

Jean CASTELAIN

Bâtonnier

3^e table ronde : Améliorer l'indemnisation des préjudices économiques

Propos introductifs à la troisième table ronde ^{124d4}

« La troisième table ronde de ce colloque est consacrée à l'amélioration de l'indemnisation des préjudices économiques.

Améliorer c'est donner plus de valeur.

Pour évoquer cette amélioration, j'ai un quatuor absolument magnifique.

Au premier pupitre, un juge.

Nous commencerons par celui qui clôt le chemin judiciaire. Il nous a paru intéressant que ce soit le juge qui parle le premier pour nous dire, par son retour d'expérience, les difficultés qu'il rencontre, les soucis qu'il a dans le traitement des dossiers judiciaires.

Y a-t-il véritablement une sous-évaluation du préjudice économique ?

Pourquoi refusons-nous les dommages et intérêts punitifs ?

Si certains trichent, ne faut-il pas que les tricheurs soient punis ?

Pour en parler, donc, Olivier Douvreur, président de la chambre 5-7 à la cour d'appel de Paris. Le pôle 5, c'est le pôle économique, l'entreprise, la concurrence, le droit économique et financier, et la chambre 5-7, c'est celle qui est en charge de la régulation économique et des finances publiques.

Après Olivier Douvreur, vous entendrez un avocat, puis un expert et celui que j'ai appelé un sachant éclairé, car ce sachant est, pour la matière qu'il va traiter, une référence absolue.

M. Douvreur, vous avez la parole.

(...)

Merci, monsieur le président, vous avez, de Tacite, la concision, et votre propos était parfait pour introduire cette table-ronde et placer la barre au niveau qu'il convient.

Le deuxième pupitre du quatuor, c'est celui de l'avocat.

J'aime les avocats. J'allais dire, ontologiquement, le bâtonnier aime les avocats. L'avocat, dans une société moderne comme la nôtre, c'est celui qui conseille, avise le justiciable, propose des solutions.

Or, c'est une vulgate de dire que la production législative, la multiplication des textes rendent l'appréhension des situations très difficile et que, en face du droit civil, du droit commercial, du droit prud'homal, du droit pénal, il est parfois très délicat de faire des choix.

Le choix, le conseil, c'est l'avocat qui le donne. L'avocat est un ingénieur du droit mais un ingénieur avec une âme, et cette âme, c'est sa déontologie.

C'est aussi le premier instrument de la sécurité juridique.

Si l'avocat se trompe, il n'y a pas de sécurité juridique. S'il n'y a pas de sécurité juridique, il n'y a pas de confiance. S'il n'y a pas de confiance, il n'y a pas une économie saine.

Le rôle de l'avocat est donc majeur.

Et puis, il doit parfois plaider, convaincre, persuader, emporter la conviction du juge...

Alors, est-ce que la situation de la réparation du préjudice économique est si inquiétante que cela ? À quel moment faut-il indemniser ?

C'est toujours intéressant de se poser la question de l'indemnisation lorsque l'auteur de la faute a disparu parce qu'il a déposé le bilan et qu'il est en liquidation, ou que la victime a disparu parce que c'est elle qui a été frappée d'une liquidation judiciaire en raison des comportements fautifs qu'elle a subis.

Quid des rapports d'expertise ? Nous y reviendrons. Des rapports d'expertise compliqués, difficiles à décrypter, parfois abscons, parfois contradictoires.

Je plains les juges ; un rapport qui dit blanc, un rapport qui dit noir. Que faut-il décider ?

Eh bien, l'avocat de notre colloque, c'est Thibaud d'Alès. Thibaud d'Alès, HEC, est associé de Clifford Chance. C'est à lui maintenant, avec grand intérêt, que je cède la parole.

(...)

Merci cher Thibaud d'Alès. En l'écoutant, vous avez constaté que les avocats sont inventifs, mais je le dis, pour madame le premier président, les propos de Thibaud d'Alès n'engagent ici que lui, et je le dis d'autant plus que je voyais le regard perplexe du secrétaire général de notre ordre, cela n'engage bien sûr pas l'ordre des avocats ; ce sont des idées prospectives pour améliorer les choses, que nous a exposées, avec beaucoup de talent, Thibaud d'Alès.

Troisième pupitre du quatuor, un expert.

L'expert judiciaire, dans le monde que nous vivons, est particulièrement important. C'est celui qui examine, analyse et avise. C'est celui qui va dire au juge, sur une question technique :

“voilà, en conscience, ce qu’il faut penser du problème factuel que vous avez à juger”.

Dans les questions économiques, cela implique que l’expert connaisse, bien sûr, les marchés et l’entreprise. Il se trouve confronté aux avocats, partisans par nature, et au juge, parfois bien perplexe devant la solution qu’il doit apporter.

L’expert doit éclairer le juge.

Je suis toujours inquiet quand l’expert tente de se substituer au juge car l’expert n’est pas un juge.

Alors comment expertiser utile ? Comment faire que l’expertise permette d’arriver à une solution pertinente du litige dont le juge est saisi ? Faut-il, dans les dossiers économiques, que nous envisagions une nomenclature, à l’instar de la nomenclature *Dintilhac* ? *Quid* si la victime disparaît – je l’évoquais tout à l’heure ?

Et alors là, M^{me} le premier président, vous nous offrez un moment de bonheur absolu.

Vous savez les bâtonniers sont de grands mégalomanes et, comme tout grand mégalomane, je me suis imaginé un instant être Lorenzo de Médicis et voir dessiner dans mon palais, d’un côté, Léonard de Vinci, et, de l’autre, Michel-Ange.

Sous le regard de Maurice Nussenbaum, j’allais dire Leonardo Nussenbaum, nous allons avoir Olivier Peronnet, Michelangelo Peronnet. Un expert formidable, un expert lumineux pour nous parler aujourd’hui.

HEC, j’allais dire bien sûr, DESS de fiscalité, expert-comptable, commissaire aux comptes, expert près la cour d’appel depuis quinze ans, expert près la Cour de cassation, M. Peronnet, c’est avec infiniment de plaisir et beaucoup d’intérêt que je vous laisse la parole.

(...)

Merci, cher Olivier Peronnet, merci monsieur l’expert, vous l’avez tous compris, Didier Faury, cité huit fois, Didier Faury, c’est Donatello.

Alors, le quatrième et dernier pupitre, c’est celui consacré à l’amélioration de l’indemnisation des préjudices économiques en matière de droit de la concurrence, et j’ai parlé tout à l’heure du sachant éclairé qui allait maintenant prendre la parole.

Comment apprécier le préjudice économique en matière de droit de la concurrence et comment indemniser justement le consommateur ? Faut-il d’ailleurs l’indemniser ? Peut-on l’indemniser ? *Quid* des entreprises victimes ?

Et *quid* si le comportement fautif n’a pas changé les choses, c’est-à-dire si la mauvaise entente, si l’abus de position dominante a échoué dans la tentative d’éliminer d’autres acteurs du marché ? Est-ce qu’il y a là un préjudice non indemnisable, alors qu’il y a une faute absolument incontestable ?

Il y a, en matière de préjudice économique, dans le droit de la concurrence, une infinité de questions mêlées de droit et d’économie, et, pour en parler, Frédéric Jenny¹.

Le nom de Frédéric Jenny est consubstantiellement lié au droit de la concurrence.

Frédéric Jenny a fait l’ESSEC. Il est docteur de l’université d’Harvard et docteur d’État en sciences économiques.

Mais ce n’est pas pour cela qu’il est connu. Il est connu parce qu’il a ensuite été rapporteur, puis rapporteur général, puis vice-président du Conseil de la concurrence et qu’il a enfin été conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire pendant de longues années.

Alors, écouter Frédéric Jenny parler droit de la concurrence est un pur bonheur. Pur bonheur auquel je vais me laisser aller maintenant, en lui cédant la parole.

(...)

Merci M. Jenny, c’est vraiment un plaisir de vous entendre.

Mesdames, messieurs, il nous reste quelques minutes avant de laisser la parole à Mme le professeur Chagny. Donc, s’il y a une ou deux questions dans l’assistance, nous allons essayer d’y répondre.

Monsieur, s’il vous plaît. (...)

Est-ce qu’il y a une autre question ? Madame. (...)

La question posée (problème de micro) était la suivante : les orateurs ont évoqué le *damnum emergens*, le *lucrum cessans* et la perte de chance, est-ce que ces préjudices sont cumulables ou est-ce qu’ils sont exclusifs les uns des autres ?

(...)

Je vais vous proposer de laisser la parole au professeur Chagny qui a la charge de la synthèse des travaux et qui pourra répondre à la question que vous venez de poser.

Merci infiniment de votre attention. Merci, madame le premier président, de nous avoir permis de participer à ce colloque ».

¹) Dont l’intervention n’a pas été publiée dans ce numéro.

Olivier DOUVRELEUR

Président de chambre
à la cour d'appel de Paris

3^e table ronde : Améliorer l'indemnisation des préjudices économiques

Le juge et l'indemnisation du préjudice ^{124d5}

Les retours d'expérience auxquels ont donné lieu les travaux préparatoires de cette table ronde ont fait ressortir une conviction généralement partagée : l'indemnisation du préjudice économique subi par l'entreprise, comme celle de toute autre espèce de préjudice, doit remplir pleinement sa fonction réparatrice et les juges eux-mêmes entendent que les dommages et intérêts qu'ils accordent compensent au mieux ce préjudice ; mais en même temps, ces retours d'expérience ont fait apparaître un constat, non moins unanime : les éléments qui sont soumis au juge par les parties, au vu desquels il doit statuer, ne lui permettent pas toujours de parvenir à cet objectif et d'appréhender le préjudice économique dans toute son étendue. Il y a là une application vécue de la logique et des contraintes du procès civil : ce qu'on attend du juge, c'est-à-dire la pleine compensation du préjudice, est toujours déterminé par les éléments d'évaluation et de calcul fournis par les parties ou issus d'une expertise, dans le respect du principe dispositif (le procès civil est « la chose des parties ») et du principe de la contradiction.

Ces éléments d'évaluation et de calcul – les seuls que le juge puisse prendre en compte – procurent-ils toujours les moyens d'indemniser avec certitude et précision le préjudice ? Probablement pas, et on connaît à cet égard la pratique – qui n'est pas sans traduire un certain embarras – consistant pour le juge à accorder un montant de dommages et intérêts « tous chefs de préjudice confondus ». C'est dans ce contexte que le constat évoqué plus haut cache en réalité une interrogation récurrente des juges : faut-il déplorer une sous-évaluation judiciaire du préjudice économique subi par l'entreprise ? Cette interrogation ne procède pas, loin s'en faut, que d'un ressenti personnel, nécessairement subjectif ; elle est largement partagée par les praticiens et la doctrine : on ne compte plus les travaux de toute sorte qui s'interrogent sur la concordance entre la réalité du préjudice et son évaluation judiciaire. Pour beaucoup d'observateurs d'ailleurs, la cause est entendue et l'interrogation devient une certitude : en présence des éléments de chiffrage du préjudice, le juge aurait une « tendance naturelle » à opter toujours pour la plus basse évaluation de la fourchette et à quasi systématiquement sous-évaluer le préjudice, de sorte que l'évaluation du préjudice serait « le talon d'Achille du droit de la

responsabilité civile »¹. Dans notre domaine, ce constat a d'ailleurs été formulé dans des termes très sévères par la Commission européenne qui n'a pas hésité à considérer que les dispositifs d'indemnisation mis en place par les États membres, en matière de préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles, étaient caractérisés « par un total sous-développement »².

Ce jugement sévère est paradoxal, puisque s'il est en matière de responsabilité civile un principe traditionnel et indiscuté, celui de la réparation intégrale du préjudice : la victime a droit à ce que l'indemnité qui lui est accordée compense tout le préjudice qu'elle a subi, « le propre de la responsabilité » étant alors « de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu (...) »³. Ce principe cardinal de notre droit est aussi consacré par le droit communautaire, ainsi par la Cour de justice de l'Union qui rappelle que la victime doit pouvoir demander réparation « non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts »⁴.

Si l'évaluation du *damnum emergens* peut s'avérer relativement aisée, il n'en va pas de même du *lucrum cessans* dont l'évaluation est par définition plus délicate, puisqu'il s'agit de compenser non pas une perte effectivement subie, qui s'apprécie donc par l'observation de la réalité, mais la perte ou l'insuffisance d'un revenu futur, en la déterminant par rapport à une situation qui n'a pas eu lieu, celle qui serait survenue si la faute dommageable n'avait pas été commise. Cette difficulté est d'autant plus sensible s'agissant du préjudice économique subi par l'entreprise que dans ce domaine, le gain manqué occupe une place certainement plus importante que dans d'autres domaines de la responsabilité civile ; il est même des cas dans lesquels le *lucrum cessans* constitue à lui seul tout le préjudice subi par la victime, s'agissant par exemple du préjudice résultant d'une rupture brutale de relations commerciales établies ou de pratiques anticoncurrentielles de barrière à l'entrée sur un marché. Dans de telles hypothèses, il s'agit alors, faute de pouvoir apprécier directement la réalité

1) Anziani A. et Bêteille L., « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », Rapp. Sénat, juill. 2009, p. 101.

2) Livre vert n° COM(2005) 672 final, 19 déc. 2005, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

3) Cass. 2^e civ., 16 déc. 1970.

4) CJCE, 13 juill. 2006, n° C-295/04 à C-298/04, Manfredi.

et l'étendue du préjudice, de reconstituer une situation qui ne s'est pas produite et de la comparer avec la situation qui s'est produite afin de mesurer l'écart avec les revenus qui auraient normalement dû être perçus si le fait dommageable n'était pas survenu ; le juge doit donc retenir un scénario de référence, sur la base d'estimations, compte tenu de ce qui était attendu, ou de ce qui était raisonnablement attendu, ce qui ne va pas sans soulever des interrogations au regard de l'exigence traditionnelle de « certitude » du préjudice réparable.

Une fois cette étape franchie, d'autres difficultés apparaissent : ainsi, quand l'infraction consiste en une pratique de cartel faussant la concurrence par les prix au préjudice des entreprises clientes des membres de ce cartel. Dans ce cas, le préjudice, c'est le « surpris », c'est-à-dire la différence entre le prix qui a été effectivement payé et celui qui aurait été payé, si la concurrence par les prix n'avait pas été faussée par le cartel. Cette situation, qui appelle a priori une indemnisation égale au surpris, soulève plusieurs problèmes, parmi lesquels la prise en compte d'un éventuel « passing on », s'il est démontré que les entreprises clientes ont répercuté tout ou partie de ce surpris sur leurs propres clients. La Cour de cassation a très clairement affirmé que dans une telle hypothèse, une indemnisation à la hauteur du surpris, qui ne tiendrait pas compte de la répercussion, serait un enrichissement sans cause⁵. Pour traiter de telles problématiques, le juge doit s'appuyer sur l'expertise des économistes qui ont mis au point des méthodes susceptibles d'y répondre ; c'est le cas, en particulier, de la méthode contrefactuelle, dont il a été beaucoup question au cours de cette journée.

Le respect du principe de réparation intégrale du préjudice emporte une autre conséquence : il faut réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice, les dommages et intérêts ayant une fonction compensatoire, mais nullement punitive. De l'application de ce principe, peut résulter un sentiment d'iniquité en cas de faute lucrative, c'est-à-dire, selon une définition couramment admise, lorsque malgré le paiement de dommages et intérêts venant compenser l'intégralité du préjudice de la victime, la faute laisse néanmoins à son auteur un bénéfice.

Dans une telle hypothèse, le juge dispose déjà, ou va disposer, de nouveaux outils issus d'évolutions législatives récentes ou à venir. Ainsi, s'agissant des règles de fixation des dommages et intérêts en matière de préjudice de contrefaçon, la directive de 2004, transposée en 2007, prévoit que pour fixer le montant de ces dommages et intérêts, les tribunaux prennent en considération les « conséquences économiques négatives » de la contrefaçon, notamment le manque à gagner, le cas échéant le préjudice moral, mais aussi – et c'est l'innovation de ce texte –, « les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant », de sorte que le montant judiciairement accordé peut être supérieur au préjudice. La réforme annoncée de la responsabilité civile pourrait aller dans le même sens, puisque l'avant-projet mis en consultation par le ministère de la Justice en avril 2016 fait dans le Code civil une place nouvelle au traitement de la faute lucrative, entendue comme la « faute lourde délibérée ayant généré un gain ou une économie pour son auteur ». Ce texte sanctionne cette faute, en privant son auteur du gain ou de l'économie que l'indemnisation n'aurait pas absorbée, mais il le fait d'une façon originale : non pas, comme la directive, en portant le montant de l'indemnisation à hauteur des bénéfices injustes – et donc, le cas échéant, au-delà du préjudice –, mais en infligeant une amende civile proportionnée à la gravité de la faute, aux facultés contributives de l'auteur et au profit qu'il en aura retiré. Le lien avec l'indemnisation n'est cependant pas totalement rompu, puisque l'avant-projet prévoit que le produit de cette amende peut être affecté, non pas au Trésor public, mais à un fonds d'indemnisation des victimes.

Ces dispositifs soulèvent avec évidence de nombreuses questions, eu égard, par exemple, au secret des affaires ou à l'office et aux prérogatives du juge dans l'administration de la preuve. Aussi la question se pose-t-elle de savoir si la refonte annoncée du fond du droit de la responsabilité civile doit s'accompagner d'un aménagement de la procédure judiciaire de mise en œuvre de cette responsabilité. Si tel devait être le cas, peut-être trouvera-t-on alors dans les travaux de notre colloque d'utiles pistes de réflexion pour une future réforme.

⁵ Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15816, Ajinomoto Eurolyne (aff. dite « de la Lysine »).

Olivier PERONNET,

Expert comptable et
financier

Expert près la cour d'appel
de Paris, agréé par la Cour
de cassation

Commissaire aux comptes

3^e table ronde : Améliorer la réparation des préjudices économiques

Une proposition d'approche méthodologique ^{124d6}

Dans les critères de compétitivité d'une économie, les acteurs font état de leur besoin de prévisibilité.

La réparation du préjudice économique est un enjeu important, et une question de fait soumise à l'appréciation des juges du fond.

Il n'existe pas une nomenclature précise des préjudices réparables, et la jurisprudence peut apparaître disparate, ce dont la Cour de cassation se préoccupe.

La diversité des circonstances et la complexité propre à certaines situations font qu'il est difficile de livrer une nomenclature clé en mains applicable, comme le relevait dans un article, Nicolas Régis¹.

Cette question de nomenclature a été débattue². À défaut de nomenclature rigide, un récent colloque de la CNECJ³ évoquait plutôt pour chaque cas la recherche d'un raisonnement adapté à la situation.

Le groupe de travail réuni sous la responsabilité de la Cour de cassation⁴ avait travaillé sur le constat de la disparité des décisions au fond, et avait émis plusieurs axes d'amélioration sur les décisions rendues.

Mais les juges ne sont pas les seuls en cause dans cette affaire.

L'amélioration de la réparation des préjudices repose beaucoup sur l'office du juge, c'est une évidence, mais les recommandations concernent au premier chef le demandeur qui est la victime et celui qui a la charge de la preuve.

Il faut améliorer les dossiers des demandeurs, souvent guidés par l'importance matérielle du chiffre mis en avant, plutôt que par une approche solide et étayée démontrant la réalité du préjudice subi. La charge de la preuve qui lui incombe impose que le demandeur articule un chiffre de demande. Même s'il existe des débats sur le fait que l'expert puisse s'affranchir de celui-ci dans la conduite de ses opérations, la question d'une évaluation de l'expert s'avérant supérieure à celle du demandeur est en pratique très théorique. L'expert doit interroger, « challenger » les parties même dans le cas où une demande est mal ou incomplètement formulée.

1) BICC, n° 781, 1^{er} mai 2013, « Le préjudice économique des entreprises », Nicolas Régis, magistrat.

2) V. Congrès de la CNECJ, Nice 2011.

3) Colloque CNECJ, T. com. Paris, 5 déc. 2006.

4) « La réparation du préjudice économique », 2007, groupe de travail Cour de cassation.

Si l'on veut poser les termes d'un raisonnement qui permette d'aboutir à un chiffrage cohérent, quelques jalons ou étapes-clés nous semblent pouvoir être mis en avant et constituer une structure d'approche à défaut de véritable nomenclature.

C'est ce que nous vous proposons d'exposer ci-après.

Identifier le préjudice. Bâtir une histoire crédible et cohérente. Comme cela a été dit, il faut comprendre les conséquences *in concreto* du dommage et les préjudices qui ont pu en résulter, par la nature des conséquences et leur étendue. L'approche dépend de la nature de l'activité : production industrielle, négoce, importance de la recherche et du développement. Pour réaliser cette première étape, l'approche analytique des gains manqués, des pertes subies et de la perte de chance donne un cadre de recherche tout à fait pertinent et explicite, pour démarrer le dossier.

Comprendre et analyser les paramètres-clés de l'entreprise victime et de son système d'information, pour contextualiser le préjudice. Il faut observer et analyser les données financières de l'entreprise pour situer l'incidence qu'elle a subi ou va subir, comprendre les enjeux, et cerner les conséquences directes du sinistre pour elle.

Le préjudice est une situation qui peut affecter le passé et faire partie de données observées : les pertes subies et les surcoûts engagés procéderont de constatations comptables, utiles et pertinentes pour procéder à un chiffrage du préjudice subi à ce titre.

Toutefois, les systèmes comptables ne sont pas bâtis pour mesurer des préjudices. Il faut néanmoins s'appuyer sur le système d'information de l'entreprise, définir les agrégats pertinents, voir comment les établir à partir du système existant : comptabilité générale, comptabilité analytique – comptabilité des coûts selon les anglo-saxons – s'appuyer sur le contrôle de gestion.

Les gains manqués correspondent à une marge sur coûts évitables : pas la marge brute, qui s'assimile pour les comptables à une marge commerciale, mais une marge qui parte du chiffre d'affaires manqué diminué des coûts directs ou variables à l'activité qui ont été évités⁵. De plus,

5) Le résultat d'exploitation, l'EBITDA ou l'EBIT, et encore moins le résultat net, agrégats de reporting habituels des entre-

dès que l'on évoque des questions de gains manqués, alors l'observation du passé n'est pas suffisante en soi : le préjudice concernera le futur et affectera l'exploitation de l'entreprise de façon plus ou moins durable. Il faudra alors comprendre comment le système d'information appréhende et structure ses données prévisionnelles, budgétaires, si elle réalise un plan d'affaires, comment il est construit.

Ces deux premières étapes qui vont donner les bases de travail sont clés pour la suite.

Chiffrer le scénario contrefactuel établi à partir de la situation normale, en évaluant les flux correspondants dans le contexte de l'entreprise victime. Les étapes 1 et 2 vont être directement utiles à cette construction, qui est par nature une modélisation. Il faut partir des données comptables passées, constatées, tangibles, comprendre le système de prévision de l'entreprise (approche budgétaire, business plan) mais surtout aller vers des considérations économiques – macro et micro – pour bâtir une modélisation qui soit crédible du gain qui aurait pu être réalisé si le dommage n'était pas intervenu.

Une étude⁶ très complète sur notre sujet évoquait le fait que la comptabilité ne suffit pas à établir un gain manqué : c'est là une évidence que les considérations économiques-micro, c'est-à-dire celles de l'entreprise dans l'appréhension de sa stratégie, de ses moyens financiers, et macro, de considérations de concurrence, de parts de marché, d'avantage concurrentiel, de technologie, d'offre et de demande, sont des éléments essentiels pour bâtir une modélisation du gain manqué.

La *finance fiction* est de la finance – d'où l'importance de bien maîtriser les données financières de l'entreprise – et de la fiction, laquelle doit être plausible : Muriel Chagny, lors de notre congrès de 2011 précité l'avait appelé le « conditionnel passé ». En fait il pourra s'agir de conditionnel passé mais aussi de conditionnel futur.

Fixer les éléments d'une situation normale telle qu'elle est estimée est un point sur lequel le juge doit pouvoir trancher. Il pourra être utile pour améliorer sa perception de chiffrer des simulations de différentes hypothèses de situation normale, retenues pour bâtir le conditionnel passé et le conditionnel futur.

Comparer ce qui se serait passé si le dommage n'avait pas eu lieu (scénario contrefactuel) avec la situation réelle affectée par le dom-

mage. Elle répond au principe de réparation intégrale du préjudice. Une telle approche est indispensable.

Comme le relève l'étude précitée, la recherche de la « situation normale » vise à rechercher un scénario plausible, et à le « dépolluer » des autres éléments de la contreperformance qui n'ont rien à voir avec le sinistre.

L'approche différentielle va constituer une approche synthétique qui replacera dans les bons ordres de grandeur l'incidence du préjudice au regard des agrégats de l'entreprise victime.

Le ou les scénarii contrefactuels qui établissent les bases de ce qui aurait dû se passer, sont très efficaces pour mettre à l'épreuve également la réalité du lien de causalité : ils doivent permettre de visualiser d'où est venu la contreperformance, son lien réel avec le dommage, et jusqu'où le préjudice résulte de cette seule cause.

Quelques points de méthodologie additionnels :

1/ Le préjudice est un différentiel de trésorerie entre la réalité et cette fiction.

2/ Le préjudice est à valoriser hors fiscalité (IS) puisque l'indemnité à recevoir sera soumise à l'IS.

3/ Ne pas omettre les pertes financières consécutives à la perte d'exploitation.

4/ La perte de chance enfin, qui est un gain manqué affecté d'un pourcentage de chance de sa réalisation qui peut exister en sus des préjudices précédents.

5/ Les frais de procédure engagés sont aussi réparables dans le cadre de l'article 700, mais les coûts engagés doivent être justifiés.

Pour être complet, la CNECJ s'est assignée de traiter, outre les écrits des colloques ou congrès⁷, des brochures techniques sur les grands thèmes transversaux que sont :

- la problématique des coûts directs, variables et semi variables, avec le sujet récurrent des frais de personnel ;
- la place de l'amortissement dans les composantes du préjudice ;
- la prise en compte du préjudice financier ;
- la prise en compte de la fiscalité ;
- le gain manqué et la perte de chance ;
- l'indemnisation de la destruction d'un actif ;

prises, identifiés dans leurs états financiers que produisent les systèmes comptables, ne chiffrer pas le préjudice.

6) Nussenbaum M., « L'évaluation des préjudices économiques », mai-juin 2013, LexisNexis.

7) Accessibles sur www.cnecej.fr.

- la notion de préjudice direct : le lien de causalité, la prise en compte de la diligence ou de l'absence de diligence de la victime ;
- la distinction entre préjudice et financement du préjudice ;
- particularités de l'indemnisation des préjudices en matière de contrefaçon ;
- l'atteinte à l'image, l'indemnisation des préjudices futurs.

NOUVEAU
KIOSQUE
Lextenso

GRATUIT
AVEC VOTRE
ABONNEMENT

Lextenso

Feuilletez votre revue
PETITES AFFICHES
sur tous vos écrans !

Pour accéder à la version numérique
feuilleter de votre revue :

- sur **ordinateur** (PC ou MAC), rendez-vous
sur www.kiosque-lextenso.fr
- sur **tablette ou mobile**, téléchargez
L'APPLICATION **KIOSQUE Lextenso**

KIOSQUE Lextenso

Échangez dans
iApp Store

Échangez dans
Google Play

3^e table ronde : Améliorer l'indemnisation des préjudices économiques

Améliorer l'indemnisation des préjudices économiques : le montant importe autant que le moment ^{124d7}

Thibaud d'ALÈS

Avocat à la cour

Associé, Clifford Chance

Europe LLP

En matière d'indemnisation des préjudices économiques, la notion d'amélioration s'entend selon nous nécessairement d'un point de vue qualitatif. En d'autres termes, on s'interrogera ici sur les moyens permettant d'« indemniser mieux » et non sur ceux visant à « indemniser plus ».

Mieux indemniser peut certes, *in fine*, aboutir à indemniser plus, mais consiste avant tout à indemniser *au plus près* du préjudice subi, tant d'un point de vue financier que temporel.

Tels sont les deux aspects qui seront successivement abordés : est-il possible et, le cas échéant, comment améliorer le montant (I) et le moment (II) de l'indemnisation des préjudices économiques ?

I. Améliorer le montant de l'indemnisation

Au risque de transformer le droit de la responsabilité civile en droit de la réparation civile, améliorer l'indemnisation des préjudices économiques ne doit pas se limiter à la recherche d'un accroissement du montant alloué. L'intérêt général commande d'ailleurs que l'on s'engage sur la voie de l'« indemniser mieux ».

Quelles sont pourtant les difficultés aujourd'hui rencontrées par les parties (A) et comment améliorer (ou tenter d'améliorer) la situation (B) ?

A. Principales difficultés auxquelles sont confrontées les parties au procès

Pour le demandeur, ces principales difficultés sont au nombre de trois.

La première est relative à la justification de son préjudice : dans certains cas, il ne peut en effet pas communiquer au juge toutes les informations nécessaires au succès de ses prétentions, à raison de leur caractère confidentiel.

La deuxième tient au fait qu'il est difficile d'évaluer certains types de préjudices, en particulier ceux qui présentent un caractère immatériel (réputation, image de marque, parasitisme, etc.).

La troisième est liée au montant des condamnations prononcées sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, rarement corrélées au coût réellement supporté par le demandeur (surtout s'il a dû s'adjoindre les services d'un expert de partie).

En ce qui concerne le défendeur, il doit faire face à la multiplication des présomptions de préjudice, à la multiplication des cas dans lesquels la faute est admise et au risque d'indemnisation forfaitaire sur le fondement de l'« appréciation souveraine » des tribunaux.

B. Propositions d'améliorations

Mettre à la disposition des parties une procédure permettant de traiter les difficultés rencontrées à raison de la « sensibilité » ou de la confidentialité de certaines pièces. Il serait opportun d'organiser par la loi un système de communication des pièces qui garantirait à la fois le secret des affaires et le principe du contradictoire, en permettant par exemple au demandeur de ne mettre certaines informations sensibles (mais nécessaires à la justification de son préjudice) qu'à la disposition des avocats et experts de parties.

La modification proposée permettrait au demandeur de saisir le juge (de la mise en état au TGI, chargé d'instruire l'affaire au TC) immédiatement après la saisine pour lui demander de bénéficier de ce système facilité et sécurisé de communication de pièces.

Prendre (plus) en considération le comportement des parties. À cet égard, certaines dispositions figurant dans l'avant-projet de loi relatif à la réforme du droit de la responsabilité civile semblent encourageantes :

- faire obligation à la victime de minimiser son dommage (*duty to mitigate*) (l'article 1263 de l'avant-projet de loi introduit – seulement en matière contractuelle – à la charge de la victime une obligation de « prendre les mesures sûres et raisonnables (...) propres à éviter l'aggravation de son préjudice ») ;
- pour les préjudices difficilement évaluables, et seulement ceux-là (atteinte à l'image de marque, par exemple), sanctionner financièrement le comportement de l'auteur du dommage (l'article 1266 de l'avant-projet de loi introduit un mécanisme d'amende civile en cas de « faute lourde délibérée » qui – sans être assimilable à des *punitives damages* car le bénéficiaire n'en est pas la victime – aurait sans doute un effet dissuasif).

Admettre que les frais engagés dans le cadre d'une procédure judiciaire constituent un fondement de préjudice réparable. Le pré-

Le juge lié aux frais de défense est un préjudice économique autonome ; il conviendrait donc de modifier la rédaction de l'article 700 du Code de procédure civile afin que la partie perdante soit condamnée à supporter les coûts (raisonnables) de défense de la partie gagnante, comme c'est le cas dans de nombreux autres pays.

Dispenser le juge de traiter les dossiers qui ne sont pas sérieux afin de lui permettre de consacrer du temps à ceux qui le sont. Afin de décourager les actions infondées ou les demandes financières exagérées, il pourrait être envisagé de conditionner la recevabilité de la demande au versement (ou séquestre) – au moment de l'introduction de l'instance – d'un pourcentage (1 % ?) de la somme sollicitée. Une dispense, un aménagement ou une réduction seraient évidemment possibles sur autorisation du juge ou dans des cas particuliers (société en redressement judiciaire, par exemple).

II. Améliorer le moment de l'indemnisation

Autant que le montant alloué, le moment auquel intervient l'indemnisation est d'importance capitale pour les deux parties. Certaines propositions de modifications (B) pourraient permettre de contourner les principales difficultés auxquelles sont confrontés les acteurs du procès (A).

A. Principales difficultés auxquelles sont confrontés les acteurs du procès

Le demandeur est généralement la première victime des lenteurs d'une procédure alors qu'il espère – grâce à l'indemnisation sollicitée – être remis dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait fautif. Mais sur ce long chemin, il peut être victime de manœuvres (dilatoires ou visant à organiser une insolvabilité) autant que d'incidents procéduraux soulevés de bonne foi par le défendeur.

En ce qui concerne le défendeur, il peut – paradoxalement – être lui aussi pénalisé par la durée excessive de la procédure, laquelle l'oblige à engager des frais de défense importants voire à provisionner dans ses comptes une partie de la somme qui lui est réclamée. À l'inverse, le défendeur peut être handicapé par le recours aux procédures accélérées (bref délai / jour fixe) qui peuvent générer une situation inéquitable, notamment si le demandeur a eu le temps de faire préparer un rapport d'expertise financière avant d'assigner et que le délai imparti au défendeur pour se mettre en état est trop court pour en faire de même.

B. Propositions d'améliorations

Certaines mesures pourraient être envisagées afin de permettre un ralentissement ou, à l'inverse, une accélération, des procédures.

Autoriser une voie de recours contre l'ordonnance ayant autorisé la procédure accélérée.

Une telle voie de recours est aujourd'hui inexistante, la jurisprudence estimant que l'ordonnance considérée est une mesure d'administration judiciaire¹. Permettre de contester l'ordonnance nous semble d'autant plus normal que le critère d'appréciation (l'urgence) est particulièrement subjectif et ne peut être raisonnablement et équitablement appréhendé que dans le cadre d'un débat contradictoire.

Inciter les parties à trouver une issue amiable le plus rapidement possible, en s'inspirant d'un système notamment en vigueur au Royaume-Uni. On pourrait imaginer la mise en place d'un double mécanisme, poursuivant le même but de célérité :

- si le demandeur refuse une offre transactionnelle² faite par le défendeur avant l'issue du procès et que le jugement lui alloue une somme inférieure à cette offre transactionnelle, il (le demandeur) (i) ne pourra pas obtenir du juge la condamnation du défendeur à lui rembourser ses frais de défense et (ii) devra de surcroît rembourser les frais de défense supportés par le défendeur à partir du moment où l'offre a été refusée ;
- si le demandeur refuse une offre transactionnelle faite par le défendeur avant l'issue du procès et que le jugement lui alloue une somme supérieure (ce qui démontre que l'offre était trop faible), il pourra solliciter – en plus de ses coûts « raisonnables », des pénalités :
 - intérêts (taux jusqu'à 10 % par an) appliqués à la condamnation ainsi qu'aux frais de défense ;
 - compensation financière pouvant, par exemple, aller jusqu'à 100 000 €.

On parle beaucoup des méthodes alternatives de règlement de litiges ; celle-ci semble en constituer une facile à mettre en œuvre, éprouvée par d'autres et génératrice d'économies pour la collectivité car susceptible de raccourcir la durée des procédures.

1) Par ex., en matière d'appel : Cass. 2^e civ., 17 mars 2016, n° 15-10865.

2) Il conviendra de prévoir la co-existence de deux types d'offres transactionnelles : certaines pouvant être « déconfidentialisées » pour les besoins de ce mécanisme et les autres, la règle devant évidemment demeurer celle de la confidentialité des discussions entre avocats.

Rapport de synthèse ^{124d8}

■ « Il y a urgence, Madame le premier président, à développer une réflexion sur le préjudice concurrentiel ou plus largement sur le préjudice économique ».

Tout a commencé ainsi, comme Madame le premier président l'a rappelé¹, par cette interpellation, aussi pressante qu'inconsciente – tant ce sujet ô combien difficile semble faire partie des serpents de mer du droit – lancée lors d'un précédent colloque organisé par la cour d'appel sur le thème du juge régulateur².

S'en est suivie l'installation, au sein de cette juridiction, d'un groupe de réflexion, régulièrement réuni au cours de l'année 2016 et dont les travaux s'achèvent, après quasiment neuf mois de travail, par cette belle manifestation réunissant tout au long de cette journée, un public nombreux.

Réalisme et ambition, telle était la feuille de route tracée par Madame le premier président, à laquelle des remerciements³ doivent d'autant plus être adressés qu'elle s'est saisie, ce faisant, de problèmes dont dépend l'attractivité du droit et du système judiciaire français confrontés à une véritable compétition.

Se pose cependant la question de savoir s'il était bien prudent de confier la synthèse de ces travaux et de cette journée à qui a, dans la période récente, rédigé un ouvrage de plus de trois cents pages sur les seuls dommages concurrentiels⁴.

■ Prétendre réaliser une synthèse dans le format imparti⁵ ne revient-il pas à tenter de résoudre la quadrature du cercle : tant cette journée s'est avérée riche ? Les intervenants talentueux qui se sont succédés, en ce 22 septembre où l'on fête la Saint... Maurice, ont manifestement fait leur, à commencer par Maurice Nussenbaum lui-même en charge du rapport

introdutif⁶, le dicton du jour : « Semis de Saint-Maurice, récolte à ton caprice ». Dès l'ouverture de ce colloque, et sur chacun des principaux thèmes identifiés, les propositions ont fusé de sorte qu'il est impossible de les reprendre toutes par le menu.

■ L'une des Arlésiennes du droit les plus célèbres, n'est plus. L'initiative prise par la Commission européenne, avec le Livre vert de décembre 2005 consacré aux actions en dommages-intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles, est enfin sur le point d'aboutir avec la transposition très prochaine⁷ de la directive du 26 novembre 2014⁸.

En parallèle – et c'est donc un nouveau travail de transposition qui s'annonce –, la directive sur les secrets d'affaires, dont la genèse a également été tourmentée, a finalement été adoptée, le 8 juin 2016, largement sur le modèle des règles spécifiques de la propriété intellectuelle⁹.

En revanche, la réforme de cette « vieille dame » qu'est la responsabilité civile¹⁰, pourtant imaginée dès 2005 elle aussi, à l'initiative, cette fois, d'universitaires¹¹, a été longtemps différée¹² et reste pour le moment au stade d'un avant-projet

6) Nussenbaum M., « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice », *infra*, p. 8.

7) La DACS a soumis à consultation des avant-projets d'ordonnance et de décret élaborés dans la perspective de cette transposition. V. à ce propos, les observations de l'AFEC, disponibles sur le site internet. *Adde* l'intervention de Champalaune C., in *Les Entretiens de la concurrence*, 3^e éd. organisée par le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris, 18 oct. 2016, Concurrences 1-2017.

8) Dir. PE et Cons. UE n° 2014/104/UE, 26 nov. 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 L 349, 5 déc. 2014, p. 1.

9) Dir. PE et Cons. UE n° 2016/943/UE, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : JOUE L 157, 15 juin 2016, p. 1. V. La protection des secrets d'affaires, *Perspectives nationales et européennes*, 1^{er} avr. 2016, CEIPI 1916 (à paraître). V. not. Gsell F., « Quelle protection dans le procès civil ? » et Chagny M., « Quelles mesures de prévention et d'indemnisation ? ».

10) Selon l'expression empruntée à Picod Y., « Rapport introductif », in « Droit du marché et droit commun des obligations », colloque des 24-25 oct. 1997, université de Perpignan ; RTD com. 1998, p. 1 et s., spéc. p. 1.

11) Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, remis à Pascal Clément, garde des Sceaux, le 22 septembre 2005. L'initiative en revient au professeur Pierre Catala. Le droit de la responsabilité civile a été pris en charge par un groupe de travail réuni autour du professeur Geneviève Viney.

12) Le choix a été fait de ne pas procéder à une réforme d'ensemble du droit commun des obligations et de différer celle de la responsabilité civile qui pourrait s'effectuer, non pas par voie d'ordonnance comme le droit commun du contrat, mais par la voie législative.

NDA : Même si cette communication a été partiellement remaniée pour les besoins de la publication, le choix a été fait de conserver l'originalité d'une synthèse et, dans cette perspective, de faire référence, pour l'essentiel, aux interventions des précédents orateurs en limitant les références effectuées par ailleurs. Les opinions exprimées ne sauraient engager l'institution à laquelle l'auteur appartient.

1) Arens C., « Discours d'ouverture », *infra*, p. 5.

2) « Le juge régulateur », colloque organisé par la cour d'appel de Paris, 19 nov. 2016.

3) Ces remerciements s'adressent également à l'ensemble des membres du groupe de réflexion, en ce compris les personnes n'ayant pas pris part au colloque et avec une attention particulière pour Nathalie Bourgeois de Ryck.

4) Chagny M. et Deffains B., *La réparation des dommages concurrentiels*, 2015, Dalloz.

5) La limitation temporelle au stade de l'intervention orale s'est prolongée lors de l'élaboration de la version écrite par les restrictions tenant aux contraintes éditoriales de publication.

Muriel CHAGNY

Agrégée des facultés de droit

Directeur du master de droit de la concurrence et des contrats (Paris-Saclay)

Membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales

élaboré par la Direction des affaires civiles et du sceau soumis à consultation en 2016¹³.

Ce contraste entre, d'un côté, des régimes spéciaux de réparation¹⁴ dont l'entrée en vigueur se rapproche et, de l'autre, un droit commun de la responsabilité civile exempt, pour le moment, de réforme législative, ne manque pas de retenir l'attention au moment de clôturer une journée « en se tournant résolument vers l'avenir »¹⁵, comme l'indique clairement le sous-titre coiffant l'intitulé général : « Quelles perspectives pour la¹⁶ réparation du préjudice économique ? ».

4 Difficile à définir, même si certains s'y sont risqués¹⁷, ignoré de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, le préjudice économique se caractérise par son extrême diversité, se manifestant par « une prolifération d'appellations » selon l'expression de Sylvie Nérot¹⁸. À tel point que l'on pourrait douter de la possibilité d'un traitement uniforme, de droit commun et partant, conclure à la supériorité et à la nécessité de dispositions spéciales ?

C'est donc sous le prisme des rapports entre droit commun et régimes spéciaux que cette synthèse est élaborée en envisageant successivement l'adoption de régimes spéciaux de réparation des préjudices économiques (I) et à l'adaptation du droit commun de la réparation au préjudice économique (II).

I. L'adoption de régimes spéciaux de réparation des préjudices économiques

5 S'agissant des régimes spéciaux de réparation, il n'est pas surprenant, compte tenu de l'actualité brûlante – le « timing parfait » selon l'expression de Jacqueline Riffault-Silk¹⁹ – et d'un tropisme concurrentiel peu dissimulé²⁰, que le droit des pratiques anticoncurrentielles se taille la part du lion. On se gardera cependant

d'omettre les dispositifs spécifiques concernant la propriété intellectuelle et les secrets d'affaires, également évoqués au cours de la journée, ce d'autant que leur mise en perspective avec le droit de la concurrence est riche d'enseignements.

6 En dépit d'une origine commune, sous la forme d'une directive européenne²¹, on discerne une ligne de partage assez nette entre eux : les uns, à l'image de la directive sur les secrets d'affaires, elle-même largement inspirée de celle consacrée à la propriété intellectuelle, mettent l'accent sur l'obligation faite au contrevenant d'indemniser la victime lésée²², tandis que la directive du 26 novembre 2014 relative aux pratiques anticoncurrentielles met en avant le droit à réparation de celle-ci²³, en complément, il est vrai, de la mise en œuvre publique.

Il en résulte une différenciation accusée entre les régimes spéciaux, que ce soit dans la recherche d'effectivité (A) ou dans l'efficacité de la réparation (B).

A. Une effectivité différenciée du droit à réparation

7 La différenciation dans la quête d'effectivité est nette dès l'abord : là où le droit des pratiques anticoncurrentielles paraît s'en préoccuper fortement, les autres régimes se contentent, pour l'essentiel, à l'instar de la directive sur les secrets d'affaires de poser à l'attention des États membres une obligation générale quant aux mesures, procédures et réparations nécessaires²⁴.

8 Pour autant, la différenciation se fait également jour au sein même des dispositions spécialement prévues en droit de la concurrence.

Cela est vrai, tout d'abord, de celles qui sont destinées à étendre les possibilités d'exercer l'action en réparation.

9 Sans pouvoir envisager en détails les modifications envisagées par l'avant-projet de transposition et destinées à amoindrir l'obstacle radical de la prescription²⁵, il convient d'observer que deux d'entre elles procèdent d'une différenciation, dans un cas – celui du point de départ du délai – entre actions individuelles

13) Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, 29 avr. 2016. V. aussi, projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017.

14) L'expression « régime de réparation » a été retenue pour mettre l'accent sur la volonté de réparation qui inspire ces ensembles de règles spéciales.

15) Selon l'expression de Ariens C., « Discours d'ouverture », préc.

16) L'emploi du singulier a conduit à porter, pour l'essentiel, l'attention sur la réparation par équivalent, autrement dit sur l'indemnisation.

17) V. par ex., Stoffel Munck P. « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journal des sociétés* 2007, p. 26 ; Adde Nussenbaum M., « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice », préc.

18) Nérot S., « Une approche de la notion de préjudice économique », *infra*, p. 33.

19) Dont l'intervention n'a pas été publiée dans ce numéro.

20) V. not. Chagny M. et Deffains B., *La réparation des dommages concurrentiels*, préc.

21) Aux deux directives mentionnées aux notes 9 et 10, il faut ajouter : Dir. n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle : JOUE L 157, 30 avr. 2004, rect. L 195, 2 juin.

22) V. Dir. n° 2016/943, 8 juin 2016, art. 14. Adde cons. 30.

23) V. not. Dir. n° 2016/104, 26 nov. 2014, art. 6.

24) Dir. n° 2016/943, 8 juin 2016, art. 6.

25) Avant-projet C. com., art. L. 466-13 et s. ; Dir. n° 2016/104, 26 nov. 2014, art. 10.

et collectives²⁶, dans l'autre, entre actions consécutives – engagées après décision d'une autorité de concurrence – et actions indépendantes – initiées d'emblée devant le juge de droit commun –, ces dernières étant laissées pour compte de la mise à l'écart du délai butoir de vingt ans²⁷.

10 Par ailleurs, et s'agissant des titulaires de l'action en réparation, si la loi Hamon du 17 mars 2014 a introduit, après bien des palinodies, l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles²⁸, celle-ci est perfectible à plusieurs égards. Outre l'extension de son bénéfice aux entreprises²⁹, pourrait se poser la question de savoir si la connaissance des actions de groupe ne devrait pas être réservée aux juridictions spécialisées, à l'instar de la solution précédemment retenue pour les actions individuelles.

11 Le législateur français a fait le choix de la spécialisation, en droit de la concurrence³⁰, comme en droit de la propriété intellectuelle³¹. Sans revenir sur les avantages d'un tel choix, évoqués notamment par Frédéric Jenny³², cette mesure gagnerait à être perfectionnée d'un point de vue technique³³. Un meilleur parti pourrait en être tiré en favorisant, non seulement la diffusion des décisions, mais aussi les échanges entre juridictions spécialisées.

Surtout, et sans vraiment surprendre³⁴, il est permis de déplorer encore et toujours le caractère inachevé de la spécialisation puisque le contentieux indemnitaire est encore et toujours partagé entre le juge judiciaire spécialisé et le juge administratif qui ne l'est pas.

12 Lorsque l'on s'intéresse, ensuite, aux mesures destinées à favoriser l'exercice de l'action en réparation, force est de constater qu'elles s'attachent surtout à réduire les difficultés d'ordre probatoire. Il est permis de s'en féliciter tant il est vrai

que la preuve apparaît comme « la clé qui permet d'ouvrir la porte de la réparation »³⁵. Reste qu'à l'épreuve des dispositions envisagées, il ne s'agit pas d'un passe-partout, loin s'en faut.

Il importe effectivement d'examiner si l'accès aux preuves, différencié selon qu'il concerne les pièces du dossier de l'Autorité de la concurrence ou qu'il procède du régime général, se trouve véritablement facilité par le régime spécialement prévu pour le droit des pratiques anticoncurrentielles.

13 À l'évidence, la réponse est négative dans le cas spécifique des dossiers de l'Autorité, dont l'accès est restreint : le régime issu de la directive marque un recul notable par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice³⁶ et fait la part (trop) belle au « public enforcement ».

Quant au régime général d'accès aux preuves, le changement concerne, pour l'essentiel, la possibilité très redoutée de solliciter des catégories de pièces pouvant être identifiées par référence à des caractéristiques communes³⁷ ainsi que la préservation du secret des affaires³⁸. Cette avancée pourrait cependant rester lettre morte à partir du moment où l'amende civile envisagée en cas de manquement aux règles d'administration de la preuve, d'un montant maximum de 3 000 €, pourrait bien faire figure de tigre de papier.

À supposer prise la décision d'agir en réparation, encore faut-il pouvoir obtenir un résultat satisfaisant, i.e. une indemnisation efficace.

B. L'efficacité différenciée de l'indemnisation

14 La quête d'efficacité, qui anime les régimes spéciaux de réparation, apparaît là encore différenciée à plusieurs égards.

15 Tout d'abord, seul le droit de la concurrence se préoccupe de réduire les difficultés tenant à la démonstration des conditions requises pour l'indemnisation, correspondant au fameux triptyque de la responsabilité civile, et recourt, pour ce faire, aux présomptions.

16 Dans la lignée de la directive – mais en élargissant la solution à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles visées par un droit français –, la preuve de la faute est grandement facilitée par l'édition d'une présomption irréfragable ou simple, selon les cas, en présence d'une

26) Avant-projet C. com., art. L. 466-13. Comp. C. consom., art. L. 623-25.

27) Avant-projet C. com., art. L. 466-15. Comp. C. com., art. L. 482-1 ne se référant plus au délai butoir.

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

29) À moins que l'on se préoccupe, à titre d'alternative ou de complément, de renforcer les dispositifs de défense d'un intérêt collectif en développant les prérogatives des organisations professionnelles.

30) C. com., art. L. 420-7 et D. n° 2005-1756, 30 déc. 2005 : JO n° 304, 31 déc. 2005, p. 20831.

31) L. n° 2007-1544, 29 oct. 2007, de lutte contre la contrefaçon et D. n° 2009-1205, 9 oct. 2009, fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle.

32) Dont l'intervention n'a pas été publiée dans ce numéro.

33) Il conviendrait de lever l'interrogation sur le point de savoir si la procédure de référé relève ou non de la spécialisation.

34) V. déjà not. Chagny M., « La résistible ascension du juge administratif dans le droit de la concurrence ? », *AJCA* juillet 2015.

35) Arens C., « Discours d'ouverture », préc.

36) CJUE, 14 juin 2011, n° C-360/09, Pfeiderer et CJUE, 6 juin 2013, n° C-536/11, Donau Chemie. Il est cependant plus favorable aux victimes que le droit français actuel : C. com., art. L. 462-3 et C. com., art. L. 463-6.

37) Projet d'art. C. com., art. L. 466-16.

38) Projet d'art. C. com., art. L. 466-18.

décision définitive de condamnation adoptée par une autorité de concurrence, autrement dit au bénéfice des actions consécutives³⁹. Pour autant, toute difficulté n'est pas résolue quant à la portée de cet effet liant⁴⁰.

En revanche – et cela traduit encore une fois une différenciation –, rien n'est prévu au profit du contentieux autonome : en l'absence de décision de condamnation, on pourrait souhaiter, à l'instar d'Irène Luc⁴¹, voir conférer au juge la faculté de demander un « *amicus curiæ* ».

17 Quant aux présomptions concernant la démonstration du préjudice réparable, elles n'ont sans doute pas fini de faire couler de l'encre. L'avant-projet d'ordonnance fait le choix d'étendre la présomption simple d'existence d'un préjudice au-delà des seuls cartels envisagés dans la directive à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles⁴².

L'introduction d'une telle présomption a été critiquée notamment par Joëlle Simon⁴³, doutant qu'elle rende plus facile l'évaluation du préjudice, et par Frédéric Jenny⁴⁴, soulignant qu'elle va jouer alors même que l'Autorité de la concurrence appréhende la pratique par son objet, sans mettre en évidence aucun effet⁴⁵. Dès lors, la transposition amplifiante envisagée quant au domaine d'application ne pouvait manquer de susciter l'ire et les critiques⁴⁶, au point de conduire à un renoncement *in fine*.

En tout état de cause, l'allègement du fardeau probatoire ne sert guère la victime si le résultat de l'action en indemnisation, au cœur des difficultés, n'est pas amélioré en parallèle.

18 S'il ne fait aucun doute que l'étendue de l'indemnisation est régie, en droit des pratiques anticoncurrentielles, par le principe de réparation intégrale, on pourrait s'interroger, s'agissant de la propriété intellectuelle ou des secrets d'affaires, en raison de formulations différentes : il est question, selon le cas, de dommages-intérêts « adaptés » ou « qui sont fonction du préjudice (...) réellement subi ».

39) Projet d'art. C. com., art. L. 466-2.

40) Chagny M., « Imputability issues in collection of damages », 8 nov. 2013, GCLC Annual Conference/Antitrust damages in EU law and policy, Bruxelles, in *Antitrust damages in EU law and policy* ; Derenne J., Morgan de Rivery E., Petit N. (eds), GCLC Annual Conference Series n° 5, 2015, Bruylant, p. 98 et s.

41) Luc I., « Les freins institutionnels de la réparation », *infra*, p. 19.

42) Projet d'art C. com, art. L. 466-3. Comp. C. com., art. L. 481-7.

43) Simon J., « Identifier les préjudices réparables : le point de vue des entreprises », *infra*, p. 41.

44) Dont l'intervention n'a pas été publiée dans ce numéro.

45) Jenny F., *préc.* (non publié).

46) Not. Simon J. et Jenny F., *préc.* *Contra* Observations de l'AFEC sur les avant-projets de transposition de la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 (disponibles sur le site internet).

Ces doutes sont, au demeurant, nourris par les modalités d'évaluation prévues : comme cela a été montré⁴⁷, ces deux régimes spéciaux s'efforcent, par différents moyens, de surmonter les épineuses difficultés en cette matière, quitte à aboutir à ce que Sylvie Nérot a qualifié de « préjudice lucratif » et Olivier Douvreur de « faute lucrative »⁴⁸.

19 Par ailleurs, l'office du juge apparaît bien davantage contraint en droit de la propriété intellectuelle et en matière de secrets d'affaires qu'il ne l'est en droit de la concurrence. Interdiction lui est faite de procéder à une appréciation globale, tous chefs de préjudice confondus, de sorte qu'il lui faut distinguer et s'expliquer sur les différents postes invoqués.

Au contraire, l'énumération non exhaustive des chefs de préjudice à laquelle procède, en droit des pratiques anticoncurrentielles, le projet d'article L. 466-3 du Code de commerce, ne devrait pas, compte tenu de sa rédaction purement énonciative, emporter une conséquence similaire sur l'office du juge.

20 Le droit de la concurrence a davantage porté ses efforts sur l'appui susceptible d'être apporté au juge dans sa mission d'évaluation. Ainsi la Commission européenne a-t-elle publié un *Guide pratique sur la quantification des préjudices*, « purement informatif »⁴⁹. Ce document, auquel Jacqueline Riffault-Silk a fait allusion en évoquant « un progrès concret »⁵⁰, gagnerait assurément à être mieux connu, mais aussi acclimaté dans la pratique française, voire élargi au préjudiciel concurrentiel ou même économique dans son ensemble.

21 À la suite de ce que prévoyait la directive, les juridictions pourront également espérer bénéficier dans leur mission d'évaluation de l'appui de l'Autorité de la concurrence en la consultant à cette fin⁵¹. L'utilité de cette mesure reste cependant à démontrer, ce d'autant que l'Autorité n'est pas tenue de rendre un avis.

Convainc bien davantage la possible utilisation des décisions de l'Autorité : celles-ci, en dépit des différences entre dommage à l'économie et préjudice économique privé, peuvent, dans certains cas, fournir des indications utiles. On relaie donc volontiers l'appel lancé par Frédéric

47) Douvreur O., « Le juge et l'indemnisation du préjudice », *infra*, p. 48 ; Nérot S., *préc.*

48) Nérot S., *préc.* ; Douvreur O., *préc.*

49) Guide pratique sur la quantification des préjudices dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. V. Pt 7.

50) Riffault-Silk J., *préc.* (non publiée).

51) Projet d'art. C. com., art. R. 466-1.

Jenny⁵² en vue d'une exigence renforcée quant à la motivation des décisions rendues par l'Autorité.

22 Les régimes spéciaux de la propriété intellectuelle et des secrets d'affaires ne se contentent pas de mesures destinées à réduire les difficultés d'évaluation ; ils s'emploient également à les dépasser en proposant un mode de calcul alternatif des dommages-intérêts sous la forme d'une méthode forfaitaire⁵³. Rien de tel n'existe, en revanche, en droit de la concurrence.

23 Au final, le bilan effectué à partir des régimes spéciaux fait apparaître une nette différenciation selon la catégorie de préjudice économique concerné : préjudices concurrentiels, d'un côté, préjudices liés aux secrets d'affaires et à la propriété intellectuelle, de l'autre. À tel point que l'aptitude du droit commun à appréhender le préjudice économique dans toute sa diversité pourrait être mise en doute, ce qu'il importe de vérifier.

II. L'adaptation du droit commun de la responsabilité civile au préjudice économique

24 Les régimes spéciaux ne sauraient être complets, de sorte que leur perfectionnement par le droit commun s'avère nécessaire (B). Cependant, et selon un mouvement inverse, le droit commun se trouve stimulé par les régimes spéciaux qui participent ainsi de sa régénération des plus opportunes (A).

A. La régénération du droit commun de la responsabilité civile sous l'aiguillon des régimes spéciaux de réparation

25 Les régimes spéciaux, par les mesures qu'ils portent et les difficultés qu'ils soulèvent, aiguillonnent le droit commun, le conduisant à évoluer. Cela concerne, non seulement les règles de droit, mais aussi, dans une matière au carrefour du droit et du fait, la pratique judiciaire.

26 La régénération des règles du droit commun de la réparation peut être l'œuvre du législateur et celle de la jurisprudence dont l'œuvre créatrice, en cette matière, n'est plus à démontrer.

27 S'agissant, pour commencer, de la procédure civile, la voie de développement des modes amiables, suggérée par Thibaud d'Alès, mériterait d'être explorée⁵⁴. Au-delà, la preuve s'est, sans surprise, largement invitée dans le

colloque, au-delà de la table-ronde consacrée à ce sujet. Le débat, quoiqu'« apaisé », selon le qualificatif de Nathalie Dostert⁵⁵, a été pour le moins animé, même si l'unanimité s'est faite sur le rôle central du juge, dans l'administration comme dans l'appréciation de la preuve.

28 Sur le plan de l'administration de la preuve, plusieurs propositions ont été faites en vue de renforcer l'efficacité des injonctions de communication en cours de procès⁵⁶, souffrant de désaffection. Irène Luc a notamment suggéré, dans un souci d'égalité des armes entre les juridictions, d'étendre à l'ensemble des juges judiciaires la faculté d'enjoindre la production d'un document non sollicité par les parties, dont disposent d'ores et déjà les juges consulaires⁵⁷. Elle a encore proposé de s'inspirer des solutions prévues en droit de la concurrence.

29 Mais la discussion a également et surtout porté sur le moderne et très utilisé article 145 du Code de procédure civile, sans égal dans les droits étrangers, nous a expliqué Michel Jockey qui en a pointé les risques⁵⁸. Avocat ou procureur ? L'acte d'accusation ne manquait pas de sévérité. Huissier de justice ou avocat ? Carole Duparc s'est, de son côté, livrée à une défense de cette règle nécessaire à la préconstitution des preuves avant procès⁵⁹.

S'inscrivant dans un mouvement plus général de facilitation de la preuve, le texte, promis à un bel avenir, gagnerait à « codifier la jurisprudence »⁶⁰. Faut-il aller, comme l'a suggéré Michel Jockey, jusqu'à emprunter au mécanisme québécois de l'injonction *Anton Piller* afin de favoriser le débat contradictoire et de faire intervenir un avocat superviseur indépendant⁶¹ ?

30 En tout état de cause, le rafraîchissement ou la refonte – selon le cas – de l'article 145 du Code de procédure civile pourrait être accompagné par des dispositions relatives au secret des affaires. Celles-ci, en l'état actuel, font cruellement défaut en droit français alors pourtant que, comme l'a souligné Claude Mathon, le secret « n'est pas un gros mot »⁶².

L'adoption d'une règle générale s'impose, non seulement pour lui assurer une protection efficace contre la captation judiciaire – qui, selon

55) Dostert N., Table-ronde « Faciliter l'accès aux preuves ».

56) CPC, art. 138 et CPC, art. 11.

57) Luc I., préc.

58) Jockey M., « À propos de l'article 145 du Code de procédure civile : un outil moderne de l'accès à la preuve », *infra*, p. 29.

59) Duparc C., « L'accès aux preuves : une législation inadaptée », *infra*, p. 21.

60) Selon l'expression de Jockey M., préc.

61) Jockey M., préc.

62) Mathon C., « Le secret des affaires », *infra*, p. 25.

52) Jenny F., préc. (non publié).

53) L. n° 2007-1544, 29 oct. 2007 et L. n° 2014-315, 11 mars 2014, relatives à la contrefaçon.

54) D'Alès T., « Améliorer l'indemnisation des préjudices économiques : le montant importe autant que le moment », *infra*, p. 53.

un avis autorisé, n'est pas une vue de l'esprit⁶³ –, mais aussi – le secret n'étant pas sacré ! – pour éviter un usage dilatoire de l'argument.

À l'heure actuelle, la loi fait pourtant l'impasse, en dehors du droit spécial des pratiques anticoncurrentielles⁶⁴ – sur une procédure adaptée au secret des affaires. L'adoption de la directive éponyme du 8 juin 2016 servira certainement d'aiguillon, emportant des obligations de transposition en droit français. Au-delà des contraintes résultant de ce texte, les sources d'inspiration ne manquent pas. Claude Mathon⁶⁵, appelant à « une procédure adaptée » confiée à des formations juridictionnelles spécialisées, a évoqué à ce propos la procédure mise en place par le Tribunal de première instance de l'Union européenne. À moins que l'inspiration puisse être recherchée bien plus près dans la pratique de mise sous séquestre, « inventée » par le tribunal de commerce de Paris⁶⁶, qui pourrait être consacrée par le législateur ?

31 Le principe cardinal de loyauté, consacré au plus haut niveau par l'Assemblée plénière⁶⁷, ne mérite-t-il pas lui aussi d'être réinterrogé ?

Il risque, quoiqu'on en ait dit, de devoir l'être, au nom de l'impératif d'effectivité et sous l'influence des juridictions européennes, dans le cas du droit des pratiques anticoncurrentielles⁶⁸. Une évolution pourrait s'en suivre, susceptible de s'étendre bien au-delà de ce corps de règles.

Faudrait-il, dans un autre registre, briser par une réforme textuelle la jurisprudence *Optical Center* qui, retirant à l'article 145 du Code de procédure civile son effet de surprise, « désarme les plaignants »⁶⁹ ? Carole Duparc sera-t-elle suivie dans sa proposition en ce sens⁷⁰ ?

32 Après la procédure, le droit commun de la responsabilité civile n'est pas en reste. Les régimes spéciaux de réparation mettent crûment en lumière les difficultés dans l'identification des préjudices réparables comme celles tenant à l'évaluation des dommages et intérêts, les deux étapes de la démarche étant étroite-

ment liés comme l'ont souligné Didier Faury et Olivier Perronet⁷¹.

Dans un cas comme dans l'autre, l'exigence d'effectivité pourrait nécessiter une évolution des règles de droit afin qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'indemnisation de la victime de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, la réflexion ne devrait pas s'arrêter à ce domaine et irriguer plus largement le droit commun.

33 Parmi les trois conditions légales d'indemnisation, l'exigence d'un lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur de responsabilité apparaît particulièrement épineuse.

Un assouplissement dans sa mise en œuvre pourrait dès lors sembler opportun. En même temps, il ne faut pas pour autant abandonner toute rigueur, spécialement en présence d'un risque de confusion entre fait générateur et dommage, notamment en cas de désorganisation d'entreprise ou encore de rupture brutale.

Serait-il sur ce point opportun de poser une règle – par exemple, à partir du fait générateur concerné – permettant de déterminer laquelle des « merveilleuses »⁷² théories de la causalité a vocation à jouer dans un cas donné ?

Le mécanisme des présomptions légales ou jurisprudentielles permettant d'inférer l'existence du dommage de celle de la faute, devrait-il être développé à l'imitation du droit des pratiques anticoncurrentielles et de la concurrence déloyale ? Si une extension devait être décidée, elle ne saurait être générale. Par ailleurs, ne serait-il pas opportun, dans une perspective de réparation, de l'envisager en considération, non pas d'un type de faute, mais de la catégorie de préjudice économique concerné et de son ampleur ?

34 S'intéresser à l'étendue de la réparation conduit inmanquablement à poser la question qui fâche : faut-il dépasser le sacro-saint principe de la réparation intégrale ? « Indemniser mieux », ce n'est pas « indemniser plus », mais « indemniser au plus près du préjudice subi ». Nul doute que le point de vue ainsi exprimé par Thibaud d'Alès est largement partagé⁷³.

Force est de reconnaître que les dommages et intérêts punitifs n'ont pas le vent en poupe, sauf de façon subreptice, avec la règle posée par la Cour de cassation et consistant, en cas de rupture brutale, à ne pas tenir compte de la recon-

63) Dostert N., « Propos introductifs à la première table ronde », *infra*, p. 17.

64) C. com., art. L. 463-4 (devant l'Autorité de la concurrence) et projet d'art. C. com., art. L. 466-16 (devant le juge judiciaire).

65) Mathon C., *préc.*

66) Mathon C., *préc.*

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

68) *Entretiens de la concurrence*, 3^e éd., Concurrences 1-2017, art. n° 83411.

69) Selon l'expression sur le mode interrogatif de Luc I., « Les freins institutionnels de la réparation », *infra*, p. 19.

70) V. la proposition de modification de Duparc C., *préc.*, de CPC, art. 503.

71) Faury D., « Identifier les préjudices économiques : quelles difficultés cette démarche pose-t-elle ? », *infra*, p. 38 ; Perronet O., « Une proposition d'approche méthodologique », *infra*, p. 50.

72) Selon le qualificatif de Faury D., *préc.*

73) D'Alès T., *préc.*

version anticipée de la victime⁷⁴. Il est cependant permis de se demander s'ils ne seraient pas préférables à l'amende civile imaginée par le projet de réforme de la responsabilité civile sur le modèle du droit de la concurrence et qui paraît une fausse bonne idée⁷⁵.

35 Les régimes spéciaux prévus pour la propriété intellectuelle et les secrets d'affaires pourraient-ils servir de modèle au droit commun ?

À suivre Joëlle Simon, l'institution de dommages et intérêts restitutoires devrait être cantonnée à « quelques situations clairement délimitées » et n'ont pas droit de cité dans le droit commun⁷⁶. Ne pourraient-ils pas toutefois résoudre ou, à tout le moins, réduire les difficultés signalées par Olivier Douvreur quant à l'évaluation du gain manqué⁷⁷ ?

Les effets pervers de la tendance à la forfaitisation ont par ailleurs été dénoncés par Joëlle Simon⁷⁸. Pourtant, une modalité d'évaluation forfaitaire ne serait pas dépourvue d'attraits s'agissant des préjudices économiques de faible montant.

36 Une quasi-unanimité s'est faite quant à l'office du juge, pour plaider en faveur d'un renforcement de la motivation et du contrôle de la Cour de cassation. Appel a été lancé en ce sens, notamment par Didier Faury⁷⁹ ou encore par Maurice Nussenbaum, souhaitant la constitution d'« une véritable jurisprudence de l'évaluation »⁸⁰.

L'exemple de la propriété intellectuelle pourrait bien faire prochainement école en droit commun : en effet, le projet de réforme de la responsabilité civile comporte une disposition⁸¹ imposant une évaluation distincte de chacun des chefs de préjudice allégués.

Dans l'attente, une évolution en la matière est concevable à droit constant, sous l'impulsion de la Cour de cassation, comme en témoigne d'ores et déjà l'exemple de l'indemnité de cessation de contrat au profit de l'agent commercial⁸².

37 Faire peser sur les juridictions du fond une exigence accrue de motivation devrait s'accompagner d'autres mesures destinées à les aider dans leur mission d'évaluation. Il importe alors

de s'intéresser aux évolutions possibles de la pratique judiciaire en recherchant, à droit constant, les voies d'une amélioration de la réparation. Il s'agit donc, selon l'expression de Nathalie Dostert, d'« élaborer un guide des bonnes pratiques »⁸³.

38 Même s'il est question de pratique judiciaire et si le juge occupe un rôle central, l'ensemble des acteurs sont concernés, au premier rang desquels les entreprises et leurs avocats, ces « ingénieurs du droit » selon le qualificatif dont les a affublés Jean Castelain⁸⁴.

Comme l'a souligné, dès le début de la journée, Chantal Arens, les juges « travaillent à partir des éléments qui leur sont soumis »⁸⁵, sans pouvoir suppléer la carence des parties.

La nécessité d'améliorer les dossiers des demandeurs, trop souvent mal documentés, a été mise en exergue par les experts⁸⁶ et également admise par Joëlle Simon, cette dernière faisant néanmoins état d'une « responsabilité partagée » avec les juges dont certains sont insuffisamment rompus à la matière économique⁸⁷.

39 Aussi convient-il de s'intéresser à l'aide susceptible de leur être apportée dans sa mission d'évaluation. Au terme du colloque, il importe d'éviter ce « moment de bonheur absolu » décrit par Jean Castelain⁸⁸ et partant, de ne pas revenir sur les questions méthodologiques déjà largement abordées par les experts et ainsi d'épargner au lecteur les affres de « la finance-fiction » selon l'expression parlante d'Olivier Perronet⁸⁹, de même que le « couteau suisse » de Didier Faury⁹⁰.

40 De ces interventions très riches, on retient la mise en évidence, par Didier Faury notamment, de la nécessité de dépasser, en vue d'« une méthodologie opérationnelle », les notions juridiques de pertes subies et de gains manqués, même complétées par celle de perte de chance⁹¹.

C'est également, à juste titre, que Suzanne Carval a dénoncé « une lacune » de la responsabilité civile dans la prise en compte du préjudice né de l'écoulement du temps, auquel invite la directive sur les pratiques anticoncurrentielles⁹².

74) Carval S., préc.

75) En ce sens également, Simon J., « Identifier les préjudices réparables : le point de vue des entreprises », *infra*, p. 41. Contra d'Alès T., préc.

76) Simon J., préc.

77) Douvreur O., préc.

78) Simon J., préc.

79) Faury D., préc.

80) Nussenbaum M., préc.

81) Projet d'art. C. civ., art. 1262.

82) V. Chagny M. et Deffains B., *op. cit.*, n° 330, p. 249.

83) Dostert N., préc.

84) Castelain J., « Propos introductifs à la troisième table ronde », *infra*, p. 46.

85) Arens C., préc. V. aussi Douvreur O., préc.

86) Faury D., préc. ; Perronet O., préc.

87) Simon J., préc.

88) Castelain J., préc.

89) Perronet O., préc.

90) Faury D., préc.

91) Faury D., préc.

92) Carval S., « Les préjudices économiques réparables : les réponses du droit de la responsabilité civile », *infra*, p. 36.

Il convient aussi de noter l'invitation au pragmatisme dans l'évaluation lancée par les experts : ceux-ci, relevant que l'approximation est inhérente à l'exercice⁹³, invitent à « partager les effets de l'incertitude » plutôt qu'à les faire supporter à la seule victime⁹⁴. Or un tel pragmatisme, également souhaité par des juristes, est tout à fait possible en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁵.

À la suite de Suzanne Carval, il est encore permis d'observer que la démarche générale décrite et préconisée par les hommes de l'art, consistant à comparer la situation réelle de la victime et celle dite contrefactuelle qui aurait été la sienne en l'absence du fait générateur de responsabilité, est loin d'être inconnue des juristes⁹⁶. Mais le passage au concret peut s'avérer délicat.

41 Aussi convient-il d'examiner l'appui méthodologique susceptible d'être apporté au juge de façon générale, indépendamment d'une affaire donnée. Les efforts pédagogiques sous forme de fiches pratiques évoquées par Olivier Perronet vont assurément dans le bon sens⁹⁷. La réflexion collective déjà engagée, associant toutes les parties prenantes, gagnerait à être poursuivie de façon à approfondir, par type de préjudice, l'approche générale découlant du principe indemnitaire.

S'il est vrai qu'une « barémisation » ou une classification fermée sous la forme d'une nomenclature ne sont guère adaptées au préjudice économique⁹⁸, il n'est pas exclu en revanche d'établir, dans un domaine donné du droit, une typologie des préjudices économiques.

L'appui peut aussi être fourni dans une affaire donnée, par le recours à un expert, à l'initiative des parties ou du juge. Ce dernier ne saurait évidemment « s'en remettre aveuglement à l'avis du "sachant" »⁹⁹. Dans cette perspective, pourquoi ne pas introduire la règle du « *Daubert* standard », comme cela a pu être suggéré¹⁰⁰ ?

93) V. not. Faury D., préc.

94) V. not. Nussenbaum M., préc.

95) En ce sens, v. not. Carval S., « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste », art. préc., n° 26.

96) Carval S., préc. Selon la formule usuelle, « le propre de la responsabilité est de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise ».

97) Perronet O., préc.

98) Simon J., préc. ; Perronet O., préc.

99) Regis N., « Le préjudice économique des entreprises », Bull. inf., 1^{er} mai 2013, p. 6 et s., spéc. p. 7.

100) V. not. Nussenbaum M., « L'évaluation des préjudices économiques : l'application des critères *Daubert* », publication des actes du colloque organisé par la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation (CEACC) du 7 avril 2010.

42 Par où l'on voit que le droit commun est à même de se régénérer, notamment sous l'impulsion des régimes spéciaux, auxquels il peut à son tour apporter sa contribution en les perfectionnant.

B. Le perfectionnement des régimes spéciaux de réparation par le droit commun

43 L'aptitude du droit commun à perfectionner les régimes spéciaux de réparation se manifeste, tout d'abord, par sa vocation à compléter ces derniers pour toutes les questions qu'ils ne règlent pas et à servir de fondement au juge en pareil cas.

44 Ainsi, et s'agissant de la faute, c'est en combinant raisonnements civiliste et concurrentiel que le juge peut répondre à la question de savoir quel soutien probatoire trouver, dans les décisions d'engagements rendues par les autorités de concurrence, lesquelles, en l'absence de condamnation, sont dépourvues d'effet liant¹⁰¹.

Pour ne prendre qu'une autre illustration, c'est encore en application du droit commun de la responsabilité civile que le juge procédera à la répartition de la dette de réparation entre coauteurs d'une pratique anticoncurrentielle, la directive et le texte de transposition se contentant de poser le principe de la solidarité sans autre précision.

45 Le droit commun a, ensuite, vocation à perfectionner les régimes spéciaux par son esprit. On peut plaider, à cet égard, en faveur d'une cohérence renforcée, non seulement au sein même d'un droit spécial, mais aussi entre les droits.

46 Du côté de la cohérence interne, on ne peut manquer d'évoquer le domaine d'application du régime spécial porté par la directive du 26 novembre 2014. Les auteurs de la transposition ont fait le choix d'étendre le dispositif à l'ensemble du droit français des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, le texte se limite aux actions en responsabilité, à l'exclusion des autres sanctions civiles.

Après avoir échoué auprès des rédacteurs en charge de la transposition¹⁰², il n'est pas interdit de tenter de convaincre les juges et de procéder à une surtransposition lorsque cela est opportun. Ainsi, l'effet liant d'une décision

101) La Cour de cassation ne s'est à ce jour prononcée que sur une proposition d'engagements : Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27388. V. l'utilisation astucieuse faite par T. com. Paris, 15^e ch., 30 mars 2015, DKT c/ Eco emballages et Valorplast, pour caractériser la faute à partir d'éléments issus de la décision d'engagements.

102) Chagny M., « Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective », Concurrences 3-2014, p. 32.

constatant une infraction ne vaudrait pas uniquement pour caractériser une faute ouvrant droit à réparation et jouerait aussi dans le cas d'une demande en cessation ou en nullité.

47 Il est encore permis de souhaiter une approche unificatrice, cohérente, des différents volets du droit de la concurrence. Pour ne prendre qu'une illustration, la présomption d'existence du dommage posée par la jurisprudence en matière de concurrence déloyale devrait, non pas disparaître comme l'a soutenu Thibaud d'Alès¹⁰³, mais être reformulée et calquée sur celle de la directive¹⁰⁴.

48 Pour finir, et s'agissant de la cohérence renforcée entre les droits, l'attention doit se porter sur un problème sérieux tenant à ce que droit de la concurrence et droit de la responsabilité civile raisonnent à partir de sujets différents : l'entreprise, unité économique, pour l'un ; la personne juridique, pour l'autre.

La difficulté est particulièrement aiguë dans le cas des groupes de société lorsqu'une autorité de concurrence a condamné une société-mère au titre des agissements de sa filiale, sur le fondement d'une présomption d'imputabilité attachée à la détention du capital social¹⁰⁵, de

telle sorte que, dans nombre d'hypothèses, on échoue à identifier une faute civile.

Aussi pourrait-il sembler opportun (nécessaire ?) de reconnaître l'existence d'un cas de responsabilité du fait d'autrui fondé sur le contrôle capitalistique. En l'absence d'une disposition en ce sens dans le projet de réforme du droit commun de la responsabilité civile, peut-être revient-il à la jurisprudence d'admettre un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui à partir de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil¹⁰⁶.

49 Gageons que sur cette question, comme d'ailleurs sur toutes celles soulevées par la réparation du préjudice économique, la réflexion, loin d'être close, est appelée à se poursuivre, sous l'impulsion de la cour d'appel de Paris qui l'a initiée : cela est vrai, dans le cas du préjudice concurrentiel, avec la troisième édition des *Entretiens de la concurrence* et l'anniversaire des trente ans de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mais également, au-delà de ces manifestations, dans le cas plus général du préjudice économique.

103) D'Alès T, préc.

104) La règle prétorienne semble dénier, par sa formulation actuelle (il s'infère nécessairement), toute preuve contraire, là où la directive prévoit une présomption simple.

105) Par ex. CJUE, 8 mai 2013, n° C-508/11, ENI – CJUE, 20 janv. 2011, n° C-90/09 P, General Química SA.

106) Carval S., « Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? – Aperçu sur les solutions du droit commun de la responsabilité civile », *Concurrences* 3-2014, p. 98.