Du non-respect d'engagements en droit des concentrations s'infèrent une faute civile et un préjudice...fût-il seulement moral (Cass. com. 16 novembre 2022, 21-19.728, Inédit)

Marie Cartapanis

▶ **To cite this version:**

Marie Cartapanis. Du non-respect d'engagements en droit des concentrations s'infèrent une faute civile et un préjudice...fût-il seulement moral (Cass. com. 16 novembre 2022, 21-19.728, Inédit). Dalloz Actualité, 2022. hal-03905812

HAL Id: hal-03905812
https://amu.hal.science/hal-03905812

Submitted on 19 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Cartapanis
Maître de conférences
Centre de droit économique EA-4224
Aix-Marseille Université

Dalloz – Commentaire Cass. com. 16 novembre 2022, 21-19.728, Inédit

Titre : Du non-respect d'engagements en droit des concentrations s'infèrent une faute civile et un préjudice…fût-il seulement moral (Cass. com. 16 novembre 2022, 21-19.728, Inédit).

Résumé

Dans un arrêt inédit, la Cour de cassation juge que le non-respect d'engagements auxquels l'Autorité de la concurrence a subordonné une opération de concentration crée nécessairement une faute et un trouble commercial aux entreprises qui opèrent sur le marché en cause, constitutif d'un préjudice, fût-il seulement moral.

Commentaire

Depuis plusieurs années, de nombreux efforts sont entrepris pour que les victimes d'infractions au droit de la concurrence soient incitées à saisir les juridictions civiles ou commerciales pour demander réparation de leur préjudice. Toutefois, les questions relatives à la responsabilité civile d'une entreprise en matière de droit de la concurrence se cantonnent généralement au droit des pratiques anticoncurrentielles. Pourtant, le droit de la concurrence porte également sur le contrôle des concentrations, également susceptible de générer des contentieux privés. En témoigne l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 16 novembre 2022.

L'arrêt est inédit. Aussi, la diffusion qu'a souhaité en faire la Cour de cassation est modeste. Mais cela n'atténue pas sa richesse, et l'on ne saurait condamner à l'oubli les arrêts inédits qui peuvent s'avérer utiles à la réflexion et à l'argumentation.

C'est en 2014 que l'affaire débute. Par la décision n° 14-DCC-15 du 10 février 2014, l'Autorité de la concurrence avait autorisé l'opération par laquelle Canal+ Overseas (devenue Canal+ International), principal opérateur de télévision payante dans les Départements et Régions d'Outre-Mer, avait pris le contrôle de Mediaserv (devenue Canal+ Telecom), l'un des principaux fournisseurs d'accès à Internet dans ces territoires. L'Autorité de la concurrence avait toutefois conditionné cette opération de concentration à plusieurs engagements. Parmi eux, et pour éviter que Canal+ ne s'appuie sur sa base d'abonnés en télévision payante pour développer de manière anticoncurrentielle ses ventes de services de fourniture d'accès à internet, l'entreprise s'était engagée à ne pas commercialiser d'offres associant les deux services. Il s'agissait, en quelque sorte, de prévenir une éventuelle vente liée susceptible de constituer un abus de position dominante.

Soutenant que Canal+ avait commis un abus de position dominante en démarchant ses abonnés et par la même, avait violé les engagements pris de lors de la concentration, la société Orange avait assigné le groupe en réparation du préjudice subi. En réformant le jugement de première instance, la cour d'appel avait condamné les sociétés Canal+ à des dommages et intérêts en caractérisant une vente liée sanctionnée au titre des article L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.

Canal+ avait formé un pourvoi en cassation au soutien de trois moyens. Selon les premier et deuxième moyens, le Groupe Canal+ reprochait à la Cour d'appel de n'avoir pas caractérisé un effet d'éviction concurrentiel, fût-il potentiel, et donc, l'abus de position dominante. Fallait-il, dès lors, déduire une faute civile de la violation d'un engagement pris dans le cadre d'une opération de concentration ?

Le troisième moyen portait quant à lui sur le préjudice moral. Le groupe Canal+ faisait en effet grief à l'arrêt d'avoir considéré qu'Orange avait, en raison du « trouble économique imputable à la pratique des ventes liées », subi un préjudice « essentiellement moral » sans qu'ait été rapportée la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. C'était donc la question de la présomption de préjudice qui se posait devant les juges.

En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation répond sur ces deux volets. Dans le prolongement de sa jurisprudence, et par une transposition des principes applicables en matière de concurrence déloyale, la Cour de cassation se fonde sur une double présomption : une présomption de faute (I) et une présomption de préjudice, fût-il seulement moral (II).

I. La faute tirée de la violation des engagements

Les engagements ne font pas obstacle à la qualification de la faute civile

C'est d'abord sur le terrain de la faute que l'arrêt attire l'attention, parce qu'il porte sur des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. Rappelons que les jurisprudences européenne et française avaient déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'interaction entre le contentieux civil et la procédure d'engagements fondée sur l'article 9 du règlement 1/2003 : de tels engagements ne saurait créer une confiance légitime à l'égard des entreprises concernées quant au fait que leur comportement serait conforme à l'article 101 TFUE (CJUE, 23 novembre 2017, C-547/16, Gasorba) ou 102 TFUE (Cass. com., 14 oct. 2020, Betclic n°18-24.221). La question de la transposition de ce raisonnement aux engagement pris sur un autre fondement, à savoir l'article L. 430-5 du code de commerce relatif au contrôle des concentrations était toutefois en suspens. Mais c'est en des termes différents que la question se posait, et la réponse, à cet égard, est double. Non seulement l'existence d'engagements n'empêche pas la mise en cause de la responsabilité, mais surtout leur violation « est, en soi, constitutive d'une faute civile ».

La présomption de faute par la violation des engagements

Un pas supplémentaire est donc ici franchi. En constatant que la violation d'un engagement constitue *en soi* une faute civile, la Cour de cassation met en œuvre une présomption de faute qui repose sur la violation d'un engagement pris devant l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une opération de concentration.

A ce sujet, si le fait fautif est présumé dans le cadre d'une action dite « consécutive », c'est-à-dire lorsqu'il existe une décision d'infraction, en son absence la faute concurrentielle doit être démontrée pour qualifier la faute civile. Et, en l'espèce, c'est sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce que la Cour d'appel avait qualifié la faute alors qu'aucune décision d'infraction n'avait été rendue par l'Autorité. Mais cette preuve peut s'avérer particulièrement difficile à rapporter puisque la qualification d'un abus de position dominante suppose de démontrer un effet d'éviction par des analyses économiques complexes. Et, à ce sujet la jurisprudence considère que si la communication des griefs et les engagements qui y répondent peuvent constituer des indices utiles pour démontrer la faute, ils ne suffisent pas pour en déduire l'existence.

La démarche est toutefois différente dans cet arrêt : le juge présume la faute du seul fait de la violation des engagements. Les faits spécifiques de l'affaire expliquent cette solution : la Cour ne sanctionne pas une pratique anticoncurrentielle, mais semblent la déduire de la violation d'un engagement pris dans le cadre d'une concentration. En cela, les juges contournent l'obstacle de la preuve de la faute et évitent la démonstration des effets anticoncurrentiels. Ils relèvent en effet que l'opération d'acquisition avait été autorisée sous réserve d'engagements que cette société a méconnus. Or, à suivre les juges « la cour d'appel, qui en a déduit que la responsabilité de la société Canal+ était engagée à l'égard de la société Orange opérant sur le marché concerné par les engagements a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

De deux choses l'une. Soit cela revient à présumer la faute concurrentielle indépendamment de l'effet d'éviction. Mais cela pose question quant à la causalité automatique que cette présomption crée entre la violation d'un engagement et les effets anticoncurrentiels qu'elle produit. Soit, il s'agit plutôt de repousser la question des effets anticoncurrentiels, lesquels deviennent secondaires face à la non-exécution des engagements.

L'arrêt apporte-t-il ici un nouvel élément à la jurisprudence relative au sort des tiers à une concentration ? Car si le juge avait déjà découvert l'intérêt à agir des « tiers intéressés » pour contester un engagement fondé sur l'article 9 du règlement 1/2003, on peut se demander s'ils sont perçus ici comme des tiers à la concentration pourtant créanciers d'une obligation d'exécution…

C'est donc l'occasion pour la Cour de rappeler la force obligatoire des engagements souscrits devant l'Autorité. Dans la sphère publique, cela avait déjà été fait lors de la concentration Canal + / TPS à l'occasion de laquelle le groupe avait été vivement rappelé à l'ordre. C'était également le cas dans la sphère privée en matière de pratiques anticoncurrentielles, la jurisprudence ayant rappelé que « comme toute mesure contraignante, l'engagement, qui relève d'une obligation de résultat est d'interprétation stricte, en faveur de celui qui s'engage » (Cass. com., 26 sept. 2018, GIE Les Indépendants, n° 16-25403 ; CA Paris, 2 sept. 2021, n° RG 20/09358, Betclic). C'est

également ce qu'indique la chambre commerciale en l'espèce, en rappelant que « les engagements étant destinés à protéger le marché, ils créent, dans le chef des entreprises qui les ont pris, des obligations en faveur des opérateurs intervenant sur le marché qu'ils concernent ». Leur violation est susceptible, non seulement d'une amende dans le contentieux public, voire d'une annulation de la décision d'autorisation mais également d'une condamnation dans la sphère privée par le truchement de la présomption de faute. Cette fermeté à l'égard de la société est d'autant plus remarquable que la Cour présume également le préjudice.

II. Engagements et présomption de préjudice, fût-il seulement moral

Présomption de préjudice

Selon la Cour d'appel de Paris, il résultait de la méconnaissance des engagements acceptés un préjudice moral pour la société Orange qui opérait sur le marché en cause. C'est ce que critiquait le groupe Canal+, pour qui il fallait exclure, d'une part, la réparation de préjudices « de principe », et, d'autre part, l'indemnisation d'un préjudice « essentiellement moral ». Le moyen est toutefois rejeté. La Cour estime que le non-respect d'engagements « crée nécessairement un trouble commercial aux entreprises qui opèrent sur le marché en cause, constitutif d'un préjudice, fût-il seulement moral ». Manifeste, la filiation avec le droit de la concurrence déloyale est double. D'abord parce que le préjudice est présumé ; et cela, ensuite, « fût-il seulement moral ».

Sur la présomption de préjudice, l'arrêt se situe, de nouveau, dans le prolongement d'une tendance jurisprudentielle favorable à la victime. Certes, plusieurs arrêts avaient écarté cette présomption de préjudice en matière de pratiques anticoncurrentielles (par ex. Cass. com. 13 sept. 2017 n^{os} 15-22.837). L'arrêt s'insère toutefois dans un mouvement contraire, tendant à « étendre l'application de la règle prétorienne à certaines pratiques anticoncurrentielles » (M. Chagny, op cit., *Concurrences,* 2-2018, art. n°86645, et TC, Paris, 6ème ch. 30 mars 2011, Numericable ; TC Paris, 15ème ch. 30 mai 2015, DKTc. Emballages et Valorplast). C'est également ce mouvement que l'arrêt Betclic entérinait. Les juges de première instance avaient en effet affirmé « qu'un préjudice pour les concurrents s'infère nécessairement de ces pratiques » (CA Paris, 2 sept. 2021, n° RG 20/09358, Betclic).

La formulation n'est donc pas nouvelle et elle fait écho au droit de la concurrence déloyale, domaine dans lequel la jurisprudence a tendance à déduire d'une faute l'existence d'un dommage. Le dommage y est en effet bien souvent présumé « en raison des difficultés que susciterait sa preuve directe », parce que « la perte de clientèle est le plus souvent impossible à établir » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les conditions de la responsabilité, 4^{e} éd., LGDJ, 2013, n^{o} 247-3).

Ensuite, au-delà de la présomption de préjudice, la Cour de cassation juge que le non-respect des engagements « crée nécessairement un trouble commercial aux entreprises qui opèrent sur le marché en cause, constitutif d'un préjudice, fût-il seulement moral ». C'est peut-être l'aspect le plus novateur de l'arrêt. Jusqu'à présent, la transposition des principes applicables à la théorie de la concurrence déloyale en droit de la concurrence n'était que partielle. La jurisprudence ne faisait pas mention du préjudice moral ou du trouble commercial et se contentait d'évoquer lapidairement le seul « préjudice » (TGI de Paris, 22 fév. 2018, 5e ch., 2e sect., RG n° 15/09129).

Le pas est franchi avec l'arrêt du 16 novembre 2022 qui ajoute cette formulation prétorienne, non sans rappeler la directive du 26 novembre 2014 transposée à l'article L. 481-7 du Code de commerce, pourtant applicable aux seules ententes entre concurrents.

La formulation, issue d'un arrêt du 22 octobre 1985 est classique. Et, ici, comme dans d'autres décisions, l'arrêt mêle les notions de trouble commercial et de préjudice moral. Comme l'expliquent certains, cette formulation révèle que le raisonnement doit être effectué en deux temps : l'acte de concurrence est la source d'un trouble commercial, duquel se déduit l'existence d'un préjudice pour le concurrent. Il en ressort une nette distinction entre le dommage et le préjudice (M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, 2004, n° 514).

Quoi qu'il en soit, cette conception dite du « préjudice nécessaire » est d'un intérêt pratique évident pour les victimes. Nonobstant le caractère imprécis de l'incise, elle répond à des exigences probatoires lourdes auxquelles le contentieux civil de la concurrence fait face. La situation est d'ailleurs assez comparable au droit de la concurrence déloyale, à propos de laquelle la chambre commerciale indiquait que ladite présomption « répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 ; D. 2020, p. 1086, note J.-S. Borghetti ; RDC 2020, p. 36, note S. Pellet ; JCP E 2020, 1522, obs. D. Mainguy ; RTD com. 2020, p. 313, obs. M. Chagny ; RTD civ. 2020, p. 391, obs. H. Barbier ; RTD civ. 2020, p. 401, obs. P. Jourdain ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 62, note M. Malaurie-Vignal ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 74, note S. Berheim-Desvaux).

En l'espèce, cette présomption permet donc de tenir compte des actes qui n'ont pas directement dégradé la situation économique de la société Orange, mais qui ont surtout amélioré la position concurrentielle du groupe Canal+. Le préjudice ne s'était pas manifesté directement par une perte de clientèle ou une perte de chiffre d'affaires, mais davantage par des bénéfices indus et issus de la combinaison entre, d'une part, une opération de concentration et, d'autre part, l'affranchissement des règles qui avaient conduit à son autorisation. En somme, la faute avait ici engendré la perte d'un avantage concurrentiel pour la victime aux dépens de laquelle l'auteur des faits avait renforcé sa propre position concurrentielle sur le marché.

Étendue du préjudice

Deux interrogations demeurent.

Premièrement, il est difficile de ne pas relever la portée sanctionnatrice d'une telle présomption qui interroge quant à sa conformité avec le principe de réparation intégrale. Il conviendra d'être particulièrement attentif à la réforme de la responsabilité civile puisque le projet de la chancellerie du 13 mars 2017 admettait l'amende civile (Projet, art. 1266-1), à l'inverse de la proposition de loi du Sénat (Sénat, prop. de loi n° 678, 29 juill. 2020).

Deuxièmement, l'arrêt ne résout nullement les difficultés liées à l'évaluation du préjudice. Rappelons que la présomption couvre l'existence du préjudice et non son étendue. Cette présomption ne dispense pas le demandeur de l'évaluer et de le chiffrer (en ce sens, v. Cass. com., 12 fév. 2020, n° 17-31.614). Sur ce point, des éléments de réponses ont été ponctuellement apportée par les juges. Pensons, par exemple, à l'affaire Doux dans laquelle la cour d'appel avait accepté de réparer le préjudice moral allégué en énonçant, lapidairement, que l'entente en cause était « exclusive de la bonne foi contractuelle » (CA Paris, ch. 5-4, 23 juin 2021, SARL Doux Aliments,RG 17/04101). Plus récemment encore, la cour d'appel de Paris avait retenu l'existence d'un préjudice moral et considéré que l'éviction de l'entreprise avait « terni l'image et la réputation de la société auprès du public » et « porté atteinte à la confiance et à la dynamique créée autour du produit en cause (CA Paris, 23 février 2022, n°19/19239, Medias c/ Les éditions P. Amaury). Mais l'appréciation, sur laquelle les juges du fond sont pleinement souverains, s'avère particulièrement délicate. Reste donc à connaître les préceptes qui permettront d'évaluer ce préjudice moral d'une personne morale (V. notamment, R. Amaro, Esquisse d'une nomenclature des préjudices en droit de la concurrence, D., 2022, p. 1323)

Pour conclure, et au-delà de la richesse théorique de l'arrêt, sa réception pratique sera probablement à double tranchant. La procédure d'engagements peut être attractive en ce qu'elle induit une logique « gagnant-gagnant ». Mais les entreprises doivent être particulièrement vigilantes dans sa mise en œuvre. Elles sont en effet exposées à un triple risque : au risque de l'amende encourue pour violation des engagements, à celui de l'annulation d'une autorisation de concentration pourrait s'ajouter le risque de la réparation. Les victimes, quant à elles, s'en réjouiront : l'arrêt va indéniablement dans le sens du droit des victimes, davantage incitées à se saisir pleinement du contentieux civil de la concurrence, dans la droite ligne de la directive 2014/104/UE, transposée le 9 mars 2017. Il faut toutefois raison garder : non publié, il est bien difficile de lui prêter une portée normative que son auteur ne semble pas avoir recherché. L'arrêt est audacieux… mais inédit.