2015, nº 110, p. 57

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., « La loyauté dans l'administration de la preuve », Gazette du Palais, 24 mai 2012, n° 145, p. 44

DUFOUR O., « L'action de groupe à la française, c'est pour bientôt ! », Les Petites Affiches, 2013, n° 83, p. 3

DUGRENOT F., « La pratique des mesures d'instruction de l'article 145 du code de procédure civile portant notamment sur des supports informatiques au tribunal de commerce de Paris », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p.189

DUMARÇAY M.,

- « Clémence-transaction : la combinaison procédurale gagnante ? Regards sur la décision de l'Autorité de la concurrence sanctionnant l'entente sur le marché des produits électroménagers », Revue Lamy de la concurrence, 1er février 2019, nº 80, p. 36
- « Esquisses et esquives du projet de loi "Pacte" portant modification des procédures administratives de contrôle des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 1er décembre 2018, nº 78, p. 34
- « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, nº 62, p. 25

DUPONT N., « L'action en représentation conjointe des associations de consommateurs ou l'action mal-aimée des juges », Recueil Dalloz, 2011, n° 27, p. 1884

DURAND W., « L'entreprise face au droit de la concurrence : comment réduire le risque », Revue Lamy de la concurrence, 1er novembre 2016, nº 55, p. 39

ERESEO N., « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », Revue de l'Union européenne, 2015, n° 589, p. 378

ESPESSON-VERGEAT B., « Le caractère dissuasif des sanctions de l'Autorité de la concurrence », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2015, nº 43, p. 133

EVRARD C. et GORDON F., « Abrégé de private enforcement (2/3) », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2015, nº 42, p. 110

FARACHE A., « Directive sur les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la Concurrence – 2014, n° 41, p. 55

FERRIER D., « Concurrence-Distribution janvier 2013 - décembre 2013 », Recueil Dalloz 2014, n° 15, p.893

FERRE D., LACRESSE A., « Le contentieux de la concurrence dans les contrats d'affaires : quelles stratégies ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 3, p. 109

FORGUES F., « Du financement des procédures par les tiers », Les Petites Affiches, 2017, n° 197, page 6

FOURGOUX J-L., « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », Gazette du Palais, 16 mai 2013, n° 136, p. 46

FOURNIER DE CROUY N., « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », Les Petites affiches, 2017, n° 223, page 5

FROT E. et SAUTEL O., « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », Revue Lamy Droit des Affaires, 2011, n° 66, p. 35

GIRAUD A., GALMICHE P., « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence : quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2014, n° 39, p. 186

GLAIS M., « Une latitude de plus en plus étroite pour les entreprises qualifiées de "dominantes" dans leurs stratégies de défense de leurs positions de marché », RTD Com., 2015, n° 4, p. 649

GRAC-AUBERT V. et BROUSSEAU J., « La "clémence privée" : une innovation au service de la compensation du dommage anticoncurrentiel », Recueil Dalloz, 2015, n° 28, p. 1607

GRANGEON J., « La preuve en droit de la concurrence : la fin justifie les moyens ! », Revue Lamy de la concurrence, 1er décembre 2016, nº 56, p. 43

GRANDJEAN J-P., « L'action de groupe en état de marche », Gazette du Palais, 08 novembre 2014, n° 312, p. 12

GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », Revue des sociétés, 2009, n° 4, p. 715

GRYNFOGEL C., « La notion d'objet anticoncurrentiel et la sécurité juridique des entreprises », RJDA, 2014, n° 8, p. 627

HOLTSE C., « Maersk : Antitrust compliance in a global context », Concurrences n° 1-2017, p. 10 (traduction proposée par nous)

IDOT L.

- « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », Concurrences n° 3-2014, p. 43
- « Une année marquée par l'adoption de la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation », RTD Eur., 2015, n° 4, p. 807
- « Portée d'une décision d'acceptation d'engagements à l'égard des juges nationaux », Revue des contrats, 9 mars 2018, n° 1, p. 92
- « Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles - Mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE : actualité de la décentralisation », RTD eur. 2018, n° 4, p. 817

INFOREG, « Pratiques anticoncurrentielles : la transaction avec l'Autorité de la concurrence », Cahiers de droit de l'entreprise, Septembre 2016, n° 5, p. 51

JAULT-SESEKE F., « Validité de la clause attributive de juridiction : un revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », Recueil Dalloz, 2015, n° 44, p. 2620

JOUFFIN E., « Petit lexique de l'action de groupe », Banque&Droit, novembre 2014, p. 57

JOURDAIN P. « Responsabilité des fabricants de vaccin contre l'hépatite B : y aurait-il du nouveau ? », RTD civ., 2013, n° 3, p. 625.

KOVAR J-P et KOVAR R., « L'objet anticoncurrentiel au sens de l'art. 101, paragraphe 1, du TFUE : Un objet difficile à identifier », Concurrences n° 1-2016, p. 48

LABORDE J. F., « Cartel damages claims in Europe : How courts have assessed overcharges » (traduction proposée par nous), Concurrences n°1-2017, p. 36

LACRESSE A., « La Cour de justice de l'Union européenne ouvre largement le droit d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux éléments recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence », Concurrences, n° 3-2013, p. 142

LAGARDE X., « Contrats et situations litigieuses - Clauses de conciliation : le régime se précise », Revue des Contrats, 1er octobre 2005, n° 4, p. 1141

LARRIEU P., « Les concessions dans la transaction », Revue Lamy Droit civil, 1er juin 2007, nº 39, p. 59

LASSERRE-KIESOW V., « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », Recueil Dalloz, 2007, n° 5, p. 2116

LE BESCOND DE COATPONT M., « Le nouveau visage de la transaction en droit civil », AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2018, n° 4, p.152

LECOURT A., « Chronique bi-annuelle de droit de la concurrence », Revue Lamy droit des affaires, 1er juin 2013, nº 83, p. 59

LEGRAND V., « Les incertitudes procédurales de l'action de groupe », Les Petites affiches, 2018, n°169-170, page 9

LEHAIRE B., « Un point de vue canadien et civiliste sur la réparation du préjudice concurrentiel dans la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p. 168

LELIEVRE Y., « Le tribunal de commerce, juge de la concurrence », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, n° 12, p. 536

LE MORE P., « Plaidoyer pour une vraie réforme de l'action de groupe en matière de concurrence », Contrats Concurrence Consommation, Mai 2017, n° 5, p. 3

« **Les essentiels du mois** », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, n° 62, p. 12

LESQUINS J-L., « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 17

LIGNEUL N., « L'action de groupe "à la française", de la mondialisation des procédures au projet de loi sur la consommation », Gazette du Palais, 25 janvier 2014 n° 25, p. 11

LOUBIERES F. et SAINT-OLIVE F., « Private enforcement et prescription : les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation ? », Revue Lamy de la Concurrence, 1er avril 2014, n° 39, p. 181.

LOUISOT J-P, « Gestion des risques et stratégie ou gestion stratégique des risques », Revue Lamy droit des affaires, 1er mars 2014, nº 91, p. 65

LUC I., « Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage "da mihi factum, dabo tibi jus"», AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 5, p. 202

MASMI-DAZI F.,

- « Du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans la double proposition de la Commission européenne : un équilibre fragile entre la protection de l'action publique et le renforcement du droit des victimes », Revue Lamy de la Concurrence, n° 37, p. 78

- « Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation des dommages concurrentiels ? », Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 104

MASSON A. et SHARIFF M., « Les stratégies juridiques des entreprises », Revue Le Lamy Droit des Affaires, 1er octobre 2010, nº 53, p. 56

MATHONNIÈRE C., « La DGCCRF, (l'autre) bras armé de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juin 2017, nº 62, p. 3

MAULIN R., « Les opérations de visite et de saisie en droit français de la concurrence invalidées, une nouvelle fois, par la Cour européenne des droits de l'Homme », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 6, p. 265

MELIN F., « Clause attributive de compétence et violation du droit de la concurrence », Dalloz actualité, 26 novembre 2018

MENETREY S., « Financement du procès par les tiers - À propos du rapport du Club des juristes, juin 2014 », La Semaine Juridique Edition Générale, 21 Juillet 2014, n° 29, p. 836

MOLFESSIS N., « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », Recueil Dalloz, 2014, n° 16, p. 947

NINANE F., « Transposition en France de la directive sur le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles - Un fragile équilibre entre encouragement des actions indemnitaires, préservation de l'efficacité de l'action publique et protection du secret des affaires », Contrats Concurrence Consommation, Juillet 2017, n° 4, p. 18

NOURISSAT C., « Actions indemnitaires en droit des pratiques anticoncurrentielles : quelques enseignements procéduraux récents », Revue Lamy de la concurrence, n° 85, p. 41

NUSSENBAUM M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 261

PAULHAC C., « L'Autorité de la concurrence publie son communiqué "transaction" », Contrats Concurrence Consommation, Avril 2019, n° 4, p. 3

PEEPERKORN L., « Defining "by object" restrictions », Concurrences, n° 3-2015, p. 40 (traduction proposée par nous)

PIEDELIEVRE S.,

- « Action de groupe et nullité de l'assignation », Gazette du Palais, 11 septembre 2018, n° 30, page 38
- « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », Gazette du Palais, 29 mars 2014, n° 88, p. 11

PIETRINI S.,

- « Indépendance et interdépendance des juridictions et autorités de concurrence (Éléments de droit comparé) », Les Petites affiches, 2009, n° 62, page 7
- « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », Gazette du Palais, 03 septembre 2013 n° 246, p. 21

- « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », Concurrences n° 2/2015, p. 18

PORTMANN A., « Parution de la circulaire sur l'action de groupe », Dalloz actualité, 5 novembre 2014

PREVOST S., « Impossibilité de condamner un groupe de société », Revue des sociétés, 2012, n° 1, p. 37

PRUNET F., « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », Gazette du Palais, 20/12/2014, n° 354, p. 21

PUEL F. et DE GOUVILLE P., « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 6 : Les procédures de "transaction" en droit de la concurrence français et européen », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 16 Juillet 2015, n° 29, p. 1356

PUEL F., REBEYROTTE V.,

- « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 12, p. 499
- « Le respect des règles de concurrence mis en perspective - Chapitre 1 : Audit des pratiques de l'entreprise au regard des règles de droit de la concurrence et mise en conformité », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 18 Juin 2015, n° 25, p. 1297

PUIG P., « La transaction : atouts et risques », Petites affiches, 03 décembre 2009 n° 241, p. 29

RATHOD J. et VAHEESAN S., « The Arc and Architecture of Private Enforcement Regimes in the United States and Europe: A View across the Atlantic », University of New Hampshire Law Review, Vol. 14, No. 2, p. 313

REBEYROL V., « La nouvelle action de groupe », Recueil Dalloz, 2014, n° 16, p. 940

REDOND D., « Les actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles bientôt facilitées », Bulletin Rapide de Droit des Affaires, 28 février 2015, n° 4/15, p. 22

REGNAULT S., « L'indemnisation de la rupture fautive des contrats de distribution », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 28 Août 2014, n° 35, p. 1429

RODA J-C, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », Recueil Dalloz, 2015, n° 42, p. 2482

RONTCHEVSKY N., « Rupture de relations commerciales établies : le contentieux interne et les modes alternatifs de règlement des différends », AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2019, n° 1, p.17

RUY B., « Loi Macron : les questions soulevées par la procédure de transaction, en matière de pratiques anticoncurrentielles », Revue Lamy de la concurrence, 1er avril 2016, nº 49, p. 19

SAINT-ESTEBEN R.,

- « La loi Macron : étendue et limites de la régulation concurrentielle », Concurrences, n°4-2015, p. 16.

- « L'arrêt DHL ou les pièges des clémences multiples », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n° 4, p. 196
- « La question de la réparation du préjudice né de pratiques anticoncurrentielles préalablement sanctionnées par la Commission européenne », AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n° 12, p. 526
- « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2014, n° 7, p. 258
- « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 53

SÉLINSKY V.,

- « Les engagements, une procédure en question ? », Revue Lamy de la concurrence, 1er juillet 2015, nº 44, p. 44
- « Prendre des engagements ne protège pas contre les actions indemnitaires », Revue Lamy de la concurrence, 1er juillet 2015, nº 44, p. 46

TERCINET A., « L'évolution du risque concurrentiel dans une économie globalisée : une approche comparée », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2010, nº 22, p. 109

THIEDE T., « Private Enforcement of Anti-Trust Damages in Europe: A Germanic Perspective on Directive 2014/104/EU », ELTE Law Journal, 2015, p. 150

THOMAS E., « La Cour de cassation confirme en tout point l'arrêt prononcé le 2 juillet 2015 par la Cour d'appel de Paris et précise l'étendue de la règle de la nullité des accords anticoncurrentiels prévue aux articles 101, § 2, TFUE et L420-3 C. com », Concurrences n° 1-2018, p. 81

TRIFOUNOVITCH Y., « Sanction par l'Autorité de la concurrence des ententes dans le secteur du gros électroménager : du caractère novateur des décisions de transaction et de l'attractivité préservée de la clémence », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2019, nº 79, p. 19

VANDE WALLE S., « Private Enforcement of Antitrust Law in Japan: An Empirical Analysis », The Competition Law Review, décembre 2011, Volume 8 Issue 1 pp 7-28 (traduction proposée par nous)

VOGEL J.,

- « Le droit de la concurrence, un atout ? », HEC, janvier-février 2017 p. 105
- « Stratégies de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », colloque « Les sanctions du droit de la concurrence », JCP E, 2013, n° 12, p. 39

WINCKELMULLER F., « Saisie de messagerie électronique et respect du secret des correspondances avocat-client », Dalloz actualité, 17 mai 2013

YSEWYN J. and KAHMANN S., « The decline and fall of the leniency program in Europe », Concurrences n° 1-2018, p. 44 (traduction proposée par nous)

***

❖ Contributions aux mélanges et actes de colloques

AZAR-BAUD M. J., « L'action de groupe au service des consommateurs : Enjeux de la réforme », Les Petites affiches, 2014, n° 128, p. 29

BENABENT A., « La mise en jeu de la responsabilité civile » *in* « Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », colloque de l'Université Paris I le 29 avril 2004, Les Petites affiches, 2005, n° 14, p. 31

BOUIX C., « L'interprétation de la loi par le juge », colloque « La loi et le juge », 20 octobre 2016 [en ligne] http://publications.ut-capitole.fr/24849/1/L%E2%80%99interpr%C3%A9tation%20de%20la%20loi%20par%20le%20juge%20C.BOUIX%20.pdf (consulté le 09/08/2019)

BOUTHINON-DUMAS H., « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », *in* « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence n° 28, juillet - septembre 2011, p. 151

CHAPUT Y., « La PME "victime" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, 165

CLARENC C., « Le dommage », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence – 2015, n° 42, p. 183

DECOCQ G., « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », *in* Leçons de Droit Civil, mélanges en l'honneur de François Chabas, Bruylant 2011

FASQUELLE D., « La PME, "auteur" de pratiques anticoncurrentielles », *in* « La PME face au droit de la concurrence », colloque, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 29, p. 154

FRANCOIS-MARTIN L., « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », colloque « Programmes de conformité », Pavillon Gabriel, 5 juin 2012, Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2012, nº 33, p. 110

FREGET O., « La question de la preuve », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », Revue Lamy de la Concurrence – 2015, n° 42, p. 175

HOMOBONO N., « Colloque action de groupe : ordonnancement technique », Gazette du Palais, 16 mai 2013, n° 136, p. 7

JENNY F., « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique » *in* « Les recours collectifs, Quels enjeux stratégiques et économiques ? », colloque organisé par le Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, juillet -septembre 2011, n° 28, p. 157

MARCHAND A., « Compte rendu » *in* « Matinée-débats Dommages concurrentiels, contentieux et indemnisation – Réponses pratiques », 28 juin 2007, Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n° 13, p. 154

MASSON A., « Recours collectifs et stratégie juridique internationale, les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », table ronde n° 3, *in* « Les recours collectifs – Quels enjeux stratégiques et économiques ? » colloque du Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 28, p. 171

POILLOT E., « Table ronde n° 4 : L'action de groupe, une nouveauté dans le paysage juridique français », Les Petites affiches, 2014, n° 128, p. 32

PRIETO C., « Rapport introductif (colloque sur l'action de groupe) », Gazette du Palais, 16 mai 2013, n° 136, p. 9

PRUNET F., « Les conflits d'intérêts en droit de la concurrence », colloque « Les conflits d'intérêts en droit des affaires », Gazette du Palais, 8 décembre 2011, n°342 - page 19

PUEL F., « Efficience des programmes de conformité », colloque « Programmes de conformité », Pavillon Gabriel, 5 juin 2012, Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2012, nº 33, p. 106

RIFFAULT-SILK J., « Le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation ? L'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national », Gazette du Palais, 21 août 2008, n° 234, p. 44

SAINT-ESTEBEN R., « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger », colloque Cour de cassation, 17 octobre 2005

ST ESTEBEN R. et RIFFAULT-SILK J., « Propos introductifs », colloque « Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », 25 septembre 2014, Revue Lamy de la Concurrence, 2015, n° 42, p. 168

SÉLINSKY V., « Les procédures négociées – Le point de vue des praticiens », colloque « 20ème anniversaire du Conseil de la concurrence Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ? », jeudi 15 mars 2007, Revue Lamy de la concurrence, 1er octobre 2007, nº 13, p. 209

SIMON J., « Enjeux juridiques et économiques pour les entreprises », colloque : « Les recours collectifs Quels enjeux stratégiques et économiques ? Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC », 28 avril 2011, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 28, p. 169

THOMAS B. et BOUSCATEL M., « L'approche récente de la cour d'appel de Paris en matière d'actions indemnitaires des concurrents évincés », Revue Lamy de la concurrence, 1er janvier 2018, nº 68, p. 13

***

❖ Textes législatifs, réglementaires et internationaux

BLANCHET J., « Code de Procédure civile commenté », [en ligne] Lamyline, art. 123

Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques

anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017

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 européenne, JOUE, 5 décembre 2014, L 349/1

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n° 34 du 9 février 1995, page 2175

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n°0141 du 18 juin 2008 page 9856, texte n° 1

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, page 5400, texte n° 1

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006 page 4475, texte n° 29

Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n° 29

Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 16

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016 [en ligne]
http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (consulté le 09/09/2019)

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, 11 juin 2013 [en ligne] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52013PC0404 (consulté le 07/10/2019)

***

❖ Actes des Institutions européennes et de l'Autorité de la concurrence

ADLC,

- « Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires »

- « Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs »
- « Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français »
- « Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité »
- « Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction »
- « Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence »

CE,

- « Commission staff working paper accompanying the white paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules » [en ligne] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008SC0404 (consulté le 11/10/2019)
- « 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 (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente », JOUE, 2 juillet 2008, C 167/1
- « Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », JOUE, 8 décembre 2006, C 298/17
- « Compliance matters - What companies can do better », 8 février 2013 [en ligne] https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en (consulté le 08/10/2019) (traduction proposée par nous)
- « Guide pratique 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 » [en ligne] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf (consulté le 25/07/2019)
- « Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02) », JOUE, 1er août 2006, C 210/2
- « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (livre vert) », 19 décembre 2005 [en ligne] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al26120 (consulté le 24/07/2019).
- « 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, [en ligne] https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_fr.pdf (consulté le 05/10/2019)
- « 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 du 11 juin 2013 (2013/396/UE) », JOUE, 26 juillet 2013, L201/60

Règlement (CE) n° 1049/2011 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOUE, 31/05/2001, L145/43

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JOUE, 31 juillet 2007, L199/40

***

❖ Rapports, études, travaux et avis

Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC), « Observations sur le "Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante" » [en ligne] https://www.aapdc.fr/nos-publications/publications-publiques/actions-indemnitaires/item/115-observations-sur-le-livres-blanc-relatif-aux-actions-en-dommages-et-interets-pour-infraction-aux-regles-communautaires-sur-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante (consulté le 17/10/2019)

CE,

- « En quoi la politique de concurrence est-elle importante pour les consommateurs ? » [en ligne] http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_fr.html (consulté le 19/07/2019)
- « Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios », Impact study, 21 December 2007 [en ligne] https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf (consulté le 16/10/2019)

CHEVALIER B., « Bulletin d'information n° 624 du 01/08/2005 » [en ligne] https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2005_1877/n_624_1958/ (consulté le 01/09/2019)

CONNOR J. et BOLOTOVA Y., « Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis », International Journal of Industrial Organization, Vol. 24, 2006, [en ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=788884

DENOIX M. et KLARGAARD O., « La politique de la concurrence dans l'Union européenne », 2007, Question d'Europe n°52 [en ligne] http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0052-la-politique-de-la-concurrence-dans-l-union-europeenne (consulté le 18/07/2019)

JERSON A., LE ROY F. et SENTIS P., « L'impact boursier des annonces de pratiques anticoncurrentielles », [en ligne] https://www.strategie-aims.com/events/conferences/6-xviieme-conference-de-l-aims/communications/1591-limpact-boursier-des-annonces-des-pratiques-anticoncurrentielles/download (consulté le 08/03/2019), p. 20

LASSERE B., « La culture de la concurrence : La démonstration par la preuve », ADLC, [en ligne] http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/aquoi_sert_concurrence.pdf (consulté le 19/07/2019)

« **Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme** - Droit à un procès équitable (volet pénal) », 31 décembre 2018 disponible [en ligne] http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf (consulté le 20/08/2019)

« **International Comparison of Litigation Costs** », Institute for Legal Reform [en ligne] https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_NERA_Study_International_Liability_Costs-update.pdf (consulté le 04/09/2019), p. 2 et p. 4

« La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques » (rapport du groupe de travail), avril 2019 [en ligne] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf (consulté le 21/08/2019)

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, 12 mai 2017, JORF n°0059 du 10 mars 2017, texte n°28

« Responsabilité civile : des évolutions nécessaires » (rapport d'information du Sénat n° 558) [en ligne] https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-55816.html (consulté le 23/08/2019)

***

❖ Jurisclasseurs, encyclopédies juridiques et répertoires

AMARO R., « Fasc. 317 : actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », JurisClasseur Concurrence – Consommation, LexisNexis360, 3 août 2015, pt. 164 s

ARHEL P.,

- « Pratiques anticoncurrentielles (Injonctions et sanctions) », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2015 (actualisation : avril 2017)
- « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2018 (actualisation : Janvier 2019)

AZAR-BAUD M-J., « Qualité pour agir dans l'action en représentation conjointe », Le Lamy droit économique, 2018, n° 6414

BOUT R.,

- « Les fondements à la nécessité du développement des actions privées », Le Lamy droit économique, 2015, n° 1620
- « La réforme des actions en dommages et intérêts », Le Lamy droit économique, 2015, n° 1621
- « Le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts », Le Lamy droit économique, 2015, n° 1622

BRUN P., « Responsabilité du fait personnel », Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2015

CALVET H.,

- « Un choix stratégique : négociations précontractuelles ou saisine directe de l'autorité », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1062
- « Stratégie contentieuse et négociation », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1065

- « Stratégie d'accès au marché et accords entre tiers », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1058
- « Stratégie sur un marché s'ouvrant à la concurrence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1057
- « La saisine directe du juge », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1064
- « Retrait de plainte et auto-saisine de l'Autorité », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1063
- « Instrumentalisation du droit de la concurrence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1060
- « L'utilisation des procédures de clémence », Le Lamy droit économique, 2018, n° 1090.

CASSON P., « Dommages et intérêts », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019

CAYROL N., « Action en justice - Spécificité de l'action en justice », Répertoire de Procédure Civile, Dalloz, Mars 2013

CERVEAU B., « Assurance de protection juridique », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2014

CHANTEPIE G., « Contrats : effets », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2019

CHONE A.S., « Abus du position dominante », Jurisclasseur Lexisnexis concurrence consommation, Fasc. 560, pt. 16

DEVEZE J., « Division de la dette : contribution entre codébiteurs solidaires », Le Lamy droit du financement, 2018, n° 3778

DUMAS J-P et COHEN-BRANCHE M., « Cession et nantissement de créances professionnelles », Répertoire de droit commercial, 2006

LE GALLOU C., « Nullité prévue par l'article L. 442-6, II, du Code de commerce », Le Lamy droit du contrat, 2016, n° 1164

GUINCHARD S., « Fins de non-recevoir », Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile, 2017-2018, ch. 193

JOURDAIN P., « JurisClasseur Civil », 7 Novembre 2011, Fasc. 120-10

KULLMANN J., « Définition légale de l'assurance protection juridique », Le Lamy Assurances, 2014, n° 3849

LARDEUX G., « Preuve : règles de preuve », Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2018 (actualisation : Mars 2019)

ARONICA C. et OSTOJSKI L., « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction », Le Lamy droit économique, 2019, n° 3103

MOREAU F., « Restrictions horizontales de concurrence », Répertoire de droit européen, Dalloz, mars 2010 (actualisation : janvier 2015)

NINANE F.,

- « Communication ou production de pièces ou de catégories de pièces », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2011

- « Faculté pour l'Autorité de la concurrence de donner des orientations sur le préjudice », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2034

PERROT A., DE NIJS R. et EYMARD L.,

- « Dommages liés à l'écoulement du temps », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2061
- « Préjudices privés vs. dommage à l'économie », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2098

PIETRINI S.,

- « La nullité des accords ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2071
- « Les personnes pouvant invoquer la nullité de la pratique anticoncurrentielle », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2073
- « L'office du juge dans la sanction de la nullité d'une clause ou d'un acte juridique anticoncurrentiel », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2074
- « Les restitutions en nature et en valeur du fait de la rétroactivité de la nullité », Le Lamy droit économique, 2018, n° 2078

PIRONON V., « Liens entre codéfendeurs – Cas des groupes internationaux de sociétés », Le Lamy droit économique, 2018, n° 6550

REVERCHON-BILLOT M., « Transaction », Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2018

SAVAUX E., « Cession de droits litigieux – Retrait litigieux (C. civ., art. 1699 à 1701) », Répertoire de Droit civil, Dalloz, chapitre 4

TESTU F-X., « Règlement extrajuridictionnel », Dalloz référence Contrats d'affaires, Dalloz, 2010, ch. 133

***

❖ Sites internet

CANIVET G., « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires » [en ligne] https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-controle-du-conseil-constitutionnel-sur-les-lois-de-transposition-des-directives-communautaires (consulté le 02/10/2019)

DINTHILLAC J-P., « L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires » [en ligne] https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html (consulté le 20/08/2019)

GAMET S., « Déposer un brevet : est-ce vraiment utile? », Forbes [en ligne] https://www.forbes.fr/entrepreneurs/deposer-un-brevet-est-ce-vraiment-utile/ (consulté le 11/03/2019)

HAERI K. et JAVAUX B., « Actions de groupe : déjà des dérapages ! », La Tribune, 04 novembre 2014 [en ligne]

https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/20141104triba50d6e7e9/actions-de-groupe-deja-des-derapages.html (consulté le 04/10/2019)

HUGUEN P., « Daimler a dénoncé en premier le cartel automobile allemand », 25/07/2017 [en ligne] https://www.capital.fr/entreprises-marches/daimler-a-denonce-en-premier-le-cartel-automobile-allemand-presse-1237948 (consulté le 30/08/2019)

NEUER L., « Action de groupe ou action collective : quelle voie choisir ? », Le Point, 31/07/2015 [en ligne] https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/action-de-groupe-ou-action-collective-quelle-voie-choisir-31-07-2015-1953751_56.php (consulté le 14/11/2018)

PERRIN L. et STIMPFLING R., « Le financement des litiges par des tiers : évolutions récentes », Squire Patton Boggs [en ligne] https://larevue.squirepattonboggs.com/le-financement-des-litiges-par-des-tiers-evolutions-recentes.html (consulté le 03/09/2019).

STEINMANN L., « Déjà puni par Bruxelles, le « cartel des camions » fait face à ses clients », Les Echos, 10 septembre 2018 [en ligne] https://www.lesechos.fr/10/09/2018/lesechos.fr/0302223463710_deja-puni-par-bruxelles--le---cartel-des-camions---fait-face-a-ses-clients.htm (consulté le 05/03/2019)

TAVITIAN L., « La plate-forme avocats-actions-conjointes.com est ouverte ! », Village de la Justice, 12/11/2015 [en ligne] https://www.village-justice.com/articles/plate-forme-Avocats-Actions-conjointes,20848.html (consulté le 14/11/2018)

VOGEL L. et VOGEL J., « L'action de groupe à la française entre en vigueur à compter du 1er octobre 2014 », [en ligne] https://www.vogel-vogel.com/laction-de-groupe-a-la-francaise-entre-en-vigueur-a-compter-du-1er-octobre-2014/ (consulté le 30/10/2018)

« **Actions collectives : comment les avocats peuvent-ils ré-investir la défense des consommateurs ?** », Village de la Justice, 09/11/2015 [en ligne] https://www.village-justice.com/articles/avocats-actions-defense,20754.html (consulté le 14/11/2018)

ADLC, « 50 mots pour comprendre la concurrence », [en ligne] http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=623&id_article=2594 (consulté le 20/12/2018)

DGCCRF, « Fiches pratiques » [en ligne] https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques-de-la-concurrence-et-de-la-consom (consulté le 20/12/2018)

« **La tenue des fichiers clients** », i-manuel.fr [en ligne] https://www.i-manuel.fr/SP_GE/SP_GEdocfic19.htm (consulté le 30/08/2019)

« **L'indépendance de l'autorité judiciaire** », Conseil-constitutionnel.fr [en ligne] https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/l-independance-de-l-autorite-judiciaire (consulté le 02/10/2019)

« **Un "cartel" de l'automobile mis au jour outre-Rhin ?** » [en ligne] https://www.easybourse.com/automobile/article/32601/un-cartel-automobile-mis-jour-outre-rhin-.html (consulté le 30/08/2019)

« **Think Antitrust : The Role of Antitrust Enforcement in Federal Procurement** », OECD [en ligne] http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2491618.pdf (consulté le 08/03/2019), *traduction proposée par nous*

Index

(Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Action collective
Alternative satisfaisante à l'action de groupe, V. 572
Création de la pratique, V. 565 s
Intérêt économique pour les victimes, V. 567
Mise en œuvre, V. 569 s
- par un barreau, V. 571
- par un cabinet d'avocat, V. 569
- par une plateforme numérique, V.570
Partage des frais de la procédure, V. 566
Personnes morales, V. 567

Action de groupe
Action de groupe simplifiée, V. 496 s
Adhésion au groupe, V. 490 s
Contentieux complémentaire (exclusion du contentieux autonome), V. 503 s, 529 s
Défaut d'intérêt économique, V. 505 s, 522
Détermination du groupe, V. 489
Droit international privé, *V. infractions transnationales*
Jugement sur la recevabilité, V. 489
Limitation aux consommateurs, V. 509 s, 512 s
Limitations relatives au préjudice, V. 516 s
Médiation, V. 498 s
Monopole des associations, V. 507 s, 525 s
« Opt-in » et *« Opt-out »*, V. 510 s
Phase d'indemnisation des victimes, V. 492
Stratégie défensive, *V. stratégie judiciaire*

Action en représentation conjointe
Mandat des consommateurs, V. 563
- interdiction des sollicitations, V. 563
Monopole des associations, V. 562
Régime, 571 s

Action torpille
V. stratégie judiciaire

Actualisation
V. évaluation du préjudice

Arbitrage
V. stratégie judiciaire (stratégies de soustraction du litige)
Clause compromissoire, V. 542, 695, 1100 s, 1108, 1113
Compromis d'arbitrage,
Inconvénients, V. 1114 s
- récompense accordée aux MCRL, V. 1115
Intérêt stratégique, V. 1111 s
Nature conventionnelle, V. 1107 s
Nature juridictionnelle, V. 1110 s

Audits de concurrence
V. stratégie juridique

Attitude de la victime
V. lien de causalité

B

Barrières à l'entrée
V. stratégie juridique

C

Capacité juridique
V. stratégie juridique

Capacité seuil
V. stratégie juridique

Caractères du préjudice
Certitude du préjudice, V. 236 s
- Estimation, V. 238 s
- Perte de chance, V. 246 s
Licéité du préjudice, V. 250 s
Caractère direct du préjudice, V. 254 s
- catégories de victimes, V. 256

Causalité
V. lien de causalité

Clause compromissoire
V. arbitrage

Clémence
V. gestion du risque
Clémence agressive, V. 837 s

« Compliance officer »
V. gestion du risque

Compromis
V. arbitrage

Concentration de créances
Circulaire du 23 mars 2017, V. 585

Clauses interdisant la cession de créances, V. 1078 s
Clémence privée, V. 591 s
- communication des preuves (liste noire), V. 593
Consécration par la directive, V. 574, 581 s
Création de la pratique, V. 575
Effet dissuasif de la sanction, V. 597
Efficacité pratique, V. 595 s
Intérêt à agir, 576 s
Intérêt pour la construction du scénario contrefactuel, V. 589 s
Libre prestation de services, V. 585
Pacte de préférence, V. 1079
Reconnaissance par plusieurs Etats membres, V. 580
Retrait litigieux, V. 583 s
Contentieux privé
Définition, V. 21 s
Contentieux autonome
Intérêt stratégique, V. 626
- sanction d'infractions caractérisées, V. 626
Contentieux complémentaire
Efficacité, V. 614 s
- accès aux preuves, V. 620 s
- doutes, V. 615
- passage du temps, V. 617 s
- renforcement, V. 616 s
Intérêt stratégique, V. 623 s
- stratégies de désorganisation, V. 624
- sanction d'infractions complexes, V. 625

D

Droit international privé
V. infractions transnationales

E

Effet d'ombrelle sur les prix
V. évaluation du préjudice
Effet liant
Bilatéralisation, V. 135 s, 144 s
Champ d'application, V. 124 s
Décisions de non-condamnation, V. 138, 139, 140
Décisions de sanction, V. 127
Décisions susceptibles de recours, V. 128
Délimitation de l'entreprise, V. 1045
Dualité des fautes, V. 53, 63 s, 82 s
Egalité des armes, V. 150 s
Exemptions, V. 148, 149
Identité des fautes, V. 52
Mesures conservatoires, V. 133
Objet de la mesure, V. 55 s
Procédure de clémence, V. 1005 s
Procédure d'engagements, V. 132, 943 s
Procédures négociées, V. 129
Procédure de transaction, V. 130 s, 971 s
Engagements
V. gestion du risque
Evaluation du préjudice
Analyse de régression, V. 293, 294
Analyse fondée sur les coûts, V. 297 s, 307
Chefs de préjudice invocables, V.263 s
- actualisation du préjudice, V. 281 s
- augmentation artificielle des prix, V. 266 s
- effet d'ombrelle sur les prix, V. 255, 277 s
- éviction des concurrents, V. 269 s
Fixation contractuelle des dommages et intérêts, V. 311, 1069 s
Intérêts, V. 281 s
Méthode comptable, V. 300 s
Méthodes d'évaluation du préjudice, V. 287 s
Méthodes comparatives, V. 288 s, 305
- comparaison dans l'espace, V. 290, 291
- comparaison dans le temps, V. 289
- méthode des doubles différences, V. 292
- méthode économétrique, V. 293, 294, 305
Modèles de simulation, V. 296, 306

F

Façonnage normatif
V. stratégie juridique
Faute civile
Approche retenue par d'autres Etats membres, V. 80 s
Appréciation jurisprudentielle des fautes, V. 80 s, 87 s
Définition, V. 65 s
Effet liant, *V. effet liant*

Erreur excusable, V. 74 s
Faute de la victime, *V. lien de causalité*
Gravité de la faute, V. 89 s
Présomption de faute, V. 52
Stratégie interprétative, V. 77 s
Taille de l'entreprise, V. 96, 665
Violation de la loi, V. 69 s
Faute concurrentielle
Abus de position dominante, V. 103 s
Ententes V. 99 s
Faute lucrative,
V. gestion du risque
Marché pertinent, V. 110 s
Objet anticoncurrentiel, V. 116 s
Usage abusif d'une position dominante, V. 119 s
Zone de sécurité (*« safe harbor »*), V. 661 s
Financement de la procédure
Cession de créance, V. 638 s
Financement par les tiers, V. 634 s
« Third party funding », V. 634 s
« Warship tactics », V. 195, 632 s
Fins de non-recevoir
V. 648, 1098 s, 1140, 1144
« Forum shopping »
V. infractions transnationales

G

Gestion du risque
Audits de concurrence, V. 897 s
« Compliance officer », V. 927, 932, 936
Définition du risque, V. 885 s
- risques d'ordre juridique, V. 891
- risques d'origine juridique, V. 892
- risque réputationnel, V. 893
Faute lucrative, V. 902, 908
- influence du contentieux privé, V. 909
Identification du risque, V. 896 s
- audits de concurrence, V. 897 s
- méthodologie de l'audit, V. 899 s
Maîtrise du risque, V. 895 s
Procédure de clémence, V. 981 s
- conditions, V. 984 s, 988 s
- considérations spatiales, V. 991
- considérations temporelles, V. 992 s
- cumul avec une procédure de transaction, V. 999
- effet liant, V. 1005 s
- faute civile, V. 1005 s
- immunité d'amende, V. 985, 997 s
- liste noire, V. 1008 s
- prévisibilité de la sanction, V. 1014 s
- protection des preuves, V. 1008 s
- réduction d'amende, V. 986, 997 s
- responsabilité solidaire, V. 1011 s
- sécurité juridique, V. 1000 s
- stabilisation d'une entente, V. 1017
Procédure d'engagements, V. 938 s
- absence de protection face au contentieux privé, V. 942 s
- effet liant, V. 943 s
- faute civile, V. 943 s
- possibilité d'échapper à toute sanction, V. 950 s
- succès menacé, V. 940
- succès pratique, V. 939
Procédure de transaction, V. 954 s
- conditions, V. 957 s
- considérations temporelles, V. 960 s
- effet liant, V. 971 s
- faute civile, V. 971 s
- fourchette de sanction, V. 964
- liste noire, V. 973 s
- prévisibilité de la sanction, V. 963 s, 977 s
- protection des preuves, V. 973 s
- sécurité juridique, V. 965 s
- stabilisation d'une entente, V. 980
- transactions hybrides, V. 962
Programmes de conformité, V. 914 s
- *« compliance officer »*, V. 927
- contenu du programme, V. 925 s
- information et formation des salariés, V. 928
- lourdeurs et coûts, V. 922
- mesures de *« reporting »*, V. 929
- préservation de la liberté d'action de l'entreprise sur le marché, V. 922 s
- prise de position des dirigeants, V. 926
- prise en compte des besoins de l'entreprise, V. 925 s
- programmes « sur mesure », V. 921 s

- récompense par les autorités de concurrence, V. 915 s
- risques inhérents à la mise en œuvre du programme, V. 930 s
Quantification du risque, V. 901 s
- anticipation de la sanction, V. 906 s
- appréhension rationnelle, V. 902
- faute lucrative, V. 902, 908
- probabilité de détection, V. 902, 905
- stratégie de conformité, V. 903
Transaction (contrat), *V. stratégie judiciaire*

I

Intérêts
V. *évaluation du préjudice*
Infractions transnationales
Actions de groupe, V. 721 s
- bénéficiaires, V. 735 s
- circulation des solutions, V. 739 s
- conflits de décisions, V. 748
- connexité, V. 746
- contentieux parallèles, V. 743 s
- juge compétent, V. 723 s
- litispendance, V. 745
- loi applicable, V. 727 s
Clauses déterminant le droit applicable au litige, V. 1090 s
Concentration des actions, V. 706 s
- exception de connexité, V. 709
- exception de litispendance, V. 708
- pluralité de défendeurs, V. 707
- pluralité de demandeurs, V. 708
Juridiction compétente, V. 701 s
- *forum actoris*, V. 704
- *forum shopping*, V. 703
Connexité, *V. concentration des actions*
Litispendance, *V. concentration des actions*
Loi applicable, V. 694 s
- clauses déterminant le droit applicable au litige, V. 1090 s
- convergence des législations nationales, V. 699
- prééminence de la *lex fori*, V. 695 s
Stratégie de *forum shopping*, *V. stratégie judiciaire*

International
V. infractions transnationales

L

Lien de causalité
Analyse économétrique, V. 317
Dommage en cascade, V. 324
Effectivité et équivalence, V. 316
Faute de la victime, V. 328 s
Force majeure, V. 327
Pluralité de causes à l'origine du dommage, V. 321 s
Prédisposition, V. 323
Présomption *de jure*, V. 316

M

Marché pertinent
V. stratégie juridique

N

Nullité
Application du droit commun, V. 675 s
Critiques, V. 674
Effets de la nullité, V. 680 s
- anéantissement rétroactif, V. 680
- dommages et intérêts V. 681
- restitutions, V. 680, 681
Fondement juridique, V. 677
Intérêt stratégique, V. 684
Office du juge, V. 679, 686 s
Prescription, *V. prescription*
Réparation intégrale, V. 688
Succès pratique, V. 683 s
Titulaires de l'action, V. 678
- *nemo auditur*, V. 678

O

Ouverture à la concurrence
Ancien monopole public, V. 858

P

PME/TPE
V. utilité espérée
Pratiques anticoncurrentielles
Abus de domination, V. 19
Définition, V. 14 s
Entente, V. 18

Marché pertinent, *V. stratégie juridique*
Préjudice
Amende civile, V. 223 s
Caractères du préjudice,
V. caractères du préjudice
Cession de créances, V. 220
Chefs de préjudice, *V. évaluation du préjudice*
Dommages et intérêts « occultes »,
V. 231 s
Dommages et intérêts punitifs, V. 205, 206
- alternatives, V. 219 s
- critique de l'interdiction, V. 210 s
- prohibition, V. 205, 206
Effet d'ombrelle sur les prix,
V. évaluation du préjudice
Evaluation, *V. évaluation du préjudice*
Faute lucrative, V. 211, 212, 213, 227 s
Modes de règlement consensuel des litiges,
V. 178 s
- notion, V. 179 s
- récompense, V. 182 s
Présomption de préjudice, *V. préjudice inclus*
Préjudice inclus, V. 160 s
- efficacité de la mesure, V. 163 s
- principe du préjudice, V. 165 s
Réparation intégrale du préjudice, V. 201 s
- incitation à l'action, V. 204 s
Répercussion du surcoût, V. 169 s
- présomptions, V. 171 s
- stratégie défensive, V. 173 s
Responsabilité solidaire, V. 187 s
- champ d'application, V. 188 s
- stratégie défensive, V. 196 s
- stratégie offensive, V. 192 s
« Warship tactics », V. 195
Prescription
Action en nullité, V. 689
Mise en œuvre du contentieux public,
V. 469 s
- action de groupe, V. 472 s
- interruption, V. 470
- impact stratégique, V. 474
- suspension, V. 471
Point de départ glissant, V. 461 s
Prescription quinquennale, V. 459 s
Règlement consensuel du litige
- champ d'application, V. 480
- suspension, V. 478 s
Responsabilité solidaire, V. 467
Preuve
Contentieux autonome, V. 344 s
- catégories de pièces, V. 350, 359 s
- contrôle du juge, V. 345 s, 356, 358
- droit à la preuve, V. 394 s
- instrumentalisation stratégique, V. 381 s
- loyauté de la preuve, V. 390 s
- recours du défendeur, V. 366 s
- référé probatoire, V. 368 s
- sanctions, V. 386 s
- secret des affaires, V. 350, 361 s
Contentieux de suivi, V. 397 s
- accès aux dossiers des autorités,
V. 399 s, 405 s
- caractère subsidiaire, V. 407 s
- enregistrements clandestins, V. 454 s
- liste blanche, V. 442 s
- liste grise, V. 434 s
- liste noire, V. 413 s, 593, V. 973 s, 1008 s
- loyauté de la preuve, V. 449 s
- opérations de visites et saisies, V. 450 s
- saisies massives et indifférenciées,
V. 453
- sanctions, V. 447 s
Prix bas/prix prédateurs
V. stratégie juridique

R

Rassemblement de créances
V. concentration de créances
Responsabilité solidaire
V. 187, 188, 192, 195, 196, 199, 467, 665,
1011 s

S

Stratégie
Stratégie d'entreprise, V. 3, 4, 5, 6.
Stratégie juridique, *V. stratégie juridique*
Stratégie militaire, V. 1, 2.
Stratégie judiciaire
Action torpille, V. 705, 708 s, 717, 719 s,
752
Défense contentieuse (action de groupe)

- atténuation des conséquences de l'action, V. 555 s
- défenses au fond, V. 545 s
- défenses procédurales, V. 547 s
- mise en échec de l'action, V. 537 s
Défense contentieuse (contentieux autonome), V. 1142 s
- défenses au fond, V. 1143
- défenses procédurales, V. 1144
Défense contentieuse (contentieux de suivi), V. 1137 s
- défense au fond, V. 1138 s
- défense procédurale, V. 1140
Définition, V. 8
« Forum shopping », V. 703, 713 s
- influence sur les dommages et intérêts, V. 718
- recherche d'un droit plus favorable aux prétentions soutenues, V. 713, 714, 715
Stratégies de soustraction du litige, V. 1104 s
- arbitrage, V. 1105 s
- transaction, V. 1116 s
Stratégie interprétative, V. 12
Utilité espérée, V. 647 s
- clauses déterminant le droit applicable au litige, V. 1090 s
- recours aux règles de fond, V. 650 s
- recours aux règles processuelles, V. 648 s
Stratégie juridique
Action de groupe
- atténuation des conséquences de l'action, V. 550 s
- contrôle de l'information, V. 541 s
- ressources juridiques, V. 539 s, 554 s
- ressources non-juridiques, V. 552 s
Apports du contentieux privé à la stratégie de l'entreprise, V. 771 s
- levier d'influence de l'environnement concurrentiel, V. 775 s
- source de profits, V. 772
- stratégie préemptive, V. 780 s
Audits de concurrence, V. 797
Avantage concurrentiel, V. 762 s
- différenciation, V. 763
- domination par les coûts, V. 763
Barrières à l'entrée, V. 830 s
Définition, V. 7 s
Détection des pratiques anticoncurrentielles, V. 788 s
- abus de position dominante, V. 789
- ententes, V. 790 s
Façonnage normatif, V. 782 s
- points susceptibles de façonnage, V. 786
- techniques d'influence de la norme, V. 783 s
Gestion du risque, *V. gestion du risque*
Inclusion du droit des pratiques anticoncurrentielles dans la stratégie de l'entreprise, V. 769 s
Intérêts stratégiques de l'interdiction des abus de position dominante, V. 842 s
- captation d'une rente, V. 851, 867
- compensation de créances, V. 852
- conversion de créances en capital, V. 852, 868
- facilités essentielles, V. 862, 864
- frein aux stratégies de marché de l'opérateur dominant, V. 871 s
- lutte contre l'éviction, V. 857
- lutte contre une tentative d'OPA, V. 869
- moyen d'échapper à ses obligations, V. 849 s
- négociation commerciale, V. 845 s
- ouverture à la concurrence, V. 858
- principaux comportements sanctionnés, V. 859 s
- prix bas, V. 861
- réponse à un procès, V. 865
- source de profits, V. 850
Intérêts stratégiques de l'interdiction des ententes, V. 802 s
- augmentation des coûts des rivaux, V. 824 s
- barrières à l'entrée sur le marché, V. 830 s
- captation d'un avantage concurrentiel, V. 826 s
- captation d'une rente, V. 816, 828, 835
- clémence agressive, V. 837 s
- compensation de créances, V. 817, 835
- conversion de créances en capital, V. 818 s, 835

- dissolution d'un avantage concurrentiel, V. 826 s
- image de l'entreprise, V. 836
- moyen d'échapper à ses obligations, V. 812 s
- négociation commerciale, V. 804 s
- principales clauses sanctionnées, V. 806 s
- source de profits, V. 815, 835
Maîtrise de la règle de droit, V. 756 s
- association des juristes à la stratégie de l'entreprise, V. 758 s
- capacité seuil, V. 760 s
Marché pertinent, V. 798 s
Principales stratégies de marché, V. 764
- confrontation, V. 764
- coopération, V. 764
- évitement, V. 764
Prix bas/prix prédateurs, V. 830 s, 861
Stratégie d'entreprise et objectifs du droit des pratiques anticoncurrentielles, V. 765 s
- source d'opportunités, V. 768 s
- source de risque, V. 766 s
Stratégies de confortement, V. 1065
- assurance protection juridique, V. 1067 s
- clauses à effet juridictionnel, V. 1081 s
- clauses alternatives de compétence, V. 1093 s
- clauses attributives de compétence territoriale, V. 1083
- clauses compromissoires, V. 1100 s
- clauses déterminant le droit applicable au litige, V. 1090 s
- clauses interdisant la cession de créances, V. 1078
- fins de non-recevoir, V. 648, 1098 s, 1140, 1144
- fixation contractuelle des dommages et intérêts, V. 1069 s
- pacte de préférence, V. 1079
- procédure préalable à la saisine du juge, V. 1094 s
Stratégies de défausse juridique, V. 1057 s
- assurance responsabilité, V. 1064
- clause réglant la contribution à la dette, V. 1058 s
- garantie autonome, V. 1062
- parts viriles, V. 1059
- promesse de porte-fort, V. 1062
Stratégies d'évitement, V. 1024 s
- cloisonnement du risque, V. 1025 s, 1038 s
- délimitation de l'entreprise, V. 1027 s, 1035 s, 1042 s
- personne morale, V. 1027 s
- présomption capitalistique, V. 1028 s, 1036, 1047 s
- responsabilité du fait d'une filiale, V. 1029 s
- responsabilité solidaire, V. 1033 s
- restructuration, V. 1049 s
Stratégie interprétative, V. 12
Solidarité passive
V. responsabilité solidaire

T

Transaction (procédure)
V. gestion du risque
Transaction (contrat)
V. stratégie judiciaire (stratégies de soustraction du litige)
Inconvénients, V. 1134 s
Intérêt stratégique, V. 1123 s
- récompenses accordées par l'ordonnance, V. 1130 s
- réduction des coûts et de la durée de la procédure, V. 1126 s
- sécurité juridique, V. 1129
- souplesse, V. 1125
Négociation, V. 1117 s
Procédure préalable, V. 1119 s

U

Utilité espérée
Définition, V. 628
Entreprise de taille importante, V. 667 s
- faute lucrative, V. 668
- instrumentalisation du droit des pratiques anticoncurrentielles, V. 670
- violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, V. 668
Retour sur investissement, 644 s
Solidité du dossier, 641 s
Stratégie défensive, *V. stratégie judiciaire*
Taille de l'entreprise, V. 653 s

PME/TPE, V. 654 s
- culture de la concurrence, V. 657
- durée et coût de la procédure, V. 656
- intérêt stratégique de maîtriser le droit des pratiques anticoncurrentielles, V. 663
- représailles de l'auteur des pratiques, V. 657, 658, 659
- responsabilité solidaire, V. 665, 199
- violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, V. 661 s

W

*« **Warship tactics »***
V. 195, 632 s

Annexe

Etude de la durée moyenne séparant la saisine de l'ADLC et le prononcé d'une décision de sanction (étude non exhaustive réalisée par nous)

*

Décision de l'ADLC	**Année de la saisine**	**Année de la décision**	**Durée approximative avant prononcé de la sanction**
N° 17-D-02	2015	2017	2 ans
N° 17-D-06	2014	2017	3 ans
N° 18-D-06	2015	2018	3 ans
N° 15-D-03	2011	2015	4 ans
N° 15-D-08	2011	2015	4 ans
N° 17-D-20	2013	2017	4 ans
N° 18-D-15	2014	2018	4 ans
N° 18-D-17	2014	2018	4 ans
N° 16-D-14	2011	2016	5 ans
N° 16-D-20	2011	2016	5 ans
N° 16-D-17	2010	2016	6 ans
N° 15-D-19	2008	2015	7 ans
N° 15-D-20	2008	2015	7 ans
N° 16-D-11	2009	2016	7 ans
N° 17-D-25	2009	2017	8 ans

Table des matières

Introduction générale ..... p. 15

Partie 1ère : La maîtrise des nouveaux outils du contentieux privé, l'adaptation de la règle de droit par façonnage normatif ..... p. 53

Titre 1er : L'adaptation des constantes de la responsabilité en vue d'un renforcement de l'action en réparation ..... p. 54

Chapitre 1er : La faute civile confrontée au droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 56

Section 1ère : La faute civile résultant d'une violation du droit de la concurrence ..... p. 57

§ 1er : L'appréciation de la faute civile à l'aune de l'effet liant ..... p. 58

A. L'effet liant, présomption d'établissement de l'infraction ..... p. 58

1. L'appréciation de la faute civile à la suite d'une violation de la loi ..... p. 59

a. La théorie de l'identité des fautes, l'effet liant comme présomption de faute civile ..... p. 59

b. La théorie de la dualité des fautes, le rejet de l'automaticité de la faute civile en cas de violation de la loi ..... p. 60

2. La survie de la dualité des fautes malgré l'effet liant ..... p. 62

a. Un outil de réduction de la durée et des coûts liés à la procédure ..... p. 62

b. Un mécanisme étranger à toute assimilation de la faute civile à la faute concurrentielle ..... p. 65

B. L'effet liant, renouveau de l'office du juge ..... p. 69

1. Le renouveau de l'office du juge en matière d'appréciation de la faute civile ..... p. 69

i. Les incertitudes liées à la définition de la faute civile ..... p. 70

α. La violation d'une norme, fait générateur de la responsabilité civile ..... p. 70

β. Violation de la loi et caractérisation de la faute civile, des approches divergentes ..... p. 71

ii. La reconnaissance implicite de la dualité des fautes par la directive ..... p. 76

α. La place de la dualité des fautes dans l'esprit des textes ..... p. 76

β. Les techniques d'interprétation de la norme au secours de la dualité des fautes ..... p. 79

b. Appréciation duale des fautes en jurisprudence et enjeux internationaux du contentieux privé ..... p. 85

i. L'application de la dualité des fautes en Europe ..... p. 85

ii. Etat des lieux de la théorie de la dualité des fautes en jurisprudence française ..... p. 88

2. La typologie des fautes et la charge finale de l'indemnisation ..... p. 94

a. La gravité de la faute, critère déterminant de la contribution des coauteurs à la dette .... p. 95

b. L'office du juge malgré l'effet liant, l'appréciation de la gravité de la faute face aux circonstances aggravantes ..... p. 96

i. La liberté du juge quant à l'appréciation de la gravité de la faute civile ..... p. 96

ii. La traduction de la gravité des faits en droit civil ..... p. 98

§ 2nd : La violation du droit de la concurrence au prisme de la notion de faute civile ..... p. 101

A. Les manquements au droit des pratiques anticoncurrentielles à l'origine de la faute civile ..... p. 102

1. Les comportements relevant avec certitude de la qualification d'entente ..... p. 102

a. Les ententes sur les prix ..... p. 103

b. Les ententes de répartition du marché ..... p. 104

2. Les comportements relevant avec certitude de la qualification d'abus de position dominante ..... p. 105

B. Les circonstances susceptibles d'exclure la qualification de faute civile ..... p. 108

1. La définition du marché pertinent comme outil au service de la politique de concurrence ..... p. 108

2. Le contournement des notions juridiques comme facteur d'imprévisibilité de la règle de droit ..... p. 112

a. Les conséquences de l'élargissement de la notion d'objet anticoncurrentiel sur l'autoévaluation des ententes par l'entreprise ..... p. 112

b. Les incertitudes liées aux critères d'appréciation de l'abus par les autorités de concurrence ..... p. 117

Section 2nde : Le champ d'application de l'effet liant ..... p. 121

§ 1er : Le champ d'application de l'effet liant ..... p. 122

A. Les décisions donnant lieu à la présomption d'établissement de l'infraction ..... p. 122

1. Les décisions sanctionnant la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ... p. 122

2. La constatation du manquement dans le cadre des procédures négociées ..... p. 124

B. Les décisions ne donnant pas lieu à la présomption d'établissement de l'infraction ..... p. 125

§ 2nd : La bilatéralisation de l'effet liant ..... p. 128

A. La limitation de l'effet liant aux décisions constatant l'infraction ..... p. 128

1. Un effet liant limité aux décisions constatant l'existence d'une infraction ..... p. 129

a. L'omission des décisions de non-condamnation ..... p. 129

b. L'incohérence d'une telle omission face aux objectifs de l'effet liant ..... p. 130

2. Une solution justifiée par des divergences d'objectifs ..... p. 130

a. L'impossible bilatéralisation des décisions rendues en matière de procédures négociées ..... p. 131

b. La possibilité d'une bilatéralisation des décisions de non-condamnation ..... p. 132

i. Les décisions de non-condamnation insusceptibles de bilatéralisation ..... p. 132

ii. Les décisions de non-condamnation susceptibles de bilatéralisation ..... p. 133

B. L'égalité des armes à l'appui de la bilatéralisation de l'effet liant ..... p. 135

1. L'éventualité d'une rupture de l'égalité des armes par le jeu de la loi ..... p. 135

2. L'intérêt de l'égalité des armes dans le cadre d'une stratégie d'attrition ..... p. 137

*

Chapitre 2nd : La réparation du préjudice confrontée au droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 139

Section 1ère : La réparation du préjudice, traduction juridique d'une réalité économique ..... p. 140

§ 1er : L'appréhension juridique des difficultés entravant l'action des victimes ..... p. 140

A. L'importance stratégiques des présomptions relatives à l'existence du préjudice ..... p. 140

1. L'impact stratégique du « préjudice inclus » sur l'action en réparation ..... p. 141

a. L'introduction du « préjudice inclus » en droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 141

b. Une mesure à l'efficacité contestée ..... p. 142

i. Les doutes relatifs à l'efficacité de la mesure ..... p. 142

ii. Les insuffisances d'une présomption cantonnée à la seule existence du préjudice ..... p. 144

2. L'impact stratégique de la répercussion du surcoût sur l'action en réparation ..... p. 147

a. La notion de répercussion du surcoût ..... p. 147

b. Les présomptions relatives à la répercussion du surcoût ..... p. 148

c. L'efficacité d'une stratégie défensive basée sur la répercussion du surcoût ..... p. 150

B. L'importance stratégique des dispositions garantissant l'efficacité du droit à réparation ..... p. 152

1. Les modes de règlement consensuel des litiges et la limitation de responsabilité offerte aux coauteurs parties à l'accord ..... p. 152

a. Les doutes relatifs à la notion de modes consensuels de règlement des litiges ..... p. 153

b. Les avantages récompensant l'indemnisation des victimes dans le cadre des modes consensuels de règlement de litiges ..... p. 155

2. Le principe de responsabilité solidaire entre les coauteurs de l'infraction ..... p. 157

a. Le doute relatif au champ d'application de la solidarité passive ..... p. 157

b. L'intérêt stratégique de la solidarité passive ..... p. 160

i. L'intérêt de la solidarité dans le cadre d'une stratégie offensive ..... p. 160

ii. L'intérêt de la solidarité dans le cadre d'une stratégie défensive ..... p. 163

§ 2nd : Le principe de réparation intégrale du préjudice face aux nécessités du pragmatisme économique ..... p. 167

A. Le principe de la réparation intégrale et le refus d'un enrichissement injustifié des victimes ..... p. 167

1. La prohibition des dommages et intérêts punitifs au détriment de l'attractivité du contentieux privé ..... p. 167

a. L'insuffisance de la réparation intégrale du préjudice en termes d'incitation à l'action ..... p. 168

i. La prohibition des dommages et intérêts punitifs ..... p. 168

ii. Le manque d'attractivité des dommages et intérêts strictement compensatoires ..... p. 168

b. La discutable interdiction d'un mécanisme garantissant l'incitation à l'action ..... p. 171

i. La réparation intégrale et l'appréhension du produit de l'infraction ..... p. 171

ii. Les risques pour l'action publique et les accords pro-concurrentiels ..... p. 175

2. La mobilisation d'alternatives aux dommages et intérêts punitifs face au caractère lucratif de l'infraction ..... p. 177

a. Le rassemblement de créances entre les mains du demandeur, un pas en avant vers le niveau optimal de la sanction ..... p. 177

b. L'appréhension du produit de l'infraction à travers l'amende civile et l'estimation ..... p. 178

i. L'amende civile du droit français et la prohibition des dommages et intérêts punitifs ..... p. 178

α. Une amende civile conforme aux exigences constitutionnelles comme au droit européen ..... p. 179

β. Une amende civile de nature à lutter efficacement contre les fautes lucratives ..... p. 181

ii. Les dommages et intérêts « occultes » prononcés à l'ombre de l'estimation ..... p. 182

B. Le principe de la réparation intégrale et les caractères du préjudice ..... p. 185

1. L'exigence de certitude du préjudice ..... p. 185

a. L'incertitude de l'analyse économique et l'estimation ..... p. 185

i. L'estimation comme tempérament à l'exigence de certitude du préjudice ..... p. 185

ii. L'impact stratégique de l'exigence de certitude du préjudice lors de la quantification du préjudice ..... p. 187

b. L'incertitude de l'analyse économique et la perte de chance ..... p. 189

2. L'exigence de licéité du préjudice ..... p. 192

3. L'exigence d'un préjudice direct ..... p. 194

a. L'atténuation des exigences relatives au lien de causalité par les principes d'efficacité et d'équivalence ..... p. 194

b. L'exigence d'un lien direct et les catégories de victimes ..... p. 195

Section 2nde : L'évaluation du préjudice, les difficultés inhérentes à l'exigence de causalité ..... p. 197

§ 1er : La quantification des chefs de préjudice par le recours à l'expertise économique ..... p. 197

A. L'évaluation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle ..... p. 198

1. Les différents chefs de préjudice invocables ..... p. 198

a. L'absence de limitation quant aux chefs de préjudice invocables ..... p. 198

b. L'augmentation artificielle des prix générée par une entente anticoncurrentielle ..... p. 199

c. L'éviction des concurrents à la suite d'une entente ou d'un abus de domination ..... p. 200

i. L'éviction de concurrents présents sur le marché ..... p. 201

ii. L'éviction de nouveaux entrant ..... p. 202

iii. Le préjudice subi par les victimes indirectes de l'éviction d'une entreprise ..... p. 203

d. L'effet d'ombrelle sur les prix (« *umbrella pricing* ») ..... p. 204

e. La temporalité des préjudices ..... p. 205

i. L'actualisation du préjudice futur ..... p. 206

ii. L'actualisation des chefs de préjudice passés ..... p. 206

2. L'évaluation du préjudice selon le guide pratique de la Commission ..... p. 210

a. Les méthodes comparatives ..... p. 211

i. La comparaison dans le temps ..... p. 211

ii. La comparaison dans l'espace ..... p. 211

iii. La méthode des doubles-différences ..... p. 212

iv. La méthode économétrique (analyse de régression) ..... p. 213

b. Les modèles de simulation, l'analyse fondée sur les coûts, les analyses financières et les autres méthodes comptables ..... p. 213

i. Les modèles de simulation ..... p. 213

ii. L'analyse fondée sur les coûts et les analyses financières ..... p. 214

iii. Les méthodes comptables ..... p. 216

B. L'état de la pratique actuelle en matière d'évaluation des préjudices ..... p. 217

1. La réception par le juge des méthodes d'évaluation du préjudice ..... p. 217

2. Les alternatives aux méthodes proposées par le guide pratique de la Commission ..... p. 220

§ 2nd : La quantification du préjudice à la rencontre de l'exigence de causalité ..... p. 223

A. L'exigence d'un lien causal comme levier de la stratégie judiciaire des parties

..... p. 223

B. L'exigence de causalité et la délimitation des contours des effets des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 226

1. La délimitation des conséquences des pratiques au prisme de l'exigence de causalité

..... p. 226

a. L'hypothèse d'une pluralité de causes à l'origine du dommage ..... p. 226

b. L'impact stratégique d'une distinction entre prédisposition au dommage et dommage en cascade ..... p. 228

2. L'influence de la force majeure et de la faute de la victime sur la délimitation des conséquences des pratiques ..... p. 229

*

Titre 2nd : L'adaptation du cadre procédural en vue d'un renforcement de l'action en réparation ..... p. 236

Chapitre 1er : L'adaptation des règles relatives à l'administration de la preuve et à la prescription ..... p. 238

Section 1ère : Les particularismes liés à la preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 239

§ 1er : Stratégie probatoire et contentieux autonome ..... p. 239

A. Un régime de production des pièces sous le contrôle du juge ..... p. 239

1. Le régime général de la production de preuves au sens de la directive 2014/104 ..... p. 240

a. Un régime de production étendu sous le contrôle du juge ..... p. 240

b. L'accès à des catégories de documents et la protection des secrets d'affaires ..... p. 241

2. L'impact contesté de la directive sur la production de preuves en droit français ..... p. 242

a. La production de preuves pendant procès ..... p. 243

i. Un nouveau corps de règles complémentaire du droit commun ..... p. 243

ii. Un nouveau corps de règles consacrant largement la jurisprudence ..... p. 245

α. Le contrôle de proportionnalité ..... p. 245

β. La notion de catégorie de pièces ..... p. 246

γ. La protection particulière des secrets d'affaires ..... p. 247

iii. Les recours du défendeur en matière de communication de pièces ..... p. 250

b. La réunion de preuves avant procès : le référé probatoire (expertise *in futurum*) ..... p. 250

i. L'impact des nouvelles règles du contentieux privé sur le référé probatoire ..... p. 251

α. La suspension du contradictoire dans le cadre du référé probatoire ..... p. 251

β. L'application du contradictoire dans le cadre de la contestation du référé probatoire ..... p. 252

γ. L'impact de la réforme du contentieux privé sur le référé probatoire ..... p. 254

ii. L'importance stratégique de la mesure dans le cadre du contentieux privé ..... p. 256

α. Le référé probatoire, clé de voute de la stratégie contentieuse ..... p. 256

β. L'instrumentalisation stratégique du droit de la concurrence en vue de l'obtention d'informations confidentielles ..... p. 257

B. Un régime de production des pièces objet d'un encadrement ..... p. 258

1. Les sanctions garantissant l'effectivité des injonctions de production de la preuve .... p. 258

a. Le régime de sanctions introduit par la directive ..... p. 259

b. Le régime de sanctions transposé par l'ordonnance ..... p. 259

2. Le principe de loyauté de la preuve et le droit à la preuve ..... p. 261

a. Une preuve libre mais loyale ..... p. 261

b. Un droit à la preuve primant l'exigence de loyauté ..... p. 261

§ 2nd : Stratégie probatoire et contentieux de suivi ..... p. 263

A. Un accès au dossier nécessaire mais subsidiaire ..... p. 264

1. L'accès aux dossiers des autorités de concurrence sous l'impulsion de la jurisprudence ..... p. 264

a. L'accès au dossier des autorités de concurrence sur le fondement du principe d'effectivité ..... p. 264

b. L'appréciation des règles nationales régissant l'accès au dossier des autorités de concurrence ..... p. 265

2. Les nouvelles règles encadrant l'accès au dossier des autorités de concurrence ..... p. 266

a. Un encadrement procédural de la production des pièces ..... p. 267

i. L'affirmation d'un principe de subsidiarité ..... p. 267

ii. Les mesures de coopération entre magistrats et autorités de concurrence ..... p. 268

b. Une liste noire interdisant l'accès aux pièces auto-incriminantes fournies par l'entreprise

..... p. 269

i. Les documents concernés par la liste noire ..... p. 269

ii. La portée et l'étanchéité de la liste noire ..... p. 272

α. Les stratégies axées sur les principes d'effectivité et d'équivalence ..... p. 272

β. Les stratégies axées sur la portée de l'interdiction édictée par la liste noire ..... p. 273

γ. Les stratégies axées sur le champ d'application de la règle ..... p. 276

c. Une liste grise interdisant temporairement l'accès à certains documents ..... p. 279

i. Les documents concernés par la liste grise ..... p. 279

ii. La portée de l'interdiction résultant de la liste grise ..... p. 280

d. Une liste blanche autorisant la communication de manière résiduelle ..... p. 281

B. Un double encadrement de l'utilisation des pièces obtenues par le biais de l'accès au dossier ..... p. 283

1. Les limites à l'utilisation des pièces issues du dossier d'une autorité de concurrence

..... p. 283

2. Les limites résultant des droits fondamentaux de l'entreprise ..... p. 284

a. La loyauté de la preuve lors de l'enquête de concurrence ..... p. 284

i. Les opérations de visites et saisies ..... p. 284

ii. Le cas particulier des saisies massives et indifférenciées ..... p. 286

b. La loyauté de la preuve et l'enregistrement de propos à l'insu de leur auteur ..... p. 287

Section 2nde : Les aménagements relatifs à la prescription de l'action en réparation

..... p. 288

§ 1er : Un aménagement de la prescription favorable à l'exercice de l'action en réparation ..... p. 289

A. Le maintien de la prescription quinquennale de droit commun ..... p. 289

B. L'aménagement d'un point de départ glissant dérogatoire au droit commun ..... p. 290

§ 2nd : Un aménagement de la prescription tenant compte de la stratégie juridique des justiciables ..... p. 292

A. Les règles assurant la coordination du contentieux public et du contentieux privé ..... p. 292

1. La possibilité d'assigner le bénéficiaire d'une exonération totale de sanction à la suite d'une procédure de clémence ..... p. 292

2. La possibilité d'exercer l'action en réparation à la suite d'une condamnation par une autorité de concurrence ..... p. 293

a. L'interruption et la suspension du délai de prescription par la mise en œuvre du contentieux public ..... p. 293

i. Le régime général de la prescription de l'action civile en cas de contentieux public ..... p. 294

ii. Le régime particulier de la prescription de l'action de groupe ..... p. 295

b. L'impact des règles interruptives et suspensives de prescription sur la stratégie judiciaire des auteurs de pratiques anticoncurrentielles ..... p. 295

B. La suspension du délai de prescription en présence d'une procédure de règlement consensuel des litiges ..... p. 296

1. La suspension du délai de prescription en cas de procédure amiable en droit français ..... p. 297

2. L'insuffisance du champ d'application de la règle française ..... p. 297

*

Chapitre 2nd : Le développement de modes de regroupement du droit à réparation ..... p. 300

Section 1ère : L'action de groupe en droit de la consommation, un excès de prudence au détriment de l'efficacité ..... p. 301

§ 1er : Une procédure tripartite originale assortie de procédures dérogatoires ..... p. 301

A. Le droit commun de l'action de groupe ..... p. 301

1. Le jugement sur la recevabilité de l'action et la détermination du groupe ..... p. 302

2. *La phase d'adhésion au groupe* ..... p. 302

3. La phase d'indemnisation des victimes ..... p. 303

B. Les procédures dérogatoires ..... p. 304

1. La procédure d'action de groupe simplifiée ..... p. 305

2. La procédure de médiation ..... p. 306

§ 2nd : Un excès de prudence entravant l'efficacité de la procédure ..... p. 307

A. Les limites à l'efficacité de l'action de groupe à la française ..... p. 308

1. Les difficultés liées à la durée de la procédure ..... p. 308

2. Les difficultés liées au manque d'intérêt économique de l'action ..... p. 310

a. Les limites relatives aux personnes ..... p. 310

i. Une action réservée aux associations de consommateurs agréées ..... p. 310

ii. Une action réservée aux consommateurs victimes ..... p. 312

α. Le choix d'un système d'opt-in et la restitution des sommes non réclamées ..... p. 312

β. L'exclusion des personnes morales du champ des bénéficiaires de l'action de groupe ..... p. 313

b. Les limites relatives au préjudice indemnisable ..... p. 315

i. L'indemnisation des seuls préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels ..... p. 315

α. Un préjudice limité en violation du principe de réparation intégrale ..... p. 315

β. Une limitation justifiée par des choix de politique juridique ..... p. 316

ii. Le défaut d'intérêt économique quant à l'exercice de l'action de groupe ..... p. 318

B. Les stratégies de défense face à l'action de groupe ..... p. 319

1. Vers une efficacité nouvelle pour l'action de groupe ..... p. 319

a. Un « filtre associatif » contraire à la libre prestation de services ..... p. 319

b. Une efficacité renforcée par la transposition de la directive 2014/104 ..... p. 320

i. La fin des obstacles liés à durée de la procédure ..... p. 321

ii. La persistance d'obstacles liés à la démonstration du préjudice ..... p. 321

2. Les stratégies applicables face au risque d'action de groupe ..... p. 323

a. Les stratégies de mise en échec de l'action de groupe ..... p. 324

i. La mise en échec de l'action de groupe préalablement à la mise en œuvre de la procédure ..... p. 324

α. La mobilisation de ressources juridiques pour faire barrage à l'action de groupe ..... p. 324

β. Le contrôle de l'information pour faire barrage à l'action de groupe ..... p. 325

ii. La mise en échec de l'action de groupe en cas de survenance du contentieux ..... p. 327

α. Les défenses au fond ..... p. 327

β. Les défenses procédurales ..... p. 328

b. Les stratégies d'atténuation de l'action de groupe ..... p. 330

i. L'atténuation des conséquences de l'action de groupe préalablement à la survenance du procès ..... p. 330

α. Les ressources non-juridiques ..... p. 330

β. Les ressources juridiques ..... p. 331

ii. L'atténuation des conséquences de l'action de groupe pendant le procès ..... p. 331

Section 2nde : Les alternatives à l'action de groupe du droit de la consommation, un risque nouveau pour l'entreprise ..... p. 333

§ 1er : Les actions collectives concurrentes de l'action de groupe du droit de la consommation ..... p. 333

A. L'action en représentation conjointe ..... p. 334

1. Le régime juridique de l'action en représentation conjointe ..... p. 334

2. Les causes de l'échec de l'action en représentation conjointe ..... p. 335

B. Les actions collectives organisées en dehors des règles du Code de la consommation ..... p. 336

1. Une action collective contournant les écueils de l'action de groupe ..... p. 336

2. Une action collective aux multiples aspects ..... p. 338

§ 2nd : La concentration de créances entre les mains d'un cessionnaire en tant que mode de rassemblement des droits des victimes ..... p. 339

A. Un mécanisme consacré par la directive 2014/104 ..... p. 340

1. Une réponse pratique aux insuffisances des recours collectifs validée par la jurisprudence de plusieurs Etats-membres ..... p. 340

a. La validité de l'action d'un cessionnaire au regard des principes de la procédure civile ..... p. 340

b. L'importance d'une maîtrise suffisante des règles de droit national applicables ..... p. 341

2. Un mécanisme de rassemblement des droits des victimes reconnu par la directive ..... p. 342

a. L'introduction de la cession de créances au sein de l'arsenal des victimes par la directive ..... p. 342

b. Le risque d'expropriation du cessionnaire par le jeu du droit de retrait litigieux ..... p. 343

B. Un mécanisme particulièrement adapté au contentieux des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 346

1. Un mécanisme de nature à faciliter l'exercice de l'action en réparation ..... p. 346

a. Une concentration des créances garantissant l'accès à l'information ..... p. 346

i. L'accès à une importante quantité de données fournies par les victimes ..... p. 346

ii. L'accès aux éléments de preuve détenus par les auteurs de l'infraction ..... p. 347

α. Un mécanisme inspiré de la procédure de clémence des autorités de concurrence ..... p. 347

β. Un mécanisme pérenne sous l'empire des nouvelles règles du contentieux privé ..... p. 348

b. Une concentration des créances garantissant de meilleures chances d'obtenir réparation

..... p. 349

2. Un mécanisme de nature à garantir l'effet dissuasif de la sanction ..... p. 350

Conclusion de la 1ère Partie ..... p. 353

*

Partie 2nde : L'appréhension des risques et opportunités, l'optimisation du contentieux privé ..... p. 359

Titre 1er : La mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles et ses conséquences stratégiques ..... p. 361

Chapitre 1er : Les différentes formes du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 363

Section 1ère : Le contentieux de la responsabilité extracontractuelle, un contentieux d'options ..... p. 363

§ 1er : L'engagement de la responsabilité civile, une pluralité d'options résultant de la directive ..... p. 363

A. Modes d'exercice de l'action en réparation et économie du droit ..... p. 364

1. L'intérêt stratégique du contentieux complémentaire ..... p. 364

a. Vers une nouvelle efficacité du contentieux complémentaire ..... p. 364

i. Un contentieux à l'efficacité mise en doute ..... p. 364

ii. Une combinaison de règles susceptibles de viabiliser le contentieux complémentaire

..... p. 365

α. La fin d'une stratégie exploitant le passage du temps ..... p. 365

β. L'accès aux preuves dans le cadre du contentieux complémentaire ..... p. 368

b. L'intérêt stratégique du contentieux complémentaire ..... p. 369

i. Un contentieux adapté aux stratégies de désorganisation ..... p. 369

ii. Un contentieux adapté à la sanction d'infractions complexes ..... p. 370

2. L'intérêt préservé du contentieux autonome ..... p. 371

B. Mise en œuvre de l'action en réparation et théorie de l'utilité espérée ..... p. 372

1. L'influence des nouvelles règles du contentieux privé sur la stratégie judiciaire des parties ..... p. 373

a. L'utilité espérée du point de vue du demandeur ..... p. 373

i. Les solutions permettant le financement de la procédure ..... p. 373

α. Le recours aux « warship tactics » ..... p. 373

β. Le financement du procès par les tiers ..... p. 375

γ. La cession de créances ..... p. 377

ii. Les rapports entre solidité du dossier et rapidité de la procédure ..... p. 377

α. La solidité du dossier du demandeur ..... p. 378

β. Le retour sur investissement à l'issue de la procédure ..... p. 379

b. L'utilité espérée au service du défendeur ..... p. 380

i. L'application des règles processuelles au soutien de la stratégie du défendeur ..... p. 381

ii. L'application des règles de fond au soutien de la stratégie du défendeur ..... p. 383

2. L'influence de facteurs résultant de la position des opérateurs économiques sur le marché ..... p. 385

a. La PME face au contentieux de la réparation ..... p. 385

i. La PME subissant les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle ..... p. 385

α. La durée et le coût de l'action en réparation ..... p. 386

β. Les difficultés d'accès au droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 386

ii. La PME à l'origine de pratiques anticoncurrentielles ..... p. 388

α. Le risque de sanction pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 388

β. Les considérations stratégiques relatives à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux PME ..... p. 390

b. Les entreprises de taille importante face au contentieux de la réparation ..... p. 391

i. L'entreprise de taille importante auteur de pratiques anticoncurrentielles ..... p. 392

ii. L'entreprise de taille importante victime de pratiques anticoncurrentielles ..... p. 393

§ 2nd : La sanction de la nullité, une option négligée par la directive ..... p. 394

A. Une sanction critiquée pour son inadéquation au contentieux des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 394

1. Les principales critiques émises à l'encontre de la nullité ..... p. 394

2. L'application des règles du droit commun au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 395

a. La mise en œuvre de la nullité ..... p. 395

i. Le fondement de l'action en nullité ..... p. 395

ii. Les titulaires de l'action en nullité ..... p. 396

iii. L'office du juge dans la mise en œuvre de l'action en nullité ..... p. 396

b. Les effets de la nullité ..... p. 397

B. La place de la nullité dans la stratégie de l'entreprise ..... p. 398

1. Une sanction efficace en pratique ..... p. 398

2. Une sanction renforcée par la directive 2014/104 ..... p. 399

a. Nullité et effet liant des décisions rendues par les autorités de concurrence ..... p. 399

b. Nullité et principe de la réparation intégrale du préjudice ..... p. 401

c. Nullité et point de départ de la prescription ..... p. 401

Section 2nde : L'internationalité de la concurrence, une source d'options supplémentaire pour les parties ..... p. 402

§ 1er : L'incidence des règles du droit international privé sur la stratégies juridique des parties ..... p. 402

A. Les moyens permettant la mise en œuvre du *forum shopping* ..... p. 403

1. La détermination de la loi applicable au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 403

a. Les règles issues des règlements Rome I et Rome II, la prééminence de la lex fori ..... p. 403

b. Les tempéraments à la prééminence de la *lex fori*, l'application des règles du droit de la concurrence et de son contentieux privé ..... p. 405

2. La détermination des juridictions compétentes en matière contractuelle et délictuelle ..... p. 406

a. Les options de compétence au service des stratégies de *forum shopping* ..... p. 407

b. Les insuffisances des règlements en matière de concentration des actions ..... p. 410

B. Les conséquences stratégiques résultant de la mise en œuvre des textes de droit international ..... p. 413

1. La recherche d'un for plus favorable aux prétentions des parties ..... p. 413

a. L'application de règles de droit national plus favorables ..... p. 413

b. La sélection d'une juridiction en fonction de considérations relatives à leur politique de concurrence ..... p. 414

2. La recherche des conséquences financières attachées à l'application des règles du droit international privé ..... p. 415

a. Le choix d'une juridiction susceptible de prononcer d'importants dommages et intérêts ..... p. 415

b. L'augmentation du coût de la procédure par le biais d'actions torpilles ..... p. 416

§ 2nd : Les difficultés propres à la mise en œuvre des actions collectives dans un contexte international ..... p. 418

A. La détermination du juge compétent et du droit applicable aux actions collectives ..... p. 418

1. La détermination du juge compétent pour connaître d'une action collective ..... p. 419

a. Un règlement applicable en matière civile et commerciale ..... p. 419

b. L'application de Bruxelles I et Bruxelles I bis aux actions de groupe ..... p. 419

2. La détermination de la loi applicable aux actions collectives ..... p. 420

a. La détermination des titulaires de l'action en application des règles des droits nationaux ..... p. 421

i. Les actions représentatives ..... p. 421

ii. Les actions par agrégation des demandes ..... p. 422

b. La détermination des bénéficiaires de l'action en application des droits nationaux ..... p. 424

B. La circulation des solutions et la mise en œuvre de contentieux parallèles ..... p. 425

1. La circulation des solutions adoptées à la suite d'une action collective ..... p. 425

a. Les problématiques liées à la notion de jugement ..... p. 425

b. Les problématiques liées aux effets du jugement ..... p. 426

2. Les problématiques propres aux contentieux parallèles ..... p. 427

a. Les actions parallèles introduites au sein de l'Union européenne ..... p. 427

i. Les mécanismes de concentration des actions ..... p. 427

ii. Les mécanismes destinés à régler les conflits de décisions ..... p. 429

b. Les actions parallèles introduites au sein d'un Etat tiers à l'Union européenne ..... p. 429

*

Chapitre 2nd : Les conséquences stratégiques du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 433

Section 1ère : L'inclusion du contentieux privé dans la stratégie de l'entreprise ..... p. 433

§ 1er : Les rapports naturels unissant le droit des pratiques anticoncurrentielles et la stratégie d'entreprise ..... p. 434

A. La maîtrise de la règle de droit, un atout pour l'entreprise ..... p. 434

1. L'association des juristes à l'élaboration de la stratégie d'entreprise ..... p. 434

2. La maîtrise de la règle de droit comme capacité seuil ..... p. 436

B. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, composante naturelle de la stratégie d'entreprise ..... p. 437

1. L'objectif de l'entreprise, la construction d'un avantage concurrentiel sur le marché ..... p. 437

2. L'objectif du droit des pratiques anticoncurrentielles, la préservation du libre jeu de la concurrence sur le marché ..... p. 438

a. Une source de risque stratégique pour l'entreprise ..... p. 438

b. Une source d'opportunités stratégiques pour l'entreprise ..... p. 439

§ 2nd : L'introduction du contentieux privé dans la stratégie d'entreprise ..... p. 440

A. Les principaux apports du contentieux privé aux stratégies sollicitant le droit des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 441

1. Le service juridique, centre de profit de l'entreprise ..... p. 441

2. Le service juridique, centre d'influence de l'environnement concurrentiel ..... p. 442

a. La possibilité de modifier l'environnement concurrentiel renforcée par les dommages et intérêts ..... p. 443

b. La mise en œuvre stratégique du droit de la concurrence facilitée par le recours au contentieux privé ..... p. 443

i. L'intérêt stratégique d'une saisine des autorités de concurrence afin d'influencer le comportement des concurrents ..... p. 444

ii. L'intérêt stratégique du prononcé de mesures provisoires dans le cadre d'une stratégie de « frappe préemptive » ..... p. 445

B. Le rôle des directions juridiques dans l'intégration du contentieux privé à la stratégie de l'entreprise ..... p. 447

1. La mise en œuvre d'une stratégie de façonnage normatif ..... p. 447

a. Les méthodes permettant d'influencer la norme ..... p. 447

b. Les points essentiels sur lesquels influencer la norme ..... p. 450

2. L'instruction des infractions de concurrence par les directions juridiques ..... p. 451

a. La détection des infractions au droit de la concurrence ..... p. 451

i. La détection d'infractions commises par les concurrents ..... p. 451

α. Les indices matériels tendant à faire soupçonner l'existence d'une entente ..... p. 451

β. Les indices terminologiques tendant à faire soupçonner l'existence d'une entente ..... p. 453

γ. Les conditions de marché favorables à l'émergence d'une entente ..... p. 454

ii. La détection d'infractions commises par l'entreprise ..... p. 454

b. Le jeu sur la délimitation du marché pertinent et la sanction des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 455

Section 2nde : L'exploitation des opportunités du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 456

§ 1er : Le renforcement des conséquences stratégiques du droit des ententes par le contentieux privé ..... p. 457

A. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre des partenaires économiques ..... p. 457

1. Un intéressement stratégique à la sanction de stipulations contraire au droit des ententes ..... p. 457

a. La sollicitation du droit des ententes comme levier dans la négociation commerciale ..... p. 457

i. Le droit des ententes comme moyen de pression ..... p. 458

ii. Les principales clauses interdites par le droit des ententes ..... p. 458

b. La sollicitation du droit des ententes comme moyen d'échapper à l'effet obligatoire des conventions ..... p. 461

2. Un intéressement économique à la sanction de stipulations contraires au droit des ententes ..... p. 463

B. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre d'entreprises concurrentes agissant en coordination ..... p. 466

1. L'intéressement stratégique à la sanction des coordinations contraires au droit des ententes ..... p. 466

a. Les conséquences de la mise en œuvre du droit des ententes sur la stratégie des concurrents ..... p. 466

i. L'augmentation des coûts des rivaux ..... p. 467

ii. La captation ou la dissolution de l'avantage concurrentiel détenu par un tiers ..... p. 468

iii. Le sort des barrières à l'entrée sur le marché ..... p. 470

b. Les conséquences de la mise en œuvre du droit des ententes au bénéfice de l'entreprise ..... p. 472

i. Les conséquences économiques du droit des ententes au bénéfice de l'entreprise ..... p. 473

ii. Les conséquences bénéfiques du droit des ententes sur l'image de l'entreprise ..... p. 473

2. L'instrumentalisation de la procédure de clémence en vue d'infliger un désavantage économique aux concurrents ..... p. 474

a. L'utilisation de la procédure de clémence pour infliger un préjudice aux coauteurs de l'infraction ..... p. 474

b. Les critiques adressées à l'encontre de la théorie de la clémence agressive ..... p. 475

§ 2nd : Le renforcement des conséquences stratégiques du droit des abus de domination par le contentieux privé ..... p. 476

A. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre de partenaires économiques en situation de position dominante ..... p. 477

1. Un intéressement stratégique à la sanction des stipulations contraires au droit des abus de domination ..... p. 477

a. Le droit des abus de domination comme levier dans la négociation commerciale ..... p. 477

i. Le droit des abus de domination comme moyen de pression ..... p. 477

ii. Les principales clauses interdites dans le cadre d'une relation verticale au titre des abus de domination ..... p. 478

b. Le droit des abus de domination comme moyen d'échapper à ses obligations contractuelles ..... p. 480

2. Un intéressement économique à la sanction des stipulations contraires au droit des abus de domination ..... p. 480

B. Les stratégies mises en œuvre à l'encontre de concurrents en situation de position dominante ..... p. 481

1. L'intéressement stratégique à la sanction des comportements mis en œuvre par une entreprise en situation de position dominante ..... p. 482

a. Les conséquences de l'abus de position dominante sur la stratégie de l'entreprise dominante ..... p. 482

i. Le recours à l'abus de position dominante comme moyen de lutte contre les pratiques d'éviction ..... p. 482

ii. Les principaux types de comportements sanctionnés au titre de l'abus de position dominante ..... p. 483

b. Les conséquences de l'abus de position dominante au bénéfice de l'entreprise ..... p. 486

i. L'instrumentalisation du droit de la concurrence pour capter les investissements réalisés par un concurrent dominant ..... p. 486

ii. Les conséquences économiques de la mise en œuvre de l'abus de position dominante ..... p. 488

2. L'instrumentalisation de la théorie économique comme frein aux stratégies de marché d'une entreprise dominante ..... p. 489

a. L'attachement des autorités de concurrence à la théorie « néo-classique » ..... p. 490

b. L'analyse des situations de domination par les autorités de concurrence et la réalité du marché ..... p. 491

*

Titre 2nd : Le développement du contentieux privé et les stratégies de gestion du risque concurrentiel ..... p. 496

Chapitre 1er : L'approche classique de la gestion du risque concurrentiel à la rencontre du contentieux privé ..... p. 498

Section 1ère : La maîtrise du risque concurrentiel au sein de l'entreprise ..... p. 498

§ 1er : La notion de risque concurrentiel ..... p. 499

A. Définition du risque concurrentiel ..... p. 499

1. Le risque, une incertitude pesant sur les objectifs de l'entreprise ..... p. 499

2. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, source privilégiée de risque juridique .... p. 500

B. Typologie des risques concurrentiels ..... p. 501

1. Les risques d'ordre juridique ..... p. 501

2. Les risques d'origine juridique ..... p. 502

3. Le risque réputationnel ..... p. 503

§ 2nd : La maîtrise du risque concurrentiel ..... p. 503

A. L'identification du risque concurrentiel par l'entreprise ..... p. 504

1. Le déclenchement de l'audit de concurrence ..... p. 504

2. La méthodologie de l'audit de concurrence ..... p. 505

B. La quantification du risque concurrentiel par l'entreprise ..... p. 506

1. L'appréhension rationnelle du risque par l'entreprise ..... p. 506

2. L'influence du contentieux privé sur la quantification du risque concurrentiel ..... p. 507

a. La probabilité de détection d'une infraction au droit de la concurrence ..... p. 508

b. La détermination de la sanction encourue à la suite d'une infraction au droit de la concurrence ..... p. 509

i. L'anticipation de l'amende administrative prononcée par les autorités de concurrence ..... p. 509

ii. L'anticipation de la sanction face au développement du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 511

Section 2nde : La gestion du risque concurrentiel aux côtés des autorités de concurrence ..... p. 512

§ 1er : La gestion du risque concurrentiel avant survenance de l'infraction ..... p. 512

A. La gestion du risque par le recours aux programmes de conformité ..... p. 513

1. La récompense des programmes de conformité par les autorités de concurrence ..... p. 513

a. Une récompense conditionnée à la mise en œuvre d'un programme répondant aux exigences de l'Autorité ..... p. 513

b. Une récompense accordée dans des conditions plus qu'incertaines ..... p. 514

2. La préférence de la pratique pour des programmes de conformité « sur mesure » ..... p. 516

a. La mise en œuvre d'un programme de conformité respectueux de la liberté de l'entreprise ..... p. 516

i. L'importance stratégique d'une préservation de la liberté d'action de l'entreprise sur le marché ..... p. 516

ii. La mise en œuvre de programmes adaptés aux besoins de l'entreprise ..... p. 518

b. La mise en abîme du risque dans les programmes de conformité ..... p. 523

i. La confidentialité des informations recueillies dans le cadre d'un programme de conformité ..... p. 523

α. Le choix d'un *compliance officer* et le bénéfice du secret professionnel ..... p. 523

β. Le secret professionnel et les limitations jurisprudentielles à son efficacité ..... p. 524

ii. L'effet d'un programme de conformité sur l'appréciation de l'influence déterminante exercée par une société mère sur ses filiales ..... p. 526

B. La gestion du risque par le recours à la procédure d'engagements ..... p. 527

1. Une procédure au succès pratique éprouvé ..... p. 527

2. Une procédure au succès menacé ..... p. 529

a. Une procédure n'offrant guère de protection face au contentieux privé ..... p. 529

i. Les préoccupations de concurrence comme fondement potentiel d'une faute civile ..... p. 529

ii. L'accès aux documents issus de la procédure d'engagements ..... p. 531

b. Une procédure conservant son attractivité malgré le développement du contentieux privé ..... p. 532

i. La procédure d'engagements et la possibilité d'échapper à toute sanction ..... p. 532

ii. La situation de l'entreprise qui renoncerait à recourir à la procédure d'engagements ..... p. 534

§ 2nd : La gestion du risque concurrentiel après survenance de l'infraction ..... p. 534

A. La gestion du risque par le recours à la procédure de transaction ..... p. 535

1. Une procédure destinée à accélérer le prononcé de la sanction ..... p. 535

a. Le fonctionnement des procédures de transaction ..... p. 535

i. Les conditions pour bénéficier des procédures de transaction ..... p. 535

ii. Les modalités pratiques de mise en œuvre de la transaction ..... p. 537

α. Les considérations temporelles entourant la mise en œuvre de la transaction ..... p. 537

β. Les procédures de transaction « hybrides » ..... p. 538

b. Le renforcement de la prévisibilité de la sanction ..... p. 539

i. La négociation d'une fourchette de sanction ..... p. 539

ii. La sécurisation du résultat de la négociation devant le collège de l'Autorité ..... p. 540

2. Une procédure attractive pour une gestion globale du risque concurrentiel ..... p. 542

a. L'influence du bénéfice de la transaction sur l'exercice de l'action en réparation ..... p. 542

i. L'effet des procédures de transaction sur la qualification de la faute civile ..... p. 542

ii. L'effet des procédures de transaction sur l'accès aux preuves contenues dans le dossier des autorités de concurrence ..... p. 544

b. L'influence du contentieux privé sur l'intérêt stratégique des procédures de transaction ..... p. 546

i. Procédures de transaction et prévisibilité du montant de la sanction ..... p. 546

ii. Procédures de transaction et stabilisation d'une entente anticoncurrentielle ..... p. 547

B. La gestion du risque par le recours à la procédure de clémence ..... p. 548

1. Une procédure destinée à la détection des ententes ..... p. 548

a. Le fonctionnement des procédures de clémence ..... p. 548

i. Les conditions pour bénéficier de la procédure de clémence ..... p. 549

α. La demande formée en vue d'obtenir une immunité d'amende ..... p. 549

β. La demande formée en vue d'obtenir une réduction d'amende ..... p. 550

γ. Les conditions communes à toutes les demandes de clémence ..... p. 551

ii. Les modalités pratiques de la mise en œuvre de la procédure de clémence ..... p. 552

α. La demande de clémence dans l'espace ..... p. 552

β. La demande de clémence dans le temps ..... p. 553

b. La récompense obtenue à l'issue d'une procédure de clémence ..... p. 554

i. L'effet du bénéfice d'une procédure de clémence sur le montant de l'amende ..... p. 554

α. La détermination du montant de réduction accordé à l'entreprise ..... p. 554

β. La possibilité de cumuler procédure de clémence et procédure de transaction ..... p. 556

ii. La sécurité juridique offerte par la procédure de clémence ..... p. 557

2. Une procédure permettant de garantir le caractère lucratif de l'infraction ..... p. 558

a. L'influence du bénéfice de la clémence sur l'exercice de l'action en réparation ..... p. 559

i. Procédure de clémence et faute civile ..... p. 559

ii. Action en réparation et préservation de l'attractivité des procédures de clémence ..... p. 560

α. La clémence comme outil de gestion de la preuve ..... p. 560

β. La clémence comme exception à la règle de la solidarité ..... p. 562

b. L'influence du contentieux privé sur l'intérêt stratégique de la procédure de clémence ..... p. 563

i. Procédure de clémence et prévisibilité du montant de la sanction ..... p. 563

ii. Procédure de clémence et stabilisation d'une coordination anticoncurrentielle ..... p. 565

*

Chapitre 2nd : Les stratégies spécifiques au risque de contentieux privé ..... p. 568

Section 1ère : La gestion du contentieux privé avant survenance du litige ..... p. 568

§ 1er : Les stratégies d'évitement face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 569

A. Stratégie de cloisonnement du risque et contentieux privé ..... p. 569

1. La détermination du sujet de droit, l'opposition entre droit de la concurrence et droit de la responsabilité ..... p. 570

a. L'entreprise au-delà des frontières de la personnalité morale ..... p. 570

b. L'absence de responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales ..... p. 571

2. L'introduction de la notion d'entreprise en droit civil, l'engagement de la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales ..... p. 573

a. La détermination du civilement responsable en l'absence de condamnation par une autorité de concurrence ..... p. 573

i. La détermination des contours de l'entreprise par le juge civil, l'hypothèse du contentieux autonome ..... p. 573

α. L'imputabilité de l'infraction aux personnes juridiques constituant l'entreprise ..... p. 574

β. Les conséquences de la solidarité passive sur le cloisonnement du risque concurrentiel ..... p. 575

ii. L'absence de condamnation de la société mère malgré la condamnation d'une filiale, l'hypothèse du contentieux de suivi ..... p. 576

b. La détermination du civilement responsable en présence d'une condamnation par l'autorité de concurrence ..... p. 579

i. L'imputabilité des pratiques en cas de condamnation d'une société mère et de ses filiales dans le cadre du contentieux public ..... p. 579

ii. L'imputabilité des pratiques à la suite d'une opération de restructuration ..... p. 580

α. Absorption et disparition de la filiale auteur de l'infraction commise avant restructuration ..... p. 580

β. Succession de sociétés mères et survie de la filiale en présence d'une infraction commise avant restructuration ..... p. 581

γ. Succession de sociétés mères en présence d'une infraction commise à la fois avant et après une opération de restructuration ..... p. 582

B. Stratégie de défausse juridique et contentieux privé ..... p. 584

1. La défausse des conséquences civiles de l'infraction au sein d'un groupe de sociétés ..... p. 584

2. La défausse des conséquences civiles de l'infraction en dehors du groupe ..... p. 586

a. Le recours aux techniques de garantie ..... p. 586

b. Le recours à l'assurance responsabilité civile ..... p. 587

§ 2nd : Les stratégies de confortement face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 588

A. Les stipulations visant à diminuer le coût de la procédure ..... p. 588

1. La prise en charge des frais de procédure par l'assureur ..... p. 588

2. La stipulation d'un montant de dommages et intérêts ..... p. 590

a. Nature et validité d'une fixation contractuelle des dommages et intérêts ..... p. 590

b. Intérêt stratégique d'une fixation contractuelle des dommages et intérêts ..... p. 592

B. Les clauses visant à renforcer la position de l'entreprise face au procès ..... p. 593

1. Les clauses destinées à prévenir la cession de créances ..... p. 594

a. La prohibition des clauses interdisant la cession de créances ..... p. 594

b. La gestion du risque de cession de créances par le pacte de préférence ..... p. 595

2. Les clauses à effet juridictionnel ..... p. 596

a. Les clauses attributives de compétence face au contentieux privé ..... p. 596

i. Les clauses attributives de compétence dans la stratégie de l'entreprise ..... p. 596

α. Les conditions de validité de la clause en droit interne ..... p. 596

β. Les conditions de validité de la clause en droit international privé ..... p. 597

ii. Les clauses attributives de compétence territoriale et le choix de la loi applicable au litige ..... p. 600

b. L'intérêt des clauses alternatives de compétence face au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles ..... p. 602

i. Les clauses instituant une procédure préalable à la saisine du juge ..... p. 602

α. La notion de transaction « liée » ..... p. 602

β. Le régime des clauses instituant une procédure amiable préalable ..... p. 602

ii. Les clauses compromissoires ..... p. 604

Section 2nde : La gestion du contentieux privé après survenance du litige ..... p. 607

§ 1er : Les stratégies de soustraction du litige à la compétence du juge ..... p. 608

A. Le contentieux privé devant la juridiction arbitrale ..... p. 608

1. La double nature de l'arbitrage ..... p. 608

a. La nature conventionnelle de l'arbitrage ..... p. 608

i. L'origine conventionnelle du recours à l'arbitrage ..... p. 608

ii. L'expression de la volonté des parties quant au droit applicable au litige ..... p. 609

b. La nature juridictionnelle de l'arbitrage ..... p. 610

2. L'intérêt stratégique de l'arbitrage ..... p. 610

a. Les avantages du recours à l'arbitrage ..... p. 611

b. Les inconvénients du recours à l'arbitrage ..... p. 612

B. La transaction face au contentieux privé ..... p. 613

1. L'extinction du litige par négociation ..... p. 614

a. Un contrat terminant le litige par concessions réciproques ..... p. 614

b. Un contrat formalisant le résultant d'un procédure de règlement amiable du litige ..... p. 614

2. L'intérêt stratégique de la transaction en matière de contentieux privé ..... p. 615

a. Les avantages de la transaction pour la gestion du risque concurrentiel ..... p. 616

i. La souplesse de la transaction ..... p. 616

α. Une solution permettant de réduire la durée et le coût de la procédure ..... p. 616

β. Une solution satisfaisante en termes de sécurité juridique ..... p. 618

ii. Les récompenses accordées en matière de contentieux privé ..... p. 619

b. Les inconvénients de la transaction pour la gestion du risque concurrentiel ..... p. 620

§ 2nd : Les stratégies de mise en échec de l'action devant les tribunaux ..... p. 622

A. La défense contentieuse en matière de contentieux de suivi ..... p. 622

1. L'intérêt stratégique d'une défense au fond face au contentieux de suivi ..... p. 622

2. L'intérêt stratégique d'une défense procédurale face au contentieux de suivi ..... p. 623

B. La défense contentieuse en matière de contentieux autonome ..... p. 624

1. L'intérêt stratégique d'une défense au fond face au contentieux autonome ..... p. 624

2. L'intérêt stratégique d'une défense procédurale face au contentieux autonome ..... p. 625

Conclusion de la 2nde Partie ..... p. 629

Conclusion générale ..... p. 632