



ÉTUDES

La réparation
des conséquences
dommageables
d'une violation
des
articles 85 et 86
du traité
instituant la CEE

COMMUNAUTÉ
ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

EUROPÄISCHE
WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT

COMUNITÀ
ECONOMICA EUROPEA

EUROPESE
ECONOMISCHE GEMEENSCHAP

série
concurrence

1

BRUXELLES

1966

**La réparation
des conséquences
dommageables
d'une violation
des articles 85 et 86
du traité
instituant la CEE**

La Commission de la Communauté économique européenne publie l'étude qui suit, exécutée sur sa demande par des professeurs d'universités européennes, pour l'information des milieux professionnels et scientifiques. Cette publication n'implique pas que la Commission fasse siennes les opinions émises par les consultants.

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	5
INDEMNITE	7
Allemagne	7
Pays-Bas	29
Belgique et Luxembourg	40
France	51
Italie	61
ACTION EN CESSATION ET ASTREINTES	67
Allemagne	67
Pays-Bas	68
Belgique	69
France	70
Italie	71
PUBLICATION DU JUGEMENT	73
France	73
Allemagne	73
Pays-Bas	73
Belgique	74
Italie	74

La Commission de la Communauté économique européenne a chargé

MM. les professeurs H. Batiffol et R. Houin, de la faculté de droit de Paris,

MM. les professeurs Dabin, Del Marmol, Limpens, et Rolin pour la Belgique, et M. le professeur Weber, pour le Luxembourg, du Centre interuniversitaire de droit comparé à Bruxelles,

MM. les professeurs Coing, Kronstein et Schlochauer, de l'Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht à Francfort,

M. le professeur Rotondi, de l'Istituto di diritto comparato commerciale, industriale e del lavoro Angelo Sraffa à Milan,

MM. les professeurs H. Drion, J. Drion* et I. Samkalden, de l'Europa-instituut à Leiden,

d'étudier dans les droits nationaux des six Etats membres la réparation des conséquences dommageables d'une infraction aux prescriptions des articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté économique européenne.

Les consultants sont parvenus à la conclusion qu'une violation des règles de concurrence instituées par le Traité ouvre aux personnes lésées par cette infraction des voies judiciaires de droit interne leur permettant d'obtenir réparation sous toutes les formes reconnues par les droits nationaux des six Etats membres : indemnité, action en cessation, astreinte, publication du jugement.

Ce principe s'applique cependant suivant des modalités différentes suivant les Etats membres et, parfois, sous certaines restrictions.

* Le Professeur J. Drion est décédé le 1^{er} mars 1962, pendant la préparation de cette étude. Cette mort qui constitue, comme l'a dit le ministre néerlandais de la justice alors en fonction, une perte irréparable pour la science du droit aux Pays-Bas, a été vivement ressentie par les consultants et par la Commission.

INDEMNITE

L'allocation de dommages-intérêts obéit aux règles de fond des droits nationaux. Ceux-ci n'exigent pas exactement les mêmes conditions.

En Allemagne et aux Pays-Bas, une conception particulière de la protection accordée par la loi aux personnes privées aboutit à restreindre dans une certaine mesure les possibilités d'obtenir une indemnisation.

A ce sujet les consultants allemands se sont exprimés ainsi.

I. LE CODE CIVIL ALLEMAND

En matière de responsabilité délictuelle, le droit allemand ne connaît pas d'élément constitutif de délit de portée aussi générale que celui de l'article 1382 du code civil français. Pour mieux comprendre la réglementation légale actuelle il faut étudier son évolution historique.

Le premier projet de code civil avait prévu une définition générale des éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle. Tout fait illégal causant à autrui un dommage devait obliger celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Devaient être considérées comme illégales :

1. Les actions qui constituent une violation d'un droit subjectif absolu ;
2. Les actions qui constituent une infraction à une loi posant une interdiction ;
3. Les actions par lesquelles on cause à autrui un dommage en portant atteinte aux bonnes mœurs.

Après discussion, les rédacteurs du code ont toutefois décidé de renoncer à une clause générale et de la remplacer par trois éléments constitutifs de base à l'un desquels devrait être liée l'obligation de réparer le dommage :

1. La violation d'un droit subjectif absolu et de certains droits fondamentaux ;
2. L'infraction à une loi de protection ;

Cette notion a remplacé peu à peu celle de loi portant une interdiction ; les rédacteurs de la loi n'ont pas cru devoir lier une obligation de réparer à toute violation de n'importe quelle interdiction existant dans le système juridique ; il en résulterait une trop grande restriction de la liberté d'action ; aussi ne pouvait-il être

question que « des ordres de faire et de ne pas faire visant à préserver les intérêts de l'un contre toute atteinte de l'autre, et non pas des obligations, imposées par la loi dans l'intérêt de la collectivité, qui, en favorisant les intérêts de tous, bénéficieraient également de quelque manière à chaque membre de la collectivité »⁽¹⁾ ;

3. Le préjudice d'ordre moral.

Ces considérations ont permis de dégager les trois éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle en droit privé allemand :

Paragraphe 823 Quiconque porte, intentionnellement ou par négligence, une atteinte illégale à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté, à la propriété d'autrui ou à un autre de ses droits, est tenu à réparation du préjudice causé.

La même responsabilité incombe à celui qui commet une infraction à une loi visant la protection d'autrui. Si, par son objet, une loi peut être violée sans qu'il y ait faute de l'auteur, l'obligation de réparer n'intervient qu'en cas de faute.

Paragraphe 826 Quiconque cause intentionnellement un dommage à autrui d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est tenu de le réparer.

Il est dans la nature d'un tel système que les dispositions légales qui interdisent des mesures visant à restreindre le libre jeu de la concurrence comme le font les articles 85 et suivants du traité de la CEE soient retenues comme fondement d'une action en responsabilité essentiellement parce qu'elles sont considérées comme des lois de protection au sens

⁽¹⁾ Voir, à ce sujet, les procès-verbaux recueillis par Mugdan, *Materialien des BGB*, vol. 2, pp. 1072 et suiv.

exposé ci-dessus, c'est-à-dire au sens du paragraphe 823, alinéa 2. Il importe dès lors de définir clairement la notion de loi de protection.

Dans l'ensemble, on peut dire que les arguments présentés par les rédacteurs du code civil allemand pour remplacer la notion de loi portant une interdiction par celle de loi instituant une protection sont également restés pleinement valables pour la compréhension ultérieure de cette notion. En effet, conformément à son évolution historique, la notion de loi de protection adoptée dans le paragraphe 823, alinéa 2, BGB est interprétée en ce sens qu'on entend par là toute disposition légale qui vise à protéger au moins accessoirement les intérêts de certaines personnes. En revanche, ne peuvent être considérées comme lois de protection les dispositions visant exclusivement l'intérêt général; il est indispensable que la disposition en question ait également pour objet de délimiter les droits des particuliers et de protéger leurs intérêts⁽¹⁾.

Ont été considérées en ce sens comme lois de protection la réglementation du travail des enfants dans le code des professions⁽²⁾ et les dispositions du droit pénal relatives au faux en écriture (par. 267 StGB). En revanche, ne doivent pas être considérées comme lois de protection les dispositions relatives au crime de haute trahison qui visent la protection de l'Etat, et la jurisprudence n'a pas considéré comme lois de protection les dispositions de blocage des prix qui avaient été arrêtées avant et après la deuxième guerre mondiale pendant la période dite de lutte contre l'inflation⁽³⁾.

II. LE DEVELOPPEMENT PAR LA JURISPRUDENCE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE DELICTUELLE : *le droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel*

La doctrine et la jurisprudence ont fait évoluer dans diverses directions le droit de la responsabilité délictuelle contenu dans le code civil allemand. L'un de ces développements consiste en l'élargissement du champ d'application du

paragraphe 823, alinéa 1, du code civil allemand du fait de la reconnaissance de nouveaux droits subjectifs absolus. En effet, dans le cadre de ces tendances, la jurisprudence allemande a depuis longtemps admis que l'entrepreneur a un droit subjectif absolu à créer et à exploiter librement un établissement professionnel. Cette jurisprudence se base sur l'idée que tout individu a le droit d'exercer librement sa profession en vertu des dispositions du code des professions. On a repris cette idée lorsqu'on a constaté que, dans certains cas, les dispositions du code civil ainsi que celles des lois particulières sur la protection de la propriété industrielle et sur la concurrence déloyale n'étaient pas suffisantes pour protéger les intérêts légitimes de l'entrepreneur privé dans la concurrence, comme par exemple en cas de publication d'une demande de brevet objectivement injustifiée ou de toute autre revendication de droits industriels exclusifs⁽⁴⁾.

La jurisprudence actuelle définit comme suit, d'après son objet, le droit de créer et d'exploiter un établissement professionnel :

« Par établissement professionnel au sens du paragraphe 823, alinéa 1, du code civil allemand, on entend tout ce qui, dans son ensemble, permet le développement et l'exploitation de l'établissement professionnel dans le secteur économique c'est-à-dire non seulement les locaux et les biens-fonds de l'entreprise, les machines et l'outillage, l'équipement et les stocks, mais également les relations commerciales, la clientèle et les créances. En accordant à l'entrepreneur le droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel et en développant ultérieurement ce droit, la jurisprudence entend protéger l'entreprise dans son activité économique et préserver son fonctionnement de toutes atteintes illégales »⁽⁵⁾.

En accordant ce droit de créer et d'exploiter un établissement professionnel, la jurisprudence assure une protection contre toute atteinte illégale portée contre l'exercice d'une activité professionnelle, lorsque cette atteinte constitue une intervention directe dans le domaine de l'établissement professionnel⁽⁶⁾. En ce sens cette intervention doit viser l'établissement particulier⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Ennocoerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15e éd., p. 949; Esser, *Schuldrecht*, 2e éd., pp. 849-50; Larenz, *Schuldrecht*, II, p. 343.

⁽²⁾ Voir par. 135 du code des professions et à ce sujet: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ) 105, 336.

⁽³⁾ Voir *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (BGHZ) 12, 146.

⁽⁴⁾ Voir, en ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence, le court exposé figurant dans von Caemmerer: *Wandlungen des Deliktrechtes* dans *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages* 1860-1960, vol. II, pp. 49 et suiv., et notamment pp. 84 et suiv.; voir également le résumé dans BGHZ 29, 65.

⁽⁵⁾ Voir BGHZ 29, 65 (70).

⁽⁶⁾ Voir BGHZ 3, 270 (278).

⁽⁷⁾ Voir BGHZ 29, 65 (74).

Un acte de concurrence loyale ne peut jamais, de par sa nature, constituer une atteinte au droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel.

« Dans une économie basée sur la liberté des marchés, les actes licites des entreprises luttant pour l'élargissement de leurs débouchés provoquent couramment des atteintes effectives aux droits de leurs concurrents. De telles atteintes découlent précisément de la nature du libre jeu de la concurrence et, en général, lorsqu'elles ne sont pas provoquées par des moyens déloyaux, elles ne donnent aucun droit à la réparation du préjudice causé »⁽¹⁾.

En revanche, les atteintes directes portées à l'exploitation d'une entreprise par des actes illégaux, comme par exemple des actes de boycottage, peuvent, en vertu du paragraphe 823, alinéa 1, et pour la protection du droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel, mener à des actions en dommages-intérêts⁽²⁾.

Il est alors tentant de vouloir également considérer une infraction à l'une des interdictions contenues dans la loi sur les restrictions à la concurrence, ou à toute autre loi portant une interdiction en vue de la protection de la libre concurrence, comme une atteinte illégale au droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel. C'est notamment le cas lorsque, par des mesures restreignant la concurrence, un concurrent est éliminé du marché, ou que l'accès au marché lui est rendu plus difficile ou impossible. Effectivement, dans divers cas, on a admis que des infractions à la loi sur les restrictions à la concurrence pouvaient également donner lieu à des demandes en dommages-intérêts, en les considérant comme une atteinte directe au droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel⁽³⁾. Certaines décisions judiciaires ont également défendu ce point de vue⁽⁴⁾. Néanmoins, on ne pourra accorder qu'une importance subsidiaire au cri-

tère de la protection du droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel.

En effet, la Cour fédérale de justice a déclaré à juste titre que la protection ainsi visée ne pouvait jouer qu'en l'absence de lois de protection particulières⁽⁵⁾. A ce sujet, von Caemmerer⁽⁶⁾ a écrit que le droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel implique en fait la reconnaissance d'une clause générale applicable au cas d'atteinte illégitime à un établissement professionnel, si les dispositions spéciales en vigueur n'accordent pas une protection suffisante, c'est-à-dire si la protection spéciale des intérêts légitimes n'est plus assurée.

III. LES MESURES DE DECARTELLISATION PRISES PAR LES ALLIÉS

En Allemagne, les premières interdictions légales visant la restriction apportée au libre jeu de la concurrence par des initiatives privées ont été introduites par les puissances occupantes après la deuxième guerre mondiale. En 1947, ont été édictées les mesures législatives suivantes : dans la zone d'occupation américaine, la loi no. 56 du gouvernement militaire ; dans la zone d'occupation britannique, l'ordonnance no. 78 du gouvernement militaire et dans la zone d'occupation française, l'ordonnance no. 96 du gouvernement militaire. En plus d'autres dispositions, ces lois ou ordonnances comportaient des interdictions visant les ententes et autres accords qui restreignent le libre jeu de la concurrence par des initiatives privées.

En Allemagne, la doctrine spécialisée et la jurisprudence ont considéré ces dispositions comme des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil. Cela vaut en tout cas dans la mesure où elles interdisent des accords qui auraient pour objet d'exclure des concurrents d'un certain marché. Ces dispositions, contenues dans la législation édictée par les Alliés en matière de décartellisation, ont alors été considérées comme des lois de protection en faveur des concurrents⁽⁷⁾. En ce qui concerne la jurisprudence, la Cour fédérale de justice a, par exemple, considéré l'interdiction de la clause dite d'exclusivité

⁽¹⁾ Voir BGHZ 25, 372.

⁽²⁾ Voir à ce sujet BGHZ 24, 200, notamment pp. 205 et 206.

⁽³⁾ Voir p. ex. Schramm et Klaka : *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1958, pp. 71 et suiv.

⁽⁴⁾ Voir p. ex. LG Cologne, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 1958, p. 303. Le jugement concernait des recommandations de prix non notifiés et par conséquent illicites, voir par. 15 GWB. Le tribunal a estimé que celui qui s'est servi de ces recommandations de prix illicites sans les avoir notifiées a amélioré de façon illégitime sa situation concurrentielle et a ainsi porté atteinte au droit de son concurrent de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel.

⁽⁵⁾ Voir BGHZ 8, 387, p. 394.

⁽⁶⁾ Op. cit., p. 90.

⁽⁷⁾ Voir à ce sujet p. ex. Ballerstedt, *Juristen-Zeitung*, (JZ) 1956, p. 271.

(c'est-à-dire d'un accord aux termes duquel le client, en l'occurrence le client d'une coopérative de crédit, est obligé de recourir exclusivement à l'autre partie contractante pour certaines prestations) comme une loi de protection en faveur des concurrents ainsi exclus (1).

En revanche, des contestations subsistaient en ce qui concerne la question de savoir dans quelle mesure l'interdiction des ententes continue dans les lois alliées visant la décartellisation devait également être considérée comme une loi de protection en faveur des acheteurs c'est-à-dire des consommateurs. Cette discussion avait été soulevée à l'occasion d'un arrêt de la Cour fédérale de justice (BGHSt 8,221) dans lequel la chambre criminelle avait estimé que l'interdiction des ententes n'avait pas seulement pour effet de rendre nulle de plein droit la convention d'entente elle-même, mais également toutes les conventions particulières qu'un membre de l'entente concluait avec un client, dans la mesure où ces conventions constituaient une application des ententes interdites. Dans la doctrine spécialisée, les auteurs ont rejeté cette solution en alléguant notamment que l'interdiction des ententes ne pouvait en aucun cas être considérée comme une loi de protection en faveur des clients des membres de l'entente (2).

On a notamment fait valoir que l'interdiction des ententes avait certes pour objet de protéger la concurrence en tant qu'institution économique, mais non pas les diverses personnes privées. Il est vrai que cette opinion n'était pas incontestée(3). La Cour fédérale s'est finalement prononcée en faveur de la thèse selon laquelle la nullité de la convention d'entente n'a pas nécessairement pour effet la nullité d'une convention particulière conclue par un membre avec l'un de ses clients et qui reprend certaines dispositions correspondant aux conventions d'entente (4).

(1) Voir BGHZ 13, 33 (41).

(2) Voir p. ex. Würdinger, WuW 1953, pp. 721 et suiv., notamment p. 728 (d'une importance fondamentale) et, dans le même sens, Ballerstedt, JZ 1956, pp. 267 et suiv., et Strickzodt, WuW 1957 pp. 75 et suiv.

(3) C'est ainsi que, p. ex. Flume, WuW 1956, pp. 457 et suiv. et notamment p. 465, s'est prononcé en faveur de la thèse selon laquelle l'interdiction des ententes doit également être considérée comme une loi de protection en faveur des clients des divers membres de l'entente et que, selon les circonstances, le prix excessif imposé par l'entente et convenu dans les différentes conventions passées avec les clients peut donner lieu à des demandes en réparation de dommages.

(4) Arrêt du 4-5-1956 - I ZR 194/54; Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1956, p. 1201.

Abstraction faite de cette question controversée, la doctrine et la jurisprudence ont été cependant unanimes à penser que, dans la mesure où les dispositions de décartellisation s'opposaient aux restrictions apportées à la concurrence, il fallait, en principe, les considérer comme des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil allemand.

IV. LA LOI SUR LES RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE (GWB)

1. Le contenu de la loi

Les dispositions prises par les Alliés en matière de décartellisation ont été remplacées en 1957 par la loi sur les restrictions à la concurrence, entrée en vigueur le 1er janvier 1958. La loi contient elle aussi, dans son paragraphe 1, une interdiction de principe des ententes comportant cependant un certain nombre d'exceptions. Dans ses paragraphes 15 et 18, elle déclare nulle et sans effet toute obligation imposée à un acheteur à l'occasion de contrats de livraison et concernant les contrats passés par l'acheteur avec des tiers (prix imposés par le fabricant, accords d'exclusivité, etc). Ici également des exceptions importantes sont prévues. En outre, la loi contient toute une série d'interdictions visant des cas particuliers. C'est ainsi que dans son paragraphe 38, alinéa 2, deuxième phrase, elle interdit les recommandations qui ont pour effet de tourner, par une pratique concertée, les interdictions prononcées par la loi ou les dispositions arrêtées en vertu de ladite loi par l'autorité en matière d'ententes. Le paragraphe 14 interdit, même lorsque l'entente a été autorisée, de disposer sans autorisation de l'autorité en matière d'ententes des dépôts de garantie constitués par certains de ses membres

Contrairement à la législation édictée par les Alliés en matière de décartellisation, la loi sur les restrictions à la concurrence contient, outre ces interdictions, une réglementation propre concernant les demandes de réparation de dommages. Cette réglementation n'est cependant pas rédigée sous une forme telle que la loi elle-même formule certains éléments nécessaires pour fonder une demande de réparation de dommages, mais, suivant l'exemple du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, elle déclare qu'une infraction aux interdictions prévues par la loi peut donner lieu à des demandes en dommages-intérêts si, dans le cas d'espèce, les interdictions constituent des lois de protection. La disposition s'énonce comme suit :

Paragraphe 35 1) Quiconque intentionnellement ou par négligence contrevient à une disposition de la présente loi ou à une décision édictée en vertu de la présente loi par l'autorité compétente en matière d'ententes ou par le Tribunal des recours est tenu, dans la mesure où cette disposition ou cette décision a pour objet la protection d'une tierce personne, de réparer les dommages que celle-ci a subis du fait de cette infraction. S'il s'agit d'une infraction à une décision prise en vertu du paragraphe 27, la partie lésée peut également exiger une réparation équitable en espèces pour les dommages n'atteignant pas son patrimoine.

Paragraphe 35 2) Dans les cas visés à l'alinéa 1, une action de cessation de troubles peut également être intentée par des associations ayant pour objet la défense des intérêts professionnels si elles sont habilitées, en tant que telles, à intenter des actions au civil.

La loi ne précise donc pas dans quels cas une de ses dispositions doit être considérée comme une loi de protection ; il appartient à la doctrine de discuter cette question et aux tribunaux d'en décider.

2. Les dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence en tant que lois de protection

Dans quelle mesure les dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence doivent-elles être considérées comme des lois de protection ? Cette question reste controversée, notamment en ce qui concerne l'interdiction générale des ententes contenues dans le paragraphe 1.

La doctrine a cherché une solution à cette question en se demandant surtout quel est l'intérêt protégé par les dispositions de la loi, et notamment par son paragraphe 1. On a dit que la loi sur les restrictions à la concurrence a pour objet le système économique basé sur la libre concurrence en tant que tel, comme élément de l'ordre économique, comme institution. La loi, notamment l'interdiction des ententes contenues dans son paragraphe 1, ne protège donc que l'intérêt général et non pas les intérêts particuliers ; le paragraphe 1 ne peut donc être considéré comme loi de protection.

On a dit, d'autre part, que la loi protège le droit du particulier d'exercer librement ses activités économiques. Dans ce cas il faudrait évidemment considérer la loi elle-même et aussi son paragraphe 1, au moins dans une certaine mesure, comme loi de protection au sens du paragraphe 35 GWB et du para-

graphe 823, alinéa 2, BGB. Enfin, un certain nombre d'auteurs ont soutenu que la loi vise à protéger tant la concurrence considérée comme institution que le droit d'exercer librement une activité économique ; on a déduit évidemment que la loi doit être considérée comme une loi de protection⁽¹⁾.

D'autres auteurs ont essayé d'éclaircir la question de savoir quelles sont, parmi les dispositions de la loi sur la concurrence, celles qui doivent être considérées comme loi de protection, en classant systématiquement et en regroupant les diverses dispositions. C'est ainsi, par exemple, que Leo⁽²⁾ a essayé d'aboutir à une interprétation moins large de la notion de loi de protection dans le paragraphe 35 GWB en considérant l'ensemble de la loi comme une loi restrictive et comme une loi qui empiète sur le principe de la liberté contractuelle. Spengler⁽³⁾ a essayé d'articuler les dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence en trois groupes présentant un contenu divers : celles qui sont indubitablement des lois visant la protection de certaines personnes, comme par exemple les paragraphes 14, 25 et 26, celles qui ne peuvent évidemment pas être considérées comme des lois de protection, car elles n'ont pour objet que de préciser les conditions nécessaires pour permettre l'intervention de l'autorité compétente en matière d'ententes, comme par exemple les paragraphes 12, 17, 18, 27, et enfin celles où les doutes pourraient subsister, et parmi lesquelles il range notamment le paragraphe 1 GWB.

En somme, ces points restent encore discutés par les spécialistes qui n'ont pas encore abouti à des résultats définitifs. Il convient toutefois de souligner qu'en ce qui concerne un certain nombre de dispositions particulières de la loi sur les restrictions à la concurrence, on est unanime à penser qu'elles peuvent être considérées comme des lois de protection et que leur violation peut donner lieu à une action en dommages-intérêts au titre du paragraphe 35 GWB ou du paragraphe 823, alinéa 2, BGB. Cette

⁽¹⁾ Koenigs donne un aperçu sur ces trois théories : NJW 1961, pp. 1041 et suiv. ; il expose également les opinions particulières de certains auteurs. La première théorie (protection de la concurrence en tant qu'institution) a été exposée à l'origine par Würdinger, WuW 1953, p. 721 ; la deuxième thèse a été soutenue notamment par Fikentscher : Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, p. 227 et p. 203 ; la thèse de compromis a été défendue notamment par Günther, président de l'Office fédéral des ententes, WuW 1958, p. 379.

⁽²⁾ Zum Begriff der Schutzvorschrift im Paragraph 35 GWB, WuW 1959, pp. 485 et suiv.

⁽³⁾ Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960, pp. 410 et suiv.

catégorie comprend notamment les dispositions du paragraphe 14 (appropriation de dépôts de garantie constitués auprès de l'entente), des paragraphes 25 et 26 (interdiction des dispositions discriminatoires et du boycottage) et du paragraphe 38, alinéa 2, deuxième phrase (recommandations instituant une pratique concertée, ayant pratiquement pour effet de tourner la loi portant une interdiction si une telle loi doit être considérée comme loi de protection) (1).

La jurisprudence a, elle aussi, étudié à plusieurs reprises la question de savoir dans quels cas une disposition de la loi sur les restrictions à la concurrence doit être considérée comme loi de protection. Pour élucider la question, elle n'a pas poursuivi les efforts visant à dégager l'intérêt protégé par la loi ou à opérer des distinctions systématiques et de principe, mais elle s'est basée sur l'analyse des dispositions particulières. Pour la notion de « loi de protection » du paragraphe 35 de la loi sur les restrictions à la concurrence, la jurisprudence a toujours adopté la même interprétation que pour la notion identique du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil allemand (2). La Cour fédérale de justice a estimé qu'en général il convient de considérer la loi sur les restrictions à la concurrence comme une loi qui vise également la protection des diverses entreprises se trouvant en situation de concurrence :

« En outre, en ce qui concerne la loi sur les restrictions à la concurrence il faut admettre de façon tout à fait générale qu'en principe les dispositions édictées dans l'intérêt public (général) contre une restriction abusive de la concurrence doivent également avoir pour objet la protection, au titre du droit civil, d'une ou de plusieurs entreprises lésées » (3).

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, il convient de souligner les éléments suivants.

Dans l'arrêt du 28 octobre 1958 (BGHZ 28,208), la Cour fédérale a dit qu'il convient de considérer comme lois de protection les dispositions qui déclarent la nullité d'un acte juridique, de même que toutes les dispositions qui constituent les éléments essentiels d'une sanction prévue par la loi.

(1) Voir, à ce sujet, notamment Rasch : Kommentar zum GWB, remarque 1 ad. par. 35; Benisch dans Kommentar zum GWB de Müller-Henneberg Schwartz, 1960, remarque 5 ad. par. 35; Spengler, WuW 1960, pp. 410 et suiv.

(2) Voir, à ce sujet, notamment BGHZ 28, 208; 29, 344.

(3) Voir, BGHZ 29, 344 (350/51).

La jurisprudence a considéré comme lois de protection les dispositions spécifiques suivantes : paragraphe 15 (4), paragraphe 25, alinéa 1, en corrélation avec les paragraphes 15 (5), paragraphe 26 (6), paragraphe 27 (7), paragraphe 38, alinéa 2, deuxième phrase en corrélation avec le paragraphe 1 de la loi sur les restrictions à la concurrence (8). En revanche, le caractère de loi de protection a été dénié au paragraphe 18, alinéa 1 (9).

En résumé, on peut dire que même si des doutes subsistaient sur des questions de détail, il est néanmoins certain que tant la doctrine que la jurisprudence allemandes considèrent un certain nombre d'interdictions de la loi sur les restrictions à la concurrence comme des lois visant la protection des concurrents et notamment dans leur droit d'exercer librement leur activité économique, et qu'elles considèrent dès lors la loi sur les restrictions à la concurrence comme susceptible de constituer, dans certaines de ses dispositions, la base d'une action en dommages-intérêts.

V. LA LOI SUR LA CONCURRENCE DELOYALE

En dehors des dispositions relativement récentes interdisant les restrictions au libre jeu de la concurrence, le droit allemand comprend depuis longtemps des règles légales visant à sauvegarder le caractère loyal de la concurrence. Immédiatement après l'entrée en vigueur du code civil, on a considéré que l'absence d'une clause générale dans le droit allemand de la responsabilité délictuelle constituait une lacune dans le domaine du droit de la concurrence. Aussi a-t-on promulgué en 1909 la loi sur la concurrence déloyale (10) dont le paragraphe 1 contient la clause générale souhaitée. Cette disposition s'énonce comme suit :

« Une action en cessation de troubles et en dommages-intérêts peut être intentée contre quiconque commet, dans ses relations commerciales et à des fins de concurrence, des actes contraires aux bonnes mœurs ».

(4) Voir BGHZ 28, 204.

(5) OLG (Cour d'appel) Hambourg, WuW 1960, p. 874.

(6) BGH (Cour fédérale de justice) WuW 1960, p. 283; OLG Neustadt, WuW 1960, p. 288.

(7) BGHZ 29, 344. Une critique de cet arrêt se trouve dans Leo, WuW 1959, p. 485 (496-498) et Spengler, WuW 1960, p. 410 (419).

(8) Landgericht de Düsseldorf, WuW 1960, p. 648.

(9) Voir BGH, NJW 1960, p. 41.

(10) Reichsgesetzblatt (RGBl.) 1909, p. 499; pour le texte actuel qui a subi plusieurs modifications, voir Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8e éd., introduction, p. 1 et suiv. UWG.

La loi contient en outre un certain nombre de dispositions particulières. Si les dispositions spéciales du droit allemand en matière de concurrence appliquées cas par cas ne sont pas suffisantes, il existe toujours la possibilité d'appliquer le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale (UWG)⁽¹⁾.

Conformément à son esprit et à sa lettre, cette loi entend protéger les concurrents⁽²⁾. Cette protection est accordée tant dans l'intérêt de la collectivité à la loyauté de la concurrence que dans l'intérêt qu'ont les divers concurrents — qu'il faut encore déterminer — à bénéficier d'une « situation concurrentielle correcte ». Cette protection s'exerce lorsque le concurrent commet « à des fins de concurrence » et « dans ses relations commerciales » des actes contraires aux bonnes mœurs. Pour que le paragraphe 1 UWG soit applicable, il faut donc que les deux parties se présentent comme concurrents.

La doctrine spécialisée⁽³⁾ définit la notion de concurrence en partant du principe que « dans la vie économique actuelle, le pouvoir d'achat de la clientèle, qui ne se manifeste qu'une seule fois, fait l'objet d'une concurrence totale⁽⁴⁾. La jurisprudence a adopté cette interprétation large de la notion de concurrence au point que l'existence de la même clientèle suffit pour qu'il y ait concurrence. Aussi est-il logique d'admettre qu'une telle concurrence existe également entre professionnels n'appartenant pas au même stade de l'économie (producteurs, importateurs, grossistes, détaillants)⁽⁵⁾.

Le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale ne concerne pas les accords de concurrence illégaux, mais ceux qui sont contraires aux bonnes mœurs. La jurisprudence, approuvée par la doctrine, a admis depuis longtemps le critère suivant : est conforme aux bonnes mœurs ce qui est « convenable dans l'esprit des personnes au jugement juste et sain »⁽⁶⁾. Dans le droit relatif à la concurrence, on cherche donc à établir si, dans la catégorie professionnelle, l'ensemble des personnes raisonnables considèrent une certaine attitude concurrentielle comme loyale et licite⁽⁷⁾. Le

fait que la loi sur la concurrence déloyale a choisi le critère de l'atteinte aux bonnes mœurs entraîne la conclusion suivante : il ne suffit pas qu'un acte concurrentiel constitue une infraction à une disposition légale pour que le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale soit applicable. Il faut en outre que l'acte contraire à la loi soit également considéré comme contraire aux bonnes mœurs. C'est notamment le cas si par là le concurrent s'arroge, de propos délibéré et systématiquement, un avantage concurrentiel au détriment de son concurrent. C'est encore le cas pour les infractions à ces lois qui, de toute évidence, n'ont pas pour objet la protection du concurrent en question, comme, par exemple, lorsqu'un importateur s'assure un avantage en matière de prix en s'abstenant de payer des droits de douane ou des impôts⁽⁸⁾. La Cour fédérale de justice⁽⁹⁾ a considéré comme une infraction au libre jeu de la concurrence, infraction contraire aux bonnes mœurs et entraînant la réparation des dommages, le fait pour un transporteur routier de marchandise de porter préjudice à ses concurrents en offrant systématiquement des prix inférieurs aux tarifs de transport de marchandises, qui, en Allemagne, constituent des dispositions de droit public ayant force obligatoire.

Avant de déclarer qu'un certain acte, notamment une infraction à une loi, est contraire aux bonnes mœurs, la jurisprudence tient toujours compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

D'après ces principes, il y a lieu également de décider si une infraction aux dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence ou à d'autres dispositions légales sur les restrictions au libre jeu de la concurrence peut aussi être considérée comme un acte de concurrence contraire aux bonnes mœurs au sens du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale. La Cour fédérale de justice⁽¹⁰⁾ l'a affirmé dans un cas où un producteur d'eau de Cologne s'était procuré un avantage concurrentiel en ne concluant pas des accords de prix à notifier à l'Office fédéral des ententes conformément au paragraphe 16, alinéa 4, de la loi sur les restrictions à la concurrence (comme son concurrent, partie requérante, l'avait fait), mais en faisant des « recommandations » visant les prix de vente au détail. Dans cette pratique — contraire aux dispositions de la loi ou plus exactement tournant les disposi-

(1) BGHZ, 11, 269.

(2) BGHZ, 13, 37.

(3) Voir Hefermehl : Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechtes, Mélanges, H.C. Nipperdey, pp. 283 et suiv.

(4) Hefermehl, op. cit. p. 290.

(5) RG (tribunal du Reich) Markenschutz und Wettbewerb (MuW) 1930, p. 178 ; 1935, p. 183.

(6) RGZ 48, 124.

(7) BGHZ 15, 364.

(8) Voir Baumbach-Hefermehl : op. cit. par. 1 UWG, remarque 158.

(9) BGHZ WuW 1960, p. 294.

(10) BGHZ 28, 208 (223).

tions de la loi — la Cour fédérale de justice a vu un acte concurrentiel contraire aux bonnes mœurs. Elle a déclaré à ce sujet :

« La qualité pour agir de la demanderesse est également fondée sur les paragraphes 1 et 13, alinéa 1, de la loi sur la concurrence déloyale. En effet, par son comportement, la défenderesse a enfreint non seulement les dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence, mais encore celles du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale. Comme il ressort déjà des considérations exposées (ci-dessus), par ces recommandations de prix non notifiées, mais obligatoires en fait, elle s'arroe un avantage concurrentiel par rapport aux concurrents respectueux de la loi qui notifient à l'Office fédéral des ententes les accords verticaux de prix qu'ils ont conclus ou les recommandations de prix qui tiennent lieu d'accords, acceptent ainsi l'obligation de les communiquer qui en découle et se soumettent au contrôle d'abus éventuels, ou encore renoncent à de tels accords et à de telles recommandations et perdent ainsi les avantages concurrentiels liés à l'application d'un seul prix à la consommation. La défenderesse connaît également les circonstances de fait qui motivent le reproche qui lui est fait d'agir contrairement aux bonnes mœurs au sens du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale ».

Contrairement à ce qui se passe pour le paragraphe 823 BGB, pour le paragraphe 1 UWG il ressort déjà de la loi qu'une action peut être intentée non seulement en dommages-intérêts, mais encore en cessation de l'acte concurrentiel (objectivement contraire aux bonnes mœurs). Pour calculer l'indemnité, la jurisprudence fait également appel à la notion de (fausse) gestion d'affaires sans mandat qui est régie par le paragraphe 687, alinéa 2, BGB :

« Si quelqu'un gère l'affaire d'autrui comme si elle était la sienne, bien qu'il sache qu'il n'y est pas habilité, le maître peut faire valoir les droits découlant des paragraphes 677, 678, 681 et 682. S'il les fait valoir, il est soumis, à l'égard du gérant, à l'obligation visée au paragraphe 684, première phrase ».

Celui qui a commis une infraction aux règles de la concurrence doit accepter d'être traité comme s'il avait géré l'affaire d'autrui, et doit restituer les bénéfices réalisés ⁽¹⁾.

Dans notre cas, l'application de cette disposition est d'une importance particulière pour les deux motifs suivants. D'une part, elle élargit au point

de vue matériel les droits de la personne lésée, car, d'après les règles générales du droit allemand en matière de dommages-intérêts, c'est-à-dire d'après les paragraphes 249 et suivants du code civil, celle-ci ne pouvait demander que la réparation des dommages subis y compris le manque à gagner, alors que le paragraphe 687, alinéa 2, du code civil l'autorise également à demander la restitution du bénéfice réalisé par l'auteur de l'infraction sans que celle-ci ait nécessairement entraîné des dommages pour la victime. D'autre part, l'application de cette disposition aux cas qui nous intéressent ici présente d'autant plus d'importance que la référence aux paragraphes 681 et 666 du code civil confère à la victime le droit de demander des renseignements à l'encontre de l'auteur du préjudice et lui épargne ainsi les difficultés, parfois insurmontables, qui se présentent lorsqu'il s'agit d'établir la preuve de la nature et de l'importance du dommage causé. En effet, le fait pour l'auteur du préjudice de ne pas fournir les renseignements demandés aboutit en pratique à un renversement de la charge de la preuve conformément au paragraphe 446 du code de procédure civile.

VI. LA LEGISLATION EUROPEENNE EN MATIERE ECONOMIQUE

A. Le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (traité CECA) ⁽²⁾

1. L'arrêt de la Cour fédérale du 14 avril 1959 ⁽³⁾

Comme la présente consultation a essentiellement pour objet d'exposer la jurisprudence qu'il y a lieu d'attendre de la part des tribunaux allemands, l'arrêt de la Cour de justice du 14 avril 1959 mérite d'être exposé en détail, car cet arrêt devait résoudre une question analogue.

Lors de ses ventes de charbon, la partie demanderesse, Saarbergwerke AG, avait facturé à ses clients sarrois, parmi lesquels figurait également la défenderesse, un supplément de 2% correspondant à la taxe sarroise sur le chiffre d'affaires, alors que le supplément imputé aux clients français n'était que de 1%, correspondant à la taxe sur le chiffre d'affaires en vigueur en France. La défenderesse n'avait payé qu'un supplément de 1% en alléguant que le fait d'imposer des prix autres que ceux facturés

⁽¹⁾ Voir Baumbach-Hefermehl : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8e éd., introduction UWG, remarque 234.

⁽²⁾ BGBl 1952 II, p. 447, mod. dans BGBl 1960 II, p. 1573.

⁽³⁾ BGHZ 30, 74.

aux clients français constituait une attitude discriminatoire. Le point litigieux concernait la question de savoir si la demanderesse avait commis une infraction à l'interdiction de discrimination contenue dans l'article 60 du traité de la CECA et s'il fallait en déduire des conséquences sur le plan du droit civil. La Cour fédérale de justice a répondu par la négative et a reconnu à la partie demanderesse le droit d'exiger le prix intégral comprenant le supplément de 2 %.

La Cour fédérale de justice a tout d'abord examiné la compétence des tribunaux allemands ; elle a répondu par l'affirmative en faisant valoir les motifs suivants :

« La compétence de la Cour de justice européenne par rapport aux tribunaux des Etats membres est déterminée tout d'abord par les dispositions du traité de la CECA, notamment en ce qui concerne les fonctions transférées par les Etats membres à la Cour de justice (Jerusalem, *Das Recht der Montanunion* (1954) p. 60). C'est seulement lorsque ce Traité attribue une compétence exclusive à un organisme de la CECA que la compétence des tribunaux nationaux se trouve exclue. Aussi ces derniers sont-ils habilités en principe à appliquer et à interpréter le droit de la CECA (Matthies, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten*, JZ 1954, pp. 305 et suiv. et notamment section IV ; Bayer, *Das Privatrecht der Montanunion*, RabelZ 1952, pp. 325 et suiv.). Cela ressort déjà du fait que la Cour n'est déclarée compétente que dans ces cas très précis, comme par exemple dans le cas des articles 10, 12, 33, 34, 40, 41, 63 paragraphe 2, 66, paragraphes 5 et 6, 88, 89 et 95 du traité de la CECA. De plus, conformément à l'article 43 de ce Traité, elle est également compétente pour statuer dans tout autre cas prévu par une disposition additionnelle de ce Traité. Par ailleurs, conformément à l'article 43, alinéa 2, elle peut également statuer dans tous les cas en connexité avec l'objet du Traité où la législation d'un Etat membre lui attribue compétence. La Cour de justice n'a pas compétence exclusive pour trancher les questions posées, dans le présent litige, en matière de droit de la CECA. Au contraire, pour les litiges entre vendeurs et acheteurs du secteur du charbon et de l'acier, les tribunaux nationaux restent compétents, alors que la Cour de justice ne l'est pas en principe (Jerusalem, op. cit., p. 107).

De même, les tribunaux nationaux sont habilités à appliquer et à interpréter le droit de la CECA et les décisions de la Haute Autorité si le traité de la CECA n'a pas attribué une compétence exclusive à cet organisme. Cette compétence exclusive n'est prévue qu'à l'article 65, paragraphe 4, du traité de la CECA en ce qui concerne les accords ou décisions comportant des restrictions au jeu de la concurrence. D'après cette disposition, la Haute Autorité a compétence exclusive, sous réserve des recours devant la Cour, pour se

prononcer sur la conformité avec les dispositions de l'article 65 du traité de la CECA desdits accords ou décisions. Certes, la Haute Autorité est également habilitée, en vertu notamment de l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA, à définir, par décisions prises après consultation du comité consultatif et du Conseil, les pratiques visées par l'interdiction des discriminations contenue dans cet article, ce qu'elle a fait dans sa décision no. 30/53. De telles décisions lient les tribunaux nationaux conformément à l'article 14, alinéa 2, du traité de la CECA. En aucun cas ces tribunaux ne peuvent mettre en cause leur validité puisque la Cour est seule compétente en ce domaine (art. 41 du traité de la CECA). Mais leur interprétation relève de la compétence des tribunaux nationaux (Matthies op. cit. pp. 305 et suiv.). Aussi ces tribunaux ne sont-ils nullement tenus, sauf dans les cas où la Haute Autorité a compétence exclusive, de suspendre la procédure, en raison de l'absence d'une réglementation correspondante dans le traité de la CECA. La Haute Autorité partage également cette opinion ainsi qu'il ressort de l'avis qu'elle a formulé le 8 février 1957 à l'intention de la cour d'appel ».

La Cour fédérale de justice ne résout pas la question de savoir si l'attitude de la partie requérante constitue une discrimination interdite par le traité de la CECA.

« En effet, même si l'on admettait avec le défendeur que la partie requérante et son prédécesseur légal ont, par leur système de formation des prix, commis une infraction tant à l'article 5 qu'à l'article 6 de la décision no. 30/53 en corrélation avec l'article 4b et l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA, on ne pourrait en déduire les conséquences juridiques dégagées par la défenderesse ; en effet, comme la cour d'appel l'a pertinemment admis eu égard à une infraction à l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA, contrairement d'ailleurs à l'opinion exprimée en cassation par la défenderesse, une infraction auxdites dispositions, en tout cas dans le cadre des faits matériels sur lesquels la Cour est appelée à statuer, n'entraîne pas la nullité totale ou partielle des contrats d'achats conclus entre le prédécesseur légal de la partie requérante et la défenderesse et ne peut aboutir à des actions en dommages-intérêts au bénéfice de cette dernière.

1. Il convient d'admettre avec la cour d'appel que les dispositions du traité de la CECA ainsi que celles des décisions d'application prises par la Haute Autorité (p. ex. conformément à l'art. 60, par. 1, du traité de la CECA) constituent un droit directement applicable non seulement aux Etats membres, mais encore aux entreprises désignées à l'article 80 dudit Traité (Bayer op. cit. pp. 328 et suiv. ; Ophüls, *Das Wirtschaftsrecht des Schumanplanes*, NJW 1951, p. 381 ; Ballerstedt, *Ubernationale und nationale Marktordnung*, Tübingen 1955, pp. 12 et suiv.). Conformément à l'article 80 du traité de la CECA, constituent des entreprises au sens du Traité

celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier à l'intérieur du Marché commun, et par conséquent les deux parties au présent litige.

2. a) Si nous savons à présent que les dispositions du droit de la CECA s'appliquent directement auxdites entreprises, nous ne savons pas encore quelles sont, en droit civil, les conséquences d'infractions auxdites dispositions pour les relations juridiques privées. Le traité de la CECA lui-même ne prononce la nullité d'actes juridiques privés que dans le cas prévu à l'article 65, paragraphe 4, premier alinéa, qui déclare « nuls de plein droit » les accords restreignant le jeu de la concurrence et non autorisés. En outre, l'article 66, paragraphe 5, alinéas 2 à 7, du traité de la CECA attribue à la Haute Autorité le pouvoir d'intervenir par une procédure particulière de décartellisation, autorisant l'exécution directe sur les droits ou actifs d'une entreprise qui n'exécute pas ses décisions. Mais le traité de la CECA lui-même ne contient aucune disposition relative à des effets de droit civil et ne dit nulle part que des infractions commises par des entreprises fondent des actions en dommages-intérêts ou en cessation de troubles. En se basant sur le texte du Traité et sur le système juridique qu'il a institué, la cour d'appel déduit a contrario de l'article 65 du traité de la CECA - s'appuyant en cela sur la thèse de Jerusalem (op. cit. p. 118) - que l'article 60 de ce Traité n'avait voulu prononcer aucune nullité de droit civil. Dans son pourvoi en cassation, la défenderesse rejette ce raisonnement en alléguant que l'article 65 du traité de la CECA constitue une disposition particulière visant les ententes qui doivent être réglées définitivement dans le traité de la CECA, et que si l'article 65 traite expressément des conséquences des infractions sur le plan du droit civil et si, en cette matière, on a retiré la compétence aux tribunaux nationaux, c'est qu'on a voulu donner à la Haute Autorité l'occasion d'autoriser certaines dérogations. On peut évidemment se demander s'il convient de suivre le raisonnement de la cour d'appel. En tout cas, la question de savoir si, au-delà de la portée de l'article 65, une certaine disposition juridique de ce Traité peut avoir des effets directs sur le droit privé ne peut être résolue que par l'interprétation du droit de la CECA et d'après la finalité de cette disposition, en admettant, comme il se doit, que les conséquences juridiques sont celles découlant des droits nationaux. Lors de l'interprétation du droit de la CECA, il convient surtout de ne pas perdre de vue les problèmes juridiques qui sont nécessairement liés à l'intégration de certains secteurs économiques par une autorité centrale. Le marché commun du charbon et de l'acier vise à instituer, pour le charbon et l'acier, une organisation du marché basée sur la combinaison de principes économiques divers ; il constitue un système de marché d'ordre public (*hoheitlich*) bien qu'il soit basé, en principe, sur la concurrence, en sorte que les dispositions et les règles dont les institutions compétentes doivent s'inspirer pour diriger le marché ne correspondent pas automatiquement aux dispositions des systèmes économiques nationaux. Ce n'est que l'exercice, dans la pratique, des pouvoirs accordés aux

institutions de la CECA, l'attitude des entreprises elles-mêmes sur le marché et surtout l'évolution économique qui permettent aux principes de base, qui ne présentent tout d'abord qu'un caractère normatif, de jouer pleinement leur rôle de règles juridiques régissant l'organisation de l'économie, et par conséquent de révéler peu à peu, dans toute leur portée, les relations juridiques existant entre les différents secteurs de l'économie (Ballerstedt, op. cit. p. 1 et suiv., 2). Il en découle qu'il faut être extrêmement prudent dans l'interprétation des dispositions du droit de la CECA, notamment en ce qui concerne leurs effets sur les relations de droit civil et de droit commercial entre les partenaires du marché. Ceci vaut en particulier pour l'interdiction, édictée à l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA, de toute discrimination en matière de prix. C'est ainsi que, notamment Mestmäcker (WuW 1955 p. 155, *Offene Preise, Diskriminierungen und Wettbewerbsbeschränkungen in der Montanunion*) a attiré l'attention sur les difficultés inattendues que l'application de l'article 60 du Traité soulève même pour la Haute Autorité. De même, Kohler a montré les difficultés extraordinaires découlant de l'application, conforme aux lois du marché, de l'interdiction de discrimination (Betrieb 1957, suppl. no. 15/57). D'après le Traité, la Haute Autorité peut, en cas d'infraction à une interdiction de discrimination, adresser aux entreprises des recommandations qui, conformément à l'article 14, paragraphe 3, du traité de la CECA, comportent obligation dans les buts qu'elles assignent. En outre, conformément à l'article 64 du Traité, elle peut prononcer des amendes à concurrence du double de la valeur des ventes irrégulières et même du quadruple en cas de récidive. Le mot « peut » figurant à l'article 64 du Traité, qui a remplacé le mot « doit » qui y figurait à l'origine, montre à quel point la Haute Autorité est ainsi libre de décider de quelle manière elle entend éventuellement intervenir dans le cas d'espèce. Elle est ainsi mise en état d'apprécier la nécessité et la nature des mesures qui, en l'absence de certaines dispositions particulières du Traité, s'imposent pour servir au mieux l'intérêt bien compris de la Communauté. D'autre part, l'article 35 du Traité donne aux entreprises le droit de former devant la Cour un recours pour obliger la Haute Autorité à prendre éventuellement les mesures exigées par le Traité. En outre, en vertu de l'article 36 du Traité, l'entreprise qui fait l'objet de sanctions a la possibilité, par voie de recours, de faire contrôler par la même instance la régularité de cette décision. Il en résulte que, d'après le Traité, les institutions de la Communauté sont appelées à diriger et à contrôler l'essentiel des mesures visant à uniformiser le marché et à soumettre les échanges sur ce marché à un régime de concurrence (Ballerstedt op. cit. p. 42). C'est ainsi que dans l'affaire 1/54 (Recueil des décisions de la Cour, pp. 1, 7, 64 et suiv.) l'avocat général M. Lagrange, qui, du côté français, avait participé en tant qu'expert aux négociations en vue du Traité, a exprimé l'opinion que le Traité a institué un marché fondé sur un régime de libre concurrence dont il définit les règles, en confiant à des institutions le soin de les faire respecter. A ces fins, et à ces fins seulement, il attribue des pouvoirs aux institutions et notamment à la Haute Autorité, en fixant strictement

leurs limites et leurs conditions d'exercice. Tout l'ensemble juridique a, de toute évidence, le caractère d'une législation de droit public qui a pris le plus grand soin de ne pas empiéter sur le droit privé et sur le droit commercial, sauf exceptions très précises que l'on ne trouve guère que dans l'article 66 sur les concentrations. Le principe est donc que, sauf exceptions, les rapports de droit privé tels qu'ils s'établissent normalement dans les différents pays, et notamment les relations commerciales, ne sont pas touchés par le Traité. (voir également Steindorff dans DVBl, 1955, p. 578 B). A cela s'ajoute une autre considération, à savoir que si l'on voulait attribuer à l'interdiction des discriminations contenue dans l'article 60 du traité de la CECA des effets de droit privé, ceux-ci devraient nécessairement être appréciés différemment dans les différents Etats membres en raison des divergences de leurs systèmes juridiques. Le risque est d'autant plus grand que les litiges relevant du droit civil ne sont pas soumis à la Cour de justice de la CECA, mais aux tribunaux nationaux, et que, par conséquent, il n'existe aucune instance suprême uniforme pour l'ensemble des procès civils tant que tous les Etats membres n'ont pas mis à profit la possibilité, ouverte par l'article 43, deuxième alinéa, du traité de la CECA, d'élargir la compétence de la Cour de justice (Ballerstedt op. cit. p.5). Mais précisément l'idée d'égalité de traitement, qui est à la base de l'interdiction des discriminations, exige, dans la mesure où le Traité contient des dispositions demandant à être interprétées, que l'on donne à ces dispositions un champ d'application aussi uniforme que possible pour toutes les personnes qui y sont soumises. C'est ainsi que Ballerstedt (op. cit. p.26) estime que théoriquement on aurait peut-être pu considérer comme un élément favorable à l'intégration recherchée le fait que, dans toutes ses réglementations particulières, le système juridique régissant le marché de la CECA soit imbriqué avec les droits nationaux en matière de concurrence de façon tellement intime que chaque infraction déclenche des actions de droit privé; en effet, de la sorte, on aurait subordonné l'intérêt privé des concurrents et des acheteurs au but poursuivi par le traité de la CECA. En pratique, il faudrait cependant se demander très sérieusement si ce n'est pas précisément l'inverse qui se produirait, si la nouveauté et la complexité des dispositions du traité de la CECA ne provoqueraient pas, en une série de procès, plus de dépit et de dissensions, car ce n'est qu'après un certain temps que des réglementations issues d'impulsions politiques pourraient être tellement ancrées dans la conscience européenne des intéressés que l'on puisse attendre une application judicieuse, dans l'intérêt de la Communauté, du droit d'intenter des actions.

Ballerstedt (op. cit. p.27) et Steindorff (RabelsZ 1956, pp.270, 317 et suiv.) attirent, à juste titre, l'attention sur la funeste insécurité juridique à laquelle l'imprécision de la clause générale interdisant toute discrimination, contenue dans le texte de l'article 4 b et de l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA, devrait aboutir si l'on attribuait à ces dispositions des effets de droit civil. Il s'y ajoute le risque d'une inter-

prétation divergente par les tribunaux nationaux et la difficulté, dans le cas d'espèce, de choisir les conséquences juridiques adéquates qui, à leur tour, aboutiraient nécessairement à des résultats totalement différents d'un Etat membre à l'autre.

Dans son pourvoi en cassation, la défenderesse estime que l'on devrait s'accommoder de la divergence des conséquences juridiques dans le domaine du droit civil, à savoir dans le domaine de l'enrichissement, de la responsabilité délictuelle et de la nullité au regard du paragraphe 134 du code civil. Cette diversité serait la conséquence nécessaire d'une intégration partielle. Avant 1900 une pareille situation s'était déjà présentée en Allemagne où l'uniformisation des dispositions juridiques d'ordre économique, notamment celles du code des professions, a précédé, à maints égards, l'uniformisation des dispositions du droit civil.

La défenderesse ne tient pas compte que certains faits qu'elle a cités concernent plusieurs questions dont les effets se limitent en général au pays intéressé, alors qu'un litige soulevé par une entreprise et concernant le droit de la CECA empiète presque toujours sur le territoire de plusieurs Etats membres; une seule et même entreprise devrait alors s'attendre à ce qu'une seule et même question, concernant par exemple l'existence d'une discrimination, pourrait, lorsqu'il s'agit de contrats de livraison sur le plan international, faire l'objet d'une appréciation différente selon le droit national qui se trouve appliqué. On risquerait alors d'aboutir au résultat inacceptable que l'objectif à rechercher en vertu du traité de la CECA, à savoir l'application du même traitement aux acheteurs par des tribunaux nationaux différents, serait sérieusement compromis. Il ne serait pas exclu que, de la sorte, une inégalité de traitement sanctionnée par les tribunaux soit à l'origine d'une nouvelle discrimination.

Tant la structure du traité de la CECA que l'objectif qu'il poursuit font ainsi apparaître que les signataires du Traité n'ont pas voulu attribuer à l'interdiction de discrimination de l'article 4 b et de l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA des conséquences sur le plan du droit privé. Aussi des infractions en ce sens ne mènent-elles pas en principe, au regard du paragraphe 134 du code civil, à la nullité totale ou partielle des actes juridiques visés. En effet, d'après cette disposition, les actes juridiques qui constituent une infraction à cette interdiction légale ne sont nuls « que si la loi n'en dispose pas autrement » - ce qui est précisément le cas ici - (voir à ce sujet également Mertens, Eine Betrachtung zum Diskriminierungsverbot, zu den Preislisten - und Ausgleichvorschriften in Art. 60 des Montanunionvertrages, Cologne 1958, pp.71 et suiv.). A l'encontre de cette appréciation, il n'est pas davantage possible de formuler des réserves en se basant par exemple sur le texte de l'article 4 b du traité de la CECA. Certes, cette disposition précise que les « mesures ou pratiques » sont reconnues incompatibles avec le marché commun du charbon et de l'acier et sont abolies et interdites dans les conditions prévues par le Traité. Cependant, l'article 4 b ne

contient – la défenderesse ne l'a pas méconnu lors des débats oraux de la procédure de cassation et Bayer (op. cit. pp. 353 et suiv.) l'a également fait remarquer – qu'une réglementation de principe demandant à être complétée et concrétisée par d'autres dispositions. Cette concrétisation se trouve dans l'article 60 du traité de la CECA dont le paragraphe 1, alinéa 1, précise que les pratiques contraires aux articles 2, 3 et 4 sont interdites. Mais, de ce texte on ne peut déduire que le Traité a voulu prononcer la nullité des accords qui seraient contraires à ces articles. Ceci ressort clairement d'une comparaison avec le texte de l'article 65 du traité de la CECA, dont le paragraphe 4 précise que les accords ou décisions interdits en vertu du paragraphe 1 de l'article cité « sont nuls de plein droit ». En outre, cette disposition stipule encore de façon expresse que les accords ou décisions interdits ne peuvent être invoqués devant aucune juridiction des Etats membres, alors que les articles 4 et 60 du traité de la CECA ne contiennent aucune disposition correspondante.

b) Les mêmes considérations qui font apparaître inapplicable le paragraphe 134 du code civil interdisent également de considérer les dispositions mentionnées du traité de la CECA comme des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil (en ce qui concerne l'article 60 du traité de la CECA, voir Krawielicki, Das Monopolverbot im Schumanplan, 1952, p. 44, qui ne fournit d'ailleurs pas d'autres arguments); Bayer estime (op. cit. p. 355) que la sanction de droit public accordée par l'article 64 du traité de la CECA ne suffit pas pour protéger les intérêts des entreprises victimes de discriminations, de sorte que l'article 60 dudit traité doit, pour être sanctionné par le droit civil, être incorporé dans les systèmes juridiques nationaux régissant la concurrence. Il poursuit en disant que l'on peut voir dans cette disposition une concrétisation de la clause générale de la législation nationale interdisant la concurrence déloyale (comme étant une de ses formes particulières) (op. cit. p. 356). Comme on l'a déjà exposé, l'interprétation du droit de la CECA, et notamment de l'article 60 du Traité, ne corrobore pas cette opinion. Elle indique plutôt que l'interdiction de discrimination ne vise pas tant la protection du particulier que l'uniformisation du marché et l'application, aux échanges, des mesures que les institutions de la Communauté devront arrêter en les adaptant à chaque situation de marché (ainsi s'exprime, en définitive, Steindorff, *RabelsZ* 1956, p. 318). Il n'est nul besoin de décider ici s'il convient de suivre l'opinion de Ballerstedt qui admet des actions en dommages-intérêts ou en cessation de troubles consécutives à une infraction à l'article 60, paragraphe 1, du traité de la CECA lorsque cette infraction a été commise de propos délibéré pour des motifs nationalistes (op. cit. p. 41), car, d'après les constatations faites par la cour d'appel, il ne peut être question d'une infraction de la requérante et de son prédécesseur légal pour des motifs nationalistes ».

En ce qui concerne la question de savoir si les tribunaux allemands admettront la possibilité

d'intenter une action en dommages-intérêts consécutive à une infraction aux articles 85 et 86, cette décision de la Cour fédérale de justice fait apparaître les éléments suivants.

La Cour fédérale de justice refuse à l'interdiction de discrimination de l'article 60 du traité de la CECA des effets directs en matière de droit civil – malgré l'assujettissement direct et obligatoire des entreprises intéressées aux dispositions de ce Traité – et par conséquent ⁽¹⁾ refuse également à cette disposition le caractère d'une loi de protection.

Elle fonde tout d'abord son opinion sur la réglementation du marché à laquelle le Traité a donné essentiellement un caractère d'ordre public (*hoheitlich*) et, d'autre part, sur une conclusion a contrario tirée de l'article 65 du traité de la CECA qui prévoit expressément la nullité des accords comportant des restrictions à la concurrence.

Or, il serait erroné de tirer de cette décision la conclusion impérative que, puisque l'article 65 du traité de la CECA prévoit la nullité en droit civil, la Cour fédérale de justice verra dans cette disposition une loi de protection, et que, puisque cette disposition correspond à l'article 85 du traité de la CEE, qui prononce également la nullité, ledit article doit nécessairement constituer une loi de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil. Une telle conclusion supposerait, d'une part, un effet pratiquement obligatoire – et jamais envisagé par les tribunaux – d'un *obiter dictum* et, d'autre part, la nécessité impérative d'une argumentation a contrario. Comme cette dernière, conformément aux règles de la logique formelle, n'est contraignante que lorsqu'il s'agit d'éléments contradictoires, elle ne donne, lorsqu'il s'agit d'éléments simplement divergents, qu'un indice exigeant une justification plus poussée. Ladite décision ne permet pas davantage de tirer la conclusion que la Cour fédérale de justice refusera à l'avenir de considérer les dispositions des articles 85 et 86 du traité de

⁽¹⁾ Cette argumentation est-elle contraignante dans chaque cas ? La réponse à cette question semble douteuse, car, en principe, une loi de protection doit viser la protection de tous les tiers même en dehors des relations contractuelles. L'existence supplémentaire d'un contrat est fortuite et, dès lors, n'est pas susceptible de fournir une argumentation pour ou contre le caractère de loi de protection. La question de savoir si l'article 60 du traité de la CECA constitue une loi de protection doit également être résolue lorsque la discrimination consiste précisément dans le fait que l'auteur des discriminations refuse en tout état de cause de conclure un contrat. Mais alors l'argumentation selon laquelle les mêmes motifs qui interdisent d'admettre une nullité doivent également conduire à rejeter le caractère de loi de protection ne tient pas.

la CEE comme des lois de protection. Le parallèle établi entre l'article 60 du traité de la CECA, d'une part, et les articles 85 et 86 du traité de la CEE, d'autre part, n'est pas convaincant, car, comme on l'exposera plus loin⁽¹⁾, les deux organisations de marché présentent des traits très différents. Le fait que la décision de la Cour se réfère à l'article 65 du traité de la CECA, qui stipule expressément qu'il entraîne les effets de droit civil nécessaires pour constituer une loi de protection, indique que la Cour fédérale de justice s'est abstenue sciemment de statuer sur le caractère de loi de protection de cette disposition.

En ce qui concerne la question qui nous intéresse ici, on peut donc simplement conclure que la décision de la Cour ne constitue pas un obstacle à ce que la jurisprudence considère plus tard les articles 85 et 86 du traité de la CEE comme des lois de protection.

2. L'organisation de marché du traité de la CECA

Le traité de la CECA institue, entre les six Etats membres, un marché du charbon et de l'acier commun, uniforme, qui ne laisse aucune place à des marchés du charbon et de l'acier dans le cadre national des Etats membres. C'est pourquoi, en bonne logique, tant le traité de la CEE (art. 232, par. 1) que la loi allemande sur les restrictions à la concurrence (par. 101, no. 3) excluent le charbon et l'acier de leur champ d'application respectif, européen ou national. Il convient à ce sujet d'attirer l'attention sur le fait que le traité de la CEE ne contient aucune disposition analogue en ce qui concerne la loi sur les restrictions à la concurrence et que cette dernière n'en contient pas en ce qui concerne le traité de la CEE. Il y a là une indication importante pour la solution future de la question concernant les rapports réciproques des diverses organisations de marché.

Le traité de la CECA prévoit trois facteurs auxquels incombe l'organisation du marché du charbon et de l'acier, à savoir :

- a) la Haute Autorité,
- b) les différents Etats membres, comme par exemple en ce qui concerne la question des salaires, et
- c) les entreprises ou les concentrations d'entreprises.

Lorsque, dans son article 2, deuxième alinéa, le traité de la CECA assigne pour mission à la

Communauté d'établir les conditions assurant par elles-mêmes la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé tout en sauvegardant la continuité de l'emploi et en évitant de provoquer, dans les économies des Etats membres, des troubles fondamentaux et persistants, il résulte que le traité de la CECA ne considère pas les principes autonomes de l'économie de marché comme le facteur d'organisation essentiel ; il ne les reconnaît comme tel que dans un cadre restreint pour éviter que des réglementations privées ne prennent le pas sur les réglementations de droit public de la Haute Autorité et des Etats membres. Les articles 58 et 59 prouvent que la Communauté du charbon et de l'acier ne reconnaît la concurrence comme un facteur d'organisation du marché que lorsqu'il existe un rapport à peu près équilibré entre l'offre et la demande. Aussi convient-il d'approuver la Cour fédérale de justice lorsqu'elle dit que, d'après le traité de la CECA « il appartient essentiellement aux institutions de la Communauté de diriger et de contrôler l'uniformisation du marché ».

B. Le traité instituant

la Communauté économique européenne

D'après leur texte même, les articles 85 et 86 visent à protéger la liberté des échanges entre les Etats membres ; le traité de la CEE n'intéresse donc pas directement les échanges à l'intérieur d'un Etat membre et son organisation nationale de marché. En outre, l'article 232, paragraphe 2, exclut expressément du champ d'application matériel du traité de la CEE les échanges de charbon et d'acier entre les divers Etats membres.

Exception faite des dispositions particulières ayant trait à l'agriculture et aux transports, le traité de la CEE ne contient aucune disposition permettant une réglementation dirigiste de l'économie. Il se distingue ainsi essentiellement du traité de la CECA. Alors que ce dernier ne voit dans le libre jeu de la concurrence qu'un des nombreux facteurs d'organisation du marché, le traité de la CEE laisse exclusivement au libre jeu de l'offre et de la demande le soin d'organiser le marché commun et se contente d'instituer une réglementation négative visant à empêcher qu'une organisation de marché privée ne se substitue à l'organisation publique à peine abolie et caractérisée par des droits de douane et des contingents.

⁽¹⁾ Voir ci-dessous point B.

VII. LES ACTIONS NÉES D'INFRACTIONS AUX ARTICLES 85 ET 86 DU TRAITE DE LA CEE

A. Le secteur public et les particuliers bénéficient d'un même traitement

En droit allemand, pour résoudre la question de savoir qui peut faire valoir des droits au titre d'une infraction à une loi réglementant l'économie, il est indifférent que l'intéressé soit une personne privée ou qu'il relève – par exemple sous forme de personne morale – de la propriété de l'Etat ou encore qu'il appartienne directement à l'Etat; dans ce dernier cas, il est à nouveau sans intérêt de savoir si les établissements organisés le plus souvent en tant que propriétés spéciales (Sondervermögen) sont soumis aux critères du droit privé, comme par exemple la Bundespost en raison de son activité participant à l'exercice de la puissance publique. En ce qui concerne la question des droits à des dommages-intérêts, il importe simplement de savoir si les sujets de droit mentionnés ont subi un dommage du fait de l'infraction à la loi régissant l'économie et si la loi vise précisément la protection de l'intéressé. Il importe peu de savoir à quel système juridique appartient cette loi. Qu'elle affecte le droit local, le droit régional ou le droit fédéral, chaque infraction peut donner lieu à des actions en dommages-intérêts si la disposition visée doit être considérée comme une loi de protection. Logiquement, il faut en conclure que, pour l'application du traité de la CEE, il est également indifférent de savoir qui se présente comme ayant droit.

Inversement, le fait d'appliquer le même traitement au « fisc »⁽¹⁾ et aux personnes privées a pour conséquence que le « fisc » n'occupe pas une position particulière s'il participe à la vie économique par l'exercice d'une activité professionnelle⁽²⁾. Il est assujéti aux dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence tout comme à celles de la loi sur la concurrence déloyale, sauf exceptions formelles prévues aux paragraphes 99 à 103 de la loi sur les restrictions à la concurrence. De même, conformément à l'article 90 du traité de la CEE, les articles 85 et 86 de ce Traité s'appliquent en principe aux entreprises publiques.

La jurisprudence allemande a même tendance à appliquer des critères particulièrement rigoureux aux infractions commises, sur le plan

(1) Le terme allemand « Fiskus » (fisc) désigne l'Etat non pas en tant que puissance publique, mais en tant que titulaire d'un patrimoine et de droits patrimoniaux (N.D.L.T.).

(2) Voir Baumbach-Hefermehl : op. cit. remarque générale 97.

de la concurrence, par des entreprises appartenant à l'Etat, en cas de fraudes commerciales ou d'entraves à la libre concurrence provoquées par l'intervention d'une autorité publique⁽³⁾.

B. Exemples

En définitive, nous avons à nous demander, d'une part, si les articles 85 et 86 constituent, en tout ou en partie, des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, et, d'autre part, si le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale est applicable à une entreprise qui s'arroge un avantage concurrentiel par rapport à un concurrent par des infractions visées aux articles 85 et 86 et par conséquent contraires aux bonnes mœurs.

Avant d'examiner ces questions, il semble indiqué de montrer par des exemples quelles sont les différentes formes d'infractions aux articles 85 et 86 que l'on peut tout d'abord imaginer en théorie et rencontrer probablement en pratique⁽⁴⁾.

1. Infractions à l'encontre d'entreprises du même stade économique

a) Article 85

aa) Les cinq plus importants constructeurs de certains appareils du Marché commun ayant leur siège respectif en Belgique, en Allemagne, en France, en Italie et aux Pays-Bas, concluent un accord visant à abaisser, à partir d'une certaine date, leurs prix départ usine applicables à l'Allemagne au-dessous du niveau du prix de revient, pour éliminer sur le marché commun les autres concurrents qui sont loin d'avoir la même envergure financière.

bb) Ces cinq constructeurs concluent une entente prévoyant des remises sur le chiffre d'affaires global et dont l'éventail est tellement favorable pour les grossistes allemands que d'autres producteurs du Marché commun, y compris les producteurs allemands, se trouvent exclus du marché de gros allemand.

cc) Les constructeurs allemands de certains appareils constituent, en tant qu'association enregistrée, un groupement instituant un label de qualité et refusent d'admettre dans ce groupement tant un concurrent italien qu'un nouveau concurrent allemand, bien que les

(3) RG JW 1929, p. 2348.

(4) Il est précisé que les exemples cités sont tous imaginaires (N.D.L.E.).

produits de ces concurrents répondent aux exigences de qualité fixées par les statuts de l'association. Or, le commerce de gros et de détail allemand ne distribue que des appareils portant un label de qualité.

b) *Article 86*

Une grande entreprise allemande fabrique un produit qu'elle vend sur tout le Marché commun ; sa part dans le marché allemand représente environ 75 %. Ce produit est fabriqué à partir d'un sous-produit que la grande entreprise récupère dans une autre section de son programme de production et qu'elle seule met en vente. Jusqu'ici deux petites entreprises situées, l'une en Allemagne, l'autre en Italie, se procuraient ce sous-produit à un prix convenable auprès de la grande entreprise. Subitement, la grande entreprise relève le prix de vente de ce sous-produit dans une proportion telle que les prix de revient des deux petits producteurs se situent à un niveau supérieur à celui du prix départ usine fixé par la grande entreprise pour le produit fini, bien que ce dernier prix contienne une marge bénéficiaire élevée.

2. Infractions à l'encontre d'entreprises se situant à des stades économiques différents

a) *Article 85*

aa) Pour maintenir les prix imposés, certains constructeurs de l'Allemagne, de l'Italie, de la Belgique, et des Pays-Bas conviennent de ne pas approvisionner les grossistes et détaillants français, car, en vertu du droit français, ces négociants ne peuvent pratiquer des prix imposés. De nombreux français achètent alors les produits de ces constructeurs auprès des négociants non établis en France.

bb) En vertu d'un accord commun, des producteurs groupés sous la même marque de fabrique accordent à un groupe déterminé de grossistes allemands, qui se sont engagés à ne pas vendre de produits concurrents, des remises telles que les négociants allemands et italiens vendant des produits de substitution concurrents subissent des pertes sur le marché allemand.

cc) Sur l'initiative d'une industrie allemande, le commerce de gros allemand convient de ne plus vendre de produits italiens.

b) *Article 86*

aa) Une entreprise allemande détient des brevets dans les six Etats membres de la CEE

pour la construction d'un certain modèle de machine. Uniquement en Italie et en France, elle est en concurrence restreinte avec une entreprise américaine qui utilise un autre modèle, également breveté. Aussi l'entreprise allemande fixe-t-elle les prix départ usine applicables aux grossistes allemands et aux grossistes des Etats du Benelux à un niveau bien supérieur à celui des prix applicables aux grossistes italiens et français. Les clients allemands, refusant les services des grossistes allemands, n'achètent plus qu'en Italie et en France.

bb) Profitant d'une nouvelle invention qui ne porte pas atteinte aux brevets de l'entreprise allemande, un nouveau concurrent britannique essaie de prendre pied sur le marché de la CEE. Il met à profit les services d'un grossiste allemand. Le producteur allemand conclut alors avec son ancien concurrent américain une entente de lutte de prix ne permettant plus au concurrent britannique et à son grossiste allemand de rester compétitifs.

cc) Un organisme allemand d'assurances refuse d'admettre comme fournisseur un producteur français de certains appareils.

3. Infraction à l'encontre de clients

a) Clients du secteur commercial

aa) *Article 85*

Les fabricants d'un produit indispensable aux chemins de fer de tous les pays du marché commun concluent une entente de prix, de sorte que les diverses compagnies de chemin de fer, parmi lesquelles la Bundesbahn, qui ne peuvent acheter ce produit ailleurs, doivent payer des prix sensiblement plus élevés que jusqu'ici. Les concurrents des chemins de fer, notamment les entreprises de transport de marchandises par route et les compagnies de navigation, ne subissent pas les effets de cette entente de prix, soit en raison des circonstances, soit en raison d'une convention expresse des membres de l'entente.

bb) *Article 86*

Protégé par des brevets dans les six Etats membres de la CEE, un producteur allemand qui monopolise la construction de pièces nécessaires à une industrie vend ses produits aux constructeurs de la CEE à un prix dépassant son prix de vente sur le marché mondial au point que ces constructeurs subissent de fortes pertes lorsqu'ils exportent vers les pays situés en dehors de la CEE, parce que le

même producteur vend ces pièces aux constructeurs américains à des prix notablement inférieurs.

b) Consommateurs

aa) Article 85

Certains producteurs de la CEE constituent une entente de défense des prix qui a pour effet de relever d'environ 15 % les prix de construction des ouvrages publics sur l'ensemble du Marché commun.

bb) Article 86

En procédant à des échanges de brevets, le plus important constructeur de certains appareils de la CEE, qui a son siège en Allemagne, parvient à déterminer ses anciens concurrents américains à renoncer au marché européen. Ce producteur relève ensuite ses prix de 300 %.

C. Contre qui peut-on intenter les actions en dommages-intérêts nées d'infractions aux articles 85 et 86 du traité de la CEE ?

Si l'on veut appliquer la législation allemande en matière de responsabilité délictuelle à des infractions aux articles 85 et 86 du traité de la CEE, il faut se rappeler que ces dispositions ne visent que les entreprises auxquelles il est interdit de restreindre le jeu de la concurrence ou d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de la CEE, le droit allemand ne connaissait pas la notion d'entreprise en tant que sujet de droit responsable délictuellement. N'étaient considérées comme sujets de droit que les personnes physiques et morales. Dans le cadre du droit de la responsabilité délictuelle, la législation allemande se base sur le principe de droit romain : « *societas delinquere non potest* ». Aussi le droit civil allemand contient-il une disposition formelle d'après laquelle une personne morale est responsable du dommage que l'organe qui la représente (comité directeur, membre du comité directeur, représentant dûment mandaté en vertu des statuts) cause à un tiers par une action commise en exécution de son mandat et donnant droit à réparation (par. 31 du code civil). Le droit allemand se base donc tout d'abord sur la responsabilité de l'individu et n'admet que sous ces conditions une action concurrente contre la personne morale.

En outre, les personnes morales et physiques sont responsables du dommage causé à un tiers par leur mandataire en exécution de son mandat (par. 831 du code civil). D'après cette disposition, une personne physique ou morale est par exemple responsable de l'accident que le chauffeur qu'elle emploie a causé pendant la durée de son travail.

Du fait que, conformément au paragraphe 831 du code civil, la présomption de responsabilité du commettant tombe s'il fournit la preuve qu'il a choisi avec soin le préposé, cette disposition a perdu de son importance pratique, car notamment les grandes entreprises industrielles réussissent régulièrement à administrer cette preuve⁽¹⁾.

En ce qui concerne le droit allemand, le traité de la CECA a créé pour la première fois la notion d'entreprise au sens précité. Vinrent ensuite la loi sur les restrictions à la concurrence et le traité instituant la CEE. Mais alors que la loi sur les restrictions à la concurrence a maintenu, dans son paragraphe 35, le système allemand traditionnel de la responsabilité primaire de la personne physique qui considère par conséquent l'individu, la personne physique, comme le premier sujet auquel ces dispositions s'appliquent, ni le traité de la CECA, ni celui de la CEE ne contiennent une telle responsabilité individuelle; il est évident que les articles 85 et 86 ne s'adressent qu'à des entreprises.

Si ces entreprises sont constituées sous forme de personnes morales, il n'en résulte aucune particularité dans le cadre du droit allemand en matière de responsabilité délictuelle. De telles entreprises sont éventuellement tenues à la réparation des dommages en vertu des paragraphes 31 et 831 du code civil. D'après l'opinion dominante⁽²⁾, ce principe s'applique également lorsque l'entreprise est constituée sous forme de société en nom collectif. En pratique, ces cas constituent probablement la majorité, car presque toutes les entreprises industrielles allemandes sont organisées sous forme de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée.

En revanche, dans les cas plus rares où l'entreprise appartient directement à une personne physique, comme par exemple Krupp, une lacune apparaît en matière de responsabilité, parce que nous ne disposons pas ici d'une réglementation correspondant au paragraphe 31 du

⁽¹⁾ Aussi cherche-t-on actuellement à amender la loi pour exclure la possibilité de fournir cette preuve déchargeant de toute responsabilité.

⁽²⁾ BGH NJW 1952, p. 537.

code civil, que l'on peut régulièrement administrer la preuve à décharge prévue par le paragraphe 831 et que souvent il n'est pas possible de prouver chez le propriétaire une activité directe (intention) qui, la plupart du temps, n'existe même pas ⁽¹⁾.

En examinant ci-après la question de savoir si une infraction aux articles 85 ou 86 peut fonder une action en dommages-intérêts, dans la mesure où ces articles constituent des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, il convient de considérer tout d'abord que l'entreprise est tenue à réparation en vertu du paragraphe 31 du code civil en raison du fait que ses organes représentatifs ont commis une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86. On peut tout d'abord laisser de côté le cas particulier mentionné plus haut où l'entreprise est constituée par une seule personne physique, car, en face du grand nombre de cas où l'entreprise est constituée par des personnes morales, cette hypothèse se présente rarement.

D. Les infractions aux dispositions des articles 85 et 86 du traité de la CEE

1. Les articles 85 et 86 du traité de la CEE en tant que lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil allemand

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, en cas de doute, la jurisprudence allemande considère les dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence comme des lois de protection. Les auteurs admettent que l'intérêt protégé n'est pas seulement le système économique allemand basé sur la concurrence en tant qu'institution, mais encore le droit de l'individu d'exercer librement ses activités économiques. Cette interprétation de la loi sur les restrictions à la concurrence en tant que disposition visant la protection de la liberté individuelle s'inspire des articles 2 et 12 de la loi fondamentale.

La conclusion selon laquelle, en cas de doute, la jurisprudence allemande considère les dis-

positions de la loi sur les restrictions à la concurrence comme des lois de protection, et considérera également à l'avenir les articles 85 et 86 comme des lois de protection, n'est pas toujours impérative sans autre examen. Elle demande que soient examinées l'analogie et la divergence des conditions posées.

Il convient tout d'abord d'attirer l'attention sur le fait que l'on ne peut pas établir avec une certitude absolue si les articles 85 et 86 constituent ou non des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil; en effet, on peut imaginer une troisième possibilité: les articles 85 et 86 ne doivent être considérés comme des lois de protection que dans un certain cadre restreint et sous certaines conditions. En établissant un parallèle entre la loi sur les restrictions à la concurrence d'une part, et les articles 85 et 86 d'autre part, il convient avant tout de ne pas oublier que ces articles synthétisent l'ensemble du droit matériel des ententes de la CEE, alors que les paragraphes 1 à 43 de la loi sur les restrictions à la concurrence constituent des dispositions de détail du droit matériel des ententes. Précisément en raison du fait que le paragraphe 1 de cette loi n'a pas encore été reconnu par la jurisprudence comme loi de protection⁽²⁾, il faut user d'une extrême prudence et se garder d'affirmer que la jurisprudence qu'adopteront certainement les tribunaux allemands consistera à reconnaître d'une façon générale le caractère de loi de protection à l'article 85, paragraphe 1.

A l'encontre de la thèse selon laquelle les articles 85 et 86 peuvent être considérés comme des lois de protection au même titre que les dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence, on peut relever les points suivants: la liberté garantie par les articles 2 et 12 de la loi fondamentale a exercé une influence décisive sur l'opinion dominante⁽³⁾ en Alle-

⁽²⁾ Comme il serait logique de le faire si l'on suivait la jurisprudence admise jusqu'ici.

⁽³⁾ Voir Koenigs: Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, p. 1041; du même auteur: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1958, p. 589; Fikentscher: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, pp. 120, 227, 230; Biedenkopf: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958; du même auteur, dans Biedenkopf-Callmann-Deringer: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts 1957, pp. 11, 15 et suiv.; Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8e éd., GWB, introduction p. 1; ont attiré l'attention sur la protection du principe général de la liberté par le droit des ententes: Böhm: Demokratie und ökonomische Macht, dans Kartelle und Monopole in modernem Recht, vol. I, pp. 3 et suiv.; Günther: Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW, 1958, p. 379.

⁽¹⁾ Cette conclusion constitue un argument en faveur du fait que l'application par analogie du par. 31 du code civil semble également indiquée pour de tels cas. La jurisprudence a fait le premier pas en ce sens en appliquant par analogie le par. 31 du code civil aux sociétés en nom collectif, ce qui a fait perdre de son importance à la preuve à décharge du par. 831 du code civil. Il serait souhaitable que pour le cas présent les tribunaux se réfèrent également au par. 31 du code civil pour admettre la responsabilité de l'entreprise constituée sous forme d'entreprise commerciale appartenant à un particulier, car l'intérêt protégé est le même que pour la société en nom collectif.

magne, qui veut inclure notamment, dans le champ d'application de la loi sur les restrictions à la concurrence, la liberté individuelle d'exercer des activités économiques. En ce qui concerne la CEE, nous ne disposons pas d'une telle idée directrice en matière d'interprétation, c'est-à-dire d'une disposition constitutionnelle de rang supérieur, indiquant la direction à suivre. Rien n'indique par conséquent que les auteurs du traité de la CEE aient voulu affirmer dans les articles 85 et 86, sur le plan économique, une certaine conception de la liberté individuelle découlant de la future intégration politique et anticipant sur elle ; il semble par conséquent douteux qu'on ait voulu protéger les activités économiques des particuliers. Un autre argument empêchant la jurisprudence de considérer pleinement les articles 85 et 86 comme des lois de protection réside dans la tendance qui s'est fait jour dans l'arrêt précité de la Cour fédérale de justice à ne pas considérer comme de telles lois de protection des dispositions assez imprécises, comme par exemple l'article 60 du traité de la CECA, en raison du danger d'insécurité juridique qu'elles recèlent.

En revanche, on peut faire valoir les arguments suivants en faveur du caractère de lois de protection des articles 85 et 86 :

Conformément à l'article 2, la Communauté économique européenne a pour mission de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté. L'article 7 interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Ballerstedt⁽¹⁾ déduit des dispositions analogues de l'article 4 du traité de la CECA⁽²⁾ que l'interdiction des discriminations exercées en raison de la nationalité vise précisément la protection du particulier et que les articles 4 et 60 du traité de la CECA constituent ainsi des lois de protection⁽³⁾. Il convient de souscrire à cette opinion — également en ce qui concerne le domaine de la CEE — et même dans un cadre encore plus large. Certes, les articles 85 et suivants ont tout d'abord pour objet de protéger le Marché commun contre les ententes privées et les positions dominantes qui affectent ce marché ; cependant, le Marché commun consiste précisément dans la multitude de possibilités laissées à chaque sujet de droit d'exercer ses activités, tant sur le plan de

l'offre que sur le plan de la demande, sur l'ensemble de ce marché. Toute entrave imposée à un participant au marché (du côté de l'offre ou du côté de la demande) par boycottage, refus de livraison ou autres mesures analogues susceptibles d'écarter l'intéressé de certains secteurs territoriaux ou matériels du Marché commun ou de parties de celui-ci, doit donc également être considérée comme interdite par les articles 85 et 86 dans l'intérêt de cette personne lésée. Il n'y a donc pas de doute que, par exemple, l'arrêt de la Cour fédérale de justice concernant l'admission dans un groupement économique⁽⁴⁾ aurait dû, même en vertu des articles 85 et 86, mener au même résultat, si le refus d'admettre l'intéressé dans le groupement l'avait empêché d'exercer ses activités économiques sur le Marché commun ou dans une partie de celui-ci. Il en est de même, par exemple, lorsque l'on crée des communautés pour la défense de brevets visant à exclure du Marché commun, dès l'origine, tout nouveau concurrent.

A la question de savoir si la jurisprudence allemande considérerait les articles 85 et 86 du traité de la CEE comme des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, il convient donc de répondre, avec la prudence nécessaire lorsqu'il s'agit de donner un avis sur des arrêts futurs, que selon toute vraisemblance les tribunaux n'accorderont le droit d'intenter des actions de dommages-intérêts pour infraction à ces dispositions que lorsque l'infraction consiste à exclure l'intéressé, qu'il soit offrant ou demandeur, du Marché commun ou de parties essentielles de celui-ci. En revanche, il semble douteux que dans un cadre plus large la jurisprudence allemande accorde aux articles 85 et 86 le caractère de loi de protection.

2. Infraction aux articles 85 et 86 en tant que concurrence déloyale conformément au paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale

On a exposé plus haut, en se basant sur l'arrêt de la Cour fédérale de justice (BGHZ 29, p. 208), qu'une infraction aux dispositions de la loi sur les restrictions à la concurrence constitue simultanément une infraction au paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale si, par une infraction permanente à une disposition légale, un concurrent s'arrogue un avantage concurrentiel. D'après l'opinion dominante, il n'est alors pas nécessaire que la disposition sur laquelle porte l'infraction ait précisément

⁽¹⁾ *Überationale und nationale Marktordnung, eine montanrechtliche Studie*, 1955, p. 41.

⁽²⁾ En corrélation avec l'article 60 du traité de la CECA.

⁽³⁾ La Cour fédérale de justice (BGHZ 30, pp. 87 et suiv.) n'a pas résolu cette question spéciale.

⁽⁴⁾ Voir ci-dessus, p. 20 et BGHZ 29, p. 344.

pour objet de protéger le concurrent. A condition que les parties soient concurrentes et qu'il y ait une certaine continuité dans l'infraction à la loi, parce qu'un seul acte contraire à la loi ne constitue pas encore un acte immoral, le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale accorde une protection plus large que le paragraphe 823, alinéa 2, du code civil; en effet, alors que dans le cas du paragraphe 823, alinéa 2, l'infraction doit précisément viser une loi de protection, en ce qui concerne le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale, il suffit que cette infraction vise une loi portant une interdiction. Il ne fait pas de doute que les articles 85 et 86 constituent de telles lois portant une interdiction comme l'indique déjà l'énoncé (« sont incompatibles avec le Marché commun et interdits... »). Indépendamment de la question de savoir si les articles 85 et 86 sont des lois de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, une infraction à ces dispositions autorise le concurrent — si les conditions mentionnées sont réunies — à faire valoir ses droits au titre du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale. Il convient à ce sujet de se rappeler ce qui a été dit plus haut, à savoir que le droit allemand définit très largement la notion de concurrent. Même si l'on était d'avis que les articles 85 et 86 ne visent qu'à protéger l'organisation libre du marché, et en aucun cas à protéger le particulier, cela n'exclurait pas les droits à faire valoir au titre du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale. Pour illustrer ceci, nous attirons une nouvelle fois l'attention sur Baumbach-Hefermehl⁽¹⁾ qui considère comme immoral de s'arroger un avantage concurrentiel en s'abstenant de verser des droits de douane ou des impôts, ou encore sur l'arrêt du tribunal du Reich⁽²⁾ qui considère également comme immoral de s'arroger un avantage concurrentiel en versant aux travailleurs des salaires inférieurs au barème fixé par les conventions collectives.

3. Violation du droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel

On peut également imaginer des demandes en dommages-intérêts fondées sur le paragraphe 823, alinéa 1, du code civil pour violation du droit de créer et d'exploiter librement un établissement professionnel: mais, en pratique, ces actions seront considérées comme subsidiaires par rapport aux actions fondées

(1) Op. cit. par. 1 de la loi sur les restrictions à la concurrence, remarque 157; voir plus haut, p. 13.

(2) RGZ 117, 16.

sur le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale et sur la violation d'une loi de protection. On peut donc, sur ce point, se rapporter à ce qui a été dit plus haut⁽³⁾.

E. Solution des cas cités comme exemples (4)

1. Infractions à l'encontre d'entreprises du même stade économique

a) Article 85

aa) Il s'agit du cas d'une entente de lutte de prix visant à éliminer les concurrents; elle relève indubitablement de l'article 85, paragraphe 1, car nous sommes en présence d'un accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres⁽⁵⁾ et qui a pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun.

D'après les explications fournies plus haut, l'article 85 constitue à cet égard, une loi de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, car il vise à prévenir que l'intéressé ne soit pas empêché d'exercer ses activités économiques dans le Marché commun ou dans une partie de celui-ci. Comme tel est l'objectif recherché par l'entente de lutte de prix, on se trouve en présence d'une infraction au paragraphe 823, alinéa 2, en corrélation avec l'article 85, qui entraîne l'obligation de réparer les dommages; un adversaire allemand de cette entente peut donc au moins exiger du membre allemand de l'entente la réparation du dommage causé et la cessation des troubles.

Pour que le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale soit applicable, il ne suffit pas qu'un concurrent vende en dessous du prix de revient⁽⁶⁾, mais le fait d'offrir systématiquement des prix inférieurs en vue de l'élimination du concurrent relève de cet article⁽⁷⁾. Le paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale est encore applicable en raison des arguments exposés ci-dessus, car les cinq membres de l'entente cherchent, conformément à leur entente interdite par l'article 85, à s'arroger ultérieurement —

(3) Voir ci-dessus, p. 8 et suiv.

(4) Il est précisé que les exemples cités sont tous imaginaires (N.D.L.E.).

(5) Voir Gleiss: Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (AWD) 1962, pp. 121 et suiv. et Baumbach-Hefermehl: art. 85 du traité de la CEE, remarque 13b.

(6) BGH WuW 1955, p. 118; RG JW 1936, p. 651; Baumbach-Hefermehl: op. cit. par. 1 de la loi sur la concurrence déloyale, remarque 159.

(7) Baumbach-Hefermehl, op. cit., par. 1 de la loi sur la concurrence déloyale, remarque 154 et suiv.; RGZ 134, p. 342.

après élimination des concurrents – un avantage concurrentiel, et même une position de monopole. Dans ces conditions, les concurrents intéressés peuvent intenter des actions en réparation de dommages et en cessation de troubles en vertu du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale.

bb) Cette entente prévoyant une remise sur le chiffre d'affaires global tombe sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, parce que le commerce de ceux qui ne sont pas membres de l'entente en est affecté tant dans leur propre pays que dans d'autres pays de la CEE ; il est possible de se référer à la décision de l'Office fédéral des ententes⁽¹⁾ d'après laquelle de telles ententes prévoyant des remises sur le chiffre d'affaires global ne sont autorisées que si elles tiennent suffisamment compte des achats effectués par des non-membres de l'entente. Les explications fournies par l'Office fédéral des ententes à propos du paragraphe 3 de la loi sur les restrictions à la concurrence s'appliquent par analogie à l'article 85 si les autres conditions prévues par cet article sont, comme c'est ici le cas, réunies. Toutefois c'est une question de fait que de déterminer si l'effet de l'infraction à l'article 85 est tel que les concurrents se trouvent pratiquement éliminés du marché de la République fédérale, c'est-à-dire d'un Etat membre du Marché commun ; si c'est le cas, il y a infraction à une loi de protection, ce qui justifie une action en dommages-intérêts et en cessation de troubles en vertu de l'article 823 paragraphe 2.

C'est également une question de fait que de savoir si l'entente prévoyant des remises sur le chiffre d'affaires global relève du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale ; comme il y a toujours infraction au paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale si un concurrent s'arrogé un avantage concurrentiel en portant de façon continue atteinte à une loi – qui ici est l'article 85, paragraphe 1 – on peut déjà faire valoir, dans notre exemple, des actions en dommages-intérêts et en cessation de troubles lorsque l'entente prévoyant des remises sur le chiffre d'affaires global entraîne pour ses membres un avantage concurrentiel non basé sur la productivité ; l'application du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale ne suppose donc pas – comme celle de l'article 85 en tant que loi de protection – que l'entente soit susceptible d'éliminer les entreprises non-membres de l'entente d'une partie substantielle du Marché commun.

(1) Betriebsberater (BB) 1959, p. 430 ; Biedenkopf BB 1958, p. 757.

cc) En ce qui concerne le groupement instituant un label de qualité, il s'agit certes d'un groupement d'entreprises interdit par l'article 85, paragraphe 1, mais l'interdiction peut éventuellement être déclarée inapplicable en vertu du paragraphe 3. La Commission n'est en fait habilitée à faire une déclaration de non-applicabilité que si l'admission de producteurs non allemands s'effectue aux conditions prévues pour l'admission des producteurs allemands. Le refus des membres de l'entente d'accepter des producteurs allemands doit être apprécié d'après le droit allemand, car les échanges entre Etat n'en sont pas affectés ; en revanche, en ce qui concerne l'admission du producteur italien, le cas doit être apprécié conformément à l'article 85. Il s'agit du maintien d'une répartition nationale de marchés, c'est-à-dire d'une infraction à l'article 85, qui constitue à cet égard une loi de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil. Dans ces conditions, le producteur italien peut demander des dommages-intérêts aux membres allemands de l'entente⁽²⁾.

En revanche, s'il fait valoir des droits à l'encontre du groupement lui-même, ces droits sont régis par l'article 86 en corrélation avec le paragraphe 823, alinéa 2, du code civil. Il a surtout le droit d'être admis dans le groupement⁽³⁾.

Comme les conditions précitées sont réunies pour faire valoir des droits au titre du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale, car en n'admettant pas leur concurrent italien, c'est-à-dire en commettant une infraction continue aux articles 85 et 86, les membres allemands s'arrogent un avantage concurrentiel, le concurrent italien peut également se baser sur cette disposition pour réclamer des dommages-intérêts. Comme l'Italie – ainsi que tous les Etats membres de la CEE – est membre de la Convention d'union de Paris⁽⁴⁾, le paragraphe 28 de la loi sur la concurrence déloyale ne fait pas obstacle à cette demande.

Suivant l'interprétation large donnée ci-dessus à la notion de concurrence au sens du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale, le concurrent italien peut également intenter des actions directes contre le groupement instituant un label de qualité. Ici également l'intéressé peut faire valoir son droit à l'admission dans le groupement.

(2) Nous admettons ici que le droit allemand est applicable.

(3) Voir, à ce sujet, BGHZ 29, 344.

(4) Voir RGBl 1928 II, p. 175 ; RGBl 1937 II, p. 583.

b) Article 86

Comme l'exemple cité nous montre non seulement un producteur allemand mais encore un producteur italien, tous deux ne pouvant se passer de ce sous-produit, il est inutile de se demander si l'article 86 n'est applicable que dans le cas où la position dominante sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un Etat membre (1).

L'abus pourrait consister dans le fait que la grande entreprise impose directement des prix d'achat non raisonnables. Ce qui n'est pas raisonnable est déterminé par les faits; il semble qu'ici ce soit le cas, car le niveau des prix élimine complètement les petits producteurs du Marché commun. Ici apparaît néanmoins la difficulté liée au contrôle de tout abus (cette difficulté touchant au droit matériel réside déjà dans le problème de l'appréciation), car la hausse des prix peut, par exemple, être justifiée au point de vue économique si ce sous-produit est demandé subitement ailleurs. En pareil cas, il convient toujours d'examiner le cas concret en tenant compte des difficultés de la partie requérante à fournir les preuves. Si elle parvient à administrer la preuve que le relèvement des prix vise exclusivement à l'éliminer du marché, il convient d'y voir une infraction à l'article 86 qui constitue alors également une loi de protection au sens du paragraphe 823, alinéa 2, si elle est susceptible d'éliminer la partie requérante au moins d'une partie substantielle du Marché commun. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre, en plus de l'action en vertu du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil, une action concurrente en vertu du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale. La réparation du dommage consiste en l'octroi d'un prix raisonnable, ce qui revient en définitive à une obligation de contracter.

2. Infractions à l'encontre d'entreprises se situant à des stades économiques différents

a) Article 85

aa) L'accord décrit interdit absolument au commerce français d'acheter dans les autres pays du Marché commun. L'infraction à l'article 85 est alors telle que, d'après les critères exposés ci-dessus, elle doit être considérée

(1) Il faut sans doute répondre par la négative et entendre également par «partie substantielle» du Marché commun le territoire d'un Etat membre.

comme une atteinte à une loi de protection (2). Dans ce cas, il est relativement facile de prouver le dommage car les commerçants intéressés n'ont qu'à chiffrer la quantité de produits importés en France en provenance des autres pays.

bb) Les dispositions de l'accord permettent de déterminer si l'attribution d'une marque de fabrique relève de l'article 85. Au moins là où, dans l'esprit des consommateurs, de telles marques se sont presque identifiées à la désignation de la marchandise, l'octroi de la marque risque de conduire à une véritable restriction de la concurrence. C'est notamment le cas lors de la création d'un pool de marques. Dans l'exemple examiné, il s'y ajoute un accord vertical relevant de l'article 85. Cependant comme les fabricants de produits de substitution concurrents et le commerce de gros de ces produits, tout en subissant des dommages économiques, ne sont pas éliminés du Marché commun ou d'une partie substantielle de celui-ci, nous sommes bien en présence d'une infraction à l'article 85, mais elle ne relève pas des cas pour lesquels l'article 85 constitue une loi visant la protection du libre accès au Marché commun. Il n'y a donc pas lieu de faire valoir des droits au titre du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil. En revanche, pour les motifs déjà plusieurs fois indiqués, une action est recevable au titre du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale; en tant qu'action en cessation de troubles, elle est dirigée contre les effets de l'accord vertical et vise ensuite à la réparation des dommages. En ce qui concerne la preuve du dommage, il y a lieu de se référer à ce qui a été dit plus haut.

cc) Il s'agit ici d'un véritable cas de boycottage contre les producteurs italiens. C'est le cas type d'une infraction à l'article 85, qui en ce sens constitue une loi de protection. Des actions en réparation de dommages et en cessation de troubles peuvent être intentées en vertu du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil tant contre les instigateurs que contre les auteurs de boycottage. Les mêmes actions sont possibles en vertu du paragraphe 1 de la loi sur la concurrence déloyale.

b) Article 86

aa) On peut se demander si la différence de traitement des grossistes ne constitue pas un abus de position dominante; il y a certainement discrimination des grossistes allemands et de

(2) On n'examinera pas ici si, d'après les principes du droit international privé, c'est le droit délictuel allemand ou français qui est applicable à une action intentée contre les membres allemands de l'entente; nous admettons que le droit allemand est applicable.

ceux des pays du Benelux. L'article 86(c) mentionne comme exemple type d'abus l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes. La particularité du cas étudié réside toutefois dans le fait que c'est seulement là où l'entreprise allemande ne détient pas une position dominante sur le marché qu'un bas niveau de prix est accordé en raison précisément de l'absence de cette position dominante. Par conséquent, tant que les prix en Allemagne et dans les Etats du Benelux ne dépassent pas un niveau raisonnable, on ne pourra pas encore parler d'abus. C'est ainsi par exemple qu'il n'y a pas encore d'abus dans le fait qu'une entreprise dominante sur le marché recherche une rente dite de monopole et qu'en cas de domination du marché dans certains secteurs partiels du Marché commun elle répercute cette rente sur les prix en vue de la défense de ces avantages dûs à la localisation de l'entreprise. La particularité du cas étudié réside dans le fait qu'ici les disparités en matière de prix aboutissent à l'élimination des grossistes allemands et des grossistes des pays du Benelux.

Il dépend donc toujours du cas d'espèce que l'exploitation d'une position dominante sur le marché devienne ou non un abus. Cette condition est réalisée en cas d'exclusion totale d'une certaine catégorie de commerçants dans un ou dans plusieurs Etats membres de la CEE.

Sous condition que la disparité des prix appliqués les élimine complètement du marché, les grossistes allemands et ceux du Benelux⁽¹⁾ peuvent donc intenter des actions en dommages-intérêts et en cessation de troubles en vertu de l'article 86 en corrélation avec le paragraphe 823, alinéa 2, du Code civil.

bb) Pour la solution de ce cas, on peut se référer à celle qui a été donnée dans le premier exemple cité, puisqu'il s'agit ici d'un cas où un partenaire est sciemment éliminé de la concurrence.

⁽¹⁾ Ici également on admettra d'emblée que le droit allemand est applicable.

cc) La particularité de ce cas réside dans le fait qu'un organisme d'assurances se présente ici comme demandeur. La Cour fédérale de justice⁽²⁾ a statué que, dans un tel cas, une caisse locale de maladie du régime général d'assurances sociales doit être considérée comme une entreprise au sens de la loi sur les restrictions à la concurrence. Il n'y a aucune raison d'admettre que ce point de vue ne serait pas applicable à la notion d'entreprise des articles 85 et 86. Il s'agit ici d'un cas de boycottage écartant le producteur français du Marché commun; en conséquence, ce producteur peut faire valoir une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 86 en relation avec le paragraphe 823, alinéa 2, du code civil à l'encontre de l'organisme allemand d'assurances.

3. Infraction contre des clients

Comme il a été exposé plus haut, la jurisprudence allemande ne permet pas d'inférer que, selon toute probabilité, les articles 85 et 86 seront pleinement considérés comme des lois de protection. Les seuls cas où des clients peuvent être considérés comme protégés par ces dispositions en tant qu'individus sont donc ceux où ils font l'objet d'un boycottage indiscutable ou d'un refus de vente. Les exemples proposés ne rentrant pas dans cette catégorie, il est probable que les tribunaux allemands n'admettront pas que des actions en dommages-intérêts soient intentées par des clients pour infraction aux articles 85 ou 86, par exemple en raison des prix excessifs qui leur ont été demandés⁽³⁾.

Les clients ne peuvent faire valoir une action en vertu de la loi sur la concurrence déloyale, parce que, même si l'on admet l'interprétation la plus large, ils ne peuvent être considérés comme des concurrents⁽⁴⁾.

⁽²⁾ BGH NJW 1962, p. 196.

⁽³⁾ Nous ne discutons pas ici la question de savoir si une action en dommages-intérêts fondée sur le droit national (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) est cependant possible.

⁽⁴⁾ Voir ci-dessus, pp. 12 et suiv.

Aux Pays-Bas s'est développée une théorie voisine du système allemand de la responsabilité que les consultants néerlandais ont exposée comme suit :

I

1. La responsabilité de l'acte illicite trouve son fondement en droit néerlandais dans l'article 1401 du BW (Burgerlijk wetboek, code civil néerlandais). Cet article est la traduction presque littérale de l'article 1382 du code civil français, à ceci près que les mots « tout fait quelconque » de l'article 1382 du code civil ont été modifiés en « elke onrechtmatige daad » (tout acte illicite) dans l'article 1401.

2. Les conditions dont la réunion entraîne la responsabilité, énumérées à l'article 1401, sont donc : (1) l'acte illicite, (2) la faute, (3) le dommage, (4) la relation de cause à effet entre l'acte illicite et le dommage. A cet égard, depuis l'arrêt du Hoge Raad (Cour de cassation) du 31 janvier 1919 (Weekblad van het recht, 10365), l'acte illicite est interprété comme « un acte ou une omission qui porte atteinte au droit d'autrui, ou qui constitue un manquement aux obligations légales de l'auteur, ou qui est contraire, soit aux bonnes mœurs, soit à la diligence requise dans les relations sociales à l'égard de la personne ou des biens d'autrui ». Les normes juridiques écrites comprennent toutes les normes légales, qu'elles soient de droit privé ou de droit public (HR 20-11-1924, NJ 1925, 89; cet arrêt concernait la responsabilité des pouvoirs publics à l'occasion d'un acte illicite).

3. La condition de la « faute » vise l'imputabilité de l'acte illicite à son auteur. End'autres termes : en faisant une distinction entre « acte illicite » et « faute », le législateur néerlandais a fait à peu près la même chose que les commentateurs français de l'article 1382 du code civil, lorsqu'ils ont décomposé la notion de « faute » en éléments subjectifs et objectifs.

4. En ce qui concerne la condition de relation de cause à effet entre l'acte illicite et le dommage, la jurisprudence adopte le point de vue selon lequel le dommage doit résulter avec une vraisemblance suffisante de l'acte (théorie de la causalité adéquate).

5. D'après le droit néerlandais, toutes les personnes qui ont commis un acte illicite ayant causé un dommage à autrui peuvent être assignées pour la totalité des dommages, étant entendu toutefois que la victime ne doit jamais, au total, être indemnisée au-delà du dommage subi. Cette jurisprudence est fondée sur la considération que toutes les conditions de l'article 1401 du BW sont remplies quant à la responsabilité de chacun des auteurs. Si les auteurs se sont rendus coupables collectivement d'un acte illicite (p. ex. en participant à une convention illicite de prix), il n'est même pas nécessaire, d'après différents jugements rendus par des juridictions inférieures, de prouver qu'il existe un lien de cause à effet particulier entre l'action personnelle du co-auteur défendeur et le dommage. Le co-auteur ne pourra certainement pas invoquer que le dommage se serait produit même s'il n'avait pas participé à l'entente interdite; sinon, en cas d'acte illicite collectif, où l'action commune est un élément essentiel, chacun des co-auteurs pourrait se soustraire à la responsabilité.

6. En ce qui concerne le dommage, la jurisprudence admet que pour déterminer l'étendue du dommage, le juge n'est pas tenu par les modes de preuve légaux et que si des renseignements précis font défaut, il peut et doit même évaluer le dommage « ex aequo et bono ». L'impossibilité de déterminer le montant exact du dommage ne constitue donc pas en soi un motif pour rejeter une action en dommages-intérêts (1).

La question de savoir dans quelle mesure il est possible, d'après le droit néerlandais, de réclamer une indemnisation en espèces même quand le dommage causé par le fait illicite n'est pas matériel, n'a toujours pas été tranchée. D'une part, il est bien certain qu'en cas de lésion corporelle et autre atteinte à la personne (p. ex. privation de liberté ou viol) et d'atteinte intentionnelle à l'honneur et à la réputation, une action peut être intentée en réparation du

(1) L'arrêté de 1941 sur les ententes, qui a été remplacé en 1956 par la loi sur la concurrence économique, prévoyait en son art. 7, par. 4 : « Si l'étendue du dommage ne peut être déterminée ou si ce dommage ne peut pas être évalué en espèces, le juge est compétent pour fixer un montant en équité ».

dommage non matériel. D'autre part, il est également certain qu'en cas d'atteinte involontaire à l'honneur et à la réputation et en cas d'homicide (volontaire ou par imprudence), l'indemnisation du dommage moral ne saurait être accordée ni à la victime, ni à ses ayants droit, selon le cas. Le projet de code civil donne une énumération limitative des cas dans lesquels l'indemnisation du dommage non matériel peut être demandée; cette énumération contient quelques cas où l'indemnisation est encore exclue dans le droit actuel.

II

LOI D'INTERET GENERAL ET «SCHUTZNORMTHEORIE»

7. Depuis 1928, le Hoge Raad a créé une nouvelle condition de responsabilité qui s'ajoute à celles existantes, à savoir que la règle violée par l'acte illicite doit (aussi) viser à protéger la partie lésée, et notamment dans l'intérêt auquel il a été porté atteinte ⁽¹⁾.

Ce principe trouve surtout son application en ce qui concerne les règles de droit écrit et correspond dans ce cas à la conception allemande des « Schutzgesetze » au sens de l'article 823, paragraphe 2, du BGB, mais il a également été appliqué dans des cas où il n'y avait pas infraction à la loi, mais uniquement à une règle non écrite de diligence requise.

Dans la pratique, il n'est cependant pas fréquent que le Hoge Raad rejette une action pour le motif que l'intérêt lésé du demandeur n'était pas protégé par la règle violée. Un exemple récent en matière de concurrence déloyale est fourni par l'arrêt du Hoge Raad du 13 janvier 1961, NJ 1962 no. 245 : celui qui incite ou encourage A à ne pas dûment remplir des obligations envers B (avec qui A a conclu un contrat), commet en général un acte illicite à l'égard de B, mais non à l'égard d'un tiers qui subit également un dommage de ce fait, même si ce dommage pouvait être raisonnablement prévu. En l'occurrence, un importateur exclusif aux Pays-Bas avait intenté une action contre un détaillant qui avait réussi sans passer par l'importateur à se procurer des articles auprès du fabricant allemand (Gründig), afin de les revendre aux Pays-Bas au-dessous du prix imposé. Le détaillant ne pouvait y arriver qu'en

amenant les grossistes allemands à violer leurs contrats avec le fabricant. Même si le fait de tirer profit de cette violation de contrat constituait un acte illicite envers le fabricant, cela ne signifie pas qu'elle en constituait un vis-à-vis de l'importateur, à l'égard duquel les grossistes n'avaient pas d'obligations contractuelles.

Dans le sixième livre, qui vient de paraître, du projet de nouveau code civil (BW), les auteurs ont exprimé cette idée comme suit :

Articles 6.3.1. paragraphe 1 : « Celui qui commet envers une autre personne un acte illicite, qui peut lui être attribué, est tenu de réparer le dommage que cette autre personne subit de ce fait ».

Articles 6.3.2. paragraphe 1 : « L'obligation de réparation s'étend au dommage dont on pouvait raisonnablement prévoir qu'il serait la conséquence de l'acte commis, à moins que la règle violée n'ait pas pour objet de protéger du dommage prévisible tel que la personne lésée l'a subi ».

A cet égard, le projet ne fait rien d'autre que de fixer la solution développée par la jurisprudence.

Aux Pays-Bas, ce principe est appelé le plus souvent « principe de relativité » : le caractère illicite est « relatif » dans la mesure où il n'est reconnu qu'en ce qui concerne les personnes et les intérêts, protégés par la règle violée.

8. Toutefois, le principe est limité d'une manière non négligeable. A l'instar des auteurs, la jurisprudence admet notamment qu'un acte violant une loi déterminée qui visait à protéger l'intérêt X, peut constituer en même temps une infraction à une règle non écrite qui protégeait l'intérêt Y lésé in concreto. A l'occasion d'une action intentée par des dentistes contre une personne qui pratiquait l'art dentaire sans avoir la compétence requise par la loi, le Hoge Raad s'est exprimé comme suit :

« Le fait qu'un certain acte soit interdit en raison des intérêts que la loi entend protéger par ce moyen n'exclut cependant nullement que, si l'interdiction n'est pas observée, l'infraction ainsi commise puisse être un facteur codéterminant qui entraîne également la condamnation de ces pratiques nuisibles, en les considérant du point de vue de la diligence requise dans les relations sociales à l'égard des biens d'autrui ».

⁽¹⁾ HR 25 mai 1928, W. 11885 annoté par H.d.J.; N.J. 1928, p. 1688, annoté par le prof. Meijers.

(HR 17-1-1958 NJ 1961, 568 : le Hoge Raad avait d'abord retenu que la loi violée en l'occurrence visait uniquement à protéger les intérêts de la santé publique). Le Hoge Raad ajoute que cela pourrait être le cas notamment si la réglementation légale qui a été violée implique que certaines personnes ont un intérêt particulier à ce qu'elle soit respectée (comme c'était le cas en l'occurrence). Dans le domaine de la concurrence déloyale notamment, il peut être contraire à la correction dont il convient de faire preuve à l'égard des concurrents de s'assurer un avantage dans la lutte concurrentielle en agissant en contradiction avec certaines dispositions légales, même si ces dispositions n'ont pas pour objet de protéger contre la concurrence.

Comme le Hoge Raad ne limite pas trop le champ des intérêts protégés par une loi et comme il a admis par ailleurs l'éventualité susmentionnée, selon laquelle la violation d'une règle légale peut entraîner la violation simultanée d'une règle non écrite qui protège effectivement les intérêts du demandeur, le champ d'action du principe dit de la relativité est assez limité.

9. Il convient de signaler que le principe dit de la relativité n'est pas identique au principe tel qu'il est formulé dans la question qui nous est soumise. En effet, cette question établit une distinction entre les lois d'intérêt général et les lois protégeant des intérêts particuliers. Une telle distinction peut être intéressante pour l'application du « principe de relativité » appliqué dans le droit néerlandais, mais elle ne le sera pas nécessairement, notamment lorsque le contenu de l'intérêt général protégé coïncide en totalité ou en partie avec les intérêts particuliers qui ont été lésés. On en trouve un excellent exemple dans l'arrêt du 12 novembre 1958 de la Cour d'Arnhem, NJ 1959, 370. Une commune avait accordé une autorisation de bâtir en contradiction avec un plan d'extension existant et, par conséquent, en contradiction avec une disposition légale (art. 6, par. 2 de la «woningwet», loi sur l'habitat). L'un des voisins réclame de ce fait des dommages-intérêts à la commune. Celle-ci oppose notamment l'argument que la disposition incriminée de la «woningwet» ne vise qu'à protéger un intérêt général dans le cadre de l'aménagement du territoire et ne confère pas à l'intéressé un recours contre l'autorité. La Cour déclare à ce sujet : « le fait que la disposition vise à protéger l'intérêt général, lequel est promu par un plan d'extension... n'exclut toutefois nullement que la disposition sert en même temps les intérêts de certains intéressés et entend conférer aux intéressés le droit

d'exiger que les pouvoirs publics n'agissent pas en contradiction avec un plan d'extension approuvé lorsqu'ils délivrent des autorisations de bâtir ».

Toutefois, si la disposition légale violée vise uniquement à servir l'intérêt général et ne tend pas à protéger des intérêts particuliers, le citoyen lésé ne saurait fonder une action en dommages-intérêts au sens de l'article 1401 uniquement sur une infraction à cette disposition légale. Il n'existe pas d'arrêt formel du Hoge Raad en cette matière mais, pour illustrer cette manière de voir, nous renvoyons à l'arrêt du 17 mars 1958 de la section civile de la Cour de cassation française JCP 1959 II 10950. Depuis 1943, le voisin d'un bien classé monument historique en France a besoin d'une autorisation pour effectuer des transformations sur son terrain situé dans le champ de visibilité dudit bien. Le défendeur fit abattre sans autorisation un petit bois situé sur son propre terrain, le voisin propriétaire du monument actionne pour obtenir des dommages-intérêts en espèces et la remise en état des lieux, le défendeur ayant commis une « faute » en faisant abattre le petit bois sans avoir demandé l'autorisation requise par la loi. La Cour d'appel et la Cour de cassation ont rejeté la demande, parce que la loi incriminée « n'a pas pour objet de protéger les intérêts particuliers du propriétaire de l'immeuble inscrit, mais les intérêts généraux de la Nation », de sorte qu'il appartient à l'autorité administrative seule et non aux particuliers lésés « d'exercer une action en dommages-intérêts et en remise en état des lieux ». Dans leurs observations, J.-P. Gilliet et J. de Lanversin tirent la conclusion qu'en cas de « lésion d'un intérêt » par suite d'une infraction à la loi, il n'existe pas d'action en dommages-intérêts si l'intérêt lésé lui-même « n'était pas protégé par la loi même qui conditionnait la faute ».

D'une part, le « principe de la relativité » n'exclut par conséquent pas que la violation d'une loi qui sert un intérêt général puisse être un acte illicite envers le citoyen qui subit un dommage de ce fait, c'est-à-dire si la loi visait également à empêcher que l'intérêt du citoyen ne soit lésé ou si la violation de la loi est un facteur déterminant pour le caractère socialement incorrect de cette pratique ; d'autre part, le principe joue également en cas de violation de lois qui ne sont pas « d'intérêt général » au sens qui y est apparemment attaché dans l'étude qui nous est demandée.

10. Il existe une seule catégorie de dispositions légales pour lesquelles la jurisprudence admet

— indépendamment de la question de l'intérêt protégé par la loi — que la violation de ces dispositions ne donne au citoyen aucun droit à la réparation du dommage causé par cette violation ; il s'agit des dispositions légales de droit public qui imposent certaines obligations à une autorité, sans que le législateur ait voulu y attacher un droit, pour les citoyens intéressés, de contraindre cette autorité à exécuter ces obligations. (HR 23-11-1939, NJ 1940, 242). Dans ce cas, la doctrine parle souvent — à l'instar du droit allemand — de « normes d'instruction ». Mais nous nous écartons ainsi de la casuistique à laquelle se rapportent les articles 85 et 86 du traité de la CEE.

11. Pour qu'une étude de droit comparé sur la responsabilité de droit civil dans les différents pays de la CEE en raison d'actes contraires aux articles 85 et 86 contribue à résoudre le problème, il semble nécessaire d'examiner in concreto les principales catégories de cas auxquels se rapportent ces articles. Il importe surtout d'examiner chaque fois si, dans la situation donnée, une action en dommages-intérêts (ou en vue d'obtenir une interdiction) sera ou non reçue suivant les différents systèmes juridiques. Pratiquement, il est moins important de savoir sur quel fondement juridique une telle action sera reçue ou rejetée. Si une action est rejetée en Belgique parce que le dommage est considéré comme une conséquence indirecte de l'acte illicite et si la même action était rejetée aux Pays-Bas en vertu du « principe de la relativité », il s'agirait tout au plus d'une question de technique ou de terminologie juridique. Nous ne voulons pas ignorer l'intérêt scientifique de ces différences dans la technique juridique, mais il sera certainement plus intéressant du point de vue pratique de connaître les résultats concrets auxquels on aboutit dans les différents pays.

Avant d'approfondir l'examen des pratiques interdites par les articles 85 et 86 dans le cadre du droit néerlandais sur la responsabilité civile, nous signalons que, dans bon nombre de ces pratiques, il ne s'agit pas de concurrence déloyale. Les articles 85 et 86 ne visent pas en premier lieu à protéger contre la concurrence déloyale. Il semble dès lors dangereux de baser les considérations au sujet des articles 85 et 86 dans une trop large mesure sur le droit relatif à la concurrence déloyale.

12. La question qui présente un intérêt immédiat pour l'existence de recours de droit civil d'après la législation néerlandaise en cas de violation des articles 85 et 86 est celle de savoir dans quelle mesure de tels recours sont admis en cas de violation de dispositions connexes de la loi de 1956 sur la concurrence économique. Cette loi déclare notamment interdites : (1) les pratiques qui tendent à respecter ou à faire respecter un accord entre entreprises (entente) déclaré sans effet par le ministre et (2) l'inexécution d'obligations ou de prescriptions que le ministre a imposées à une entreprise, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché. L'accord entre entreprises (entente) est déclaré sans effet et des obligations ou prescriptions sont imposées en cas d'existence d'une position économique dominante lorsque les ministres compétents estiment que l'accord entre entreprises ou les conséquences de la position dominante sont contraires à l'intérêt général (art. 19, par. 1 et art. 24, par. 1). En ce qui concerne les prescriptions et obligations imposées à une entreprise qui occupe une position dominante sur le marché en contradiction avec l'intérêt général, l'article 26 stipule expressément que l'entreprise intéressée « est tenue de les respecter à l'égard de tout tiers qui y a un intérêt raisonnable ». Il n'existe pas de disposition correspondante pour le respect d'un arrêté ministériel qui déclare sans effet en totalité ou en partie un accord entre entreprises (1).

Toutefois, il serait erroné d'en conclure que, d'après la volonté ou l'intention du législateur, ces infractions ne sauraient entraîner une responsabilité de droit civil. Il résulte de l'historique de la loi que le législateur a voulu compléter la sanction de droit civil (déclaration de privation d'effet) par une sanction pénale. Le fait qu'il ait néanmoins estimé utile de prévoir dans la loi la possibilité pour certaines entreprises d'intenter une action civile, en raison du non-respect de prescriptions ministérielles, trouve peut-être son explication dans le caractère plutôt occasionnel que « juridique » de ces dispositions. A notre avis, on ne peut dès lors pas dire qu'il est possible de tirer de la loi sur la concurrence économique des arguments contre l'admission d'une action civile en cas d'infraction aux articles 85 et 86.

(1) En vertu de l'article 22 de la loi, les entreprises doivent s'abstenir de pratiques qui visent à respecter ou à faire respecter une entente ou une partie de cette entente déclarée sans effet en vertu de l'article 19.

III

Nous examinerons les catégories les plus importantes de cas auxquels se rapportent les articles 85 et 86.

ARTICLE 85

a) *Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction*

13. Les personnes susceptibles de subir en premier lieu un dommage dans ce cas sont celles qui, en raison de l'entente interdite, ont dû acheter à des prix plus élevés ou à des conditions plus défavorables qu'elles n'auraient pu le faire en l'absence d'entente. Dans de nombreux cas, le dommage pourra être déterminé assez facilement, et il est en tout état de cause suffisamment établi. Si, après la suppression de l'entente, les prix baissent immédiatement de 20 % en dehors de toute évolution de la conjoncture et si l'on peut prouver qu'au cours de l'année écoulée on a acheté pour la consommation personnelle pour un montant de 10 000 florins du produit en question, le dommage à subi pourra, d'une façon générale, être évalué 20 % environ de 10 000 florins.

14. De même, dans bien des cas, l'existence de la relation de cause à effet nécessaire entre l'entente de prix interdite et le dommage peut difficilement être contestée. L'argument selon lequel celui qui a acheté au prix fixé par l'entente doit supporter lui-même le dommage, étant donné qu'il n'était pas contraint d'acheter, ne serait certainement pas pertinent d'après le droit néerlandais, ainsi que le Hoge Raad l'a décidé clairement dans une situation comparable (HR 13-1-1927, NJ 1927, 279, W II 658). En l'occurrence, un certain nombre d'entrepreneurs avaient convenu, à l'occasion d'une adjudication publique, (c'est-à-dire une adjudication dans laquelle la commande est attribuée au soumissionnaire le moins disant) que l'entrepreneur disposé à soumissionner au montant le moins élevé majorerait ce montant, tandis que les autres entrepreneurs veilleraient à ce qu'il obtienne le contrat d'adjudication, en soumissionnant à des montants encore plus élevés. Ils se partageraient ensuite ladite majoration. La Cour d'appel n'y avait rien vu d'illégal, parce que l'adjudicateur n'était pas obligé d'accepter la soumission ainsi majorée, bien qu'il fut établi que le montant majoré était hors de proportion avec les frais et le

travail demandés aux soumissionnaires. Le Hoge Raad a annulé l'arrêt et motivé sa décision comme suit : « ... le fait que, pour l'adjudicateur, le travail valait également ce prix majoré n'empêche pas que son intérêt d'adjudger le travail au prix le plus bas a été lésé, dommage qui, d'après l'expérience, était la conséquence prévisible de la convention incriminée et du reste son objet, si bien qu'une influence préjudiciable (pour l'adjudicateur) a été exercée d'une manière déloyale sur l'offre des entrepreneurs d'exécuter le travail, offre qui est l'un des deux facteurs qui, ensemble, sont déterminants pour les prix auxquels a été conclu le contrat d'adjudication ».

Dans une annotation sur cet arrêt, le professeur Meijers a fait remarquer que « cet arrêt est important, non seulement en ce qui concerne les accords entre soumissionnaires, qui doivent être considérés comme contraires aux bonnes moeurs, mais également en ce qui concerne d'autres conventions, par exemple les ententes qui ont pour objet de fixer les prix et les conditions de livraison dans un sens défavorable pour les tiers. Chaque fois que ces conventions doivent être considérées comme exagérées et contraires aux bonnes moeurs, celui qui, par suite de cette convention, a conclu un contrat à des conditions plus défavorables qu'il ne l'eût fait sans cette convention, peut invoquer l'acte illicite ».

15. Reste à savoir si l'interdiction prévue par l'article 85 doit, pour autant qu'elle se rapporte aux ententes de prix et conventions similaires entre entreprises, telles qu'elles sont mentionnées sous (a) du paragraphe 1, être considérée comme protégeant (également) l'intérêt des acheteurs individuels à obtenir des prix établis d'après le jeu de la libre concurrence. On peut en douter si l'on considère que, du point de vue pratique, une réponse affirmative pourrait entraîner une vague d'actions. Toutefois, il nous semble douteux qu'une telle éventualité se réalise. En tout cas, nous estimons qu'il n'y a pas lieu — vu la jurisprudence du Hoge Raad — d'exclure en principe les intérêts individuels des acheteurs du champ d'application de l'article 85.

16. La situation se complique lorsque la partie qui demande des dommages-intérêts en raison d'une convention de prix illicite n'est pas un acheteur direct du produit auquel se rapporte cette convention mais un acheteur de biens pour la production desquels le produit

précité constitue un élément influençant le prix. Ce phénomène peut se manifester très nettement lorsqu'il s'agit de conventions de prix interdites concernant des matières premières (pour autant que celles-ci ne soient pas visées par le traité de la CECA). Il est hors de doute que de telles conventions, qui ont pour effet de majorer les prix, peuvent avoir une influence sur un grand nombre de produits. Par conséquent, cela signifie aussi que les prix plus élevés de ces produits peuvent être une conséquence raisonnablement prévisible de la convention de prix interdite. Dès lors, la condition de causalité requise par le droit néerlandais serait ainsi remplie dans de nombreux cas. Néanmoins, il semble peu probable que le juge reconnaîtrait le droit d'intenter une action à tous ceux qui pourraient prouver que, par suite de la convention de prix interdite concernant une matière première déterminée, ils ont dû payer pour un certain nombre d'articles des prix plus élevés qu'ils n'auraient dû le faire en l'absence de ladite convention. Il pourrait alors rejeter la demande en argumentant que la règle de l'article 85 enfreinte par l'entente en matière de prix protège certes, outre l'intérêt général au jeu de la libre concurrence, également les intérêts individuels des acheteurs directs des produits visés par la convention illicite, mais non l'intérêt, plus distant, de chaque citoyen à obtenir à des prix aussi bas que possible les articles provenant de la transformation des produits en question. Naturellement, dans de nombreux cas l'action devrait également être rejetée faute de preuve du dommage ou du lien de causalité.

17. Jusqu'ici, nous avons parlé du dommage causé à l'acheteur contraint de payer un prix trop élevé, par des conventions de prix interdites. On peut en outre penser au dommage subi par un commerçant qui, par suite de la majoration du prix du produit dont il fait commerce, peut moins facilement concurrencer des produits similaires introduits sur le marché par d'autres commerçants. Dans ce cas, le dommage ou le lien de causalité seront le plus souvent moins faciles à prouver, de sorte qu'une action échouera déjà de ce fait.

18. Dans la mesure où la convention de prix interdite comporte également l'une des formes de boycottage des entreprises qui ne veulent pas adhérer à l'entente, ces entreprises disposent également d'un recours. Mais, dans ce cas, l'action n'est pas fondée directement sur la convention de prix interdite, mais sur le

boycottage ou la liste noire qui s'y rattachent. Nous reviendrons sur cette question qui peut évidemment jouer un rôle dans toutes les conventions entre entreprises (voir ci-dessous point 31).

De même, la question de savoir si les groupements d'acheteurs pourraient intenter une action personnelle sera examinée plus en détail ci-après (voir ci-dessous point 33).

19. Les conventions de prix interdites visées à l'article 85, paragraphe 1(a) ne soulèvent pas seulement la question de savoir qui pourrait intenter une action civile et sous quelles conditions, mais aussi contre qui l'action pourrait être intentée.

Les règles déjà exposées ci-dessus (points 4 et 5) au sujet de l'acte illicite commis par plusieurs auteurs auraient pour conséquence, dans le cas d'une entente interdite, que chacun des acheteurs directs du produit visé par la convention de prix pourrait en principe se retourner contre chacun des membres de l'entente en raison du dommage subi. Néanmoins, il semble nécessaire de faire une réserve dans le cas – qui peut se présenter en particulier à propos des ententes internationales – où la participation de l'entreprise incriminée à l'entente interdite (p. ex. en raison de son débouché national) ne pourrait pratiquement pas être une des causes du dommage subi par le demandeur, étant donné que la participation à l'entente n'aurait nullement influencé le comportement de l'entreprise sur le marché envers le demandeur. D'autre part, il ne semble pas nécessaire que l'acheteur se retourne contre l'entreprise à laquelle il a acheté les produits à un prix trop élevé. Ces problèmes étant nouveaux, on ne saurait dire avec certitude, en l'absence de jurisprudence dans ce domaine, que le juge statuera conformément à ce qui précède.

Si l'entente de prix revêt la forme d'un contrat de société, les différentes entreprises réunies pourraient également être citées collectivement à titre de société (voir art. 126, par. II du code de procédure civile). S'il existe un bureau de l'entente, ayant une personnalité juridique propre, celui-ci pourrait également être attaqué.

20. Dans la mesure où les conventions verticales de prix imposés sont interdites par l'article 85, les remarques formulées à propos des ententes de prix interdites s'appliquent

également. Il faut noter que, dans ce cas, il s'agira généralement de la fixation du prix d'un produit final et que l'acheteur sera plus souvent un consommateur privé. En outre, il nous semble qu'il est possible que le commerçant soit déclaré innocent si, en fait, il a été contraint par le fabricant ou l'importateur d'appliquer le prix imposé.

21. Nous avons parlé jusqu'ici de conventions interdites se rapportant aux prix et autres conditions et dans lesquelles les entreprises interviennent en qualité de fournisseurs de biens ou de services. Mais l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 (a), se rapporte également aux ententes d'achat qui ont pour objet de maintenir les prix artificiellement bas. Dans ce cas, ce sont les producteurs et les commerçants, par l'intermédiaire desquels les marchandises parviennent aux participants à l'entente interdite, qui subissent un dommage. Les dispositions relatives aux ententes de vente s'appliquent par analogie, étant entendu que, dans ce cas, le groupe de personnes lésées est en fait souvent plus restreint, de sorte que la jurisprudence hésitera moins à lui reconnaître la protection de l'article 1401 du BW conjointement avec l'article 85 du traité de la CEE.

b) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements

22. Dans la mesure où les accords visés ici ont pour objet de maintenir le volume de l'offre dans certaines limites, soit directement (en limitant les débouchés), soit indirectement (en limitant la production), soit encore moins directement (en limitant le développement technique ou les investissements en ce qui concerne les moyens de production), on trouve comme victimes possibles, notamment : (1) ceux qui de ce fait ont dû payer des prix trop élevés pour les produits en question, (2) ceux qui subissent un dommage du fait qu'ils ne peuvent obtenir immédiatement livraison desdits produits, (3) les commerçants qui, par suite de la limitation de l'offre, ont réalisé un chiffre d'affaires moins élevé que si l'offre avait été libre et (4) les fabricants ou les fournisseurs des biens d'équipement dont il n'a pas été pris livraison, qui n'ont également pu réaliser qu'un chiffre d'affaires moins élevé par suite de la limitation de l'offre. Dans la mesure où les accords interdits ont pour objet d'empêcher les améliorations techniques en ce qui concerne les produits qui seront mis sur le

marché, les parties lésées sont les acheteurs des produits non améliorés par suite desdits accords.

23. En raison de la complexité du monde économique, il sera le plus souvent difficile dans ces cas de prouver qu'un acheteur ou un commerçant individuel a effectivement subi un dommage par suite de l'accord interdit; il sera encore plus difficile d'évaluer l'étendue du dommage (mais, comme il a déjà été dit, cette dernière difficulté ne saurait fonder en principe un jugement de débouté; dans ce cas, le juge devra évaluer le dommage « ex aequo et bono »). Dans ce cas également, la meilleure preuve qu'il y a eu dommage sera fournie si, après la suppression de l'entente, la situation se modifie assez rapidement dans un sens favorable à l'intéressé (du fait que le volume de l'offre augmente brusquement et est accompagné d'une baisse des prix, ou que brusquement des produits techniquement améliorés sont introduits sur le marché à un prix à peu près identique).

24. Il ne semble pas que le « principe de la relativité » puisse être invoqué avec succès pour rejeter ces actions. L'interdiction des accords visés ici a effectivement pour objet de protéger également les intérêts susmentionnés des acheteurs, commerçants et fabricants touchés par ces accords.

A cet égard, on peut citer l'arrêt du Hoge Raad du 5 janvier 1951, NJ 1951, 494 : un arrêté ordonnait aux maraîchers de mettre tous leurs légumes sur le marché en passant par la « veiling » (halle), sauf dispense. Certains maraîchers avaient vendu leurs légumes à l'étranger sans passer par la « veiling » et sans avoir obtenu une dispense à cet effet. De ce fait, l'apport aux « veilingen » avait été réduit et les prix des légumes avaient augmenté, de sorte que le demandeur, commerçant en légumes, qui s'était engagé à livrer certaines quantités de légumes à un acheteur français, avait dû acheter à des prix trop élevés. Il intenta donc une action en dommages-intérêts. La Cour avait rejeté la demande en déclarant que ledit arrêté (en raison de la possibilité d'obtenir une dispense) ne pouvait être considéré comme protégeant le demandeur et en invoquant l'absence d'un lien de causalité suffisant. Le Hoge Raad a annulé cet arrêt en rejetant les deux considérants de l'arrêt « a quo ». Il a estimé que l'arrêté enfreint protégeait effectivement aussi les intérêts des commerçants achetant dans les « veilingen ».

Bien que, dans ce cas, la règle violée ne concerne nullement des accords au sens de l'article 85, paragraphe 1, elle visait néanmoins à obtenir que tous les légumes produits aux Pays-Bas fassent l'objet d'une offre par l'intermédiaire de la « veiling ». En ce sens, l'intérêt qu'elle protégeait était parallèle à l'un des intérêts protégés par l'article 85, 1, (b). On pourrait conclure dudit arrêt du Hoge Raad que notre jurisprudence accorderait également un recours aux parties lésées en cas d'infraction à l'article 85, paragraphe 1 (b). Toutefois, il faudra tenir compte du fait que, dans la situation visée par l'arrêt de 1951, le nombre de demandeurs était beaucoup plus précis que ce ne sera souvent le cas pour une infraction à l'article 85, paragraphe 1, (b). Et c'est justement cette imprécision qui incitera souvent la jurisprudence à chercher des moyens pour rejeter la demande.

**c) Répartir les marchés
ou les sources d'approvisionnement**

25. Dans ce cas également, les demandeurs éventuels seront des acheteurs, des commerçants et des fabricants. En ce qui concerne les actions des acheteurs, il nous semble qu'il sera le plus souvent difficile de prouver l'existence du dommage. Pour ce qui est des commerçants, le dommage pourrait consister dans l'impossibilité, par suite de la répartition du marché, de faire le commerce des produits des fabricants qui se sont retirés du secteur en question. Ce dommage pourrait notamment devenir évident si le commerçant était représentant de l'un des fabricants pour la totalité de ses produits non visés par l'accord sur la répartition du marché. Il nous semble que, dans ce cas, une action en dommages-intérêts serait en principe admise d'après le droit néerlandais. Il est certes possible qu'il résulte du contrat de représentation que le commerçant est d'accord pour exclure les produits visés par la répartition du marché et que son action contre son co-contractant échoue de ce fait, mais cela ne devrait pas en soi empêcher une action contre les autres entreprises intéressées dans la répartition du marché.

Dans le cas de l'interdiction d'accords entre entreprises en vue de répartir les sources d'approvisionnement, ce sont les personnes intéressées à ces sources d'approvisionnement qui subissent le dommage du fait qu'en raison de ces accords elles obtiennent des prix moins élevés pour leurs produits et ne peuvent peut-être même pas écouler une partie de leurs

stocks. Il semble incontestable que ces intéressés sont protégés par la règle de l'article 85, paragraphe 1, (c). De même, l'existence du dommage comme conséquence de l'accord interdit sera un fait reconnu dans la plupart des cas où l'infraction à cet alinéa de l'article 85 sera admise, encore qu'il soit le plus souvent difficile de fixer le montant du dommage.

d) Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence

26. Il faut supposer qu'il s'agit ici d'accords entre entreprises par lesquels ces dernières conviennent d'appliquer certaines discriminations à l'égard de leurs partenaires commerciaux. Une politique discriminatoire menée par une seule entreprise ne peut probablement être attaquée qu'en vertu de l'article 86.

La politique discriminatoire peut consister, par exemple, à favoriser de grands acheteurs au détriment de petits acheteurs, mais également à favoriser les acheteurs affiliés à une organisation au détriment des acheteurs non-membres. Dans ce dernier cas, elle sera le plus souvent conçue comme un moyen de pression et ressemble alors sur certains points au boycottage.

Tel qu'il est formulé, l'article 85, 1, (d) vise manifestement à protéger l'intérêt des « partenaires commerciaux » qui font l'objet de la discrimination, les chances de concurrence étant égales. Il n'est dès lors pas douteux qu'ils peuvent en principe intenter une action en dommages-intérêts. Mais ils devront alors prouver également que la discrimination génératrice du dommage est la conséquence de l'accord interdit. Lorsque le partenaire commercial lésé est tenu de s'approvisionner auprès d'une seule entreprise et si celle-ci appliquait la même discrimination avant la constitution de l'entente incriminée, il ne pourra fonder son action sur la violation de l'article 85, paragraphe 1, du moins pas sur le fait de la discrimination. Une telle politique de discrimination pourrait cependant constituer une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché.

En supposant que les conditions d'une action fondée sur l'article 1401 du BW conjointement avec l'article 85, paragraphe 1, (d), soient remplies, la question se pose de nouveau de savoir si cette action peut être intentée contre chacun des participants à l'entente interdite.

Nous sommes enclins à répondre négativement à cette question lorsqu'il s'agit des membres de l'entente dont la participation n'aurait pas constitué l'une des causes du dommage subi par le demandeur ⁽¹⁾.

Un cas qui rappelle quelque peu les situations envisagées ici a été tranché par la Cour d'Amsterdam, le 24 mai 1957, NJ 1958, III. Un producteur de lait avait refusé de livrer à un laitier la quantité de lait supplémentaire que celui-ci lui avait demandée, parce que ledit laitier ne voulait pas s'affilier à une organisation de laitiers qui avait procédé à la répartition du marché. En ne s'affiliant pas, son chiffre d'affaires avait augmenté et le producteur de lait refusait de couvrir ses besoins croissants. Le laitier avait demandé au juge des référés de rendre une ordonnance imposant au producteur de fournir le lait commandé, en invoquant que la non-livraison était contraire à un arrêté qui prescrivait aux producteurs de lait de fournir du lait conformément à l'usage. Le président et la Cour firent droit à la demande : l'infraction à l'arrêté constituait un acte illicite à l'égard du laitier demandeur. Le fait que, dans ce cas, il n'ait pas été demandé de dommages-intérêts, mais une ordonnance de la Cour avec astreinte, ne présente pas d'importance pour la question qui nous occupe.

e) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats

27. Ceux qui sont susceptibles de subir un dommage en raison des accords visés sous cette rubrique sont naturellement en premier lieu ceux à qui sont imposées ces prestations supplémentaires contre leur gré. En second lieu, ce sont les concurrents de ceux qui agissent donc en contradiction avec l'article 85, dans la mesure où ces transactions liées réduisent leurs ventes de marchandises ou de services que constituent ces prestations supplémentaires.

Il est hors de doute que l'article 85 protège les intérêts de la première catégorie de victimes. Mais il leur sera le plus souvent difficile de prouver le dommage subi du fait qu'il est fort possible que le prix de la prestation principale aurait été plus élevé si l'acheteur ne s'était

pas engagé en même temps à accepter la prestation supplémentaire, en supposant du reste que la prestation supplémentaire eût pu être acquise ailleurs à un prix moins élevé.

28. On peut se demander par ailleurs si la réparation du dommage dans ces cas pourrait être accordée sous la forme d'une annulation de l'obligation d'accepter la prestation supplémentaire (une telle nullité ne devrait pas être confondue avec celle de l'art. 85, par. 2, qui se rapporte en effet uniquement à la convention interdite, dans laquelle les entreprises conviennent d'imposer des prestations supplémentaires à leurs acheteurs ⁽²⁾).

Les tribunaux néerlandais acceptent encore à peine une telle forme d'« indemnisation » et certainement pas dans la même mesure que le juge français (voir Hofmann-Drion-Wiersma, *Verbintenissenrecht* II, p. 182). Néanmoins, il ne semble pas impossible que le juge la préférerait dans ce cas à une réparation en espèces. En outre le juge pourra justement dans les cas discutés ici, d'achats liés qui sont imposés aux consommateurs en application d'une entente, décider que l'achat lié en raison de la position de contrainte effective de l'acheteur manque de cause licite (art. 1373 BW) et, par conséquent, est nul (art. 1373 BW): voir en ce sens l'arrêt du Hoge Raad du 11 janvier 1957, NJ 1959, no. 37 (clause de responsabilité imposée par une entente entre des garagistes aux clients des garages adhérents) et l'arrêt du Hoge Raad du 29 mai 1964, NJ 1965, no. 104.

29. En ce qui concerne les intérêts des concurrents lésés, il nous semble peu douteux qu'ils soient protégés également par l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1, (e). Nous nous trouvons ici devant l'un des cas où l'infraction à l'article 85 constitue simultanément un acte de concurrence déloyale.

En ce qui concerne la condition de dommage, il faut considérer que l'acte illicite invoqué dans le cas de l'article 85, paragraphe 1, (e), ne consiste pas à imposer des prestations supplémentaires par des ventes liées, etc., mais à convenir avec d'autres entreprises de ne mettre ses produits sur le marché qu'accompagnés de prestations supplémentaires. Le demandeur devra donc prouver que ses ventes ont été moindres par suite de l'existence de cette

⁽¹⁾ Voir point 19.

⁽²⁾ Tout au moins d'après le texte français, italien et néerlandais. D'après le texte allemand on pourrait douter.

entente. Si son unique concurrent avait déjà appliqué la même politique de vente liée avant la conclusion de l'accord interdit par l'article 85, l'action devrait probablement être rejetée.

En ce qui concerne l'entreprise ou les entreprises contre lesquelles l'action devrait être intentée : s'il s'agit de l'action de l'acheteur, ce serait probablement uniquement la personne avec qui il avait conclu les transactions forcées; s'il s'agit de l'action du concurrent, uniquement ses concurrents réels. Toutefois, dans les deux cas, on pourrait soutenir que la responsabilité d'un groupe plus vaste d'entreprises est engagée.

ARTICLE 86

30. En ce qui concerne la question de savoir si une infraction à l'article 86 constitue un acte illicite au sens de l'article 1401 du BW, qui peut engendrer une obligation de réparer le dommage, nous pouvons renvoyer, pour la plus grande partie, à ce qui a été dit au sujet de l'article 85. La seule différence est qu'ici le problème de savoir qui peut être attaqué ne se pose pas. De même, la violation de l'article 86, (d) présente moins de difficultés en matière de dommage que l'infraction correspondant à l'article 85, paragraphe 1, (e).

BOYCOTTAGE, LISTE NOIRE ET «ECHANGES EXCLUSIFS»

31. Nous nous sommes limités jusqu'ici aux accords entre entreprises spécialement indiqués dans l'article 85, paragraphe 1 (ainsi qu'à l'exploitation abusive de positions dominantes sur le marché qui existe parallèlement à ces accords). Il est évident que les articles 85 et 86 peuvent encore être violés de nombreuses autres manières, mais il nous semble que les problèmes de la responsabilité au sens du droit néerlandais qui peuvent se poser en cas d'infraction à l'article 85 ou 86 et leur solution éventuelle sont suffisamment énoncés par l'examen des cas énumérés dans ces articles.

32. Une seule catégorie d'accords entre entreprises, non mentionnée à l'article 85, mérite d'être citée séparément : il s'agit de tous les accords qui ont pour objet d'exclure certains commerçants de certaines possibilités commerciales ou avantages commerciaux, soit dans le cadre d'un boycottage dirigé contre un ou plusieurs commerçants déterminés, soit sous la forme d'un moyen de pression général sur

des entreprises commerciales concurrentes ou d'autres entreprises, pour qu'elles adhèrent à une organisation ou entente déterminée. Le juge néerlandais a dû à plusieurs reprises s'occuper de la question de savoir si et quand de telles pratiques constituent un acte illicite au sens de l'article 1401 du BW. Toutefois, cette question ne doit pas être traitée ici dans sa généralité. Dans la mesure où le boycottage ou des pratiques d'exclusion constituent une exploitation abusive d'une position dominante, ils sont de ce fait illicites. Si l'infraction à l'article 86 ne peut être invoquée, de telles pratiques peuvent également être illicites si elles visent à renforcer des accords entre entreprises interdits par l'article 85. D'une façon générale, la question de savoir qui peut introduire une action et contre qui elle doit être introduite n'est guère douteuse dans ce cas.

IV

33. Jusqu'ici, nous n'avons pas examiné la question de savoir dans quelle mesure des groupements peuvent ester en justice à propos d'actes illicites commis ou encore à commettre, qui portent atteinte aux intérêts de leurs membres. De nombreux procès ont été engagés sur la question de savoir si les syndicats d'entreprises pouvaient demander aux juges civils des dommages-intérêts ou une interdiction pour l'avenir dans le cas de l'exercice d'une activité par une entreprise qui n'aurait pas obtenu l'autorisation requise à cette fin par la loi (J.M. Polak SEW '52/'53, 297 et 335; K. Wiersma SEW 1958, 107; Mulder SEW '52/'53, 259).

Dans certains cas, les groupements ont fondé leur action sur l'assertion qu'ils agissaient en tant que représentants des intérêts de leurs membres; dans d'autres cas ils ont fait valoir un intérêt personnel qui aurait été lésé par le comportement du demandeur.

La jurisprudence est partagée sur le point de savoir si une action doit être reconnue aux syndicats. La question n'a pas encore été soumise au Hoge Raad. Depuis que les sanctions pénales contre ces infractions à la loi ont fait l'objet d'une meilleure réglementation légale (loi de 1950 sur les délits économiques) le nombre de procès intentés par les syndicats a considérablement baissé (voir J.M. Polak dans Sociaal-economische wetgeving 1952/'53,

pp. 297 et suiv. et 335 et suiv.). Nous ne connaissons aucun cas de procédure qui aurait été engagée dans le cadre de la législation anti-ententes. Nous estimons improbable que le juge néerlandais reconnaisse à une organisation générale de consommateurs une action pour infraction aux articles 85 ou 86, aussi

longtemps que la loi ne lui reconnait pas la faculté de défendre les intérêts de ses membres. En revanche, la loi sur les conventions collectives de travail (art. 15) reconnaît la compétence des syndicats ouvriers pour intenter une action civile en cas de violation des dispositions d'une convention collective de travail.

En Belgique, au Luxembourg, en France et en Italie la distinction entre les lois qui protègent les intérêts particuliers et celles qui ne protègent que l'intérêt général est inconnue ou peu développée.

Les consultants belges et luxembourgeois ont exprimé ainsi l'état de leur droit national et les possibilités d'application des articles 85 et 86.

I. L'ACTION EN DOMMAGES-INTERETS ET LES LOIS D'INTERET GENERAL

1. Il importe tout d'abord de savoir si les droits belges et luxembourgeois connaissent la distinction entre les lois d'intérêt général et les lois d'intérêt particulier.

A cet égard il y a lieu de constater que la jurisprudence ne fait guère usage des notions d'intérêt général et d'intérêt particulier.

On retrouve parfois des expressions telles que : « intérêt commun » (corr. Anvers 12-2-1878, Pandectes belges, Ve action civile, no. 42), ou « intérêt social » (cass. 28-5-1934, Rev. gén. ass. resp. 1936, no. 2022). Mais la plupart du temps, le législateur, la doctrine et la jurisprudence se contentent de faire usage des notions traditionnelles d'ordre public et d'ordre privé.

Il va de soi que les notions d'ordre public, d'intérêt commun, d'intérêt social peuvent, dans l'acceptation de la jurisprudence, comprendre la notion d'intérêt général. Les décisions analysées ci-après en apportent d'ailleurs la preuve.

2. Il convient dès lors de déterminer si les tribunaux belges, saisis de demandes de dommages et intérêts, font une distinction entre celles qui sont fondées sur la violation d'une loi d'ordre public et celles qui sont fondées sur la violation d'une loi d'ordre privé.

Un examen attentif de la jurisprudence montre que les tribunaux belges n'ont jamais fait une distinction de ce genre.

On constate au contraire que la jurisprudence se prononce très généralement en faveur de la recevabilité de l'action en réparation, même lorsqu'elle est fondée sur la violation d'une disposition touchant à l'ordre public.

Dans les cas, relativement rares, où les tribunaux ont repoussé l'action en réparation, le

rejet n'était pas fondé sur le caractère « d'ordre public » de la disposition violée, mais sur l'absence de préjudice ou de lien de cause à effet.

Il en va de même au Luxembourg.

3. Voici quelques exemples de cas dans lesquels l'action en réparation fondée sur une disposition d'ordre public a été accueillie :

a) Violation de l'article 268 du code pénal (attaque dirigée par un ministre du culte contre un acte de l'autorité publique, en l'occurrence contre une décision de la Cour d'assises de la Flandre orientale).

Toute infraction pénale peut donner ouverture à plainte de la part de la partie lésée. Il n'est pas fait exception pour les attaques dirigées par les ministres du culte contre les actes de l'autorité publique (cass. 4-10-1878, Pas. 1878, I, 386).

b) Violation de l'article 299 du code pénal (indication dans toute publication du nom et du domicile de l'auteur ou de l'imprimeur)

Quoique l'article 299 fasse partie du titre V du livre II du code pénal, intitulé : « Des crimes et délits contre l'ordre public commis par des particuliers », il n'y a pas lieu d'en conclure que l'ordre public seul soit intéressé. En conséquence est recevable aux débats l'intervention d'une partie civile qui a établi l'intérêt réel, conséquence directe de l'infraction, qu'elle pouvait avoir à connaître le véritable auteur ou imprimeur de l'acte incriminé (corr. Bruxelles 6-1-1898, Pas. 1898, III, 314).

c) Violation de l'arrêté royal du 6 mai 1922 concernant la vente des désinfectants et des antiseptiques

L'existence d'un contrat de vente entre un fournisseur de beurre et un acheteur ne rend pas irrecevable la constitution de la partie civile de ce dernier, dont le beurre a été saisi en raison de ce qu'il contenait des matières antiseptiques, contre son fournisseur poursuivi

de ce chef devant le tribunal correctionnel (Hasselt 25-4-1938, Rev. gén. ass. resp. 1939, no. 2929).

d) Violation des articles 207 et suivants des lois coordonnées sur les sociétés (faux bilans)

Est recevable, l'action comme partie civile d'un particulier qui se prétend victime de faux bilans (Bruxelles 16-11-1939, J.T. 1940, 84).

e) Violation de l'article 559, 4, du code pénal (mort d'animaux provoquée par le défaut d'entretien ou de réparation d'une écurie)

En cas de poursuites contre un propriétaire du chef d'avoir causé la mort d'animaux appartenant à un locataire, par défaut d'entretien ou de réparation d'une écurie, un propriétaire voisin dont l'immeuble a été endommagé en même temps est recevable à se constituer partie civile (corr. Arlon 12-11-1947, Rev. gén. ass. resp. 1951, 4800).

f) Violation de l'article 498 du code pénal (tromperie sur l'identité la nature ou l'origine de la chose)

Est recevable à se constituer partie civile celui qui peut se prétendre personnellement lésé par l'infraction, objet de l'action publique, c'est-à-dire celui qui justifie avoir pu être victime de l'infraction (en l'occurrence l'inculpé avait fait passer du « tissu de bandage », fortement empesé, pour du drap Textilac; la Société Textilac s'était portée partie civile) (cass. 15-10-1951, Pas. 1952, I, 77, Rev. prat. soc. 1953, 185, avis de l'avocat général Hayoit de Termicourt et note).

g) Violation de l'arrêté royal du 20 décembre 1934 concernant les vins, vins de fruits, boissons vineuses et produits oenologiques

L'Institut national des appellations d'origine, de vins et eaux-de-vie de France, est habilité à ester en justice en vue de défendre l'appellation d'origine des vins et eaux-de-vie de production française tant en Belgique qu'en France (il s'agissait en l'occurrence de vins faussement désignés sous l'appellation « Coteaux de Provence », Bruxelles 30-4-1954, J.T., 1955, 421).

h) Violation de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte

La « Koninklijke Maatschappij der Bouwmeesters van Antwerpen » est autorisée à se constituer partie civile contre une personne qui s'était illicitement attribué le titre d'architecte (cass. 29-6-1959, J.T. 1959, p. 686).

i) Violation de la loi du 15 avril 1958, relative à la publicité en matière de soins dentaires

L'Union des dentistes et stomatologistes de Belgique est recevable à réclamer la réparation du préjudice causé par le dentiste chez qui un mécanicien-dentiste, installé dans un immeuble voisin, ayant recours à la publicité, fait systématiquement conduire ses clients par un des membres de son personnel (Bruxelles 9-5-1961, J.T. 1961, 561).

4. Voici d'autre part quelques cas dans lesquels l'action de la partie civile a été rejetée :

a) L'intérêt commun qu'ont tous les citoyens à ce que les crimes et les délits ne demeurent pas impunis... ne suffit pas pour autoriser à se porter partie civile celui qui n'a pas été personnellement lésé par ces faits (corr. Anvers 12-2-1878, Pandectes belges, Ve action civile, no. 42).

b) Un pêcheur à la ligne qui n'a aucun droit de pêche dans les eaux d'un canal n'est pas recevable à poursuivre la contravention commise en pêchant dans ce canal au moyen de filets prohibés (corr. Bruxelles 8-9-1871, Pandectes belges, Ve action civile, no. 44).

c) Est à bon droit déclarée irrecevable la constitution de partie civile de la « Ligue belge pour la protection du cheval de mine » contre le prévenu d'actes de cruauté envers les animaux, s'il est établi que la partie civile ne peut se prévaloir que d'un intérêt à la répression pénale de l'auteur desdits actes, pareil intérêt se confondant dans l'intérêt social, dont la sauvegarde est exclusivement dans l'exercice de l'action publique (cass. 28-5-1934, Rev. gén. ass. resp. 1936, no. 2022).

d) Pour être reçu à se constituer partie civile devant la juridiction répressive, on doit justifier que l'on est de ceux qui ont pu être personnellement lésés par l'infraction; l'intérêt à la répression pénale est insuffisant et se confond avec l'intérêt social dont la sauvegarde est exclusivement dans l'exercice de l'action publique (cass. 9-12-1957, Pas. 1958, I, 375; Rev. crit. jur. belge 1958, p. 248, note Dabin; Bruxelles 14e ch., 3-2-1961 en cause SA Ets Braconnier c. Becker, inédit, et Bruxelles, 14e ch., 16-2-1962 en cause Ets Braconnier et Cons. c. Becker, inédit. Dans les deux derniers cas, la Cour d'appel réforme la décision du tribunal correctionnel qui avait accordé un franc de dommages et intérêts à la partie civile).

e) Ne sont recevables à se constituer partie civile devant les juridictions répressives que ceux qui peuvent se prétendre personnellement lésés par une infraction (cass. 9-6-1958, J.T. 1958, 546).

5. Comme on le voit, la jurisprudence belge reste fidèle à la théorie classique, fondée sur la triple notion de faute, de dommage et de relation entre la faute et le dommage.

Les décisions qui rejettent l'action de la partie civile se fondent tantôt sur l'absence de dommage (corr. Anvers 12-2-1878; cass. 28-5-1934; cass. 9-12-1957; cass. 9-6-1958), tantôt sur l'absence de relation entre le dommage et le délit (corr. Bruxelles 8-9-1871; adde cass. 22-12-1947, Pas. 1947, I, 555).

Lorsque la Cour de cassation rappelle que : « l'intérêt à la répression est insuffisant et se confond avec l'intérêt social dont la sauvegarde est exclusivement dans l'exercice de l'action publique » (cass. 28-5-1934 et 9-12-1957, voir aussi Bruxelles 3-2-1961 et 16-2-1962), il serait inexact d'y voir l'indice d'une distinction entre les dispositions d'intérêt général et les dispositions d'intérêt particulier, puisque aussi bien, en l'occurrence, le défendeur n'était pas en mesure d'établir un préjudice personnel quelconque, et que, partant, l'action devait être rejetée en tout état de cause, « l'intérêt à la répression » étant, à défaut de préjudice, insuffisant.

6. A l'inverse de la jurisprudence belge, les juristes allemands et néerlandais estiment qu'il y a lieu de faire le départ entre les lois d'intérêt général et les lois d'intérêt particulier. Cette distinction est connue en Allemagne sous le nom de « Schutznormtheorie » (art. 823 et 826 BGB), elle est connue aux Pays-Bas sous le nom de « Normbestemmingsleer ».

Un examen attentif de ces théories ne manquerait sans doute pas de nous en donner l'explication, sinon la justification. Mais tel n'est évidemment pas l'objet de cette consultation.

Qu'il suffise de souligner que ces techniques étrangères ne sont point inconnues de la doctrine belge, qui les considère comme des tentatives peu heureuses de limiter le champ d'application des textes relatifs à la responsabilité civile (J. Ronse, « Aanspraak op schade-loosstelling uit onrechtmatige daad » p. 70 et suiv.; S. Limpens, « La théorie de la relativité

aquilienne en droit comparé », dans les *Mélanges Savatier* p. 559).

Or, ce résultat peut être atteint, avec une efficacité supérieure, par un usage adéquat des notions de préjudice et de relation de cause à effet. Après avoir longuement examiné les théories allemande et néerlandaise, M. Ronse écrit : « Le droit belge ne connaît pas la théorie de la relativité (c'est sous ce titre que l'auteur examine la « Schutznormtheorie » et la « Normbestemmingsleer ») et n'aurait rien à y gagner. Le droit néerlandais peut à cet égard, selon le mot de Wolfsbergen, servir d'épouvantail. Cet enseignement aurait non seulement pour effet d'ajouter une condition injustifiée à l'action en dommages et intérêts fondée sur l'acte illicite, mais cette adjonction aurait encore des conséquences désastreuses telles que, d'une part, l'insécurité juridique provenant de l'absence d'un critère susceptible de définir la » Schutznorm « et son objet et, d'autre part, l'élimination injustifiée de certains recours valables » (ibid. no. 94).

7. Quant à l'orientation récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation de France selon laquelle « les dispositions de la loi du 20 mars 1951 sur les ventes avec primes ont pour objet l'intérêt général et la défense des consommateurs, et non la protection des intérêts privés d'un commerçant » (cass. crim. 2-3-1961, J.C.P. 1961, 12039; cass. crim. 5-11-1959, D. 1960, 80; voir également cass. crim. 11-2-1954, J.C.P. 1954, II, ed. G. 7994; cass. 27-6-1956, J.C.P. 1956, II, ed. G. 117) on peut se demander si elle ne procède pas du souci d'endiguer le flot des constitutions de partie civile et de citations directes qui « forcent la main » au parquet et sont de nature à compromettre la bonne administration de la justice. M. Chambon, dans la note qu'il consacre à l'arrêt Milhaud du 19 novembre 1959, expose : « la solution nouvelle laisse à la victime la possibilité de faire valoir ses droits. Sans doute ne peut-elle plus porter son action en réparation devant la juridiction pénale : mais elle conserve la faculté de porter celle-ci devant les tribunaux civils » (sous cass. crim. 19-11-1959, J.C.P. 1960, II, 11448).

D'où il semble résulter que, même en France, l'orientation que l'on avait cru devoir déceler dans le sens d'une distinction entre les lois d'intérêt général et les lois d'intérêt privé serait bien plus commandée par les nécessités du fonctionnement de la justice pénale que par une règle se rapportant au fond du droit.

8. Comme on le sait, la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de la puissance économique est fondée sur la notion d'intérêt général.

« Il y a abus, au sens de la présente loi, lit-on à l'article 2, lorsqu'une ou plusieurs personnes, détentrices de puissance économique, portent atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou qui restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs, soit le développement de la production ou des échanges ».

9. Quelle est la signification de la notion d'intérêt général dont il est fait usage à l'article 2 ?

Les travaux préparatoires indiquent que les auteurs de la loi ont, à un moment donné, substitué la notion d'intérêt général à celle d'ordre public sans que les motifs de cette décision apparaissent clairement. L'effet de cette décision a été d'enlever aux tribunaux l'appréciation de l'existence des abus de la puissance économique pour la conférer au pouvoir exécutif.

L'exposé des motifs déclare : « le pouvoir donné à l'exécutif consiste à trancher une pratique particulière jugée contraire à l'intérêt d'un groupe plus ou moins nombreux de consommateurs ou à l'intérêt économique de la communauté. Il a pour mission de juger ce cas concret, en équité, et en tenant compte de tous les intérêts en cause (également celui du producteur) ». En séance publique au Sénat, le ministre des affaires économiques a déclaré : « On a demandé tout à l'heure quelle était la définition de l'intérêt général. Je dois bien reconnaître, avec l'honorable sénateur Desmet, qu'il est très difficile de la donner. Il s'agit en fait, comme il l'a très bien dit, d'une notion mouvante, variant suivant les circonstances. Je n'oserais pas émettre ici une définition, mais je crois, de façon peut-être un peu simpliste, pouvoir dire que l'intérêt général, c'est la défense de l'intérêt de la collectivité, contrairement à la défense d'intérêts particuliers qui pourraient se trouver à certains moments en contradiction avec l'intérêt de l'ensemble de la collectivité... ».

10. On peut dès lors soutenir que la différence entre la notion d'ordre public et la notion d'intérêt général réside en ceci que l'ordre

public serait une notion traditionnelle du droit civil, dont l'appréciation relève des tribunaux ordinaires, alors que l'intérêt général serait une notion politique, appliquée à la matière plus mouvante des relations économiques et sociales et dont l'appréciation relève de plus en plus de la compétence de l'autorité publique.

Il en résulte que toute violation de l'ordre public est susceptible de constituer d'emblée le fondement d'une action en réparation, alors que la violation de l'intérêt général — tel que cette notion est construite par les auteurs de la loi du 27 mai 1960 — ne peut donner lieu à une telle action qu'après l'intervention de l'autorité administrative.

En d'autres termes, les intéressés ne seront pas censés savoir qu'un agissement est contraire à l'intérêt général aussi longtemps que l'autorité administrative ne s'est pas prononcée à cet égard.

C'est dire que si toute atteinte à l'ordre public doit être considérée d'emblée comme une faute aquilienne, l'atteinte à l'intérêt général au sens de la loi du 27 mai 1960 ne devient une telle faute qu'après la décision de l'autorité administrative.

11. Cette distinction est, il faut le reconnaître, difficile à justifier sur le plan des principes. On ne voit pas à première vue ce que l'atteinte à l'intérêt général aurait de moins répréhensible que l'atteinte à l'ordre public.

La distinction que l'on fait à cet égard provient sans doute de l'évolution même de la société.

La notion d'ordre public ressortit à l'ordre économique libéral, où la liberté est la règle et la défense l'exception, tandis que la notion d'intérêt général ressortit à l'économie moderne où n'est permis que ce qui ne va pas à l'encontre de l'intérêt de la collectivité.

Cette notion nouvelle, qui constitue à tout prendre un élargissement de l'ancienne notion de l'ordre public, n'est pas encore suffisamment dégagée. C'est pourquoi, l'autorité doit intervenir pour en préciser les contours à la lumière des cas d'espèce.

On peut évidemment imaginer une époque où la jurisprudence administrative aura donné à la notion d'intérêt général une acception suffisamment précise pour que sa violation puisse justifier une action en dommages et intérêts

sans intervention préalable de l'exécutif. Mais, entre-temps, le commentateur est tenu par la « construction » du législateur. Aux termes de la loi du 27 mai 1960, le fait de savoir si l'abus de la puissance économique doit être considéré comme une atteinte à l'intérêt général est de la compétence de l'autorité administrative, et une violation de l'intérêt général n'est, par conséquent, pas d'emblée constitutive de faute.

12. Il ne faudrait pas en conclure cependant que tout le champ de l'intérêt général échappe nécessairement à la compétence des tribunaux. Comme on l'a dit ci-dessus, la notion de l'intérêt général constitue, en somme, un élargissement de la notion d'ordre public. Elle recouvre en quelque sorte le cercle restreint de l'ordre public, tout en y ajoutant une zone marginale propre.

Dans la mesure où elle recouvre la notion d'ordre public - voire la notion de faute - elle laisse intactes les règles anciennes et, partant, la libre appréciation de la faute par les tribunaux.

Dans la mesure où elle déborde le cercle restreint de l'ordre public, elle soumet une nouvelle zone d'activité à l'appréciation de l'autorité publique.

En d'autres termes, parmi les activités contraires à l'intérêt général, il y a lieu de distinguer celles qui sont à la fois contraires à l'intérêt général et à l'ordre public, et qui restent, par conséquent, d'emblée soumises à l'appréciation des tribunaux, et celles qui sont exclusivement contraires à l'intérêt général, et dont l'appréciation relève exclusivement de l'autorité publique, encore que les tribunaux ordinaires soient compétents pour attribuer des dommages et intérêts aux personnes qui seraient ultérieurement lésées par une violation des dispositions de l'autorité publique.

II. APPLICATION AUX ARTICLES 85 ET 86

13. On examinera la question successivement sous l'angle :

- du droit commun (art. 1382 c.c.);
- de la loi belge du 27 mai 1960;
- des articles 85 et 86 du traité de Rome.

A. Article 1382 du code civil

14. Selon le droit commun des articles 1382 et suivants du code civil, la responsabilité n'est engagée que moyennant les conditions suivantes : une faute, un préjudice et une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice invoqué. Et il faut remarquer que, en droit belge, les conditions requises sont exactement les mêmes, quelle que soit la juridiction en cause : juridiction civile ou, au cas d'infraction pénale, juridiction répressive saisie de l'action civile loi du 17 avril 1878, article 4 (voir sur ce point, Pirson et Deville, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, 1935, t. II, nos. 256 et 257, pp. 61 et suiv.; Braas, *Précis de procédure pénale*, t. I, 1950, nos. 183, 184, 186, 203 p. 161, nos. 206 à 208. Cass. 8-2-1961, *Rev. crit. jur. belge*, 1961, 401, note Legros; rappr., pour la France, Mazeaud et Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, t. III, 5e éd., 1960, no. 2025-4 et les notes 1 à 3).

Ces conditions, en l'espèce, sont-elles réunies ?

a) Concernant la faute

Les pratiques restrictives de la concurrence sont-elles constitutives de faute ? L'abus de puissance économique est-il constitutif de faute ?

1. Les pratiques restrictives

15. Les pratiques restrictives font sans doute échec au principe de la libre concurrence, qui, s'il n'est visé expressément par aucun texte, est incontestablement à la base de notre régime économique ⁽¹⁾. Mais il est unanimement admis que « la libre concurrence ne constitue pas un droit absolu », qu'il est « limité (notamment) par l'existence de droits égaux dans le chef d'autrui » (Cass. 2-6-1960, *Gripekoven c. Union Spepha*, à propos des prix imposés, *Pas.* 1960, I, 1133, spécialement p. 1136, col I).

C'est dire que les pratiques restrictives, sous quelque forme qu'elles se présentent (concessions de monopoles, fixations de prix, contingentement au privé etc.), non seulement ne sont pas a priori illicites, mais sont, au contraire, a priori licites, comme résultant

⁽¹⁾ Sur la distinction entre liberté du commerce et liberté de la concurrence, voir Cass. 2-6-1960, *Gripekoven c. Spepha*, *Pas.* 1960, I, 1133, p. 1136, col. I et l'observation de Ch. del Marmol, dans son commentaire de la loi de 1960, n° 213, pp. 440 et 441. Ch. del Marmol: La liberté du commerce en droit belge, *Journal des Tribunaux* 1953, p. 65.

de l'exercice d'une liberté concurrente. En principe donc, les parties ayant souscrit librement à des conventions, accords ou ententes restrictives de leur propre liberté sont liées (art. 1134 code civil), et les tiers ne peuvent se plaindre de préjudices qui résulteraient, pour leur commerce, de pratiques par hypothèse licites.

Le législateur lui-même a fait application de ce principe de la validité des pratiques restrictives dans l'arrêté royal no. 62 du 13 janvier 1935 à propos des accords conclus entre entreprises d'une même branche à l'effet d'éviter les excès de concurrence : cet arrêté prévoit en effet la possibilité, sous certaines conditions, d'étendre la réglementation à toutes les entreprises de la branche envisagée.

16. En revanche, les pratiques restrictives prendraient un caractère illicite au cas où elles tendraient à des fins illégitimes, anti-sociales, contraires à l'ordre public. La loi du 18 juillet 1924 sur la spéculation illicite a même érigé en infraction soit les interdictions ou les conventions ayant pour objet la détermination de prix minima ou maxima de vente, soit les restrictions à la production ou à la libre circulation des produits, en vue de maintenir la hausse ou la baisse anormale des prix des denrées ou marchandises ainsi que des papiers et effets publics. Malgré la rareté des poursuites exercées en application de ce texte d'un maniement difficile, la directive est claire et elle laisse apparaître ce principe que les pratiques restrictives sont illicites du moment qu'elles visent à maintenir la hausse ou la baisse anormale des prix.

Donc, d'après ces textes, il est licite de chercher à parer, par des pratiques restrictives de la liberté du commerce et de la concurrence, à des excès de concurrence il est illicite de chercher à provoquer la hausse ou la baisse anormale des prix.

17. Mais, d'une part, les textes, qui sont d'ailleurs peu nombreux, ne sont pas seuls à régir notre matière : il faut encore tenir compte, pour juger de la validité et de la licéité des pratiques restrictives, de la norme générale de l'ordre public, et des bonnes mœurs dans leur application au domaine économique (ordre public économique, bonnes mœurs commerciales); d'autre part, du point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs, il est clair que le souci de parer à un excès de

concurrence n'est pas la seule fin licite, comme le souci de provoquer la hausse ou la baisse des prix n'est pas la seule fin illicite qui puisse se rencontrer en cette matière.

A défaut de texte particulier, il incombera donc aux tribunaux d'apprécier la validité des pratiques restrictives : de les approuver ou de les condamner selon qu'elles poursuivront ou non des fins légitimes.

18. Il est ainsi admis, en jurisprudence, que les clauses d'exclusivité (de vente, d'achat, d'importation etc.) sont valables comme protégeant des intérêts légitimes (voir p. ex., Comm. Bruxelles, 24-11-1951, Revue de droit intellectuel, 1951, 255; 6-3-1954, *ibid.*, 1954, 125; 29-2-1956, *ibid.*, 1956, 40; Gand, 19-4-1950, Journal des Tribunaux, 1950, 423, Revue critique de jurisprudence belge, 1951, 81, note Limpens et Van Ryn, Liège, 28-1-1954; Jurisprudence de la Cour d'appel de Liège, 1953-1954, 235, par adoption de motifs de Comm. Liège, 9-12-1951, *ibid.*, 1952-1953, 124; Liège, 3-6-1958, J.T. 1958, 719); également les clauses de prix imposés, lesquelles tendent à empêcher l'avilissement des prix, au détriment du producteur certes, mais aussi du consommateur (voir p. ex. Bruxelles, 13-5-1958, Revue de droit intellectuel, 1958, 88; Bruxelles, 28-5-1958, *ibid.*, 1958, 99, confirmé par Cass. 2-6-1960, arrêt de principe, Pas., 1960, I, 1133, p. 1136, col. I; Liège, 12-1-1939, Jur. App. Liège, 1939, 99; Limpens, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*; autres sortes de limitations reconnues licites : contingentement au privé, Comm. Bruxelles, 5-8-1937, Belg. Jud. 1937, 598; interdiction d'achat, Bruxelles, 2-12-1959, R.W. du 19-6-1960).

19. Cependant, même dans le cas des pratiques reconnues a priori valables (ou licites) il y a toujours lieu de réserver l'hypothèse exceptionnelle - qui devrait d'ailleurs être démontrée - où ces pratiques, au lieu de servir des fins légitimes, soit d'intérêt privé soit d'intérêt général, tendraient à des fins répréhensibles économiquement, socialement ou moralement, comme l'accaparement du marché, le « faussement » du jeu normal des prix ou le désir de nuire à un concurrent (voir dans ce sens Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. I, 1954, nos. 237 et suiv.; Ch. del Marmol, *La liberté du commerce en droit belge*, J.T., 1953, pp. 65 et suiv.; del Marmol, *Commentaire de la loi de 1960*, pp. 240 et suiv., exemples de pratiques restrictives; De Page, *Traité*,

complément au t. I, no. 91 et notes 1 et 2, pp. 44 et 45; Dalcq, Responsabilité civile, t. I, nos. 421 et 422).

20. En résumé : suivant le droit commun, sauf interdiction légale particulière, les pratiques restrictives de la concurrence seront fautives ou non selon que la fin poursuivie par ces pratiques est légitime ou non. Quelle que soit la définition que l'on donne de la faute, il est clair que le fait de conclure des conventions illicites, ou poursuivant des fins illicites, est dès l'abord constitutif de faute. L'homme honnête, prudent, avisé, s'abstient de participer à de telles conventions.

Ce qui est vrai des pratiques restrictives est vrai du boycottage qui viendrait les sanctionner. Le boycottage sera licite ou non, régulier ou fautif, selon que la réglementation dont il doit assurer le respect est elle-même licite ou non, régulière ou fautive. Il en est ainsi tout au moins dans les rapports entre parties à l'accord ou même à l'égard du tiers complice de la violation de l'accord (sauf à voir en quoi doit consister au juste cette complicité : simple connaissance de l'accord ou aide apportée à la violation). Quant au boycottage de tiers totalement étrangers à l'organisation du marché d'un produit, les tribunaux se montrent, à juste titre plus hésitants et même réticents (voir sur ces points Ch. del Marmol : Le boycottage commercial en droit privé, nos. 11 à 13, dans Annales de la Faculté de droit de Liège, 1956, pp. 119 à 123. Adj. Bruxelles, 28-5-1958, confirmée par Cass. 2-6-1960, cité, Pas. 1960, I, p. 1135 col. 2 et 1136, col. I, déclarant licite le boycottage d'un tiers étranger qui avait refusé d'appliquer les prix imposés par un groupement).

2) *L'abus de puissance économique*

21. La question de savoir si l'abus de puissance économique est constitutif de faute doit être résolue par application des mêmes principes. Certes, de soi, tout abus de puissance paraît constitutif de faute, en quelque sorte par définition. Mais précisément il s'agit d'apprécier quand il y a abus de puissance. Or celui-ci ne sera pas reconnu quand la position dominante sur le marché aura été utilisée pour la protection ou la promotion d'intérêts jugés légitimes. L'abus n'existera qu'autant que la position dominante aura été exploitée à des fins illégitimes, le ou les critères de légitimité étant les mêmes que dans le cas des pratiques concertées.

Au surplus, le législateur belge a consacré une loi particulière aux questions relatives à l'abus de la puissance économique, si bien qu'on peut douter qu'en fait les tribunaux seront encore saisis d'actions en réparation du chef d'abus de puissance économique, fondées exclusivement sur l'article 1382 du code civil.

b) Concernant le préjudice

22. La pratique restrictive illicite, ainsi que l'abus de puissance économique, ne peuvent engendrer un droit à réparation qu'autant que le demandeur justifie de l'existence d'un préjudice personnel, dérivant pour lui de cette pratique ou de cet abus.

Il ne suffit pas que la pratique ou l'abus aient pu être condamnés comme répréhensibles. Il faut encore qu'ils aient touché, ou soient de nature à toucher, le demandeur dans ses intérêts propres. Cette lésion peut consister soit dans un dommage positif, pécuniaire, moral ou mixte, tel qu'un surcroît d'efforts ou de dépenses dans la lutte concurrentielle, soit dans un manque à gagner, également dans la perte d'une chance sur laquelle le demandeur pouvait compter (voir en matière de concurrence déloyale, Cass. 6-2-1961, Pas. 1961, I, 608).

Peu importe aussi que le dommage ne soit qu'indirect (ou médiate), dès lors qu'il n'aurait pu naître sans la faute, auquel cas il doit être considéré comme la conséquence certaine et nécessaire de celle-ci (Cass. 6-2-1961, cité).

Quant à savoir si, au cas de pratiques illicites, les groupements professionnels auxquels appartiennent les personnes lésées par cette pratique, ont le droit d'agir en réparation, la jurisprudence, en Belgique, paraît bien leur reconnaître un droit d'action, ce qui est d'ailleurs discutable en saine doctrine (voir, sur ce point, J. Dabin, note sous Cass. 9-12-1957, dans Rev. crit. de jurisprudence belge, 1958, 247, où l'on trouvera l'exposé de la jurisprudence en la matière et une appréciation critique).

B. *Loi belge du 27 mai 1960*

23. Depuis la promulgation de la loi du 27 mai 1960, il importe de savoir si une personne lésée par des « pratiques abusives » accomplies par des personnes détenant une position dominante sur le marché, peut se fonder sur la

nouvelle loi pour obtenir des dommages et intérêts.

La loi du 27 mai 1960 n'interdit pas les monopoles ou les ententes, mais se borne à réprimer l'abus de la puissance économique.

La puissance économique, au sens de la loi, est le pouvoir que possède une personne physique ou morale agissant isolément ou un groupe de ces personnes agissant de concert d'exercer sur le territoire du royaume, par des activités industrielles, commerciales, agricoles ou financières, une influence prépondérante sur l'approvisionnement du marché de marchandises ou de capitaux, sur le prix ou la qualité d'une marchandise ou d'un service déterminé (art. 1er).

Comme on l'a dit ci-dessus, il y a abus au sens de la loi lorsqu'une ou plusieurs personnes, détentrices de puissance économique, portent atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou qui restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs, soit le développement de la production ou des échanges (art. 2).

24. La loi du 27 mai 1960 ne contient aucune disposition tendant à conférer des dommages et intérêts à la victime d'un abus de puissance économique. L'action en dommages et intérêts devra donc nécessairement être fondée sur l'article 1382 du code civil.

La seule question qui se pose dès lors en l'occurrence est de savoir dans quelle mesure la loi du 27 mai 1960 peut apporter à la personne lésée des éléments permettant de conclure à l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil.

A cet égard il convient de passer en revue les divers stades de la procédure prévus par la loi.

25. La procédure comporte l'intervention successive de trois organes : le commissaire rapporteur, le Conseil du contentieux économique et le ministre des affaires économiques.

Le commissaire rapporteur recherche les abus et instruit les affaires.

Le Conseil du contentieux économique donne un avis motivé sur la non-existence ou l'exis-

tence de l'abus, en y joignant, le cas échéant, ses recommandations.

Le ministre des affaires économiques met fin à l'abus, soit par la conclusion d'un accord avec les intéressés, soit par l'envoi de recommandations expresses, soit enfin en soumettant au roi un arrêté « constatant l'existence de l'abus et prescrivant les mesures destinées à y mettre fin » (voir del Marmol : La protection contre les abus de la puissance économique en droit belge, spécialement nos. 148 et suiv.).

26. Les mesures d'instruction prises par le commissaire rapporteur ne sont pas de nature à permettre à la personne lésée de conclure à l'existence d'une faute dans le chef de la partie incriminée.

Sans doute peut-elle déposer plainte et déclencher ainsi l'instruction. Mais, l'instruction étant secrète, elle ne saurait lui procurer aucun avantage direct sur le plan d'une action civile éventuelle.

27. En sera-t-il autrement de l'avis du Conseil du contentieux économique qui conclurait, par exemple, à l'existence d'un abus de puissance économique ?

On serait tenté de le croire, puisque la loi prévoit que le secrétariat du Conseil du contentieux économique informe les personnes, qui ont fait l'objet de l'instruction et les plaignants, de la conclusion de l'avis et, si le Conseil a conclu à l'existence de l'abus, de la date de l'envoi au ministre (art. 13, al. 4). Mais, à la réflexion, le Conseil du contentieux économique se borne à donner un avis destiné à guider l'autorité dans les étapes ultérieures de la procédure, et cet avis n'a pas pour objet d'apprécier le caractère culpeux des actes incriminés, sur le plan des rapports civils.

28. Quant à l'intervention du ministre, elle comporte trois phases : la phase de la conciliation, la phase des recommandations expresses, la phase de la décision.

En ce qui concerne la phase de la conciliation, si un accord est conclu entre le ministre et la partie incriminée, il y a sans doute lieu de présumer que les actes contestés étaient constitutifs d'abus, au sens de la loi, c'est-à-dire qu'ils portaient atteinte à l'intérêt général. Mais, à défaut d'une décision de caractère

juridictionnel de l'autorité, cet accord laisse intact le pouvoir du juge quant à l'appréciation du caractère fautif ou non des actes incriminés, tant en ce qui concerne ceux qui seraient accomplis en violation de cet accord qu'en ce qui concerne les actes antérieurs à l'accord.

29. A défaut d'acceptation des propositions du ministre, la personne incriminée se verra adresser, par lettre recommandée, des recommandations expresses tendant à mettre fin à l'abus dans un délai déterminé. La lettre recommandée est un sursis octroyé à la personne incriminée. Elle lui donne un temps de réflexion pour admettre ou rejeter les recommandations du ministre.

Pendant cette période, la partie lésée se trouve placée dans une situation pratiquement identique à celle qui est décrite ci-dessus.

30. En ce qui concerne la phase de décision, la situation est radicalement différente.

Après l'échec des pourparlers et le refus par la personne incriminée d'obtempérer aux recommandations du ministre, le roi peut constater l'existence de l'abus et prescrire les mesures destinées à y mettre fin.

Si la personne incriminée viole les dispositions de l'arrêté royal, il y aura infraction au sens pénal du mot. L'infraction est évidemment constitutive de faute. Dès lors toutes les conséquences dommageables qui en résultent pour les personnes privées doivent être réparées.

31. En est-il de même pour les actes accomplis avant la décision de l'autorité constatant qu'ils portent atteinte à l'intérêt général ?

Evidemment non. Comme on l'a vu ci-dessus l'intérêt général est une notion économique, mouvante, variant selon les circonstances, dont le législateur a laissé l'appréciation au pouvoir exécutif. Comme toutes les décisions de l'exécutif, les arrêtés rendus en cette matière ne valent que pour l'avenir. La personne incriminée se trouve ainsi placée dans une situation juridique nouvelle, qui fixe son comportement pour l'avenir. Et la partie lésée ne trouvera dans cette décision aucun appui déterminant en ce qui concerne le caractère culpeux des agissements antérieurs à la décision de l'autorité.

32. Ceci n'empêche pas, bien entendu, que certains actes, déclarés abusifs par un arrêté royal pris en application de la nouvelle loi, soient d'une nature telle qu'ils puissent également être sanctionnés par les tribunaux en application du droit commun, en dehors de tout arrêté royal (voir ci-dessus point 12).

C. Articles 85 et 86 du traité de Rome

33. Pour bien situer le problème, il convient d'examiner séparément la question des ententes et celle des abus de puissance dominante.

a) Ententes

34. Le règlement no.17 adopté par le Conseil de ministres de la CEE le 6 février 1962 fait une distinction qui dès lors s'impose aussi dans le présent exposé entre les accords existant à la date de son entrée en vigueur, soit le 13 mars 1962, et ceux qui sont intervenus après cette date.

1) Ententes existant le 13 mars 1962

35. Il y a lieu d'établir ici une distinction entre les ententes qui ont été notifiées dans les délais prévus au règlement no.17 et celles qui ne l'ont pas été.

- Les ententes visées par l'article 85, alinéa premier, qui ont été notifiées dans les délais prévus sont temporairement valables; elles ne deviendront nulles que si elles sont déclarées telles par la Commission (art. 7 du règlement) ou le cas échéant par les autorités des Etats membres (art. 9 du règl. et arrêt Bosch⁽¹⁾). C'est dire qu'en ce qui les concerne, il nous paraît exclu, eu égard aux motifs développés ci-dessus, que les décisions qui interviendraient au sujet desdites ententes puissent avoir un effet rétroactif. S'agissant d'atteinte à l'intérêt général - dont la notion doit, par sa nature, être précisée par l'autorité administrative - les intéressés ne sont pas censés être informés du caractère illicite de leur comportement aussi longtemps que cette autorité ne s'est pas prononcée⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cour de justice des Communautés européennes, 6 avril 1962, Recueil 1962-89.

⁽²⁾ Après la décision de l'autorité compétente, toute nouvelle infraction est évidemment constitutive de faute.

Du moins faut-il admettre, sur base de l'article 7 du règlement, qu'il n'y a rétroactivité que dans la mesure expressément déterminée par la Commission dans sa décision d'interdiction. Même un accord admis au bénéfice de l'article 85, paragraphe 3, peut, aux termes de l'article 7 du règlement, être déclaré interdit donc nul pour une période déterminée du passé.

D'autre part, comme on l'a rappelé ci-dessus (point 12), dans la mesure où ces ententes sont contraires à l'ordre public, et, partant, constitutives de faute aux termes du droit commun, les tribunaux n'ont pas cessé d'être compétents pour apprécier le dommage qui en est résulté et pour condamner les auteurs à le réparer.

- Les ententes visées par l'article 85, alinéa premier, qui n'ont pas été notifiées en temps utile, sont nulles de plein droit, sauf si elles sont exemptées de la notification aux termes de l'article 5, alinéa 2, du règlement. La constatation qu'elles tombent sous l'application de l'article 85, paragraphe 1, aura donc un effet pleinement rétroactif.

Les ententes nulles pourront donner lieu à l'action en réparation, mais seulement pour la période pour laquelle, suivant ce qui précède, la nullité a effet rétroactif.

Les ententes contraires à l'ordre public donneront ouverture à l'action en dommages et intérêts conformément au droit commun (voir ci-dessus point 12).

2) Ententes postérieures au 13 mars 1962

36. Les conclusions de la Cour de justice des Communautés européennes ne s'appliquent qu'aux ententes existantes.

Quant aux ententes nouvelles visées à l'article 85, paragraphe 1, il semblerait que par identité de motifs il faille leur accorder le bénéfice de la validité temporaire, pour autant qu'elles soient notifiées avant ou le jour même de leur entrée en vigueur. Le règlement ne paraît pas autoriser cette construction. En effet, son article 6, paragraphe 1, prévoit que, même au cas où la Commission leur accorderait le bénéfice de l'exemption par application de l'article 85, paragraphe 3, cette décision indiquera la date à partir de laquelle sa décision prendra effet sans que cette validation puisse rétroagir au-delà de la date de notification. Ceci laisse à la Commission la possibilité de

maintenir la nullité de l'entente pour une période postérieure à la notification. S'il en est ainsi des accords bénéficiant du régime de l'article 85, paragraphe 3, a fortiori doit-il en être ainsi pour les autres.

Il ne semble donc pas que l'on puisse considérer les ententes notifiées comme bénéficiant jusqu'à la décision nationale ou internationale d'une validité temporaire, mais seulement d'une validité « provisoire », c'est-à-dire d'une présomption de validité. Dans la mesure où la période postérieure à la notification n'aura pas été couverte expressément par une décision d'exemption, les ententes nouvelles visées à l'article premier seront après décision réputées nulles ab ovo et l'action en dommages-intérêts devrait être admise.

b) Abus de puissance dominante

37. Quant aux abus d'une puissance dominante sur le Marché commun (art. 86), il convient tout d'abord de souligner la similitude des termes employés par le Traité pour faire échec aux ententes, d'une part, et aux abus de puissance dominante, d'autre part. Dans l'un comme dans l'autre cas, les auteurs du Traité se sont servis de termes identiques : « sont incompatibles avec le marché commun et interdits » (art. 85), « est incompatible avec le marché commun et interdit » (art. 86).

Quant au règlement, il confirme cette similitude de traitement en des termes précis : « les accords, décisions et pratiques visés à l'article 85, paragraphe 1, du Traité et l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du Traité sont interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des articles 6, 7 et 23 du présent règlement ».

38. On pourrait dès lors être enclin à adopter, pour l'exploitation abusive d'une position dominante, les mêmes solutions que celles qui valent pour les ententes.

A la réflexion toutefois, on constate qu'il existe entre les ententes et l'exploitation abusive d'une position dominante une différence essentielle, en ce que les ententes sont tantôt soumises à notification et, dès lors, présumées valables, tantôt exemptées de notification et, dès lors, valables, alors que, en matière d'abus d'une puissance dominante, la notification n'est pas prévue et d'ailleurs difficilement concevable.

Il en résulte que les pratiques abusives ne bénéficient pas, comme les ententes, des atténuations prévues par l'article 85, paragraphe 3, du Traité et par les articles 4, 5 et 7 du règlement.

D'autre part, les auteurs du Traité n'ont pas « construit » la répression des pratiques abusives de la même manière que le législateur belge. Là où le législateur belge ne prévoit la répression des pratiques abusives qu'à la suite d'une longue procédure administrative, les auteurs du Traité déclarent ces pratiques d'emblée incompatibles avec le marché commun et interdites.

39. La mission qui est déferée au juge s'avère dès lors fort délicate. D'une part, l'appréciation de la notion « position dominante dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci » suppose la connaissance approfondie de la vie économique, au sein de la Communauté économique européenne et on voit difficilement qu'à l'occasion d'une action en dommages-intérêts les tribunaux nationaux puissent s'aventurer sur ce terrain. D'autre part, le traité de Rome et le règlement d'application font partie intégrante du droit belge; le juge belge est tenu de les appliquer et hésitera d'autant plus à s'abstenir que l'article 86 contient

une description relativement précise des formes que l'abus peut revêtir.

Devant la nouveauté des termes employés dans le Traité et en l'absence de toute jurisprudence, il paraît hasardeux de prévoir l'attitude qu'adopteront à cet égard les tribunaux belges, comme ceux des autres pays de la Communauté.

Il y a lieu de faire observer d'ailleurs que certains abus de puissances dominantes sont dès lors condamnés par la jurisprudence belge. A leur égard, le Traité et le règlement ne modifient rien à la situation existante. Ce n'est que dans la mesure où le Traité et le règlement ajoutent une zone complémentaire à la jurisprudence existante que les tribunaux auront à faire un effort d'adaptation.

40. Il va de soi au surplus que, dans les cas où l'autorité compétente aurait pris une décision tendant à mettre fin à une infraction constatée, le juge belge sera lié par cette décision pour l'appréciation de l'action en réparation fondée sur une infraction ultérieure. Cette solution est commandée par les arguments que l'on a fait valoir ci-dessus, tant à l'égard des décisions de l'autorité en application de la loi belge du 27 mai 1960 qu'à l'égard des décisions de l'autorité compétente en matière d'ententes.

En France, l'idée que certaines lois pourraient ne pas protéger des intérêts privés a pris récemment un certain développement. Toutefois les consultants français estiment que cette jurisprudence n'a pas d'influence sur le principe de l'allocation de dommages-intérêts à la victime d'une violation des règles de concurrence du *Traité*.

A. *Est-ce que le droit français reconnaît une action en dommages-intérêts au profit de personnes lésées du fait d'une infraction à une loi d'intérêt général?*

1. Si cette question avait été formulée il y a deux ou trois ans, la réponse aurait été indiscutablement affirmative : la violation d'une loi d'intérêt général, comme la violation de toute autre loi ou règlement, est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, selon les règles du droit commun contenues dans les articles 1382 et 1383 du code civil, à l'égard des personnes victimes d'un préjudice résultant de cette violation.

En effet, l'article 1382 du code civil français dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Et l'article 1383 ajoute : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

Une doctrine unanime reconnaît que toute violation d'une loi ou d'un règlement est constitutive d'une faute et peut donc engager la responsabilité de son auteur. Aucune distinction n'est jamais faite entre les lois d'intérêt général et les lois protectrices d'intérêts particuliers, une telle distinction n'étant prévue par aucun texte en droit français (Planiol, Ripert, *Traité pratique de droit civil français* 2e édit., t. VI, par P. Esmein, nos. 477, 505, 521 et suiv.; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *cours de droit civil*, 2e édit., t. IXbis-3, *Obligations* par R. Rodière, no. 1462; Ripert et Boulanger, *Tr. élémentaire de droit civil* de M. Planiol, t. II, nos. 899, 930 et 936; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *Tr. de droit civil*, nouv. édit., t. II, nos. 1094 et 1095; R. Savatier, *Tr. de la resp. civ.*, 2e édit., t. I, nos. 6 et suiv., 12; H. et L. Mazeaud, *Tr. de la resp. civ.*, 4e édit. par A. Tunc, t. I, no. 416).

Peu importe qu'il s'agisse de lois d'intérêt privé ou d'intérêt économique général, de lois

civiles ou pénales, de lois stricto sensu ou de règlements et d'arrêtés administratifs (Colin, Capitant et J. de la Morandière, loc. cit.; R. Savatier, loc. cit.).

2. Jusqu'aux environs de 1959, la jurisprudence s'est prononcée unanimement en ce sens, aussi bien lorsque l'action en dommages-intérêts était portée devant les tribunaux civils ou de commerce que lorsqu'elle était dirigée contre l'auteur d'une infraction pénale et que, jointe à l'action publique, elle était portée devant les tribunaux répressifs.

Pour s'en tenir aux décisions intéressant les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie et la concurrence illégale, il avait été décidé, par exemple, que :

- si un transporteur routier exerçait son activité en violation des règlements administratifs sur la coordination du rail et de la route, la Société nationale des chemins de fer français était recevable et fondée à lui réclamer des dommages-intérêts pour concurrence illégale, et cela aussi bien devant les juridictions pénales que devant les juridictions civiles (Cass. crim. 26-6-1962, J.C.P. Sem. jur. 1952, II, 7321, note R. Rodière, D. 1952, 726; Cass. crim. 30-10-1952, J.C.P., Sem. jur. 1953, II, 7434, note R. Rodière; Cass. crim. 19-5-1953, 3 arrêts, D. 1953, 484, J.C.P. Sem. jur. 1953, II, 7746; Cass. crim. 22-3-1955, D. 1955, 326 — et, devant les tribunaux non répressifs : Cass. 2e civ., 7-1-1956, Bull. Cass. civ., II, no. 27, p. 16);

- si un marchand de lait avait violé l'organisation administrative du marché du lait, il pouvait être condamné à des dommages-intérêts pour concurrence illégale à l'égard d'un de ses concurrents ou du syndicat professionnel groupant les marchands de lait (Nancy, 17-6-1955, Gaz. Pal. 1955, 2, 102);

- si un industriel ou un commerçant violait la législation économique sur le rationnement des marchandises ou sur la répartition des matières premières industrielles, il pouvait être

condamné à des dommages-intérêts à l'égard de ses concurrents lésés (Montpellier, 27-3-1950, Ann. prop. ind. 1950, 197; Cass. 2e civ. 27-5-1960, Bull. Cass. civ., II, no. 245. — Roubier, La propriété industrielle, t. I, p. 563);

- si un groupement de commerçants ou d'industriels, formant une coalition, c'est-à-dire une entente, commettait le délit de spéculation illicite prévu par l'article 419 du code pénal, modifié par la loi du 3 décembre 1926, une action civile en dommages-intérêts pouvait être exercée par la ou les victimes de leurs agissements, et cela aussi bien devant les tribunaux répressifs que devant les tribunaux civils ou de commerce (Cass. crim. 13-3-1952, S. 1952, I., 193, note Hémar, J.C.P. 1952 II, 7109, note P. Esmein; Cass. req. 11-2-1879, D.P. 1879, I. 345, rapport Lepelletier; Nancy, 8-12-1960, Gaz. Pal. 1961, I., 57 — Comp. pour le boycottage des pharmacies mutualistes : Cass. crim. 7-3-1951, Bull. crim. no. 102, p. 75);

- même en l'absence de ce délit, la violation des décrets révolutionnaires des 2-17 mars 1791 et 14 juin 1791, établissant le principe général de la liberté du commerce et de l'industrie, était considérée comme une faute justifiant une condamnation à des dommages-intérêts, au profit notamment de concurrents victimes de mises à l'index ou de boycottage (Cass. civ., II, 9-5-1957, Gaz. Pal. 1957, 2, 348; Douai, 13-7-1900, S. 1903, 2, 293; Paris, 23-6-1953, D. 1954, 366, note Léauté; Chambéry, 26-5-1953, ibid.; Poitiers, 2-7-1954, D. 1954, 771; Paris, 9-4-1930, Ann. prop. ind., 1930, 289; Rennes, 9-12-1959, Droit social, 1960, 455, note P.H. Teitgen);

- la violation des lois interdisant, dans un but d'intérêt général du commerce, certaines formes de vente de marchandises, telles que les ventes aux enchères publiques de marchandises neuves ou les ventes au déballage sans autorisation spéciale, était considérée comme un acte de concurrence illégale et déloyale justifiant l'allocation de dommages-intérêts au profit des concurrents lésés qui pouvaient agir aussi bien devant les tribunaux répressifs que devant les tribunaux civils ou de commerce (Cass. crim. 20-11-1911, Ann. prop. industr. 1912, I, 362; Cass. crim. 8-11-1912, D.P. 1914, I, 151; Trib. corr. Bourges, 1-12-1920, Ann. prop. ind. 1921, 348; Trib. comm. Seine, 15-3-1934, ibid. 1935, 25);

- plus récemment enfin, l'une des rares décisions judiciaires qui ait eu à statuer sur la régularité d'une entente au regard de l'article 59bis de l'ordonnance du 30 juin 1945,

modifiée par les décrets des 9 août 1953 et 24 juin 1958, n'a pas mis en doute la recevabilité de l'action en annulation et en dommages-intérêts exercée par un ancien membre de cette entente et si elle a rejeté au fond la demande de dommages-intérêts c'est parce que le demandeur avait participé lui-même au groupement illicite et nullement parce que l'entente méconnaissait une règle légale d'intérêt général (Rennes, 15-6-1961, Droit social, 1961, p. 459, note P.H. Teitgen. — Comp. Rennes, 9-12-1959, précité; Lyon 13-6-1960, D. 1961, 149, note Goré J.C.P. Sem. jur. 1961, II, 12103, note Boitard, S. 1961, 195).

On peut donc dire que, jusqu'à une époque extrêmement récente, il était admis aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence que la violation d'une loi ou d'un règlement d'intérêt général pouvait constituer une faute civile et justifier l'allocation de dommages-intérêts au profit de toute personne physique ou morale à qui cette faute avait causé un préjudice. Tel était notamment le cas de la violation d'une législation ou d'une réglementation de caractère économique.

D'ailleurs, les auteurs qui se livraient à l'étude de la concurrence opposaient sans doute la concurrence déloyale et la concurrence illégale : alors que la première est constituée par des manœuvres déloyales qui ne sont pas précisées par un texte formel et qui sont sanctionnées par la jurisprudence sur la base des règles du droit commun de la responsabilité civile, contenues dans les articles 1382 et 1383 du code civil, la concurrence « illégale » résulte de la violation de textes législatifs ou réglementaires précis qui, dans un intérêt économique général, interdisent certaines formes de l'activité économique, par exemple les ventes aux enchères publiques de marchandises neuves, les ventes au déballage, les ventes avec prime, les ventes « en boule de neige », les ventes avec prix imposé de revente, le refus de vendre, etc. Mais ces auteurs ne relevaient la distinction que pour la qualification des fautes; au contraire, pour les modalités de la réparation, ils admettaient comme allant de soi que le concurrent lésé avait droit à la même réparation, spécialement à l'allocation de dommages-intérêts (Roubier, La propriété industrielle, t. I, p. 484, no. 104; Paul Durand, L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, Mélanges en l'honneur de P. Roubier, t. II, p. 439; Chavanne, Jur.-clas. Resp. civ., t. II, Fasc. XVIIbis C, nos. 131 à 133; Vo Concurrence déloyale ou illicite, no. 26 et suiv., Encycl. Dalloz Dr. comm. — Comp. Giverdon, Les

délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce, Rev. crim. dr. com. 1953, pp. 855 et suiv.).

3. Il est vrai que, dans certaines hypothèses, une indemnité était parfois refusée à la personne qui se prétendait victime d'un préjudice causé par la violation d'une loi d'intérêt général, notamment d'une loi ou d'un règlement économique. Mais ce refus était justifié par des arguments tirés des règles du droit commun de la responsabilité civile et non par le fait que la faute résultait de la violation d'une loi d'intérêt général.

Il en était ainsi, en premier lieu, lorsque le préjudice invoqué par le demandeur apparaissait comme incertain. Par exemple, s'il était reproché à un commerçant d'avoir employé de faux poids et de fausses mesures ou d'avoir trompé ses clients sur la qualité de la marchandise, la demande en dommages-intérêts formée personnellement par un concurrent était généralement rejetée, car si la faute commise avait pu causer un préjudice collectif à l'ensemble de la profession, il était impossible de dire si elle avait causé un préjudice individuel au demandeur et, en tout cas, de mesurer ce préjudice (Cass. crim. 21-5-1874, Bull. cr. no. 138; Cass. crim. 25-1-1878, S. 1878, I, 389. — Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, no. 542. I).

La même solution était donnée lorsque le demandeur se plaignait de ce que son concurrent exerçait illégalement son activité, sans remplir les conditions d'accès à la profession exigées par la loi (pour un débitant de boissons ne possédant pas la licence fiscale : Cass. crim. 11-3-1926, D.H. 1926, 253; contra, si le préjudice était certain : Nancy, 4-7-1935, Gaz. Pal. 7-11-1935. Dans le même sens, pour un pharmacien ou un médecin se plaignant individuellement de l'exercice illégal de la profession par un autre médecin ou pharmacien : Cass. req. 5-11-1929, Gaz. Pal. 1929, 2, 864; Cass. crim. 16-7-1937, S. 1939, I, 156; pour un transporteur routier agissant contre un concurrent ne possédant pas la carte professionnelle, car rien ne permettait de penser que les clients de ce dernier se seraient adressés au premier : Colmar, 3-2-1956, D.H. 1956, 563; mais sur la solution contraire donnée par la SNCF voir supra p. 102). De même il avait été jugé qu'un commerçant n'était pas fondé à se plaindre de ce qu'un concurrent utilisait irrégulièrement un tarif de chemin de fer inférieur et ne correspondant pas à la nature des marchandises envoyées, l'influence d'un tel fait sur les

conditions de la concurrence étant incertaine et indéterminée (Cass. req. 1-7-1943, Gaz. Pal. 30-8-1943, Ann. prop. ind. 1948-1949, p. 337; Cass. crim. 27-12-1927, Gaz. Pal. 1928, I, 207; Trib. comm. Seine, 24-4-1950, Gaz. Pal. 1950, I, 340).

Dans des hypothèses voisines, le refus de dommages et intérêts était justifié par le caractère indirect du préjudice subi par le demandeur, c'est-à-dire par l'insuffisance du lien de causalité entre le préjudice allégué et la faute résultant de la violation de la loi : en effet, en droit français, seul le préjudice résultant directement de la faute — qu'il s'agisse d'une faute délictuelle ou contractuelle (art. 1151 c. civ.) — est réparable; d'autre part, l'action civile en réparation n'est recevable devant les juridictions répressives que si le préjudice allégué provient directement des faits constituant l'infraction poursuivie (ancien art. 1 et 3, c. instr. crim.; art. 2 et suiv. c. proc. pénale). L'argument avait été retenu, notamment pour refuser d'accorder une indemnité à un transporteur routier qui se plaignait de la concurrence que lui faisait un autre transporteur non autorisé (Colmar, 3-2-1956, précité); mais on a dit plus haut qu'il n'avait pas été opposé à la SNCF se plaignant d'une concurrence illégale de ce genre. De même, il avait été jugé que le fait, par un employeur, de faire travailler un étranger non muni de la carte d'identité de travailleur étranger ne rendait pas le premier de plein droit responsable de l'accident survenu à un ouvrier, cet accident n'étant pas lié directement à la faute alléguée (Cass. soc. 7-5-1943, S. 1943, I, 106). Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé qu'un commerçant qui se plaignait de ce qu'un concurrent effectuât des ventes avec primes, contrairement à la loi du 20 mars 1951, était irrecevable à exercer l'action civile devant la juridiction répressive car il ne pouvait se prévaloir que d'un préjudice indirect et éventuel (Cass. crim. 19-4-1961, J.C.P. 1961, II, 12168, Rev. trim. dr. civ. 1961, 500, Droit social 1961, 463, note H.F.).

On peut aussi signaler quelques arrêts qui ne permettent pas aux particuliers de se prévaloir de la violation d'une servitude immobilière d'intérêt public ou de la violation d'une règle relative à la construction immobilière, sous prétexte qu'il s'agit de règles d'intérêt général (voir pour le refus d'indemnité pour violation d'une disposition protégeant un monument historique classé : Cass. civ. 17-3-1958, J.C.P. 1959, II, 10950 — pour le refus d'ordonner la démolition, à la demande d'un voisin, d'un

bâtiment élevé sans permis de construire : Cass. civ. 8-5-1963, J.C.P. 1963, II, 13314, note Esmein). Mais, d'une part, il s'agit de solutions exceptionnelles qui paraissent spéciales au domaine de la propriété immobilière; d'autre part, on peut à la rigueur les justifier par le caractère « indirect » du préjudice allégué.

Enfin, en vertu des règles de droit commun, les dommages-intérêts sont refusés au demandeur qui s'est associé à l'opération illicite qu'il critique, ou qui invoque un préjudice fondé sur la lésion apportée à une situation juridique irrégulière dans laquelle il se trouve lui-même. C'est l'application du principe que seule la violation d'un intérêt légitime justifie le droit à réparation, ou, dans les cas extrêmes, de l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (voir Colin, Capitant et J. de la Morandière, op. cit. t. II, no. 1077; Beudant, Lerebours-Pigeonnière et R. Rodière, op. cit., t. IXbis - 3, no. 1604; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, op. cit. t. I, no. 277-7). Il a été jugé par exemple :

- que le tenancier d'une maison de tolérance, victime d'un accident, ne peut réclamer la réparation de la perte commerciale qui en résulte pour lui (Trib. comm. Seine, 10-6-1942, Gaz. Pal. 1942, 2., 149);

- que le vendeur qui a vendu une marchandise à un prix inférieur au prix minimum taxé n'est pas admis à réclamer un supplément de prix car, en ce faisant, il se fonde sur un contrat illicite et nul (Cass. comm. 8-2-1961; Bull. Cass. civ. III, no. 74, p. 68 - Comp. Agen 2-4-1952, J.C.P. 1952, II, 6953);

- que l'organisateur d'un jeu de hasard ne peut pas réclamer d'indemnité à une personne qu'il accuse de lui avoir pris une idée de jeu, car sa demande est fondée sur une opération illicite de jeu (Cass. comm. 8-12-1954, Bull. Cass. civ., III, no. 385, p. 294);

- qu'enfin celui qui a adhéré à une entente illicite et en a été exclu peut sans doute demander la nullité de cette entente, mais ne peut réclamer une indemnité ni à raison de non-exclusion ni à raison du trouble que l'entente apporte à son activité car une telle demande procède de sa participation antérieure à l'entente et a donc un fondement illicite (Rennes, 15-6-1961, précité; la solution serait inverse pour une personne qui n'aurait jamais été admise dans l'entente : Rennes, 9-12-1959, précité).

4. Ainsi, jusqu'à une époque récente, le droit commun de la responsabilité civile justifiait à la fois le droit à réparation de la victime d'un préjudice résultant de la violation d'une loi d'intérêt général, et les cas exceptionnels dans lesquels ce droit était écarté.

Mais une jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation vient remettre ces solutions en cause. Elle décide que, lorsque le préjudice allégué par le demandeur résulte de la violation d'une loi d'intérêt général, violation constitutive d'une infraction pénale, la victime est irrecevable à porter l'action civile devant le tribunal répressif. Sans doute, il existe des précédents relativement anciens; il avait déjà été jugé, par exemple, que l'action civile est irrecevable à l'occasion de poursuites pour outrages aux bonnes mœurs parce que cette infraction n'est réprimée que dans l'intérêt général (Cass. crim. 25-7-1913, D.P. 1915, I, 150; Cass. crim. 18-10-1913, Bull. crim. no. 449; Paris, 10-12-1936, Gaz. Pal. 1937, I, 326); un arrêt s'était d'ailleurs prononcé en sens contraire lorsque l'outrage avait été commis au moyen d'une photographie dérobée à la personne représentée (Cass. crim. 3-3-1955, D. 1955, 329). De même, l'interdiction de publier des informations concernant une poursuite répressive avait été considérée comme n'intéressant que l'intérêt public et la répression de ce délit ne pouvait pas être mise en action par une constitution de partie civile devant la juridiction répressive (Paris, 16-4-1956, J.C.P. Sem. jur. 1956, II, 9296, note Colombini).

Mais cette jurisprudence a pris récemment des développements considérables. La chambre criminelle l'a d'abord utilisée pour écarter l'action civile exercée par des groupements professionnels, notamment des syndicats, prétendant que la violation d'une loi d'intérêt général leur avait causé un préjudice collectif. Ainsi, l'action civile a été déclarée irrecevable pour :

- des délits fiscaux (Cass. crim. 19-3-1931, S. 1932, I, 393, note Hugueney; Cass. crim. 14-10 et 28-10-1959, Bull. crim. nos. 420 et 453); une loi est d'ailleurs venue démentir cette solution (art. 1835ter C. général des impôts, modifié par l'art. 78 de la loi du 28-12-1959, qui autorise l'action syndicale en matière de délits fiscaux);

- le délit d'exercice d'une activité professionnelle par un étranger sans carte d'identité (Cass. crim. 29-1-1958, J.C.P. Sem. jur. 1958, édit. G. IV, somm. p. 23);

- le délit de dépassement du contingent de mouture attribué à un moulin par l'administration (Cass. crim. 11-3-1959, Bull. crim., no. 164);

- le délit d'organisation d'une loterie non autorisée, l'interdiction des loteries « n'ayant nullement pour objet la protection du commerce, mais seulement celle de l'épargne et de la moralité publique » (Cass. crim. 4-11-1959, D. 1960, 81, Bull. crim. no. 463);

- le délit de vente avec prime car « les dispositions de la loi du 20 mars 1951 n'ont pour objet que l'intérêt général et la défense des consommateurs » et non l'intérêt collectif d'un syndicat de commerçants (Cass. crim. 5-11-1959, D. 1960, 80, Bull. crim. no. 470).

Ces solutions ont été vivement critiquées par la doctrine qui a montré que les articles 2 et suivants du code de procédure pénale permettraient de porter l'action civile devant les tribunaux répressifs dès que l'infraction avait été la cause d'un préjudice personnel et direct pour le demandeur : peu importe que ce préjudice provienne de la violation d'une loi protégeant des intérêts privés ou protégeant un intérêt public, du moment que ce préjudice est indiscutable (Larguier, L'action publique menacée, D. 1958, chron. 29; Paul Durand, Défense de l'action syndicale, D. 1960, chron. 23; Vouin, De la recevabilité de l'action syndicale des associations, J.C.P. Sem. jur. 1955, I, 1207).

Malgré ces critiques, la chambre criminelle a encore étendu le domaine de sa jurisprudence à l'action civile exercée par un individu et l'a déclarée irrecevable lorsque l'infraction résulte de la violation d'une loi d'intérêt général. Elle a jugé notamment :

- que la victime d'un crime ne peut pas exercer l'action civile contre le tiers coupable du délit de non-dénonciation de ce crime, un tel délit n'étant puni que dans l'intérêt public (Cass. crim. 2-3-1961, J.C.P. Sem. jur. 1961, II, 12092, note Larguier, Rev. trim. dr. civ. 1961, 449, observ. Tunc);

- que le client d'un établissement thermal qui se plaint d'avoir payé un prix supérieur au prix taxé ne peut se porter partie civile à l'occasion de poursuites pénales exercées contre cet établissement, car la législation sur les prix n'a pas pour but de protéger des intérêts particuliers (Cass. crim. 19-11-1959, D. 1960, 463, note Durry, J.C.P. Sem. jur. 1960, II, 11448, note Chambon);

- qu'un commerçant ne peut réclamer des dommages-intérêts, devant la juridiction répressive, contre un concurrent qui pratiquait des ventes avec primes, l'interdiction de ces ventes ayant été édictée uniquement dans l'intérêt général (Cass. crim. 2-3-1961 et 19-4-1961, J.C.P. 1961, II, 12039 et 12168, Rev. trim. dr. civ. 1961, 499, observ. Tunc; Droit social, 1961, 463, note H.F);

- que le commerçant, victime d'un refus de vente de la part d'un fabricant, est irrecevable à se porter partie civile contre celui-ci devant le tribunal correctionnel à l'occasion des poursuites pénales (Paris, 7-2-1961, S. 1961, 182, concl. Robin);

- que le propriétaire d'immeuble, gêné par une construction voisine élevée sans permis de construire, ne peut pas se fonder sur ce délit pour réclamer une indemnité devant la juridiction répressive, parce que la législation sur le permis de construire n'a pour objet que la défense de l'intérêt général et non celle des intérêts privés (Cass. crim. 26-11-1958, Bull. crim. no. 694; Cass. crim. 14-12-1959, Bull. crim., no. 556);

- que l'Etat lui-même n'est pas recevable à se porter partie civile contre un contribuable coupable du délit d'entrave au contrôle fiscal et réclamer la réparation du préjudice moral subi par les services fiscaux, parce que ce préjudice se confond avec le préjudice général que les sanctions pénales applicables à ce délit suffisent à réparer (Cass. crim. 28-5-1957, J.C.P. Sem. jur. 1957, II, 10203).

Cette jurisprudence qui, pour le moment, est limitée à la recevabilité de l'action civile devant les tribunaux répressifs, est la source de grandes incertitudes car son fondement et son domaine sont imprécis (V.P.H. Teitgen, L'irrecevabilité de l'action civile dans la poursuite des infractions à la législation économique, Droit social, 1960, 603; Durry, note précitée, D. 1960, 463; Tunc, observations, Rev. trim. dr. civ. 1960, p. 666, et 1961, pp. 499 et suiv.).

En effet, si le but pratique de la chambre criminelle a été d'éviter que l'action publique dirigée contre les auteurs d'infractions à une législation d'intérêt général, spécialement à la législation économique, ne puisse être déclenchée par l'action civile exercée par la victime d'un préjudice individuel causé par ces infractions, et si la chambre criminelle a souhaité que les poursuites pénales soient réservées à l'appréciation du ministère public, la justification juridique de la solution est

délicate en l'absence d'un texte distinguant entre la violation des lois d'intérêt général et celle des lois d'intérêt privé. Car les articles 2 et suivants du code de procédure pénale sont rédigés en termes généraux et permettent toujours à la victime de se présenter devant la juridiction pénale à la seule condition que l'infraction lui ait causé un préjudice personnel et direct. Or, dans la plupart des espèces où la chambre criminelle a rejeté l'action civile, un tel préjudice était indiscutable. On est alors conduit à penser que, pour la chambre criminelle, le préjudice individuel résultant de la violation d'une loi d'intérêt général n'est pas un préjudice réparable : seule la collectivité publique peut se prévaloir de cette violation et la seule sanction est une sanction pénale.

Mais si tel est vraiment le fondement de la jurisprudence de la chambre criminelle, il serait tout aussi exact pour l'action en dommages-intérêts portée devant les juridictions non répressives, c'est-à-dire devant les tribunaux civils ou de commerce. C'est ce que n'ont pas manqué de relever tous les commentateurs de cette jurisprudence (P. Durand, *chron.*, précitée, D. 1960, p. 23, col. I, no. 6; Tunc, observations précitées, *Rev. trim. dr. civ.* 1961, pp. 499 et 500; Teitgen, *art. cité*, *Droit social*, 1960, p. 607, col. 2; adde, Solus et Perrot, *Dr. judiciaire privé*, t. I. p. 229, note 4). Mais tous sont d'accord pour n'y voir qu'un motif de plus de condamner la solution donnée par la chambre criminelle, car aucun n'est effleuré par l'idée que la même solution pourrait être adoptée par les chambres civiles de la Cour suprême; à leurs yeux, il ne fait pas de doute que, dans l'avenir comme dans le passé, la victime de la violation d'une loi d'intérêt général pourra s'adresser aux juridictions non répressives pour obtenir la réparation du préjudice individuel ou syndical qu'ils ont subi du fait de cette violation, conformément aux articles 1382 et 1383 du code civil.

De fait, les juridictions civiles ou commerciales semblent à ce jour réfractaires à cette notion; si l'on peut citer deux arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation du 17 mars 1958 (J.C.P. 1959, II. 10950) et du 8 mai 1963 (J.C.P. 1963, II. 13314, note Esmein) qui lui font une place, ils s'expliquent l'un et l'autre par des circonstances trop particulières pour qu'il soit permis d'en tirer une conclusion générale. Le premier avait trait à une loi déclarant classé un site historique; une telle loi protège un intérêt défini avec une telle précision, celui de la conservation des monuments et sites historiques, que l'on conçoit le refus de l'action en dommages-intérêts à celui qui reproche au

défendeur d'avoir méconnu cette loi. L'arrêt de 1963 approuve le rejet de l'action tendant à la démolition d'une construction édifée en méconnaissance d'une servitude administrative de reculement. L'arrêt énonce « que cette servitude n'a pour effet que de contraindre à l'observation de règles d'utilité générale, et non de servir un fonds dominant... et que la juridiction pénale ayant écarté la peine facultative de la démolition, il n'appartient pas au demandeur de la réclamer dans son intérêt privé ». Si l'on ajoute qu'aux termes de l'article 104 du code de l'urbanisme la condamnation à la démolition, sous astreinte de la construction irrégulière, ne peut être prononcée que sur réquisition du ministère public agissant à la demande du ministre de la construction (voir *Crim.* 23-10-1963, D. 1963, sommaire p. 115), il apparaîtra qu'il était difficile aux juges civils d'accueillir la demande en démolition du voisin que la construction gênait. On ne saurait déduire de ces deux arrêts une « conversion générale de la jurisprudence civile à la position prise par la chambre criminelle ».

Quant à la définition de la loi « d'intérêt général » ou « d'intérêt public », elle n'est évidemment pas donnée par la chambre criminelle dont les arrêts se bornent à affirmer ce caractère au gré des affaires qu'ils tranchent. Mais la plupart des exemples qui ont été donnés plus haut se réfèrent à des infractions à la législation ou à la réglementation économique : accès aux professions commerciales, répartition des produits, taxation des prix, interdiction des loteries et des ventes avec primes, interdiction du refus de vente, etc. Il ne semble pas douteux que la chambre criminelle ferait rentrer la législation sur les ententes au nombre des lois d'intérêt général.

5. L'examen de la question posée ne serait pas complet s'il n'était fait état d'une autre jurisprudence qui concerne aussi les conséquences, dans les relations privées, de la violation des règles de la législation économique d'intérêt général et qui émane, cette fois, des juridictions civiles et commerciales. Elle est d'ailleurs extrêmement incertaine dans sa portée et dans son fondement.

On peut la résumer en disant que, dans un certain nombre d'hypothèses, les tribunaux règlent la situation juridique existant entre deux personnes — notamment deux contractants — sans prendre en considération la violation, que l'une de ces personnes a pu commettre, de la législation ou de la réglementation économique.

C'est ainsi que lorsqu'une personne se livre à une activité commerciale, bien qu'elle soit frappée d'une déchéance qui s'y oppose, ou qu'elle exerce une autre profession incompatible, ou qu'elle ne soit pas munie de l'autorisation administrative nécessaire, elle n'en a pas moins la qualité de commerçant et peut être mise en faillite (nouvel art. 448, al. 2, 1er, C. comm.; Cass. req. 14-3-1888, D.P. 1888, I, 168; Cass. req. 8-7-1891, D.P. 1891, 5,55; Toulouse, 27-11-1936, J.C.P. 1937, II, 42; Ripert, Durand et Roblot, Tr. élém. dr. com. 4e édit., t. I, no. 232; Hemel et Lagarde, Tr. dr. com., t. I, no. 102; R. Houin, v. Faillite, Règlement judiciaire, nos. 42 et suiv., 2820, Encycl. Dalloz Dr. comm.).

On devrait d'ailleurs en déduire logiquement que les contrats conclus par ce « commerçant de fait » sont valables, les seules sanctions possibles, en cas de violation d'une déchéance, d'une incompatibilité ou d'une interdiction professionnelle, étant de nature pénale. Mais la solution est loin d'être admise par l'unanimité de la jurisprudence et de la doctrine. Un arrêt de la Cour de cassation a décidé, en 1945, que le notaire qui fait un acte excédant le domaine de sa compétence professionnelle peut opposer la nullité de cet acte et refuser de l'exécuter : il s'agissait, en l'espèce, d'un courtage d'immeuble et la Cour suprême a donc admis que la violation du statut professionnel du notaire entraînait la nullité de l'acte (Cass. req. 30-7-1945, D. 1945, 20); mais, en 1961, la Cour de cassation a donné une solution absolument inverse pour un courtage opéré par un huissier en violation des règles de son statut admettant que l'huissier pouvait réclamer en justice les commissions correspondant à cette opération sans qu'on puisse lui en opposer la nullité (Cass. I civ. 15-2-1961, Bull. Cass. civ., I, no. 105, p. 85). Dans un domaine voisin, la Cour de cassation a décidé que l'administrateur de société, qui exerce ses fonctions au mépris de la déchéance professionnelle qui le frappe, ne représente plus valablement la société et n'a donc pas qualité pour former appel au nom de celle-ci (Cass. civ. 18-11-1947, D. 1948, 42, Rev. trim. dr. com. 1948, 268, obs. Rault); mais la Cour de Paris s'est prononcée en sens inverse pour la production à un ordre par un administrateur déchu (Paris, 21-1-1948, Gaz. Pal. 1948, I, 150). La doctrine n'est pas moins hésitante :

M. Ripert est partisan de la nullité des actes de l'administrateur déchu (op. cit., t. I, no. 1136), tandis que MM. Hamel et Lagarde sont d'un avis opposé, ce qui ne les empêche d'ailleurs

pas de se prononcer pour la nullité des actes du commerçant de fait (op. cit. t. no. 639 et 102).

On ne peut donc pas affirmer qu'en droit français la violation d'une réglementation professionnelle d'intérêt général soit sans effet sur la situation juridique de la personne qui la commet. D'ailleurs, ces décisions concernent la nullité des actes accomplis par cette personne et non sa responsabilité civile pour faute; à la connaissance des soussignés, aucune décision n'a écarté une telle responsabilité sous prétexte qu'elle naît de la violation d'un statut professionnel. La preuve en est que lorsque le gouvernement, qui impose aux agents de change l'obligation de demander à leurs clients le dépôt d'une garantie sous forme de « couverture », autant pour des raisons de sécurité que pour éviter les spéculations en bourse, a voulu que la responsabilité civile des agents de change ne puisse être engagée à l'égard de leurs clients ou des tiers, pour violation de cette obligation, il n'a pas manqué de le dire expressément (art. 61, al. I décr. 7-10-1890, modifié par décr. 14-10-1960).

Au surplus, même sur le plan de la nullité des actes juridiques, il est admis que la violation d'une loi d'intérêt général et spécialement d'une loi économique entraîne la nullité absolue de l'acte qui la réalise : la solution a été donnée notamment pour les contrats qui contreviennent à la législation sur les prix ou sur la répartition des matières (Cass. com. 8-2-1960, Bull. Cass. civ., III, no. 74, p. 68; Montpellier, 12-11-1947, J.C.P. 1948, II, 4329, note Carbonnier; Angers, 2-4-1952, J.C.P. 1952, II, 6953). Elle a été rappelée expressément par le décret du 9 août 1953, pour toute convention se rapportant à une entente illicite, sous la réserve que cette nullité ne peut pas être opposée par les parties aux tiers (nouvel art. 59bis, al. 2 et 3, ord. 30-6-1945).

Qu'il s'agisse de nullité ou bien de dommages et intérêts, les sanctions ordinaires du droit privé ne sont donc pas exclues lorsqu'il y a violation d'une législation ou d'une réglementation d'intérêt général.

6. Une autre jurisprudence doit être signalée, concernant la résiliation abusive du contrat de travail. En droit français, l'employeur, qui rompt abusivement le contrat de travail qui le lie à son salarié, doit verser des dommages-intérêts à celui-ci. Or, les entreprises industrielles et commerciales ne peuvent renvoyer

un salarié qu'avec l'autorisation des services de la main-d'œuvre qui doivent apprécier l'incidence économique de ce renvoi sur le marché du travail. Dès lors, la question s'est posée de savoir si le seul fait d'omettre de demander cette autorisation ne constitue pas l'abus justifiant l'allocation de dommages et intérêts au salarié. La Cour de cassation s'est prononcée pour la négative (Cass. soc. 24-1-1947, S. 1947, I, 73; Cass. soc. 19-5-, 26-6- et 3-7-1947, J.C.P. 1947, II, 3915; Durand et Vitu, *Dr. du travail*, t. II, no. 473; Camerlynck, *Tr. pratique de la rupture du contrat de travail*, pp. 118 et 256). Mais la justification ne s'en trouve nullement dans un principe général aux termes duquel la violation d'une réglementation de l'emploi dans un intérêt général serait sans incidence sur les relations entre employeur et employés; beaucoup plus simplement, elle se trouve dans une disposition de l'article 9 du décret du 23 août 1945 qui dit expressément que la décision prise par le service de la main-d'œuvre ne porte pas atteinte aux dispositions du droit commun régissant les rapports entre employeurs et salariés. La preuve en est que, lorsque ce texte n'est pas applicable, c'est la solution inverse qui l'emporte; ainsi, les délégués du personnel au comité d'entreprise ne peuvent être renvoyés que sur avis conforme de ce comité ou, à défaut, sur avis de l'inspecteur du travail; la Cour de cassation a décidé que l'absence d'un tel avis constitue un abus de droit justifiant l'allocation de dommages-intérêts (Cass. soc. 21-2-1952, J.C.P. 1952, II, 6826, D. 1952, 290 et 326; Cass. soc. 25-5-1956, Bull. Cass. civ. IV, no. 490, p. 362; Durant et Vitu, *op. cit.*, t. II, no. 469, Camerlynck, *op. cit.* no. 118).

Il convient cependant de relever un arrêt de la section sociale de la Cour de cassation du 11 décembre 1959 (Clunet, 1961, 120, note G. Lyon-Caen) qui est d'autant plus intéressant qu'il concerne l'application du traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier. En l'espèce, le renvoi d'un salarié était intervenu à la suite d'une mesure de concentration; le salarié soutenait que cette mesure était contraire aux articles 65 et 80 du traité de la CECA et que, par suite, son renvoi était abusif; il réclamait donc des dommages et intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail et demandait, au moins, qu'il fût sursis à statuer jusqu'à ce que la Haute Autorité de la CECA se soit prononcée sur la validité de la mesure de concentration. La Cour de cassation a rejeté cette demande en faisant observer « que l'irrégularité prétendue dans la réalisation de la concentration concernait

exclusivement... les rapports entre la Haute Autorité et la Société (employeur); qu'elle ne pouvait avoir, en effet, aucune influence sur les rapports juridiques entre la société et son directeur adjoint dès lors qu'il était admis par les juges du fond que la société s'est trouvée dans l'obligation, par suite des circonstances économiques, de réduire dans la région de Marseille son activité industrielle comme elle l'avait fait précédemment dans d'autres régions de France et qu'elle avait été ainsi amenée à des compressions de son personnel ». L'arrêt précise d'autre part qu'il n'était pas établi que la mesure de concentration ait eu pour objet d'évincer le directeur adjoint de son poste.

Il ne semble pas qu'il faille déduire de cet arrêt que la violation des articles 65 et 80 du traité de la CECA ne soit pas susceptible de faire naître une responsabilité civile et de justifier une condamnation à des dommages-intérêts, par exemple au profit d'un concurrent. Si le salarié renvoyé n'a pas été reconnu fondé à invoquer l'irrégularité de la mesure de concentration irrégulière, c'est simplement parce qu'il n'existait pas un lien de causalité suffisant entre cette mesure et le renvoi; la cause directe et déterminante de ce renvoi résidait dans la situation économique de l'entreprise et non dans la mesure de concentration.

L'arrêt n'est donc incompatible ni avec l'effet en droit interne français des articles 65 et 80 du traité de la CECA ni avec une responsabilité civile pouvant naître éventuellement de la violation de ces textes; la Cour de cassation n'a pas eu, en réalité, à statuer sur ces points et c'est seulement par rapport aux faits de l'espèce qu'il faut retenir l'affirmation que « l'irrégularité prétendue dans la réalisation de la concentration concernait exclusivement... les rapports entre la Haute Autorité et la Société ».

7. En conclusion sur la première question, les soussignés sont d'avis que, dans l'état actuel du droit français, la victime d'un préjudice causé par la violation d'une loi d'intérêt général, notamment d'une loi économique, n'est pas recevable à se porter partie civile devant une juridiction répressive à l'occasion d'une poursuite pénale; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle s'adresse à une juridiction civile ou commerciale pour réclamer des dommages et intérêts, en se fondant sur les règles du droit commun de la responsabilité civile.

B. Dans quelles conditions les tribunaux français pourraient-ils allouer, tant par application directe des articles 85 et 86 du traité de Rome que par recours aux règles internes de la responsabilité civile, des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation desdits articles 85 et 86 ?

8. Les explications données ci-dessus à propos de la première question permettent de penser que les tribunaux français n'hésiteraient pas à prononcer des condamnations à des dommages-intérêts au profit de personnes qui se prétendraient lésées par une violation des articles 85 et 86 du traité de Rome.

Il est vrai que la chambre criminelle de la Cour de cassation écarte la recevabilité de l'action civile jointe à l'action publique lorsque la faute délictuelle est constitutive d'un délit pénal et résulte de la violation d'une législation d'intérêt général, notamment d'une législation économique. Mais les articles 85 et 86 du traité de Rome ne sont pas sanctionnés, pour le moment, par des peines, de telle sorte que l'action en réparation du préjudice causé par leur violation ne pourrait être portée que devant les tribunaux civils et de commerce. Elle serait vraisemblablement déclarée recevable et éventuellement fondée.

D'une part, en effet, les règles du droit commun de la responsabilité civile conduisent à considérer comme une faute la violation de toute disposition législative ou réglementaire, sans faire de distinction entre les lois d'intérêt public et les lois d'intérêt privé. L'application de ce principe aux « coalitions », ententes ou manœuvres frauduleuses constitutives du délit de spéculation illicite, et réprimées par l'article 419 du code pénal, est traditionnelle; il a toujours été admis que les victimes de ces agissements pouvaient demander des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par elles (Cass. req. 11-2-1879, D.P. 1879, I, 345; Cass. crim. 7-3-1951, Bull. crim. no. 102, p. 75; Cass. crim. 13-3-1952, S. 1952, I, 193, note Hémar; Nancy, 8-12-1960, Gaz. Pal. 1961, I, 57). Les mêmes solutions sont appliquées par les rares décisions judiciaires qui ont été rendues à propos d'ententes contraires au décret du 9 août 1953 : le principe du droit à dommages-intérêts, par application des règles du droit commun de la responsabilité civile, n'a pas été discuté (Rennes, 15-6-1961, Dr. social, 1961, 459, note Teitgen; comp. Rennes, 9-12-1959, Dr. social, 1960, 455, note Teitgen).

Or, si par hypothèse on admet que les articles 85 et 86 du traité de Rome sont applicables devant les tribunaux français, on admet par là-même qu'ils font partie du droit positif français; dès lors leur violation peut justifier l'allocation de dommages et intérêts, de même que la violation de toute autre règle du droit français. C'est en ce sens que se prononcent les commentateurs de ces articles (Plaisant et Lassier : les dispositions relatives aux ententes dans le traité instituant la Communauté économique européenne, D. 1958, chron. XXXIX pp. 273 et 274; dans le même sens pour la violation de l'article 65 du traité de la CECA, Reuter, La Communauté européenne du charbon et de l'acier, p. 214).

Pour donner une solution contraire, il faudrait décider que les articles 85 et 86 ne concernent que les relations entre les organes de la Communauté et les ententes ou les entreprises se livrant à des abus de puissance économique. Sans doute, les motifs de l'arrêt précité de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 décembre 1959 ont affirmé que tel était le cas de l'article 65 du traité de la CECA qui contient des dispositions voisines de celles des articles 85 et 86. Mais, d'une part, on a dit plus haut que ce motif ne paraît pas devoir être pris à la lettre : la Cour suprême a simplement voulu marquer qu'il n'existait pas de lien entre la concentration illégale d'entreprise et la rupture du contrat de travail du salarié; il est probable que la solution aurait été différente si l'illégalité de l'opération avait été invoquée par un concurrent à l'appui d'une demande de dommages et intérêts. D'autre part, la rédaction des articles 85 et 86 du traité de Rome est sensiblement différente de celle de l'article 65 du traité de la CECA. Les premiers affirment, en termes de principe, l'interdiction de certaines ententes dont ils prononcent la nullité, et l'interdiction des abus de puissance économique : à la différence de l'article 65, ils n'ont pas pour objet de réglementer la concurrence dans une activité économique limitée comme la CECA, mais dans l'ensemble du Marché commun; dès lors, leur efficacité ne saurait être limitée aux relations des entreprises avec les institutions du Marché commun, car ils intéressent directement l'ensemble des entreprises en concurrence. Celles-ci ont donc intérêt à utiliser ces textes pour demander la réparation du préjudice que leur violation leur cause.

Les soussignés estiment que si une telle violation était invoquée devant les tribunaux français, ceux-ci très vraisemblablement appli-

queraient les règles du droit commun de la responsabilité civile et, en vertu de ces règles, condamneraient les membres de l'entente ou les auteurs de l'abus de puissance économique à des dommages-intérêts au profit des personnes lésées.

9. Mais, naturellement, une telle condamnation n'interviendrait que dans la mesure où elle serait justifiée par le droit commun de la responsabilité civile. Il faudrait donc d'abord, comme on l'a dit plus haut, que le préjudice allégué soit certain : si la violation des articles 85 et 86, résultant d'une entente ou d'un abus de puissance économique, n'était la source que d'un préjudice diffus, sans qu'il soit possible

de déterminer de façon précise le préjudice subi personnellement par le demandeur, celui-ci n'obtiendrait pas d'indemnité. De même, il faudrait que le préjudice soit direct et que le lien de causalité avec la faute soit suffisamment caractérisé. Enfin, le demandeur devrait justifier de la légitimité de son droit ou de son intérêt lésé : une distinction serait sans doute faite à cet égard, entre les membres de l'entente illicite et les tiers ; la participation des premiers à l'entente exclurait, en général, le droit à réparation ; telle est la position prise, en droit interne, par l'arrêt de la Cour de Rennes, déjà cité, du 15 juin 1961 ; en revanche, les concurrents lésés par l'entente ou l'abus de puissance économique jouiraient d'un tel droit.

En Italie, l'allocation de dommages-intérêts à la victime d'une violation des règles de concurrence du Traité est possible dans le cadre des règles sur la concurrence déloyale et des dispositions générales du code civil sur la responsabilité délictuelle.

Le système juridique italien ne contient pas de disposition semblable à celle du paragraphe 823, alinéa 2, du code civil allemand, ni par conséquent de notion législative explicite de « Schutzgesetz » et de violation de cette loi comme condition d'un dédommagement du préjudice subi. La disposition générale du code civil italien en matière de délit extra-contractuel (art. 2043) parle au contraire de « préjudice injuste » et le problème de la réparation d'un dommage ne se pose pas habituellement, en Italie, en liaison avec l'examen d'une éventuelle violation d'un « Schutzgesetz », ou d'une disposition protégeant un intérêt (ou protégeant également un intérêt) de la personne lésée, mais au contraire en liaison avec la notion moins précise de caractère « injuste » du dommage et avec l'appréciation de ce caractère injuste (nous faisons évidemment abstraction ici de l'élément subjectif — faute ou dol — et de l'élément de causalité, également prévus par l'art. 2043 du code civil).

Il est cependant évident que la différence entre la législation italienne et la législation allemande est beaucoup plus formelle que matérielle. D'autre part, en Italie aussi l'examen spécifique du droit à dédommagement pour un préjudice découlant de la violation d'une règle de droit public n'est pas inconnu : on peut rappeler à ce propos que l'on admet depuis longtemps la réparation du dommage découlant pour un particulier par exemple de la violation, par un tiers, de règlements en matière de construction, qui constituent également, au moins en partie, des règles édictées pour protéger un intérêt public ⁽¹⁾.

Traditionnellement, nous résolvons le problème du caractère « injuste » du dommage résultant de l'acte illicite en droit civil en nous référant à la violation d'un droit subjectif absolu d'un tiers, en ce sens que l'on qualifie généralement de dommage injuste celui décou-

⁽¹⁾ Pour une synthèse des discussions sur ce sujet, voir De Martino : Della proprietà, dans *Commentario del Codice civile* par Scialoja et Branca, Bologne-Rome, 1954, pp. 218 et suiv. ; cet ouvrage comporte aussi des citations de la jurisprudence en la matière.

lant de la violation d'un droit subjectif ⁽²⁾ ; certes, cela implique aussi la violation d'une disposition générale, non pas de n'importe quelle disposition protégeant également ou incidemment un intérêt particulier, mais au contraire d'une disposition conférant spécifiquement un droit subjectif.

Dans ces conditions, on admettra qu'il y a responsabilité pour les dommages causés par la mise en œuvre d'une entente restreignant le jeu de la concurrence ou par un abus de position dominante, en violation des articles 85 et 86 du Traité, à la condition que, selon le schéma indiqué ci-dessus, on puisse isoler, dans le chef de la personne qui a subi le préjudice, un droit subjectif absolu qui est lésé du fait de cette violation.

Il convient cependant de faire observer immédiatement que la matière particulière qui, par définition, comprend les actes et les comportements interdits par les articles 85 et 86 du Traité est celle de la concurrence : ceci permet de limiter l'examen de notre problème au domaine de cette matière et de l'étudier uniformément en tous ses détails.

Dans notre pays, la doctrine admet que les actes qui doivent être considérés comme illicites et inderdits dans l'exercice de la libre activité économique, lorsque leur caractère illicite ne découle pas de la violation d'un contrat ou lorsqu'ils ne constituent pas une activité objectivement interdite en soi et pour soi, indépendamment de son objectif en matière de concurrence, doivent être rangés dans la catégorie des actes de concurrence déloyale.

Cette catégorie rentre d'autre part dans la catégorie plus générale de l'acte illicite extra-contractuel, car le schéma est le même ; en effet, dans cette catégorie également, le caractère illicite de l'acte consiste dans la violation du droit subjectif d'un tiers et l'acte de concurrence déloyale est celui qui viole le droit

⁽²⁾ Voir notamment Chironi : *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. I, *Colpa extra-contractuale*, Turin, 1903 ; Venezian, *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, partie I, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Rome, 1918.

subjectif d'un concurrent à sa clientèle⁽¹⁾, proposition qui a pour corollaire qu'un acte illicite peut être qualifié d'acte de concurrence déloyale lorsqu'il constitue une violation du droit d'un tiers à sa clientèle.

La caractéristique des actes interdits sous l'angle de la concurrence déloyale est que leur caractère illicite se détermine par référence à un critère particulier :

L'article 2598 du code civil, qui réprime la concurrence déloyale, s'énonce comme suit : « Sans préjudice des dispositions concernant la protection des marques et brevets, commet des actes de concurrence déloyale quiconque : ...⁽³⁾ utilise directement ou indirectement tout autre moyen non conforme aux principes de la correction professionnelle et de nature à porter préjudice à l'entreprise d'un tiers ».

Cette disposition découle, on le sait, de l'article 10bis de la convention d'union de Paris dans le texte de la Haye, qui a été longtemps la seule disposition en vigueur en Italie dans ce domaine, et a simplement substitué au critère de conformité de l'acte de concurrence aux « usages honnêtes en matière de commerce » celui de conformité à la « correction professionnelle ».

L'examen de cette disposition fait donc apparaître que le critère utilisé pour déterminer le caractère illicite d'un acte de concurrence est le fait d'être ou non « contraire aux principes de la correction professionnelle » ; d'où le caractère de disposition primaire de l'article 2598 du code civil, c'est-à-dire son autonomie normative : en d'autres termes, à la différence de l'article 2043, il ne constitue pas une disposition de caractère secondaire et répressif pour laquelle le caractère injuste du dommage dépend de la violation d'une autre disposition conférant au lésé un droit subjectif ; il stipule, directement dans le domaine de la concurrence, l'interdiction de certains comportements qui portent atteinte au droit des tiers à leur clientèle.

⁽¹⁾ Voir Rotondi : Il valore giuridico del principio della libera concorrenza e l'oggetto della c.d. azione di concorrenza sleale, paru dans Studi di diritto industriale, Padoue, 1959, pp. 455 et suiv. ; même auteur, voir aussi : Das Avviamento als das Schutzobjekt der Klage aus unlauterem Wettbewerb und als Kriterium für die Einteilung der unlauteren Wettbewerbshandlungen, dans (Ausland- und Internationalen Teil) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1956, pp. 531 et suiv. ; « Avviamento » et concurrence déloyale, dans Revue trimestrielle de droit comm. 1956, pp. 17 et suiv. ; Unfair Competition in Europe - Its Present Theory and Unfair Trade Practice, dans The American Journal of Comparative Law, vol. 7 (1958), pp. 327 et suiv.

En conséquence, notre problème, qui concerne le domaine de la concurrence, peut être posé différemment : il ne s'agit plus d'examiner si les règles de concurrence violées par l'acte dommageable ont été établies pour protéger un intérêt public, ou aussi un intérêt privé, ni de définir les critères permettant d'élucider ce point, mais de savoir si un acte de concurrence accompli en violation de ces règles peut ou non être considéré comme un acte conforme à la correction professionnelle.

La question du caractère illicite, sous cet angle, d'actes de concurrence accomplis en violation de règles de droit public s'est posée sous divers aspects et à propos de cas divers à la jurisprudence de nos juges du fond et de la Cour de cassation.

Un cas qui s'est présenté a été celui de la violation des dispositions du décret-loi royal no. 294 du 19 janvier 1939, lequel mentionne limitativement les cas où un commerçant peut procéder à la « vente extraordinaire » ou à la vente de liquidation (dans ce dernier cas, avec application du système prévoyant un commissaire-priseur) et donne en même temps pouvoir à l'autorité administrative d'autoriser cette vente, dans certaines circonstances, même en dehors des cas prévus. Le juge a estimé (tribunal de Turin, 15-3-1951, dans Mon. Trib., 1951, 136) que « les commerçants vendant un tel article dans une zone donnée sont habilités à s'opposer à la vente d'un tel article effectuée par un autre commerçant sans les autorisations prescrites et en violation de l'article 1 du décret-loi royal no. 294 du 19 janvier 1939 ». Dans ses commentaires sur le jugement, Romano Pavoni a écrit : « Les dispositions du genre de celles mentionnées reposent, à mon avis, sur la nécessité de protéger les commerçants contre une forme de concurrence qui, si elle était exercée sans aucune règle, serait certainement dommageable ; les dispositions visées ci-dessus, en tant qu'elles posent, ne serait-ce qu'a contrario, une limite à la liberté de concurrence, constituent donc des règles de droit privé comme celles de l'article 2598, tandis que celles qui concernent l'autorisation administrative ont, de toute évidence, été établies dans l'intérêt général (qui inclut également l'intérêt des consommateurs) et sont donc des règles de droit public. Par conséquent, lorsque les conditions de fait prévues par la loi sont réunies, les limites posées par la loi pour la protection des intérêts privés sont dépassées, et l'autorité administrative qui doit autoriser la vente extraordinaire n'a pas à considérer d'autres intérêts privés, mais seulement les

intérêts de l'économie générale (les entreprises commerciales de la même catégorie pourront être prises en considération uniquement comme titulaires d'intérêts occasionnellement protégés⁽¹⁾.)

Une jurisprudence abondante et concordante qui a admis qu'il y avait concurrence déloyale en cas de concurrence exercée en se procurant des produits par des moyens illicites, notamment en vendant à bas prix des marchandises introduites en contrebande et qui ont échappé au droit de douane, est encore plus significative et plus précise.

Dans un arrêt du 22 juillet 1953 (dans Foro Padano, 1954, I, pp. 216 et suiv.), le tribunal de Brescia s'est demandé si la mise en vente en Italie de montres Omega importées clandestinement en violation des dispositions douanières et, par conséquent, offertes à un prix inférieur rendu possible par la violation susmentionnée peut être considérée comme un acte de concurrence déloyale. Voici les arguments présentés à ce sujet par le tribunal : « Le caractère illégitime de l'atteinte portée à la clientèle de tiers découle du caractère déloyal des manœuvres utilisées pour atteindre la fin. Or, s'il est exact que les dispositions qui répriment la contrebande et ont été édictées pour des exigences d'intérêt public n'ont pas pour objet, même indirectement, de réglementer les rapports entre les concurrents, en sorte qu'il est impossible de concevoir que la contrebande puisse léser un droit subjectif, juridiquement protégé, du commerçant qui se soumet à toutes les règles douanières et fiscales pour l'importation des produits à l'encontre du commerçant qui s'y soustrait, il faut néanmoins considérer que la contrebande des montres joue dans la manœuvre, non comme fin en soi, mais comme moyen pour perturber les activités commerciales de la société De Marchi, pour en détourner la clientèle au moyen d'une vente qui, bénéficiant sur le marché d'une situation favorable, créée à ses dépens, s'effectue à des prix très inférieurs. La contrebande ne doit donc pas être considérée comme source de dommage en elle-même, mais doit être appréciée comme un comportement illicite permettant aux concurrents, par la violation de la loi, de faire une concurrence inégale à quiconque respecte rigoureusement cette loi. Il n'est pas douteux que si l'on pose

le problème sous cet angle, on se trouve en présence d'un cas de concurrence déloyale entendue comme un ensemble d'actes non conformes aux principes de correction professionnelle (art. 2598 par. 3 du code civil) ».

Ultérieurement, dans un arrêt du 14 juillet 1956 (dans Foro Padano, 1956, I, p. 1024), la Cour d'appel de Bologne, examinant à son tour la question de l'importation de montres en contrebande sous l'angle de la concurrence déloyale, confirmait cette orientation : « Il est vrai que sur le plan du droit on a fait observer que les dispositions d'ordre financier et administratif ne sont pas édictées pour la protection de l'individu, et encore moins pour la protection des entreprises industrielles et commerciales, et que l'évasion du droit de douane antérieur à l'offre de vente de la marchandise constitue un acte étranger à la concurrence ; il est toutefois évident que la contrebande ne doit pas être considérée comme une fin en soi, mais comme un moyen en vue de cette fin et, par conséquent, comme un acte incorrect calculé pour se placer sur le marché dans des conditions de faveur en face des autres concurrents ».

La Cour de cassation s'est prononcée de façon analogue dans une série d'arrêts récents dont nous reproduisons les extraits les plus significatifs :

Dans son arrêt no. 116 du 21 janvier 1958 (dans Foro Padano, 1958, pp. 139 et suiv.) la Cour de cassation, toujours à propos de la question de l'importation de montres en contrebande, a présenté les arguments suivants : « Le tiers étranger au contrat de vente exclusive peut vendre les produits visés audit contrat dans la zone réservée au concessionnaire quand l'acquisition n'a pas eu lieu auprès de ce dernier. Le tiers ne commet donc pas, de ce seul fait, un acte de concurrence déloyale prévu par l'article 2598, paragraphe 3, du code civil, à moins qu'il n'ait réussi à se procurer les produits par des moyens illicites, car lesdits moyens sont contraires aux principes de la correction professionnelle. Par conséquent, pour établir si une activité déterminée implique des cas de concurrence déloyale sous l'angle particulier du recours à des moyens contraires aux principes de la correction professionnelle, on ne peut certainement pas faire abstraction d'un critère raisonnable de rigueur dans l'appréciation de la conduite de l'agent. Or, si l'on applique un tel critère non seulement aux derniers actes de concurrence (p. ex. la mise en vente de produits à des conditions préjudiciables aux concurrents) mais encore, ce qui est nécessaire, à tout le

⁽¹⁾ En ce qui concerne la classification dans les actes de concurrence déloyale d'une vente non autorisée, qualifiée de liquidation, voir Rotondi : Per una classificazione degli atti di concorrenza sleale, paru dans Studi di diritto industriale, cit., p. 510 ; du même auteur, voir également Unfair Competition in Europe, cit., pp. 347 et 348.

comportement de l'agent, on ne peut pas ne pas aboutir à la conclusion qu'il faut juger contraire aux principes qui doivent présider aux compétitions commerciales dans une société bien organisée et reposant sur des principes moraux sains, fût-ce en rapport avec la mentalité particulière du monde des affaires, la conduite de l'entrepreneur qui, en accomplissant des actes interdits par l'ordre juridique, a créé les premières conditions de succès dans sa tentative pour s'assurer l'avantage en portant préjudice à l'entreprise d'un tiers. Une telle interprétation ne découle pas seulement des principes sur lesquels repose la réglementation en cause, elle est également conforme à la lettre même de la disposition (art. 2598 plusieurs fois cité), laquelle, en prévoyant en tant que de besoin le fait de la personne qui utilise directement ou indirectement les moyens mentionnés contraires aux principes de la correction professionnelle, laisse entendre clairement qu'elle inclut également à cet égard les activités caractérisées et rendues possibles par un comportement antérieur non conforme au droit, au sens indiqué ».

Toujours dans une affaire de contrebande de montres, un arrêt de la Cour de cassation no. 3948 du 23 décembre 1958 (dans *Foro italiano*, 1959, I, p. 367) a adopté la même interprétation; toutefois, si cet arrêt concluait en définitive au caractère illicite de la concurrence exercée au moyen de l'importation de marchandises en violation de règles de droit public, il se préoccupait surtout de souligner que la violation de règles de droit public ne constitue pas automatiquement un motif pour qualifier un acte de concurrence d'illicite⁽¹⁾: ce faisant, la Cour de cassation cherchait à éviter que l'application d'un principe contraire mette tout concurrent en mesure de contrôler l'ensemble de l'activité de production d'un entrepreneur, en violant ses secrets, pour constater si par hasard, aux divers stades de cette activité, il ne se serait pas procuré, par la violation de règles de droit public, un quelconque avantage économique. La Cour suprême avait argumenté comme suit: « En effet . . . la violation de disposition pénales fiscales ou administra-

tives ne constitue pas en soi un élément suffisant pour caractériser l'acte de concurrence déloyale, étant donné qu'en règle générale ces dispositions ne visent pas à protéger le caractère loyal des actes de concurrence et qu'elles ont au contraire pour objet de protéger des intérêts publics qui, au moins normalement, ne comprennent pas l'intérêt du particulier directement considéré comme tel. On ne peut dès lors (au moins en règle générale) qualifier d'acte de concurrence déloyale la mise en vente de produits achetés à des importateurs pratiquant la contrebande, ou importés en contrebande, car les dispositions relatives à la perception de droits de douane à l'importation de marchandises étrangères visent à protéger l'intérêt public lié à l'entrée de marchandises sur le territoire italien ou aux exigences financières du budget de l'Etat; elles ne visent pas à protéger le caractère loyal de la concurrence ou à réglementer celle-ci en liaison avec les intérêts des divers entrepreneurs nationaux, mais tout au plus à protéger l'industrie ou le commerce nationaux considérés seulement dans leur ensemble et non par rapport aux individus. Il n'y a pas lieu d'invoquer, à ce propos, les principes de la correction professionnelle (visés à l'art. 2598 du code civil) ou ceux concernant les usages honnêtes en matière de commerce dont il est question à l'article 10 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à La Haye en 1925 et rendue exécutoire en Italie par décret-loi no. 169 du 10 janvier 1926, converti en loi no. 2701 du 29 décembre 1927, car ces principes sont applicables aux moyens utilisés dans la concurrence et non à l'ensemble de l'activité de l'entrepreneur, même si celle-ci a pu lui procurer (du fait du recours à des moyens éventuellement illicites) un avantage sur les autres entrepreneurs qui n'ont pas eu recours aux mêmes moyens.

En effet (comme la Cour l'a mis en évidence dans son arrêt no. 1868 du 4-6-1958), la transgression d'une disposition impérative ne peut pas, pour ce seul motif, être considérée comme acte professionnellement incorrect, elle ne peut être considérée comme moyen de concurrence déloyale que si ce caractère résulte de l'appréciation requise par l'article 2598, paragraphe 3, du code civil, en vertu duquel on peut dire que les principes de correction professionnelle n'impliquent pas nécessairement l'observation de toutes les dispositions impératives qu'un entrepreneur doit observer dans son activité. En d'autres termes, pour que le moyen illicite puisse aussi être qualifié d'élément de l'acte de concurrence déloyale,

⁽¹⁾ Ces préoccupations trouvent aussi un large écho dans la doctrine qui a surtout attiré l'attention sur la nécessité d'un rapport immédiat, comme de cause à effet, entre l'acte de concurrence dont on a apprécié la conformité ou non avec les règles de correction professionnelle, et la violation d'une disposition de caractère public: voir entre autres Ferioli: *Della concorrenza sleale mediante invasione delle cosiddette « aree di esclusiva »*, dans *Foro padano*, 1956, I, pp. 1149 et suiv., Pellegrino: *Violazione di area di esclusiva mediante contrabbando*, dans *Riv. dir. ind.*, 1958, II, pp. 210 et suiv.; Auletta: *Violazione di norme di diritto pubblico e slealtà della concorrenza*, dans *Giust. civ.*, 1958, I, pp. 1562 et suiv.

il faut qu'il existe, entre l'acte illicite et la situation concurrentielle, un lien de causalité efficace, tel que l'on puisse dire que le premier a eu une influence directe sur la seconde, par exemple en provoquant indûment une altération du prix de marché qui ne se serait pas produite en l'absence de l'acte illicite. Mais il est évident que tout acte qui met l'entrepreneur, fût-ce par le recours à un moyen illicite du point de vue administratif ou fiscal, en mesure de produire à un prix moins élevé ou de vendre à un prix plus bas ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, pour la seule raison que l'entrepreneur est mis en état de réaliser un profit plus élevé que celui que peuvent obtenir ses concurrents ; cela reviendrait à mettre tout entrepreneur en mesure de demander le contrôle de l'ensemble de l'activité de production des concurrents, en violation des secrets les plus jalousement gardés, pour vérifier si, dans les différentes phases de cette activité, le concurrent n'aurait pas obtenu, à la suite de la violation de dispositions édictées pour protéger d'autres intérêts de caractère public, un quelconque avantage économique lié, même indirectement, à la violation des dispositions ainsi invoquées. Il faut donc que le caractère déloyal de la concurrence et la violation des principes de correction professionnelle soient inhérents à l'activité concurrentielle de l'entrepreneur, sans pour autant que les divers éléments de cette activité puissent faire l'objet d'une analyse si poussée qu'elle reviendrait à l'appréciation de l'ensemble de l'activité de production et de commerce de l'entrepreneur, pour censurer la recherche des moyens mis en œuvre par l'entrepreneur lorsqu'elle comporte le recours direct ou indirect à des actes qui violent des règles édictées pour protéger des intérêts publics nullement liés à l'activité des particuliers, ce que sont précisément les règles invoquées en l'espèce et relatives à l'imposition de droits de douane à l'importation.

La violation des règles douanières peut par conséquent avoir une influence sur le prix de revient de la marchandise pour le producteur et entraîner ainsi pour lui ou bien un profit plus élevé (s'il vend aux mêmes prix que ceux pratiqués par les concurrents sur le marché), ou bien la possibilité théorique de vendre à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les concurrents, avec l'avantage découlant de l'augmentation possible du volume d'affaires qu'une telle diminution de prix peut lui permettre éventuellement d'obtenir auprès des acheteurs, si ces derniers se laissent allécher par le coût moindre, abstraction faite de tout autre élément pouvant agir (et agissant effectivement dans la

pratique) sur la demande et sur l'offre en régime de libre concurrence sur les marchés. En tout cas, le moyen utilisé a, en règle générale, un effet médiat et seulement indirect sur l'activité concurrentielle consistant à mettre en vente les produits dans la zone où opèrent simultanément les autres entrepreneurs, et concerne plutôt un moment antérieur à cette activité auquel il n'est pas possible de se référer puisqu'on ne peut pas fractionner l'activité de l'entrepreneur en différentes phases pour prétendre que dans chacune d'elles il s'abstient de violer des dispositions qui, fût-ce indirectement, sont susceptibles de lui procurer une situation avantageuse par rapport aux entrepreneurs concurrents. Lorsque les dispositions relatives aux droits de douane n'ont pas des objectifs purement fiscaux, elles visent à protéger le commerce national ou l'industrie du pays dans leur ensemble sans aucun rapport avec l'intérêt direct des entrepreneurs pris en particulier. Dès lors, la violation de ces dispositions peut porter atteinte auxdits intérêts nationaux liés à l'équilibre des échanges entre les différentes nations et doit, comme telle, être punie et réprimée : mais elle ne peut pas fournir en outre à l'entrepreneur pris en particulier le moyen de frapper son concurrent qui aurait eu indûment recours à cette infraction pour tenter de limiter ses propres coûts de production en raison précisément du but différent poursuivi par ces dispositions, s'il n'est pas au moins démontré que l'acte illicite constitue la cause directe et immédiate d'une situation concurrentielle qui lui est préjudiciable, ou que la violation de la disposition impérative consiste dans l'acte de concurrence lui-même en tant qu'il s'adresse directement au client, sur la base de l'appréciation visée à l'article 2598, paragraphe 3, du code civil ».

Jugeant à son tour un cas d'importation de montres en contrebande sous l'angle de la concurrence déloyale, la Cour de cassation s'exprimait comme suit dans l'arrêt no. 646 du 28 mars 1960 (dans *Giust. civ.* 1960, pp. 891 et suiv.) : « On ne peut effectivement pas soutenir que le caractère illicite de l'acte chronologiquement antérieur qui a rendu possible l'acte ultérieur de la vente en concurrence ne soit pas pertinent. En fait, le caractère illicite de l'acte préparatoire se transmet à l'acte ultérieur, en soi licite, car ce n'est pas au caractère licite ou illicite qu'il convient de se référer au sens de l'article 2598, paragraphe 3, mais à la notion de correction, notion plus large que celle d'honnêteté — énoncée à l'article 10 bis de la convention internationale de Paris pour la protection de la propriété

industrielle, révisée à La Haye en 1925, rendue exécutoire en Italie par décret-loi royal no. 169 du 10 janvier 1926 modifié et converti en loi no. 2701 du 29 décembre 1927 — qui justifie un critère de rigueur dans l'appréciation de toute la conduite de l'agent et non pas seulement des derniers actes de concurrence. Il importe donc de juger contraire aux principes de correction professionnelle la conduite du commerçant qui a créé les prémices de sa tentative de s'assurer l'avantage dans la compétition commerciale en accomplissant des actes interdits par l'ordre juridique.

La confirmation de ce principe est donnée par la lettre de la disposition (art. 2598, no. 3) laquelle, en prévoyant le fait de celui qui, directement ou indirectement, utilise des moyens contraires aux principes de la correction professionnelle, inclut également dans ses prévisions les activités qu'un comportement antérieur contraire au droit a rendu possibles ».

Enfin, examinant une nouvelle fois la question de l'importation de montres en contrebande, la Cour de cassation motivait comme suit son arrêt no. 2644 du 11 octobre 1960 (dans *Giust. civ.* 1960, pp. 1908 et suiv.) : « Le fait de s'introduire illégitimement et de façon préjudiciable dans l'organisation ou dans la sphère d'activité de l'entreprise d'un tiers, en utilisant des moyens illicites, constitue sans aucun doute un acte de concurrence déloyale puisqu'il est contraire aux principes de correction professionnelle figurant à l'article 2598, no. 3 du code civil. Parmi les moyens qui sont à considérer comme incorrects au sens de cet article, il faut ranger le cas du commerçant qui se procure illicitement, par violation de règles impératives, la marchandise qui fait l'objet d'un contrat d'exclusivité, et revend ou met en vente cette marchandise dans la zone réservée au concessionnaire, en altérant de façon indue les conditions de concurrence. C'est ce cas que les juges du fond ont décelé dans l'espèce; et c'est ce seul cas qui doit par conséquent être considéré ici. A ce propos, il suffit de rappeler que la violation de règles pénales, fiscales ou administratives ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale, puisque lesdites règles n'ont pas pour objet

(en général) de protéger le caractère loyal de la concurrence; la transgression de ces règles ne peut donc être qualifiée d'acte professionnellement incorrect, sous l'angle de la concurrence, indépendamment des moyens adoptés dans les divers cas concrets et des buts poursuivis. Mais il est contraire aux principes de la correction professionnelle d'importer en contrebande une marchandise, ou de l'acheter à des importateurs pratiquant la contrebande, et de la mettre en vente dans une zone de vente exclusive de façon à influencer et à modifier les conditions normales de concurrence au préjudice des autres entrepreneurs concurrents ».

L'examen effectué jusqu'ici permet, semble-t-il, de conclure que conformément aux principes suivis par la jurisprudence italienne, une violation des articles 85 et 86 pourra entraîner une action en concurrence déloyale.

Par l'action en concurrence déloyale on pourra, en vertu des articles 2599 et 2600 du code civil, demander contre celui qui a accompli les actes de concurrence en question la réparation des dommages éventuels : cette demande ne découlera donc pas de l'application directe des articles 85 et 86 du Traité du fait que les actes qui constituent aussi la violation de ces règles sont incorporés dans les cas prévus au no. 3 de l'article 2598 du code civil.

L'article 2600 du code civil italien prévoit, en cas de violation de l'article 2598, l'action en réparation du dommage s'il y a dommage et si l'infraction comporte l'élément subjectif du dol ou de la faute. La faute est présumée et, dans le cas présent, il semble impossible d'en démontrer l'absence, étant donné que les actes prévus par les articles 85 et 86 visent spécifiquement à restreindre la concurrence et à provoquer les dommages causés éventuellement aux tiers du fait de cette restriction.

L'évaluation du dommage se fera par recours aux critères normaux prévus à l'article 2056 et, partant, par recours à l'appréciation équitable du juge en ce qui concerne le manque à gagner, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le montant précis du dommage.

ACTION EN CESSATION ET ASTREINTES

L'ouverture d'une action en cessation est liée à la recevabilité d'une action en dommages-intérêts : si une telle action est recevable, il appartient au droit des États membres de déterminer si la sanction peut consister non seulement en dommages-intérêts, mais encore dans l'ordre donné par le juge de mettre fin à l'activité querellée.

Cependant toutes les conditions de fond exigées pour l'allocation de dommages-intérêts ne sont pas nécessaires pour une action en cessation ; il n'est pas toujours exigé qu'il y ait faute, ou que le dommage ait été déjà subi.

Les consultants ont estimé que l'existence d'astreintes infligées par la Commission (art. 16 du règlement n° 17) ne faisait pas obstacle à l'application des droits nationaux.

Les solutions varient suivant les États membres, mais conduisent à des résultats pratiques assez concordants.

ALLEMAGNE

Aujourd'hui les tribunaux allemands accordent la possibilité de faire valoir le droit — non prévu expressément par la loi — à la cessation de troubles. Ce droit, que l'on peut faire valoir à titre autonome en intentant une action, suppose qu'un délit ait été commis — soit sous forme d'infraction à une loi de protection, soit sous forme d'atteinte à un droit absolu — et que d'autres actes analogues risquent d'intervenir. En intentant une telle action en cessation de troubles, la personne lésée peut obtenir qu'une décision judiciaire interdise à l'auteur du délit de procéder à d'autres actes illicites.

Cette action en cessation de troubles a acquis une importance particulière dans le droit de la concurrence. Elle suppose simplement une intervention illégale ; en revanche, une faute est certes nécessaire pour faire valoir une action en réparation de dommages, mais non pas pour une action en cessation de troubles⁽¹⁾. L'exécution d'un titre consécutif à une action en cessation de troubles est régie par le paragraphe 890 du code de procédure civile. Si le défendeur (débiteur) contrevient à ce titre, le tribunal de

première instance doit, à la demande du requérant (créancier) prononcer une astreinte ou une peine de détention. Le montant de l'astreinte est illimité et est fixé selon l'appréciation du tribunal.

Il est unanimement reconnu que la condamnation implique une faute⁽²⁾. L'exécution des astreintes prononcées contre des personnes morales s'effectue dans leurs biens, l'exécution des peines de détention⁽³⁾ s'effectue dans la personne des mandataires légaux.

Comme il s'agit d'une peine publique pour non-observation d'un jugement, le montant de l'astreinte est versé dans les caisses de l'État. En droit allemand, cette astreinte ne constitue donc pas une indemnité en réparation de dommages dont il appartiendrait au tribunal de fixer le montant. D'éventuelles demandes en dommages-intérêts formulées par le créancier pour non-cessations de troubles ne sont pas affectées par elle.

En droit allemand, la possibilité d'une intervention des autorités administratives n'exclut pas une action en cessation de troubles visant le même objet. On a abandonné l'ancienne jurisprudence selon laquelle une action en cessation de troubles est irrecevable parce qu'il existe un moyen pénal de faire cesser les troubles⁽⁴⁾.

(1) Voir, en ce qui concerne l'évolution de cette action, von Caemmerer: *Wandlungen des Deliktrechtes* dans *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1890-1960*, vol. 2, pp. 49 et suiv., et notamment pp. 52 et suiv. ; une étude générale du droit relatif à l'action en cessation de troubles en cas de délit ou quasi-délit se trouve dans Enneccerus-Lehmann: *Recht der Schuldverhältnisse* (15e éd.), p. 1008.

(2) Baumbach-Lauterbach, *Zivilprozeßordnung*, 26e éd., par. 890, remarque 3 D.

(3) En pratique, les peines de détention ne revêtent guère d'importance.

(4) Depuis RGZ 116, 151 ; voir également BGH NJW 1957, p. 1319.

En ce qui concerne le champ d'application du traité de la CECA, Ballerstedt⁽¹⁾ a proposé d'exclure une action civile en cessation de troubles malgré l'arrêt précité du tribunal du Reich, d'après lequel – contrairement à la jurisprudence antérieure – l'action en cessation de troubles peut être intentée malgré une action pénale parallèle. Mais on ne peut guère s'attendre à ce que la jurisprudence allemande modifie son point de vue sur cette question. D'ailleurs, celle-ci ne serait difficile à résoudre que si les tribunaux donnaient des articles 85 et 86 une interprétation plus stricte que celle de la Commission, c'est-à-dire si, dans un arrêt ordonnant la cessation des troubles, ils déclaraient interdits des actes que la Commission ne considère pas comme relevant des articles 85 et 86 et pour lesquels par conséquent la Commission estime qu'il n'y a pas lieu de prononcer une déclaration de non-applicabilité, du fait qu'à son avis l'article 85, paragraphe 1, est inapplicable. Le même problème se pose en droit national si, par exemple, des tribunaux interprètent autrement que les autorités administratives certaines dispositions de droit administratif ayant des effets de droit civil ; il ne s'agit donc pas d'une question particulière concernant l'application des articles 85 et 86.

PAYS-BAS

Outre la possibilité de l'indemnisation, le droit néerlandais connaît une interdiction judiciaire de pratiques illicites (qui peut également être un ordre positif d'accomplir certains actes, si l'omission de ces actes était illicite). Le Hoge Raad fonde cette possibilité sur l'article 1401 du BW. Depuis que le législateur a institué, en 1932, la possibilité pour le juge de renforcer ses interdictions ou ses ordres (pour autant que ceux-ci ne visent pas au paiement d'une somme d'argent) au moyen d'une astreinte (art. 611 a et b du code de procédure civile), l'ordonnance ou l'interdiction judiciaire s'est largement développée, notamment dans le domaine de la concurrence déloyale et de la protection de la propriété industrielle, mais également dans d'autres domaines. L'astreinte vise uniquement à inciter le défendeur à donner suite à l'ordonnance ou à l'interdiction judiciaire. Elle ne saurait en aucun cas être considérée comme une forme d'indemnisation. Le juge est entièrement libre de prononcer une astreinte et d'en fixer le montant. La loi ne prévoit pas de maximum.

⁽¹⁾ *Überrationale und nationale Marktordnung, eine montanrechtliche Studie*, 1955, p. 35.

Pour fixer le montant de l'astreinte, le juge ne se laissera pas guider par le dommage probable pour le demandeur en cas d'infraction à l'ordonnance ou à l'interdiction judiciaire, mais par l'intérêt que le condamné aurait à cette violation.

Le jugement prononçant l'astreinte vaut titre exécutoire pour le recouvrement de l'astreinte chaque fois que la partie condamnée a agi en contravention avec l'ordonnance ou l'interdiction judiciaire. La partie qui exécute recouvre et retient les astreintes prononcées. La mesure dans laquelle ces astreintes devraient venir en déduction des dommages-intérêts, au cas où ceux-ci seraient également réclamés ultérieurement, est incertaine.

Etant donné que le droit néerlandais ne prévoit pas de maximum pour le montant de l'astreinte, contrairement à ce qui est prévu pour l'astreinte que la Commission peut infliger conformément à l'article 16, paragraphe 1, du règlement no. 17 du 6 février 1962 (maximum 1 000 u.c. CEE), et aussi du fait que, dans ce dernier cas, les astreintes sont infligées au bénéfice de l'intéressé, il pourrait être intéressant de renforcer une décision de la Commission par une ordonnance du juge néerlandais.

Dans la pratique, la plupart des ordonnances ou interdictions judiciaires sont demandées par la voie de la procédure de référé.

Une question controversée est celle de savoir si le juge a l'obligation de délivrer une ordonnance ou une interdiction concernant des pratiques dont il est certain que l'omission ou l'exécution est illicite, lorsqu'il est en même temps avéré que les pratiques incriminées constituent un danger sérieux. Certains auteurs défendent le point de vue que le juge est libre de refuser une ordonnance ou une interdiction et de se contenter d'un jugement, éventuellement de dommages-intérêts. Le Hoge Raad n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer clairement à ce sujet. Certes il a été décidé, à propos du référé, que le président peut refuser une ordonnance ou une interdiction, lorsqu'elle ne lui paraît pas imposée par les circonstances (HR 15-1-1960, NJ 1960, 84, dernier considérant ; voir également Pres. Rb. La Haye, 16-3-1960, NJ 1960, 126). Mais il faut également tenir compte du fait que le président du référé peut également se laisser guider dans ses décisions par des considérations d'opportunité.

Pour obtenir une ordonnance ou une interdiction judiciaire, le demandeur devra en tout cas prouver qu'il existe une menace de voir se

réaliser la pratique illicite à laquelle l'ordonnance ou l'interdiction demandée se rapporte, et qu'il a un intérêt personnel évident qui est (également) protégé par la règle que le défendeur menace de violer.

En appliquant ces principes aux actes illicites, consistant dans une infraction à l'article 85, nous nous heurtons à cette difficulté que l'article 85 interdit seulement la conclusion ou la continuation de certaines conventions entre entreprises, ainsi que certaines pratiques concertées. Les pratiques résultant de l'exécution de ces conventions ou d'accords tacites ne sont en soi pas interdites par l'article 85. Dès lors, une interdiction judiciaire ne pourrait porter que sur la continuation de la convention interdite ou des pratiques concertées. Comme la convention interdite elle-même est déjà nulle en vertu du paragraphe 2, c'est en fait contre les pratiques concertées que l'interdiction judiciaire devrait être dirigée. Or, comme il est essentiel que ces pratiques soient concertées pour qu'elles aient un caractère illicite, on peut se demander si une ordonnance ou une interdiction judiciaire peut être prononcée contre une entreprise individuelle ou uniquement contre l'ensemble des entreprises qui se sont rendues coupables de l'infraction à l'article 85.

Nous avons déjà fait remarquer que, pour obtenir une ordonnance ou une interdiction judiciaire valable pour l'avenir à l'encontre d'une personne dont on peut s'attendre qu'elle se rendra coupable de certaines pratiques illicites, il est nécessaire d'avoir un intérêt personnel particulier à ce que cette pratique illicite ne puisse se produire. On ne pourrait obtenir par exemple une interdiction contre une personne en raison d'infraction en matière de circulation, alors même qu'il y aurait un danger réel de voir se répéter ces infractions. La même idée aboutit à ne pas reconnaître à chaque citoyen, qui a intérêt en tant que consommateur à ce que les prix de certains produits ne soient pas maintenus artificiellement à un niveau élevé, le droit individuel d'obtenir contre une ou plusieurs entreprises une interdiction judiciaire (avec astreinte) d'accomplir des actes en contradiction avec l'article 85 ou l'article 86.

On peut également se demander si le juge néerlandais, à qui est adressée une demande d'interdiction relative aux infractions à l'article 85 ou à l'article 86, devrait se déclarer incompétent en raison de la possibilité accordée par le règlement du 6 février 1962 d'obtenir une décision de la Commission (art. 3). A notre avis, il faut répondre négativement à cette

question. On ne peut même pas dire sans plus qu'il est lié par une décision de la Commission, mais il semble inconcevable qu'il ne s'y conforme pas, sauf modification des circonstances après que la décision a été prise.

BELGIQUE

Aux termes de l'article premier de l'arrêté royal du 23 décembre 1934 : « Lorsque, par un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle, un commerçant, un industriel ou un artisan enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence, le président du tribunal de commerce, sur la poursuite soit des intéressés ou de l'un d'eux, soit du groupement professionnel ayant la personnification civile dont ils sont membres, ordonne la cessation de cet acte » (art. 1er).

L'action est introduite et le président statue conformément aux règles de procédure en matière de référé (art. 3). Néanmoins la décision du président touche le fond et peut acquérir l'autorité de la chose jugée.

Dès que la décision n'est plus susceptible d'appel ni d'opposition, tout manquement aux injonctions ou interdictions y portées est puni d'une amende de 100 à 100 000 francs. En cas de récidive, l'amende est doublée et un emprisonnement de huit jours à trois mois peut être prononcé (art. 4).

Les auteurs s'accordent à dire que si le législateur a instauré une nouvelle procédure, il n'a pas entendu créer une conception nouvelle de la concurrence illicite (Fredericq, *Traité T. II*, no. 133).

L'action en réparation basée sur l'article 1382 du code civil et l'action en cessation sont toutes deux fondées sur la notion de faute.

Le fait que l'arrêté royal du 23 décembre 1934 donne une définition plus précise de la faute (actes contraires aux usages honnêtes, en matière commerciale ou industrielle) ainsi qu'une énumération non limitative de ces actes (art. 2) n'y change rien. Car la notion de faute qui constitue le fondement de l'article 1382 du code civil est évidemment assez large pour couvrir la définition et l'énumération de l'arrêté.

Pour autant que de besoin d'ailleurs les précisions apportées par l'arrêt constituent des

éléments d'interprétation dont le juge saisi de l'action en réparation doit tenir compte. « Il va de soi — écrit Fredericq op. cit. no. 86 — qu'étant donné le caractère énonciatif de l'énumération, le juge saisi d'une action du droit commun pourra réprimer civilement d'autres actes que ceux qui y sont compris. Mais il ne lui sera pas permis de considérer comme licites des actes énumérés par l'arrêté. Il ne se concevrait pas que, alors que la cessation de l'un de ces actes devrait être ordonnée pour contrariété aux usages honnêtes par le juge saisi d'une action en cessation, le juge saisi d'une action en réparation du droit commun puisse en admettre la licéité ».

D'ailleurs, lorsque la décision du président du tribunal ordonnant la cessation a acquis l'autorité de la chose jugée, elle lie le tribunal qui serait ultérieurement saisi d'une action en réparation fondée sur l'article 1382 du code civil (voir Fredericq *ibid.*, no. 146).

Les notions de faute qui sont à la base de l'action en réparation et de l'action en cessation sont donc pratiquement interchangeables.

La différence essentielle entre les deux actions réside dans le fait que l'action en réparation suppose l'existence du dommage, alors que l'action en cessation peut être intentée avant tout dommage, dans le but d'en prévenir l'apparition.

Telle étant la portée de l'arrêté royal du 23 décembre 1934, il va de soi que toute personne qui serait lésée — ou qui pourrait ultérieurement être lésée par la violation des articles 85 et 86 du Traité — pourra s'adresser aux présidents des tribunaux de commerce belges pour entendre prononcer la cessation des violations incriminées dans la mesure où, compte tenu des distinctions établies ci-dessus, elle serait en droit — le dommage étant subi — d'intenter l'action en réparation.

Les violations des articles 85 et 86 du Traité doivent en effet être considérées comme des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle chaque fois qu'elles sont, aux termes de l'exposé qui précède, constitutives de faute.

En Belgique, la doctrine et la jurisprudence se sont unanimement prononcées contre la légalité des astreintes (De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, no. 161; Dekkers, *Précis de droit civil belge*, t. II, no. 387; Limpens et Van Damme, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1961, p. 72; Cas-

sation 24-1-1924, Pas. 1924, I, 151; 10-3-1932, Pas. 1932, I, 98; 10-5-1936, Pas. 1936, I, 257; 10-2-1956, Pas. 1956, I, 604).

Il n'est pas sans intérêt de souligner cependant que la jurisprudence belge condamne très fréquemment les débiteurs récalcitrants à des dommages et intérêts calculés par jour de retard, pour le cas où ils n'exécuteraient pas la décision du tribunal.

La Cour de cassation a estimé à diverses reprises que ne constitue pas une condamnation à une astreinte l'évaluation par le juge du montant du préjudice que causera à une partie un retard dans l'exécution de la décision rendue et la condamnation au paiement de ce montant en cas de pareil retard (Cass. 10-2-1956, 2 arrêts, Pas. 1956, I, 603 et 604; 20-9-1957, Pas. 1958, I, 15; 7-11-1958, Pas. 1959, I, 249).

Cette jurisprudence ne semble pas pouvoir être affectée par l'article 87, paragraphe 1, a du Traité ni par l'article 16 du règlement qui prévoient la technique des astreintes, sans préjudice du devoir des autorités belges de coopérer à l'exécution des décisions rendues par l'autorité compétente.

FRANCE

L'application des règles du droit commun de la responsabilité permet aussi de préciser les autres conséquences de droit civil que les tribunaux français pourraient tirer de la violation des articles 85 et 86 du traité de Rome. On peut se référer notamment aux sanctions ou mesures ordonnées par les juges en matière de concurrence déloyale, car l'organisation d'une entente illicite ou l'exercice abusif d'une puissance économique sont des cas de concurrence illégale et, en France, les sanctions de la concurrence illégale ne se distinguent pas de celles applicables à la concurrence déloyale.

Or, la mesure qui est ordinairement prise par les juges est l'ordre de cesser la concurrence illégitime ou de cesser l'emploi des moyens ou manœuvres illicites. Et cet ordre est généralement assorti d'une astreinte (comp. en matière d'entente illicite, Rennes, 9-12-1959, précité, motifs). En effet, en droit français, l'astreinte est le corollaire de l'exécution en nature et le juge a presque toujours le pouvoir d'ordonner l'une et l'autre (Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, par Esmein, no. 680; Beudant, Lerebours-Pigeonnière, op. cit., t. IXbis-3, par R. Rodière, no. 1657; Savatier, op. cit. t. II,

nos. 597 et suiv. ; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, op. cit. t. III, nos. 2497 et suiv.).

Deux catégories d'astreintes doivent d'ailleurs être distinguées. La première est l'astreinte comminatoire : elle est d'abord prononcée à titre provisoire pour contraindre la partie condamnée à obéir à l'ordre du juge ; ultérieurement, son montant définitif est fixé par le juge soit que l'exécution de l'ordre ait été obtenue, soit que son inexécution apparaisse indubitable. A la suite d'un revirement récent de la Cour de cassation, la jurisprudence décide que cette astreinte comminatoire est arbitraire et n'a pas pour mesure le préjudice subi par la victime ; non seulement cette astreinte peut être provisoirement fixée à un taux supérieur à ce préjudice, mais il en est de même lorsque le juge, dans une seconde étape, en fixe le montant définitif. La Cour de cassation décide que ce montant définitif peut être proportionnel au degré de la faute et peut dépasser le montant du préjudice ; il s'agit donc d'une véritable peine privée (Cass. prem. civ. 30-10-1959, D. 1959, 536, note Holleaux, J.C.P. Sem. jur. 1956, II, 11449, note P. Mazeaud ; Cass. prem. civ. 4-11-1959, Rev. trim. dr. civ. 1959, 779, observ. Hébraud ; Cass. prem. civ. 20-1-1960, J.C.P. Sem. jur. 1960, 11483 ; Cass. prem. civ. 14-1-1961, Rev. trim. dr. civ. 1961, 140, observ. Tunc).

Une autre sorte d'astreinte, dite « non comminatoire » peut être aussi prononcée par le juge : c'est une condamnation définitive et non révisable à des dommages-intérêts dont le montant est calculé par jour de retard et qui sont dus tant que la partie condamnée n'exécute pas l'ordre du juge. Il s'agit en réalité de dommages-intérêts purs et simples et la Cour de cassation en avait déduit que leur montant ne peut dépasser le montant du préjudice subi par le demandeur (Cass. soc. 30-11-1950, J.C.P. Sem. jur. 1951, II, 6089 ; Cass. soc. 21-6-1951, S. 1952, I, 48 ; Cass. civ. II, 21-6-1957, Bull. Cass. civ. II, no. 469). Il ne semble pas que cette solution doive être modifiée à la suite

du revirement de jurisprudence, qui s'est manifesté pour la première sorte d'astreinte (v. Paris, 16-2-1961, J.C.P. Sem. jur. 1961, II, 12146).

ITALIE

Par l'action en concurrence déloyale on pourra, en vertu des articles 2599 et 2600 du code civil, demander contre celui qui a accompli les actes de concurrence en question, en premier lieu, la cessation des actes dommageables et, en second lieu, la réparation des dommages éventuels : ces demandes ne découleront donc pas de l'application directe des articles 85 et 86 du Traité du fait que les actes qui constituent aussi la violation de ces règles sont incorporés dans les cas prévus au no. 3 de l'article 2598 du code civil.

L'infraction prévue à l'article 2598 paragraphe 3, du code civil étant indépendante de la violation des articles 85 et 86, on est conduit à faire une distinction, en ce qui concerne la cessation de l'acte dommageable, entre le cas d'accord entre entreprises (art. 85) et le cas d'abus de position dominante (art. 86).

Dans le premier cas, la décision ordonnant la cessation de l'acte dommageable ne concernera pas l'accord commercial (qui d'autre part sera nul en vertu de l'art. 85), mais les actes de concurrence par lesquels l'accord est exécuté ; dans le deuxième cas, sans préjudice des sanctions qui seront fixées dans les règlements prévus à l'article 87, la décision ordonnant la cessation de l'acte dommageable concernera les faits mêmes qui constituent l'infraction à l'article 86 et qui sont déjà des actes de concurrence.

La décision judiciaire pourra également fixer, avec la cessation de l'acte dommageable, une astreinte pour violation ou inobservation ultérieure et pour tout retard dans l'exécution des mesures prévues par le jugement.

PUBLICATION DU JUGEMENT

FRANCE

La faculté pour les tribunaux d'ordonner la publication d'un jugement à titre de réparation n'est pas contestée.

L'article 2, paragraphe II, de la loi no. 63-628, du 2 juillet 1963 a confirmé ces solutions du droit commun en décidant que les juridictions saisies d'une action en concurrence déloyale ou illicite peuvent « ordonner la publication de leur décision soit par affichage en certains lieux qu'elles fixeront, soit par mention intégrale ou par extrait dans les journaux qu'elles désigneront.

Dans les autres Etats membres, la solution est plus nuancée.

ALLEMAGNE

La publication d'un jugement en matière civile n'est pas généralement admise en droit allemand. Par contre le paragraphe 23, alinéa 4, de la loi contre la concurrence déloyale prévoit : « lorsqu'une action en cessation est intentée sur la base de l'une des dispositions de la présente loi, le jugement peut accorder à la partie qui a gain de cause l'autorisation de faire publier dans un délai déterminé aux frais de celle qui a succombé le dispositif du jugement ».

Le tribunal détermine dans son arrêt les modalités de la publication. Il est courant de publier le jugement dans les journaux et revues professionnelles.

La portée du paragraphe 23, alinéa 4, UWG est discutée. Conformément aux termes de cette disposition, l'opinion dominante limite la publication au cas où l'action s'appuie sur les dispositions de l'UWG elle-même.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une action en cessation basée seulement sur le droit civil général, il n'y aurait plus en principe de possibilité de demander la publication de la décision. A cette restriction il faut cependant apporter une exception dans le cas où il y a lieu à réparation au sens du droit général de la responsabilité (par. 249 du code civil allemand)

ou si la publication semble nécessaire à cause des dommages futurs. Une minorité estime cependant que la publication est possible dans toute affaire de droit de la concurrence (1).

PAYS-BAS

La question de savoir si le juge peut condamner le défendeur à la publication à ses frais, en tout ou en partie, de l'arrêt rendu contre lui a reçu jusqu'à maintenant de la doctrine et de la jurisprudence des réponses diverses. Pour répondre négativement, il était tiré un argument a contrario de l'article 1409, paragraphe 3 BW, qui donne au juge civil le pouvoir d'ordonner, dans une condamnation pour injure, l'affichage public de l'arrêt aux frais du condamné. Il est vrai que l'article 1409 BW vise seulement un jugement en matière d'injure, mais puisque la loi, pour ce délit intentionnel, ne mentionne à côté du dédommagement que la possibilité d'affichage, il est compréhensible que la jurisprudence ait hésité à admettre dans des cas différents la publication dans la presse qui va plus loin.

Parmi les décisions dans lesquelles le juge s'estimait incompétent pour prononcer une telle condamnation nous mentionnerons : Hoge Raad, 13 mai 1881 W 4638 (l'arrêt unique du HR) ; Hof 's Gravenhage, 30 janvier 1931, NJ 1931, page 65 ; Hof Amsterdam, 5 décembre 1952, NJ 1953, no. 708. Parmi les décisions qui se prononçaient pour cette possibilité nous mentionnerons : Hof Amsterdam, 4 mai 1949, NJ 1950, no. 190 (condamnation pour infraction à un droit d'auteur) et Hof Amsterdam, 26 mai 1956, NJ 1956, no. 594 (publication dénigrante sur une caisse de secours-maladie dans un périodique médical). On trouve également un assez grand nombre d'ordonnances de référé dans les deux sens. La plupart des ordonnances concernent les communications fausses ou dénigrantes ou la publicité dirigée contre le demandeur ou ses produits.

Il ne nous semble pas impossible que, si la question était soumise maintenant de nouveau au Hoge Raad, notre collègue suprême se place-

(1) Voir Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8e éd., rem. 8 sur par. 23 UWG (p. 628).

rait à un point de vue plus large quant aux compétences du juge, en acceptant la possibilité d'un ordre de publication, soit comme forme de dédommagement, soit comme ordre de mettre fin à une situation résultant de l'acte illicite, (voir dans ce sens Langemeyer dans N.J.B. 1938, p. 469 et 1961 p. 93). Le projet d'un nouveau code civil attribue au juge, à l'article 6.3.19, le pouvoir de condamner celui qui, par une publication inexacte ou incomplète est responsable d'un acte illicite, à la publication d'une rectification d'une manière déterminée par le juge. Lorsque l'auteur du dommage ne connaissait pas et n'était pas tenu de connaître le caractère inexact ou incomplet de la publication, le juge pourra mettre les frais de la rectification en totalité ou en partie à la charge du demandeur.

Du reste, le demandeur n'aura que rarement un intérêt légal, en cas d'infraction à l'article 85 ou à l'article 86, à la publication du jugement. Les cas dans lesquels de telles publications sont utiles sont ceux dans lesquels l'auteur du dommage s'est rendu coupable d'une imputation inexacte ou d'un dénigrement du demandeur ou de ses produits. Les articles 85 et 86 ne visent pas de tels cas.

BELGIQUE

La publication du jugement rendu par le tribunal saisi d'une action en dommages et intérêts est possible dans deux cas.

1. Conformément au droit commun, le juge peut ordonner les modes de réparation les plus appropriés. Il pourra donc, s'il y a lieu, ordonner la publication de sa décision dans les journaux. Toutefois il fera montre, à cet égard, de réserve et de circonspection. Car « lorsqu'il existe deux moyens de replacer

exactement le lésé dans la situation qu'il occupait avant l'acte dommageable, il ne peut exiger le recours à celui des deux modes de réparation qui est le plus onéreux pour l'auteur du fait dommageable » (Répertoire pratique du droit belge, verbo Responsabilité no. 1680).

2. Aux termes de l'arrêté royal du 23 décembre 1934, « dès que la décision n'est plus susceptible d'appel ni d'opposition, tout manquement aux injonctions ou interdictions y portées est puni d'une amende de 100 à 100 000 francs. Le tribunal peut ordonner l'affichage du jugement, pendant le délai qu'il détermine, à l'extérieur des installations de vente du contrevenant et aux frais de celui-ci. Il peut aussi ordonner la publication du jugement, aux frais du contrevenant par la voie des journaux ou de toute autre manière » (art. 4).

Il y a lieu de préciser que le président du tribunal de commerce n'est pas autorisé à ordonner la publication de la décision de cessation (Fredericq t. I, no. 142; Van Rijn t. I, no. 234. Seul le tribunal correctionnel, qui statue sur les violations ultérieures de l'ordonnance de cessation, est autorisé à ordonner la publication de sa décision.

ITALIE

En Italie, l'article 120 du code de procédure civile admet d'une façon générale la publication du jugement sous certaines conditions. Elle est notamment prévue, d'une façon explicite, par l'article 65 du R.D. du 21 juin 1942, no. 929, en matière de marque, et par l'article 85 du R.D. du 29 juin 1939, no. 1127, en matière de brevet.

L'article 2559 du code civil admet implicitement la publication en matière de concurrence déloyale.

BUREAUX DE VENTE

FRANCE

*Service de vente en France des publications
des Communautés européennes*
26, rue Desaix – Paris 15e
Compte courant postal : Paris n° 23-96

BELGIQUE

Moniteur belge – Belgisch Staatsblad
40, rue de Louvain – Leuvenseweg 40
Bruxelles 1 – Brussel 1

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
9, rue Goethe – Luxembourg

ALLEMAGNE

Verlag Bundesanzeiger
5000 Köln 1 – Postfach
Fernschreiber : Anzeiger Bonn 8 882 595

PAYS-BAS

Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf
Christoffel Plantijnstraat – Den Haag

ITALIE

Libreria dello Stato
Piazza G. Verdi 10 – Roma

Agenzie :

Roma – Via del Tritone 61/A e 61/B
Roma – Via XX Settembre
(Palazzo Ministero delle Finanze)
Milano – Galleria Vittorio Emanuele 3
Napoli – Via Chiaia 5
Firenze – Via Cavour 46/r

GRANDE-BRETAGNE ET COMMONWEALTH

H.M. Stationery Office
P.O. Box 569
London S.E. 1

ETATS-UNIS D'AMERIQUE

European Community Information Service
808 Farragut Building
900-17th Street, N.W.
Washington, D.C., 20006

AUTRES PAYS

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
2, place de Metz – Luxembourg
Compte courant postal : Luxembourg n° 191-90

SERVICES DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
8153/1/1/1966/5

FF 7,- FB 70,- DM 5,60 Lit. 870,- Fl. 5,10 £0.10.0 \$1.40
