

Université Panthéon-Assas
École doctorale de Droit privé

Thèse de doctorat en Droit
Soutenue le 28 octobre 2021

**LE DOMMAGE ÉCONOMIQUE EN DROIT
PRIVÉ COLOMBIEN – ÉTUDE COMPARÉE
AVEC LE DROIT FRANÇAIS**



Université Panthéon-Assas

Adriana Cristina ROJAS-CIRO

Directeur de la recherche :
Alain GHOZI, Professeur émérite à l'Université Paris 2
(Panthéon-Assas)

Membres du jury :

Madame Hélène AUBRY
Professeur à l'Université Paris-Saclay, Faculté Jean Monnet

Madame Marie-Laure COQUELET
Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

Monsieur Alain GHOZI
Professeur émérite à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

Monsieur Juan-Carlos HENAO
Professeur à l'Université Externado de Colombia

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

À Dieu

À mes parents

À mon mari et à mes filles

Un spécial remerciement à mon directeur de thèse, monsieur le professeur Alain Ghozi, qui m'a toujours encouragé à surmonter les difficultés et à approfondir mon raisonnement et mes recherches. C'est grâce au temps qu'il a consacré à la lecture de ma thèse ainsi qu'à sa constante motivation, à sa disponibilité et à nos divers échanges que j'ai pu enrichir mes développements. Il m'a accordé l'opportunité de continuer et d'achever cette thèse. À monsieur le professeur Denis Mazeaud qui m'a donné l'opportunité de commencer et qui m'a guidé pendant les premières années de ma recherche. Au professeur Fernando Hinestrosa parce que c'est lui qui a creusé le chemin et nous a toujours montré l'exemple. À l'Université Externado de Colombia qui m'a soutenu tout au long de ce travail.

« Au-delà de la compréhension raisonnée du monde, d'autres facultés sont nécessaires à la connaissance scientifique. L'intuition est l'une de ces sensibilités particulières, un sentiment qui assure, pour l'instant, la primauté de l'homme sur la machine. Elle permet de suivre des chemins de traverse, de tracer des raccourcis précédant de quelques longueurs les pensées plus laborieuses. Ce guide invisible et supérieur de la raison se nourrit de l'humanité de son auteur, de sa curiosité et de sa tolérance, qui l'invitent à découvrir ce qu'il ne connaît pas encore, sans préjugés et sans retenue (...) ».

FISCHER (Jérôme), « Causalité, imputation, imputabilité : Les liens de la responsabilité civile », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 383.

Résumé

Le dommage économique en droit privé colombien – étude comparée avec le droit français

Le dommage ou préjudice économique est défini comme la lésion d'un intérêt à nature patrimonial juridiquement protégé. En matière économique, il se manifeste à la suite d'une atteinte illégitimement portée à l'activité économique individuelle d'un opérateur. À la lumière des développements des droits français et colombien des marchés et des obligations nous pouvons identifier divers scénarios d'atteinte ou de lésion de l'activité économique individuelle d'un opérateur ainsi que les différents dispositifs de réparation du dommage économique. Un rapport entre le préjudice et la faute peut être constaté en matière économique. En effet, dans certaines hypothèses, le préjudice subi par un agent permet de révéler la faute économique. Ceci exerce parfois une influence sur la manière dont le dommage économique est mesuré ou évalué. Ainsi, des méthodes d'évaluation du dommage propres à la matière économique peuvent être identifiées. Alors que certaines méthodes mesurent d'une manière souple le préjudice subi par un agent à la suite d'une atteinte à son activité, d'autres, fondées sur les apports des théories économiques, permettent de mesurer d'une manière rigoureuse le dommage économique.

Descripteurs : Dommage - Préjudice – Activité économique – Responsabilité – Évaluation – Faute – Lien de causalité – Perte subie – Gain manqué – Perte d'une chance- Dommage et intérêts punitifs.

Economic damage in private Colombian law – Comparative study with French law

Economic damage is defined as the injury of an interest of a legally protected patrimonial nature. In economic matters, it manifests itself as a result of an unlawful attack on the economic individual activity of an operator. In the light of the developments in French and Colombian business law and of the law of obligations, we can identify various scenarios of harm to the individual economic injury of an operator as well as different mechanisms for repairing economic damage. A relationship between the damage and the fault in the economic matter can be established. Indeed, in certain cases, the damage suffered by an agent makes it possible to reveal the economic fault. This sometimes influences how economic damage is measured. Therefore, some methods of assessing damage specific to the economic matter can be identified. While some of them measure in a flexible way the damage suffered by an agent as a result of an attack to his activity, others, based on the contributions of economic theories, make it possible to measure economic damage in a rigorous way.

Descriptors: Damage – Economic activity – Liability – Valuation – Fault – Causal link – Loss suffered – Loss profit – Loss of an opportunity – Damages and punitive damages.

Principales abréviations

AJCA	Actualité juridique Contrats d'affaires (Dalloz)
art.	Article
BOMJ	Bulletin Officiel du ministère de la Justice
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C.	Code
c/	contre
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
CCC	Contrats, concurrence, consommation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code du commerce
CE	Conseil d'État (français ou colombien) ou Communauté européenne (selon le contexte)
cf.	se reporter à
ch.	chambre
chron.	chronique
Civ. 1 ^e	1 ^e Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	2 ^e Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	3 ^e Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Coll.	Collection ou Colloque (suivant le contexte)
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSJ	<i>Corte Suprema de Justicia</i> (Colombie)
D.	Recueil Dalloz-Sirey
D. affaires	Dalloz affaires
Décis.	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Directive ou direction
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
éd.	édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	au même endroit
IR	Informations rapides
infra	ci-dessous
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP E	Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique), édition entreprise

JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les petites affiches
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	dans l'ouvrage précité
Pan.	Panorama
préc.	précité
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
pub.	publié
rapp.	Rapport
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDAl	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
RD publ.	Revue de Droit public
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (ou du Conseil constitutionnel)
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
<i>SCA, Sec. 3^a</i>	<i>Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera du Consejo de Estado (Colombie)</i>
<i>SIC</i>	<i>Superintendencia de Industria y Comercio (Colombie)</i>
Somm.	Sommaire
spéc.	spécialement
supra	ci-dessus
t.	Tome
T. civ.	Tribunal, chambre civile
T. com.	Tribunal de commerce
th.	thèse de doctorat
trad.	traduit par
<i>TS</i>	<i>Tribunal Superior de Distrito Judicial (Colombie)</i>
vol.	Volume

Sommaire

<i>Introduction</i>	13
<i>Première partie - L'identification du dommage économique</i>	29
<i>Titre I. L'identification du dommage économique par l'apport du droit des marchés</i>	31
Chapitre 1. La distinction entre le dommage à l'économie d'ensemble et les préjudices économiques individuels qui en découlent pour les agents : la contribution du droit de la concurrence.....	32
Chapitre 2. La contribution du droit de la distribution	105
<i>Titre 2. L'identification du dommage économique par l'apport du droit des obligations</i>	141
Chapitre 1. Le devoir des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle en droit français et en droit colombien	142
Chapitre 2. La limitation des préjudices économiques indemnisables résultant d'un manquement au devoir des parties d'agir de bonne pendant la période précontractuelle.....	152
<i>Deuxième partie – L'évaluation du dommage économique</i>	205
<i>Titre 1. La révélation de certaines fautes par le dommage économique</i>	206
Chapitre 1. La contribution du dommage économique subi par un opérateur à la révélation de certaines pratiques anticoncurrentielles.	207
Chapitre 2. Le préjudice économique révélateur des fautes de concurrence déloyale.....	235
<i>Titre 2. Les méthodes d'évaluation du dommage propres à la matière économique</i>	287
Chapitre 1. L'appréciation allégée du préjudice économique par le recours aux données économiques du fait générateur.	288
Chapitre 2. L'appréciation stricte du préjudice économique.....	337
<i>Conclusion</i>	361
<i>Bibliographie</i>	367
<i>Index</i>	403
<i>Table de matières</i>	407

Introduction

1.- L'activité économique privée constitue un moyen de subsistance des gens mais aussi une source de richesse et d'emploi dans l'économie d'un pays. Elle est objet de protection du droit. La Constitution politique colombienne octroie en effet une protection spéciale à l'activité économique privée ainsi qu'au développement des entreprises en consacrant à l'article 333 le principe de la libre initiative privée et du libre exercice des activités économiques dans les limites du bien commun. Le principe de la libre concurrence économique est aussi expressément consacré dans ce texte. La Constitution colombienne reconnaît en outre l'entreprise comme « *la base du développement* », laquelle a une fonction sociale et oblige l'État à stimuler son développement¹.

¹ Article 333 de la Constitution Politique colombienne : « *L'activité économique et l'initiative privée sont libres, dans le respect des limites du bien commun. Personne ne pourra exiger des licences ou des conditions spécifiques pour l'exercice d'une activité économique, sauf autorisation de la loi.*

La libre concurrence économique est un droit de tous qui ramène des responsabilités.

L'entreprise, base du développement, a une fonction sociale qui implique des obligations. L'Etat renforcera les organisations solidaires et stimulera le développement des entreprises.

L'État, par mandat de la loi, empêchera l'obstruction ou la restriction de la liberté économique et évitera ou contrôlera tout abus, de la part de personnes physiques ou d'entreprises, de leur position dominante sur le marché national.

La loi limitera la liberté économique pour des raisons d'intérêt social, ou bien pour des raisons concernant la nature ou le patrimoine culturel de la Nation ». [Traduction faite par nos soins].

Artículo 333 de la Constitución política colombiana: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

2.- Le droit français octroie depuis longtemps une protection spéciale à l'exercice des activités économiques. Le *décret d'Allarde des 2 et 7 mars 1791*, toujours en vigueur, consacre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie « *À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais sera tenue auparavant de se pourvoir d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ». Ce principe a été ensuite renforcé par la loi *Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791* qui interdit la constitution de tout groupement capable d'entraver le libre exercice d'un art ou d'un métier. L'article 1^{er} de la *loi Royer n° 73-1193 du 27 décembre 1973*, d'orientation du commerce et de l'artisanat, réaffirme le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et soumet l'exercice de ces activités au principe de loyauté.

3.- Depuis plusieurs décennies, l'activité économique privée est l'objet de nombreuses réglementations en France et en Colombie. Cet encadrement accru de l'activité économique privée se traduit dans la mise en place d'obligations ainsi que dans l'interdiction de certains comportements, dont la violation peut engendrer une lésion ou une entrave illégitime de l'activité économique particulière d'autrui. À travers l'encadrement de l'activité économique privée, le législateur cherche en effet non seulement à assurer le respect des intérêts économiques collectifs telle que la libre et loyale concurrence dans le marché, mais aussi à aménager un équilibre entre les divers intérêts individuels des acteurs économiques.

4.- L'encadrement légal des activités économiques traduit ainsi l'admission des nouvelles possibilités de dommage réparable. La responsabilité civile trouve dès lors un nouvel scénario, celui des activités économiques, où les notions de gain manqué, de perte subie et de perte d'une chance, traditionnellement utilisées pour réparer le préjudice économique ou pécuniaire résultant d'une atteinte au corps humain et aux biens, concurrencent avec d'autres termes innovateurs. Préjudice de développement,

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

trouble commercial, préjudice financier, perte de rentabilité, préjudice concurrentiel et préjudice moral, sont quelques-uns des termes utilisés par la doctrine et la jurisprudence française et colombienne pour se référer au préjudice subi par un opérateur à la suite de la lésion ou de l'entrave illégitime de son activité économique particulière.

5.- Sans définir ni classer le dommage indemnisable, les Codes civils français et colombien adoptent la conception la plus simple du dommage, condition, à côté de la faute et du lien causal, de la responsabilité civile. « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Telle est la formule assez simple du principe générale de responsabilité consacré à l'article 1240 du Code civil français et qui est en essence reproduite à l'article 2341 du Code civil colombien dans les termes qui suivent : « *celui qui a commis un délit ou une faute, ayant causé un dommage à autrui, est obligé à l'indemniser, et ce en dépit de la peine principale prévue par la loi pour le délit ou la faute encourue* » [Traduction faite par nous]².

6.- Le texte français a « *fait toujours figure de théorie générale en consacrant dès lors la conception la plus simple de dommage réparable, sans faire de distinction selon les intérêts lésés* »³. La doctrine française considère en effet que « *la volonté des auteurs du Code civil était d'entendre considérablement la protection des victimes, via la réparation d'un maximum de dommages, en ne conditionnant l'engagement de la responsabilité ni à la nature du dommage, ni à la nature ou à la gravité de la faute* »⁴. Ainsi, c'est grâce à cette conception assez simple du dommage que la responsabilité civile a réussi à appréhender toute sorte de lésions aux intérêts pécuniaires et non-pécuniaires des personnes.

² Article 2341 du Code civil colombien : « *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido* ».

³ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Bibliothèque de Droit privé, t. 415, préface de P. Jourdain, LGDJ, 2004, n°2.

⁴ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Collection des thèses, n° 151, préface D. Mainguy, Institut Universitaire Varenne et LGDJ, 2017, n° 4.

7.- Dans le langage courant, le dommage ou le préjudice s'identifie à une perte, un détriment ou un tort⁵. Et s'« *il est plaisant, voire rassurant, pour le juriste de vérifier que le langage du droit n'est pas toujours hermétique à la communauté des non-juristes* »⁶, une grande partie de la doctrine française soulève la nécessité pressante d'identifier l'essence de la notion même du dommage, *instrument juridique*⁷ sur lequel doit s'appuyer le droit de la responsabilité civile pour accomplir sa fonction réparatrice⁸.

8.- Ainsi, à partir des formules générales posées aux Codes civil français et colombien, la doctrine et la jurisprudence des deux pays ont pu construire des définitions et des classifications du dommage, ces dernières attendant notamment à la nature de l'intérêt lésé. Le dommage, « *motif de la responsabilité et matière d'indemnisation* »⁹, a pu être défini par la doctrine colombienne comme la « *lésion du droit d'autrui* »¹⁰, comme « *l'atteinte ou la lésion d'un droit ou d'une situation juridiquement protégée ou en tout cas non-irrégulière de la personne qui demande réparation* »¹¹, voire comme « *la lésion ou l'atteinte d'un bien ou d'un intérêt juridiquement protégé* »¹².

⁵ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert. Dictionnaire de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2004.

⁶ P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Bibliothèque de droit privé, préface de B. Teyssié, t. 220, LGDJ, 1992, n° 1.

⁷ Expression utilisée par le professeur Philippe Brun dans son article « Personnes et préjudices », publié à la *Revue générale de droit de l'Université d'Ottawa*, Canada, vol. 33, n° 2, 2003, p. 192.

⁸ Voir par exemple Ph. BRUN, qui affirme qu'il ne s'agit cependant pas de « *prétendre rechercher une vérité première, universelle et intemporelle de la notion, mais de tenter de dégager quelques caractères identifiants, quelques principes simples sur lesquels on pourrait s'accorder pour lui donner la consistance juridique qui semble lui manquer* », « Personnes et préjudices », *op. cit.*, p. 192.

⁹ F. HINESTROSA, *Curso de obligaciones: conferencias*, 2^e éd. mimeografiada, Bogota, 1961, p. 334. Un exemplaire de cet ouvrage se trouve dans la bibliothèque de l'Universidad Externado de Colombia.

¹⁰ F. HINESTROSA, *ibidem*.

¹¹ J.-C. HENAO, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit privé*, thèse Paris 2 (Panthéon-Assas), 2007, p. 125.

¹² A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, Éditions Temis S.A., Bogota, 1986, p. 173 et 175.

9.- Un secteur de la doctrine française a, au cours de la première moitié du XXe siècle, proposé de définir le dommage indemnisable comme la « *lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé* ». Cette formule a été utilisée par la jurisprudence française au cours des années 1930-1960 pour faire obstacle à l'indemnisation du dommage subi par la concubine à la suite du décès accidentel de son concubin¹³. Elle a été abandonnée notamment à cause du caractère fuyante de la notion de légitimité¹⁴. La doctrine française définit ainsi le dommage ou préjudice comme la lésion d'un intérêt licite et qui résulte de la comparaison de la situation dans laquelle se trouve la victime postérieurement au fait dommageable et celle dans laquelle elle se serait vraisemblablement trouvée si ce dernier n'avait pas eu lieu¹⁵.

10.- Dommage ou préjudice ? Le préjudice « *est-il vraiment l'autre nom que l'on donne au dommage ?* »¹⁶. « *La distinction entre le dommage et le préjudice mérite-elle d'être élevée au rang de summa divisio ?* »¹⁷. Ce sont les questions qui se posent les auteurs français et certains auteurs colombiens depuis quelques décennies à chaque fois qu'ils abordent la notion de dommage. Si l'on peut identifier un courant grandissant

¹³ Voir notamment H. MAZEAUD, « La lésion d'un 'intérêt légitime juridiquement protégé', condition de la responsabilité civile », *D.* 1954, chron., p. 39 à 44 ; G. MARTY, note sous Cass. crim., 28 février 1930 et 31 octobre 1930, *S.* 1931, 1, p. 145 à 152 ; G. MARTY, note sous Cass. civ., 27 juillet 1937, *S.*, 1938, 1, p. 321 à 324.

¹⁴ J.-S. BORGUETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 158 et 159.

¹⁵ G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 2013, n° 249 et s.

¹⁶ Ph. BRUN, « Personnes et préjudices », *Revue générale de droit* de l'Université d'Ottawa, Canada, vol. 33, n° 2, 2003, p. 195.

¹⁷ F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », in *Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, colloque, *RCA.*, dossier, 3 mars 2010, p. 10 à 17.

d'auteurs, tant français¹⁸ que colombiens¹⁹, qui défendent les vertus d'une telle distinction, un groupe d'auteurs persiste à nier toute distinction entre les deux termes²⁰.

11.- C'est l'auteur française Sylvie Rouxel qui a eu le mérite d'effectuer une recherche permettant de découvrir les origines romaines de la distinction entre le dommage et le préjudice²¹. Cette évolution du droit romain permet d'isoler le contenu différencié de ces deux mots : le *dommage* conçu comme l'atteinte matérialisée, perceptible objectivement, le *préjudice*, entendu comme l'ensemble des conséquences de cette atteinte pour la personne lésée²². Dommage et préjudice seraient ainsi deux notions

¹⁸ F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé », *JCP*, 1957, I, 1351, n° 10 et s. ; M. SOUSSE, *La notion de réparation en droit administratif français*, LGDJ, 2002 ; Ch. LAPOYADE DESCHAMPS, « Le préjudice : quelle(s) réparations(s) ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, RCA, hors-série, juin 2001, p. 62 à 65 ; S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, Th. Grenoble, 1994 ; Y. LAMBERT FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 2000, n° 86 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2018/2019 n° 2122.11 et 2122.12 ; Ph. BRUN, « Personnes et préjudice », *Revue générale de droit de l'Université d'Ottawa*, vol. 33, n° 2, 2003, p. 195 et s.

¹⁹ Voir notamment, A.-A. GONZÁLEZ BRICEÑO, « El daño o perjuicio », in *Derecho de las Obligaciones*, sous la direction de M. Castro de Cifuentes, t. II., vol. I., Éditions Universidad de los Andes, Bogota, 2010, p. 47 à 52 ; E. GIL BOTERO, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 6^e éd., Éditions Temis, Bogota, 2013 ; E. GIL BOTERO, *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, 2006.

²⁰ G. DURRY, « Le préjudice : questions choisies », *RCA*, hors-série, mai 1998, p. 32 ; Xavier PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Bibliothèque de Droit privé, t. 415, préface de P. Jourdain, LGDJ, 2004, n° 15.

²¹ Madame Rouxel cite un exemple du droit romain pour bien illustrer cette situation. Il concerne le cas d'un esclave qui, après avoir été constitué héritier et avant même d'avoir accepté cet héritage, est tué. Selon l'interprétation de la loi Aquilia, son maître pourrait se voir octroyé, non seulement le prix de l'esclave, en tant que valeur de l'atteinte matérielle (dommage), mais aussi le montant de l'héritité perdue en tant que conséquence directe que l'atteinte matérielle a eu sur le maître. Madame Rouxel explique comment, par « une évolution parallèle, les jurisconsultes décidèrent que la constatation d'un *damnum* n'entraînerait forcément pas un droit à réparation, ce qui est par exemple le cas lorsque l'on coupe sans l'emporter une moisson arrivée à maturité, puisqu'ici le propriétaire ne subit aucun tort de l'atteinte portée à la chose ». Cependant pour madame Rouxel, il n'est pas possible d'affirmer qu'un principe de distinction ait existé en droit romain. « Le mal réparé a simplement trouvé sa consistance modifiée au fil de l'évolution des idées. Lorsque l'on indemnise le simple dommage, c'est simplement qu'il était impossible d'envisager autre chose, ou du moins était-il impossible pour le juge de mesurer cette autre chose » : S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble, 1994, p. 6 à 8.

²² S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble, 1994, p. 9.

dissemblables : « *le dommage engendre le préjudice, tout comme, d'ailleurs, il peut n'engendrer aucun préjudice* »²³.

12.- Ignorée par les rédacteurs du Code civil de Napoléon, la distinction conceptuelle entre le dommage et le préjudice a été reprise par plusieurs auteurs français à partir, notamment, de la seconde moitié du XX^e siècle. Francis-Paul Benoît qui, dans son *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé*²⁴, a conclu à une différence de caractère des deux notions. Analysant les problèmes de causalité et d'imputabilité dans les systèmes de responsabilité de la puissance publique, monsieur Benoît se soucie de donner une réponse générale à certains problèmes qu'il estime « *de basse ou sous-jacents et communs à tous régimes de responsabilité* », tant de droit public que de droit privé²⁵. Rentrant ainsi dans l'étude du *problème général des conditions de mise en œuvre d'une responsabilité quasi-délictuelle*²⁶, il se pose le problème de savoir « *à quelles conditions est subordonné le versement d'une indemnité par une personne déterminée au profit de la victime d'un préjudice* », pour donner la réponse suivante : « *une responsabilité quasi-délictuelle peut être engagée lorsqu'est établie l'existence d'un fait dommageable, cause d'un dommage, lui-même cause d'un préjudice, si le fait dommageable est imputable à la personne mise en cause, et si la condition technique propre au régime de responsabilité dont relève l'espèce envisagée est satisfaite* ». Ainsi, pour monsieur Benoît, dommage et préjudice sont deux concepts distincts qui enveloppent de réalités bien différentes, l'un se dégageant de l'autre : « *le dommage est un fait perceptible indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime et des conséquences diverses qu'il peut avoir pour elle* », alors que le préjudice désigne selon lui « *les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci* ». Ainsi, le dommage est pour monsieur Benoît un fait objectivement constatable : « *c'est tout atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, ou d'une situation* ». À titre d'exemple Benoît évoque

²³ S. ROUXEL, *op. cit.*, p. 10.

²⁴ F.-P. BENOIT, « *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)* », *JCP*, 1957, I, 1351.

²⁵ F.-P. BENOIT, *op. cit.*, n° 1, 2, et 4.

²⁶ F.-P. BENOIT, *op. cit.*, n° 6.

l'atteinte à la réputation d'une personne, le *dommage* est constitué par le discrédit jeté sur cette personne. Le *préjudice* est à son tour, continue le professeur Benoît, constitué par les *diverses conséquences du dommage à l'égard de la victime de celui-ci*. Le préjudice est ainsi un concept entièrement subjectif appréciée en fonction d'une personne déterminée. Et voici alors la cause principale qui justifie la distinction dommage-préjudice dans la théorie du professeur Benoît : « *le même dommage peut causer des préjudices très différents selon la personne qui en est la victime* »²⁷.

13.- Le professeur colombien Juan Carlos Henao est l'un des principaux défenseurs de la distinction dommage-préjudice à laquelle il attribue notamment l'atout de permettre un meilleur discernement du caractère personnel du préjudice. Pour monsieur Henao, la distinction entre dommage et préjudice a été consacrée par le Code civil colombien de 1887 à l'article 2342. En effet, après avoir consacré à l'article 2341 le principe de la réparation intégrale des préjudices causés par un délit ou une faute, les rédacteurs du Code civil colombien de 1887 ont considéré pertinent d'identifier à l'article 2342 les personnes légitimées à agir en indemnisation. Partant de l'hypothèse la plus simple d'un dommage, celle de l'atteinte matérielle à un bien matériel, les rédacteurs de 1887 ont dégagé les différentes hypothèses de préjudice pouvant découler de cette atteinte. Pour ce faire, ils ont raisonné selon les rapports économiques de l'époque en identifiant les différents droits pouvant être en lien avec la chose endommagée et susceptibles d'être lésés. Le texte dispose ainsi que « *sont légitimés à agir en indemnisation non seulement le propriétaire ou le possesseur de la chose endommagée et ses héritiers, mais aussi l'usufruitier, l'usager ou celui qui habiterait l'immeuble, lorsque le dommage entraîne un préjudice à son droit d'usufruit, d'habitation ou d'usage. Est légitimé aussi à demander une telle indemnisation celui qui possède la chose avec l'obligation de la restituer, mais dans ce dernier cas, seulement en absence ou à défaut du propriétaire* » [Traduction faite par nos soins]²⁸.

²⁷ F.-P. BENOIT, *op. cit.*, n° 8 à 13.

²⁸ Article 2342 du Code civil colombien: "*Beneficiarios de la indemnización. Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño*".

14.- Ce texte permet donc de distinguer l'atteinte physique portée à un bien matériel, c'est à dire le dommage, des distinctes conséquences que celle-ci peut avoir sur les divers patrimoines particuliers selon les droits ou les intérêts lésés. Autrement dit, des détriments patrimoniaux différents (préjudices économiques) peuvent découler de l'atteinte à un bien matériel, et ce même sur des patrimoines individuels distincts, selon la destination ou l'usage fait de la chose endommagée. Il s'agit alors d'une distinction que les rédacteurs du Code civil colombien de 1887 auraient pris en compte sans aucune difficulté.

15.- Le projet français de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le garde des sceaux²⁹, définit le préjudice réparable comme celui « *résultant d'un dommage et consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial* ». Ce texte met en œuvre la distinction des notions dommage et préjudice, proposée par la doctrine française depuis plusieurs décennies³⁰.

16.- L'utilité de la distinction conceptuelle du dommage et du préjudice est indéniable notamment en ce qui concerne l'identification et la réparation des divers préjudices résultant d'une atteinte ou d'une lésion au corps humain ainsi que dans les hypothèses des préjudices dérivés de la lésion d'un bien matériel. Cependant, sa mise en œuvre systématique en matière d'activités économiques n'est pas aussi évidente. En effet, tel que nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude, la réalité de certaines hypothèses d'entrave ou de lésion de l'activité économique particulière d'un agent ne peut pas être établie qu'à travers le recours à une analyse comptable assez complexe qui, par une comparaison de l'évolution de l'activité économique endommagée après la survenance de la faute et celle qui vraisemblablement aurait été atteinte en l'absence

²⁹ Le projet peut être consulté dans le site www.justice.gouv.fr Une proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile a été présentée devant le Sénat français le 29 juillet 2020.

³⁰ En effet, en 2003, dans son rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, le groupe de travail dirigé par le professeur Yvonne Lambert-Faivre, distinguait le dommage qui « *relève du fait, de l'événement qui est constatable, objectif, qui appartient au domaine du fait et non du droit* », du préjudice qui « *relève quant à lui du droit en ce qu'il exprime une atteinte aux intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux du demandeur* » : Y. LAMBERT-FAIVRE (dir), *Rapport public sur l'indemnisation du dommage corporel*, juin 2003, p. 9. Le groupe distingue les notions de « dommage corporel » et de « préjudice ». Le rapport peut être consulté dans le site www.vie-publique.fr

du fait dommageable, permet de constater l'existence de l'entrave portée à l'activité économique. Dans ces hypothèses, l'utilité de la distinction du dommage et du préjudice tend à se diluer. Tel le cas par exemple de la lésion portée à une activité économique qui, après la survenance du fait dommageable, continue à enregistrer une croissance du chiffre d'affaires et de la marge d'utilité. Dans cette hypothèse, l'entrave ou la lésion de l'activité ne peut être établit qu'après une analyse comptable contrefactuelle qui permette d'établir que cette croissance économique est moins importante que celle qui aurait vraisemblablement été obtenue en l'absence de la faute. Tel le cas aussi de l'hypothèse du préjudice économique constitué par la perte de la possibilité de conquérir un nouveau marché alors même que l'opérateur victime continue à obtenir des utilités dans le secteur du marché qu'il détient³¹. Dans ces hypothèses, l'atteinte ou la lésion subie par la victime sur son activité économique n'est pas aussi facilement constatable par les sens. Ce constat nous a amené à tenir comme synonymes les notions dommage et préjudice dans cette étude. Ainsi, si nous admettons l'utilité de la distinction dommage-préjudice notamment dans l'identification des préjudices consécutifs à un dommage corporel et à une atteinte aux biens matériels, nous utiliserons indistinctement les termes dommage et préjudice car une telle distinction ne peut aisément pas être mise en œuvre en matière d'activités économiques.

17.- Dommage économique. La doctrine colombienne distingue entre les préjudices constitués par la lésion d'un intérêt de nature pécuniaire et ceux constitués par la lésion d'un intérêt de nature non-pécuniaire³². Cette classification se fonde sur l'aptitude de l'intérêt lésé à être évalué ou non en argent. L'on parle ainsi des préjudices économiques et préjudices non-économiques. La doctrine française admet aussi cette classification³³.

³¹ Ces questions relèvent des méthodes d'évaluation du dommage économique analysées dans la deuxième partie de cette étude.

³² J.-C. HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1998, p. 191 et 192. Aussi, J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, 2^e éd., Éditions Legis, Bogota, 2009, p. 326; M.-C. M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015, p. 9.

³³ Voir par exemple, Ph. MALURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2020, n° 154 et s.

18.- La doctrine française s'est intéressée dans les dernières années à la question de l'indemnisation du dommage ou préjudice résultant d'une atteinte à l'activité économique d'une personne. Ainsi, l'on a ainsi pu conceptualiser le « *préjudice économique* » comme une sous-catégorie de préjudice pécuniaire qui serait constitué par « *l'atteinte à une activité de création de revenus basée sur l'exploitation des capacités physiques et intellectuelles d'un corps humain, des utilités des biens corporels ou incorporels, ou de la dynamique propre de l'activité économique en question* »³⁴. L'on a ainsi pu distinguer entre le préjudice économique *dérivé* et le préjudice économique *pur*. Le premier étant constitué par le dommage porté à l'activité économique développée par une personne à la suite soit de l'atteinte ou de la lésion du corps humain ou des sentiments de la personne, soit de l'atteinte d'un bien corporel ou incorporel, destiné à une activité de création des revenus³⁵. Le préjudice économique « pur » serait constitué par l'atteinte directe ou immédiate du mécanisme même de l'activité économique³⁶. Il serait une « *atteinte immédiate au mécanisme même de l'activité économique* »³⁷. Il s'agirait d'une atteinte à l'économie de la partie lésée qui n'est pas en principe la conséquence de la lésion d'une personne ou d'un bien. Il constituerait « une atteinte économique primaire » qui n'est pas la conséquence de la lésion d'une personne ou d'un bien matériel³⁸.

³⁴ F. BÉLOT, *Le préjudice économique*, thèse Poitiers, 2004, p. 8.

³⁵ Ce préjudice économique dérivé se caractériserait selon monsieur Bélot par ce que dans son évaluation il va bénéficier de l'influence des régimes de protection du corps humain et des biens dont il est la conséquence de l'atteinte. Dans cette catégorie, l'auteur place autre que le préjudice résultant de l'atteinte au corps humain, celui résultant de l'atteinte aux biens corporels et incorporels. Monsieur Bélot distingue ainsi, au titre des biens de la victime, les droits réels, les droits personnels et les droits de propriété industrielle. Il conclut que le préjudice économique « dérivé » profite en droit positif français du traitement favorable des « biens » dont l'atteinte engendre un préjudice économique. F. BÉLOT, *Le préjudice économique*, thèse soutenue le 29 septembre 2004, Université de Poitiers -Faculté de droit et de sciences sociales, p. 8 et 9.

³⁶ F. BÉLOT, *Le préjudice économique*, thèse Poitiers, 2004, p. 8 et 9.

³⁷ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Collection des Thèses, n° 151, préface D. Mainguy, Institut Universitaire Varenne et LGDJ, 2017, n° 11.

³⁸ F. BÉLOT, *Le préjudice économique*, thèse Poitiers, 2004, p. 549.

19.- L'indemnisation de l'atteinte ou lésion de l'activité économique des agents suscite aussi l'intérêt des autorités européennes depuis une quinzaine d'années. C'est ainsi que la Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 ordonne aux États membres d'assurer la réparation intégrale des préjudices subis par les personnes à la suite des infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne³⁹. L'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 est venue transposer cette directive en droit français⁴⁰.

Les dispositifs de réparation du dommage subi du fait d'un comportement constitutif de concurrence déloyale, construits par les juges français sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, tout comme les divers dispositifs de réparation du dommage prévus par le législateur français en matière du droit de la distribution, notamment en ce qui concerne la cessation du contrat d'agence commerciale et la rupture brutale d'une relation commerciale ou d'affaires établie, font preuve de l'intérêt accru du droit privé français à la réparation des atteintes illégitimement portées à l'activité économique privée.

20.- En droit colombien, la loi 155 de 1959⁴¹ prévoit l'exercice d'actions en réparation du préjudice individuel subi consécutivement à une pratique anticoncurrentielle ainsi qu'à un comportement déloyal. Et la loi 256 du 15 janvier 1998⁴², prévoit aussi l'exercice des actions en cessation du comportement déloyale illicite ainsi que des actions en réparation du préjudice subi. Le droit colombien de la distribution appréhende aussi depuis longtemps, la lésion des activités économiques des personnes, notamment en sanctionnant la cessation du contrat d'agence commerciale et la

³⁹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *JOUE*, 5 déc. 2014, L349/1.

⁴⁰ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommage et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF*, n° 59 du 10 mars 2017, texte n° 29 -Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n° 59 du 10 mars 2017, texte n° 31.

⁴¹ Ley 155 del 24 de diciembre 1959, *Diario oficial*, año XCVI, n° 30138, 22 enero de 1960, p. 2.

⁴² Ley 256 del 15 de enero de 1998, *Diario Oficial* n° 42.692, de 18 de enero de 1996.

manifestation intempestive de la volonté de non-renouvellement d'un contrat de distribution.

21.- Le droit des obligations des deux pays prévoit aussi des dispositifs de réparation du dommage économique à la suite notamment de la rupture fautive des pourparlers, de la violation de l'obligation précontractuelle d'information et de la violation des avant-contrats.

22.- Les diverses sources d'atteinte ou de lésion de l'activité économique d'un agent ont été étudiées de manière isolée en droit colombien⁴³. Cependant, aucune étude ne s'est proposée jusqu'à présent d'aborder l'analyse d'ensemble de l'évaluation de la lésion de l'activité économique des agents en tentant de dégager les outils et les méthodes d'appréciation propres à la matière économique. L'évaluation du dommage économique exige l'analyse de l'évolution de l'activité économique endommagée. Ceci implique le recours à des instruments et des méthodes comptables. Pourtant, la question se pose depuis plusieurs décennies notamment dans les contentieux menés devant les juges colombiens en matière de concurrence déloyale tout comme dans ceux relatifs aux contrats de distribution où le manque d'une étude d'ensemble de la matière engendre le « *risque d'une indemnisation trop aléatoire, aveugle, en ce sens que le préjudice mal déterminé peut conduire à une indemnisation trop faible, ou au contraire, trop importante* »⁴⁴. Il y a un vide qui doit être comblé.

23.- Nous nous proposons donc d'aborder dans cette étude la question de l'appréhension, par le droit privé colombien et français, des lésions ou des atteintes des activités économiques privées. Nous avons délibérément laissé de côté l'hypothèse de la lésion d'une activité économique consécutivement à une atteinte à la personne, les différents préjudices issus d'une telle atteinte ayant déjà été l'objet d'études

⁴³ F. JIMENEZ VALDERRAMA, *Derecho de la competencia*, 1^{re} éd., Éditions Legis, Bogota, 2019; D.-M. DE LA CRUZ CAMARGO, *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2014; J.-P. CARDENAS MEJIA, *Contratos. Notas de clase*, 1^{re} éd., Éditions Legis, Bogota, 2021; A. VANEGAS SANTORO, *El contrato de franquicia*, 1^{re} éd., Éditions Librería del profesional, Bogotá, 1999.

⁴⁴ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Collection des Thèses, n° 151, préface D. Mainguy, Institut Universitaire Varenne et LGDJ, 2017, n° 17.

approfondies en droit colombien⁴⁵ et en droit français⁴⁶. Aussi, sans nier le caractère de dommage économique des hypothèses d'atteinte ou de lésion de l'activité économique d'un agent consécutivement à la lésion d'un bien matériel, tel par exemple le cas de l'incendie des installations d'une usine ou, plus généralement, de l'endommagement d'un bien destiné à l'exploitation d'une activité économique, nous nous sommes concentrés davantage sur les hypothèses de lésion ou d'entrave d'une activité économique privée qui ne passent pas par une lésion des biens matériels. En effet, c'est dans cette dernière hypothèse où se pose avec force la question de l'illégitimité de l'atteinte subie. Tel que nous le verrons dans la première partie de notre étude, l'admission de la réparation de l'atteinte ou de la lésion portée à une activité économique dépend de l'encadrement légal des comportements économiques. L'admission du droit à la réparation de l'atteinte d'une activité économique est ainsi fonction, autre que du caractère licite de l'activité économique endommagée et de la certitude de la lésion subie, du jugement de valeur porté sur le comportement économique suspect. Le rapport entre le dommage et la faute en matière d'activités économiques révèle aussi l'influence que le dommage économique exerce dans la détermination des fautes économiques. Nous avons en effet traité ces questions dans notre étude. Ainsi, nous constaterons que la mise en œuvre des actions en responsabilité civile en matière des activités économiques permet parfois aux agents victimes d'une lésion de son activité économique particulière, d'exercer un rôle de *police du marché*⁴⁷.

24.- Plan. Comment appréhende-t-il le droit privé français et colombien les atteintes ou les lésions de l'activité économique des personnes ? Celle-ci est la question que

⁴⁵J.-C. HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1998, p. 191 et 192; J.-C. HENAO, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit privé*, thèse Paris 2 (Panthéon-Assas), 2007 ; M.-C. M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015 ; F. NAVIA ARROYO, *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2000.

⁴⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE (dir), *Rapport public sur l'indemnisation du dommage corporel*, juin 2003, Le rapport peut être consulté dans le site www.vie-publique.fr Aussi, Rapp. C. cass. du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, J.-P. DINTILHAC, (dir), *Bull. inf. C. cass.*, 1^{er} fév. 2006.

⁴⁷ Question traitée notamment dans la deuxième partie de cette étude.

nous nous sommes efforcés de répondre dans cette étude. Pour ce faire, nous avons procédé à la comparaison des diverses solutions données en droit privé des deux pays aux plusieurs hypothèses d'atteinte ou de lésion de l'activité économique particulière d'un agent. Grâce à cette analyse, nous avons réussi à identifier le dommage économique et les divers dispositifs de réparation de ce genre d'atteintes prévus en droit privé français et colombien (**Première partie**). Une fois cette identification faite, nous nous sommes alors concentrés sur l'analyse des diverses méthodes d'évaluation employées par les juges français et colombiens pour évaluer ou apprécier le dommage économique. Cette analyse nous a permis de constater qu'ils existent des outils et des méthodes d'évaluation du dommage propres à la matière économique et de proposer une classification de ces méthodes (**Deuxième partie**).

Première partie. L'identification du dommage économique.

Deuxième partie. L'évaluation du dommage économique.

(25 à 151. - Réservés).

Première partie - L'identification du dommage économique.

152.- Le dommage économique consiste dans la lésion d'un intérêt de nature patrimoniale ou pécuniaire protégé par le droit. Dans le domaine des activités économiques, le dommage économique est constitué par la lésion ou l'entrave illégitime de l'activité économique licitement exercée par un agent.

La réparation des préjudices subis par les opérateurs dans l'exercice des activités économiques constitue un instrument d'encadrement légal des comportements des divers acteurs de la vie économique. Le droit de la responsabilité civile vient en effet nourrir la vie des affaires et des rapports économiques en y apportant ses solutions⁴⁸. L'encadrement légal des activités économiques fait naître le droit à réparation du dommage économique dans des scénarios nouveaux. L'encadrement des comportements économiques des agents est réalisé à travers l'interdiction de certaines conduites mais aussi par l'introduction de nouveaux devoirs à la charge des agents. L'interdiction ou bien le commandement de certains comportements se fonde très souvent sur le souci de protection des activités économiques réalisées par les divers acteurs. Ainsi, l'encadrement légal des activités économiques dévoile, d'une part, la licéité de l'intérêt protégé⁴⁹ et de l'autre, l'illégitimité du comportement réalisé,

⁴⁸ Expliquant les divers rapports qui entretiennent le droit des obligations et le droit de la concurrence, madame Chagny explique que ces deux branches du droit non seulement s'entrecroisent mais en outre se complètent. Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris 2004. Et le professeur français Nicolas DORANDEU d'affirmer que « *la régulation micro-économique du marché repose pour une part importante sur des mécanismes de responsabilité civile, notamment, depuis le mouvement de dépenalisation des pratiques restrictives de concurrence dans l'Ordonnance de 1986* », *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 263.

⁴⁹ On considère en effet traditionnellement que les règles de la responsabilité civile ne peuvent pas servir la défense d'intérêts ou des situations contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Si le maintien de cette condition de licéité du préjudice est discuté notamment en matière du préjudice d'affliction, elle semble conserver toute sa pertinence s'agissant du préjudice économique. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation française a ainsi rappelé qu'une « *victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites* » : 2e Civ., 22 février 2007,

autrement dit, le comportement fautif. L'admission du droit à réparation du préjudice économique entendu comme la « *perte, juridiquement sanctionnée, d'une valeur actuelle ou future consécutive à une atteinte à l'activité d'une entreprise* »⁵⁰ montre bien ces deux visages de l'encadrement légal des activités économiques.

153.- L'identification du dommage économique indemnisable dans le domaine des activités économiques requiert alors du repère des diverses hypothèses d'atteinte ou de lésion illégitime de l'activité économique d'un agent ainsi que des diverses réponses données par le droit de la responsabilité civile afin de rendre indemne la victime.

Un encadrement accru des activités économiques peut être constaté dans les droits colombien et français de la concurrence et de la distribution dans les dernières décennies, domaines dans lesquels la responsabilité civile est sans cesse appelée à être mise en œuvre. Ainsi, à la lumière du droit français et colombien des marchés nous pourrions identifier plusieurs hypothèses d'atteinte illégitime de l'activité économique particulière des opérateurs, ainsi que les divers dispositifs de réparation prévus. Plus particulièrement, l'étude du droit de la concurrence des deux pays nous permettra de distinguer l'atteinte subie individuellement par un opérateur sur son activité économique particulière, dommage économique individuel, du dommage subi par l'économie générale ou par un secteur de celle-ci⁵¹ (**Titre 1**). D'autres hypothèses d'atteinte à l'activité économique particulière d'un agent peuvent être identifiées grâce à l'étude du droit des obligations des deux pays. Cette branche du droit prévoit en effet

pourvoi n° 06-10.131, Bull. 2007, II, n° 47. La chambre commerciale a également refusé d'indemniser un concessionnaire du chef de la perte d'une prime illicite au regard du droit de la concurrence : Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-11.433.

⁵⁰ N. RÉGIS, « Le préjudice économique des entreprises », *BICC* du 1^{er} mai 2013, pp. 6 à 19, voir notamment p. 7.

⁵¹ En effet, la nécessaire appréhension du dommage économique par le droit de la responsabilité civile dans les scénarios toujours changeants et innovateurs des rapports économiques permet de constater « *l'entrecroisement inéluctable* » du droit des obligations et d'autres branches du droit, mis en évidence déjà par certains auteurs français. (M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 32, préface J. Ghestin, D., 2004). Il en est ainsi notamment en matière concurrentielle où la mise en œuvre de la responsabilité civile lui permet d'étendre ses effets au-delà des limites du droit privé. L'entrecroisement du droit de la responsabilité civile et du droit de la concurrence tient sans doute à la confrontation constante des intérêts individuels des opérateurs sur le marché à l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence.

des mécanismes de réparation particulières du dommage économique subi par les agents (**Titre 2**).

Titre I. L'identification du dommage économique par l'apport du droit des marchés

154.- Les marchés concurrentiels et les marchés de la distribution constituent des nouveaux scénarios de manifestation du préjudice ou dommage économique. Il s'agit en effet d'un nouveau domaine où la responsabilité civile est appelée à intervenir afin d'assurer la réparation des préjudices subis par les agents du fait de la lésion ou de l'entrave illégitimement portée à leur activité économique.

Défini comme « *le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services* »⁵², le marché concurrentiel est le lieu abstrait où s'exerce la concurrence. Aussi, la distribution de biens et de services a connu une évolution particulière en France et en Europe avec l'apparition, au milieu du XIX^e siècle de la figure des grandes surfaces de vente. Ce phénomène connaît un essor important en Colombie depuis les dernières décennies du XX^e siècle. Répondant à des facteurs économiques et démographiques, les grandes surfaces de vente et de distribution de biens et des services sont venues remplacer progressivement les points de vente traditionnels tout en consolidant un vrai pouvoir d'achat auprès des fournisseurs⁵³. Plusieurs agents économiques interagissent alors dans le scénario de la distribution : producteurs, fournisseurs, distributeurs, consommateurs ainsi que d'autres professionnels intervenant à titre ponctuel.

⁵² M.-A FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006, n° 38.

⁵³ En effet, le phénomène de la production en masse de biens ainsi que la croissance de la population dans les grandes villes et le développement des périphéries urbaines a conduit, notamment à partir de 1960 en Europe, à une augmentation de la superficie des points de vente au détail. Sur ces sujets voir notamment M. MESSERLIN, *La révolution commerciale*, Bonnel, 1982.

155.- Le développement de ces marchés est ainsi à l'origine d'un *mare magnum* des rapports juridiques et économiques tissus entre les divers agents qui y participent. Depuis plusieurs décennies, ces rapports sont soumis, tant en droit français qu'en droit colombien, à des règles de plus en plus nombreuses qui tendent à encadrer les comportements des agents sur ces marchés. Tout comportement d'un agent économique a forcément une incidence plus ou moins forte sur l'activité économique développée par les autres agents sur le marché. Ainsi, des dispositifs de réparation de préjudices économiques subis par les agents du fait de certains comportements fautifs ont été créés dans les droits colombiens et français de la concurrence et de la distribution. En droit de la concurrence, le préjudice économique individuel des agents dont l'indemnisation est assurée à travers la création de ces divers dispositifs, doit être distingué du « dommage porté à l'économie d'ensemble » (**Chapitre 1**). Des dispositifs de réparation des préjudices économiques individuels subis par les agents dans le cadre de leurs rapports d'affaires ont aussi été créés en droit de la distribution des deux pays (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La distinction entre le dommage à l'économie d'ensemble et les préjudices économiques individuels qui en découlent pour les agents : la contribution du droit de la concurrence.

156.- Tant le droit colombien que le droit français de la concurrence prévoient des dispositifs de réparation des dommages ou préjudices subis par les agents à la suite de l'entrave ou de la perturbation illégitimement portée sur leur activité économique par un comportement concurrentiel fautif. Ces différents dispositifs ont pour objectif principal de réparer la lésion des intérêts individuels des opérateurs et ils impliquent le déploiement de la responsabilité civile dans un scénario nouveau : celui des rapports concurrentiels. Cependant, la mise en œuvre de ces dispositifs de réparation des préjudices individuels cache, tant en France qu'en Colombie, la prise en compte par le biais de la responsabilité civile, d'un autre type de dommage économique, celui subi par l'économie générale ou d'ensemble du fait d'un comportement concurrentiel qui porte atteinte à l'intérêt économique collectif de la libre concurrence. En effet, la libre

et loyale concurrence constitue un intérêt économique collectif protégé avec force dans les deux systèmes juridiques et ce par le recours à des mécanismes propres du droit administratif mais aussi par le biais des mécanismes relevant du droit privé (**Section 1**). Ce soutien porté par le droit privé à la sanction (civile) des comportements concurrentiels portant atteinte à l'économie générale - « *private enforcement* », favorise bien sûr le bon fonctionnement du jeu concurrentiel sur le marché. Elle permet aussi d'identifier des nouvelles hypothèses d'atteinte ou de lésion illégitime de l'activité économique individuelle des opérateurs ainsi que les divers postes du préjudice économique indemnisable à la suite d'une faute commise dans le cadre des rapports d'affaires (**Section 2**).

Section 1. L'identification du dommage à l'économie générale ou d'ensemble

157.- Le droit se voit constamment amené à appréhender les phénomènes scientifiques et économiques afin de les saisir et les régler. C'est alors que la science du droit fait usage de « *moules juridiques* »⁵⁴ lui permettant de maîtriser ces phénomènes car, justement, « *une des premières tâches du système juridique est de nommer, de définir* »⁵⁵. L'économie, instrument du droit⁵⁶, guide ainsi les raisonnements juridiques dans certains domaines. L'homme du droit, dans un effort d'appropriation des analyses économiques, essaie de traduire les théories économiques au langage juridique. Le concept de « dommage à l'économie » est une expression de cet effort d'appropriation de l'économie par le droit. Ainsi, la concurrence a pu être appréhendée par la science

⁵⁴ Expression utilisée par L. VOGEL pour se référer aux textes du droit de la concurrence : « L'économie, maître ou serviteur du droit ? », in *Une certaine idée du droit*, Mélanges offertes à André Decocq, Litec, 2004, n° 16.

⁵⁵ G. FARJAT, pour qui le droit économique est un « sous-système du droit comparable à l'*equity*, en tout cas un 'ressourcement' du droit, en réponse aux 'pressions' de l'économie politique » : « La notion de droit économique », Archives de philosophie du droit, tome 37, Droit et économie, Sirey, 1992, p. 27.

⁵⁶ L. Vogel qui explique d'un côté, comment le droit se sert de l'économie en tant qu'instrument soit dans le choix d'une règle, soit dans la mise en œuvre de la règle choisie. D'un autre côté, l'auteur montre comment les faits économiques finissent par s'imposer au raisonnement juridique dans l'application et interprétation des textes créés en matière économique. L'économie étant ainsi non seulement instrument mais aussi la finalité du droit : « L'économie, maître ou serviteur du droit ? », in *Une certaine idée du droit*, Mélanges offertes à André Decocq, Litec, 2004, p. 605 à 614.

juridique comme « *l'expression d'une liberté, reconnue par le droit, celle d'entrer en compétition avec d'autres entreprises en vue de la conquête d'une clientèle* »⁵⁷. C'est un droit qui appartient non seulement aux entreprises qui sont déjà sur le marché, mais aussi à celles qui veulent y rentrer (des nouvelles entreprises). La libre concurrence est donc le droit des entreprises non seulement à rester sur le marché mais aussi à y rentrer⁵⁸.

158.- Le dommage à l'économie consiste donc, comme son nom l'indique, dans une atteinte portée sur l'économie dans son ensemble ou sur un secteur de celle-ci. Il constitue « *une perturbation générale portée au fonctionnement normal des marchés* » pouvant toucher tous les éléments de celui-ci⁵⁹. Le dommage à l'économie implique ainsi soit une perturbation du fonctionnement concurrentiel de certains secteurs de l'économie, soit une perturbation de l'économie générale.

159.- Cette atteinte économique implique une lésion de l'intérêt général de la libre et loyale concurrence (**Paragraphe 1**). Elle peut avoir lieu en l'absence de tout préjudice individuel subi par un concurrent. « *Il y a un dommage à l'économie alors même qu'aucun préjudice n'est caractérisé* »⁶⁰. Constituant une lésion directe au fonctionnement souhaitable de l'économie, le « dommage à l'économie » est sanctionné par le droit indépendamment de la lésion effective des intérêts économiques individuels ou de patrimoines privés (**Paragraphe 2**).

⁵⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 1.

⁵⁸ Thomas B. LEARY, cité par M. VEALANDIA in *Derecho de la competencia y del consumo*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 19 et 20.

⁵⁹ « (...) le dommage à l'économie peut toucher tous les éléments du marché, soit par une affectation de la demande, soit par une affectation sur les offreurs concurrents (...) » : Cons. conc., déc. n° 05-D-45 du 22 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre lors de la passation d'un marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy les Moulineaux, p. 12, publiée le 25 août 2005, consultable dans le lien <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d45.pdf>

⁶⁰ Le dommage à l'économie est considéré par certains auteurs comme une atteinte à l'ordre publique économique. Voir C. LUCAS DE LEYSSAC, « La réparation du dommage à l'économie », *Rev. conc. Consom.*, 1995, n° 83, p. 67. Voir aussi sur ce sujet B. LASSERRE, « Le rôle des sanctions pécuniaires en droit de la concurrence » in *Colloque Entente ou abus de position dominante, sanctions ou procédures négociées, quelles stratégies pour l'entreprise ?*, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 24.

Paragraphe 1. Une atteinte à l'intérêt général de la libre et loyale concurrence sur le marché.

160.- La libre concurrence a été érigée en un intérêt économique général ou collectif aussi bien en droit français qu'en droit colombien⁶¹. Le libre jeu de la concurrence constitue ainsi une valeur chère au fonctionnement de l'économie des deux pays **(I)**. Pourtant, le degré de concurrence dans un marché peut être effectivement altérée de manière injustifiée par certains comportements des opérateurs économiques, ce qui implique une entrave au sain déroulement de l'activité économique **(II)**.

I. La libre concurrence, une liberté économique d'intérêt général protégée en droit français et en droit colombien

161.- La libre concurrence constitue un intérêt général protégé de manière expresse par les droits positifs colombien et français où elle est perçue comme un des piliers du développement social et économique du pays. Le droit français (A) aussi bien que le droit colombien (B) consacrent de ce fait des textes prévoyant expressément la protection de cet intérêt.

⁶¹ En droit colombien, la « libre concurrence économique » a été érigée en droit collectif à l'alinéa 1^{er} de l'article 88 de la Constitution Politique aux termes duquel « *la Loi réglera les actions populaires pour la protection des droits et intérêts collectifs relatifs au patrimoine, à l'espace et à la sécurité publiques, à la morale administrative, aux ressources naturels, à la libre concurrence économique et aux autres de similaire nature définis comme tels dans la loi* ». (Traduction faite par nos soins). [Artículo 88. *La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella*].

L'article 4 de la Loi 472 du 5 août 1998 « qui développe l'article 88 de la Constitution Politique en ce qui concerne l'exercice des actions populaires et de groupe », dresse une liste non taxative des droits et intérêts collectifs. Le caractère d'intérêt collectif de la « libre concurrence économique » y est réaffirmé : « *Article 4. Droits et intérêts collectifs. Constituent des droits et intérêts collectifs, entre autres, ceux relatifs à : i) La libre concurrence économique* ». Et à l'avant dernier alinéa de ce même article la Loi précise que « *Également, constituent des droits et intérêts collectifs ceux définis comme tels par la Constitution, les lois ordinaires et les traités de Droit International sanctionnés par la Colombie* ». (Traduction faite par nos soins). [Igualmente, son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia].

A. La libre concurrence, liberté protégée en droit français.

162.- Le droit de la concurrence trouve son germe dans les idées du libéralisme économique nées pendant la première moitié du XIX^e siècle, comme une nouvelle approche de l'économie politique à la suite de la révolution industrielle. Selon les idées du libéralisme économique, l'économie est régie par des mécanismes naturels : la poursuite égoïste des intérêts individuels serait le meilleur moyen d'atteindre l'intérêt collectif⁶². Il s'agissait, à ce stade-là, d'une concurrence « classique » qui a évolué vers une conception contemporaine de la concurrence selon laquelle le législateur doit encadrer et favoriser la liberté de concurrence dans les marchés⁶³.

163.- Les premiers germes du principe de la libre concurrence en France remontent à 1791 avec le *décret d'Allarde des 2 et 17 mars*, toujours en vigueur, qui proclamait la *liberté du commerce et de l'industrie* : « *A compter du 1^{er} avril, prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais sera tenue auparavant de se pourvoir d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* »⁶⁴. La référence faite aux « *règlements de police* » dans le *décret d'Allarde* évidence la volonté du Gouvernement de ne pas laissez l'activité économique se dérouler sans aucun encadrement. L'État français reconnaît ainsi dès la fin du XVIII^e siècle, la nécessité d'intervenir dans le déroulement des activités économiques afin s'assurer le respect, par ceux qui participent dans le marché, de certaines règles de jeu. La *loi Le Chapelier* des 14 et 17 juin 1791 a ensuite interdit la constitution de tout groupement capable d'entraver le libre exercice d'un art ou d'un métier.

Plus récemment, ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été réaffirmé dans plusieurs textes du droit français. Ainsi, l'article 1^{er} de la *loi Royer* n° 73-1193 du

⁶² Les théories économiques de la *main invisible* et du *laissez-faire* ont été une expression de la pensée du libéralisme économique. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 2.

⁶³ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 2.

⁶⁴ Par une loi n° 75-678 du 29 juillet 1975, la patente disparaît et est remplacée par la taxe professionnelle, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 1.

27 décembre 1973, *d'orientation du commerce et de l'artisanat*, réaffirme non seulement le principe de la liberté du commerce et de l'industrie mais soumet l'exercice de ces activités au principe de la loyauté, c'est à dire, il établit l'obligation d'exercer une concurrence loyale : « *la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale* ». Un certain « bien-être économique général » est de ce fait recherché par l'État à travers l'imposition aux commerçants, de l'obligation de concurrencer loyalement : la concurrence reste libre mais il faut agir loyalement, sans tromperie, avec rectitude, dans le respect des droits, des libertés et des efforts des autres concurrents. L'imposition des limites dans la concurrence assure la survivance de la concurrence elle-même.

164.- La réforme de l'article 419 du Code pénal français de 1810, effectuée par la loi du 3 décembre 1926, marque le premier pas vers l'adoption d'un droit français des pratiques anticoncurrentielles⁶⁵. Cette réforme sanctionne les réunions ou coalitions des opérateurs économiques permettant d'imposer la hausse ou la baisse des prix au-dessus ou au-dessous des prix qu'auraient été déterminés par la concurrence naturelle et libre du commerce. La loi distinguait ainsi les bonnes et les mauvaises unions, selon qu'elles ont ou non pour objet de réaliser une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande⁶⁶. Cependant, la crise consécutive aux deux guerres mondiales mène à une période de « suspension » du libre jeu de la concurrence. Le contrôle administratif des prix a été instauré à travers notamment deux ordonnances du 30 juin 1945. Mais le décret-loi du 9 août 1953 *relatif au maintien et au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale* vient marquer la naissance du droit moderne de la concurrence en libéralisant à nouveau l'économie⁶⁷. Ce texte insère dans l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 une section 4 sur le *Maintien de la libre concurrence*. Les *ententes* sont expressément interdites : « *Sont prohibées, sous réserve*

⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 4.

⁶⁶ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 2 et 4.

⁶⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 5.

des dispositions de l'article 59 ter, toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet ou pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix ». Le contrôle de leur sanction est attribué à la *Commission technique des ententes*. La loi de finances du 2 juillet 1963, portant maintien de la stabilité économique et financière, ajoute un alinéa à l'article 59 bis, interdisant en outre les *abus des positions dominantes* : « *Sont prohibés dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normale du marché* ». La loi du 19 juillet 1977, crée la Commission de la concurrence et institue une procédure de contrôle des concentrations d'entreprises. L'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, transposée aujourd'hui au livre 4 du Code de commerce français, affirme à son article 1^{er}, devenu l'article L. 410-2 du Code de commerce, que « les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence », ce qui marque le rattachement du droit français à une économie reposant sur le principe de la libre concurrence⁶⁸. Cette Ordonnance a été l'objet de plusieurs réformes, notamment celle introduite par l'Ordonnance n° 2008-1161 remplaçant le Conseil de la Concurrence par l'*Autorité de la concurrence*. Deux alinéas ont été ajoutés à l'article L.410-2 du Code de commerce par l'Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 dans lesquels est établi le pouvoir du Gouvernement de réglementer les prix lorsque, en raison de situations de monopole d'un marché, des difficultés économiques d'approvisionnement, ainsi que de situations de crise, de calamité publique ou d'une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé, la concurrence par le prix est l'affectée⁶⁹.

⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 5.

⁶⁹ Article 4 de l'Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 : « Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée, en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence.

165.- Ainsi, les modernes libertés d'entreprendre et de la concurrence sont fondées sur l'ancien principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cependant, la libre concurrence n'a pas été l'objet d'une consécration constitutionnelle en droit français, contrairement à la liberté d'entreprendre qui a été, quant à elle, désignée comme une règle à valeur constitutionnelle⁷⁰. Il n'en reste pas moins que le libre jeu de la concurrence est une liberté chère à l'économie française.

166.- En *droit communautaire*, tant la liberté d'entreprendre comme la libre concurrence ont été affirmées comme des principes et des droits fondamentaux du droit communautaire. Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes a pu affirmer que « *les principes de la libre circulation des marchandises et de la libre concurrence, ainsi que le libre exercice du commerce en tant que droit fondamental, constituent des principes généraux du droit communautaire dont la cour assure le respect* »⁷¹.

B. La libre et loyale concurrence, intérêt général protégé en droit colombien

167.- En droit colombien, la loi 155 du 24 décembre 1959⁷², dresse pour la première fois ce qui peut être considéré comme un statut sur les « *pratiques anticoncurrentielles* » nommées des « *pratiques commerciales restrictives de la concurrence* ». Cette loi englobe sous cette appellation divers comportements

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois ».

⁷⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, relative aux nationalisations : *Rec.* p. 18.

⁷¹ CJCE, 7 février 1985, Procureur de la République c/ Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. 240/83, *Rec.*, 531.

⁷² Publiée dans le Journal Officiel n° 30.138 du 22 janvier 1960.

économiques nuisibles à la libre concurrence et qui peuvent être classés en deux groupes. Elle interdit d'une part, les « *accords ou conventions qui directement ou indirectement ont pour objet de limiter la production, la distribution ou la consommation de matières premières, produits, marchandises ou services nationaux ou étrangers et, en général, toute sorte de pratiques et de procédures ou de systèmes cherchant à limiter la libre concurrence et à maintenir ou à déterminer des prix inéquitables* » [Traduction faite par nous]⁷³. L'article 4^e de la loi soumet en outre à la vigilance de l'Etat, les entreprises qui, vu la quantité des biens ou des services fournis par celles-ci, pouvaient exercer une « *contrôle* » sur le déroulement du marché⁷⁴, et les impose l'obligation d'informer au Gouvernement National toute opération de fusion ou d'intégration⁷⁵ afin que celui-ci puisse déterminer si l'opération envisagée a pour effet une restriction à la libre concurrence⁷⁶. D'autre part, la loi 155 établit une obligation générale de *concurrence loyale* à la charge non seulement des grandes entreprises à l'égard des petits commerçants⁷⁷, mais aussi, d'une façon générale, à la charge de toutes les « *entreprises commerciales* » et à l'égard de tous les autres commerçants⁷⁸, en dressant une liste d'actes constitutifs de concurrence déloyale⁷⁹.

⁷³ Article 1er de la loi 155 de 1959, modifié par l'article 1^{er} du décret 3307 de 1963.

⁷⁴ Article 2 de la loi 155 de 1959.

⁷⁵ Article 4 de la loi 155 de 1959 : « Les entreprises dédiées à une même activité de production, de fourniture, de distribution ou de consommation d'un même produit, matière première, marchandise ou service, dont le patrimoine individuel ou conjoint soit égal ou supérieur à vingt millions de pesos, sont obligées à informer le Gouvernement National des opérations projetées concernant une fusion, consolidation ou intégration entre entreprises, sans égard à la forme juridique utilisée pour mener la fusion, consolidation ou intégration ». Traduction faite par nos soins.

⁷⁶ Le Ministère « de Fomento » était l'Autorité chargée de mener les poursuites bien d'office ou à pétition de toute personne intéressée (article 12 de la loi 155 de 1959).

⁷⁷ Article 7 de la loi 155 de 1959 : « Les entreprises industrielles qui auraient établi des systèmes de distribution directe de leurs produits, ainsi que des systèmes de distribution à travers des entreprises commerciales, autonomes ou filiales, ne pourront pas vendre leurs produits ou marchandises en usant des procédures qui impliquent une concurrence déloyale à l'égard des commerçants indépendants marchand les mêmes produits ». [Traduction faite par nos soins].

⁷⁸ Article 8 de la loi 155 de 1959 : « Les entreprises commerciales ne pourront pas utiliser des pratiques, procédures ou systèmes ayant pour but de monopoliser la distribution, ni réaliser actes de concurrence déloyale en préjudice d'autres commerçants ». [Traduction faite par nos soins].

⁷⁹ La loi se remettait en outre aux dispositions contenues dans les traités de droit international signés par la Colombie en matière de concurrence déloyale. Article 11 de la loi 155 de 1959.

168.- Les *pratiques anticoncurrentielles* interdites par la loi 155 de 1959 abordent donc d'une part, tous les accords et conventions entre entreprises ayant pour objet la limitation à la libre concurrence, et d'autre part, tous les comportements constitutifs de concurrence déloyale. L'obligation de loyauté dans la concurrence étant ainsi perçue, dans la loi 155, comme un instrument de protection du libre jeu concurrentiel. Une procédure administrative devant le Ministère de la promotion économique, initiée d'office ou sur demande de toute personne intéressée, pouvait être menée afin d'établir et sanctionner « *les violations aux dispositions de la loi* »⁸⁰. A l'issue de la procédure, diverses sanctions pouvaient être imposées aux entreprises ayant réalisé une *pratique commerciale restrictive de la concurrence*⁸¹.

169.- L'usage du concept « *pratiques commerciales restrictives de la concurrence* », introduit par la loi 155 de 1959, a été maintenu jusqu'à aujourd'hui en droit colombien de la concurrence, tant par la doctrine⁸² que par le droit positif⁸³, pour englober toutes les pratiques nuisibles au fonctionnement optimale du marché. Tous les accords, ententes ou « *carteles* » limitatifs de la concurrence, les abus d'une position dominante sur un marché, les « *concentrations économiques* » menant à une altération du degré de concurrence sur un marché y sont englobés. Ce concept est l'équivalent des *pratiques anticoncurrentielles* en droit français.

⁸⁰ Article 12 de la loi 155 de 1959.

⁸¹ Les sanctions étaient variées. Elles pouvaient consister soit dans l'ordre de cessation des faits illicites (article 17 de la loi), soit dans l'interdiction définitive de fonctionnement de l'entreprise sur le marché (article 14 de la loi), soit dans l'imposition d'une sanction pécuniaire (article 14). L'article 19 prévoyait en outre la nullité absolue, par objet illicite, des accords, conventions ou opérations interdits par la loi.

⁸² Voir notamment M. VELANDIA, *Derecho de la competencia y del consumo*, 2^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2011.

⁸³ Article 2 de la loi 1340 de 2009 : « Les dispositions en matière de protection de la concurrence englobent toutes les pratiques commerciales restrictives, c'est-à-dire, tant les accords, actes et abus de position dominante, que le régime des intégrations des entreprises. Les textes en matière de protection de la concurrence s'appliquent à toute personne développant une activité économique ou susceptible d'influencer son développement indépendamment de sa forme et nature juridiques. Elles sont appliquées aux comportements ayant ou pouvant avoir des effets, même partiels, sur les marchés nationaux, indépendamment de l'activité ou secteur économique ». Traduction faite par nos soins.

170.- La loi 155 de 1959 a été objet de plusieurs réformes. Le décret 3307 du 30 décembre 1963⁸⁴ a notamment attribué les fonctions d’Autorité de la concurrence à la « *Superintendencia de regulación económica* » connue sous les sigles *SIC*. Ce décret a en outre imposé aux producteurs, importateurs et distributeurs, l’obligation de publier, sur les produits, le prix de vente aux consommateurs. Le décret 2153 du 30 décembre 1992⁸⁵ attribue à la *Superintendencia de Industria y Comercio* (institution à caractère technique attachée au Ministère du Développement Economique), les fonctions d’autorité de la concurrence. En exercice de ces fonctions, la *SIC* doit réaliser les poursuites nécessaires à établir la réalité d’une pratique anticoncurrentielle par un opérateur économique. La loi 1340 du 24 juillet 2009⁸⁶, affirme de manière expresse l’existence d’un « *régime général de protection de la concurrence* » conformé par les dispositions de la loi 155 de 1959 ainsi que par celles contenues dans le décret 2153 de 1992 et dans les autres textes les modifiant ou les additionnant. Aux termes de la loi 1340 du 2009, ce régime est applicable à tous les secteurs et à toutes les activités économiques⁸⁷. L’article 6 de la loi nomme la *Superintendencia de Industria y Comercio* comme *Autorité nationale de protection de la concurrence* qui devra connaître de manière privative des procédures administratives engagées en cas d’infraction aux règles en matière de protection de la concurrence et imposer des sanctions. L’article 6 attribue en outre à la *SIC* la fonction de « *vigilance administrative du respect des règles en matière de concurrence déloyale* ».

171.- En 1991 une nouvelle Constitution Politique est entrée en vigueur en Colombie. La protection constitutionnelle de la libre concurrence économique y est alors assurée de manière expresse par les articles 333 et 88 de la Constitution Politique de 1991⁸⁸.

⁸⁴ Publié dans le *Journal Officiel* n° 31265, 30 décembre 1963, p. 30.

⁸⁵ Publié dans le *Journal Officiel* n° 40.704 du 31 décembre 1992.

⁸⁶ Publiée dans le *Journal Officiel* n° 47.420 du 24 juillet 2009.

⁸⁷ Article 4 de la loi 1340 du 2009.

⁸⁸ La Constitution Colombienne de 1936 contenait des dispositions concernant la liberté des citoyens de choisir leur profession ou office (article 15), ainsi que la garantie de respect à la propriété privée et la fonction sociale attachée à celle-ci (article 10). L’article 11 du même texte constitutionnel prévoyait la possibilité de l’Etat d’ « *intervenir, à travers les lois, dans l’exploitation des industries ou entreprises publiques et privées, dans le but de rationaliser la production, distribution et consommation* ».

D'une part, l'article 333, inséré dans le Titre XII relatif au « *Régime économique de l'État* »⁸⁹, consacre d'abord la *liberté de l'initiative économique privée et de son exercice* dans les limites du « *bien commun* ». L'exercice de la liberté économique est ainsi encadré par le concept large de « *bien commun* » ou d'« *intérêt social* », rappelé à nouveau au dernier alinéa de ce même texte constitutionnel⁹⁰. L'article 333 consacre aussi de manière expresse au deuxième alinéa, la « *libre concurrence économique* » comme « *un droit de tous* ». Le texte prévoit d'ailleurs que l'exercice de cette liberté implique aussi « *des responsabilités* », autrement dit, des limites dans son exercice. Il s'agit alors d'un droit collectif ou général dont l'exercice est cependant limité par le bien-être général. Cette limite est en effet rappelée dans le troisième alinéa du texte qui consacre la « *fonction sociale de l'entreprise* ». Il s'agit alors de rapporter, à travers

des richesses, ou de donner au travailleur la juste protection dont il a droit ». Texte traduit par nos soins, consultable sur le site www.suin-juriscol.gov.co/view

⁸⁹ « Título XII. Del régimen económico y de la hacienda pública ».

⁹⁰ Article 333 de la Constitution Politique colombienne : « L'activité économique et l'initiative privée sont libres, dans le respect des limites du bien commun. Personne ne pourra exiger des licences ou des conditions spécifiques pour l'exercice d'une activité économique, sauf autorisation de la loi.

La libre concurrence économique est un droit de tous qui ramène des responsabilités.

L'entreprise, base du développement, a une fonction sociale qui implique des obligations. L'Etat renforcera les organisations solidaires et stimulera le développement des entreprises.

L'État, par mandat de la loi, empêchera l'obstruction ou la restriction de la liberté économique et évitera ou contrôlera tout abus, de la part de personnes physiques ou d'entreprises, de leur position dominante sur le marché national.

La loi limitera la liberté économique pour des raisons d'intérêt social, ou bien pour des raisons concernant la nature ou le patrimoine culturel de la Nation ». [Traduction faite par nos soins].

Artículo 333 de la Constitución Política colombiana : « La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación ».

l'exercice d'une activité économique, un bénéfice (culturel, scientifique, économique) à la société. D'autre part, l'article 88 de la Constitution Politique, inséré dans le chapitre 4 portant sur « *La protection et l'application des droits* », qui fait à son tour partie du Titre II de la Constitution relatif aux « *droits, garanties et devoirs* » des citoyens, consacre de manière expresse le caractère de *droit collectif* de la *libre concurrence économique*. Ce texte prévoit l'obligation du législateur de régler les actions populaires, moyens procéduraux prévus pour la défense des intérêts et droits collectifs⁹¹. Cette disposition constitutionnelle a été développée quelques années plus tard, avec l'expédition de la loi 472 du 5 août 1998⁹² qui est venue régler les actions populaires et de groupe en incluant de manière expresse à l'article 4^e, dans une liste non exhaustive la libre concurrence économique, comme un des intérêts collectifs dont la protection peut être obtenue à travers l'exercice des actions populaires⁹³. Le dispositif prévoit le droit de tout citoyen d'agir à l'encontre d'une personne physique ou morale ayant, par son action ou omission, lésé effectivement un intérêt collectif ou qui risque de le faire. L'action populaire a donc pour objet d'éviter la réalisation d'un dommage imminent, de faire cesser la menace de lésion ou la lésion effective d'un intérêt collectif ou de restituer les choses à leur état antérieur à la lésion de l'intérêt collectif lorsque ceci serait possible⁹⁴.

⁹¹ Article 88 de la Constitution Politique colombienne : « La loi réglera les actions populaires pour la protection des droits et intérêts collectifs relatifs au patrimoine, à l'espace, à la sécurité et à la salubrité publiques, ainsi que ceux en rapport avec la morale administrative, les ressources naturelles, la libre concurrence économique et autres de nature similaire définies dans la loi (...) ». [Traduction et texte souligné par nos soins].

Artículo 88 de la Constitución Política colombiana: « La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...) ». Texte souligné par nos soins.

⁹² Publiée dans le *Journal Officiel* n° 43.357 du 6 août 1998.

⁹³ CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt du 17 mai 2007, Magistrat rapporteur Ruth Stella Correa Palacio, dossier n° 76001-23-31-000-2005-03932-01(AP) : « Il s'agit, en effet, de la défense spéciale des droits et des intérêts dont toute la société est la titulaire, ce faisant, l'existence simultanée d'autres actions de nature ordinaire n'entrave pas l'exercice des actions populaires (...) la titularité ou la légitimation pour agir en action populaire réside dans toute personne et ce justement en vertu de la nature des droits et des intérêts lésés ». [Traduction faite par nos soins].

⁹⁴ Article 2 de la loi 472 1998 : « Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible ».

172.- La loi 256 du 15 janvier 1998⁹⁵ est venue légiférer de manière intégrale la question de la concurrence déloyale. Cette loi a pour objectif celui d'assurer « *la libre et loyale concurrence économique, à travers l'interdiction des actes de concurrence déloyale, en bénéfice de tous ceux qui participent dans le marché et en concordance avec les dispositions de l'article 10 bis de la Convention de Paris, approuvée par la loi 178 de 1994* »⁹⁶. Le texte souligné par nous, montre bien la perception que le législateur de l'époque a eu des règles de concurrence déloyale. Il les a conçus comme des normes destinées à favoriser et protéger un *intérêt économique général*, celui de la libre et loyale concurrence, outre que les intérêts particuliers ou individuels des agents économiques.

173.- L'on voit bien que la libre et loyale concurrence économique constitue en droit colombien un intérêt économique général ou collectif, consacré en outre en tant que principe constitutionnel et développé à travers plusieurs textes légaux.

174.- L'atteinte ou lésion à l'intérêt général de la libre concurrence implique l'altération du degré de concurrence dans le marché.

II. L'altération du degré de concurrence dans un marché

175.- L'existence de ressources peu abondantes est à l'origine des procès de fabrication et de distribution de biens et de services et leur échange à l'intérieur de la société. Le marché consiste alors dans l'ensemble de transactions ou d'échanges des droits de

⁹⁵ Publiée dans le *Journal Officiel* n° 42.692 du 18 janvier 1996.

⁹⁶ Article 1^{er} de la loi 256 de 1996. Traduction faite par nos soins.

«Objeto. Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participan en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 10 del artículo 10 del Convenio de Paris, aprobado mediante la Ley 178 de 1994 ».

propriété sur les biens et les services⁹⁷. Pour la science de l'économie, la prospérité économique générale dépend d'un échange satisfaisant de biens et des services sur un marché déterminé⁹⁸.

176.- La libre concurrence suppose la liberté d'entrée, du maintien et de sortie des entreprises sur un marché déterminée (A). Le dommage à l'économie suppose un impact négatif sur cette concurrence, autrement dit, une restriction à la liberté des agents d'entrer dans un marché, de se maintenir dans celui-ci, voire d'en sortir⁹⁹, ce qui peut être traduit comme un *faussement de la concurrence* (B).

A. L'exercice de la libre concurrence à travers les diverses étapes d'un marché.

177.- L'entrée et le maintien des agents économiques dans un marché ne se fait d'un seul pas, tout au contraire, cela requiert le parcours de plusieurs étapes. Plusieurs échelons devront ainsi être « montés » par chaque entreprise afin d'assurer sa participation et sa position dans un marché spécifique. Pour cela, la libre concurrence devient une garantie : une garantie d'avoir au moins la chance de tenter l'exercice d'une activité économique sur le marché. Le principe de la libre concurrence cherche donc à

⁹⁷ Les économistes ciblent la naissance des marchés dans l'apparition notamment de deux phénomènes sociaux : d'une part, la division du travail, qui permet à la société de satisfaire un faisceau plus important de besoins en mettant la production de chaque individu à disposition des autres ; d'autre part, le concept de propriété privée sur les moyens de production, qui permet l'échange effectif des biens et des services, c'est-à-dire, l'échange de droits de propriété entre les individus. Ainsi, les marchés apparaissent comme une solution pacifique à la contradiction entre les besoins et les désirs des personnes et les biens et les services disponibles. L'inexistence de ces deux éléments permet d'expliquer l'absence de marchés dans les sociétés primitives. La science de l'économie a pour objet l'étude des formes de distribution des ressources peu abondants. Elle est « la science du choix », car elle analyse en effet, les décisions des personnes sur l'usage des moyens de production limités dans le but de produire des biens ou des services et de les distribuer ensuite pour leur consommation. Pour Adam Smith la taille d'un marché est en effet conditionnée par le degré de division et d spécialisation du travail dans une société : H. CUEVAS, *Fundamentos de la economía de mercado*, 2^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 23, 33 et 34.

⁹⁸ H. CUEVAS, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁹ Article 12 de la loi 1340 du 2009.

assurer aux agents économiques, la possibilité de traverser ces diverses étapes, autrement dit, il cherche à assurer la participation des divers agents dans le marché.

178.- Ainsi, dans une première étape, celle de la *liberté d'entreprise*, l'agent économique, après avoir analysé le marché (principalement en ce qui concerne le nombre de concurrents, les choix et goûts des consommateurs, le degré de spécialité des produits, les biens substituables au produit envisagé, les prix pratiqués par les concurrents et surtout, les coûts de production et la rentabilité projetée de l'entreprise envisagée), décide d'« entreprendre » la production ou la distribution d'un bien, voire l'offre d'un service. L'agent réunira alors tous les moyens et matières premières nécessaires à l'organisation de son entreprise. Dans un deuxième temps, l'agent cherchera à faire connaître son entreprise à travers l'invention d'un nom commercial et éventuellement à travers la création d'une marque identifiant son produit. Il s'agit de l'*étape de distinction* laquelle est suivie d'une étape de *positionnement* dans laquelle l'agent économique cherchera à faire connaître aux consommateurs l'existence de son entreprise et de ses produits. Pour cela, le commerçant s'emparera des divers moyens de publicité. Evidemment, le positionnement d'une entreprise dans un marché ne dépendra pas de la seule démarche publicitaire mais aussi de la qualité des produits et services offerts. Ceci à côté de la démarche publicitaire permettra aux consommateurs de distinguer une entreprise des autres et de fixer ainsi une certaine position ou réputation de l'entreprise dans le marché. L'agent devra décider le moyen de *distribution* de ses produits. Pour cela, il choisira soit un réseau interne de distribution, c'est-à-dire, un réseau appartenant à l'entreprise créée et dans lequel la promotion et la vente des biens est à la charge des employés de l'entreprise, soit un réseau de distribution externe à son entreprise. Dans ce dernier cas, la promotion et la vente des produits sera à la charge de tiers. Enfin, la dernière étape, celle appelée le « moment de la vérité », désigne la *vente* effective des biens et services offerts. C'est à travers la vente du bien ou du service que les consommateurs pourront effectivement connaître celui-ci et « rompre » la fidélité qu'ils auraient eu avec une autre marque. Le prix, la qualité et les caractéristiques du bien et du service permettront aux consommateurs de

se décider pour une marque plutôt que pour une autre selon la satisfaction de ses propres nécessités¹⁰⁰.

179.- La concurrence consiste donc dans l'affrontement des entreprises afin d'obtenir une clientèle. Dans une économie de libre concurrence, les entreprises luttent, par leurs propres moyens, afin d'être « choisies » par les consommateurs. Pour entrer dans un marché, chaque entreprise doit déterminer les besoins des consommateurs et le moyen de les satisfaire. La présence d'un nombre important d'entreprises sur le marché permettra aux consommateurs de réaliser un choix plus conforme avec leurs besoins¹⁰¹. La concurrence permet ainsi d'assurer l'efficacité des entreprises présentes dans un marché car seulement celles qui démontreront un meilleur rapport qualité-prix pourront continuer dans le marché.

B. Le faussement de la concurrence dans un marché

180.- L'atteinte à l'économie générale s'identifie par une entrave des mécanismes de l'activité économique. Cette entrave peut avoir différents degrés de gravité mais, en toute hypothèse, elle est constituée par une altération du degré de concurrence sur le marché¹⁰². Cette entrave est notamment réalisée à travers la manipulation d'une ou plusieurs variables du marché.

181.- Le marché est déterminé par la dynamique entre l'offre et la demande, d'un bien, d'un produit, d'un service. Cette dynamique se déroule autour du prix mais aussi autour de la distribution du bien, du produit ou du service dans un territoire¹⁰³. Ainsi, un dommage au marché apparaît dès lors que l'évolution de l'une de ces variables est

¹⁰⁰ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 35 à 37.

¹⁰¹ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰² M. CAYOT *Le préjudice économique pur*, Th. Montpellier publiée par l'Institut Universitaire Varenne en partenariat avec la Fédération Nationale des Banques Populaires, *Coll. Thèses*, 2017, n° 268.

¹⁰³ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 25.

atteinte ou faussée par le comportement malicieux d'un des acteurs économiques. Tant l'évolution de l'offre comme celle de la demande est déterminée dans une large mesure par l'évolution du *prix*. Il s'agit alors de trois variables indéfectiblement liées. Si, comme on le verra plus bas, d'autres facteurs peuvent avoir une influence sur l'évolution de l'offre et de la demande, la plupart de ces facteurs ont aussi une relation plus ou moins directe avec le prix, celle-ci étant alors la variable déterminante de l'évolution des autres. C'est pourquoi, un grand nombre des textes français et colombiens en matière de concurrence visent à interdire, sanctionner, voire à réglementer en détaille les comportements des entreprises ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet une influence directe ou indirecte sur l'évolution des prix. Le prix étant alors la variable déterminante du déroulement des marchés.

182.- La *demande* est constituée par la quantité d'un produit ou d'un bien que les consommateurs veulent et peuvent acheter à un rang de prix pendant une période. La demande n'est donc pas déterminée par le simple désir des consommateurs d'acquérir un bien ou un service¹⁰⁴, mais par leur capacité budgétaire effective de payer le *prix* auquel le bien ou le service désiré est offert sur le marché. C'est alors le prix la variable qui détermine la demande : face à une augmentation du prix la demande a tendance à diminuer¹⁰⁵. Evidemment pour acquérir un bien ou un service il faut un désir. Ainsi, l'on compte plusieurs facteurs déterminants pour mesurer la demande d'un bien ou d'un service : dès les changements dans les revenus, les expectatives et les goûts des consommateurs, jusqu'aux changements dans le nombre même des consommateurs et des prix des biens capables de substituer le bien ou le service dont la demande veut être mesurée. Les *biens relationnés* sont ceux capables de se substituer à un bien ou un service en satisfaisant les mêmes nécessités des consommateurs et moyennant un prix similaire. L'existence des biens substituables déterminent ainsi

¹⁰⁴ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ W. A. MCEACHERN, *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, 4^e éd., Internacional Thomson, México, 1998, p. 142.

*l'élasticité de la demande*¹⁰⁶ et par là la demande même¹⁰⁷. Un changement sur les expectatives des consommateurs peut être déterminé par une expectative d'une hausse des prix : face à la croyance dans une hausse future des prix, les consommateurs peuvent se décider à acheter dans le présent à un prix plus bas ce qui se traduira dans une augmentation de la demande actuelle.

183.- *L'offre* est la relation entre le prix et la quantité d'un produit, d'un bien ou d'un service offert dans le marché¹⁰⁸. L'offre montre la quantité de biens ou le volume de services que l'agent est en mesure d'offrir pendant une période et à un prix déterminé. L'offre n'est ainsi autre chose que la quantité d'un bien ou d'un service que les producteurs peuvent et veulent offrir sur le marché à un prix spécifique pendant une certaine période. Le *prix* est ici, tout comme dans la demande, une variable déterminante de l'offre : afin de neutraliser une baisse des prix, les producteurs ont la tendance à diminuer la quantité des biens offerts. Au contraire, si une hausse des prix est vérifiée, les producteurs voudront mettre une majeure quantité des produits sur le marché afin d'obtenir une marge plus importante¹⁰⁹. D'autres facteurs peuvent avoir une influence sur l'évolution de l'offre : les changements de technologie qui rendent plus efficiente la production (en permettant de produire les biens à un coût moins élevé par exemple), le changement dans le prix des matières premières ou des biens utilisés dans la production des biens offerts, le changement dans le prix de biens alternatifs, c'est-à-dire des biens pouvant être mis sur le marché à des prix plus intéressants et rapportant des revenus plus importants (*costo de oportunidad*), des changements dans les expectatives du producteur en ce qui concerne des hausses ou des baisses futures des prix offerts (ce qui pourrait mener le producteur à augmenter ou bien à diminuer la quantité des produits mis sur le marché afin de neutraliser des telles hausses et baisses

¹⁰⁶ « La demande est dite élastique à un point donné si l'augmentation de 1 % du prix entraîne une diminution de plus d'1% de la quantité demandée et inélastique si la diminution est moins d'1% de la quantité demandée » : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2008, n° 337, p. 94.

¹⁰⁷ Une hausse des prix permettra aux producteurs d'obtenir plus de bénéfices. M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁸ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁹ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 30.

de prix), et finalement, des changements dans le nombre de producteurs ce qui aura une influence directe sur la quantité des produits mis sur le marché¹¹⁰.

184.- Le marché est alors l'endroit où un acheteur peut obtenir un bien ou un service offert en échange d'un prix. Si le libre jeu de la concurrence est censé assurer un déroulement idoine des marchés, en atteignant une très grande quantité de demandeurs et de vendeurs autour d'un bien homogène vendu à un prix efficient, ce qui décrit un état de « concurrence parfaite »¹¹¹, ce genre de structure de marché est en réalité théorique. Les sociétés contemporaines doivent en réalité faire face à des situations de « monopole »¹¹² et de « concurrence imparfaite »¹¹³, des structures de marché plus complexes et qui mettent à l'épreuve le principe de la libre concurrence.

185.- Le dommage au fonctionnement concurrentiel du marché est sanctionné par les droits colombien et français sans égard à la vérification de l'existence d'un préjudice économique individuel quelconque, c'est-à-dire, sans égard à la lésion des éléments d'un patrimoine particulier qui serait consécutive à l'atteinte au fonctionnement de l'économie.

¹¹⁰ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 30 et 31.

¹¹¹ La « concurrence parfaite » décrit une structure de marché dans laquelle existent des nombreuses vendeurs (offre) et acheteurs (demande), pleinement informés autour d'un produit homogène. C'est-à-dire qu'une « symétrie de l'information » peut être vérifiée et que les produits offerts par les différentes entreprises en concurrence ont des caractéristiques très proches. En outre, n'existent pas d'obstacles économiques à l'entrée et à la sortie du marché. Ce faisant, aucun des agents économiques peut exercer un contrôle sur l'évolution du prix, lequel est déterminé exclusivement par le jeu de l'offre et de la demande. M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 32.

¹¹² Dans une situation de monopole, une seule entreprise ou agent économique fait face à la totalité de la demande. Cette entreprise unique a donc le pouvoir de déterminer le prix du produit offert. Dans une structure de monopole, l'entrée et la permanence des nouvelles entreprises dans le marché devient très difficile voire impossible à cause du positionnement de l'entreprise unique. La rentabilité des entreprises nouvelles n'est donc pas assurée et c'est au gouvernement à qui revient la tâche de prendre des mesures économiques favorisant l'aperture du marché. M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 33.

¹¹³ La concurrence imparfaite peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'un *duopole*, situation dans laquelle deux entreprises productrices concurrentes entre elles. Il peut s'agir aussi d'un *oligopole*, situation dans laquelle un nombre réduit de producteurs (trois ou quatre) dominant le marché en apportant au moins la moitié de la totalité de l'offre. Ici, les variations dans l'offre de l'un des producteurs ont une influence directe sur l'offre des autres producteurs. M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 33 et 34.

Paragraphe 2. Le dommage à l'économie générale, une atteinte sanctionnée par les droits colombien et français de la concurrence

186.- Les droits colombien et français de la concurrence sanctionnent à travers l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles le dommage subi par l'économie générale ou d'ensemble (**I**). Le droit de la concurrence déloyale, considéré une sous-branche du droit de la concurrence, a pour objectif principal de réparer les dommages subis par les opérateurs du fait de l'atteinte illégitimement porté à leur activité économique par les comportements constitutifs d'une concurrence déloyale. Cependant, la mise en œuvre du droit de la concurrence déloyale peut rejaillir indirectement sur le fonctionnement concurrentiel du marché à travers l'effet prophylactique et préventive des condamnations en réparation des préjudices individuels provoqués (**II**).

I. Le dommage à l'économie générale sanctionné par le droit des pratiques anticoncurrentielles

187.- Les pratiques anticoncurrentielles, aussi connues en droit colombien sous l'appellation « *pratiques commerciales restrictives de la concurrence* »¹¹⁴, constituent

¹¹⁴ A la différence du droit positif colombien, le droit positif français distingue les *pratiques anticoncurrentielles* des *pratiques restrictives de la concurrence*. L'expression *pratiques anticoncurrentielles* désignent en effet en droit positif français les comportements des agents économiques pouvant avoir un effet négatif sur la concurrence. Elles sont désignées aux articles L.420-1 à L. 420-7 du Code de commerce, lesquels conformément le Titre II « *Des pratiques anticoncurrentielles* » du Livre IV « *De la liberté des prix et de la concurrence* » du Code. Sont ainsi considérées comme des pratiques nuisibles au jeu de la concurrence notamment les ententes ou accords « *ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* » (article L420-1 du Code de commerce), l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché ou sur une partie substantielle de celui-ci, ces abus pouvant notamment consister « *en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* » (article L420-2 du Code de commerce), et les « *offres et pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, transformation et commercialisation, dès lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits* » (article L. 420-5 du Code de commerce). L'expression *pratiques restrictives de la concurrence*, est utilisée dans le Chapitre II du Titre IV (« *De la transparence, des pratiques restrictives de la concurrence et d'autres pratiques prohibées* ») appartenant au Livre IV « *De la liberté des prix et de la concurrence* » du Code de commerce, pour désigner des pratiques très hétérogènes prohibées et sanctionnées par le droit indépendamment de leurs conséquences effectives sur le marché, elles visent

des comportements répréhensibles des opérateurs économiques qui cherchent à augmenter leurs profits en faussant ou en restreignant la concurrence sur un marché.

188.- Les pratiques sanctionnées par le droit français aussi bien que par le droit colombien de la concurrence, ne le sont que parce qu'elles entraînent ou engendrent effectivement une entrave, une restriction ou un faussement de la libre concurrence dans un marché, ou ont pour objet de le faire. Autrement dit, ces pratiques sont sanctionnées en raison de leur effet dommageable actuel ou potentiel sur le marché. Il s'agit de comportements anticoncurrentielles, interdits expressément par les textes colombiens et français de la concurrence, qui impliquent une intégration du dommage à l'économie et de la faute concurrentielle dans le « type anticoncurrentiel » sanctionné **(A)**. Le dommage à l'économie constitue en outre un critère de modulation des sanctions prévues par les droits colombien et français de la concurrence **(B)**.

A. L'intégration du dommage au fonctionnement de l'économie dans les infractions au droit de la concurrence

189.- Les droits français et colombien des pratiques anticoncurrentielles coïncident dans l'interdiction notamment de trois types de pratiques : les accords ou « ententes »¹¹⁵, les comportements constituant un abus d'une position dominante sur le

notamment à équilibrer les rapports de force dans les relations verticales (rapports producteurs-distributeurs). Il s'agit d'« *interdictions per se* », sans égard à l'effet des comportements sur la concurrence. Cependant, à travers ces interdictions, le législateur « *entend diriger l'économie, en vue de satisfaire des objectifs économiques prédéfinis, appréhendés sous un angle collectif, notamment l'ensemble des producteurs face à l'ensemble des distributeurs. Il y a là, certainement, des atteintes à la liberté de la concurrence que le droit des marchés concurrentiels cherche à préserver* » : M.A-FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006, n° 419.

En droit positif colombien l'expression *pratiques commerciales restrictives de la concurrence* est utilisée pour désigner toutes les conduites ou comportements affectant ou pouvant affecter le jeu de la concurrence. Elle englobe ainsi les pratiques équivalentes aux *pratiques anticoncurrentielles* en droit français et d'autres pratiques considérées potentiellement nuisibles au marché.

¹¹⁵ Sous l'expression *accords ou ententes restrictives de la concurrence* l'on englobe tous les comportements, interdits par le droit de la concurrence, constituant un accord réalisé par deux ou plusieurs opérateurs économiques, cherchant soit à fausser la concurrence entre ceux-ci, soit à altérer la concurrence à travers la réalisation de manœuvres ayant pour but d'éliminer un concurrent sur le

marché¹¹⁶ et d'autres pratiques restrictives de concurrence. Les intégrations économiques entravant la concurrence sont aussi interdites tant en France qu'en Colombie. Toutes ces conduites caractérisées dans les droits colombiens et français de la concurrence ne le sont que parce qu'elles ont *pour effet* ou *pour objet*¹¹⁷ de limiter

marché. Il s'agit d'un accord de « collusion » pour fausser ou entraver la libre concurrence dans un marché donné. Ils sont aussi connus sous l'expression « cartels ». M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 106.

Dans le souci de préciser les conduites sanctionnées en matière de concurrence, l'article 45 du décret 2153 de 1992 a dressé une liste de définitions de certains concepts. Ainsi, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 45 du décret, le terme « accord » englobe « tout contrat, convention, concertation, pratique concertée consciemment ou réalisée de manière parallèle entre deux ou plusieurs entreprises ». Texte traduit par nos soins.

Le décret 2153 de 1992 a en outre, d'une part, réaffirmé la clause d'interdiction général des accords entravant la libre concurrence contenue à l'article 1^{er} de la loi 155 de 1959, et, d'autre part, dressé une liste non taxative des différents types d'accords anticoncurrentiels entre entreprises. Ils concernent notamment, la fixation directe ou indirecte des prix, la détermination des conditions de vente, la commercialisation discriminatoire de produits ou services envers des tiers, la répartition des marchés entre producteurs ou entre distributeurs, la répartition de quotas de production ou de fourniture, la limitation des développements techniques, l'abstention des entreprises de produire ou de fournir un bien ou un service ou la limitation dans leur production ou distribution, etc.

¹¹⁶ L'*abus de la position dominante d'une entreprise sur le marché* est interdit et sanctionné tant en droit colombien qu'en droit français. Cette interdiction cherche à éviter l'obtention de bénéfices injustifiés, de la part des entreprises qui jouissent d'une telle position, bénéfices issus du manque de concurrence effective. Une entreprise abuse de sa position dominante lorsqu'elle réalise des comportements qui mettent en danger le marché ou lorsqu'elle obtient des bénéfices injustifiés du fait de l'absence de concurrence dans le marché. Voir sur ce sujet, T. DUTRENIT UGARTE, « Abuso de posición dominante », *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 17, juillet 2003, p. 62 -73 ; M. R. D'AMORE, « Abuso explotativo de posición dominante. El caso YPF en Argentina », *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 11, décembre 2000, p. 7-16.

Le droit français interdit l'abus d'une position dominante à l'article L. 420 – 2 du Code de commerce, texte qui illustre certaines situations constitutives d'un abus de position dominante.

La même démarche est réalisée en droit colombien par l'article 1^{er} de la loi 155 de 1959 qui pose une interdiction générale de l'abus d'une position dominante sur le marché et par l'article 50 du décret 2153 de 1992 qui énonce de manière non exhaustive, certains comportements constitutifs d'un abus de position dominante. L'article 50 du décret 2153 de 1992 interdit notamment la réduction des prix par dessous des coûts dans le but d'éliminer un ou plusieurs concurrents ou d'entraver l'entrée d'autres concurrents sur le marché, l'application de conditions discriminatoires dans des opérations équivalentes ou analogues, le conditionnement du fourniture d'un produit ou d'un service à des obligations accessoires, entre autres.

¹¹⁷ Les textes français du droit de la concurrence utilisent en effet très souvent l'expression « *ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet* » pour interdire certaines pratiques anticoncurrentielles. Tel est le cas, par exemple, des articles L. 420-1 du Code de commerce sur les ententes, L. 420 – 5 du même Code sur les prix ou pratiques de prix excessivement bas par rapport aux coûts de production et commercialisation. L'usage de cette expression marque le rôle préventif de ces textes car en effet, ils interdisent de telles pratiques indépendamment de la vérification d'une altération effective de la concurrence. Le but de ces textes est alors de prévenir la survenance d'un tel dommage à travers l'interdiction de pratiques potentiellement dommageables.

l'autonomie et la liberté des comportements économiques des autres agents sur le marché lésant ainsi la libre concurrence¹¹⁸. Autrement dit, si ces comportements sont interdits c'est parce que soit ils causent une entrave effective de la concurrence, soit parce qu'ils ont la capacité de causer une telle entrave, c'est-à-dire qu'ils sont potentiellement dommageables pour l'économie. Le but de l'interdiction légale de telles conduites est justement de protéger la libre concurrence dans les marchés. La libre concurrence est ainsi le « bien juridique » protégé par les textes interdisant et sanctionnant certains comportements.

190.- Ce faisant, la réalisation, par un opérateur économique, d'une des hypothèses de pratiques anticoncurrentielles prévues et sanctionnées par le droit de la concurrence, implique soit l'entrave effective à la concurrence, soit l'entrave potentielle du jeu concurrentiel. Ces genres de règles en matière de concurrence accomplissent une fonction prophylactique car elles cherchent à éviter la réalisation effective d'un dommage à l'économie.

191.- Le dommage à l'économie est en outre un élément déterminant dans la modulation des sanctions des pratiques anticoncurrentielles.

B. Le dommage à l'économie, critère déterminant dans la modulation des sanctions des pratiques anticoncurrentielles

En revanche, l'article L. 420-2 -2 du Code de commerce français, utilise l'expression *ayant pour objet ou pour effet* » pour interdire les « accords, pratiques concertées et pratiques unilatérales » pouvant « limiter substantiellement la possibilité pour une entreprise qui exécute des prestations de transport public particulier de personnes ou de services occasionnels de transport collectif de personnes au moyen de véhicules légers (...) ».

¹¹⁸ M. VELANDIA, *op. cit.*, p. 106.

En droit français de la concurrence, voir par exemple, les articles L. 420-1 du Code de commerce sur les ententes, l'article L. 420-5 du même code sur les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs excessivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation.

192.- Le dommage causé à l'économie est l'un des éléments pris en compte dans le calcul de la sanction des pratiques anticoncurrentielles en droit français aussi bien qu'en droit colombien de la concurrence.

193.- En droit français, l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit la possibilité pour l'Autorité de la concurrence d'imposer aux opérateurs économiques responsables de la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle, et à l'issue de la procédure engagée, une sanction pécuniaire dont le montant sera fixé en fonction de la gravité des faits, de leur récurrence et de la gravité du dommage à l'économie. Le dommage à l'économie, pris individuellement, constitue ainsi un critère de gradation de la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité de la concurrence¹¹⁹ laquelle tient compte du dommage à l'économie en tant que critère autonome pour l'évaluation des sanctions pécuniaires¹²⁰, mais aussi en tant que facteur en rapport étroit avec les autres critères de gradation mentionnés à l'article L. 464-2 du Code de commerce¹²¹.

194.- En droit colombien de la concurrence, le dommage à l'économie constitue aussi un critère de détermination des sanctions pécuniaires imposées par l'Autorité de la concurrence (Superintendencia de Industria y Comercio¹²²) aux responsables des

¹¹⁹ Voir en ce sens, G. CANIVET et L. VOGEL, « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », *RJDA* 8-9/93, p. 602.

¹²⁰ Voir par exemple, Décision 17-D-14 du 27 juillet 2017 du Conseil de la Concurrence, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de grande consommation en Outre-mer : « **b). Sur l'importance du dommage à l'économie.** Les pratiques relevées à la Réunion et à la Mayotte ont conduit à limiter la mise en concurrence des grossistes par les détaillants pour leur approvisionnement en produits de marque « M », leader sur le marché des compotes et des crèmes desserts, produits alimentaires de consommation courante difficilement substituables par des marques de distributeur, peu présents dans les territoires ultra-marins. De plus, les exclusivités accordées par « M » ont pu ainsi atténuer la concurrence inter-marque en affaiblissant l'agressivité tarifaire des fabricants (...). Ces pratiques ont causé un dommage certain à l'économie ». Texte souligné par nous.

Cette décision peut être consultée dans le lien <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=17-D-14>.

¹²¹ En effet, dans la Décision 17-D-14 du 27 juillet 2017, le Conseil de la Concurrence établit la « gravité des faits » par rapport au dommage causé : « **a) Sur la gravité des pratiques.** L'infraction à l'article L. 420-2-1 du code de commerce, qui consiste à accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises en outre-mer, non justifiés par l'intérêt des consommateurs a, en elle-même, un impact négatif sur la concurrence intramarque et empêche l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires (...) ». Texte souligné par nous.

¹²² Aux termes de l'article 4 du décret 1050 de 1968, les *superintendencias* sont des organismes attachés aux ministères et qui ont une autonomie administrative, financière et budgétaire dans les termes fixés

pratiques anticoncurrentielles. Les articles 25 et 26 de la loi 1340 de 2009, signalent en effet le dommage à l'économie comme le premier des critères permettant d'évaluer les sanctions pécuniaires imposées par l'Autorité¹²³. « *L'impact de la conduite sur le marché* » ainsi que la « *dimension du marché affecté* », constituent des facteurs déterminants dans la gradation des sanctions pécuniaires. La Superintendencia de Industria y Comercio a en effet affirmé que « *pour vérifier la transgression de l'interdiction générale*¹²⁴, il est nécessaire de démontrer l'objet de la conduite ou l'idonéité de celle-ci pour limiter la libre concurrence et/ou ses effets nocifs sur la concurrence dans les marchés »¹²⁵. Ainsi, le dommage effectivement causé à l'économie par la conduite, ou bien la potentialité de celle-ci de produire un effet nocif

par les lois. Les *superintendencias* exercent, par délégation de la loi, des fonctions attribuées au Président de la République en tant qu'autorité administrative suprême. La *Superintendencia de industria y comercio* exerce une fonction de haute police administrative et dont l'objectif principal est la protection de l'ordre public économique : A. MIRANDA LONDONO, « El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas », in *Primer congreso internacional sobre competencia*, Panama, octobre de 1998, p. 2.

¹²³ L'article 25 de la loi 1342 de 2009 règle la question des sanctions pécuniaires aux personnes morales et l'article 26 celle des sanctions pécuniaires des personnes physiques. Les critères de gradation de la sanction sont presque les mêmes avec quelques variations : « *Article 25. Pour grader l'amende (sanction pécuniaire), seront pris en compte les critères suivants : 1. L'impact de la conduite sur le marché. 2. La dimension du marché affecté. 3. Le bénéfice obtenu par l'infracteur avec la conduite réalisée. 4. Le degré de participation de la personne concernée. 5. Le comportement procédural des personnes concernées. 6. La quota que l'entreprise a sur le marché ainsi que les actifs ou les ventes impliquées dans l'infraction. 7. Le patrimoine de l'infracteur ». [Texte traduit et souligné par nous]. La sanction pécuniaire imposée pourra être d'une hauteur maximale de 100.000 fois le salaire légal minimum mensuel. Elle pourra être équivalente au 150% de l'utilité obtenue par l'infracteur grâce à la réalisation de la conduite si ce chiffre résulte majeure.*

S'agissant des personnes physiques, les critères de gradation sont les suivants : « Article 26. 1. La persistance dans la conduite. 2. L'impact de la conduite sur le marché. 3. La réitération de la conduite. 4. Le comportement processuel de la personne concernée. 5. Le degré de participation de la personne concernée dans l'infraction ». [Texte traduit et souligné par nos soins].

¹²⁴ La décision fait référence à l'interdiction générale des pratiques anticoncurrentielles contenue à l'article 1^{er} de la Loi 155 de 1959 aux termes de laquelle : « *Sont interdits les accords ou conventions qui directe ou indirectement aient pour objet de limiter la production, le fournissement, la distribution ou la consommation de matières premières, produits marchandises, ou services nationaux ou étrangers, et en général toute sorte de pratiques, procédures ou systèmes tendant à limiter la libre concurrence avec le propos de déterminer ou maintenir des prix inéquitables en préjudice des consommateurs et des producteurs de matières premières* ». Texte traduit par nos soins.

¹²⁵ Décision 47612 du 26 juillet 2016, p. 27, dossier n° 13-198976 de la Superintendencia de Industria y Comercio, voir le lien http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Delegatura/2016/Resolucion_47612_de_2016_Bureau_Veritas-Tecnicontrol.pdf.

sur la concurrence, sont pris en compte d'abord pour caractériser le comportement illicite et, ensuite, pour moduler la sanction pécuniaire à imposer.

195.- L'atteinte à la concurrence est ainsi prise en charge par les autorités colombienne et française de la concurrence lesquelles « *apprécient l'existence de la pratique à l'aune de la restriction de concurrence qu'elle provoque* »¹²⁶ ou bien, à l'aune des effets négatifs potentiels de la conduite sur la concurrence. Cette atteinte à l'économie ou l'éventualité d'une telle atteinte est ainsi utilisée par les autorités colombienne et française de la concurrence pour pondérer la sanction des pratiques anticoncurrentielles.

Le droit de la concurrence déloyale participe aussi, ne serait-ce que de manière indirecte ou subreptice, à la répression des comportements causant une entrave à la concurrence.

II. Le dommage à l'économie sanctionné par le droit de la concurrence déloyale

196.- La rivalité concurrentielle traduit la confrontation des agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle¹²⁷. Cette rivalité, cette compétition, suppose que les entreprises les plus performantes éliminent celles qui le sont moins. Cependant, cette quête de clientèle, fondée sur le libre jeu de la concurrence, ne saurait admettre tous les moyens. Le droit français de la concurrence déloyale, constitué au sein du droit commun, soumet dès le XIX siècle, par l'action des juges, les rapports de concurrence aux règles du Code civil. Et ceci, en toute indépendance du pouvoir du marché des opérateurs économiques concernés¹²⁸. En absence de textes régissant la

¹²⁶ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, thèse Université de Montpellier, publiée par l'Institut Universitaire Varenne en partenariat avec la Fédération Nationale des Banques Populaires, 2017, n° 248.

¹²⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 417.

¹²⁸ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 426.

matière de la concurrence déloyale, les juges français ont progressivement découvert, dans l'action en concurrence déloyale, un instrument permettant de sanctionner les comportements pouvant atteindre le processus concurrentiel (A). Le droit positif colombien consacre de manière expresse l'objectif, du droit de la concurrence déloyale, de protection du fonctionnement concurrentiel du marché (B).

A. La protection du marché par le droit français de la concurrence déloyale

197.- L'action en concurrence déloyale et parasitisme est en droit français une action en responsabilité civile élaborée progressivement par la jurisprudence sur les fondements des articles 1382 et 1383 du Code civil (nouveaux articles 1240 et 1241 du Code civil français)¹²⁹. Cependant, les juges français prennent des libertés dans la définition des éléments engageant la responsabilité du concurrent fautif¹³⁰. En effet, si les juges exigent de la victime, dans certaines affaires, de démontrer l'étendue du préjudice patrimonial individuel subi du fait de l'acte de concurrence déloyale¹³¹, dans

¹²⁹ La Cour de cassation française l'a ainsi reconnu depuis longtemps : « l'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil qui impliquent non seulement l'existence d'une faute commise par le défendeur mais aussi celle d'un préjudice souffert par le défendeur » : Cass. com., 19 juill. 1976, JCP G 1976, II, 18507. Voir aussi en ce sens : Com. 23 mars 1965, Bull. N° 228.

Aussi, at-on pu écrire : « le droit commun des obligations, en l'espèce la responsabilité civile pour faute, sous ces deux figures commerciales qui sont la concurrence déloyale et les agissements parasitaires, répond admirablement aux besoins, divers et évolutifs, du monde des affaires... La responsabilité civile suffit amplement à protéger les auteurs de n'importe quel bien immatériel nouveau, les logiciels aussi bien que toute valeur économique (...) », Ph. LE TOURNEAU, « Le parasitisme dans tous ses états », D., 1993, Chron., p. 310.

Voir sur ce sujet : Y. SERRA (dir.), *La concurrence déloyale*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2001, p. 2 ; C. CHAMPAUD, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et d'autres branches de droit applicables en France » in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 61.

¹³⁰ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 426.

¹³¹ Voir par exemple, Cour d'appel de Rennes 1^{re} chambre section A, 17 avril 2001, dans lequel, pour débouter le demandeur de sa demande de dommages et intérêts, la Cour d'appel affirme que l'usage, par le défendeur, aux fins de vente, de la fausse qualité de particulier bénéficiant d'un tarif réduit, « pour critiquable qu'elle soit au regard des usages loyaux du commerce, ne saurait ouvrir droit à des dommages et intérêts dès lors que [le demandeur], ne justifie pas des répercussions préjudiciables

d'autres décisions, les juges présument l'existence d'un préjudice individuel de la victime, c'est-à-dire l'existence d'une lésion aux intérêts individuels de la victime, à partir de la seule constatation des actes de concurrence déloyaux¹³². Cette dernière solution démontre la volonté des juges d'utiliser l'action en concurrence déloyale à des fins punitifs¹³³. En effet, l'allocation de dommages et intérêts en vertu de la présomption du préjudice individuel subi par la victime d'un acte de concurrence déloyale ou d'un acte de parasitisme, masque l'effet disciplinaire de l'action en concurrence déloyale recherché par les juges aux fins de punir la conduite reprochable des défendeurs¹³⁴.

198.- En effet, si la théorie de la concurrence déloyale est, en droit français, ancrée sur la responsabilité civile, elle est l'objet d'une double influence. Un auteur a pu très bien l'expliquer¹³⁵ : d'une part, la théorie de la concurrence déloyale construite par les juges français évoque une *conception morale* de ce qui est interdit : « *ne pas copier sur son voisin, ne pas le discréditer* »¹³⁶. D'autre part, la définition de la faute, prend en compte « *l'aspect économique et social du problème : il s'agit de savoir dans quelles conditions la concurrence doit être conduite, et selon la politique économique qui*

d'une telle pratique, très ponctuelle et limitée dans le temps, sur son activité propre ». L'arrêt fût cependant partiellement cassé au visa de l'article 1382 du Code civil, au motif que « *en statuant ainsi, alors qu'il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commerciale constitutif de préjudice, fût-il seulement moral, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » : Com. 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° G. 01-13.052, n° Jurisdata : 2003-019892.

¹³² Voir par exemple, Com. 14 juin 2000, *Bull.* n° 126 ; Com. 3 mars 2004, pourvoi n° 01-15706 ; Com. 3 juin 2003, pourvoi n° 01-15145 ; Com. 14 juin 2000, *Bull.* n° 126 ; Com. 22 fév. 2000, pourvoi n° 97-18728, *Contrats conc. consom.* 2000, obs. M. Malaurie-Vignal ; Com. 25 janv. 2000, pourvoi n° 97-19809 ; Com. 9 nov. 1993, pourvoi n° 92-13207 ; Com. 9 fév. 1993, *Bull.* n° 53 ; Com. 22 oct. 1985, *Bull.* n° 245 : « *il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés* ».

¹³³ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 428.

¹³⁴ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 115 et s, p. 122 et s. Voir aussi sur ce sujet, C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, Dalloz, 2005. Voir aussi M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 17 ; P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », RTD com, 1948, p. 543.

¹³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 480.

¹³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994, n° 6, p. 483.

prévaudra, on admettra une liberté plus ou moins grande dans la lutte »¹³⁷. La théorie de la concurrence déloyale peut ainsi jouer un rôle de protection de la concurrence, elle peut servir en tant qu'instrument de protection de celle-ci¹³⁸.

199.- Ce rôle de protection de la concurrence a pu en effet être décelé par Madame Cayot qui estime que la présomption de préjudice individuel subi par la victime directe des actes de concurrence déloyale, affirmée dans plusieurs arrêts par la Cour de cassation française, englobe en réalité, d'une part, une présomption de dommage à l'économie causé par l'acte de concurrence déloyale, et d'autre part, une présomption de préjudice individuel, subi par l'opérateur économique directement concerné, et engendré par l'atteinte au processus concurrentiel. Ainsi, par exemple, lorsque la Cour de cassation affirme « *qu'il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commerciale constitutif de préjudice, fût-il seulement moral* »¹³⁹, la Cour distingue, d'une part, le « trouble concurrentiel » en tant qu'atteinte au processus concurrentiel et, de l'autre, le préjudice individuel subi par la victime, les deux types de dommage étant présumés par la Cour à partir de la constatation des actes déloyaux de concurrence¹⁴⁰. Dans un autre arrêt la Cour de cassation marque de manière expresse, au visa de l'ancien article 1382 du Code civil français, la distinction entre le trouble commercial, causé par l'acte de concurrence déloyale, et le préjudice individuel subi par le demandeur : « *il s'infère nécessairement d'actes de publicité mensongère, constitutifs de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral (...)* »¹⁴¹. Dans cet arrêt la Cour de cassation reproche en plus à la cour d'appel d'avoir écarté la rupture d'égalité entre les concurrents du fait du non-

¹³⁷ P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD. Com.*, 1948, p. 573.

¹³⁸ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Thèse Montpellier, publiée par l'Institut Universitaire Varenne, Coll. Des Thèses, n° 285.

¹³⁹ Com. 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° G. 01-13.052, n° Jurisdata : 2003-019892.

¹⁴⁰ « Nonobstant la référence au préjudice moral (...), il semble que les notions de 'trouble concurrentiel' et de 'préjudice' ne sont pas tenues pour équivalentes pour la Cour de cassation ; (...) Dès lors il n'est pas totalement inopportun de considérer que la Cour de cassation estime que l'acte déloyal cause nécessairement un trouble commercial et que ce trouble commercial peut être à l'origine d'un préjudice » : M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Thèse Montpellier, publiée par l'Institut Universitaire Varenne, Coll. Des Thèses, n° 243.

¹⁴¹ Com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272, *RCA* 2010, comm. 301.

respect, par le défendeur, de la réglementation en vigueur en matière de publicité, aux motifs que les actes reprochés n'avaient pas eu d'effets sur les ventes de la société demanderesse. Pour la Cour de cassation, les juges de deuxième degré auraient dû rechercher si le non-respect, par le défendeur, de la réglementation en vigueur, « *n'avait pas pour conséquence de perturber le marché en plaçant [le défendeur] dans une situation anormalement favorable par rapport à ses concurrents respectant ladite réglementation (...)* ». La volonté de la Cour de déduire, à partir de la constatation d'un acte de concurrence déloyale, l'existence d'un dommage à l'économie, est claire. L'action en responsabilité civile du fait d'un acte de concurrence déloyale est ainsi conçue par la Cour de cassation française, comme un instrument permettant de sanctionner le dommage au processus concurrentiel, dommage à l'économie. « *L'action en concurrence déloyale, si elle peut constituer un instrument de protection des intérêts privés des concurrents, a une vocation plus générale. En sanctionnant les opérateurs qui adoptent une attitude déloyale, en effet, la jurisprudence protège, non seulement le concurrent victime de la déloyauté mais, plus généralement, la concurrence*¹⁴². L'action en concurrence déloyale participe de l'objectif de protection de l'effectivité de la concurrence sur le marché. Pour être effective, la concurrence doit en effet être saine, les comportements déloyaux nuisant le déroulement du libre jeu de la concurrence. L'acte déloyal porte atteinte, non seulement au concurrent, mais aussi à la structure du marché¹⁴³.

B. L'objectif de protection du marché en droit positif colombien de la concurrence déloyale.

200.-Le droit positif colombien de la concurrence déloyale fait sien, de manière expresse, l'objectif de protection de la concurrence dans le marché, en tant qu'intérêt

¹⁴² M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Thèse Montpellier, publiée par l'Institut Universitaire Varenne, Coll. Des Thèses, n° 285.

¹⁴³ Voir sur ce sujet, Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de clientèle*, Bibliothèque de Droit privé, t. 315, préface d'Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 471 et s. Voir aussi N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 156 et s.

général. L'article 1^{er} de la loi 256 de 1996¹⁴⁴, définissant l'objet de la loi, énonce que « *en dehors des autres formes de protection, la loi [256] a pour objet celui de garantir la libre et loyale concurrence économique à travers la prohibition des actes et des conduites de concurrence déloyale, en bénéfice de tous ceux qui participent dans le marché (...)* »¹⁴⁵.

201.- Le texte est clair, il ne laisse aucun doute sur ce double objectif du régime de concurrence déloyale de protection des intérêts individuels aussi bien que de l'intérêt économique générale de la libre concurrence. L'on pourrait alors affirmer que la loyauté intègre en droit colombien le principe de la libre concurrence. En instituant un modèle social de concurrence, le législateur colombien accepte une sorte d'interaction entre le droit *antitrust* ou des pratiques anticoncurrentielles et le droit de la concurrence déloyale¹⁴⁶. Les règles en matière de concurrence déloyale bénéficient tous ceux qui agissent sur le marché. « *L'abandon, par la loi 256 de 1996, d'un modèle restrictif et individualiste de concurrence et l'adoption d'un modèle social de marché, implique que le droit de la concurrence déloyale ne protège pas seulement le concurrent mais aussi les consommateurs et le marché* »¹⁴⁷.

202.- Cet objectif de protection du processus concurrentiel du marché est d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises dans d'autres articles de la loi 256. Le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi institue une clause d'interdiction générale des actes de concurrence déloyale aux termes de laquelle « *sont interdits les actes de concurrence déloyale. Les participants dans le marché doivent respecter le principe de la bonne foi commerciale dans tous leurs agissements. (...) est considéré constitutif de concurrence déloyale, tout acte ou tout fait réalisé sur le marché avec des fins concurrentielles lors qu'il résulte*

¹⁴⁴ Loi sur la concurrence déloyale publiée dans le Journal Officiel n° 42.692 du 18 janvier 1996.

¹⁴⁵ Article 1^{er} de la loi 256 de 1996 traduit et souligné par nos soins.

¹⁴⁶ I. S. ORTIZ BAQUERO, « Las normas de libre competencia y de competencia desleal : criterios históricos de separación y de convergencia », in *Del derecho comercial al derecho del mercado*, sous la dir. de S. Sotomonte, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2013, p. 581-652, voir notamment, p. 618 et s.

¹⁴⁷ E. RENGIFO GARCIA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotà, 2002, p. 241, traduit par nous.

contraire aux saines coutumes commerciales, au principe de la bonne foi commerciale, aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle, ou bien lorsqu'il est destiné à affecter ou affecte la liberté de décision de l'acheteur ou consommateur ou le fonctionnement concurrentiel du marché » [Traduction faite par nous].

203.- Le texte établi alors comme condition première pour qu'un acte puisse être considéré comme constitutif de concurrence déloyale, qu'il ait été réalisé sur le marché et aux fins concurrentielles. Dès lors, avant même la constatation des éléments prévus par la loi dans chaque « type » constitutif de concurrence déloyale¹⁴⁸ ou bien, avant même la constatation des éléments prévus dans la clause générale d'interdiction contenue à l'article 7 de la loi 256 de 1996, la vérification de ce que l'acte aurait été réalisé sur le marché à des fins concurrentielles s'impose. L'article 2 de la loi 256 établit une présomption des fins concurrentielles de l'acte, lorsque, « *selon les circonstances dans lesquelles l'acte est réalisé, celui-ci se révèle objectivement idoine pour maintenir ou incrémenter la participation du responsable ou d'un tiers sur le marché* »¹⁴⁹.

204.- Ainsi, la réalisation d'un comportement dans un scénario strictement privé, sans aucune transcendance actuelle ou potentielle sur le marché ou sur les relations économiques de la « victime », empêcherait, aussi reprochable soit-il, la qualification d'un tel acte comme constitutif de concurrence déloyale¹⁵⁰. Tel serait le cas par exemple

¹⁴⁸ Loi 256 de 1996, articles 8 à 19, sanctionnant les actes, constitutifs de concurrence déloyale, de déviation de la clientèle, de désorganisation, de confusion, de tromperie, de discrédit, de comparaison, d'imitation, d'exploitation de la réputation d'autrui, de violation de secrets, d'induction à la rupture contractuelle, de violation des normes et de réalisation de pactes d'exclusivité déloyaux.

¹⁴⁹ Traduction faite par nos soins. Pour une application de la présomption établie à l'article 2 de la loi 256 de 1996, voir, Superintendencia de industria y comercio, décision 0016 du 13 novembre 2009, dossier n° 04001328, Caterpillar Inc. VS Casa Caterpillar de Bogotá Ltda, p. 5 et 6. Cette décision peut être consultée dans le lien http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia_16_2009.pdf.

¹⁵⁰ « Le concept de marché doit en outre être apprécié dans un sens très ample sans le restreindre aux seules hypothèses de la confrontation d'entreprises situées dans le même échelon de la chaîne de production. Le concept de marché, pour ce qui concerne la détermination des comportements constitutifs de concurrence déloyale, comprends la confrontation d'opérateurs qui ne sont pas des concurrents directs, aussi bien que les marchés virtuels » [Traduction faite par nos soins] : D. M. DE LA CRUZ CAMARGO, La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 21.

de la création d'un avis publicitaire dénigrant l'activité ou l'image d'un autre sujet économique qui n'aurait jamais effectivement été publié. En revanche, la demande devant l'autorité compétente, du registre d'une marque créée mais jamais enregistrée par l'ancien employeur, a été considérée comme un acte constitutif de concurrence déloyale réalisé par l'ancien employé de la victime, tant cette demande d'enregistrement de la marque « *communiquée implicitement aux tiers l'intention du requérant de participer dans le marché avec les produits ou les services identifiés par la marque* ». Cette conduite, dont la réalisation aux fins concurrentiels a pu être constatée, a été considérée comme un acte constitutif de concurrence déloyale car contraire au principe de la bonne foi commerciale et aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale, en vertu de la clause d'interdiction générale d'actes de concurrence déloyale consacrée à l'article 7 de la loi 256 de 1996¹⁵¹.

205.- Mais outre que les sujets participant dans le marché ou ayant l'intention de le faire, l'article 21 de la loi 256 de 1996 légitime les associations professionnelles, celles ayant pour objet la protection des intérêts des consommateurs ainsi que le Procureur Général de la Nation, à agir, à travers l'action en concurrence déloyale, en défense des intérêts des membres des associations professionnelles, de celle des consommateurs et de l'intérêt économique générale de la libre concurrence, respectivement¹⁵². Ce texte devrait cependant s'accorder avec l'article 20 de la même loi qui consacre deux types d'action en concurrence déloyale : une action aux fins d'indemnisation des intérêts individuels effectivement lésés par l'acte de concurrence déloyale, et une action aux fins de prévention de la réalisation de tels préjudices. Ainsi, même si l'article 21 ne

¹⁵¹ Superintendencia de industria y comercio, arrêt n° 0011 du 10 novembre 2006, dossier n° 04-039126, C.I Valle Trade S.A VS Edgar Yesid Avila, consultable dans le lien http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia_11_2006.pdf.

¹⁵² Article 21 de la loi 256 de 1996 : l'article 21 de la loi 256 de 1996 dresse une liste des sujets légitimés à agir en action de concurrence déloyale. Les associations ayant pour objet la protection des intérêts des consommateurs sont légitimées à agir en concurrence déloyale « *lorsque l'acte de concurrence déloyale lèse de manière grave et directe les intérêts des consommateurs* ». Le Procureur Général de la Nation est également légitimé à agir, au nom de la Nation et à l'encontre des auteurs des actes de concurrence déloyale, lorsque les actes « *affectent gravement l'intérêt public ou le maintien d'un ordre économique de libre concurrence* ». Cette légitimation à agir se présumera, dit le texte « *lorsque l'acte de concurrence déloyale affecte un secteur économique dans sa totalité ou une partie substantielle de celui-ci* ». [Traduction faite par nos soins].

restreint pas la légitimité à agir octroyée à des tiers, nous estimons que celle-ci doit être limitée à l'exercice de l'action préventive en concurrence déloyale. En effet, l'action en concurrence déloyale aux fins indemnatoires a été prévue en faveur des agents dont les intérêts personnels ont effectivement été lésés par l'acte déloyal de concurrence¹⁵³. De ce fait, l'action préventive en concurrence déloyale serait la seule à être ouverte aux tiers mentionnés par l'article 21 de la loi 256 et ceci afin de protéger l'intérêt collectif à la libre et loyale concurrence. Cependant, aucune action de ce type n'a pas encore été repéré en droit colombien, ce qui pourrait être expliqué par la création des actions populaires en 1998. En effet, la loi 472 du 5 août 1998¹⁵⁴ a introduit pour la première fois les actions populaires ayant pour fin la protection des intérêts collectifs, parmi lesquels, la libre concurrence économique¹⁵⁵. Ce genre d'actions ont pour objectif « *d'agir à l'encontre des actions ou des omissions des autorités publiques et des particuliers constitutives d'une menace ou d'une lésion d'un intérêt collectif* »¹⁵⁶. L'article 12 de la loi 472 légitime ainsi non seulement les particuliers, c'est-à-dire les personnes physiques, mais aussi les organisations civiques ou similaires et, en général, toute personne morale de droit privé, ainsi que le Procureur Général de la Nation, le Défenseur du Peuple, parmi d'autres autorités publiques¹⁵⁷, à agir en action populaire pour la défense d'un intérêt collectif lésé ou menacé par l'action ou omission d'un particulier ou d'une autorité publique. L'action populaire cherche notamment à remettre les choses à leur état antérieur à la lésion dès que ceci serait physiquement

¹⁵³ Article 20, n° 1 de la loi 256 de 1996 : « La personne lésée par les actes de concurrence déloyale aura une action afin que soit déclaré l'illicéité des actes. Le juge pourra consécutivement ordonner à l'infracteur de supprimer les effets des actes et d'indemniser les préjudices causés au demandant ». [Traduction faite par nos soins].

¹⁵⁴ à travers laquelle est développé l'article 88 de la Constitution politique colombienne. Cette loi fût publiée dans le Journal officiel n° 43.357 du 6 août 1998.

¹⁵⁵ La libre concurrence économique est mentionnée dans le « i » de l'article 4° de la loi 472 de 1998, comme l'un des intérêts collectifs susceptibles d'être protégés à travers l'exercice des actions populaires. Il s'agit d'une liste non exhaustive d'intérêts collectifs.

¹⁵⁶ Artículo 9 de la ley 472 de 1998: Procedencia de las acciones populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. (Traduction au français faite par nos soins).

¹⁵⁷ Cependant, la légitimation à agir en action populaire des autorités publiques mentionnées dans l'article 12 de la loi 472 de 1998 est limité à la défense des intérêts collectifs étant en rapport avec la compétence fonctionnelle de ces autorités (4° alinéa de l'article 12).

possible, tout en ordonnant au responsable de s'abstenir de répéter une telle conduite dans le futur. Une condamnation au paiement d'une indemnisation en équivalent monétaire est envisageable¹⁵⁸. Cependant, dans ce dernier cas, le montant alloué à titre d'indemnisation par équivalent est octroyé non pas au demandeur mais à l'autorité publique accomplissant des fonctions de défense ou de protection de l'intérêt collectif concerné. Bien sûr, la loi exige que l'autorité publique à laquelle est allouée l'indemnisation par équivalent ne soit pas la responsable de la lésion ou de la menace à l'intérêt collectif protégé¹⁵⁹.

206.- Ce faisant, l'action en concurrence déloyale préventive, lorsqu'elle serait exercée par l'une des autorités publiques légitimées par l'article 21 de la loi 256 de 1996, devrait avoir pour seul objectif la cessation de l'acte de concurrence déloyale voire la prévention de sa réalisation en excluant ainsi toute prétention d'indemnisation par équivalent.

207.- Ainsi, grâce d'une part à la clause générale d'interdiction consacrée à l'article 7 visant expressément la protection de la liberté de décision des consommateurs et le fonctionnement concurrentiel du marché¹⁶⁰, et d'autre part à la légitimation de sujets autres que des opérateurs économiques à agir en action préventive en concurrence déloyale, le juge colombien saisi d'une action de ce genre peut ordonner la cessation immédiate de l'acte de concurrence déloyale et interdire sa réalisation dans le futur. Ceci fait preuve de ce que l'action colombienne en concurrence déloyale participe de l'objectif de protection du fonctionnement concurrentiel du marché. Bien sûr l'action en concurrence déloyale aux fins indemnatoires reste ouverte aux agents économiques

¹⁵⁸ Article 34 de la loi 472 de 1998.

¹⁵⁹ Article 34 de la loi 472 de 1998.

¹⁶⁰ Nous estimons cependant que la « liberté de décision des consommateurs » est un élément qui s'intègre dans le « fonctionnement concurrentiel du marché » mentionné par la loi 256 de 1996. En effet, la liberté de décision de consommer un produit ou un service est un élément décisif dans la demande, celle-ci étant à son tour un des facteurs permettant de déterminer la structure et le fonctionnement d'un marché. Dès lors, l'influence qu'un opérateur économique peut exercer de manière déloyale sur les consommateurs pour que ceux-ci acquièrent un produit ou un service constitue une atteinte au libre jeu de la concurrence. Le droit de la concurrence déloyale n'étant alors pas étranger au but de protection de la libre concurrence. Il participe de cet objectif de protection du marché.

dont les intérêts individuels ou personnels ont été lésés par l'acte constitutif de concurrence déloyale.

208.-Cependant, si le juge colombien peut, sur pétition du demandeur, ordonner la cessation de l'acte de concurrence déloyale, que ce soit dans le cadre d'une action préventive ou bien dans le cadre d'une action en concurrence déloyale aux fins d'indemnisation, le pouvoir du juge saisi s'arrête là (ordre de cessation de l'illicite et indemnisation des préjudices individuels provoqués par l'illicite). En effet, le juge saisi d'une action en concurrence déloyale n'a pas le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires au responsable de l'acte de concurrence déloyale, à la manière que le fait l'Autorité de la concurrence dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles. En effet, le juge de l'action en concurrence déloyale exerce une fonction exclusivement juridictionnelle et n'est pas compétent pour imposer une sanction administrative quelconque. Cette fonction juridictionnelle en matière de concurrence déloyale est délimitée par l'objectif attribué par la loi 256 à chacune des actions, préventive et d'indemnisation¹⁶¹. Des décisions provisoires, appelées en droit processuel colombien des « *medidas cautelares* », proches des ordonnances sur requête en droit français¹⁶², sont cependant prévues à l'article 31 de la loi 256 par lesquelles le juge pourra ordonner, de manière provisoire et en attendant la solution définitive du litige, la cessation de l'acte. Il pourra en outre ordonner, de manière préventive au défendeur, de s'abstenir de réaliser l'acte suspecte lorsque l'action est exercée aux fins préventives.

¹⁶¹ Article 20 de la loi 256 de 1996 : « Actions. À l'encontre des actes de concurrence déloyale l'on pourra exercer les actions suivantes :

Action déclarative et de condamnation. La personne affectée par les actes de concurrence déloyale aura une action pour qu'il soit déclaré judiciairement l'illicéité des actes et, en conséquence, il soit ordonné à l'infacteur d'enlever les effets desdits actes et indemniser les préjudices causés au demandant. Le requérant pourra demander au juge à tout moment pendant le déroulement de la procédure, la prise de mesures de cautèle prévues à l'article 33 de cette loi.

Action préventive ou d'interdiction. Celui qui estime qu'il pourra être affecté par des actes de concurrence déloyale aura une action tendant soit à éviter la réalisation d'un acte de concurrence déloyale qui n'aurait pas encore été perfectionné, soit à interdire un acte qui n'aurait pas encore généré des préjudices ». [Texte traduit par nos soins].

¹⁶² Régies par les articles 493 à 498 du nouveau Code de procédure civile français.

209.- Le dommage porté à l'économie générale ou à l'économie d'ensemble par un comportement concurrentiel se distingue de la lésion des intérêts économiques individuels des opérateurs. En effet, un comportement concurrentiel fautif peut, outre qu'endommager le bon fonctionnement concurrentiel du marché, perturber l'exercice par un agent de son activité économique particulière. Ce constat a permis, tant en droit français qu'en droit colombien de la concurrence, d'établir un principe de réparation des préjudices ou dommages patrimoniaux pouvant être subis personnellement par les agents économiques du fait de la réalisation d'un acte concurrentiel fautif ainsi que de mettre en place des dispositifs de réparation particuliers. La mise en œuvre de ces divers dispositifs de réparation impliquent un renforcement, par le droit privé, de la sanction juridique des comportements concurrentielles endommageant le fonctionnement de l'économie générale.

Section 2. L'identification de la lésion des intérêts économiques individuels des agents à la suite des comportements concurrentiels fautifs.

210.- Nous avons expliqué plus haut comment les droits colombien et français de la concurrence ont identifié le « dommage à l'économie » en tant que lésion au fonctionnement concurrentiel du marché. Nous avons ainsi expliqué comment le « dommage à l'économie » se fonde sur la lésion de l'intérêt général à la libre et loyale concurrence sur le marché, intérêt expressément protégé par les droits positifs colombien et français. Les comportements concurrentiels fautifs peuvent en outre engendrer des préjudices économiques individuels aux opérateurs qui participent sur le marché. L'activité économique individuelle d'un opérateur peut être perturbée ou entravée par le fait d'une pratique anticoncurrentielle (**Paragraphe 1**) ou par le fait d'un acte de concurrence déloyale (**Paragraphe 2**). La réparation, par le biais de la responsabilité civile, des dommages individuels subis par les opérateurs à la suite d'un comportement concurrentiel fautif implique la mise en œuvre d'une sanction civile de la lésion de l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence sur le marché. En effet, en droit communautaire européen, avant l'entrée en vigueur de la Directive 104 de 2014, la Cour de Justice de la Communauté Européenne avait pu estimer que le droit

de demander réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle « renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté »¹⁶³.

Paragraphe 1. Le principe de la réparation de la lésion des intérêts économiques individuels des agents du fait d'une pratique anticoncurrentielle

211.- Un dommage à l'économie peut avoir lieu en absence de tout préjudice individuel subi par les opérateurs qui participent dans le marché. L'Autorité française de la concurrence a en effet affirmé que « le dommage à l'économie est distinct du préjudice financier éventuellement subi par la victime » d'une pratique anticoncurrentielle¹⁶⁴. La Cour d'appel de Paris estime aussi que le dommage à l'économie est indépendant des préjudices subis par les victimes des pratiques anticoncurrentielles¹⁶⁵. En effet, les pratiques anticoncurrentielles peuvent léser l'activité économique exercée par les opérateurs et engendrer, de ce fait, des préjudices économiques individuels aux agents. Les droits français **(I)** et colombien **(II)** de la concurrence admettent le principe de la réparation du préjudice économique enduré par les agents par le fait d'une pratique anticoncurrentielle.

¹⁶³ Appart cité par Georges Decocq dans « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in *Leçons du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, n° 3, p. 203.

¹⁶⁴ Rapport du Conseil de la concurrence, 2007, p. 253.

¹⁶⁵ Voir CA Paris, 13 janvier 1998, cité dans le Rapport du Conseil de la concurrence, 2007, p. 253.

I. La consécration du principe de réparation des préjudices économiques individuels subis par les opérateurs du fait des pratiques anticoncurrentielles en droit positif français

212.- La réparation des préjudices économiques individuels subis par les opérateurs à la suite d'une pratique anticoncurrentielle est considérée, à côté de la nullité des accords ou des clauses ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel¹⁶⁶, une sanction civile de ce genre de pratiques.

213.- C'est ainsi qu'afin de garantir la pleine effectivité des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁶⁷, et notamment, l'effet utile des interdictions qu'ils prévoient, l'article 3 de la Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014¹⁶⁸, consacre le droit, de toute personne physique et morale, à la réparation intégrale du préjudice subi du fait d'une infraction au droit de la concurrence¹⁶⁹. Cette réparation intégrale doit, selon le texte, permettre de replacer la victime de la pratique anticoncurrentielle, « *dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Elle couvre dès lors le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner,*

¹⁶⁶ En droit de l'Union européenne, le principe de la nullité est posé par l'article 101 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFEU), selon lequel « *les accords ou décisions interdits (...) sont nuls de plein droit* ». En droit français, le principe de la nullité est posé à l'article L. 420-3 du Code de commerce aux termes duquel « *est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2* » du Code de commerce français. Il s'agit d'une nullité absolue en vertu de la nature des textes interdisant de tels pratiques, lesquels se fondent sur l'ordre public économique.

¹⁶⁷ Publié dans le *Journal Officiel* n° C-326 du 26 10 2012.

¹⁶⁸ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, publiée dans le *JOUE (L)*, du 5 décembre 2014.

¹⁶⁹ Article 3 de la Directive : « *Droit à réparation intégrale.*

Les États membres veillent à ce toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice. (...) ».

ainsi que le paiement d'intérêts »¹⁷⁰. Cette disposition est similaire à ce qui a traditionnellement été admis par les juges français en droit commun de la responsabilité civile : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »¹⁷¹. Il a en outre été admis que la réparation doit « *être appréciée au regard de la seule ampleur du préjudice subi par la victime* »¹⁷². En outre, avant l'entrée en vigueur de la Directive, les arrêts *Courage*¹⁷³, *Manfredi*¹⁷⁴ et *Otis*¹⁷⁵ rendus par la Cour de Justice de l'Union Européenne, avaient déjà pu affirmer le droit à réparation de toute victime d'une pratique anticoncurrentielle.

¹⁷⁰ Le par. 3 de l'article 3 dispose en outre que « la réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts ».

Nous analyserons plus bas dans cette étude la question de l'évaluation des préjudices subis du fait des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁷¹ Cass. 2^e civ., 23 novembre 1966 : *Bull. civ.* II, n° 916.

¹⁷² T. com. Paris, 30 mars 2011, n° 2009073089.

¹⁷³ Arrêt de la CJUE rendu le 20 septembre 2001, *Courage Ltd vs Bernard Crehan et Bernard Crehan vs Courage Ltd et autres*, publiée dans le *Recueil de Jurisprudence* 2001 I 06297, consultable dans le site <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1556652677118&uri=CELEX:61999CJ0453>. Il s'agissait en l'espèce d'une question préjudicielle posée par une *Court of Appeal* du Royaume Uni à la Cour. La *Court of Appeal* s'interrogeait sur la compatibilité du droit anglais avec le droit communautaire, le premier refusant toute possibilité d'indemnisation du préjudice subi à la partie à un contrat illicite. Les juges anglais ayant déjà auparavant décidé que le paragraphe 1^{er} de l'article 85 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne avait pour vocation de protéger les tiers, concurrents ou consommateurs, et non les parties à l'accord illicite. Celles-ci étant en effet les auteurs et non les victimes de la restriction de concurrence. La Cour a décidé qu'« *une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE), [pouvait] invoquer la violation de cette disposition pour obtenir une protection juridictionnelle à l'encontre de l'autre partie contractante* ». Cependant la Cour affirme que la demande en réparation du préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat pouvait valablement être refusée par le droit de l'État membre au motif que cette partie aurait eu une participation significative dans la distorsion de la concurrence.

¹⁷⁴ Arrêt de la CJEU du 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyds Adriatico Assicurazioni et autres affaires jointes*, publié dans *Recueil de jurisprudence* 200- I-06619 : « *L'article 81 CE doit être interprété en ce sens que toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par cet article et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice* ».

¹⁷⁵ Arrêt de la CJUE du 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap contre Otis NV e.a.*, publié dans le *Recueil numérique (Recueil général)*, consultable dans le link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1556657061544&uri=CELEX:62011CJ0199>: « *L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que la Commission européenne intente, au nom de l'Union européenne, devant une juridiction nationale, une action en réparation du préjudice* ».

214.- L'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017¹⁷⁶ et le décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017¹⁷⁷ ont transposé la Directive 2014/104/UE au droit positif français. Ces dispositions figurent désormais dans les articles L. 481-1 et suivants du Code de commerce français.

215.- Les victimes pouvant agir en indemnisation des préjudices individuels subis peuvent être diverses car il en va des pratiques anticoncurrentielles définies dans les articles L. 420-1 (ententes), L. 420-2 (exploitation abusive d'une position dominante sur le marché et exploitation abusive de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur), L. 420-2-1 (accords sur l'octroi de droits exclusifs d'importation en outre-mer), L. 420-2-2 (accords et pratiques anticoncurrentielles en matière de transport public particulier et transport collectif de personnes), L. 420-5 (offres de vente à des prix excessivement bas) du Code de commerce, ainsi qu'aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁷⁸. Il peut s'agir en effet d'un concurrent, d'un contractant direct d'une des parties à la pratique, voire d'un contractant indirect, tel par exemple un consommateur qui aurait subi la répercussion partielle ou totale du préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle (hausse significative du prix du bien ou du service acquis par rapport à celui qui aurait été fixé par le libre jeu de la concurrence en absence de la pratique anticoncurrentielle)¹⁷⁹. Les tiers peuvent aussi être victimes

subi par l'Union à la suite d'une entente ou d'une pratique dont la contrariété à l'article 81 CE ou à l'article 101 TFUE a été constatée par une décision de cette institution ».

¹⁷⁶ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, publiée dans le *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, texte n° 29.

¹⁷⁷ Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, publiée dans le *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, texte n° 31.

¹⁷⁸ Les textes transposant la Directive 2014/104/UE ne définissent pas les faits dommageables donnant lieu à un préjudice que par une rémission aux articles du Code de commerce portant sur les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, aux termes de l'article L. 481-1 du Code « *toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

¹⁷⁹ Le Code français de la consommation prévoit deux voies procédurales distinctes pour obtenir réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs du fait d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, d'une part, l'article L. 622-1 du Code prévoit la possibilité des

de préjudices consécutivement à une pratique anticoncurrentielle. Tel serait le cas par exemple d'un tiers qui ayant contracté avec un concurrent n'ayant pas participé à la pratique anticoncurrentielle, aurait cependant subi les effets d'une fixation plus élevée du prix des produits ou des services acquis, par rapport au prix qui aurait été fixé dans des conditions normales du marché.

216.- À cette liste de victimes potentielles des pratiques anticoncurrentielles, doit être ajouté la partie à un accord anticoncurrentielle lorsque cette partie n'a pas joué un rôle significatif dans les conduites faussant la concurrence. Il s'agit en effet d'une hypothèse admise par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire *Courage*, jugé avant l'entrée en vigueur de la Directive 2014/104/UE. Dans cette affaire la Cour admet le droit d'une partie à un contrat susceptible de fausser ou de restreindre la concurrence, d'exercer une action en nullité du contrat illicite et en indemnisation du préjudice subi du fait dudit contrat, à l'encontre de l'autre partie, à condition que cette partie « *se [soit trouvée] dans une position d'infériorité caractérisée par rapport à l'autre partie, de sorte qu'auraient été sérieusement compromises, voire nulles sa liberté de négocier les clauses dudit contrat ainsi que sa capacité d'éviter le préjudice ou d'en limiter la portée, notamment en utilisant en temps utile toutes les voies de droit*

consommateurs ayant subi des préjudices individuels causés par le fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, d'agir conjointement en réparation devant toute juridiction à travers la représentation d'une association agréée et reconnue représentative sur le plan national. « *L'action en représentation conjointe en vue de la réparation d'un préjudice individuel (C. consom., art. L. 622-1) permet d'agir indépendamment de l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence* » : M. CHAGNY et J. BERLEMONT (dir.), *Le Lamy droit économique : concurrence, relations commerciales, distribution, consommation*, Lamy, mise à jour novembre 2020, n° 2090.

D'autre part, l'article L. 623-1, 2° du même Code prévoit expressément la possibilité de l'exercice d'une action de groupe tendant à l'indemnisation des préjudices patrimoniaux individuels subis par les consommateurs du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Cette action sera exercée par une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée, aux fins d'obtenir, devant les juridictions civiles, la réparation de tels préjudices. La limitation expresse de l'exercice de l'action de groupe à la réparation des préjudices individuels patrimoniaux contenue à l'article L. 623-1 du Code de la consommation, exclue la possibilité de toute demande en indemnisation des préjudices moraux subis par les consommateurs du fait d'une pratique anticoncurrentielle par la voie d'une action de groupe. En outre, contrairement à l'action en représentation conjointe, « *l'action de groupe en réparation de préjudices patrimoniaux individuels résultant d'un dommage matériel causé par une pratique anticoncurrentielle (C. consom., art. L 623-1) est nécessairement consécutive à la procédure devant l'autorité de concurrence. En effet, le juge ne peut se prononcer sur la responsabilité du professionnel que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre de celui-ci par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes (...)* » : M. CHAGNY et J. BERLEMONT (dir.), *Le Lamy droit économique*, op. cit., n° 2090.

qui étaient à sa disposition »¹⁸⁰. La responsabilité de la partie dans la distorsion de la concurrence n'ayant pas de ce fait pu être significative.

217. Quant à la nature des préjudices individuels pouvant être indemnisés consécutivement à une pratique anticoncurrentielle, l'article L. 481-3 du Code de commerce français dispose que le préjudice subi par le demandeur comprend notamment la perte subie, le gain manqué, la perte d'une chance et le préjudice « moral ». Ainsi, au titre de la perte subie, le texte signale deux situations : d'une part, celle concernant le surcoût résultant de la différence entre le prix du bien ou du service que la victime a effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction. Ceci sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût que la victime aurait ultérieurement opérée sur un contractant direct (phénomène connu sous l'expression anglaise « *passing on* »). C'est-à-dire que pour retenir la perte subie correspondant à un surcoût du bien ou du service acquis, il faudra que la victime l'ait vraiment supporté en définitive. La perte subie peut, d'autre part résulter selon le texte, de la minoration correspondant au prix plus bas que lui aurait été payé par l'auteur de l'infraction, cette dernière hypothèse se rapprochant plus, selon nous, d'une situation de gain manqué.

¹⁸⁰ Arrêt de la CJUE rendu le 20 septembre 2001, *Courage Ltd vs Bernard Crehan et Bernard Crehan vs Courage Ltd et autres*, cité plus haut : « *Il résulte des considérations qui précèdent que tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité, même lorsqu'il est partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition (...). Dans ces conditions, il ne peut être exclu a priori qu'une telle action soit introduite par une partie à un contrat qui serait jugé contraire aux règles de la concurrence (...). À cet égard, parmi les éléments d'appréciation susceptibles d'être pris en considération par la juridiction nationale compétente, il y a lieu de mentionner le contexte économique et juridique dans lequel les parties se trouvent ainsi que, comme le gouvernement du Royaume-Uni le relève à juste titre, le pouvoir de négociation et le comportement respectifs des deux parties au contrat. (...) En particulier, il appartient à ladite juridiction d'examiner si la partie qui prétend avoir subi un dommage, en raison de la conclusion d'un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, se trouvait dans une position d'infériorité caractérisée par rapport à l'autre partie, de sorte qu'auraient été sérieusement compromises, voire nulles sa liberté de négocier les clauses dudit contrat ainsi que sa capacité d'éviter le préjudice ou d'en limiter la portée, notamment en utilisant en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition* ». La Cour a ainsi pu décider qu'« *une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de l'article 85 du traité (devenu article 81 CE), peut invoquer la violation de cette disposition pour obtenir une protection juridictionnelle (« relief ») à l'encontre de l'autre partie contractante* » et que « *Le droit communautaire ne s'oppose pas à une règle de droit national qui refuse à une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence de se fonder sur ses propres actions illicites aux fins d'obtenir des dommages et intérêts, dès lors qu'il est établi que cette partie a une responsabilité significative dans la distorsion de la concurrence* ».

218.- En ce qui concerne le gain manqué, l'article L. 481-3 du Code de commerce dispose que celui-ci peut résulter soit de la diminution du volume de ventes liée à la répercussion totale ou partielle du surcoût que la victime aurait été amenée à opérer sur ses contractants directs (cas dans lequel serait écarté le recouvrement du surcoût du bien ou du service au titre de la perte subie)¹⁸¹, soit de la prolongation certaine et directe des effets de la minoration des prix qu'il a dû pratiquer.

219.- Cependant, la circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017¹⁸², indique que l'article L. 481-3 du code de commerce français comporte une liste non exhaustive des préjudices dont le titulaire de l'action en dommages et intérêts du fait d'une pratique anticoncurrentielle peut demander réparation. Aux termes de la circulaire *« la règle posée n'est pas une nomenclature impérative pour le juge mais constitue un guide utile aux victimes et aux juridictions afin d'identifier les préjudices les plus fréquemment causés par une pratique anticoncurrentielle »*¹⁸³.

220.- Ainsi, si l'un des principaux atouts de l'article L. 481-3 du Code de commerce français est d'identifier le surcoût en tant qu'un des postes du préjudice patrimonial subi par un agent du fait d'une pratique anticoncurrentielle (perte subie), d'autres types de préjudices peuvent, tel que l'indique la circulaire du 23 mars 2017, *« être invoqués et réparés en cas de reconnaissance par les juridictions d'un lien de causalité avec le fait générateur de responsabilité »*. La circulaire cite à titre d'exemple, les préjudices patrimoniaux suivants : *« au titre de la perte faite : les frais engagés pour se maintenir sur un marché et pour récupérer les parts de marché perdues, le coût de la mobilisation de la trésorerie pour faire face au surcoût, les frais de licenciement, les frais engagés*

¹⁸¹ La répercussion du surcoût du bien ou du service sur les contractants directs de la victime écarterait alors son recouvrement au titre de la perte subie tout en laissant place au recouvrement du gain manqué résultant de la diminution du volume de ventes consécutive au dit surcoût.

¹⁸² Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, NOR : JUSC1708788C, *BOMJ* 31 mars 2017.

¹⁸³ Circulaire du 23 mars 2017 précitée, Fiche n° 5.

en vain pour entrer sur un marché dont la victime est évincée, les frais engagés pour se déployer sur un autre marché »¹⁸⁴ ; au titre des gains manqués la circulaire cite les gains ratés « en raison de l'éviction d'un marché ».

221.- Par ailleurs, avant l'entrée en vigueur des textes transposant la Directive, les juges français indemnisaient déjà les préjudices économiques individuels consécutifs aux pratiques anticoncurrentielles et ce, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 2016, la Cour d'appel de Paris a pu condamner à la SNCF au paiement d'une forte somme d'argent à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice économique subi par une autre société française du fait d'une pratique anticoncurrentielle commise par la SNCF. Dans l'espèce, la Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF), opérateur historique bénéficiant d'un monopole légal sur le transport ferroviaire de voyageurs, a conclu un partenariat avec la société de droit américain Expedia Inc, l'un des leaders mondiaux de la vente de voyages en ligne (hors train) en vue de créer une filiale commune dénommée Agence Voyages-sncf.com (Agence VSC) et ayant pour objet d'offrir des services d'agences de voyage (billets d'avion, locations de voitures, nuits d'hôtel, séjours hôteliers) non ferroviaires, en ligne, le site www.voyages-sncf.com se transformant alors pour assurer, outre l'information sur les trains et la distribution des billets, une activité d'agence de voyages. Ainsi, à travers cet accord, les sociétés ont réalisé une mise en commun de fichiers clients tout en mettant la clientèle de la SNCF au profit exclusif de l'Agence VSC. Plusieurs sociétés françaises exploitant des services d'agences de voyage sur internet ont alors saisi l'Autorité française de la concurrence, des pratiques anticoncurrentielles parmi lesquelles celle d'entente verticale consistant en un accord de distribution exclusive accordant des avantages au groupe Expedia au détriment de ses concurrents. Après le déroulement de la procédure administrative, l'Autorité a conclu notamment que le partenariat entre la SNCF et la société Expedia créant l'Agence VSC constituait une entente anticoncurrentielle prohibée par l'article 101 du TFUE, ayant pour objet et pour effet de favoriser leur filiale commune sur le marché des services d'agence de voyage prestés pour les voyages de loisirs au détriment de ses concurrents. Cette décision fût confirmée par la cour d'appel de Paris saisie d'un

¹⁸⁴ Circulaire du 23 mars 2017 précitée, Fiche n° 5.

recours. La société Switch, une des sociétés françaises ayant saisi l’Autorité de la concurrence est, entre temps, rentrée en redressement judiciaire, puis tombée en liquidation. Elle a alors attiré la SNCF devant le tribunal de commerce de Paris aux fins d’obtenir réparation du préjudice qu’elle avait subi en raison de l’entente conclue. Le tribunal a accueilli la demande de Switch en condamnant la SNCF au paiement des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de sa faute. Un appel ayant été interjeté par la SNCF, la cour d’appel de Paris a confirmé le jugement du tribunal de commerce. Affirmant que « *la réparation du préjudice causé par une infraction à l’article 101 du TFUE consiste à placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l’infraction n’avait pas été commise* », la cour a, toute en appliquant la méthode contrefactuelle, retenu, d’une part, l’existence d’un préjudice économique immédiat consistant dans la « *perte directe et immédiate de volume d’affaires du fait de la pratique anticoncurrentielle (perte du client capté et donc non atteint par la société Switch)* » et, d’autre part, l’existence d’un préjudice économique différé consistant dans « *une perte certaine due à un effet différé (...) défini comme 'une baisse du volume d’affaires induite par l’absence de fidélisation de la clientèle directement détournée...une fidélisation due à la satisfaction du client mais également par les recommandations faites de 'bouche à oreille et sur internet'* »¹⁸⁵. La cour admet en outre l’actualisation du gain manqué au jour du jugement tout en confirmant le jugement du tribunal de commerce de Paris. La condamnation au paiement des dommages et intérêts à titre d’indemnisation du préjudice économique (gain manqué) a atteint ainsi la somme de 6,9 millions d’euros.

222.- Concernant le préjudice moral cette fois, consécutif à une pratique anticoncurrentielle, alors que l’article L. 481-3 du Code de commerce français se limite simplement à le mentionner, la circulaire cite à titre d’exemple le préjudice de notoriété. Cependant le recours à la notion de préjudice moral dans le domaine de la concurrence a fortement été discutée dans la doctrine française, notamment en ce qui concerne la capacité des personnes morales à endurer un préjudice d’une telle nature. Autrement dit, les personnes morales sont incapables d’endurer une souffrance physique ou émotionnelle, à l’instar des personnes physiques, à cause d’une atteinte à

¹⁸⁵ CA Paris, Pôle 5, chambre 4, arrêt du 14 décembre 2016, *Répertoire général* n° 13/08975.

leur image ou à leur réputation. Lorsqu'une personne morale ayant un but lucratif subit une atteinte à ses valeurs, tels par exemple, une atteinte à sa réputation ou à son image de marque, cette atteinte se traduit forcément dans une perte économique (perte de clientèle par exemple, diminution du volume d'affaires, frais engagés afin de rétablir son image devant les consommateurs et les partenaires économiques). Le recours à la notion de préjudice moral apparaît inapproprié¹⁸⁶ dans ce contexte dans lequel les valeurs couramment attachées à la vie d'affaires traduisent essentiellement une valeur économique. Tel est le cas par exemple, de l'image de marque, de la réputation et de la notoriété d'une entreprise sur le marché. L'on a ainsi pu expliquer que c'est dans le but de pallier tant la difficulté de caractériser le préjudice économique ou patrimonial subi du fait d'une atteinte à une valeur immatérielle d'une personne morale¹⁸⁷ que celle tenant à son évaluation que la jurisprudence, et maintenant la loi, ont recours à la notion de préjudice moral, notion qui serait utilisée par les juges, en raison de son caractère abstrait, pour masquer un objectif punitif, notamment dans les situations de fautes lucratives¹⁸⁸ ou, à tout le moins, pour augmenter la somme allouée à la victime au titre de dommages et intérêts. Les juridictions feraient ainsi remplir aux « préjudices moraux » des personnes morales une fonction de peine privée dans le domaine de la concurrence¹⁸⁹ et l'indemnisation correspondrait plutôt à une « *forme de leçon morale*

¹⁸⁶ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, thèse précitée, n° 150 s.

¹⁸⁷ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, thèse précitée, n° 150. Pour cet auteur, il s'agit spécifiquement d'un « *préjudice économique pur* », c'est-à-dire d'un préjudice qui résulte de la perturbation du processus concurrentiel du marché en générale, voire de la perturbation de l'activité économique de la victime.

¹⁸⁸ La réparation même du préjudice moral a toujours suscité de la controverse en droit français ; plusieurs auteurs ont ainsi contesté le fait d'accorder un prix aux larmes. Voir notamment sur ce sujet, L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, chron. 1 ; G. RIPERT, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chron. 1 ; P. ESMEIN, « La commercialisation de la douleur morale », *D.* 1954, chron. 113. Le caractère abstrait du préjudice moral rend en outre très difficile l'évaluation de ce préjudice et par là, l'application du principe de réparation intégrale. La certitude du préjudice moral se voit ainsi mise en question. A titre d'exemple, la souffrance physique et spirituelle de la victime, deux des principaux postes du préjudice moral, varie d'un individu à l'autre, et sa mesure devient particulièrement difficile. La détermination d'une somme d'argent à titre d'indemnisation tendant à « *procurer [à la victime] des satisfactions équivalentes [ou proches] à la valeur morale détruite* » résulte ainsi plus ou moins arbitraire. Voir H., L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. II, Vol. I, *Obligations*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 419, p. 423 s. Voir aussi B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, n° 117, p. 67 : « *L'argent permet de se procurer certaines joies, sources de distraction, d'intérêt et d'oubli* ».

¹⁸⁹ M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, thèse précitée, n° 151.

dispensée au contrevenant »¹⁹⁰. Nous approfondirons sur cette question dans la deuxième partie de notre étude, toute comme nous le ferons à propos de l'évaluation de la perte subie, du gain manqué et de la perte de chance.

II. La réparation des préjudices patrimoniaux individuels subis par les opérateurs du fait des pratiques anticoncurrentielles en droit colombien.

223.- Le droit positif colombien ne prévoit pas de régime spécifique aux actions en indemnisation des préjudices individuels engendrés par les pratiques anticoncurrentielles. Cependant, cette situation ne fait pas obstacle à ce que ces types de préjudices puissent être indemnisés par le biais du droit commun colombien de la responsabilité civile délictuelle et à l'appui de certains textes (très rares) issus des lois en matière de concurrence¹⁹¹. Bien sûr, les développements européens et nord-américains en matière du « *private enforcement* » (ou sanction civile des pratiques anticoncurrentielles) commencent à trouver un écho dans un secteur de la doctrine colombienne qui se montre en faveur de l'introduction de dispositions spéciales, à l'instar du droit européen. Certaines particularités des textes français récents sur la matière, c'est-à-dire de ceux issus de l'ordonnance n° 303 du 9 mars 2017, peuvent en effet être relevées. L'établissement d'une présomption réfragable de préjudice individuel engendré par une entente (article L. 481-7 du Code de commerce) constitue en notre critère une des principales spécificités de l'action française en réparation des préjudices individuels issus des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, le texte est imprécis car il ne définit pas les victimes ou agents économiques en faveur de qui cette présomption est établie. En outre, les articles L. 483-1 et suivants du Code de commerce

¹⁹⁰ V. WESTER – OUISE, « Préjudice moral des personnes morales : quand la 'perversion de la cité commence par la fraude des mots' », *JCP E*, 2012, p. 1012.

¹⁹¹ « En plus de léser l'ordre public économique dans sa catégorie de libre concurrence, les pratiques commerciales restrictives causent des préjudices à des personnes physiques ou morales dans plusieurs cas » [Traduction faite par nos soins], A. MIRANDA LONDONO, « La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas comerciales restrictivas de la competencia », *Revista de derecho de la competencia*, vol. 7, n° 7, Bogota, 2007.

français posent des règles très précises en matière de communication et de production de pièces dans le cadre des actions en responsabilité civile de suivi. En fin, la liste non exhaustive des différents postes de préjudices individuels pouvant être subis à la suite d'une pratique anticoncurrentielle contenu dans l'article L. 481-3 du Code de commerce français, constitue une guide utile pour les juges colombiens saisis d'une action en responsabilité civile. Notamment, la prise en compte par le texte du surcout des biens et des services ainsi que de son transfert dans la chaîne de distribution pour l'évaluation de la perte subie, constitue un apport important du texte français aux juges colombiens dans leur tâche d'évaluation du préjudice économique individuel engendré par une pratique anticoncurrentielle.

224.- Ce nouveau scénario qui s'offre à l'action en responsabilité civile délictuelle est pratiquement inconnu dans notre système juridique. Aucune action en réparation des préjudices individuels subis du fait d'une pratique anticoncurrentielle devant les juridictions ordinaires colombiennes n'ayant pas été repérée.

225.- Ainsi, à l'instar de la situation existante dans le système juridique français il y a presque une décennie, et tel qu'elle a pu être décrite par le professeur Decocq¹⁹², le « *public enforcement* » en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, « *a tellement prospéré qu'il occulte maintenant la possibilité de demander des sanctions civiles à l'encontre d'une pratique anticoncurrentielle* »¹⁹³.

226.- Cependant, l'on peut relever un texte appartenant à la loi 155 de 1959 « *par laquelle sont édictées certaines dispositions en matière de pratiques commerciales restrictives* »¹⁹⁴ (équivalentes des pratiques anticoncurrentielles en droit français), qui pose expressément à notre avis le principe de réparation des préjudices individuels engendrés par les pratiques anticoncurrentielles et les actes de concurrence déloyale en

¹⁹² Georges DECOCQ, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in *Leçons du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 197 à 233.

¹⁹³ Georges DECOCQ, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in *Leçons du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 200, n° 3.

¹⁹⁴ Loi 155 du 24 décembre 1959 : *Diario oficial*, año XCVI, n° 30138, 22 enero 1960, p. 2.

droit colombien. Ce texte, qui est passé quasiment inaperçu depuis son entrée en vigueur et jusqu'à nos jours, est contenu dans le *paragraphe* (dernier alinéa) de l'article 11 de la loi, aux termes duquel « *tous les préjudices causés à des tiers par le fait des pratiques, procédures ou systèmes interdits par cette loi, ainsi que par les actes de concurrence déloyale, donnent action en préjudice à travers la voie ordinaire* » [Traduction faite par nos soins]¹⁹⁵. Le texte est clair. D'une part, il reconnaît le droit à la réparation des préjudices individuels ou personnels subis par les tiers sur leurs patrimoines particuliers du fait d'une pratique ou d'une conduite interdite par la loi 155 de 1959 (A). D'autre part, la réparation de ce genre de préjudices peut être obtenu par « *la voie ordinaire* » (B).

A. Le droit à réparation des préjudices individuels subis du fait d'une des pratiques anticoncurrentielles interdites par la loi 155 de 1959

227.- Le droit colombien de la concurrence regroupe sous l'expression « *pratiques restrictives de la concurrence* » tous les comportements susceptibles de perturber le processus concurrentiel et de porter atteinte à l'intérêt général de la libre concurrence¹⁹⁶. En effet, la loi 155 de 1959 « *par laquelle sont édictées certaines*

¹⁹⁵ Article 11, PARÁGRAFO. «Todos los perjuicios que se causen a terceros por las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por esta Ley o por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicio por la vía ordinaria». [Traduction faite par nos soins].

¹⁹⁶ Le terme « *conduites restrictives de la concurrence* » est en outre employé dans la décision 608 de la *Comunidad Andina de Naciones* (CAN) du 29 mars 2005 portant sur la protection et promotion de la libre concurrence dans la communauté, pour se référer aux ententes et aux abus de position dominante sur le marché des pays membres, comportements qui sont interdits dans les articles 7 et 8 de la décision. Si ces comportements ouvrent droit à une enquête aux buts sanctionneurs devant le Secrétariat Général de la Communauté (articles 10 à 35 de la décision 608), aucune disposition en matière de réparation des préjudices subis du fait de telles conduites n'a cependant pas été prévue par la décision.

Il est important de préciser que la Communauté Andine des Nations est un organisme international qui trouve son origine dans l'Accord de Cartagena célébré le 26 mai 1969 et dont l'objectif a été de mettre en marche un procès d'intégration régional connu à l'époque sous le nom de Pacte Andine. La CAN a pour principal objectif le développement intégral, équilibré et autonome des pays membres tout en cherchant l'intégration des pays sudaméricains.

dispositions en matière de pratiques commerciales restrictives de la concurrence », pose à l'article 1^{er} une interdiction générale des pratiques anticoncurrentielles dans les termes qui suivent : « *sont interdits les accords ou conventions qui directement ou indirectement ont pour objet de limiter la production, la fourniture, la distribution ou la consommation de matières premières, produits, marchandises ou services nationaux ou étrangers et, de manière générale, toute sorte de pratiques, procédures ou systèmes tendant à limiter la libre concurrence et à maintenir ou à déterminer des prix inéquitables en préjudice des consommateurs et des producteurs des matières premières* » [Traduction faite par nous]¹⁹⁷.

228.- Le législateur de 1959 a interdit de manière expresse les comportements constitutifs de concurrence déloyale (articles 7 à 11), il a en outre soumis à la vigilance de l'État les entreprises ayant la capacité d'influencer sur la détermination des prix des biens et des services sur le marché (article 2). De même, le texte a prévu le contrôle des intégrations économiques des entreprises (article 3) et introduit le pouvoir d'enquête du Gouvernement en cas de violation, par les entreprises, des dispositions prévues par la loi (articles 12 à 18). Les termes « ententes » et « abus de position dominante » n'étant pas connus à l'époque, ils ont été introduits par des textes plus récents. L'on peut cependant se réjouir du caractère visionnaire de l'interdiction générale de l'article 1^{er} de la loi 155, interdiction qui a été réitérée à plusieurs reprises par des textes postérieurs. C'est ainsi que le décret 2153 de 1992¹⁹⁸ a, à l'article 45, apporté une précision sur la définition des termes « accord », « acte », « conduite », « contrôle », « position dominante » et « produit », avant de définir avec précision les « *accords contraires à la libre concurrence* » (article 47 qui concerne les « ententes »),

Le texte complet en espagnol de la décision 608 du 29 mars 2005 peut être consulté dans les liens suivants : <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07> et <http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/DEC608s.asp>.

¹⁹⁷Le texte en espagnol peut être consulté dans le lien <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1652186>.

¹⁹⁸ Décret 2153 du 30 décembre 1992, Diario Oficial n° 40.704 du 31 décembre 1992, « à travers lequel s'opère une restructure de la Superintendencia de industria y comercio et sont édictées d'autres dispositions ». Le texte complet de ce décret peut être consulté en espagnol dans le lien http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html.

les « *actes contraires à la libre concurrence* » (article 48)¹⁹⁹ et les comportements constitutifs d'un « *abus de position dominante* » (article 50). Toutes ces interdictions rentrent dans l'interdiction générale de l'article 1^{er} de la loi 155 de 1959.

229.- En effet, l'article 46 du décret 2153 rappelle l'interdiction générale posée par la loi 155 en ajoutant en outre la sanction civile de la nullité, par objet illicite, des actes contraires à la libre concurrence dans le marché²⁰⁰. Nullité des actes juridiques et réparation des préjudices individuels constituent donc, à l'instar du droit français et communautaire de la concurrence, deux sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles²⁰¹. L'interdiction générale de l'article 1^{er} de la loi 155 a été complétée plus récemment par un alinéa deuxième, introduit par l'article 2^e de la loi 1340 du 2009 aux termes duquel « *les dispositions en matière de protection de la concurrence englobent les pratiques commerciales restrictives de la concurrence c'est-à-dire les accords, actes et abus de position dominante, et le régime d'intégration des entreprises (...)* »²⁰².

¹⁹⁹ L'article 48 du décret 2153 mentionne trois types d'actes contraires à la libre concurrence :

« La violation des normes en matière de publicité contenues dans le régime de protection au consommateur ».

Le fait d'« influencer une entreprise à fin que celle-ci augmente les prix de leurs produits et services ou que désiste de son intention de réduire les prix ».

« Le refus de vente ou de prestation de services à une entreprise ou la discrimination d'une entreprise lorsque ceci peut être entendu comme une mesure en réponse à sa politique de prix ». [Traduction faite par nos soins].

²⁰⁰ Article 46 du décret 2153 du 1992. « Prohibition. Dans les termes de la loi 155 de 1959 et du présent décret, sont prohibées les conduites qui lèsent la libre concurrence dans les marchés, lesquelles, dans les termes du Code civil, sont considérées avoir un objet illicite ». [Traduction faite par nos soins].

²⁰¹ Et, tel que nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, la cessation du comportement illicite ordonnée par le juge colombien saisi d'une action en concurrence déloyale, constitue à elle seule, en droit colombien, le troisième type de sanction civile des comportements contraires à la libre concurrence.

²⁰² Loi 1340 du 21 juillet 2009, *Diario oficial* n° 47.420 du 24 juillet 2009.

L'article 2^e de la loi dispose en outre que « les dispositions en matière de protection de la concurrence seront appliquées à toute personne développant une activité économique ou lésant ou susceptible de léser le développement de celle-ci. Ceci en indépendance de la forme ou de la nature juridique de la personne ». Les dispositions seront appliquées aux « conduites ayant ou pouvant avoir des effets totalement ou partiellement sur les marchés nationaux, sans égard à l'activité ou secteur économique ». [Traduction faite par nos soins].

230.- Ainsi, en dehors des actes constitutifs de concurrence déloyale (lesquels ont été définis par la loi 256 de 1996), les accords (ententes), les actes contraires à la libre concurrence (articles 47 et 48 du décret 2153 du 1992) et les abus de position dominante (article 50 du décret 2153) constituent des faits dommageables ouvrant droit, aux termes du *paragraphe* de l'article 11 de la loi 155 de 1959, à la réparation des préjudices individuels engendrés sur des patrimoines particuliers.

231.- Ces textes, articulés avec ceux du Code civil colombien concernant l'action en responsabilité civile délictuelle, permettent de fonder une action en dommages et intérêts à la suite d'une pratique anticoncurrentielle. Cette position est partagée par certains auteurs colombiens²⁰³. Cependant, l'application des textes du droit commun de la responsabilité civile délictuelle à la matière des pratiques anticoncurrentielles devra faire face à plusieurs défis parmi lesquels, celui concernant la caractérisation même du fait dommageable.

232.- À ce propos, l'on a pu soutenir en doctrine colombienne que la responsabilité civile du fait de la violation des textes en matière de concurrence ne concernera que les comportements sanctionnés ayant réellement répercuté de manière négative sur le marché, c'est-à-dire, ceux ayant eu un effet réel nocif sur le fonctionnement concurrentiel du marché²⁰⁴. Cela étant, si la conduite n'a pas produit d'atteinte avérée à la concurrence, elle ne pourra non plus, d'elle-même, engendrer une lésion à un patrimoine privé quelconque. Bien qu'objet de sanctions administratives, ce genre de

Le texte intégral en espagnol de cette loi peut être consulté dans le lien <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201340%20de%2021%20de%20julio%20de%202009.pdf>.

²⁰³ Voir par exemple, Carolina SALAZAR HOLGUIN pour qui « le principe de la responsabilité civile (...) a pleine application face à celui qui cause un préjudice comme conséquence d'un comportement contraire aux dispositions en matière de libre concurrence. En effet, ce principe résulte applicable aux dommages que nous dénommons particuliers et qui sont dérivés des pratiques commerciales restrictives, mais ayant comme particularité que le dommage provient de la violation d'une norme destinée, pour une part, à protéger l'intérêt général (...)» [Traduction faite par nous], « Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia », Revista digital de derecho administrativo, Éditions Universidad Externado de Colombia, n° 10, Bogota, juillet-décembre 2013, p. 151 et 152.

²⁰⁴ C. SALAZAR HOLGUIN, article précité.

conduites n'ont pas le pouvoir de léser un intérêt économique individuel d'un agent. Tel serait le cas des accords anticoncurrentiels interdits par l'article 47 du décret 2153 du 1992 en vertu de leur seul effet nocif potentiel sur le marché. En effet, ce texte contient une liste non exhaustive des accords considérés contraires à la libre concurrence. Le texte mentionne dix types d'accords et chaque type d'accord est sanctionné soit à cause de son effet réel nocif sur le marché, soit simplement à cause de son objectif ou de sa finalité de produire un effet anticoncurrentiel sur le marché. À titre d'exemple, l'alinéa 3 de l'article 47 interdit les accords ayant pour *objet* ou bien ayant pour *effet*, la répartition d'un marché entre producteurs ou distributeurs. Ainsi par exemple, si les trois plus grands distributeurs colombiens de produits alimentaires en grande surface célèbrent un accord dans lequel ils attribuent à chacun une partie du territoire colombien pour distribuer de produits alimentaires, ou bien s'ils accordent s'attribuer exclusivement à chacun la distribution de certains produits alimentaires, et que cet accord ne réussit jamais à être exécuté grâce à l'intervention rapide de l'Autorité de la concurrence, cet accord, bien qu'interdit et sanctionné n'aura pas engendré des préjudices patrimoniaux individuels. Les parties à l'accord seraient sanctionnées pécuniairement par l'Autorité de la concurrence en vertu de la potentialité de l'accord de causer un dommage sur le fonctionnement concurrentiel de l'économie.

234.- Concernant cette fois la nature des préjudices individuels engendrés par une pratique anticoncurrentielle pouvant être indemnisés par le biais d'une action en responsabilité civile en droit colombien, le dernier alinéa de l'article 11 de la loi 155 de 1959²⁰⁵ n'exclut aucun type de préjudice individuel subi par les tiers du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Ainsi, il est permis de songer, à l'instar du droit communautaire européen et du droit français, à la réparation des pertes subies, du gain manqué, de la perte d'une chance, (notamment la perte de chance d'accéder à un marché ou de continuer dans celui-ci), ainsi qu'à la réparation de la perte de valeur d'une marque. Nous rappelons ici les remarques faites par nous plus haut à propos de l'indemnisation du préjudice moral des personnes morales²⁰⁶.

²⁰⁵ Précitée.

²⁰⁶ Voir plus haut, n° 222 et suivants.

B. Aspects procéduraux d'un éventuel exercice de l'action en réparation des préjudices individuels causés par une pratique anticoncurrentielle

235.- Le projet de loi n° 38 de 2015 portant réforme au régime de protection de la concurrence²⁰⁷, présenté le 4 août 2015 devant le Sénat colombien par le Ministère du commerce, de l'industrie et du tourisme, envisageait d'attribuer à la Superintendencia de l'industrie et du commerce des fonctions juridictionnelles pour connaître des actions en réparation des préjudices individuels engendrés par les pratiques anticoncurrentielles, tout en préservant les fonctions juridictionnelles actuellement attribuées à la Superintendencia pour connaître des actions en concurrence déloyale ainsi que des actions en indemnisation des préjudices subis par les consommateurs du fait des produits défectueux. L'article 12 du projet disposait ainsi que « *les autorités administratives [mentionnés dans le texte] exerceront des fonctions juridictionnelles dans les termes qui suivent : 1. La Superintendencia de l'industrie et du commerce les exercera dans les procès portant sur : (...) c. L'indemnisation de préjudices dans les actions individuelles ou de groupe dérivées de la violation des textes en matière de pratiques restrictives de la concurrence* » (Traduction faite par nous)²⁰⁸. Cependant le projet fût retiré du Sénat le 7 avril 2016 par le Ministère du commerce sans qu'aucun nouveau projet de loi portant sur cette même matière n'ait à nouveau été présenté devant le Parlement. Quel serait alors le juge compétent pour connaître aujourd'hui d'une action en réparation des préjudices individuels subis du fait d'une pratique anticoncurrentielle ?

²⁰⁷ Proyecto de ley 38 de 2015, por medio del cual se introducen modificaciones al régimen de protección de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de industria y comercio y se dictan otras disposiciones, *Gaceta del Congreso*, 587, 6 de agosto de 2015. Le texte du projet de loi peut être consulté dans le lien suivant : <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2015-2016/467>.

Voir sur ce sujet, A. MIRANDA LONDONO, «Análisis del proyecto de Ley 038 de 2015», *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, agosto de 2015, Colombia, consultable sur : https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anac49blisis_pl_038_2015_final_cedec_anexos.pdf.

²⁰⁸ Artículo 12. “Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales de acuerdo a las siguientes reglas : 1. La Superintendencia de industria y comercio en los procesos que versen sobre : (...) c. La indemnización de perjuicios en acciones individuales o de grupo derivados de la violación de normas sobre prácticas restrictivas de la competencia”.

236.- Suivant les règles de procédure contenues dans le Code Général du Procès, ce type d'action devrait être portée devant la juridiction judiciaire civile²⁰⁹. Il est important de préciser qu'en droit colombien les juges civils connaissent aussi des matières commerciales.

237.- Suivant les règles de procédure en matière d'attribution de compétence territoriale, le juge civil compétent pour connaître de ces actions sera, au choix du demandeur, soit celui du lieu du domicile du défendeur, soit celui du lieu où la pratique anticoncurrentielle a eu lieu. Il s'agit en effet de deux options offertes à l'élection du demandeur par l'article 28, n° 1 et 6, du Code Général du Procès²¹⁰, et qui est connue en droit colombien de la procédure civile sous l'expression « *fueros concurrentes de competencia por elección* »²¹¹.

238.- Si le défendeur est une personne morale, l'article 28 alinéa 5 oblige le défendeur à aller devant le juge du lieu où la personne morale a fixé son domicile principal, sauf si l'action est dirigée exclusivement à l'encontre d'une agence ou une filiale, cas dans lequel le juge civil compétent pour connaître de l'action sera celui du domicile de la filiale ou de l'agence demandée. Seront ici alors pertinents tous les développements en

²⁰⁹ Article 15 du Code Général du procès : « Clause générale ou résiduelle de compétence. La juridiction ordinaire connaîtra de tout litige qui n'ait pas été attribué de manière expresse par loi à une autre juridiction.

La juridiction ordinaire, dans sa spécialité au civil, connaîtra de tout litige qui n'ait pas été attribué de manière expresse par la loi à une autre spécialité de la juridiction ordinaire ». [Traduction faite par nos soins].

²¹⁰ Article 28 du Code Général du Procès. « Compétence territoriale. La compétence territoriale suit les règles suivantes :

Dans les procès contradictoires [contenciosos] et sauf un texte disposant autrement, sera compétent le juge du domicile du défendeur. Si le défendeur avait plusieurs domiciles ou s'il s'agit d'une action dirigée à l'encontre de plusieurs défendeurs, le demandeur pourrait choisir parmi ces divers domiciles (...). Dans les procès ayant pour origine la responsabilité extracontractuelle sera aussi compétent le juge du lieu où le fait a eu lieu ». [Traduction faite par nos soins].

²¹¹ H. MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil. Parte general*, 6^e éd., Éditions ABC, Bogota, 1973, p. 36. Il est important de préciser qu'une fois la demande présentée devant le juge choisi, il n'est pas possible pour le demandeur de changer d'option : H. F. LOPEZ BLANCO, *Código General del Proceso. Parte general*, 2^e éd., t. 1, Éditions Dupré, Bogota, 2019, p. 245 et 252.

matière d'autonomie de la filiale par rapport à la société mère au moment de la réalisation de la pratique anticoncurrentielle, en tant que critère permettant d'attribuer responsabilité.

239.- En ce qui concerne la référence faite par l'article 28, n° 5, du Code Général du Procès, à l'endroit où le « fait » a eu lieu, il semble que l'on doive retenir le lieu où le fait, source du préjudice individuel dont on prétend réparation, c'est-à-dire le lieu où le fait dommageable a été réalisé. En excluant ainsi le lieu où les préjudices individuels ont pu être éprouvés postérieurement par la victime. La question suscite de l'intérêt dans les hypothèses où le fait dommageable et le préjudice individuel subi par la victime ont eu lieu à des espaces géographiques différents. La plupart de la doctrine colombienne se limite en effet à illustrer l'application de ce texte à travers l'hypothèse des accidents de la circulation, cas dans lequel le fait dommageable et les dommages matériels (sur des biens) et corporels coïncident quant au moment de leur survenance²¹². Des doutes surviendraient cependant dans l'hypothèse d'une pratique anticoncurrentielle ayant eu des *effets* sur l'ensemble du territoire du pays ou sur une partie de celui comprenant la compétence territoriale de plusieurs juges civiles : doit la victime dans ce cas, aller devant le juge du lieu où la pratique a été réalisée (par exemple entente) ou peut-elle choisir d'aller devant le juge où la pratique a déployé ses effets ? Nous estimons qu'étant donné la nature même de certaines pratiques anticoncurrentielles dont la caractérisation comporte en elle-même l'existence d'un dommage à l'économie, le lieu de la réalisation des faits sera déterminé, dans ces cas, en fonction du marché touché ou lésé par la pratique anticoncurrentielle.

240.- Enfin, s'agissant du type de procédure à travers laquelle ce type d'actions devra être tranché, il s'agira, suivant les termes de l'article 368 du Code Général du Procès, de la procédure verbale²¹³.

²¹² Voir, par exemple, H. F. LOPEZ BLANCO, ouvrage précitée, p. 252.

²¹³ Article 368 du Code Général du Procès : « Matières soumises à la procédure verbale. Tout litige auquel la loi n'aurait pas attribué une procédure spéciale devra être tranché à travers la procédure verbale » [Traduction faite par nos soins].

241.- Il est en outre envisageable l'exercice collectif de plusieurs actions en réparation de préjudices individuels subis par divers opérateurs du fait d'une même pratique anticoncurrentielle à travers l'action de groupe. Le régime des actions de groupe a été prévue par les articles 46 et suivants de la loi 472 de 1996²¹⁴. En effet, la seule condition qui s'impose aux victimes agissant à travers cette action est de « *réunir des conditions uniformes par rapport à la même cause ayant entraîné les divers préjudices individuels* » réclamés²¹⁵.

242.- La réparation des préjudices individuels engendrés par les pratiques anticoncurrentielles a pu être considérée par les praticiens colombiens comme un mécanisme efficace de dissuasion des potentiels infracteurs du droit de la concurrence²¹⁶. Suivant cette opinion, le *private enforcement* serait efficace dans ce but dissuasif car il permettrait, d'une part, de transmettre la charge probatoire de la faute du responsable à la victime, ce qui permettrait en outre un soulagement du travail de l'Autorité de concurrence, souvent à bout de souffle dans l'accomplissement de ses fonctions. D'autre part, le « *private enforcement* », ou les actions en dommages et intérêts devant les juridictions judiciaires, seraient efficaces dans ce but dissuasif grâce au montant des indemnisations allouées qui pourrait être très significatif²¹⁷. Nous estimons cependant que ce transfert de la charge de la preuve du fait dommageable de

²¹⁴ Loi 472 du 5 août 1998, *Diario oficial* 43.357 du 6 août 1998. Le texte intégral de cette loi en espagnol peut être consulté dans le lien suivant : http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html.

²¹⁵ Voir à ce sujet, P. ANGEL et L. ESTRADA, « La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo : una lección aún por aprender », *Revista de derecho privado*, Éditions Universidad de los Andes, n° 45, Bogota, enero-junio de 2011, p. 1-27.

²¹⁶ « La réparation des préjudices [individuels] est un mécanisme qui doit être stimulé et fortifié à travers les politiques publiques »[Traduction faite par nos soins] : J. M. DE LA CALLE, « La reparación de daños en competencia », *Asuntos Legales*, Bogota, 8 de abril de 2019.

²¹⁷ « El “private enforcement” es una alternativa eficaz para disuadir a potenciales cartelistas que puede incluso tener ventajas sobre el mecanismo tradicional de imposición de sanciones. Por un lado, pone la carga probatoria sobre los hombros del demandante privado, lo que alivia el trabajo de las autoridades de competencia. En segundo lugar, permite que los pagos que realiza el infractor, una vez probada la conducta, se destinen directamente a la reparación del daño en cabeza de la víctima, lo que resulta más eficiente y más justo que el recaudo de una multa que termina diluida dentro del mar del erario público. A su turno, a diferencia de la multa, la condena de perjuicios no tiene un límite en su cuantía, pues tiene la vocación de reparar integralmente el daño causado, por lo que tiene una mejor capacidad de disuadir a los posibles infractores » : J. M. DE LA CALLE, « La reparación de daños en competencia », op. cit.

l'Autorité de la concurrence à la victime n'est pas toujours aussi souhaitable. En effet, les difficultés probatoires auxquelles doivent faire face les victimes engageant une action en réparation des préjudices sans qu'aucune décision sur la constatation de la pratique n'ait été prononcée au préalable par l'Autorité de la concurrence (actions *stand alone*) ne sont pas négligeables. Le haut degré de technicité de la matière (par exemple en ce qui concerne des domaines tels la délimitation du marché concerné, le degré d'affectation du marché en cause, la détermination du dommage à l'économie causé par la pratique, entre autres), outre que les difficultés probatoires quant à la démonstration de l'objectif poursuivi ou des effets des agissements frauduleux et ou malicieux des agents économiques concernés, constituent une entrave réelle au succès des actions en dommage et intérêts *stand alone*. En effet, en empruntant les mots du professeur Decocq, « *la caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle suppose une analyse économique factuelle très complexe, les éléments de preuve sont souvent entre les mains du défendeur et le rapport entre le coût de l'action et les dommages intérêts collectés est souvent défavorable à la victime* »²¹⁸. Ceci risque de rendre ce type d'actions tout simplement infructueuses. Cependant, si ce genre d'actions ne doit tout fois pas être écarté, le prononcé préalable d'une décision de l'Autorité de la concurrence sur la réalité de la pratique anticoncurrentielle permet d'accroître considérablement les probabilités de succès des actions de suivi.

243.- Mais l'atteinte à l'activité économique d'un agent peut aussi avoir pour source un acte constitutif de concurrence déloyale. Dans ce domaine, des dispositifs de réparation des préjudices subis individuellement par les opérateurs sont aussi prévus en France et en Colombie.

Paragraphe 2. Le principe de la réparation du préjudice économique individuel subi par un agent du fait d'un acte de concurrence déloyale

244.- L'activité économique développée par un opérateur peut être atteinte par le fait d'un acte de concurrence déloyale. Ainsi, une lésion effective de ses intérêts

²¹⁸ Georges Decocq, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in *Leçons du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, n° 3, p. 204.

économiques individuels peut avoir lieu. La réparation du préjudice économique individuel résultant pour un opérateur à la suite d'un comportement constitutif de concurrence déloyale est admise, tant en droit français **(I)** qu'en droit colombien **(II)**. Les dispositifs de réparation prévus dans les deux pays permettent en outre à la responsabilité civile de jouer un rôle de prévention et de sanction des comportements concurrentiels qui lèsent l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence.

I. Le principe de la réparation des préjudices individuels causés par la concurrence déloyale en droit français

245.- Le principe de la réparation des préjudices causés à un opérateur par un acte de concurrence déloyale a été consacré en France par voie jurisprudentielle. En effet, en absence d'un code ou d'une loi générale sur la concurrence déloyale²¹⁹, les juges français se sont fondés sur les articles 1240 et 1241 du Code civil pour sanctionner les actes déloyaux en tant que délits civils²²⁰. Le droit français de la concurrence déloyale a donc une source essentiellement jurisprudentielle. L'action en concurrence déloyale s'est donc développée en droit français comme étant une action en responsabilité civile pour faute. La Cour de cassation française a en effet pu affirmer que l'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (nouveaux articles 1240 et 1241), tout en rappelant que ces textes « *impliquent non seulement l'existence d'une faute commise par le défendeur mais aussi celle d'un préjudice souffert par le demandeur* »²²¹.

²¹⁹ L'article 1^{er} de la loi du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, prévoit que les activités commerciales et artisanales « *s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale* ». Il existe en outre plusieurs textes qui interdisent divers comportements commerciaux, tels par exemple la revente à perte (article L 442-2 du Code de commerce) ou encore les textes en matière de publicité comparative (articles L 122-1 et suivants du Code de la consommation). Cependant aucune loi générale sur la concurrence déloyale n'existe pas en droit français.

²²⁰ J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 621.

²²¹ Com. 19 mai 1976, *JCP* 1976, II, 18507, note R.D.M.

246.- Une discussion importante a eu lieu dans la doctrine française qui opposait la *concurrence déloyale* à la *concurrence illicite*. La première serait constituée par les comportements sanctionnés par les juges sur la base de la responsabilité civile pour faute et aurait pour but la sanction des comportements contraires à l'éthique commerciale dans le monde des affaires. Selon cette conception étroite de la concurrence déloyale celle-ci aurait pour objectif celui de protéger les intérêts individuels des concurrents. Pour sa part, la concurrence illicite serait constituée par tous les comportements concurrentiels interdits expressément par les textes, tels par exemple, les « *pratiques restrictives de la concurrence* » régies par les articles L. 442-1 à L. 442-10 du Code de commerce. La concurrence illicite aurait ainsi pour objectif celui de protéger tant les concurrents, que les consommateurs et, d'une manière générale, tous les intervenants dans le marché, autrement dit, elle tenterait de protéger le fonctionnement adéquat de la libre concurrence sur le marché²²². Certains auteurs indiquent ainsi que le chevauchement entre la concurrence déloyale et la concurrence illicite est irréfutable. Cette discussion sur la différence de nature de la concurrence déloyale et de la concurrence illicite a récemment été tranchée par l'ordonnance du 24 avril 2019²²³ qui a modifié l'intitulé du chapitre II du titre IV du livre IV du Code. Ainsi, les *pratiques restrictives de concurrence* ou pratiques concurrentielles interdites ont été regroupées dans une section 1 du chapitre II intitulé « *Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises* ». Ainsi, les pratiques restrictives de concurrence sont donc désormais, à côté « *d'autres pratiques prohibées* » (regroupées dans une section 2 du même chapitre), expressément considérées en droit positif français comme des comportements contraires au principe de loyauté qui régit les rapports d'affaires entre professionnels²²⁴.

²²² Voir par exemple, F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 357 qui admettent que le corps de règles réunies sous la bannière de « pratiques commerciales restrictives » n'est pas totalement étrangère à l'objectif de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence.

²²³ Publiée dans le *JORF* n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 16, NOR : ECOC1906507R.

²²⁴ L'ordonnance du 24 avril 2019 a en outre regroupé les multiples conduites sanctionnées à l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce français en trois grandes catégories de comportements, décrites maintenant dans l'article L. 442-1. Ces trois catégories sont aptes à englober tous les comportements spécifiquement sanctionnés dans l'ancien texte. Sont ainsi sanctionnées la tentative et l'obtention effective de l'autre partie d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ; la tentative de soumission et la soumission effective de l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits

246.1.- Le droit français de la concurrence déloyale sanctionne désormais des comportements en matière des rapports d'affaires et dont l'interdiction cherche, outre qu'à protéger les intérêts économiques individuels des opérateurs, à protéger le fonctionnement concurrentiel du marché. Cet objectif de protection du fonctionnement concurrentiel du marché à travers l'interdiction des « pratiques restrictives de la concurrence », avait d'ailleurs été affirmé dans un arrêt rendu en 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation française aux termes duquel l'action ouverte au ministre chargé de l'économie, en application de l'ancien article L. 442-6 III du code de commerce, tendant « à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs »²²⁵.

246.2.- L'actuel article L. 442-4 du Code de commerce prévoit l'action en responsabilité civile tenant à la cessation des « pratiques restrictives de la concurrence » ainsi qu'à la réparation du préjudice individuelle subi par l'opérateur du fait de la pratique, outre que l'action en nullité des clauses ou contrats illicites et en restitution des avantages indus. L'action en cessation des pratiques interdites pouvant être engagée par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public. Ils peuvent aussi engager l'action en nullité et en restitution de l'avantage indu dès lors que les victimes de la pratique sanctionnée aient été informées de l'action introduite. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile.

et obligations des parties ; et la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. Trois comportements ponctuels sont en outre interdits dans des textes différentes. Il s'agit de la participation directe et indirecte à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive (article L. 442-3) ; de l'obtention de l'application rétroactive de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale (article L. 442-3, a) ; et de l'obtention de l'application automatique des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (article L. 442-3, b). Dans ces deux derniers cas, le texte dispose la nullité des clauses ou des contrats prévoyant ce genre de bénéfices.

²²⁵ Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16761 : *Bull. civ.*, n° 143.

246.3.- Cela étant, le droit français de la concurrence déloyale prévoit l'exercice d'actions civiles (action en responsabilité civile et action en nullité) tendant, autre qu'à la protection des intérêts économiques individuelles des opérateurs dont l'activité se trouve lésée par le fait d'un comportement concurrentiel incorrect, à la protection de l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence sur le marché, ce qui lui permet d'appréhender, ne serait-ce que de manière préventive, le dommage porté à l'économie générale ou à un secteur de celle-ci.

247.- En dehors de la sanction des « *pratiques déloyales entre entreprises* » interdites expressément aux articles L. 442-1 à L. 442-11 du Code de commerce, le droit français de la concurrence déloyale sanctionne d'autres comportements concurrentiels contraires à la loyauté ou la rectitude dans les affaires constitués notamment par les procédés de dénigrement, les actes de parasitisme, les actes engendrant la confusion et la désorganisation de l'entreprise d'autrui. Dans ce domaine, les évolutions récentes de la jurisprudence française permettent de constater que l'action en concurrence déloyale exercée par l'opérateur victime de l'acte déloyal cherche, outre qu'à réparer le préjudice ou le dommage subi individuellement par celui-ci, à sanctionner la lésion portée au libre jeu concurrentiel sur le marché, autrement dit, à protéger l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence.

247.1.- Plusieurs décisions jurisprudentielles récentes en matière de concurrence déloyale attestent en effet de l'intérêt des juges de protéger, à travers les actions en concurrence déloyale, le fonctionnement adéquat de la libre concurrence. L'on peut ainsi identifier divers arrêts dans lesquels les juges français infèrent l'existence d'un préjudice individuel à partir de la seule constatation d'un acte de concurrence déloyale²²⁶. Ainsi, le « trouble commercial » est considéré le préjudice résultant *nécessairement* d'un acte de concurrence déloyale et il peut même revêtir la forme d'un préjudice de nature moral. La Cour de cassation française a à ce propos en effet affirmé, au visa de l'article 1382 du Code civil, qu'« *il s'infère nécessairement de l'acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitutif de préjudice, fût-il seulement*

²²⁶ Pour une partie de la doctrine française l'action en concurrence déloyale est une action spécifique de responsabilité civile qui devrait avoir pour but celui de sanctionner la déloyauté et ce même en absence de préjudice. Voir par exemple, M.-A. FRISON-ROCHE, *RJDA* 1994, Chron. 483.

moral »²²⁷. Dans d'autres arrêts plus récents, la Cour de cassation a, à nouveau au visa de l'ancien article 1382, réaffirmé cette position : « *il s'infère nécessairement d'actes de publicité mensongère constitutifs de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral* »²²⁸. Ces arrêts de la Cour de cassation établissent donc, un principe de présomption du préjudice subi par la victime d'un acte de concurrence déloyale, lequel est constitué par le « trouble commercial » généré dans l'activité économique de la victime²²⁹. Pour certains auteurs français le trouble commercial engendré par les actes de concurrence déloyale est constitué par le dommage porté au jeu concurrentiel²³⁰. Pour d'autres auteurs, le trouble commercial est constitué par la lésion portée à la capacité concurrentielle de l'opérateur victime²³¹.

²²⁷ Cass. com., 1^{er} juillet 2003 : *JCP E* 2003, p. 1627, obs. C. Caron. Dans l'espèce les juges de fond avaient débuté le demandeur de sa demande d'indemnisation en affirmant que la pratique, « *pour critiquable qu'elle soit, au regard des usages loyaux du commerce, ne saurait ouvrir droit à des dommages et intérêts dès lors que [le demandeur], ne justifie pas des répercussions préjudiciables d'une telle pratique, très ponctuelle et limitée dans le temps, sur sa propre activité* ». La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'ancien article 1382 du Code civil français.

²²⁸ Cass. com. 28 sept. 2010 : *RCA* 2010, comm. 301. Cette fois les juges d'appel avaient aussi eux aussi débuté le demandeur de sa demande en dommage et intérêts aux motifs qu'il n'avait pas démontré que les actes reprochés, en l'espèce une publicité mensongère sur la qualité des vélos vendus par Décathlon, avaient eu un effet négatif sur ses ventes. Voir aussi, Cass. com. 2 déc. 2008 : n° 07-21612, dans lequel la Cour censure la cour d'appel d'avoir rejeté la demande en indemnisation de la victime après avoir retenu l'existence d'actes de concurrence déloyale, en relevant que l'intéressée « *n'avait pas démontré que l'exploitation du restaurant litigieux l'ait empêché de développer sa clientèle, ait agressé cette dernière et ait gêné l'exploitation de son hôtel* ». La chambre commerciale casse l'arrêt au visa des articles 1315 et 1382 du Code civil en affirmant qu'« *un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble commercial* ».

²²⁹ Voir par exemple Cass. com. 8 novembre 2016 : *Contr. conc. consom.* 2017, comm. 34, obs. M. Malaurie-Vignal.

La nature « moral » du préjudice concurrentiel subi par les personnes morales a été critiquée par plusieurs auteurs français. Voir, par exemple, Ph. LE TOURNEAU, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.*, 1998, p. 83 ; Ch. LARROUMET, obs. ss Cass. com., 6 novembre 1979 : *D.* 1980, p. 416 ; V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP G.* 2003.I.145. D'autres auteurs sont en faveur de l'admission d'un tel préjudice, voir, par exemple, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », in *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959 et s.

²³⁰ Voir par exemple M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, 2017, n° 153 et 285 et suivants. Voir nos développements sur la protection du marché par le droit français de la concurrence déloyale dans les n° 197 et suivants.

²³¹ Voir notamment N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Yves Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 156 et s.

248.- Sous une conception « classique », le préjudice engendré par un acte de concurrence déloyale est concrétisé dans la perte d'un avantage consistant dans la perte de clientèle, voire dans la perte de contrats, ce qui peut être monétairement traduit dans une baisse du chiffre d'affaires et dans une réduction de la marge de l'entreprise victime. La victime se plaindra d'un fléchissement de ses ventes, d'une évolution négative dans son activité. Cependant, étant donné « *l'irréductible liberté des clients* »²³², le préjudice résultant d'un acte de concurrence déloyale résulte « *plus ou moins virtuel* ». C'est la raison pour laquelle les juges indemnisent parfois l'atteinte à la clientèle actuelle ou potentielle par le biais de la perte d'une chance : perte d'une chance d'augmenter la clientèle ou de la conserver, qui doit être en tout cas certaine, suivant le droit commun de la responsabilité civile.

249.- La doctrine française définit le « trouble commercial » comme « *l'atteinte à la capacité compétitive du concurrent* »²³³ victime. « *Le trouble commercial consisterait en des procédés qui ont nécessairement pour effet de déstabiliser l'opérateur qui en est victime et de diminuer sa capacité de concurrence* »²³⁴. Cependant l'évaluation de l'étendu du préjudice patrimonial individuel issu du trouble commercial s'avère nécessaire aux fins de déterminer la somme à allouer au titre de dommages et intérêts. C'est peut-être justement dans un souci de surmonter les difficultés probatoires tenant à la démonstration de l'étendu de ce préjudice que la Cour de cassation française a opté pour présumer l'existence d'un préjudice, « *ne serait-ce que moral* » de la victime²³⁵.

²³² Y. PICOD, Y. AUGUET et N. DORANDEU, « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2010 (actualisation : juillet 2021), n° 123.

²³³ J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *op. cit.*, n° 645. Les auteurs signalent à titre d'exemple des actes déloyaux de concurrence engendrant la confusion, ce qui peut affaiblir l'image du concurrent auprès du public.

²³⁴ Y. PICOD, Y. AUGUET et N. DORANDEU, « Concurrence déloyale », *op. cit.*, n° 126.

²³⁵ Voir par exemple, Com. 9 fév. 1993, n° 91-12258 : *Bull. civ. IV*, n° 53, *JCP* 1993, I, 3727, n° 42, obs. G. Viney et *JCP E* 1994, II, 545, note C. Danglehant : « *en statuant ainsi, alors qu'il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice pour la société MBF, fût-il seulement moral, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » [article 1382 du Code civil]. Com. 27 fév. 1996, n° 94-16.885 : *D.* 1997, Somm. 104, obs. Y. Serra : « *Mais attendu qu'il découlait nécessairement des actes déloyaux constatés par la cour d'appel l'existence d'un préjudice, fût-il moral, pour la société Danesse, résultant des procédés fautifs pour la société concurrente, que la cour d'appel a pu, dès lors, statuer ainsi qu'elle l'a fait ...* »; Comm. 22 fév. 2000, n° 97-18.738 : *CCC* 2000, Com. 20, note M. Malaurie-Vignal ; Com. 3 juin 2003, n° 01-15.145 : « *... en statuant ainsi, alors qu'elle admettait qu'il découlait des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice, fût-il*

250.- Dans un arrêt du 8 novembre 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation revient sur la question des préjudices moraux des personnes morales pour rappeler la nécessité de la preuve du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale²³⁶. La chambre commerciale a en effet approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté la demande en indemnisation du préjudice moral subi par les sociétés victimes des actes déloyaux, dès lors qu'il avait été constaté que celles-ci n'avaient pas rapporté la preuve de la dégradation concrète de leur réputation.

251.- Dans un arrêt plus récent, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation²³⁷ a pu reprocher à une cour d'appel d'avoir rejeté la demande en indemnisation du préjudice financier résultant d'un détournement de clientèle au motif d'une absence de preuve. La 1^{ère} chambre civile a ainsi pu considérer qu'« *en statuant ainsi, alors qu'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble commercial, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil, devenu l'article 1240 du Code civil* ».

252.- Les positions des deux chambres semblent dès lors s'opposer en ce qui concerne la preuve du préjudice résultant d'un acte de concurrence déloyale : alors que la chambre commerciale exige la preuve du préjudice moral subi par la victime des actes, la première chambre civile admet la présomption du préjudice constitué par le « trouble commercial » subi dans l'activité économique de la victime.

253.- Les juges colombiens restent très orthodoxes en ce qui concerne l'établissement d'un préjudice subi par la victime d'un acte de concurrence déloyale.

moral, résultant des procédés fautifs utilisés par la société Hans, de nature à l'assimiler par confusion à la société Linvosgues, créant ainsi un trouble commercial, la cour d'appel a violé le texte susvisé [article 1382 du Code civil] ».

²³⁶ Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-18.150, *inédit*. Georges DECOQCQ, *JCP E*, 20 juillet 2017, n° 29, 1418, 15.

²³⁷ Cass. 1^{er} civ, 21 mars 2018, n° 17-14.582 : *Jurisdata* 2018-004450, qui désapprouve la cour d'appel d'avoir rejeté la demande en indemnisation du préjudice subi par une société du fait des actes déloyaux, constatés, réalisés par un ancien avocat associé qui était à l'origine d'un détournement d'une partie de sa clientèle, aux motifs d'une absence de preuve du préjudice financier (baisse du chiffre d'affaires).

II. Le principe de la réparation des préjudices économiques individuels causés par la concurrence déloyale en droit colombien

254.- Le régime colombien de la concurrence déloyale consacre expressément un principe de réparation intégrale des préjudices individuels causés par les actes de concurrence déloyale (A). Un principe de prévention des préjudices individuels résultant d'un acte de concurrence déloyale potentiel est aussi prévu par le droit positif colombien (B).

A. La consécration du principe de réparation intégrale des préjudices individuels causés par les actes de concurrence déloyale

255.- La réparation des préjudices ou des dommages individuels subis par un opérateur du fait d'un acte de concurrence déloyale se fonde d'abord sur l'article 2341 du Code civil colombien qui pose le principe de réparation des préjudices causés par un délit ou une faute. Ensuite, l'article 11 de la loi 155 du 24 décembre 1959²³⁸ pose aussi à son dernier alinéa, l'obligation de réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles et par les actes de concurrence déloyale interdits dans cette loi. En fin, le droit à réparation des préjudices subis par un opérateur du fait d'un acte de concurrence déloyale est aussi prévu dans l'article 20 de la loi 256 du 15 janvier 1996²³⁹. Aux termes de ce texte, la personne « *affectée par des actes de concurrence déloyale aura une action judiciaire pour que l'illicéité des actes réalisés soit constatée et, en conséquence, il soit ordonné au responsable la suppression des effets négatifs* »

²³⁸ Précitée.

²³⁹ Loi 256 du 15 janvier 1996, dictant des règles en matière de concurrence déloyale, *Diario Oficial* n° 42.692, du 18 de janvier 1996.

desdits actes ainsi que l'indemnisation des préjudices causés ». (Texte traduit par nous).

256.- L'expression contenue dans l'article 20 de la loi 256 de 1996 relative à l'obligation faite à l'agent fautif par le juge en ce sens de « *supprimer les effets* » des actes de concurrence déloyale commis, révèle bien la volonté du législateur de ne pas se limiter à la seule indemnisation des préjudices économiques subis par la victime d'un acte de concurrence déloyale. Le législateur a en effet admis la nécessité d'octroyer au juge un champ d'action assez large afin de lui permettre d'ordonner les mesures nécessaires permettant de rétablir, dans la mesure du possible, et à chaque fois que ceci serait demandé par la victime, la situation qui existerait si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu. Ainsi, le juge colombien ordonne de manière presque systématique, la cessation immédiate des actes de concurrence déloyale à condition que la victime le lui ait demandé²⁴⁰. La cessation des actes de concurrence déloyale peut être ordonnée par le juge même en l'absence de preuve d'un dommage économique individuel subi par l'opérateur victime²⁴¹.

257.- Le Code de commerce colombien consacrait aussi, avant l'entrée en vigueur de la loi 256 du 15 janvier 1996, le principe de la réparation des préjudices subis par un commerçant par le fait d'un acte de concurrence déloyale. Ainsi, l'article 76 du Code, texte auquel il a été dérogé par la loi 256, disposait que « *celui qui aurait été affecté par des actes de concurrence déloyale aura une action judiciaire afin d'obtenir l'indemnisation des préjudices causés et afin qu'il soit ordonné à l'auteur de l'infraction de s'abstenir de répéter les actes de concurrence déloyale sous astreinte d'une sanction pécuniaire successive de cinquante mil pesos convertible en peine de prison* » [Traduction faite par nos soins]²⁴².

²⁴⁰ Superintendencia de industria y comercio, arrêt n° 807 du 20 mars 2018, dossier n° 16-141738, *Eventos Niche S.A.S. y otros VS Alvaro Hernando Tulande Castillo*, publié dans le site officiel de la SIC www.sic.gov.co.

²⁴¹ Voir par exemple, Superintendencia de industria y comercio, arrêt n° 344 du 9 février 2018, dossier n° 14-202463, *Grupo empresarial de Limpieza S.A VS Reckitt Bneckiser Colombia S.A.*, publiée dans le site officiel de la SIC www.sic.gov.co.

²⁴² Artículo 76 del Código de comercio: «El perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnizen los perjuicios causados y se condene en la sentencia al infractor, bajo

258.- Quant à la nature des préjudices indemnifiables à la suite d'un acte de concurrence déloyale, aucune restriction n'est pas établie sous le régime de la loi 256 de 1996. Le régime antérieur n'établissait non plus aucune restriction à ce sujet²⁴³. L'indemnisation des préjudices individuels moraux et économiques subis par un opérateur économique consécutivement à un acte de concurrence déloyale peut dès lors être réclamée sous le régime de la loi 256 de 1996.

B. La consécration d'un principe de prévention des préjudices individuels des agents en matière de concurrence déloyale

259.- Le n° 2 de l'article 20 de la loi 256 de 1996 prévoit expressément une action judiciaire appelée « *de prévention ou d'interdiction* », instituée en faveur de tous ceux dont les intérêts individuels se trouvent menacés par le fait d'un acte de concurrence déloyale. En effet, aux termes du texte « *la personne qui estime qu'elle pourrait être lésée par un acte de concurrence déloyale aura une action judiciaire pour demander au juge que soit évitée la réalisation d'un acte de concurrence déloyale qui ne se serait pas encore accompli, ou pour qu'il soit ordonnée l'interdiction de l'acte alors même qu'aucun préjudice ne se serait produit* » [texte traduit par nous]²⁴⁴. Ainsi, le constat

multas sucesivas de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal».

²⁴³ Pour une illustration d'une action en concurrence déloyale aux fins indemnitrices, tant des préjudices économiques que des préjudices moraux consécutifs à un acte de concurrence déloyale sous la législation antérieure à la mise en vigueur de la loi 256 de 1996 voir, CSJ, chambre de cassation civile, 9 juin 1998, dossier n° 5036, *Sociedad Epsilon Editores S.A VS Radio Cadena Nacional S.A, Láminas Culturales Ltda et Felipe Santos Calderón*. Source officielle. Si les actes de concurrence déloyale consistant dans le discrédit du produit et de l'image commerciale du demandeur ainsi que dans la déviation de la clientèle en ayant recours à des informations fausses, ont été constatés par les juges de première et de deuxième instance, l'indemnisation des préjudices économiques et moraux demandée par le requérant a cependant été refusée dans les deux instances au motif d'un manque de preuve. Le demandeur s'étant pourvu en cassation, la Cour décide de ne pas casser l'arrêt rendu en deuxième instance en considérant qu'aucune erreur probatoire, de fait ni de droit, n'avait pas été commise par le Tribunal de deuxième degré.

²⁴⁴ Article 20 de la loi 256 de 1996, appartenant au Chapitre III sur « les actions dérivées de la concurrence déloyale » : « Actions. Face à un acte de concurrence déloyale, les actions suivantes pourront être exercées : (...) 2° Action préventive ou d'interdiction. La personne qui estime qui pourrait résulter lésée par un acte de concurrence déloyale aura une action pour demander au juge qu'il soit évitée la réalisation d'un acte de concurrence déloyale qui ne se serait pas encore perfectionné, ou pour

de la réalisation d'un préjudice individuel n'est pas un élément requis par le droit positif colombien pour l'exercice d'une action en concurrence déloyale²⁴⁵. Cette action judiciaire préventive en concurrence déloyale accompli exclusivement une fonction de cessation et de prévention de l'illicite²⁴⁶ est permet d'empêcher la lésion effective de patrimoines particuliers. Ce qui, dans les termes d'un auteur français est « préférable que de les réparer une fois commis »²⁴⁷.

260.- Dans la première hypothèse envisagée par le texte, c'est-à-dire lorsque l'acte de concurrence déloyale n'est que potentiel, l'action préventive en concurrence déloyale serait engagée aux seules fins d'éviter l'aboutissement de l'acte. Le défendeur aurait pu ainsi avoir déjà réalisé certaines conduites qui, accompagnées par d'autres, lui permettraient de réaliser plus tard un acte de concurrence déloyale. Tel serait le cas par exemple d'un opérateur économique qui, sans avoir encore mis sur le marché le produit objet de contrefaçon, aurait déjà fabriqué une certaine quantité de biens contrefaits²⁴⁸. Aussi, lorsqu'un opérateur économique se serait illicitement approprié de la liste de clients d'un concurrent sans être encore entré en contact avec eux²⁴⁹. Dans cette

qu'il soit ordonnée l'interdiction de l'acte alors même qu'aucun préjudice ne se serait produit ». [Traduction faite par nous].

Artículo 20 de la loi 256 de 1996 : « Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones : (...)2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal tendra acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, ou que la prohíba aunque aún no se haya producido algún daño ».

²⁴⁵ D. M. DE LA CRUZ CAMARGO, *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2014, p. 31.

²⁴⁶ Fonction « méconnue » de la responsabilité civile, dévoilée récemment en droit français par C. BLOCH dans sa thèse, *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. G. Bonnet, avant-propos Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008.

²⁴⁷ Ph. LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009 (actualisation : janvier 2020), n° 15.

²⁴⁸ Acte déloyale d'exploitation de la réputation d'autrui prévu à l'article 15 de la loi 256 de 1996 : « Mise à part les dispositions du Code pénal et des traités internationaux, est considéré déloyal l'usage non autorisé des signes distinctifs d'autrui ou des dénominations d'origine fausses ou mensongères et ceci alors même qu'elles seraient accompagnées de l'indication sur la vraie origine du produit ou des expressions tels 'modèle', 'système', 'type', 'classe', 'genre', 'manière', 'imitation' et similaires ». [Traduction du texte faite par nos soins].

²⁴⁹ Acte déloyale de déviation de la clientèle, article 8 de la loi 256 de 1996.

hypothèse, l'action préventive en concurrence déloyale permettrait au demandeur d'éviter le perfectionnement du comportement constitutif de concurrence déloyale, mais en outre, d'éviter des éventuels préjudices individuels découlant de l'acte potentiel de concurrence déloyale.

261.- La dernière partie du texte englobe l'hypothèse d'un acte de concurrence déloyale déjà perfectionné mais qui n'aurait pas encore produit aucun préjudice individuel. L'action serait alors engagée aux seules fins d'obtenir du juge une ordonnance, dirigée au responsable, de cessation immédiate du comportement illicite accompagnée d'une interdiction de répétition de la conduite dans le futur. Tel semble être le sens utile de cette partie de la norme, sauf à estimer qu'elle se limite à répéter la première partie du texte laquelle envisage l'hypothèse de prévention de la réalisation d'un acte potentiel de concurrence déloyale qui ne se serait pas encore perfectionné. Nous pouvons ainsi citer à titre d'exemple quelques arrêts de la Superintendencia de Industria y Comercio dans lesquels l'ordonnance a été donnée aux responsables d'un acte de concurrence déloyale déjà réalisé en ce sens d'arrêter immédiatement l'acte illicite et de s'abstenir de le réaliser à nouveau dans le futur et ceci en absence de toute constatation d'un préjudice individuel quelconque subi par la victime²⁵⁰. Certains auteurs colombiens partagent notre interprétation du texte²⁵¹.

²⁵⁰ Voir, par exemple, Superintendencia de industria y comercio, arrêt n° 1140 du 7 juillet du 2017, dossier n° 16-152772, *Comunicación Celular S.A Comcel S.A VS Avantel S.A.S.*, dans laquelle le juge, après avoir constaté l'acte de violation de normes constitutif de concurrence déloyale au titre de l'article 18 de la loi 256 de 1996, ordonne au défendeur de s'abstenir de réaliser les mêmes actes dans le futur : « (...) ordonner à Avantel S.A.S de s'abstenir d'envoyer à des tiers des messages de texte courts et/ou des messages multimédia aux fins commerciales et/ou publicitaires en utilisant la numérotation de dix chiffres ou non géographique des réseaux ». La décision peut être consultée dans le site officiel de la SIC www.sic.gov.co. Voir aussi Superintendencia de industria y comercio, arrêt n° 2237 du 1^{er} septembre 2017, dossier n° 16-169777, *Caracol Télévision S.A y RCN Télévision S.A VS Telmex Colombia S.A et autres*, dans le site officiel de la SIC www.sic.gov.co, dans laquelle le juge, visant expressément le n° 2 de l'article 20 de la loi 256 ordonne aux responsables de s'abstenir de réaliser dans le futur l'acte potentiel de concurrence déloyale: « fondé sur le n° 2 de l'article 20 de la loi 256 de 1996, [est ordonné aux défendeurs] de s'abstenir de transmettre, à travers le service de télévision par suscription duquel [chaque défendeur] est responsable, le signal de Caracol et RCN, dans leurs réseaux analogues ou d'haute définition, sans avoir obtenu préalablement, dans chaque cas, l'autorisation de Caracol ou RCN ». Traduction faite par nos soins.

²⁵¹ « L'action [préventive] peut être utilisée dans deux hypothèses : la première est celle dans laquelle l'on cherche à prévenir un comportement qui ne s'est pas encore perfectionné et qui, dans le cas contraire, serait déloyale. C'est-à-dire, le comportement ne réunit pas encore les éléments requis par la loi pour configurer l'acte de concurrence déloyale. La deuxième hypothèse se rattache à un

262.- La consécration de ce principe de prévention d'actes de concurrence déloyale et des préjudices qui pourraient éventuellement être engendrés par un tel acte va de pair avec la légitimation à agir, accordée par l'article 20 de la loi 256 de 1996, à des sujets autres que les opérateurs économiques concernés par l'acte de concurrence déloyale. Les associations de professionnels peuvent alors agir en action préventive d'actes de concurrence déloyale quand les intérêts de leurs membres soient en risque d'être lésés par un acte actuel ou potentiel de concurrence déloyale²⁵², de même que les associations ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs²⁵³ et le Procureur Général de la Nation lorsque l'acte actuel ou potentiel de concurrence déloyale affecte gravement l'intérêt public ou le maintien de l'ordre économique de libre concurrence²⁵⁴. L'octroi d'une légitimation à agir en action de concurrence déloyale à ces sujets s'accorde en outre avec l'élimination, par la loi 256, de l'exigence d'un rapport de concurrence entre le sujet actif et le sujet passif de l'acte constitutif de concurrence déloyale²⁵⁵.

Conclusion du Chapitre 1.

263.- La distinction entre le dommage à l'économie générale et la lésion des intérêts économiques individuels à la suite d'un comportement concurrentiel fautif constitue

comportement déloyal déjà perfectionné mais qui n'a pas causé aucun dommage » [Traduction faite par nous] : D. M. DE LA CRUZ CAMARGO, op. cit., p. 30 et 31.

²⁵² 3^e alinéa de l'article 21 de la loi 256 de 1996.

²⁵³ 4^e alinéa de l'article 21 de la loi 256 de 1996.

²⁵⁴ 5^e alinéa de l'article 21 de la loi 256 de 1996.

²⁵⁵ Article 3 de la loi 256 de 1996 : « Domaine subjectif d'application. Cette loi sera appliquée aux commerçants aussi bien qu'aux autres participants dans le marché.

L'application de cette loi ne pourra être assujettie à l'existence d'un rapport de concurrence entre les sujets actifs et passifs de l'acte de concurrence déloyale ». [Traduction faite par nous].

L'article 22 de la loi 256 prévoit en outre que les actions en concurrence déloyale (aux buts d'indemnisation ainsi qu'aux buts exclusivement préventives), pourront être exercées « *à l'encontre de toute personne dont la conduite aurait contribué à la réalisation de l'acte de concurrence déloyale* ».

donc un grand apport du droit de la concurrence colombien et français. Le dommage à l'économie générale ou d'ensemble est ainsi constitué par la lésion de l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence dont la protection est assurée par le droit de la concurrence des deux pays. Le dommage ou préjudice économique individuel subi par un opérateur est constitué par l'entrave portée à son activité économique du fait de l'acte concurrentiel fautif, c'est-à-dire, par la lésion d'un intérêt économique individuel de l'opérateur victime.

La distinction entre dommage à l'économie générale ou d'ensemble et le préjudice individuel subi par un opérateur à la suite d'un acte concurrentiel fautif nous a permis ainsi d'identifier les différents postes du préjudice économique individuel subi par un agent dans son patrimoine privé à la suite d'une lésion sur leur activité économique résultante d'un comportement concurrentiel fautif. Il peut s'agir en effet de la perte subie, du gain manqué, de la perte d'une chance et du préjudice moral, ce dernier poste de préjudice étant notamment indemnisé en droit français de la concurrence où il est parfois entendu comme l'atteinte portée à l'image ou à la notoriété de l'agent victime des actes, voire comme le trouble commercial subi par l'opérateur victime par le fait des actes de concurrence fautive.

264.- L'identification du préjudice économique indemnisable en matière d'activités économiques est en outre réussi par l'apport du droit de la distribution. En effet, certains dispositifs de réparation du préjudice subi par un opérateur du fait d'une entrave sur son activité économique ont été prévus dans le droit colombien et français de la distribution.

Chapitre 2. La contribution du droit de la distribution

265.- La distribution consiste dans la réalisation des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de consommateurs et parfois aussi auprès d'autres distributeurs intermédiaires (grossistes

et distributeurs au détail)²⁵⁶. L'activité de la distribution est devenue, dans les sociétés dites de « consommation » ou d'« abondance », où l'offre est plus grande que la demande, une fonction non seulement utile mais indispensable, la difficulté n'étant plus de produire, (comme dans les situations d'économie de pénurie), mais de commercialiser et de faire acheter les produits²⁵⁷. Le distributeur passe ainsi d'« *une fonction logistique ancillaire* » de rapprochement des produits aux consommateurs, à accomplir une fonction nécessaire à la commercialisation des produits et des services²⁵⁸, plus abondants en quantité que la demande. À ce propos, l'Autorité française de la concurrence a pu, dans son rapport annuel de 2010, affirmer que « *le secteur de la distribution exerce une influence majeure sur la qualité de vie des citoyens car il conditionne l'accès à un large choix de biens, parmi lesquels des produits de première nécessité (...). Toute mesure impactant le fonctionnement de ce secteur transversal a ainsi une incidence sur d'autres activités économiques et leurs acteurs respectifs (...)* »²⁵⁹. En droit colombien, le Décret 1302 du 1^{er} juin 1964 considère la distribution de biens et de services (destinés à satisfaire les besoins inhérents à l'alimentation, les vêtements, la santé, le logement, la fourniture de carburants, le transport, l'éducation, les télécommunications, les assurances, ainsi que les services financiers et les services de fourniture d'électricité et d'eau potable) comme une activité d'intérêt pour l'économie générale du pays et pour le bien-être social²⁶⁰. Il s'agit d'une activité fondamentale à l'économie du pays.

²⁵⁶ « La distribution considérée en elle-même est un service qui consiste dans la commercialisation de biens, produits, marchandises et de services rendus par le distributeur » : D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 4 et 6. Pour certains auteurs la distribution en tant qu'acte d'intermédiation peut aussi porter sur des opérations psychologiques dans le but d'atteindre les consommateurs, de conquérir la clientèle : J.-M. MOUSSERON et autres, *Droit de la distribution*, Litec, 1975, p. 8.

²⁵⁷ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 2. Identifiant plusieurs phases économiques d'évolution du phénomène des échanges, les auteurs expliquent comment dans la *phase consumériste* (apparue après la Seconde Guerre Mondiale et qui marque le passage d'une économie de pénurie à une économie d'abondance), les consommateurs deviennent une clientèle non seulement économique, mais également politique.

²⁵⁸ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 2.

²⁵⁹ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2010*, p. 57.

²⁶⁰ *Diario Oficial*, année CIII, n° 31922, 3 mai 1966, p. 7.

266.- Le phénomène des grandes surfaces de vente a connu un essor très significatif dans les dernières années en France aussi bien qu'en Colombie. La vente en grande surface déplace progressivement les petits points de vente au détail « du quartier ». La présence croissante des grandes surfaces et, en général, des grandes entreprises dans la production et la distribution de biens et de services sur le marché détermine sans doute l'existence de nouveaux rapports de force dans les relations contractuelles dans lesquelles ces grandes entreprises participent. Des nouveaux scénarios s'offrent alors dans ce contexte au droit de la responsabilité civile. En effet, les droits colombien et français de la distribution ont mis en place des dispositifs de réparation des préjudices économiques subis par les opérateurs du fait d'une lésion ou d'une entrave de leur activité économique dans le cadre des rapports de distribution. Il s'agit notamment du préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale (**Section 1**), ainsi que du préjudice enduré par le partenaire délaissé à la suite de la rupture brutale d'une relation commerciale ou d'affaires établie (**Section 2**), hypothèses dans lesquelles l'on a prévu des mécanismes d'indemnisation forfaitaire du préjudice économique subi par l'opérateur du fait de l'entrave portée à son activité économique.

Section 1. Le préjudice économique individuel résultant de la cessation du contrat d'agence commerciale

267.- Souvent le premier acte de la distribution précédant la vente ou la prestation d'un service consiste dans la présentation du produit ou du service en vue de son acquisition ou de sa souscription. Cette activité spécifique est connue comme *diffusion*²⁶¹. Une des formes les plus utilisées dans la diffusion est celle de l'agence commerciale. L'agent commercial est un professionnel indépendant affecté spécifiquement à la tâche de la diffusion d'un bien ou d'un service. Il est ainsi chargé de négocier et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au

²⁶¹ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 63.

nom et pour le compte du producteur ou de l'industriel²⁶². L'agent commercial en tant que diffuseur intervient comme élément de la « force de vente » du producteur, il est un intermédiaire du commerce car sa mission est de développer la clientèle ou tout au moins de commercialiser les produits ou les services de celui pour le compte duquel il intervient²⁶³.

268.- Le concept d'agent commercial apparaît à la suite du développement du commerce pendant le XIXe siècle qui a révélé la nécessité d'établir un « pont » entre les producteurs et le marché. L'agent commercial s'affirme alors comme un professionnel du commerce, indépendant des producteurs des biens et services qui cherche à développer l'entreprise de ceux-ci²⁶⁴. Il s'agit en effet d'un collaborateur indépendant du mandant qui exerce sa profession de commerçant en se procurant ses propres moyens et ressources, et dont les revenus ou la rétribution est calculée en proportion des utilités dégagées pour le mandant du fait de sa fonction, ce qui traduit l'existence d'un intérêt commun, des mandant et agent, au développement de l'entreprise du mandant. En effet, dès nos jours, les agents commerciaux sont des commerçants ayant une forte expérience et une grande connaissance des marchés. Ces acquis résultent être d'une grande utilité pour le développement des entreprises productrices et/ou distributrices de biens et de services, lesquelles font souvent appel à ce genre de professionnels afin de consulter leur opinion sur des nouvelles lignes de production, voire sur les conditions du marché et de la concurrence. L'activité des agents commerciaux a donc une utilité accrue dans l'expansion internationale des entreprises face aux données spécifiques des marchés nouveaux, tels par exemple, les tendances et préférences des consommateurs, leurs habitudes et comportement, les procédures administratives et de douanes, le dépôt des marques²⁶⁵.

²⁶² Alinéa 1^{er} de l'article L. 134-1 du Code de commerce français qui définit le concept d'agent commercial.

²⁶³ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 66.

²⁶⁴ J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*, 14^e éd., Éditions Legis et Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2013, p. 221.

²⁶⁵ J. A. ARRUBLA PAUCAR, *op. cit.*, p. 222.

269.- En droit colombien, un chapitre V du titre XIII *sur le mandat*, appartenant au livre IV *sur les contrats et obligations commerciaux* du Code de commerce, est consacré au contrat d'agence commerciale. Ce chapitre V règle les questions concernant la définition de l'agence commerciale, les obligations de chaque partie au contrat, la rémunération de l'agent, les causes justificatives de rupture du contrat et les effets de cette rupture, le terme de prescription des actions relatives au contrat d'agence, entre autres. Il s'agit d'un véritable statut de l'agence commerciale. L'agence commerciale est alors définie à l'article 1317 du Code de commerce colombien comme le contrat à travers lequel, un commerçant assume, de manière indépendante et stable, la promotion et exploitation des affaires dans une branche déterminée et dans une zone spécifique du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger, ou bien en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs produits de l'entrepreneur²⁶⁶.

270.- En droit français, la loi n° 91-593 du 25 juin 1991²⁶⁷ est venue aménager non seulement les modalités, mais aussi les effets de la cessation du contrat qui lie l'agent à son mandant²⁶⁸. Cette loi transpose la directive communautaire du 18 décembre 1986

²⁶⁶ Artículo 1317 del Código de comercio colombiano: “Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”.

La Cour de cassation colombienne a pu définir le contrat d'agence commerciale de la manière qui suit : “la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es “a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario”²⁶⁶; (iv) exige una estabilidad en el desempeño de esa labor; y (v) el agente tiene derecho a una remuneración”: CSJ, Sala de Casación Civil, SC18392-2017, dossier n° 73001-31-03-004-2011-00081-01, Magistrat rapporteur Luis Armando Tolosa Villabona, Boletín Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, noviembre de 2017, n° 11.

²⁶⁷ Loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, NOR: COMX9000175L.

²⁶⁸ Articles L. 134-1 à L.134-17 du Code de commerce français.

qui a cherché à harmoniser le régime de protection des agents commerciaux dans la Communauté européenne²⁶⁹.

271.- L'étude des statuts français et colombien de l'agence commerciale permettra de révéler l'existence, dans les deux pays, de dispositifs spécifiques de réparation du préjudice économique subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale et qui est constitué par la perte des revenus tirés de l'exploitation d'une part du marché. En effet, la cessation du contrat d'agence commerciale implique une entrave à l'activité économique exploitée par l'agent.

Paragraphe 1. L'indemnisation du préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale en droit français.

272.- En droit français, le droit à cette indemnité est prévu à l'article L. 134-12 du Code de commerce aux termes duquel « *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

273.- Ce droit à réparation de l'agent commercial du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale procède de la directive du Conseil des Communautés Européennes du 18 décembre 1986 (86/653/CEE)²⁷⁰ laquelle, dans le souci

Si les parties restent libres de conclure un contrat à durée déterminée ou indéterminée, l'exécution par les deux parties, après le terme convenu dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, transforme ce dernier en contrat à durée indéterminée. Article L. 134 – 11 du Code de commerce français.

²⁶⁹ Dir. n° 86/653/CE : JOCE n° L 382, 31 déc. 1986.

²⁷⁰ Directive 653 du 18 décembre 1986, du Conseil des Communautés Européennes (86/653/CEE), relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *Journal officiel de l'Union européenne*, 31 décembre 1986, L382/17.

Article 1^{er} : « 2. Aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée «commettant», soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant ».

d'harmoniser les droits des États membres²⁷¹, offrait à ceux-ci le choix d'accorder aux agents commerciaux soit un droit à une « indemnité » pour leur apport en clientèle, soit un droit à « réparation du préjudice » qui leur cause la fin du contrat d'agence commerciale. Les deux solutions envisageaient sans doute la réparation du préjudice subi par l'agent à la suite de la lésion portée à son activité économique.

274.- La loi française n° 91-593 du 25 juin 1991 a transposé la directive 86/653/CEE²⁷² en introduisant dans le Code de commerce français des nouveaux articles régissant la matière.

275.- D'une part, l'article L. 134-4 du Code de commerce français consacre l'existence d'un intérêt commun aux agent et mandant dans les contrats intervenus entre ceux-ci (contrat d'agence commerciale)²⁷³. Ce texte consacre en effet les développements jurisprudentiels réalisés avant la transposition de la directive de 1986 au droit interne français. En effet, avant la transposition de cette directive, les rapports entre fournisseur et agent commercial étaient soumis aux règles du droit commun français du mandat civil. La situation du mandataire chargé de l'activité de diffusion de produits et de services du fournisseur était cependant précaire en raison de l'application du principe de la révocabilité instantanée du mandat consacré à l'article 2004 du Code civil français qui permet au mandant de mettre fin au contrat à tout moment sans préavis ni indemnité²⁷⁴. Cette possibilité ne s'accommodait pas avec le caractère professionnel du mandat réalisé par le mandataire-diffuseur. Les juges français ont alors relevé l'existence d'un *intérêt commun* aux mandant et mandataire, qui se traduit dans l'accroissement de la clientèle : « *il y a intérêt du mandant et du mandataire à l'essor*

²⁷¹ En effet, les agents commerciaux jouant un rôle très important dans la pénétration des marchés et, par voie de conséquence, dans l'accroissement des échanges commerciaux entre les divers États, les différences juridiques en matière d'agence commerciale, contribuaient à une inégalité en matière de concurrence : Jean HUCHON, Jean HUCHON, Sénat, séance du 18 avril 1991, *Journal officiel*, p. 540.

²⁷² La qualification de mandat d'intérêt commun avait en outre été retenue par un décret de 1958 afin de protéger les mandataires-diffuseurs dans leurs rapports avec les mandants.

²⁷³ Article L. 134-4 alinéa 1^{er}.

²⁷⁴ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 184.

de l'entreprise par création et développement de la clientèle »²⁷⁵. L'admission de l'existence d'un intérêt commun a eu donc par conséquence que le mandat « *ne [pouvait] être révoqué par la seule volonté d'une des parties, mais seulement de leur consentement mutuel ou pour une cause légitime reconnue en justice ou enfin suivant les conditions et clauses spécifiées au contrat* »²⁷⁶. D'autre part, l'article L.134-12 du Code de commerce dispose que l'agent commercial a droit au paiement d'une « *indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* » du fait de la cessation de ses relations avec le mandant. Le préjudice subi par l'agent résulte ainsi de la cessation du contrat conclu dans l'intérêt des deux parties, autrement dit, de la privation des revenus que l'agent aurait pu tirer s'il continuait à exploiter la part du marché concerné par le contrat d'agence. Cette part du marché étant la valeur commune au mandant et à l'agent commercial²⁷⁷. Lors de la cessation du contrat d'agence, l'agent perd alors instantanément son droit de prospecter la clientèle qu'il avait démarchée et d'en tirer profit²⁷⁸. La perte des revenus tirés de l'exploitation de cette part du marché par l'agent est alors évaluée au montant des commissions qui auraient été acquises à l'agent si son activité s'était développée avec la clientèle qu'il a démarchée²⁷⁹. Tel que l'exprimait M. Huchon lors des séances de discussions sur la loi du 25 juin 1991 dans le Sénat français, « *l'agent n'agit pas pour son compte, mais pour celui des mandants auxquels il apporte le concours de son entreprise ; lorsque le mandat est rompu, il perd le bénéfice de son activité antérieure et subit un préjudice important* »²⁸⁰.

²⁷⁵ Cass. civ. 13 mai 1885, *DP* 1885, I, p. 350 ; *S.* 1887, I, p. 220.

²⁷⁶ Civ., 11 février 1891, *DP* 1891. 1.197 : « lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou de l'autre des parties, mais seulement de leur consentement mutuel, ou par une cause légitime reconnue en justice ou en enfin, suivant les clauses et conditions spécifiques dans le contrat ».

²⁷⁷ J.-M. LELOUP, « Agent commercial », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2003 (actualisation : juin 2021), n° 77.

²⁷⁸ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 237.

²⁷⁹ Fiches méthodologiques publiées par la Cour d'appel de Paris précitées, Fiche n° 10.

L'article L. 134-5 du Code de commerce français règle la question de la rémunération de l'agent commercial.

²⁸⁰ Jean HUCHON, Séance du 18 avril 1991, *Journal officiel du Sénat*, p. 540.

276.- Les juges français indemnisent, au titre du dispositif prévu dans l'article L 134-12 du Code de commerce, la perte, par l'agent, des revenus tirés de l'exploitation de la part du marché objet du contrat et qui reste dans le patrimoine du mandant après la cessation du contrat. En effet, lors de la cessation du contrat d'agence, la part de marché qui est l'objet du contrat, valeur commune au mandant et à l'agent commercial, est perdue par l'agent. Cette part du marché reste dans le patrimoine du mandant. La chambre commerciale a pu affirmer que « *la cessation du contrat d'agence commerciale fait perdre [à l'agent] la part de marché qu'il pouvait espérer de la poursuite du contrat et qu'il justifiait des commissions perçues pendant la durée de celui-ci* »²⁸¹. « *Le principe de l'indemnité est donc acquis, en vertu de la loi, du seul fait de la cessation du contrat : qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée ; même s'il prend fin par le décès de l'agent (C. com., art. L. 134-12, al. 3), ou par son état de santé lorsque l'âge, l'infirmité ou la maladie, fait que « la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée » (art. 134-13, al. 4). Cette généralisation du droit à indemnité exprime de façon complète et cohérente le concept du mandat d'intérêt commun* »²⁸².

277.- En droit français, le dispositif d'indemnisation du préjudice de l'agent est activé du seul fait de la cessation du contrat : peu importe qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée²⁸³ ou indéterminée, les seules hypothèses qui permettent d'écarter le droit

Dans les mots de M. Doubin, ministre délégué au commerce et à l'artisanat, le projet de loi discuté prétendait « *moraliser les relations entre contractants dans le secteur commercial* », Séance du 18 avril 1991, *Journal officiel du Sénat*, p. 539.

²⁸¹ Com. 8 nov. 2005, n° 04-14.423. « *Attendu que l'arrêt limite le montant de l'indemnité allouée à la société Limatrap au montant des commissions que cette dernière aurait perçues entre la date de la résiliation du contrat et la date d'expiration de celui-ci ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre par aucun motif à la société Limatrap qui faisait valoir que son préjudice comprenait également les conséquences de sa perte d'activité et qu'elle devait en outre être indemnisée pour avoir augmenté la clientèle de son mandant, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés* » : Comm., 6 février 1996, n°94-11.588.

²⁸² J.-M. LELOUP, « *Agent commercial* », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2003 (actualisation : juin 2021), n° 79.

²⁸³ « (...) depuis la réforme de 1991, la loi ne distingue plus, pour l'attribution de l'indemnité compensatrice de rupture, selon la durée déterminée ou indéterminée du contrat, l'agent ayant droit à l'indemnisation par la seule « *cessation* » du contrat (C. com., art. L. 134-12) et non plus, comme sous l'empire du décret de 1958, en cas de « *résiliation* » du contrat. L'indemnité est donc due sans qu'il y

à indemnisation de l'agent étant la faute grave de celui-ci et sa démission volontaire du contrat. Pour M. Huchon « *l'agent ne peut être privé de sa part dans la valeur commune, qui est la finalité du mandat d'intérêt commun, que par sa faute grave ou sa démission volontaire* »²⁸⁴. Et M. Doubin insistait lui aussi lors des séances de discussion de la loi, sur la portée large du droit à indemnisation du préjudice subi par l'agent, lequel devait opérer non seulement en cas de résiliation injustifiée du contrat mais en toute hypothèse de cessation du contrat²⁸⁵. Cette solution est celle consacrée dans l'article L. 134-13 du Code de commerce français aux termes duquel la réparation du préjudice subi par l'agent lors de la cessation du contrat n'est pas due dans trois hypothèses : lorsque ladite cessation a été provoquée par la faute grave de l'agent²⁸⁶, lorsque l'agent cède à un tiers et avec l'accord du mandant les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence commerciale, et lorsque la cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent sauf lorsque celle-ci obéit à des circonstances

ait lieu de distinguer entre l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée et la rupture du CDD avant le terme prévu. Outre qu'elle serait contraire au texte et qu'elle ne rendrait pas compte de la dualité du préjudice (perte de commissions pour la période antérieure à l'échéance contractuelle et perte de clientèle pour la période postérieure), une solution inverse conduirait à indemniser d'une façon moindre l'agent commercial victime d'une rupture avant terme de son contrat (indemnité limitée aux commissions normalement dues jusqu'à l'arrivée du terme) que l'agent dont le contrat est simplement arrivé à échéance (indemnité usuellement fixée à deux années de commissions) » : E. CHEVRIER, note sous Cass. com., 23 avril 2003, D. 2003. 1362. Voir aussi Cass. com., 28 mai 2002, Arkopharma e.a. c/ Gravier, Journage 14 octobre 2002, p. 2 ; Cass. com., 13 nov. 2003, RTD com. 2004,365, obs. B. Bouloc ; Cass. com. 3 oct. 2006, JCP E 2007, 1443, note L. Leveneur. Contre cette solution, voir notamment D. FERRIER et N. FERRIER, op. cit., n° 235 : « La solution ne paraît pas conforme au fondement de l'indemnité qui tient à la réparation du préjudice causé par la fin du contrat. Peut-on évoquer un préjudice, du moins au sens du préjudice légitime et donc réparable, subi par l'agent lorsque le contrat arrive à son terme normal ? L'agent connaissait la date d'échéance du contrat et le caractère inéluctable de sa rupture à ce terme. Il a négocié les conditions du contrat en fonction précisément de cette limite. Il est d'ailleurs à l'initiative de la rupture au sens de l'article L. 134-13 du Code de commerce puisqu'il a voulu lui aussi que le contrat prenne fin au terme fixé ; le fait que cette échéance ait été convenue avec le mandant n'exclue pas le jeu de la volonté de l'agent ».

²⁸⁴ Jean HUCHON, séance du 11 avril 1991, p. 28.

²⁸⁵ M. Doubin, Séance de discussion du projet de loi du 18 avril 1991, *Journal officiel du Sénat*, p. 540.

²⁸⁶ « Seul la faute grave, c'est-à-dire celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel, est privatrice de l'indemnité compensatrice du préjudice subi en cas de cessation du contrat d'agence commerciale et qu'il appartient au mandant de rapporter la preuve d'une telle faute » : Cass.com, 15 oct. 2002, Sté Marcel Lenne, Journage, 26 mai 2003, p. 2. La quasi-inexistence de prospection de l'entreprise du mandant avec une insuffisance chronique d'activité a pu aussi être considérée par les juges français comme une faute grave de l'agent, cause de la cessation du contrat : Cass. com., 4 juillet 2000, Deleincourt c/ Scté Sièges d'Argentat, Journage juillet 2001, p. 2.

La représentation par l'agent d'un concurrent du mandant sans l'accord de ce dernier peut aussi être considérée comme une faute grave de l'agent en vertu de L. 134 -3 du Code de commerce français.

imputables au mandant ou à l'âge, la maladie ou l'infirmité de l'agent. Le régime français préserve alors le droit à la réparation du préjudice de l'agent même en présence de causes objectives de la cessation comme c'est le cas de l'âge avancée de l'agent, sa maladie ou infirmité. L'exclusion de l'indemnisation due à l'agent en cas de cession à un tiers et avec l'accord du mandant, des droits et obligations nés du contrat, obéit au fait qu'en cédant le mandat, l'agent commercial reçoit le prix correspondant à la part du marché de laquelle il se dessaisit²⁸⁷. Ceci permet de constater que le préjudice subi par l'agent lors de la cessation du contrat est constitué par la perte des revenus tirés de la part du marché objet du contrat d'agence commerciale.

278.- La chambre commerciale de la Cour de cassation française a ainsi pu affirmer que la cessation du mandat prive l'agent de la part de marché des produits du mandant, qu'il a conquise ou maintenue, par ses efforts communs avec le mandant²⁸⁸, le mandant conservant cette part du marché après la cessation du contrat. *« L'agent, lui, perd tout ce qu'il pouvait espérer de la représentation entreprise. En même temps que le support de son activité pour le mandant, il perd un élément d'actif de son agence. C'est pourquoi la cessation du contrat constitue en soi le préjudice : du seul fait de la cessation du contrat, l'agent se trouve privé de son pouvoir de représentation, de la part de marché qu'il avait constituée et du potentiel de commissions généré par son activité »*²⁸⁹.

Le droit colombien prévoit aussi un dispositif permettant d'indemniser l'agent de la perte des revenus tirés de l'exploitation de la part du marché qu'il a développé et qui reste, après la cessation du contrat d'agence, dans le patrimoine du mandant. Cependant le mécanisme prévu par le Code de commerce colombien reste obscur.

²⁸⁷ J.-M. LÉLOUP, « Agent commercial », *op. cit.*, n° 83.

²⁸⁸ Cass. com., 9 janv. 2001, Sarl BGC Vinocor c/ Merlet, *Journage* 12 nov. 2001, p. 2.

²⁸⁹ J.-M. LÉLOUP, « Agent commercial », *op. cit.*, n° 85.

Paragraphe 2. L'indemnisation du préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale en droit colombien.

279.- Le législateur colombien a prévu deux dispositifs d'indemnisation du préjudice de l'agent dont la mise en œuvre est source de controverses. En effet, alors que le premier alinéa de l'article 1324 du Code de commerce colombien prévoit l'octroi d'une « *prestation économique* » en cas de cessation du contrat, le deuxième alinéa du même texte prévoit le paiement d'une indemnisation en cas de rupture injustifiée du contrat imputable au mandant. L'alinéa 1^{er} de l'article 1324 prévoit ainsi qu'à la cessation du contrat d'agence commerciale l'agent aura droit au paiement d'une somme équivalente à la 12^e partie de la moyenne des revenus obtenus au cours des trois années précédant la cessation du contrat, chiffre qui devra ensuite être multiplié par le nombre d'années de durée du contrat d'agence. Si la durée du contrat d'agence a été inférieure à un an, l'indemnisation de l'agent sera alors équivalente à la moyenne des revenus obtenus pendant tous les mois de durée du contrat. Mais en outre, le 2^e alinéa de l'article 1324 du Code de commerce colombien prévoit l'obligation du mandant de « *payer à l'agent une indemnisation équitable en rétribution des efforts de celui-ci tendant à l'établissement de la marque, ligne de produits ou services objet du contrat* ». Pour la détermination du montant de cette deuxième indemnité, l'alinéa 3^e de l'article 1324 dispose que l'on aura compte de « *l'extension, l'importance et le volume des affaires développées par l'agent pendant l'exécution du contrat* ».

280.- Le législateur colombien n'a pas ajouté des précisions quant à l'objectif du paiement de la somme prévue dans le premier alinéa du texte en cas de cessation du contrat. Les juges et la doctrine colombiens ont cependant pu interpréter le paiement de cette « *prestation économique* », comme une manière d'éviter l'enrichissement injustifié du mandant qui, même après la cessation du contrat, pouvait continuer à obtenir des bénéfices de la clientèle démarchée par l'agent avant la cessation du contrat.

281.- Cette « *prestation économique* » est connue en jurisprudence sous les expressions « *cesantía comercial* », « *prestation rétributive pour clientèle* », « *prestation supplémentaire ou extraordinaire* » ou encore « *prestation différée* ». Il s'agit, aux termes de la jurisprudence, d'une prestation qui prene sa source dans le contrat même

et dont le paiement peut être exigée par l'agent au mandant, à la cessation du contrat, sans égard à la cause de celle-ci (accord mutuel, rupture unilatérale du contrat par une des parties en présence d'une cause justificative ou non)²⁹⁰. La Cour de cassation colombienne a en effet affirmé que « *l'agent commercial, à travers son activité de promotion et développement des affaires du mandant, met en valeur les produits et les marques de celui-ci, que ce soit à travers des actes de publicité ou bien à travers l'activité complémentaire de ventes. Cette mise en valeur des produits et des marques du mandant constitue une valeur économique ajoutée à l'entreprise du mandant, valeur qui pourra d'ailleurs se prolonger après la cessation du contrat. Autrement dit, le mandant pourra continuer à se bénéficier économiquement de la tâche réalisée par l'agent* » [Traduction faite par nos soins]²⁹¹. Pour la Cour, l'activité réalisée par l'agent en exécution du contrat d'agence cherche à « *créer, consolider ou récupérer un marché, voire un flux de clientèle en faveur de la marque ou produits du mandant* »²⁹². L'enrichissement du mandant est mis en cause dès lors que c'est lui qui conserve la part du marché développé par l'agent. La prestation économique prévue dans le premier

²⁹⁰ « La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, “cesantía comercial”, prestación “por clientela, ‘retributiva’”, “suplementaria”, “extraordinaria” o “diferida”, ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin este (...) La causa de terminación del pacto, por consiguiente, carece de relevancia, y el ordenamiento no sujeta, ata, condiciona o subordina el derecho a esta prestación, más que a la presencia y extinción de la relación jurídica contractual, naturalmente que brotan por su simple existencia y conclusión (...) La prestación, por tanto tiene por objeto el pago de una suma dineraria, ab initio indeterminada al tiempo de celebración del contrato y determinable durante su ejecución o por tarde a su terminación, sobre bases por completo objetivas »: CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt 2001-00847 du 2 juillet 2010, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Revista Jurisprudencia y Doctrina, n° 464, agosto de 2010, p. 1317.

²⁹¹ « En síntesis, pues, el agente comercial, mediante su labor de ‘promover o explotar’ los negocios del principal, acredita sus productos y marcas, ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas, generándole al agenciado un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquel »: CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de octubre de 2001, dossier n° 5817, citée dans CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia 2000-00155, 22 juin 2011, dossier n° 11001-3103-010-2000-00155-01, Magistrat rapporteur Edgardo Villamil Portilla, Colombia Outsourcing Ltda. c/ Plásticos Dumex S.A. de C.V., LexBase – agence commerciale, moteur de recherche de l'Université Externado de Colombia.

²⁹² “(...) la actividad del agente encaminada a crear, consolidar o recuperar un mercado, es decir, un flujo de clientela a favor de la marca o los productos del agenciado, [...] precisamente, explica de manera preponderante, las prestaciones previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio”: CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de octubre de 2001, S-198-2001, dossier n° 5817, cité dans CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt du 28 février 2005, dossier n° 7504, cité dans CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt 2001-00847 du 2 juillet 2010, Magistrado Ponente William Namén Vargas, précité.

alinéa du texte cherche donc à rétribuer l'agent les bénéfices que profiteront au mandant après la cessation du contrat.

281.- Dans un arrêt du 9 novembre 2017 la chambre civile de la Cour de cassation colombienne a aussi pu affirmer que la « *cesantía comercial, appelée aussi 'indemnisation pour clientèle' ou 'compensation pour clientèle' dans certaines législations étrangères, se fonde aujourd'hui sur la thèse de la fonction rétributive. Cette thèse est à son tour fondée sur deux prémisses. La première, qui indique qu'après la cessation du contrat, le bénéfice consistant dans la conquête d'une clientèle présente et future grâce à l'activité de l'agent, reste très probablement dans le patrimoine du mandant et non dans celui de l'agent. La deuxième, qui indique que l'exploitation ultérieure de cette clientèle par le mandant n'a pas été l'objet d'aucune rémunération pendant l'exécution du contrat, rémunération qui doit être reconnue* » [Texte traduit par nos soins]²⁹³.

282.- Ainsi, la « prestation économique » prévue au premier alinéa de l'article 1324 du Code de commerce colombien indemnise la perte, par l'agent, des revenus issus de l'exploitation de la part du marché qu'il a développé en exécutant le contrat d'agence commerciale qui a cessé. Ce paiement indemnise l'agent du bouleversement porté à son activité économique par le fait de la cessation du contrat.

283.- Mais l'article 1324 du Code de commerce colombien prévoit en outre, dans son deuxième alinéa, le paiement d'une « *indemnisation équitable* », payable seulement en cas de rupture injustifié du contrat par le mandant. Le législateur précise que cette indemnisation a pour objet de rétribuer à l'agent tous ses efforts pour positionner la marque du mandant et en général tous les services rendus par l'agent pendant

²⁹³ “La cesantía comercial, denominada en legislaciones internacionales como “compensación por clientela” o “indemnización por clientela”, gravita hoy en la tesis de la función retributiva sustentada bajo dos premisas, la primera, porque al extinguirse el contrato, el beneficio recibido por el empresario con la actividad del agente, es la conquista de una clientela presente y futura, la cual, seguramente, redundará exclusivamente en su activo patrimonial y no en el de su contraparte, y la segunda, porque ese aprovechamiento ulterior de la “clientela” a cargo del agenciado, no se remunera durante la vigencia del convenio, debiendo reconocerse de todos modos esa gestión al “mandatario-comerciante”: CSJ, Sala de Casación Civil, SC18392-2017, 9 novembre 2017, dossier n° 73001-31-03-004-2011-00081-01, Magistrat rapporteur Luis Armando Tolosa Villabona, Boletín jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, noviembre 2017, n° 11.

l'exécution du contrat. Il ajoute que pour évaluer cette indemnisation, l'on devra tenir compte du volume et de l'importance des affaires développées par l'agent en exécution du contrat. L'agent n'aura pas droit au paiement de cette indemnité en cas de faute grave. Dans un arrêt du 22 juin 2011 la Cour de cassation colombienne a pu considérer que pour avoir droit à l'indemnité équitable prévue dans les alinéas 2^e et suivants de l'article 1324 du Code de commerce, l'agent devait prouver que, même en absence de contrats conclus pendant l'exécution du contrat d'agence, son activité avait ajouté une valeur à l'entreprise du mandant. La Cour estime aussi qu'au titre de cette indemnité l'agent peut être indemnisé des frais engagés pour l'exécution du contrat liés à la promotion ou à la publicité de l'entreprise du mandant, ainsi qu'à l'acquisition de biens qui ne pourront pas être destinés à d'autres activités après la cessation injustifiée du contrat²⁹⁴. Selon cette interprétation du texte faite par la Cour, l'« indemnisation équitable » prévue dans le 2^e et le 3^e alinéa de l'article 1324 permet, selon nous, d'indemniser l'agent de la perte de la possibilité de tirer des revenus, dans le futur, de la part du marché qu'il a démarché mais qui n'a pas permis à l'entreprise du mandant de conclure des contrats jusqu'au moment de la cessation du contrat. Elle permet en outre de réparer les dépenses effectuées par l'agent en exécution du contrat et qui sont devenues inutiles ou sans objet par le fait de la cessation du contrat.

²⁹⁴ “ (...) la indemnización que el empresario debe al agente cuando no ha concluido negocio alguno, no está referida a sus gastos administrativos, pues el agente tiene derecho a la compensación del costo directamente ligado a la ejecución de la gestión de promoción y que haya generado un mayor valor, una ventaja a la agenciada por esa labor, tanto de orden inmaterial (good will) como objetivo v.gr., reducción de costos de ingreso a un mercado nuevo, entre ellos, publicidad, inversión en bienes y servicios exclusivamente referidos a la demostración del producto que se promociona y que no podrán reutilizarse para gestionar actividades de diferentes empresarios, entre otros. Dicho con otras palabras, al margen de las comisiones y de la cesantía comercial, es posible que con prescindencia de las ventas realizadas o fallidas (C. Co., art. 1322), el agente haya creado una riqueza inmaterial de la que pueda beneficiarse el empresario y que por lo mismo debería ser cubierta por este, en caso de subitánea e injusta terminación del contrato, con abstracción de las operaciones efectivamente realizadas o en curso. Esa indemnización está justificada, si se aprecia que el proceso de maduración de una clientela y el posicionamiento de un nombre o de un producto, son procesos que pueden ir en progreso de modo que es posible vaticinar que plausiblemente se avecina el éxito, o que la actividad del agente creó condiciones que facilitan la continuidad de la operación, en cuyo caso el empresario podría edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación, pero que, en todo caso debe ser probado, en tanto, es susceptible de demostración por los medios ordinarios de convicción, en especial por la prueba pericial. (...) Finalmente, se ratifica que sí es menester cumplir con la prueba del daño emergente y del lucro cesante, lo que debe hacer el interesado en que se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio”: CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt 2000-00155 du 22 juin 2011, Magistrat rapporteur Edgardo Villamil Portilla, Revista Jurisprudencia y Doctrina, n° 476, août 2011, p. 1273.

284.- Il nous semble que celle-ci est l'interprétation qui doit être faite des 2^e et 3^e alinéa du texte afin d'admettre l'utilité de l'« indemnisation équitable » prévue dans ces alinéas. Une interprétation contraire du texte conduirait en effet à admettre que l'article 1324 du Code de commerce colombien prévoit un système de double indemnisation.

285.- Le préjudice subi par le partenaire délaissé à la suite de la rupture brutale d'une relation commerciale établie est aussi indemnisé dans les droits français et colombien de la distribution.

Section 2. Le préjudice économique issu de la rupture brutale des relations commerciales établies

286.- La rupture brutale d'une relation commerciale établie est une conduite sanctionnée de manière expresse par l'ordre juridique français au titre des « *pratiques restrictives de la concurrence* », désormais entendues comme des « *pratiques commerciales déloyales entre entreprises* »²⁹⁵. Elle est considérée, à côté d'autres pratiques, comme un comportement économique fautif. Nous avons eu l'opportunité de traiter plus haut la question des « *pratiques restrictives de la concurrence* » en droit français²⁹⁶. En effet, à la différence du droit colombien, le droit français de la distribution a développé une sous branche spécifique concernant les rapports verticaux entre les divers agents économiques intervenant dans le marché de la production et de la distribution de biens et de services. Il s'agit d'une construction légale qui comprend un ensemble de règles posant des interdictions et qui visent des comportements individuels des entreprises préjudiciables aux intérêts individuels des autres opérateurs économiques²⁹⁷. Ces règles ont pour finalité de protéger certains acteurs économiques en raison du déséquilibre dans les rapports de force commerciaux et aussi de porter le fonctionnement concurrentiel du marché. Elles visent désormais toute personne

²⁹⁵ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 précitée.

²⁹⁶ Voir notamment les n° 246 et suivants.

²⁹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006, n° 419.

exerçant des activités de production, de distribution ou de services, et non seulement les agents (producteur, commerçant, industriel) immatriculés au répertoire des métiers, tel que prévu par l'ancien texte.

287.- Le droit colombien de la concurrence ne comporte pas une construction légale pareille. Ainsi, alors que la rupture abusive d'une relation commerciale établie est sanctionnée de manière expresse par le droit français de la distribution, il n'en pas ainsi dans le droit colombien²⁹⁸. Le droit français consacre en effet un dispositif particulier de réparation forfaitaire des lésions des intérêts patrimoniaux individuels subis par le partenaire victime de la rupture brutale d'une relation d'affaires établie (**Paragraphe 1**). Cependant, le droit commun de la responsabilité civile colombien apporte des réponses à la lésion des intérêts économiques de la partie victime d'une rupture abusive d'une relation contractuelle (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le dispositif français de réparation des lésions des intérêts patrimoniaux de la victime d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie

288.- Nous analyserons par la suite les particularismes du principe de la réparation du préjudice causé par la rupture brutale d'une relation commerciale établie en soulignant, dès qu'il sera pertinent, les changements introduits en droit français par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

I. Le concept de « relation commerciale établie »

289.- L'article L 442-1, II, nouveau, du Code de commerce français maintient l'expression « relation commerciale établie », introduite par l'ancien article L. 442-6,

²⁹⁸ Le droit français de pratiques restrictives de la concurrence prévoit en effet une amende civile à l'encontre de l'auteur de la rupture pour sanctionner une telle conduite (Alinéa troisième de l'article L. 442-4 du Code de commerce français).

I, 5° du Code de commerce. En effet, la distribution s'opère le plus souvent à partir de la vente et de la prestation de services entre fournisseur et distributeur généralement placés dans une « relation commerciale », c'est-à-dire, entretenant un courant d'affaires constitué par une suite de contrats similaires. La société qui se prétend victime de la rupture brutale doit établir au préalable le caractère suffisamment prolongé, significatif et stable du courant d'affaires ayant existé entre elle et l'auteur de la rupture, qui pouvait lui laisser augurer que cette relation avait vocation à perdurer. Une mise en concurrence annuelle, l'organisation d'un appel d'offres ou encore la nature particulière des produits ou services concernés se prêtant mal à la reconduction systématique et pérenne des relations commerciales, peuvent conduire à exclure la caractérisation d'une relation commerciale établie²⁹⁹. La notion de relation commerciale et de ce fait plus économique que juridique, transcendant ainsi celle du contrat³⁰⁰. C'est justement cette conception de la relation commerciale établie qui a conduit les juges français à apprécier l'action fondée sur ce dispositif comme une action délictuelle³⁰¹. En effet, la rupture s'applique non à un contrat mais à une relation

²⁹⁹ Fiche n° 9 : « Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ? », dans « La réparation du préjudice économique », Fiches publiées par la Cour d'appel de Paris, octobre 2017, https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-06/Fiche_M%C3%A9thodologique_09.pdf.

³⁰⁰ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 302. Les auteurs révèlent la complémentarité existante entre le droit de la concurrence et le droit des contrats dans la mesure où les dispositions du droit des contrats conditionnent et reflètent à la fois le jeu de la concurrence sur le marché. Pour une analyse sur les rapports entre le droit de la concurrence et le droit des contrats, voir notamment : J. MESTRE, « De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat », *RTD. civ.*, 1994, p. 349 ; L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. Conc. consom.*, 2000, n° 115, p. 6 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.*, 1995, chron., p. 51.

³⁰¹ Dans un arrêt du 6 février 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a censuré les juges du fond qui avaient fait application de la clause attributive de juridiction convenue entre les parties, et ce aux termes d'un attendu très général qui indique que « *le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, (...) engage la responsabilité délictuelle de son auteur* ». Cette solution fut rendue dans le cadre d'un litige interne. (Cass. com., 6 févr. 2007 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 21 ; *D.* 2007, 653, obs. E. Chevrier, et 1688, obs. A. Ballot-Léna ; *RDC* 2007, 731, obs. J.-S. Borguetti ; *JCP E* 2008, 1638, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 2007, 343, obs. J. Mestre et B. Fages. Voir aussi Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336 : *CCC* 2009/01, Comm. 8, p. 18, note N. Mathey). La chambre commerciale a confirmé sa position dans des décisions plus récentes, elle tranche donc en faveur du principe de responsabilité délictuelle, même lorsque la rupture s'inscrit dans un cadre contractuel : Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971, *Bull. civ.* IV, n° 3 et Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885. La doctrine française se rallie à la position de la chambre commerciale :

L'appréciation de la responsabilité de l'auteur de la rupture brutale d'une relation commerciale établie comme une action de responsabilité civile délictuelle a des conséquences importantes dans la

commerciale qui peut être soit discontinuée, soit constituée par une succession ininterrompue de contrats³⁰².

290.- La relation commerciale établie peut de ce fait correspondre à une suite de contrats ponctuels, par exemple achat-vente, mais aussi à une suite de contrats durables comme serait le cas par exemple du contrat d'approvisionnement ou de fourniture. D'une manière générale, la relation commerciale établie s'apprécie au regard des attentes légitimes de la victime de la rupture. Autrement dit, le juge doit établir si la victime « *pouvait raisonnablement anticiper une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* »³⁰³, soit de « *vérifier en quoi la relation existante pouvait faire naître une attente raisonnable chez le partenaire* »³⁰⁴.

291.- Si la rupture d'une relation commerciale est permise, la loi française sanctionne la brutalité avec laquelle elle a été faite, celle-ci faisant état de l'abus du droit de rompre une relation juridique³⁰⁵.

détermination du juge compétent pour connaître de l'action. En effet, si la responsabilité est considérée de nature contractuelle, le tribunal compétent sera, au titre de l'article 46 du Code de procédure civile français, celui du domicile du défendeur, celui du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu d'exécution de la prestation de services. Si l'action engagée est considérée de nature délictuelle, le juge compétent pour connaître d'une telle action sera outre que celui du lieu où demeure le défendeur, celui du lieu du fait dommageable (fait illicite) ou celui du lieu où le préjudice a été subi.

³⁰² D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 412.

³⁰³ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 413. Pour des exemples des arrêts portant sur cette discussion voir : Cass. com., 2^e à nov. 2012, n° 11-22.660 : *Contrats, conc. consom.* 2/2013, n° 32, obs. N. Mathey ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2013, n° 35, p. 39, note J.-C. Grall et C. Bellone. Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-11.976 ; Cass. com. 13 nov. 2013, n° 12-25.361. Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.055 et 09-10.216.

³⁰⁴ G. CHANTEPIE, « La précarité des relations commerciales », *JCP E* 2012, 1605.

³⁰⁵ « Face un contrat à durée déterminée, toute rupture unilatérale avant l'expiration du terme serait prohibée. Et face à un contrat à durée indéterminée, toute rupture unilatérale serait autorisée à tout moment du fait de la prohibition des engagements perpétuels. Toutefois, par le biais du contrôle de l'abus, la jurisprudence a entendu encadrer les conditions de mise en œuvre de ce droit. Elle a notamment exigé de celui qui souhaite rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée qu'il avertisse de son intention son cocontractant » : Najjar ABARKAN, « L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies », mémoire sous la direction du Professeur Daniel MAINGUY, Master 2 droit privé économique, Université Montpellier I, 2013-2014, p. 11.

II. Le concept de « rupture brutale » : le non-respect d'un préavis suffisant

292.- Le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce maintient l'exigence de la brutalité de la rupture. Le texte reprend ainsi la sanction de la rupture même partielle pourvu qu'elle ait été faite de manière « brutale ». Le caractère de « brutalité » de la rupture résulte du non-respect d'un « préavis suffisant ». Et c'est sur la base du préavis suffisant qui est calculé le préjudice patrimonial subi par la victime de la rupture. La durée du préavis doit être suffisante pour permettre à l'entreprise de se redéployer, c'est-à-dire, de retrouver un flux d'affaires équivalent.

293.- La rupture totale est généralement assimilée à l'interruption totale des relations alors que la rupture partielle peut être déduite d'une « diminution » du courant d'affaires³⁰⁶. Tel serait le cas du déréférencement d'une partie des produits du fournisseur (généralement le moins connus ou les plus concurrencés)³⁰⁷, de la diminution durable du montant d'achats ou des commandes³⁰⁸, de la modification unilatérale des conditions substantielles du contrat, notamment des conditions tarifaires précédemment pratiquées car elle altère l'équilibre économique du contrat³⁰⁹, du retrait d'une exclusivité, ou de la réduction d'un secteur d'activité qui conduit à priver le partenaire d'une fraction importante de ses affaires³¹⁰.

294.- La brutalité de la rupture s'apprécie indépendamment de la contestation tardive de la durée du préavis par la victime. Ainsi, une réclamation faite par la victime quatre mois après la rupture a pu être considérée recevable par les juges³¹¹. Le nouvel article

³⁰⁶ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 414.

³⁰⁷ CA Orléans, 29 mai 2008, n° 07/01118 (passage de 75.000 à 29.000 unités).

³⁰⁸ CA Paris, 4 avril 2013 : n° 10/02735 (une baisse d'activité pendant une dizaine de jours a été jugée insuffisante pour caractériser la rupture partielle de la relation commerciale).

³⁰⁹ Par exemple, la suppression de certains avantages accordés jusqu'à là de manière régulière. D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 414.

³¹⁰ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 414.

³¹¹ Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-19.396.

L. 442-6, II, du Code de commerce reprend la formule de l'ancien texte, issue du droit commun des contrats, suivant laquelle les partenaires conservent la possibilité de résilier le contrat, sans préavis, en cas de force majeure ou d'inexécution par l'autre partie de ses obligations.

295. - Le « préavis raisonnable » est déterminée par les juges français en fonction des relations commerciales établies. L'ancien article L.442-6, I, 5°, faisait référence au seul critère de la durée de la relation. Ce critère a été en effet le plus utilisé par les juges français³¹² mais il n'a pas été le seul. En effet, les juridictions ont eu recours à d'autres critères pour juger la brutalité de la rupture tels par exemple, l'importance ou la progression du courant d'affaires établi entre les parties, les investissements réalisés, la dépendance économique à l'égard de l'auteur de la rupture (mais ce critère est écarté lorsque cette dépendance économique a été le fait d'un choix délibéré de la victime), le temps nécessaire à la fabrication des produits, la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. Cette jurisprudence a été confortée par le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce, grâce à l'adjonction de l'adverbe « notamment »³¹³, ce qui permet de conclure que le critère légal de l'ancienneté ou de la durée de la relation commerciale n'est pas le seul à permettre d'établir la brutalité de la rupture et par là, le fait illicite générateur de préjudices patrimoniaux pour la victime. En effet, aux termes du nouvel article L 442-1 du Code de commerce, « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* »³¹⁴. En outre, par une

³¹² Voir par exemple : Cass. com., 31 janv. 2006 : D. 2007, pan. 1914, obs. D. Ferrier ; JCP E 2007, 1348, note S. Destours, J.-L. Raspaud et D. Mainguy.

³¹³ M. CHAGNY, « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence après la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce », *RLC*, n° 84, 1^{er} juin 2019.

³¹⁴ Le nouvel texte fait aussi référence, tout comme l'ancien, aux « usages du commerce » et aux « accords interprofessionnels » en tant que critères permettant au juge de déterminer la durée du « préavis raisonnable ». Selon Madame Chagny il aurait été souhaitable de rendre ces exigences alternatives et non cumulatives, ce qui aurait permis de renforcer la sécurité juridique, M. CHAGNY, « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence après la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce », *RLC*, n° 84, 1^{er} juin 2019.

disposition complètement novatrice, le nouvel article L. 442-1, II écarte la responsabilité civile de l'auteur de la rupture lorsqu'un préavis de dix-huit mois aurait été donné. Cette nouvelle disposition conduit ainsi à limiter la responsabilité de l'auteur de la rupture laquelle ne pourra être jugée brutale dès lorsqu'un préavis de dix-huit mois aurait été respecté³¹⁵.

III. Le préjudice économique indemnisable du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale en droit français

296.- Quels postes de préjudice indemnisent les juges français en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie ? Les juges français indemnisent souvent les déboursements réalisés en pure perte (A), la perte d'une chance (B), les gains manqués par la victime de la rupture brutale (C), et le préjudice moral (D).

A. L'indemnisation des déboursements réalisés en pure perte

297. Les juges français indemnisent les frais ou les dépenses d'argent réalisées par la victime de la rupture brutale en pure perte, autrement dit, sans la possibilité ni de les récupérer, ni d'obtenir un avantage patrimonial à partir de ceux-ci. Les dépenses réalisées en pure perte peuvent être de deux types : soit il s'agit de déboursements qui ont été réalisés en vue d'obtenir des gains futurs mais à propos desquels toute expectative de gain ou même d'amortissement, est définitivement frustrée à la suite de la rupture brutale de la relation commerciale. Tel serait le cas des investissements non amortis, des emballages et d'stocks (par exemple les biens fabriqués ou modifiés à la demande de l'auteur de la rupture brutale, et dont la vente devient frustrée par cause de celle-ci). Il s'agit dans ce cas des dépenses engagées et qui n'auraient pas été assumées

³¹⁵ « En substance, le respect d'un tel délai de prévenance met celui qui rompt la relation à l'abri des prétentions formulées à son encontre au titre d'une rupture brutale par celui qui s'en estime victime et pourrait dès lors renoncer à exercer une action sur ce fondement. Reste qu'il est possible de s'interroger sur la façon dont la règle spéciale s'articule avec le droit commun » : M. CHAGNY, art. précité.

si la rupture prochaine avait été annoncée³¹⁶. Mais il peut s'agir de versements d'argent que la victime a dû réaliser en vertu de la rupture brutale : tel est le cas des licenciements générés par la rupture, ainsi que des dépenses liées à la désorganisation de l'entreprise causée par la rupture brutale (conservation et stockage de produits en attendant leur écoulement, frais liés à un nouveau démarchage précipité des produits auprès d'autres distributeurs, minoration du prix des produits fournis afin de les vendre auprès d'autres distributeurs, etc).

298.- La perte patrimoniale subie par la victime qui est prise en compte par le dispositif français est celle découlant du caractère brutal de la rupture et non celle découlant de la rupture elle-même. Il a ainsi été jugé par exemple que les frais consécutifs au changement de la marque exploitée et au réaménagement du point de vente ne donnaient pas lieu à réparation dès lors qu'ils n'étaient pas en lien direct avec la brutalité de la rupture³¹⁷. En revanche, les juges ont pu admettre la réparation des frais réalisés en vertu d'investissements non amortis³¹⁸, licenciements, emballages et stocks³¹⁹, ainsi que ceux liés à la désorganisation engendrée par la rupture dès lors que ces frais sont en lien direct avec la brutalité de la rupture³²⁰. Le coût des emballages estampillés avec la marque du réseau et que le fournisseur n'avait pu écouler pendant la durée du préavis a ainsi été indemnisé par les juges du fond français³²¹. Les investissements consentis par la victime de la rupture ne sont pas indemnisés lorsqu'ils ont été réalisés aux risques et périls de la victime elle-même, à une époque où son

³¹⁶ Kevin Magnier-Merran, « La réparation du préjudice né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie : autopsie du principe de réparation intégrale », *AJ contrat* 2019, p.56, n° 3.

³¹⁷ Paris, 4 juillet 2013, n° 11-07179. Voir aussi Cass. com. 23 janv. 2007 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 8. Douai, 15 mai 2001 : *JCP E* 2001, 1661, note M. Pédamon ; *D.* 2002, 307, note C. André ; *RTD civ.* 2002, 296, obs. J. Mestre et B. Fages. Paris, 12 sept. 2013 : n° 11-22934 qui refuse le droit à réparation des frais consécutifs à l'application d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle.

³¹⁸ CA Douai, 15 mars 2001, PBC c/ Auchan ; confirmé par Com. 23 avr. 2003, n° 01-11.664 (logiciels spécifiquement conçus par l'auteur de la rupture brutale).

³¹⁹ Voir par exemple, CA Paris 11 avr. 2013, n° 10/21434 ; CA Versailles, 29 oct. 2013, n° 12/01461 ; CA Orléans, 12 janv. 2012, n° 11/01356 ; CA Orléans, 8 mars 2012, n° 11/00431.

³²⁰ CA Lyon, 6 janvier 2012, n°10/08024 ; CA Burges, 23 fév. 2012, n° 11/00593.

³²¹ CA Angers, 24 janv. 2006, Sté Garem c/ SA Adic.

chiffre d'affaires diminuait et où elle n'avait aucune assurance de pouvoir amortir leur coût³²².

299.- Certaines décisions des juges du fond français indemnisent les frais et les déboursements d'argent engendrés par la rupture brutale de la relation à manière de la perte d'une chance.

B. L'indemnisation de la perte d'une chance

300.- Dans une décision du 23 février 2012, la cour d'appel de Bourges a indemnisé la perte de chance de déménager et de mettre fin à un contrat de bail de manière non précipitée, subie par la victime à la suite de la rupture brutale. Pour la cour, le préjudice subi par la victime n'était pas constitué par les coûts de déménagement des machines qu'elle avait placés dans les locaux loués, ni par le coût des loyers qu'elle a dû payer jusqu'à la fin du bail, mais par la perte de chance de ne déboursier pas ces frais. Les juges ont évalué cette perte de chance à une hauteur de 75.000 euros à la vue des factures apportées par la victime. Dans cette même décision, les juges du fond ont indemnisé la perte de chance de la victime de pouvoir organiser la restructuration sociale de son entreprise pendant la durée de préavis d'une année, en évaluant ce préjudice à la somme de 100'000 euros. Pour les juges, si la rupture de la relation commerciale moyennant un préavis raisonnable (qu'ils ont fixé à un an) avait de toute façon conduit à des licenciements dans l'entreprise victime (dont l'activité économique dépendait dans un 70% de la relation commerciale établie avec le partenaire), celle-ci aurait pu restructurer son organisation dans un délai d'un an si ce terme aurait été respecté comme délai de préavis raisonnable. La cour d'appel de Bourges a en outre indemnisé la perte de chance d'organiser une parfaite gestion des stocks sur le terme d'un an et a fixé le montant de cette indemnisation à la hauteur de 100.000 euros³²³.

³²² Cass Com. 20 févr. 200, arrêt cité par Najal ABARKAN, « L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies », mémoire sous la direction du professeur Daniel Mainguy, Master 2 Droit privé économique, Université Montpellier 1, 2013-2014, p. 62.

³²³ CA Bourges, 23 fév. 2012, n° 11/00593.

C. L'indemnisation des gains manqués

301.- La rupture brutale d'une relation commerciale établie peut priver celui à qui elle est imposée de l'essentiel de ses revenus³²⁴. La victime subit en effet un manque à gagner (*lucrum cessans*) qui lui provient des gains qui auraient été perçus si la rupture avait été postérieure à un préavis suffisant et en ce sens dénuée de toute brutalité. Le préjudice « *s'évalue en comparant la marge qui aurait dû être perçue en l'absence des pratiques délictueuses, pendant le préavis qui aurait dû être octroyé, à la marge effectivement perçue* »³²⁵.

302.- Les juges français déterminent donc le montant du gain manqué de la victime en recourant à la durée du « préavis raisonnable » qui aurait dû être respecté par l'auteur de la rupture brutale. Le préavis se trouve ainsi « *au cœur du dispositif législatif qui fait de la brutalité de la rupture l'élément déclencheur de la responsabilité de son auteur* »³²⁶. La détermination de la durée du préavis raisonnable qui aurait dû être respecté par l'auteur de la rupture a, de ce fait, une incidence directe sur le calcul du manque à gagner : l'on tient compte des bénéfices que la victime aurait pu réaliser pendant la durée du préavis requis.

303.- Pour déterminer le montant de l'indemnisation due au titre du gain manqué, le juge doit comparer la situation qui aurait prévalu en l'absence de brutalité de la rupture avec celle que connaît la victime du fait de la rupture brutale en appréciant les bénéfices

³²⁴ N. ABARKAN, « L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies », mémoire sous la direction du professeur Daniel Mainguy, Master 2 Droit privé économique, Université Montpellier 1, 2013-2014, p. 64.

³²⁵ « Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ? », Fiches méthodologiques élaborées par le groupe de travail composé par le professeur Muriel CHAGNY et autres à la suite du colloque « Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ? » qui s'est tenu à la Cour d'appel de Paris le 22 septembre 2016. Elles ont été publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris <https://www.cours-appel.justice.fr>

³²⁶ L. VOGEL, « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, p. 855 à 866, n° 5.

que la victime aurait pu réaliser. Les juges français se fondent sur la marge d'utilité (ventes -coûts de revient) que la victime aurait pu réaliser au cours du préavis si celui-ci avait été respecté³²⁷. Cette méthode de calcul est connue comme « méthode contrefactuelle » car elle se fonde sur la comparaison de la situation réelle de la victime avec la situation qui aurait dû vivre l'agent délaissé si la rupture brutale n'avait pas eu lieu³²⁸. Pour établir la situation dans laquelle se serait trouvée la victime si la faute n'avait pas eu lieu, les juges français calculent parfois la marge correspondant à cette période généralement sur la base du chiffre d'affaires moyenne des trois dernières années. Une autre méthode de calcul, poursuivant le même raisonnement, veut que l'on multiplie la période de préavis qui aurait dû être accordé (évalué en nombre de mois) par la moyenne de la marge mensuelle réalisée l'année précédant la rupture³²⁹.

304.- La Cour de cassation française approuve les décisions des juges du fond qui recourent à ces modes de calcul fondés sur la marge que la victime de la rupture aurait pu escompter pendant la période du préavis non respecté. Dans un arrêt du 24 octobre 2018, la chambre commerciale affirme que « *c'est souverainement que la cour d'appel a retenu qu'un taux de marge brute de 30,17 % devait être appliqué à la moyenne du chiffre d'affaires des trois dernières années* »³³⁰. Aussi, dans un arrêt rendu le 23 janvier 2019, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme « *qu'après avoir rappelé que le recours à la marge brute, qui est une notion comptable définie comme la différence entre le chiffre d'affaires hors taxes (HT) et les coûts HT, se justifie par le fait que la victime de la rupture continue de supporter certaines charges fixes, l'arrêt relève que pendant la période comprise entre le 8 avril et le 7 novembre 2011, la société RPM a subi, en raison de la rupture de la relation commerciale, une perte de commissions égale à la somme de 124 214 euros et que, pendant cette même période, cette dernière a réalisé des économies de frais fixes, en particulier de personnel et de*

³²⁷ L. VOGEL, « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, p. 860, n° 10.

³²⁸ Voir notamment nos développements à ce sujet dans les n° 659 et suivants.

³²⁹ N. ABARKAN, « L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies », mémoire sous la direction du professeur Daniel Mainguy, Master 2 Droit privé économique, Université Montpellier 1, 2013-2014, p. 61 qui cite CA Paris, 12 sept 2001.

³³⁰ Cass. com. 24 oct. 2018, n° 17-16.011.

*loyer, d'un montant total de 71 039 euros ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a pris en considération les éléments pertinents, qu'elle a souverainement appréciés, pour définir la marge perdue par la société RPM pendant le préavis non exécuté, a pu retenir que le préjudice réellement subi par celle-ci s'élevait à la somme de 53 175 euros*³³¹.

305.- Analysant la jurisprudence française depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 442-6, I, 5°, Monsieur Vogel conclu à la dérive des juges français consistant à exiger aux entreprises de respecter des préavis de plus en plus longs. Cette exigence résulte à son tour de la détermination *in concreto*, par les juges français, du délai du préavis raisonnable en prenant en compte diverses circonstances telles que la durée de la relation commerciale, les usages du commerce et les accords interprofessionnels, les circonstances spécifiques de l'espèce, telle la qualité de la relation, le temps nécessaire à l'écoulement des stocks, la nature et notoriété des produits, l'état de dépendance du cocontractant³³². Tout ceci a placé parfois les entreprises dans la situation de devoir *« rester en relation avec des partenaires non efficaces pendant des durées de préavis très longues, soit de payer le prix fort pour devoir changer de partenaire »*³³³. Prenant en compte cette situation, le nouvel article L. 442-1 a introduit une limite au délai de préavis raisonnable en disposant dans le deuxième alinéa du II que *« En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois »*. En effet, le Rapport accompagnant l'ordonnance du 24 avril 2019 indique qu'*« il apparaît aujourd'hui impératif de rechercher un nouvel équilibre des intérêts en présence dans un souci d'équité, de cohérence, d'efficacité économique et, plus simplement, pour permettre à la concurrence entre fournisseurs de s'exercer, sans protéger excessivement certains auteurs économiques en place par rapport à leurs*

³³¹ Cass. com., 23 janv. 2019, n° 17-26.870. Voir aussi CA Paris, 12 sept. 2012, n° 10/04096.

³³² Voir sur ce sujet : N. GILE, « La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée », Gaz. Pal. 19-22 août 2015, p. 6 et s. P. BIROLLEUA, « La difficile conciliation avec le droit européen de la rupture brutale des relations d'affaires », RLC 2019/80, n° 3524. DGCCRF, Atelier de la concurrence, Quel bilan pour la rupture brutale des relations commerciales établies ? 11 déc. 2015.

³³³ L'auteur dénonce les situations de préavis de jusqu'à trente-six mois... L. VOGEL, « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, p. 855 à 866, n° 5 et s.

concurrents »³³⁴, ce qui démontre, selon certains auteurs, que les modifications apportées par l'ordonnance visent surtout à réguler le contentieux³³⁵.

306.- Dans un arrêt rendu le 6 septembre 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a affirmé qu'« *un tiers peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice* »³³⁶. Dans un autre arrêt, la cour d'appel de Paris a, le 27 février 2014, indemnisé le gain manqué subi par un sous-traitant de la victime directe de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Dans cette affaire, une société ayant pour activité l'édition de journaux et magazines spécialisés dans le domaine de l'éducation, confiait l'impression de certains de ses titres à un imprimeur qui sous-traitait lui-même une partie de ses travaux auprès d'une société belge. Après avoir décidé de changer d'imprimeur, l'éditeur s'est vu assigné par l'imprimeur et le sous-traitant qui prétendaient avoir été victimes d'une rupture brutale de leurs relations commerciales. Alors que les premiers juges avaient déclaré l'action du sous-traitant irrecevable en l'absence de relation d'affaires avec l'éditeur, la cour de Paris considère, au contraire, que l'action relevant de la responsabilité civile délictuelle, la preuve d'une relation d'affaires ou d'un rapport contractuel entre les parties (auteur de la rupture brutale et sous-traitant victime par ricochet) n'était pas nécessaire. La cour d'appel considère qu'alors même que le sous-traitant « *n'entretenait pas de relations commerciales directes* » avec l'éditeur, celui-ci pouvait invoquer la rupture brutale de la relation commerciale existant entre l'éditeur et l'imprimeur. Le sous-traitant a obtenu la réparation du gain manqué. En revanche, il n'a pas obtenu l'indemnisation des coûts impliqués par des licenciements dont il n'est pas parvenu à établir qu'ils avaient été la conséquence de la rupture de la relation commerciale avec l'éditeur. Il n'a pas eu davantage de succès dans sa demande en réparation de la part non amortie de matériel

³³⁴ Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 15.

³³⁵ M. CHAGNY, « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence après la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce », *RLC*, n° 84, 1^{er} juin 2019.

³³⁶ Cass. com., 6 sept.2011, n° 10-11.975 : *JurisData* n° 2011-018085 ; *JCP E* 2011, 1788, note D. de Lammerville ; *JCP G* 2012, I, 530, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 258, note N. Mathey ; *RTD civ.* 2011, p. 763, obs. B. Fages.

acquis pour son exploitation car il n'est pas parvenu à établir qu'il s'agissait d'un actif spécifique à l'activité concernée par la relation commerciale rompue brutalement.

307.- Cependant, dans un arrêt rendu en 2017³³⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation française approuve une cour d'appel d'avoir refusé aux sous-traitants du cocontractant victime de la rupture abusive d'une relation commerciale établie, l'octroi d'une indemnisation sur le fondement de L.442-6, I, 5 du code de commerce. La cour d'appel avait en effet constaté que les sous-traitants n'avaient pas été agréées par le partenaire auteur de la rupture, de sorte qu'ils n'entretenaient, selon la cour, directement pas de relations commerciales avec le fautif³³⁸. La Cour de cassation affirme donc « *qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, l'absence de relations commerciales directement entretenues entre les sociétés Primatel services familles et Prima tech services et la société Free la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche inopérante invoquée par la deuxième branche, relative à l'existence d'un agrément tacite de ces sociétés sous-traitantes par la société Free a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

D. L'indemnisation du préjudice moral

308.- Certaines décisions des juges du fond français ont pu indemniser le préjudice moral de la victime d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie. Ce préjudice serait constitué soit par la désorganisation de l'entreprise de la victime à la suite de la rupture, soit par l'atteinte à l'image de l'entreprise. Il en est ainsi d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 6 janvier 2012³³⁹, dans lequel les juges ont condamné de manière forfaitaire l'auteur de la rupture au paiement d'une somme globale, dans l'espèce 14.000 Euros, à titre d'indemnisation du préjudice moral subi par la victime de la rupture brutale. Pour les juges le préjudice moral était constitué par la

³³⁷ Com. 21 juin 2017, n°16-13.860.

³³⁸ CA Paris, 22 janvier 2016, n° 14/03271.

³³⁹ CA Lyon, 6 janv. 2012, n° 10/08024.

désorganisation de l'entreprise de la victime. Dans une autre espèce, la cour d'appel de Bourges, a condamné l'auteur de la rupture brutale à l'indemnisation du préjudice moral subi par son partenaire constitué par une atteinte à son image commerciale. Dans l'espèce, la victime faisait en effet valoir devant les juges que les difficultés subies à la suite de la rupture de la relation commerciale établie depuis dix ans avec son partenaire, avaient entraîné un effet négatif sur l'image de la société ainsi que sur la « *qualité de son crédit auprès de ses fournisseurs avec une baisse de sa notation* ». La cour d'appel a pu considérer que les « *difficultés mentionnées plus haut ont fait apparaître S comme une entreprise fragilisée, dont les clients potentiels peuvent craindre que celles-ci ne lui permettent pas de respecter ses engagements de l'avenir* », et elle a fixé l'indemnisation de l'atteinte à l'image à 50'000 euros, compte tenu de ce qu'il s'agit « *d'une société de taille moyenne non cotée en bourse* »³⁴⁰.

Le droit colombien reste plus orthodoxe dans cette matière.

Paragraphe 2. La réparation des préjudices patrimoniaux subis par une partie à la suite de la cessation intempestive du contrat en droit colombien

309.- En droit colombien la rupture brutale d'une relation commerciale établie n'est pas sanctionnée de manière spécifique par un texte quelconque. Cependant, la cessation intempestive d'un contrat est sanctionnée sur le fondement du manquement au principe de la bonne foi contractuelle consacré dans l'article 871 du Code de commerce : elle est caractérisée par un exercice abusif du droit de cesser unilatéralement le contrat. Le droit à réparation du préjudice patrimonial du contractant victime est alors admis sur ce fondement.

310.- Par un arrêt rendu le 14 mai 2014 en matière de distribution, la Cour de cassation colombienne admet le principe de réparation des préjudices patrimoniaux subis par la victime de la cessation intempestive d'un rapport de distribution sur le fondement du

³⁴⁰ CA Bourges, 23 fév. 2012, n° 11/00593.

respect du principe de la bonne foi contractuelle. Dans cette espèce, la Cour a reproché à l'arrêt attaqué d'avoir considéré légitime, au vu des stipulations contractuelles, la manifestation intempestive de la volonté de non-renouvellement du contrat donné par le fournisseur à son partenaire le jour même d'expiration du terme du contrat initial. En effet, aux termes de la clause contractuelle, les parties entendaient renouveler le contrat pour le terme d'un an sauf si l'une des parties informait son partenaire par écrit, de sa volonté de ne pas renouveler. Le contrat n'avait cependant pas établi le respect d'un préavis. Se plaignant d'une violation directe de l'article 871 du Code de commerce colombien aux termes duquel « *les contrats doivent être conclus et exécutés de bonne foi* », le distributeur arguait devant la Cour le devoir du juge de fond d'apprécier la manifestation de non-renouvellement du contrat à la lumière de cette disposition³⁴¹. Adoptant cet argument, la Cour affirme que si le contrat conclu entre les parties les autorisait à cesser le contrat, l'exercice de ce droit ne pouvait pas méconnaître le sort de l'autre partie. Le fournisseur aurait dû prévoir que la manifestation intempestive ou abrupte de la volonté du non-renouvellement du contrat pouvait, en raison de la nature de celui-ci, affecter les attentes justifiées de l'autre partie. « *Négliger un minimum de précautions et de considérations résulte contraire au postulat de la bonne foi puisque la partie a pris en compte exclusivement ses intérêts (...) n'a pas agi de façon correcte, sans surprises (...) agir d'une telle manière, même sur le fondement des dispositions contractuelles, dans une relation comme celle de la distribution (...) tout en oubliant le futur de son cocontractant et le laissant à son propre sort constitue une conduite non transparente, déloyale et incorrecte (...)* [Traduction faite par nos soins]³⁴². Cela étant, un préavis raisonnable est exigible même lorsque les clauses

³⁴¹ Par ailleurs, en matière du contrat de fourniture, l'article 977 du Code de commerce colombien consacre la faculté des parties à un contrat de fourniture à durée indéfinie, de résilier unilatéralement le contrat, à tout moment, moyennant un préavis dont la durée peut être fixée par les parties dans le contrat. En absence d'une stipulation contractuelle déterminant la durée du préavis, celle-ci devra être établie suivant les usages dans le domaine ou bien, elle devra être « en accord » avec la nature du contrat de fourniture.

³⁴² « El contrato ajustado entre las sociedades Philip Morris y Marcar Distribuidores Ltda., en efecto autorizaba su terminación unilateral y en cualquier tiempo; y, de esa prerrogativa hizo uso la empresa proveedora; sin embargo, en el ejercicio de ese derecho, no podía menospreciar la suerte de la distribuidora y, por ello, debió pensar que la inoportuna noticia de la cesación de la relación podía, como así sucedió, vulnerar expectativas justificadas atendiendo la clase de negocio con ella celebrado. Desdeñar un mínimo de precauciones y consideraciones resultó contrario al postulado de la buena fe, en cuanto que sólo y exclusivamente valoró su situación, aislada de la suerte de su cocontractante; inobservó esa función positiva que cumple obrar de manera correcta, sin sorpresas o desmedidos aprovechamientos, apartándose de toda proporcionalidad (...) Actuar en los términos referidos, aún con

contractuelles autorisent les parties à cesser unilatéralement le contrat. Le principe de la bonne foi commerciale commande, selon la Cour, le devoir des parties de donner au partenaire un préavis raisonnable en cas de cessation unilatérale du contrat, afin de lui permettre de se fournir les moyens nécessaires à la reconversion de son activité commerciale et de prendre des mesures tendant à éviter la réalisation de préjudices patrimoniaux.

311.- La cessation intempestive du contrat donne dès lors droit à la partie victime à l'indemnisation des pertes éprouvées **(I)** aussi bien qu'à l'indemnisation des gains manqués **(II)**. Les juges colombiens sont cependant très strictes dans l'évaluation de ces préjudices.

I. L'indemnisation des pertes éprouvées

312.- Tout comme en droit français, les investissements déjà amortis au moment de la cessation intempestive du contrat ne constituent pas un préjudice patrimonial

respaldo legal o contractual, en relaciones negociales como la distribución o contratos afines, vr.gr., la agencia comercial, la franquicia, el suministro, olvidando el destino del otro contratante, dejándolo a su propia suerte, debe calificarse como una conducta poco transparente, desleal e, incorrecta. Denota un desconocimiento de reglas que gobiernan la vida en comunidad como la solidaridad y el respeto por las buenas maneras, las que en los negocios y/o actos jurídicos deben acometerse siempre. (...) Cuando a la actora se le comunica unas horas antes del vencimiento, que el contrato de suministro para distribución, luego de dos años de relación, no se va a prorrogar, se procede en forma intempestiva, se genera sorpresa en ella y, de un momento a otro, posiblemente, se le compromete a desmontar toda la infraestructura dispuesta para el cumplimiento de ese acuerdo. No se le da, entonces, la oportunidad de realizar ajustes, preavisar personal, reducir costos y, lo que es peor, eventualmente, dadas las características del producto distribuido, cesar toda actividad. En esa dirección resulta incontrovertible que a pesar de existir cláusulas que autorizan la terminación unilateral del convenio, en cualquier tiempo, es menester, en virtud de la aplicación del principio de buena fe, la existencia de un preaviso; en el entendido que el anuncio anticipado de la culminación del pacto crea al comerciante las condiciones favorables para lograr hacer el tránsito de actividad o implementar medidas para evitar perjuicios": CSJ, Sala de Casación Civil, SC 5851-2014, 13 mai 2014, Sociedad Marcar Distribuciones Ltda c/ Philip Morris Colombia S.A, dossier n° 11001 31 03 039 2007 00299 01, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, p.46 et 47. Le texte de cet arrêt peut être consulté dans le site officiel de la Corte Suprema de Justicia <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>.

Sur ce sujet voir aussi : Bag's King Ltda, c/ Master Química Ltda, Tribunal d'arbitrage, sentence arbitrale du 25 mars 2011, Cámara de Comercio de Bogotá ; CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt du 19 octobre 1994 ; CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt du 2 février 2001.

indemnisable en droit colombien³⁴³. La Cour de cassation colombienne a en outre pu tenir compte de la situation financière de l'entreprise victime au moment de la cessation pour refuser l'indemnisation de la perte éprouvée, constituée en l'espèce par les frais et dépenses engendrés par la liquidation judiciaire de son entreprise et qui a eu lieu quatre ans après la cessation du contrat de distribution. Pour la Cour, l'analyse des états financiers de l'entreprise victime des années précédant la cessation intempestive du rapport contractuel permettaient de constater les mauvaises conditions financières de la victime au moment de celle-ci, raison pour laquelle la liquidation judiciaire de l'entreprise n'était pas une conséquence directe de la cessation intempestive des relations. La Cour relève par ailleurs la partie délaissée avait continué son activité commerciale après la cessation intempestive du contrat de distribution, de sorte que la liquidation judiciaire de son entreprise, quatre ans après la cessation intempestive des relations, n'était pas une conséquence directe de celle-ci.

II. La prise en compte de la reconversion rapide de la victime dans l'indemnisation des gains manqués

313.- En ce qui concerne l'évaluation du gain manqué subi par la partie victime de la cessation intempestive du contrat, force est de constater que les juges colombiens sont très rigoureux dans leur tâche. En effet, à la différence des juges français, ils tiennent compte du fait de la reconversion de la victime après la cessation intempestive du contrat aux fins de calculer le montant des gains manqués.

³⁴³ “Como tampoco estaría llamada Philip Morris Colombia S.A. a resarcir lo correspondiente al costo del software que debió instalar Marcar Distribuciones Ltda., para el manejo de la información derivada del vínculo contractual, puesto que éste fue necesario para la ejecución del contrato y efectivamente, fue utilizado por el tiempo que éste permaneció vigente y fue cancelado en su totalidad antes de la terminación, siendo objeto de las amortizaciones que contablemente se imponen, en donde, de manera eventual habría lugar a reconocer lo correspondiente a la actualización del mismo que debía realizarse año a año, pero como quedó establecido en la pericia que para el año 2004 dicha actualización no se realizó, no es del caso hacer ese reconocimiento. Lo propio ocurre con las reparaciones locativas que se hicieron a la bodega donde funcionaba la empresa, puesto que igualmente fueron ejecutadas y pagadas totalmente antes de la terminación del contrato, para los años 2002 y 2003, sin que pueda entonces, predicarse de éstas un impacto adverso al patrimonio de la compañía por causa de la terminación de aquél”. CSJ, Sala de Casación Civil, SC 170-2018, 15 février 2018, dossier n° 11001 31 03 039 2007 00299 01, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, publié dans le site officiel de la Cour <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>.

314.- Ainsi, dans l'arrêt de substitution rendu le 15 février 2018, la Cour de cassation prend en compte la reconversion rapide du distributeur qui, après la cessation abrupte du rapport de distribution par son fournisseur, avait réussi à conclure très rapidement avec des tiers des contrats portant sur la sous-distribution de cigarettes de la même marque. Si ces nouveaux contrats lui ont permis d'obtenir une marge d'utilités du 5%, celle-ci résultait cependant inférieure à celle obtenue dans le contrat de distribution cessé intempestivement par son partenaire. En effet, la marge d'utilités obtenue grâce à l'exécution de ce contrat était de 9.3%. Pour la Cour, cette différence dans la marge d'utilités du 4.3% non obtenue par la victime, constitue une lésion patrimoniale certaine qui doit être indemnisée. La cessation abrupte du contrat avait eu lieu le jour même où le terme de durée du contrat fixé par les parties expirait, les parties ayant stipulé le renouvellement automatique du contrat sauf en cas que l'une d'entre elles communique à l'autre sa volonté de ne pas le renouveler. La Cour avait pu retenir un délai de préavis raisonnable de trois mois. Ainsi, pour calculer le gain manqué effectivement subi par la victime, la Cour a d'abord déterminé la marge d'utilités que la victime aurait dû percevoir pendant les trois mois suivants la cessation intempestive du rapport contractuel. La Cour a ensuite comparé ce chiffre aux utilités effectivement obtenues par la victime pendant cette même période en vertu de l'exécution des contrats de sous-distribution conclus avec les tiers. La différence résultante a, de ce fait, été le montant retenu par la Cour à titre de gain manqué.

Conclusion du Titre 1

315.- Le droit des marchés concurrentiels et des marchés de la distribution français et colombien prévoient des dispositifs de réparation du préjudice ou dommage économique subi par les opérateurs à la suite d'une atteinte illégitimement portée à leur activité économique dans le cadre de leurs rapports d'affaires.

315.1.- L'étude de ces différents dispositifs de réparation nous a permis d'identifier deux types de dommage économique. En effet, les droits français et colombien de la concurrence distinguent la lésion portée, par un comportement concurrentiel fautif, au

bon fonctionnement de l'économie générale, de la lésion des intérêts économiques individuels des opérateurs à la suite d'un tel comportement. Un comportement concurrentiel fautif peut donc non seulement léser l'intérêt collectif à la libre et loyale concurrence, et produire ainsi un « dommage à l'économie », mais aussi léser l'activité économique développée individuellement par un opérateur.

315.2.- Mise en œuvre dans le droit de la concurrence, la responsabilité civile appréhende, à travers plusieurs dispositifs, non seulement la lésion des intérêts économiques individuels des opérateurs, mais aussi celle de l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence. La réparation du préjudice économique individuel subi par un opérateur à la suite d'un comportement concurrentiel fautif permet donc au droit civil d'appréhender, ne serait-ce que de manière indirecte, la lésion de l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence. L'action en réparation du dommage économique individuel subi par un opérateur à la suite d'une pratique anticoncurrentielle est en effet connue en droit anglais et américain comme un « *private enforcement* ». C'est-à-dire, comme un soutien ou un renfort apporté par le droit civil à la sanction des comportements anticoncurrentiels et du dommage portée à l'économie par ce genre de comportements.

315.3.- Les droits français et colombien de la distribution prévoient aussi des dispositifs d'indemnisation du préjudice subi par un opérateur du fait d'une lésion à son activité économique. Nous avons en effet étudié les dispositifs prévus dans les deux pays pour indemniser le préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale ainsi que le préjudice subi par un partenaire par le fait de la rupture brutale d'une relation d'affaires établie.

315.4.- L'étude des différents dispositifs de réparation du préjudice ou dommage économique prévus dans les droits colombien et français de la concurrence et de la distribution nous a aussi permis d'identifier les différents postes de préjudice ou dommage économique subi par les opérateurs dans le cadre de leurs rapports d'affaires. Il s'agit de la perte éprouvée, constituée notamment par les frais ou les déboursments réalisés en pure perte à la suite du fait dommageable, et du gain manqué, constitué par les revenus ou les bénéfices que la victime aurait pu obtenir du fait de l'exploitation de

son activité si celle-ci n'avait pas été objet d'une entrave. Ces deux postes de préjudice économique sont parfois indemnisés sous la bannière de la perte d'une chance d'éviter des dépenses infructueuses ou d'obtenir de revenus. Les juges français indemnisent parfois au titre du préjudice moral le dommage subi par un opérateur dont l'activité économique a illégitimement été perturbée. Ce préjudice est parfois entendu comme l'atteinte subie par la victime sur son image ou sur sa notoriété. Il est aussi parfois entendu comme le trouble commercial subi par l'opérateur du fait d'un comportement concurrentiel fautif ou bien comme la désorganisation subie par celui-ci dans son entreprise.

Nous identifierons maintenant le préjudice économique indemnisable à l'aide des solutions apportées par le droit des obligations français et colombien.

Titre 2. L'identification du dommage économique par l'apport du droit des obligations

316.- L'activité économique des agents se développe grâce à la conclusion et l'exécution de divers contrats. Le contrat est de ce fait l'instrument juridique qui permet aux agents économiques d'aménager leurs intérêts. Dans cette optique, la période précédant la conclusion des contrats, c'est-à-dire, celle de la formation des contrats, devient de plus en plus chère aux intérêts des agents économiques. Plus l'opération envisagée est complexe, ou plus son poids économique est significatif, plus les échanges des parties pendant la période précontractuelle deviennent clés dans la détermination du contenu juridique et économique du contrat.

317.- Fondée tout d'abord sur la liberté de contracter des parties, la période précontractuelle est un scénario « risqué » pour les intérêts économiques des parties. Risqué car dans l'espoir de conclure un contrat, les agents économiques investissent souvent une grande partie de leur temps et de leur argent dans la négociation des contrats laquelle peut s'avérer infructueuse. Au vu du comportement du partenaire pendant cette période, les agents économiques peuvent prendre des décisions ou faire des « choix économiques » importants dans le développement de leur entreprise. Une partie peut, par exemple, vu l'état des négociations avec son partenaire, décider de ne pas contracter avec un autre, en refusant de la sorte une possibilité de contrat intéressante.

318.- S'érigeant comme un terrain propice à la production de préjudices économiques, et, face au silence des codificateurs, les juges colombiens et français ont forgé, pendant les dernières décennies, les règles de la période précontractuelle. En droit français, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016³⁴⁴ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée en 2018³⁴⁵, introduit plusieurs

³⁴⁴ Publiée dans le *JORF* n°0035 du 11 février 2016.

³⁴⁵ Par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, NOR : JUSC1612295L.

textes concernant la période précontractuelle³⁴⁶ dans lesquels diverses mentions sont faites à la question de la réparation des préjudices causés pendant cette période. Les apports des droits français et colombien des obligations dans l'identification du préjudice économique sont alors précieux.

319.- L'indemnisation des préjudices économiques subis par les parties pendant la période précontractuelle est fondée tant en droit français qu'en droit colombien des obligations, sur la violation du devoir des parties d'agir de bonne foi (**Chapitre 1**). La violation de cette obligation par une des parties pendant la période précontractuelle peut entraîner des lésions aux intérêts économiques de son partenaire. Le droit des obligations colombien et français ont conçu plusieurs dispositifs de réparation du préjudice économique causé à une partie pendant cette période (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le devoir des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle en droit français et en droit colombien

319.- Les droits français et colombien des obligations ont construit la théorie de la responsabilité précontractuelle sur le fondement du respect des parties du devoir d'agir de bonne foi pendant toute l'étape précédant la conclusion du contrat. La violation d'un tel devoir fonde en effet l'obligation du partenaire fautif d'indemniser les préjudices causés par sa conduite sur le patrimoine de son partenaire. Nous analyserons alors ce qui doit être entendu par période précontractuelle (**Section 1**) avant d'étudier le contenu du devoir des parties d'agir de bonne foi pendant cette période (**Section 2**).

Section 1. La définition de la période précontractuelle

320.- Le droit positif colombien ne définit pas la période précontractuelle. Pourtant, la définition de ce concept est déterminant dans l'identification du fait dommageable

³⁴⁶ Nouveaux articles 1112 à 1127-4 du Code civil français.

source de préjudices dans ce domaine. La période précontractuelle couvre tout l'espace de temps précédant la conclusion d'un contrat, période dans laquelle les parties mènent des négociations tout en manifestant leurs propos, intentions et possibilités³⁴⁷. La doctrine colombienne définit la période précontractuelle comme la période précédant la conclusion du contrat définitif. Elle aurait lieu entre les contacts préliminaires des parties et le moment de la conclusion du contrat. Dans cette période les parties mènent des conversations ou des négociations afin de définir les termes juridiques et économiques du contrat envisagé³⁴⁸.

321.- S'il s'agit d'une période de négociations dans laquelle les parties agissent sur le fondement de leur liberté ou de leur autonomie de la volonté, plus les parties avancent dans la « relation sociale », plus elles engendrent une confiance réciproque³⁴⁹. Les parties investissent souvent une grande quantité de temps et de l'argent pendant le déroulement des négociations : la réalisation d'études techniques, d'analyses financières, est souvent rendue nécessaire face à la complexité de l'opération poursuivie.

322.- La forme dans laquelle la période précontractuelle se déroule dépend de chaque espèce : les parties peuvent ainsi réaliser des actes à travers lesquels elles chercheront notamment à établir une preuve écrite de leur intention d'entrer en négociations ou bien de l'état des négociations qu'elles mènent. C'est le cas notamment des actes des négociations, protocoles, lettres d'intention, *punctations*, accords de principe, accords de négociation, lesquels font état du degré de « murissement » des négociations³⁵⁰. Les parties peuvent ainsi préciser dans ces documents les points sur lesquels elles sont déjà d'accord. Elles peuvent aussi préciser que le contrat s'entendra conclu seulement une fois que les parties se seront mises d'accord sur les éléments essentiels et ou accidentels

³⁴⁷ G. A. MARIN VÉLEZ, « La responsabilidad precontractual en Colombia », *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho Universidad de Medellín, n° 5, Medellín, janvier-juin 2004, p. 59.

³⁴⁸ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 338.

³⁴⁹ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, p. 689.

³⁵⁰ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 372 à 378.

du contrat envisagé (par exemple forme de paiement, taux d'intérêt, garanties)³⁵¹. Elles peuvent aussi convenir par exemple que le contrat ne sera conclu qu'une fois un écrit rédigé.

323.- Les parties peuvent en outre conclure, pendant la période de négociations, des « *avant-contrats* » dans lesquels elles peuvent ménager des obligations ou prestations tendant à protéger leurs intérêts pendant le déroulement des négociations. Tel est le cas, par exemple, des avant-contrats conclus lors de la négociation d'un contrat d'exploitation d'un savoir-faire, dans lesquels les parties conviennent d'une obligation de secret et de non-exploitation, tant pendant la durée des négociations qu'au cas de leur échec³⁵².

324.- Lorsque le contrat est formé par la méthode classique de l'acceptation d'une offre de contrat, la période précontractuelle s'étend jusqu'au moment précédant l'acceptation. En effet, le contrat n'est conclu que par la rencontre de la volonté des deux parties, ce qui n'arrive qu'avec l'acceptation, par le destinataire, de l'offre qui lui a été proposée. Le Code de commerce colombien prévoit en effet, dans l'article 846, que l'offre ne peut pas être retractée après avoir été communiquée au destinataire. Le pollicitant ayant retracté l'offre après communication de celle-ci, est obligé à indemniser les préjudices qui auraient été causés au destinataire du fait de cette rétractation.

325.- En droit français le nouvel article 1116 du Code civil, prévoit l'engagement de la responsabilité extracontractuelle, dans les conditions du droit commun, de l'auteur d'une offre, en cas de rétractation de celle-ci, lorsque la rétractation aurait eu lieu avant

³⁵¹ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 377.

³⁵² En effet, « lors de la négociation d'un contrat de savoir-faire, une certaine divulgation des éléments de celui-ci est inévitable, ne serait-ce que pour intéresser le preneur ou cessionnaire » : N. BINCTIN, « Savoir-faire », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2018 (actualisation : février 2020), n° 47. Voir, à ce sujet, J.-H. GAUDIN, « La négociation des contrats de licence de brevets et de communication de savoir-faire par l'acquéreur », JCP CI 1977. 12362. – H. DUBOUT, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprise », Bull. Joly 1992. 722. – M. VIVANT, « Les clauses de secret », in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Actes du colloque des 17 et 18 mai 1990 à l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 1990, PU Aix-Marseille, p. 101 s. – M. FONTAINE, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RD aff. int. 1991. 3.

l'expiration du délai prévu par l'auteur de l'offre ou bien, avant l'expiration d'un délai raisonnable. Le texte exclut cependant l'indemnisation de la perte des avantages attendus du contrat et de la perte d'une chance de les obtenir.

326.- L'on voit alors que la période précontractuelle englobe plusieurs formes de négociations qui dépendent en réalité des désirs et de la créativité des parties qui agissent selon leurs intérêts. Les parties doivent respecter pendant toute la période précontractuelle le principe de la bonne foi lequel commande un agissement loyal.

Section 2. Le contenu du devoir des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle

327.- Le comportement honnête des parties dans leurs relations juridiques contribue au développement de l'activité économique de celles-ci. Tel semble être la devise adoptée par les droits des obligations colombien et français s'agissant de la période précontractuelle. La preuve en est l'obligation du partenaire qui aurait agi de façon malhonnête ou déloyale, de répondre des préjudices économiques provoqués à son partenaire³⁵³.

328.- En droit colombien, l'article 1603 du même Code institue l'obligation pour les parties d'exécuter le contrat de bonne foi. Le Code de commerce de 1971 est venu consacrer dans son article 863, que « *les parties devront agir de bonne foi exemptée de faute pendant la période précontractuelle. À défaut de ceci, elles devront indemniser les préjudices causés* ». Cependant, avant l'entrée en vigueur du Code commerce de 1971, la jurisprudence colombienne avait pu dégager en matière civil un principe de

³⁵³ “Los nuevos vientos que informan el régimen contractual colombiano han desechado por completo esta postura irresponsable de los sujetos de Derecho y, por el contrario, se ha regulado de manera cabal un escenario propio de responsabilidad civil que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar ‘responsabilidad precontractual’. En este interesante escenario, en veces cruzado con la responsabilidad extracontractual, el precontractante que obra de manera culposa y con su conducta frustra la expectativa negocial de la otra parte debe indemnizar los perjuicios causados con su conducta culposa.”: G. A. MARIN VÉLEZ, « La responsabilidad precontractual en Colombia », op. cit., p. 57-77, notamment p. 54.

responsabilité délictuelle du fait d'un comportement contraire à la bonne foi pendant la période précontractuelle³⁵⁴.

329.- La référence faite par l'article 863 du Code de commerce colombien à la « *bonne foi exemptée de faute* », ne doit pas prêter à confusion. Ce texte n'exige en effet pas une sorte de bonne foi avec des caractères spéciaux. Comme l'expliquait Monsieur le professeur Fernando Hinestrosa, il s'agit de la bonne foi entendue comme le comportement honnête, loyal, correct, « *suivant les standards sociaux et légaux, et plus précisément, qui correspondent aux circonstances* ». « *La bonne foi n'admettant pas de degrés* » [Traduction faite par nos soins]³⁵⁵. Pour le professeur Hinestrosa, « le recours regrettable » à cette expression dans plusieurs textes du Code de commerce colombien, obéit à un souci de différencier la bonne foi « objective », celle exigée aux parties pendant la période précontractuelle, et la bonne foi « subjective »³⁵⁶. La bonne foi « subjective » concerne, selon le professeur Hinestrosa, notamment la question de la possession de biens. La bonne foi « subjective » du possesseur d'un bien permet de qualifier la possession en « régulière » et « irrégulière ». Ainsi, la possession « régulière » du bien, dénote l'absence de connaissance, par le possesseur, de l'existence d'un droit de propriété d'un tiers sur le bien possédé, alors que la possession « irrégulière » d'un bien est celle exercée par le possesseur tout en sachant de l'existence d'un droit de propriété d'un tiers sur le bien qu'il possède. Mais en dehors de la question de la possession des biens, il est préférable, tel que l'expliquait le

³⁵⁴ CSJ, Sala de Casación Civil, 11 mai 1970, Gaceta Judicial n°s 2326, 2327 y 2328: “Infiérese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad [contractual] aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formarse la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr. la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa in contraendo en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana”.

³⁵⁵ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, vol. II, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015, n° 160, p. 387. Voir aussi sur ce sujet, M. L. NEME VILLAREAL, « Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos », *Revista de Derecho Privado*, n° 17, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, juillet-décembre 2009, p. 45-76.

³⁵⁶ « La bonne foi dans un sens subjectif traduit un état subjectif, c'est-à-dire, l'état subjectif de celui qui ne se rends pas compte de ce qu'il est en train de léser un droit d'autrui », P. GALLO, Responsabilità precontrattuale : fattispecie, dans *Rev. Dir. civ.*, I, 2004, citation faite par F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. II, n° 363, p. 733 (Traduction de l'espagnol au français faite par nos soins).

professeur Hinestrosa, de parler de bonne foi toute courte, ce concept n’admettant pas d’adjectifs³⁵⁷. Pour la Cour de cassation colombienne il est impossible de dresser une liste exhaustive des comportements pouvant être contraires au principe de la bonne foi pendant la période précontractuelle, il revient en effet au juge d’analyser dans chaque espèce si le comportement d’une des parties pendant cette période résulte contraire à une devise de loyauté³⁵⁸.

330.- En droit français, l’ancien article 1134 du Code civil établissait le devoir des parties d’agir de bonne foi pendant la période d’exécution du contrat. La jurisprudence française avait pu élargir cette obligation à la période des négociations ou période précontractuelle³⁵⁹. Cette solution jurisprudentielle a été affirmée par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée en 2018³⁶⁰, qui est venue consacrer de manière expresse l’obligation des parties d’agir de bonne foi pendant la période de négociation du contrat. Ainsi, le nouvel article 1104 du Code civil français érige la bonne foi en principe directeur du droit des contrats. « *Figurant au sein des dispositions liminaires, l’article 1104 a les allures, sinon d’un principe général, du moins d’un principe*

³⁵⁷ F. HINESTROSA, op. cit., vol. II, n° 160, p. 387. En ce sens, Tribunal Superior de Bogotá, arrêt du 19 fév. 2010, Asociación de padres de familia del Colegio Anglo Colombiano c/ Ace. Seguros S.A. y Willis Colombia Corredores de seguros S.A.: “(...) en la gestación de un contrato o negocio jurídico, las partes, regularmente, se depositan la suficiente confianza que les anima a ajustar sus intereses en uno u otro sentido; por ello, a la par que ultiman detalles de la negociación, surgen unos deberes de conducta que les impone proceder con transparencia y lealtad; asumen, en definitiva, el compromiso de no agraviar los intereses ajenos (...)”.

³⁵⁸ “ (...) a menudo la celebración del contrato no se logra de un solo golpe, sino que está precedida de una serie de aproximaciones, encuentros e intercambios de opiniones y de consultas entre las partes — lo que autoriza a afirmar metafóricamente que el contrato es, desde esa perspectiva, el punto final de los desacuerdos—, y que es natural que en dicha fase se puedan presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, si es que no ajustan su conducta al secular principio de la buena fe; y dado que sería cuando menos ingenuo atrapar todas las hipótesis que ofrece la realidad, el legislador prefirió una cláusula general con el fin de permitir al intérprete un criterio elástico de valoración, estatuyendo que las partes “deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (C. de Co. art. 863). En verdad, éticamente no hay cómo excluir la buena fe, esa que nadie dudó en exigir en la etapa propiamente contractual, del recorrido que las partes cumplen y transitan previamente, pues desnaturalizada queda cuando se observa a pedazos”. CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt 6775 du 13 décembre 2001, Magistrat rapporteur Manuel Isidro Ardila Velásquez, Revista Jurisprudencia y Doctrina, mars 2002, n° 363, p. 433.

³⁵⁹ Voir par exemple, Civ. 3°, 18 décembre 2012 : n° 11-28.251.

³⁶⁰ Par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, JORF n° 0093 du 21 avril 2018, NOR : JUSC1612295L.

directeur du droit des contrats. Exiger qu'une conclusion se fasse dans le respect du principe de bonne foi, c'est rendre compte de l'importance de l'obligation d'information au stade de la conclusion, de la sanction du dol et de la réticence dolosive et de la loyauté qui préside à toute conclusion d'une convention »³⁶¹. Le texte dispose désormais que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Il prévoit en outre qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public³⁶².

331.- L'article 1112 du même Code vient réaffirmer de manière expresse l'obligation des parties d'agir de bonne foi pendant les négociations précontractuelles en affirmant que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». L'étape précontractuelle de négociation du contrat est alors soumise de manière expresse au respect du devoir d'agir de bonne foi.

332.- Le devoir d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle peut être traduit comme un devoir de loyauté et de rectitude³⁶³. Ce devoir naît de la confiance que chaque partie a en l'autre. En effet, pour le Professeur Hinestrosa, l'obligation d'agir de manière loyale peut trouver son fondement dans le particulier rapport de confiance né entre les parties lors des négociations³⁶⁴. Plusieurs exemples de comportements contraires à la bonne foi pendant la période précontractuelle peuvent être donnés : une partie engage les négociations ou les poursuit tout en sachant qu'il ne conclura pas de contrat, ou elle les engage ou les poursuit dans le seul but d'obtenir information confidentielle du partenaire, ou encore lorsqu'une partie ne fait pas connaître à son partenaire des informations qu'il sait pouvaient avoir une influence considérable sur la décision du partenaire de contracter ou de le faire dans des conditions différentes, ou encore lorsqu'une partie savait que l'information cachée pouvait engendrer la nullité

³⁶¹ M. MEKKI, « Droit des contrats, décembre 2017-décembre 2018 », *D.*, 2019, p. 279.

³⁶² L'ancien article 1134 du Code civil français, abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, établissait le respect de la bonne foi pendant l'exécution du contrat.

³⁶³ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015, n° 360.

³⁶⁴ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 360, p. 729.

du contrat envisagé. Ainsi, lorsqu'une partie rompt de manière intempestive et injustifiée les négociations ou agit d'une telle manière qui force son partenaire à le faire³⁶⁵. Cette dernière hypothèse est d'ailleurs la plus courante et la plus connue en droit colombien en matière de responsabilité précontractuelle.

333.- Le devoir d'agir de bonne foi pendant les négociations implique une attitude diligente des parties : elles doivent fournir en temps utile les informations rendues nécessaires dans le cursus des négociations, faire des propositions concrètes, claires, constructives, ne pas faire une « marche arrière » des accords déjà faits. Le devoir de bonne foi est concrétisé par une attitude diligente des parties, par leur bonne disposition, ce qui n'est pas incompatible avec la satisfaction des intérêts économiques des parties. Les parties doivent être honnêtes et sincères³⁶⁶. Chaque partie doit honorer la confiance que son partenaire a en elle.

334.- Le devoir d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle englobe le *devoir spécifique d'information* lequel a connu un développement important en droit français aussi bien qu'en droit colombien. D'une manière générale, le devoir d'information pendant la période précontractuelle est constitué par le devoir de communiquer de manière spontanée à l'autre partie, l'information qui pourrait influencer la décision de celle-ci. Pour la Cour de cassation colombienne, le devoir d'information pendant l'étape précontractuelle comporte le devoir des parties d'informer leur partenaire de toutes les circonstances qu'elles estiment importantes pour la conclusion du contrat envisagé³⁶⁷.

335.- En droit colombien, le devoir d'information a notamment été développé en faveur des contractants non professionnels et, tout particulièrement, en faveur des consommateurs. À ce sujet, le droit positif colombien prévoit depuis plusieurs décennies, l'obligation des fabricants et distributeurs de donner aux consommateurs

³⁶⁵ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 359.

³⁶⁶ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 342.

³⁶⁷ *CSJ, Sala de Casación Civil*, arrêt du 4 avril 2001, Magistrat rapporteur Jorge Antonio Castillo Rugeles.

une information non mensongère et suffisante sur les composants, les caractéristiques, l'usage, entre autres aspects, des biens et des services commercialisés afin d'éclairer suffisamment le consommateur avant leur acquisition³⁶⁸. La violation de cette obligation d'information pendant la période précontractuelle donne droit au consommateur à l'indemnisation des préjudices qui auraient été causés par une telle faute, autrement dit, qui auraient été le résultat d'une information insuffisante ou mensongère³⁶⁹. Les juges colombiens interprètent ce devoir d'information en matière du droit de la consommation comme une expression du principe de la bonne foi pendant la période précontractuelle³⁷⁰. La loi 1480 du 12 octobre 2011, statut du consommateur, a attribué à ces dispositions le caractère d'ordre public³⁷¹. Le devoir précontractuel d'information a en outre été développé en droit colombien en matière d'assurances où

³⁶⁸ Cette obligation d'information précontractuelle des fabricants et distributeurs a d'abord été prévue par l'article 14 du décret 3466 du 2 décembre 1982. La loi 1480 du 12 octobre 2011 l'a ensuite réaffirmée tout en précisant plusieurs aspects (articles 23 et 34).

³⁶⁹ Décret 3466 du 2 décembre 1982, article 14 et Loi 1480 du 2011, article 23.

³⁷⁰ “ (...) cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discutiría hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho a estar informado, y ojalá bien informado. Ya incluso existen normas positivas que lo requieren sin atenuantes, verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde de un lado se confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos, y el Decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público “deberá ser veraz y suficiente” razón por la cual se priven las leyendas y la propaganda comercial que “...no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos”, disponiendo en consecuencia, que todo productor “... es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor”; y se prevé, además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el Título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados”: CSJ, Sala de Casación Civil, 13 décembre 2001, Magistrat rapporteur Manuel Ardila Velásquez, dossier n° 6775.

³⁷¹ Article 4 de la loi 1480 du 12 octobre 2011.

l'assuré est tenu, envers l'assureur, d'une obligation légale de sincérité concernant l'état du risque assuré³⁷².

336.- En droit français, le devoir d'information précontractuel a surtout connu, pendant les dernières décennies, un développement important dans le domaine du contrat de franchise et, en générale, dans le domaine des réseaux de distribution et de service. En effet, la loi Doubin³⁷³ est venue établir une obligation précontractuelle d'information écrite (Document d'Information Précontractuelle) du franchiseur et, en général, des agents se trouvant à la tête des réseaux de distribution, et en faveur des candidats à la franchise et des participants dans le réseau, dès lors qu'est transmise, au titre du contrat envisagé, l'exploitation d'une enseigne, d'une marque ou d'un nom commercial en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Le document doit être remis au partenaire avant la signature du contrat définitif.

337.- Le devoir d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle englobe en outre le devoir de garder en confidentialité toute l'information concernant l'entreprise

³⁷² Article 1058 du Code de commerce colombien.

³⁷³ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 mise en place afin d'améliorer les rapports économiques, juridiques et sociaux des entreprises commerciales et artisanales. Les dispositions de la Loi Doubin ont été incorporées dans l'article L 130 -3 du Code de commerce français aux termes duquel « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.*

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent ».

du partenaire, chère à celui-ci, et à laquelle l'on a pu avoir accès grâce aux négociations précontractuelles³⁷⁴.

338.- Mais si les droits colombien et français admettent le principe de la réparation des préjudices subis par une partie du fait du manquement, par son partenaire, au devoir d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle, cette indemnisation est limitée, dans les deux pays, à certains chefs de préjudice.

Chapitre 2. La limitation des préjudices économiques indemnifiables résultant d'un manquement au devoir des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle.

339.- Si la bonne foi a été érigée, tant en France qu'en Colombie, en principe directeur des rapports des parties pendant la période précontractuelle, la réparation des préjudices résultant du manquement à ce principe se heurte cependant à une évidence : seulement certains postes de préjudice sont indemnisés à l'exclusion d'autres. L'indemnisation du gain manqué étant en effet écartée dans la plupart des scénarios que nous allons aborder. Nous analyserons par la suite les préjudices économiques indemnisés, en droit colombien aussi bien qu'en droit français des obligations, résultant d'une rupture fautive des pourparlers (**Section 1**), d'un manquement au devoir précontractuel d'information (**Section 2**) et de la violation des avant-contrats (**Section 3**).

³⁷⁴ J. OVIEDO ALBAN, «Tratos preliminares y responsabilidad precontractual», *Revista Universitas*, Éditions Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 115, Bogotá, janvier-juin 2008, p. 83-116, notamment p. 98.

Section 1. L'indemnisation des préjudices économiques résultant de la rupture fautive des pourparlers

340.- Il est important de préciser que la rupture des négociations précontractuelles ne constitue pas en soi-même un comportement fautif. Ce qui est fautif, c'est l'abandon déloyal des négociations. Autrement dit, est fautive la rupture des pourparlers lorsque celle-ci résulte d'un agissement contraire à l'obligation d'agir de bonne foi, ou que trahit la confiance que l'autre partie a en son partenaire. Il reviendra au juge de décider, selon les circonstances de l'espèce, si l'auteur de la rupture a été motivé par l'intention de nuire à son partenaire (dol) ou si, en dehors d'une telle hypothèse, son comportement a été fautif, en appréciant notamment « *l'ancienneté et l'intensité* » des négociations. Pour cela, le juge analysera rigoureusement les explications données par l'auteur de la rupture (telle par exemple, la survenance de difficultés financières au cours des négociations), ainsi que la conduite de la victime « *sur laquelle pèsent les devoirs d'avertissement et de prévision* »³⁷⁵.

341.- Le principe de libre rupture des pourparlers a été affirmé depuis longtemps en droit français³⁷⁶. Il est une expression du principe de l'autonomie de la volonté. Cependant, cette liberté de rompre les négociations précontractuelles est encadrée dans les deux systèmes juridiques par le principe de la bonne foi : « *la liberté ne cesse que là où la déloyauté commence* »³⁷⁷. Cette devise a été consacrée par le nouvel article 1112 du Code civil français aux termes duquel « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Ce texte prévoit en outre, dans son deuxième

³⁷⁵ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015, n° 360, p. 728. Voir aussi à ce sujet, J. E. NARVAEZ BONNET, « *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual en la actividad aseguradora* », *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Éditions Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 19, Bogotá, avril 2003.

³⁷⁶ Voir par exemple Com. 12 janv. 1999 : n° 96-14.604. Com. 4 mai 2010 : n° 09-14.415.

³⁷⁷ D. Malka, « *La loyauté dans la négociation du contrat* », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2012, n° 144, p. 161. – Voir aussi P. Mousseron, « *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle* », *RTD com.*, 1998, p. 244.

alinéa, le principe de la réparation des préjudices causés par faute commise dans les négociations tout en limitant les préjudices indemnifiables. Pour sa part, le Code de commerce colombien consacre à l'article 863 l'obligation des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle à défaut de quoi elles devront indemniser les préjudices causés. La jurisprudence colombienne admet le principe de la réparation des préjudices causés au partenaire par le comportement contraire à la bonne foi pendant la période précontractuelle³⁷⁸.

342.- La responsabilité civile encourue du fait d'une rupture abusive des négociations, c'est-à-dire d'une rupture contraire à la bonne foi, est de nature extracontractuelle. Le régime colombien³⁷⁹ et français³⁸⁰ coïncident sur ce point. En effet, la Cour de cassation

³⁷⁸ “(...) los tratos preliminares, entendidos pues como el conjunto –o plexo- de actividades realizadas por quienes persiguen la celebración de un contrato en aras de concretar los posibles términos del mismo (reuniones, intercambio de opiniones, precisiones varias, etc.) están sujetos al milenar y justiciero principio ‘neminem laedere’, de forma tal, que cuando alguno vulnere o perjudique ilegítima o inconsultamente al otro potencial contratante, nace para quien así procede el inequívoco deber de reparar el correspondiente daño”: CSJ, Sala de Casación Civil, 19 décembre 2006, dossier n° 1998-10363-01.

³⁷⁹ “(...) por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella. Por consiguiente, se ha admitido por la aludida fuente, que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contrahendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose (...) en el marco del Código de Comercio y en relación con el caso concreto, la controversia sobre el tipo de responsabilidad está claramente definida, porque como ya se anotó, el artículo 863 consagra un principio general de responsabilidad durante el período precontractual, sea este, de meras tratativas o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el contrato, bien porque es solemne, ora porque es real. Responsabilidad esta que aparece aún con independencia del surgimiento de un ‘vínculo jurídico’, pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la ‘buena fe exenta de culpa’, según lo declara el artículo 863”: CSJ, Sala de Casación Civil, 28 juin 1989 ; “ (...) en nuestro sistema la responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está en mora de cumplir (art. 1615). Infiérese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formación de la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr., la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa in contrahendo en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana’.”: CSJ, Sala de Casación Civil, 11 mai 1970, Gaceta Judicial n° 2326 y 2327 y 2328, pág. 124. Voir aussi, CSJ, Sala de Casación Civil, 12 août 2002, dossier n° 6151, cité par le professeur Fernando HINESTROSA, ouvrage précité, n° 358, p. 723. Voir aussi CSJ, Sala de Casación Civil, 27 juin 1990, Gaceta Judicial, n° 2439, p. 304.

³⁸⁰ Com. 11 janv. 1984 : n° 82-13.259 ; Bull. civ. IV, n° 16 : « La victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi sur le fondement de la responsabilité délictuelle ». Voir notamment sur ce sujet : H. MUIR-WATT, « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance »,

française a pu, depuis longue date, établir le fondement extracontractuel de la responsabilité issue de la rupture fautive des pourparlers³⁸¹. Le contrat n'ayant pas été conclu, il n'y a pas lieu à parler d'une inexécution contractuelle.

343.- La rupture abusive des négociations ouvre alors droit à la partie qui a en été victime, à la réparation du préjudice subi³⁸². Ce droit à réparation exclu, tant en droit français qu'en droit colombien, la réparation du gain ou des avantages attendus du contrat non conclu, ainsi que celle de la perte de la chance d'obtenir lesdits avantages. Ces deux postes du préjudice économique sont connus en doctrine sous l'expression « *intérêt positif* » (**Paragraphe 1**). La réparation porte alors sur le seul « *intérêt négatif* » qui englobe tous les débours réalisés à l'occasion de la négociation aussi bien que la perte de la chance de conclure un contrat avantageux avec un tiers (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'exclusion de l'indemnisation de la lésion de « l'intérêt positif » en droit français et colombien.

344.- Dans le célèbre arrêt *Manoukian*³⁸³, arrêt de principe rendu en 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a pu, pour la première fois, se prononcer

dans Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, Paris, 2003.

³⁸¹ Elle l'avait fait en 1972, dans un arrêt de cassation affirmant brièvement, sous le visa des articles 1382 et 1383, qu'en cas d'échec des négociations « *la responsabilité délictuelle prévue aux articles susvisés du code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire* » : Civ. 3^e, 3 oct. 1972, *Bull. civ. III*, n° 491. « *C'était à bien des égards (nature de la responsabilité, caractère de la faute) un arrêt fondateur* » : J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. com., 26 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80.

³⁸² Voir sur cette question, entre autres, O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187 ; B. FAGES, *Droit du contrat*, Lamy, spéc. n° 205 s. ; D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637 ; S. MENU, « Réflexions sur le préjudice précontractuel », *LPA*, 1^{er} févr. 2006, p. 6 s. ; J. MESTRE, « La période précontractuelle et la formation du contrat », *LPA*, 5 mai 2000, p. 9 s. ; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.*, 1998, p. 243.

³⁸³ Cass. com., 26 nov 2003: *Bull. civ. IV*, n° 186; *JCP E* 2004, p. 738, note Ph. Stoffel-Munk; *JCP* 2004, I, n° 18 et s. obs. Viney; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2004. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne; *RDC* 2004. 257, obs. D. Mazeaud.

de façon décisive sur les chefs de préjudice à prendre en compte en cas de rupture fautive des pourparlers³⁸⁴. La chambre commerciale a en effet à cette occasion, approuvé la cour d'appel d'avoir « *décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains* ».

345.- Postérieurement, dans un arrêt rendu le 28 juin 2006, la chambre civile de la Cour de cassation française a pu aussi exclure l'indemnisation des gains attendus du contrat envisagé ainsi que celle de la perte de la chance de les obtenir. Dans cette affaire la Cour a en effet exclu le lien de causalité entre la faute consistant dans la rupture abusive des pourparlers et le préjudice constitué par la perte de la chance de réaliser les gains escomptés de la conclusion du contrat³⁸⁵. Elle a ainsi affirmé qu'une « *faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »³⁸⁶.

³⁸⁴ « Car si l'unanimité s'est toujours faite, en cette matière, pour écarter la réparation en nature, à savoir la conclusion forcée du contrat projeté, la désignation du préjudice réparable sous forme de dommages-intérêts a régulièrement posé problème » : J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. com., 26 nov. 2003, RTD civ. 2004, p. 80.

³⁸⁵ « Si le négociateur, victime d'une rupture fautive des pourparlers, ne peut pas obtenir la réparation du préjudice résidant dans la perte d'une chance de tirer profit de la conclusion et de l'exécution du contrat négocié, c'est tout simplement parce que ce préjudice n'a pas été causé par la rupture fautive de la négociation. Il procède exclusivement de la rupture de la négociation, laquelle, en raison du principe de liberté précontractuelle qui domine cette phase du processus contractuel, ne constitue pas une faute. Autrement dit, ce préjudice n'est pas réparable, faute de faute causale et faute de faute » : D. MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins ? », D. 2006. 2963.

³⁸⁶ Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040: D. 2006. 2963, note D. Mazeaud ; JCP 2006. II. 10130, note Deshayes ; JCP 2006. I. 166, n° 6, obs. Stoffel-Munck; JCP N 2006. 1352, note Brusorio; Gaz. Pal. 2006. 3287, note Dagorne-Labbe; CCC 2006, n° 223, note Leveneur; Defrénois 2006. 1858, obs. Libchaber; Dr. et patr. 3/2007. 26, étude Chauvel; RCA 2006, n° 287, note Hocquet-Berg; LPA 11 oct. 2006, note Prigent; RDC 2006. 1069, obs. D. Mazeaud; RTD civ. 2006. 754, obs. Mestre et Fages et 770, obs. Jourdain. Voir aussi Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629 : D. 2012. 2930, note Haftel ; RTD com. 2012. 842, obs. Bouloc.

346.- Tel que plusieurs auteurs français ont pu expliquer, le refus d'indemnisation des avantages escomptés du contrat non conclu ainsi que celle de la perte de la chance de les réaliser, est justifié car d'une part, même menée de bonne foi, la négociation n'aurait pas nécessairement conduit à la formation du contrat négocié, la possibilité d'une rupture des négociations par des causes autres que la faute du partenaire étant toujours latente. D'autre part, une solution contraire conduirait à donner indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu³⁸⁷.

347.- En effet, aucune certitude du lien de causalité entre la rupture fautive des pourparlers et la perte des gains espérés du contrat négocié ne peut être établie. De la même façon, aucune certitude du lien de causalité entre la rupture fautive et la perte de la chance d'obtenir les gains espérés du contrat ne peut non plus être étayée. La raison en est qu'il existe toujours la possibilité d'une rupture des négociations par la volonté des parties. Ceci semble avoir été le raisonnement de la chambre civile de la Cour de cassation française dans l'arrêt du 28 juin 2006 lorsqu'elle a affirmé qu'une « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »³⁸⁸. La Cour semble avoir exigé une certitude sur l'existence d'un lien de causalité exclusive entre la rupture fautive des pourparlers et le préjudice constitué par la lésion de « *l'intérêt positif* » du partenaire victime de la rupture.

348.- Le nouvel article 1112 du Code civil français consacre les solutions jurisprudentielles de la Cour de cassation du 2003 et 2006. En effet, ce texte exclue expressément dans son deuxième alinéa l'indemnisation de la « *perte des avantages attendus du contrat non conclu* » ainsi que celle de la « *perte de chance d'obtenir ces*

³⁸⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2020, n° 278, spéc. p. 268-269.

³⁸⁸ Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040: *D.* 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *JCP* 2006. II. 10130, note Deshayes ; *JCP* 2006. I. 166, n° 6, obs. Stoffel-Munck; *JCP N* 2006. 1352, note Brusorio; *Gaz. Pal.* 2006. 3287, note Dagorne-Labbe; *CCC* 2006, n° 223, note Leveneur; *Deffrénois* 2006. 1858, obs. Libchaber; *Dr. et patr.* 3/2007. 26, étude Chauvel; *RCA* 2006, n° 287, note Hocquet-Berg; *LPA* 11 oct. 2006, note Prigent; *RDC* 2006. 1069, obs. D. Mazeaud; *RTD civ.* 2006. 754, obs. Mestre et Fages et 770, obs. Jourdain. Voir aussi Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629 : *D.* 2012. 2930, note Haftel ; *RTD com.* 2012. 842, obs. Bouloc.

avantages ». Ce faisant, le préjudice réparable à la suite d'une rupture abusive des pourparlers est limité, en droit français, aux dépenses ou frais effectués à l'occasion des négociations et rendus inutiles ou privés de cause par le fait de la rupture des pourparlers.

349.- En droit colombien la solution adoptée est similaire à celle du droit français. La jurisprudence exclu l'indemnisation de « *l'intérêt positif* » qui correspond à « *la disparition des revenus attendus* » de l'exécution du contrat envisagé³⁸⁹. Dans les mots de la Cour de cassation colombienne « *dicho resarcimiento no puede pretenderse bajo características idénticas a las que originarían la indemnización por el no cumplimiento de la prestación pretendida si el contrato promovido hubiese llegado a feliz término, habida cuenta que no es el interés positivo el que debe repararse sino el negativo o de confianza* »³⁹⁰. Ce poste de préjudice économique est donc écarté en droit colombien en matière de rupture abusive des négociations précontractuelles car il ne saurait constituer un préjudice certain. Il ne s'agit pas d'un gain effectivement manqué par la faute du partenaire. En effet, la conclusion du contrat envisagé ne peut aucunement être considérée assurée par les parties, celles-ci devant assumer ou prévoir la possibilité de non-conclusion du contrat négocié³⁹¹.

350.- Cependant, en droit administratif colombien, certaines décisions rendues par le Conseil d'État colombien en matière de marchés publics ont pu admettre l'indemnisation de la totalité des gains attendus par un agent ayant participé dans une procédure d'appel et de sélection d'offres lorsque cette procédure a été interrompue de manière injustifiée par l'autorité publique³⁹².

³⁸⁹ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I et II, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015, n° 367, p. 737.

³⁹⁰ CSJ, *Sala de Casación Civil*, SC 10103-2014, 5 août 2014, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, dossier n° 11001 3103 036 2004 00037 01. Le texte complet de cet arrêt peut être consulté dans la page web de la Corte Suprema de Justicia

³⁹¹ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. II, n° 369, p. 739. et 740.

³⁹² « (...) el sujeto al que se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que ese cálculo del valor de la indemnización

Paragraphe 2. L'indemnisation du seul « intérêt négatif » en droit français et colombien des obligations.

351.- *L'intérêt négatif* concerne la « *perte effective* » entendue comme « *la disparition ou la lésion des éléments constituant l'actif personnel* » de la victime (frais réalisés, dettes acquises) et qui se traduit par la « *diminution final de l'actif* »³⁹³. Pour le Professeur Fernando Hinestrosa, le juge devrait chaque fois faire une balance entre ce qui est la conséquence du manque de loyauté et de rectitude lors de la rupture des négociations, et ce qui correspond à l'assomption de risques par la victime de la rupture, au manque de modération de celle-ci lors de la réalisation de frais inhérents aux négociations. Il devrait en outre essayer de déceler la déloyauté même de la victime ou son manque de sincérité dans la justification des frais³⁹⁴.

352.- À titre d'exemple, l'intérêt négatif peut être constitué par les frais engendrés par l'intervention d'avocats, d'experts et de spécialistes, le transport et l'hébergement des négociateurs, la rédaction d'accords précontractuels, ainsi que les études préalables³⁹⁵ privés de cause par l'abandon fautive des pourparlers³⁹⁶.

incorpore el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al Decreto Ley 222 de 1983 (...) es procedente reconocer al proponente la totalidad de la utilidad que esperaba, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, si se tiene en cuenta que este estatuto prevé el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas (...) el Legislador garantizó al contratista el derecho de percibir las utilidades previstas al momento de formular su propuesta (en presencia de licitación pública) o de celebrar el contrato (contratación directa), según el caso, cuando las mismas no se obtengan por causas que non son imputables a él, situación que permite inferir que para el legislador es obvio y natural que el contratista obtenga las utilidades que proyectó”: CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt du 27 novembre 2002, Magistrat rapporteur María Elena Giraldo Gómez, dossier n° 13792.

³⁹³ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. II, n° 367, p. 737.

³⁹⁴ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. II, n° 368, p. 739.

³⁹⁵ D. MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins ? », *D.* 2006. 2963, n° 8.

³⁹⁶ Cependant, pour le Professeur Mazeaud, l'indemnisation de ce chef de préjudice se heurte à la même difficulté inhérente au lien de causalité entre le préjudice allégué et la faute dans la rupture des pourparlers, mis en lumière par les arrêts de la Cour de cassation de 2003 et 2006 : « Dès lors, soit la victime apportera la preuve que son partenaire avait entamé la négociation sans avoir l'intention de parvenir à un accord et elle obtiendra une indemnisation égale au montant total des frais engagés à l'occasion de la négociation, soit elle démontrera qu'il l'a poursuivie dans le même esprit et elle pourra

353.- Les juges colombiens ont ainsi, considérant comme abusive la rupture par une banque des négociations d'un prêt d'argent, pu condamner celle-ci à l'indemnisation, à titre de l'intérêt négatif, des intérêts de retard que le demandeur du prêt a dû payer au vendeur d'un immeuble. Dans l'espèce, un couple d'époux demande un prêt d'argent à une banque afin d'acheter un immeuble. Celle-ci conditionne l'octroi du prêt à la conclusion d'un contrat d'assurance vie dont le bénéficiaire devrait être la banque. Ce contrat d'assurance permettant ainsi de garantir le paiement du prêt en cas de la mort de l'un des conjoints. La banque prend l'initiative de faire elle-même toutes les démarches nécessaires auprès d'un assureur afin de conclure le contrat d'assurance-vie aux buts d'octroyer le prêt. Faisant confiance à ce que la banque ferait toutes les démarches nécessaires à la conclusion du contrat d'assurance-vie, le couple conclu, après un temps, le contrat d'achat du bien avec le tiers. Malheureusement le mari meurt avant l'octroi du prêt d'argent. Arguant que le contrat d'assurance-vie n'avait pas encore été conclu, la banque nie l'octroi du prêt à la veuve. Celle-ci se voit alors contrainte de demander un nouveau prêt devant une autre banque afin de pouvoir payer le prix d'achat de l'immeuble. Cette situation l'ayant conduit à être en retard dans le paiement du prix d'achat de l'immeuble, elle doit dès lors payer les intérêts de retard prévus dans ce contrat. La veuve poursuit alors la banque afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice économique subi. Les juges constatent la violation, par la banque, du devoir d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle et la condamnent à indemniser, au titre de l'intérêt négatif, les intérêts de retard que la veuve a dû payer au vendeur de l'immeuble³⁹⁷.

réclamer une réparation équivalente aux frais qui n'auraient pas été engagés si la rupture était intervenue plus tôt. En outre, c'est toujours la même règle, selon laquelle seuls sont réparables les préjudices qui n'auraient pas été subis du seul fait de la rupture de la négociation, qui conduit à exclure, en principe, la réparation des atteintes à l'image ou à la réputation de la victime de la rupture. L'échec de la négociation peut, en effet, laisser à penser aux concurrents du négociateur qu'il est dû au manque de compétence, de fiabilité ou de performance de ce dernier. Mais, une fois encore, il en ira ainsi même si la rupture de la négociation n'est pas fautive. Dès lors, faute de preuve d'une faute spécifique ayant provoqué ces préjudices particuliers, tout espoir d'indemnisation paraît vain désormais » : Denis MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins ? », D. 2006. 2963.

³⁹⁷ Tribunal Superior de Medellín, sala primera de decisión civil, 7 avril 2016, *Maria Elena SALAZAR PALACIO et Alejandra Milena SANMARTÍN SALAZAR c/ el BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. (BBVA)*, Magistrat rapporteur Ricardo León Carvajal Martínez.

354.- Certaines décisions rendues par le Conseil d'État colombien en matière de marchés publics limitent l'indemnisation du préjudice subi par le proposant victime d'une rupture injustifiée de la procédure d'appel et de sélection d'offres³⁹⁸ au seul *intérêt négatif*, c'est-à-dire aux seules dépenses et frais effectués par le pollicitant à l'occasion de sa participation dans la procédure par l'administration. À titre d'exemple, ont pu être indemnisés le frais consistant dans le montant payé par le demandant à titre de police d'assurance, ainsi que les dépenses relatives aux déplacements et honoraires des personnes représentant l'entreprise dans le processus d'appel d'offres. Le Conseil d'État colombien admet aussi, à titre d'intérêt négatif, l'indemnisation de la perte de la chance de participer dans un autre marché public³⁹⁹.

355.- Le professeur Hinestrosa inclut en effet dans la catégorie de l'intérêt négatif « *le non-usage alternatif du temps, de l'activité et de l'argent employés de façon inutile* », ce qui peut être entendu comme la perte de l'opportunité de négocier et de conclure un contrat similaire avantageux avec un tiers. La perte de la chance implique ainsi, dans

³⁹⁸ Le Conseil d'État a pu considérer comme une terminaison injustifiée du procès d'appel et de sélection d'offres en vue de la conclusion d'un marché public, le fait de terminer le procès de sélection en raison d'une absence d'une offre satisfaisante, et ce sans aucune justification réelle. Le Conseil d'État a considéré que cette conduite de l'administration était contraire à l'obligation d'agir de bonne foi, obligation qui doit être respectée pendant tout le cours de la formation, conclusion et exécution des contrats des marchés publics : *“Traspolando el supuesto previsto en el artículo 863 del Código de Comercio al ámbito del contrato estatal, puede decirse que una terminación injustificada por parte de la Administración Pública en la formación de un contrato, después de que ésta ha dado elementos necesarios para que los oferentes crean justificadamente en la posibilidad de su celebración, como ocurre cuando, después de fundamentada en estudios previos, abre un proceso de selección en cualquiera de sus modalidades, se elaboran los correspondientes pliegos de condiciones y se reciben las propuestas de los oferentes; si injustificadamente declara desierto un proceso de licitación; será esta una conducta que no consulta la buena fe contractual y generará responsabilidad. Dentro de este contexto normativo será examinado el caso concreto una vez se hayan reseñado las pruebas que obran en el expediente”*: CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt 2011-00109/51376, 26 novembre 2015, Magistrat rapporteur Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dossier n°850012331000201100109 01 (51376), *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n° 534, juin 2016, p. 1119; *Legis*, Biblioteca virtual de jurisprudencia colombiana.

³⁹⁹ “Tampoco hay lugar a reconocer las sumas cuyo reconocimiento solicita el actor a título de lucro cesante, pues no se tiene certeza de que el actor efectivamente percibiría dichas utilidades con ocasión de la celebración del contrato de concesión minera y tal como lo señaló en su concepto el Ministerio Público este no tenía un derecho adquirido a celebrarlo, razón por la cual no resulta entonces procedente reconocer las utilidades de un contrato que no se celebró y sobre las cuales no se tenía certeza alguna si se iban a causar o no y tal como se precisó en líneas anteriores, en materia de responsabilidad precontractual solo se indemniza el interés negativo y no el positivo”: CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt 2011-00028 du 1er avril 2016, Magistrat rapporteur Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dossier n° 11001-03-26-000-2011-00028-00 (41.217). Le texte complet de cet arrêt peut être consulté dans la base de données de *Legis*.

le domaine de la rupture fautive des pourparlers, « *la perte de l'opportunité de conclure un autre contrat de conditions analogues à celles du contrat échappé par l'œuvre du partenaire* ». « *L'admission et l'estimation pécuniaire du contrat dont la chance de conclusion a été perdue, dépendront de la probabilité et de l'économie de cet autre contrat, ainsi que de son impact patrimonial, étant précisé qu'il faut exclure l'indemnisation de l'intérêt positif, c'est à dire, du gain manqué effectivement attendu du contrat qui aurait été conclu avec le tiers*⁴⁰⁰. La Cour de cassation colombienne admet l'indemnisation de ce chef de préjudice⁴⁰¹.

356.- Pour obtenir une telle réparation, la victime devra démontrer d'une part l'existence d'un tel préjudice et, d'autre part, le lien de causalité entre celui-ci et la rupture fautive des négociations. En ce qui concerne l'existence du préjudice, la victime devra démontrer qu'elle avait, à l'époque des négociations, l'opportunité certaine de conclure avec un tiers un contrat accomplissant la même fonction que celle du contrat non conclu, et que ce contrat lui aurait rendu des avantages similaires à ceux recherchés à travers le contrat non conclu. Le montant du préjudice sera alors mesuré sur la base des avantages que la victime de la rupture fautive aurait obtenus du contrat avec le tiers mais il devra être calculé en prenant compte des probabilités qu'il avait de conclure ce contrat. Elle devra en outre démontrer qu'elle a perdu définitivement l'opportunité de conclure le contrat avec le tiers ou bien que la conclusion actuelle de ce contrat ne lui rends pas les mêmes avantages qu'il lui aurait rendus si le contrat avait été conclu à l'époque des négociations.

357.- Concernant le lien de causalité, la victime devra prouver que l'opportunité de conclure un contrat avantageux avec le tiers a été perdue uniquement par le fait de la

⁴⁰⁰ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. II, n° 370, p. 740 et 741.

⁴⁰¹ “Los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo -exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados-, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama “interés negativo o de confianza, ordenado por definición hacia el restablecimiento del (...) daño emergente [y] la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso – v.gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto- que le habría reportado ventaja”: CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt du 23 novembre 1989, Magistrat rapporteur José Alejandro Bonivento Fernández, Gaceta Judicial, t. CXCVI, 2° semestre 1989, p. 123.

rupture fautive des négociations. À ce propos, le professeur Denis Mazeaud, estime que, suivant la raisonnement de l'arrêt rendu le 28 juin 2006 par la chambre civile de la Cour de cassation française, « *si le négociateur, victime de la rupture fautive de la négociation, n'apporte pas la preuve que la faute commise par son partenaire a seule été la cause de la perte de chance de conclure le contrat négocié avec un tiers, et qu'il apparaît donc que cette chance a simplement été perdue en raison de la rupture, il ne pourra pas, en toute logique, obtenir la moindre indemnisation, faute de lien causal et faute de faute* »⁴⁰².

Section 2. L'indemnisation du préjudice économique résultant de la violation du devoir précontractuel d'information.

358.- Le devoir d'information des parties pendant la période précontractuelle est un impératif qui insiste davantage sur un aspect moral. Fondé sur le principe de la bonne foi lequel guide en effet les rapports des parties pendant cette étape⁴⁰³, le devoir d'information cherche la loyauté des parties afin qu'elles se communiquent toutes les données qui seraient déterminantes pour la conclusion du contrat. Le devoir précontractuel d'information a été admis par la jurisprudence française avant d'être consacré expressément dans les textes. Cependant, le devoir précontractuel d'information trouve ses origines dans les idées de R. Von Jhering qui a analysé les conséquences, sur le patrimoine des parties, de la conclusion et exécution d'un contrat qui a dû postérieurement être annulé par un motif qu'un des partenaires connaissait ou devait connaître au moment de la conclusion du contrat⁴⁰⁴. Pour Jhering, la période

⁴⁰² D. MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins ? », *D.* 2006. 2963.

⁴⁰³ Article 1112 du Code civil français et article 863 du Code de commerce colombien.

⁴⁰⁴ La violation de cette obligation conventionnelle tacite de diligence pendant la période précédant la conclusion du contrat conduisait, selon Jhering, à la responsabilité contractuelle de la partie. Tel que monsieur le Professeur Fernando Hinestrosa l'expliquait, le fondement contractuel de la responsabilité de la partie qui avait agi de manière négligente pendant la période précédant le contrat, soutenu par Jhering, s'expliquait par l'admission d'une liberté absolue des parties avant de conclure le contrat. Cependant, poursuit le Professeur Hinestrosa, les divers systèmes juridiques ont ensuite distingué entre la liberté de rompre les négociations et la rupture fautive de celles-ci. Dès nos jours, tel que l'expliquait le Professeur Hinestrosa, les parties ont le devoir d'agir de manière correcte pendant la période

précédant la conclusion du contrat devait être régie par les règles de la faute : les parties devaient être assujetties à une obligation conventionnelle tacite de diligence. Ce raisonnement a conduit Jhering à parler de la *diligence in contrahendo* ou de la *faute in contrahendo*⁴⁰⁵.

359.- En droit français la jurisprudence a progressivement admis l'existence d'un devoir général précontractuel d'information entre les parties. « Prenant conscience de ce que l'inégalité dans l'information peut, tout autant que l'inégalité économique, nuire à l'équilibre du contrat, sensible aussi à l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir, la jurisprudence a progressivement imposé à certains contractants l'obligation d'informer leurs partenaires. À cet effet, elle a pris appui sur la notion de bonne foi. (...) Qualifiée d'obligation de renseignements ou d'information, lorsqu'elle a pour objet des faits objectifs, elle devient un devoir de conseil lorsque celui sur qui pèse ce devoir doit éclairer son partenaire sur l'opportunité du contrat qu'il se propose de conclure, sur ses avantages ou inconvénients, voire même un devoir de mise en garde⁴⁰⁶ lorsqu'il est requis d'attirer tout particulièrement l'attention de celui-ci sur les risques de l'opération qu'il projette »⁴⁰⁷. La jurisprudence française a ainsi admis l'obligation d'information précontractuelle du professionnel envers le profane⁴⁰⁸ mais elle a aussi

précédant la conclusion du contrat. Le manquement à un tel devoir engage la responsabilité civile commun ou extracontractuelle des parties. Plus tard est apparue l'expression « responsabilité précontractuelle » pour désigner une sous espèce à l'intérieur de la responsabilité extracontractuelle JHERING, *Culpa in contrahendo*, 4 Band, Jena, 1860, p. 105, cité par F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015, n° 358, p. 722 et 723.

⁴⁰⁵ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 358 et 359, p. 723 à 227.

⁴⁰⁶ La jurisprudence française parle ainsi du devoir de mise en garde du banquier en matière d'investissements financiers. Voir par exemple, Civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, *Bull. civ.* I, n° 327, *D.* 2005. 3094, note B. Parance. Voir aussi Com. 26 mars et 8 avril 2008, *RDC* 2008. 1178, obs. S. Carval.

⁴⁰⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2013, n° 258, p. 284.

⁴⁰⁸ Les tribunaux français considèrent souvent que le professionnel connaissait ou devait connaître l'information. Voir par exemple, Civ. 1^{re}, 18 avril 1989, *Bull. civ.* I, n° 150, p. 99 : « En sa qualité de professionnel de l'immobilier, [l'agent immobilier] ne pouvait ignorer les désordres apparents qui, en l'espèce, affectaient l'immeuble vendu par son entremise (...) dès lors, en omettant d'informer de l'existence de ceux-ci [les acheteurs] il a manqué à son devoir de conseil ».

pu admettre cette obligation entre particuliers⁴⁰⁹ ou entre professionnels⁴¹⁰. La jurisprudence française a alors admis la réparation des préjudices résultant de la violation de l'obligation d'information précontractuelle et ce sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. La nullité du contrat conclu étant aussi une des sanctions admises par la jurisprudence.

360.- En droit commun français, le nouvel article 1112-1 du Code civil consacre désormais le devoir général précontractuel d'information des parties pendant la période précédant la conclusion du contrat. Ainsi, aux termes de l'alinéa 1^{er} de ce texte, la partie *« qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »*. Ce devoir se fonde sur le principe de la bonne foi prévu désormais de manière expresse en matière précontractuelle dans le nouvel article 1112 du même Code. Il s'agit d'un devoir qui ne peut être ni limité ni exclu par les parties⁴¹¹. Cependant, il ne concerne pas l'estimation de la valeur de la prestation⁴¹².

361.- Aux termes du 3^e alinéa de l'article 1112-1, une information est déterminante pour le consentement d'une partie lorsqu'elle a *« un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »*. Mais, reprenant les mots du professeur Cyril Grimaldi, *« en réalité, il faut probablement comprendre qu'est déterminante l'information qui, d'une part, est déterminante du consentement, et, d'autre part, a un lien direct avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »*⁴¹³. En effet, le devoir général d'information précontractuelle a aussi été prévu dans l'article 1137, 2^e alinéa du Code civil aux termes duquel *« [c]onstitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère*

⁴⁰⁹ Voir par exemple, Civ. 3^e, 30 juin 1993, *Bull. civ.* III, n° 238, p. 145.

⁴¹⁰ Voir par exemple, Com. 4 juillet 1989, *Bull. civ.* IV, n° 213, p. 143.

⁴¹¹ Article 1112 alinéa 5^e du Code civil français.

⁴¹² Article 1112-1 2^e alinéa du Code civil français.

⁴¹³ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016. 1009.

déterminant pour l'autre partie ». Ce texte est ainsi « *le vecteur d'une autre obligation précontractuelle générale d'information, implicite, mais autrement plus importante* »⁴¹⁴.

362.- En droit commun colombien des obligations, le devoir général précontractuel d'information n'a pas été prévu de manière expresse dans aucun texte. Cependant, la doctrine admet son existence sur le fondement de l'obligation légale d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle prévue dans l'article 863 du Code de commerce⁴¹⁵. Le principe de la réparation des préjudices résultant d'un manquement à ce devoir précontractuel d'information par une partie est aussi admis en doctrine. Ce devoir général précontractuel d'information serait, selon certains auteurs, un moyen complémentaire de protection du consentement des parties⁴¹⁶. En effet, le Code civil colombien admet le dol d'une des parties en tant que cause de nullité du contrat dans l'article 1515. La doctrine colombienne entend le dol comme toute machination ou artifice d'une partie destiné à surprendre son partenaire et à obtenir son consentement pour la conclusion même du contrat ou bien pour l'acceptation de certains termes ou conditions de celui-ci. La victime du dol engage ainsi sa volonté sur la base d'une erreur entraînée intentionnellement par son partenaire⁴¹⁷. La réticence dolosive est considérée une manifestation du dol⁴¹⁸. La jurisprudence colombienne distingue entre le « *dol déterminant* » et le « *dol accidentel* ». Le premier est celui qui a été déterminant dans le consentement à la conclusion du contrat alors que le deuxième est celui qui a seulement eu une incidence sur l'acceptation de conditions ou de termes plus rigoureux du contrat. L'article 1515 du Code civil colombien prévoit la nullité du contrat

⁴¹⁴ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016. 1009.

⁴¹⁵ J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2^e éd., Éditions Legis, Bogota, 2009, n° 455 et 457, p. 559 et 561.

⁴¹⁶ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 345, p. 702.

⁴¹⁷ G. OSPINA FERNANDEZ et E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^e éd., Éditions Temis, Bogotá, 2009, n° 232, p. 202.

⁴¹⁸ G. OSPINA FERNANDEZ et E. OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, n° 233, p. 203.

seulement en cas du dol déterminant⁴¹⁹. Cependant, les deux types de dol ouvrent droit à la réparation des préjudices subis par la partie victime du dol⁴²⁰. En effet, l'article 1515 du Code civil prévoit, outre que la nullité du contrat en cas de dol déterminant, la réparation des préjudices subis par la partie victime d'un dol incident⁴²¹.

363.- Ainsi, si un devoir général d'information précontractuel n'a pas jusqu'à présent été consacré par aucun texte en droit colombien, la réparation des préjudices résultant de l'omission, par une partie, de communiquer à son partenaire des informations qu'il connaissait qui pouvaient influencer son consentement soit à la conclusion du contrat soit à l'acceptation de conditions ou de termes plus stricts ou moins avantageux du contrat, peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1515 du Code civil colombien. Cependant, la réparation des préjudices résultant du dol, déterminant ou incident, exige la preuve de l'intention de nuire de la partie qui a commis le dol⁴²². Ce faisant, consacrer un devoir général d'information précontractuel en droit positif colombien permettrait de décharger la victime de la preuve de l'élément intentionnel du partenaire. Si, à l'instar du droit des obligations français, le devoir général d'information précontractuel serait établi en droit positif colombien, la partie victime d'un tel manquement serait déchargée de la démonstration de l'élément intentionnel de la faute précontractuelle. Il lui suffirait de démontrer que son partenaire avait connaissance des informations concernant le contenu du contrat ou la qualité des parties, ou des informations qu'il savait étaient déterminantes pour son consentement à la conclusion du contrat. La partie victime devrait en outre démontrer qu'elle n'était pas en état de connaître de telles informations.

⁴¹⁹ CSJ, Sala de Casación Civil, 23 novembre 1936, Gaceta Judicial 1918, p. 483.

⁴²⁰ G. OSPINA FERNANDEZ et E. OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, n° 233, p. 203.

⁴²¹ Article 1515 du Code civil colombien : "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo".

⁴²² G. OSPINA FERNANDEZ et E. OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, n° 240, p. 207.

364.- Certaines règles particulières en droit colombien et en droit français établissent un devoir précontractuel d'information spécifique à certains contrats. Il en est ainsi en droit colombien où, d'une part, s'agissant du contrat d'assurance, l'article 1058 du Code de commerce prévoit l'obligation de l'assuré d'être sincère sur l'état du risque assurable. La jurisprudence colombienne a pu admettre, à partir de ce texte, le devoir de sincérité dans l'information donné par l'assuré concernant l'état du risque assurable avant et même après la conclusion du contrat d'assurance. D'autre part, une obligation d'information sur les qualités des produits et services offerts aux consommateurs a aussi été établie à l'égard des producteurs et distributeurs dans les articles 23 à 27 de la loi 1480 du 2011⁴²³.

365.- En droit français, un devoir d'information précontractuelle a spécifiquement été consacré en matière des contrats conclus dans l'intérêt commun des deux parties en vue de l'exploitation d'un nom commercial, une marque ou d'une enseigne, et dans lesquels des clauses d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ont été stipulées. C'est ainsi que l'article L330-3 du Code de commerce français oblige la partie mettant à la disposition de son partenaire un nom commercial, une marque ou une enseigne, à fournir à celui-ci un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document doit préciser notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. Il doit être fourni au minimum vingt jours avant la conclusion du contrat envisagé ou, le cas échéant, avant le versement de la somme exigée pour obtenir la réservation d'une zone d'exploitation. L'article R 330-1 du Code de commerce français précise les informations que doit contenir le document d'information précontractuelle mentionné dans l'article L 330-3. L'article R 330-2 du Code de commerce prévoit une peine d'amende en cas de contravention à l'obligation de remise du document d'information précontractuelle prévue dans l'article L 330-3 dans le délai indiqué.

⁴²³ Voir à ce sujet, V. MONSALVE CABALLERO, « La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor », *Vniversitas*, Éditions Pontificia Universidad Javeriana, juin 2012, p. 219-255.

366.- La jurisprudence française admet, au titre de l'article L330-3 du code de commerce, l'indemnisation de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter dans des conditions plus avantageuses en tant que préjudice résultant du manquement au devoir d'information précontractuelle (**Paragraphe 1**). L'indemnisation des dépenses causées par le fait d'une réticence dolosive est aussi admise (**Paragraphe 2**). Considérant qu'ils ne sont pas causés par le manquement au devoir d'information précontractuel, les juges français excluent l'indemnisation du gain manqué ainsi que celle de la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. L'indemnisation de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter dans des conditions plus avantageuses

367.- *La perte de chance de ne pas contracter ainsi que celle de contracter à des conditions plus avantageuses sont considérées par les juges français comme des préjudices résultant du manquement au devoir d'information précontractuelle. C'est notamment en matière de contrat de franchise où la Cour de cassation, fondée sur le devoir d'information précontractuel du franchiseur prévu dans l'article L 330-3 du Code de commerce indemnise ce poste de préjudice. « Contrat préjudiciable, voire 'contrat-préjudice', le contrat de franchise est ainsi source de responsabilité pour le franchiseur négligent dans l'accomplissement de son devoir précontractuel d'information »⁴²⁴.*

368.- En matière de contrat de franchise d'abord, la Cour de cassation française a pu affirmer dans un arrêt rendu le 12 janvier 2012, que : « *le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus* »⁴²⁵. Dans

⁴²⁴ Alexandre RIÉRA, obs. sous Com. 25 nov. 2014, n° 13-24.658 : *AJCA* 2015. 138

⁴²⁵ Com. 31 janv. 2012 : n° 11-10.834, *Distribution Casino France c/ Asinat Distribution*.

l'espèce, la société Distribution Casino France avait conclu avec la société Asinat Distribution un contrat de franchise pour une durée de cinq ans pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne Ecoservice. Aux termes de ce contrat, le franchisé s'engageait envers le franchiseur au versement, en contrepartie des services apportés, d'une redevance équivalente au 1,5% du chiffre d'affaires TTC. Trois ans et demi après la date de début du contrat, le franchisé décide de résilier le contrat. Le franchiseur assigne alors le franchisé devant le tribunal de commerce afin de le voir condamner au paiement des marchandises impayées ainsi qu'au préjudice résultant de la cessation anticipée du contrat. Le franchisé présente à son tour demande reconventionnelle en demandant notamment la condamnation du franchiseur à lui indemniser le préjudice résultant de son manquement au devoir d'information précontractuelle. Le Tribunal a fait droit aux demandes du franchisé. Ayant interjeté appel du jugement, le franchiseur arguait devant la Cour d'appel de Lyon qu'à l'issue du premier exercice, le franchisé avait réalisé 83% du chiffre d'affaires mentionné dans les comptes prévisionnels, et que dans certaines périodes postérieures au premier exercice, le chiffre d'affaires mentionné dans les comptes prévisionnels avait même été atteint par le franchisé. Le franchiseur affirmait alors que les comptes prévisionnels d'exploitation du fonds de commerce fournis au franchisé pendant la période précontractuelle n'étaient pas fantaisistes. Pour le franchiseur les difficultés économiques éprouvées par le franchisé pendant l'exécution du contrat étaient dues principalement à un « *problème de démarque insuffisamment maîtrisé* ». Le franchisé faisait valoir plusieurs défauts dans l'information rendue par le franchiseur préalablement à la conclusion du contrat⁴²⁶. La cour d'appel constate le manquement par le franchiseur au devoir précontractuelle d'information. Elle signale en effet les écarts constatés entre les chiffres d'affaires prévus par le franchiseur dans ses comptes prévisionnels et les chiffres d'affaires

⁴²⁶ Le franchisé estimait que le manquement du franchiseur à son devoir d'information précontractuelle pouvait être déduit de plusieurs faits : l'information sur les entreprises liées par un contrat de même nature ayant cessé de faire partie du réseaux au cours de l'année précédant portait sur d'autres enseignes que celle concernant le contrat de franchise ; l'état du marché général communiqué au franchisé ne précisait pas le positionnement de l'enseigne sur le marché ; les information sur le marché local ne comportaient aucun renseignement sur le nombre d'habitants, la consommation annuelle par habitant, la répartition socio-professionnelle des ménages, les performances du réseaux ou celles des concurrents, ni sur les perspectives d'évolution. Le franchisé arguait aussi le caractère fantaisiste des comptes prévisionnels apportés par le franchiseur. Il se plaignait en outre de ce que la marge qu'il avait pratiquée s'était fondée sur la politique de prix conseillés par le franchiseur ainsi que sur les prix pratiqués par les concurrents immédiats. (CA Lyon, 4 novembre 2010, n° 09/05848).

effectivement réalisés par le franchisé au cours de plusieurs exercices pendant l'exécution du contrat (écart constaté du 17% à 25%). Elle reproche en outre au fournisseur l'absence d'explication sur les bases et la méthode d'élaboration des comptes prévisionnels, outre que le manque d'éléments de comparaison avec des superettes se trouvant dans des zones comparables en superficie ou en population. Elle condamne alors le franchiseur à indemniser le franchisé de la « *perte de chance d'exploiter un magasin ne serait-ce que passablement rentable* », préjudice évalué à hauteur de 85.000 Euros. Cette décision fût cependant casée par la Cour de cassation le 31 janvier 2012. La cour d'appel de renvoi⁴²⁷ constate le caractère non sérieux et déloyal de l'information contenue dans les comptes d'exploitation prévisionnels, ce qui a empêché le franchiseur de contracter à des conditions plus avantageuses que celles accordées. La cour retient l'argument du franchisé selon lequel sa perception sur la rentabilité espérée de l'activité a été faussée par les comptes d'exploitation prévisionnels fournis par le franchiseur pendant la période précontractuelle. Les juges ordonnent donc l'indemnisation de ce chef de préjudice à un hauteur de 60.000 Euros.

369.- Dans un autre domaine, celui du *contrat de cession de droits sociaux*, la perte de chance de contracter dans des conditions plus avantageuses a aussi été admise en tant que préjudice indemnisable lorsqu'elle résulte du dol d'une des parties pendant la période précontractuelle. Mais dans ce cas la partie victime du dol ne doit pas avoir demandé la nullité du contrat conclu. La Cour de cassation française a ainsi affirmé dans un arrêt du 10 juillet 2012 rendu au visa des anciens articles 1116 et 1382 du Code civil français⁴²⁸ que : « (...) *la société P ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses* ». En effet, le contrat annulé étant censé n'avoir jamais existé, le cessionnaire ne peut, sauf à méconnaître les conséquences mêmes de la nullité prononcée, réclamer l'allocation d'un préjudice économique correspondant à la perte de la chance de conclure un contrat

⁴²⁷ CA Lyon, 27 février 2014, n° 12/02379.

⁴²⁸ Com. 10 juill. 2012 : n° 11-21.954.

dans des conditions plus avantageuses⁴²⁹. La Cour de cassation retient cette même solution lorsque le franchisé, fondé sur la réticence dolosive du franchiseur, agit en nullité du contrat de franchise. « *Le contrat de franchise annulé étant censé ne jamais avoir existé, la société K3 ne peut utilement, sauf à méconnaître les conséquences mêmes de la nullité prononcée, réclamer l'allocation d'un préjudice financier correspondant à la non obtention des résultats commerciaux qu'elle eût été en droit d'attendre de l'exploitation de la franchise considérée* »⁴³⁰.

370.- Le droit des associés du franchisé de demander indemnisation de leur préjudice personnel et individuel résultant du manquement du franchiseur à son devoir précontractuel d'information, a aussi pu être admis par les juges du fond français au titre de la perte de chance de ne pas apporter leurs fonds dans la société victime ou de s'y impliquer dans des meilleures conditions. « *Le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de chance de ne pas contracter, et s'agissant de M. Y de ne pas apporter des fonds dans la société qu'il a constitué pour les besoins de la franchise, ou de s'y impliquer dans des meilleures conditions. En conséquence, seule la perte de chance de ne pas apporter dans ces conditions la somme de 50.000 euros en compte courant d'associé peut être pris en compte, à l'exclusion de la perte de chance de percevoir les gains attendus. Cette perte de chance, en fonction des éléments de l'espèce précédemment analysés, sera réparée par l'octroi d'une somme de 20.000 euros au titre des dommages et intérêts* »⁴³¹.

371.- En fin, s'agissant du contrat de cautionnement, les juges français ont aussi admis l'indemnisation de la perte de chance de ne pas contracter subi par la caution qui se serait engagée à cause d'un défaut d'information précontractuelle commis par le

⁴²⁹ Il est très probable d'ailleurs que si la société victime de la réticence dolosive précontractuelle avait décidé de demander la nullité du contrat, elle aurait été indemnisée, par le jeu des restitutions, du prix payé par les actions cédées. Dans cette hypothèse, elle aurait pu en outre demander à être indemnisée des dépenses effectuées en raison de l'exécution du contrat conclu.

⁴³⁰ Com. 18 oct. 2011, n° 10-23.524: RJDA 2012, n° 151; RDLC 2012, n° 1, p. 125, obs. Martin.

⁴³¹ Versailles, 17 oct. 2013, RG n° 11/07740. Voir aussi en ce sens, Paris, 21 janv. 2009, RG n° 06/16463.

créancier⁴³². Certains auteurs français, critiquent la position de la Cour de cassation en estimant que « *l'on ne saurait être indemnisé de s'être librement engagé* »⁴³³. Cependant, nous estimons que l'indemnisation de la perte de chance de ne pas contracter subi par la caution est légitimée car son consentement a été donné grâce au défaut dans l'information fournie par le créancier à la caution avant la conclusion du contrat. C'est précisément ce défaut d'information ce qui a empêché la caution de décider de ne pas contracter. Le montant du préjudice constitué par la perte d'une chance de ne pas contracter sera forcément inférieur au montant de la caution.

372.- La réparation des dépenses réalisés par une partie en exécution d'un contrat conclu à cause de la réticence dolosive d'une des parties est aussi admise par les juges français.

Paragraphe 2. La réparation des dépenses faites par une partie en exécution d'un contrat conclu à cause de la réticence dolosive du cocontractant.

373.- Le dol, sanctionné par l'ancien article 1116 ainsi que par le nouvel article 1137 du Code civil français, implique le devoir des parties d'être sincères envers leur partenaire concernant toutes les circonstances qui pourraient influencer son consentement ou sa volonté de contracter. Le deuxième alinéa du nouvel article 1137 prévoit de manière expresse la réticence dolosive en tant qu'une manifestation du dol : « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». L'article 1178 du Code civil français prévoit la possibilité de la partie victime du dol, c'est-à-dire la partie lésée, de demander, indépendamment de l'annulation du contrat, la réparation du préjudice subi du fait du dol, dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

⁴³² Com. 20 oct. 2009, n° 08-20.274, D. 2009. 2971, note D. Houtcieff ; *ibid.* 2607, obs. X. Delpech.

⁴³³ Dimitri HOUTCIEFF, note sous Com. 20 oct. 2009, n° 08-20.274, D. 2009. 2971.

374.- Lorsque, fondée sur la réticence dolosive de son partenaire, une partie demande la nullité du contrat et la réparation du préjudice économique résultant de ce dol, les juges français octroient souvent l'indemnisation des frais et dépenses réalisées par la partie victime en raison de l'exécution du contrat conclu et déclaré nul. Il en a été ainsi par exemple, dans un arrêt du 4 janvier 2000, où la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir condamné une société venderesse d'un camion à indemniser l'acquéreur du montant des intérêts des emprunts souscrits par celui-ci pour payer le prix du camion. Se plaignant de la réticence dolosive du vendeur sur la date réelle de fabrication du camion, l'acquéreur avait assigné la société venderesse en annulation du contrat de vente et en réparation de son préjudice. Constatant la réticence dolosive du vendeur, les juges de fond ont déclaré la nullité de la vente et condamné le vendeur à restituer à l'acquéreur le prix du camion avec intérêts du jour du paiement, mais aussi à lui indemniser du montant des intérêts payés du fait de l'emprunt souscrit pour payer le prix. Dans son pourvoi en cassation, la société venderesse reprochait notamment à la cour d'appel d'avoir réparé deux fois le même préjudice, en violation des anciens articles 1153 et 1382 du Code civil. Pour la Cour de cassation il s'agit de deux préjudices bien distincts : « *Mais attendu qu'en condamnant la société Grove à payer à M. Y... les intérêts légaux sur le prix du camion à compter du paiement et des dommages-intérêts en réparation, notamment, des frais des emprunts souscrits pour l'achat de ce camion, la cour d'appel, loin de réparer deux fois le même préjudice, a indemnisé M. Y... de l'indisponibilité de la somme indûment versée et du dommage causé par les manœuvres dolosives de la société Grove ; que le moyen n'est pas fondé* »⁴³⁴. En effet, par le jeu de restitutions, l'acquéreur a pu voir la somme payée à titre de prix réintégrée dans son patrimoine. Cette restitution du prix payé ne pouvait pas méconnaître le préjudice constitué par la perte de disponibilité de cette somme d'argent dès le jour du paiement du prix. Si la restitution du prix ordonnée consécutivement à la déclaration de nullité du contrat devait indéfectiblement comprendre le paiement d'intérêts sur la somme payée, le préjudice constitué par les intérêts des emprunts souscrits par l'acquéreur restaient cependant dehors le jeu des restitutions. Ce préjudice est ainsi indemnisé sur le fondement de l'ancien article 1382

⁴³⁴ Com. 4 janvier 2000, n° 96-16.197 : CCC 2000, n° 79, note Leveneur.

du Code civil, les manœuvres dolosives du vendeur pendant la période précédant le contrat constituant une faute délictuelle.

375.- Dans un autre arrêt du 16 mars 2011, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir condamné la venderesse d'un immeuble au paiement des dépenses effectués par l'acheteur en raison de travaux du désamiantage de l'immeuble, ceci après avoir constaté la réticence dolosive de la venderesse qui avait dissimulé à l'acheteur la nécessité de réaliser de tels travaux sur l'immeuble vendu : *« ayant relevé qu'en dissimulant à Mme Y... les informations dont ils disposaient quant à la présence d'amiante dans les murs et les cloisons, les consorts X... lui avaient, par là même, dissimulé les risques auxquels elle serait exposée lors de la réalisation de travaux et la nécessité dans laquelle elle se trouverait de faire procéder préalablement au désamiantage de l'immeuble, la cour d'appel, qui a caractérisé la certitude du préjudice, a pu en déduire que les vendeurs devaient être condamnés à des dommages-intérêts correspondant au coût des travaux de désamiantage »*⁴³⁵.

Paragraphe 3. L'exclusion du gain manqué et de la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat conclu.

376.- Les juges de fond refusent l'indemnisation du gain manqué du franchisé pendant l'exécution du contrat du fait d'un manquement au devoir d'information précontractuelle prévu dans l'article L 330-3 du Code de commerce français. Dans l'affaire jugée entre les sociétés Casino et Asinat Distribution, la Cour d'appel de Lyon avait en effet refusé l'indemnisation des revenus attendus du contrat par le franchisé et calculés sur la base du chiffre d'affaires estimé dans les comptes prévisionnels fournis par le franchiseur pendant la période précontractuelle. Pour refuser l'indemnisation du gain manqué, les juges du fond ont estimé que les comptes prévisionnels *« ne constituaient pas une promesse de rentabilité à hauteur des chiffres indiqués »*⁴³⁶. Dans

⁴³⁵ Civ. 3^e, 16 mars 2011, n° 10-10.503 P: D. 2011. Actu. 946; *RLDC* 2011/82, n° 4228.

⁴³⁶ CA Lyon, 4 novembre 2010, n° 09/05848.

sa décision du 31 janvier 2012⁴³⁷, la Cour de cassation française exclue l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat de franchise conclu et limite donc l'indemnisation du préjudice subi par le franchisé du fait du manquement du franchiseur au devoir d'information précontractuelle, à la perte de chance de ne pas contracter ou de contracter dans des conditions plus avantageuses. Cette solution a été reprise dans plusieurs autres décisions de la Cour de cassation et elle se fonde sur le raisonnement suivant : il n'existe aucun lien de causalité entre les gains manqués et la faute du franchiseur. À supposer que le franchisé avait été bien renseigné, tout au plus lui aurait-il été possible de renégocier ou de refuser le contrat qui lui était proposé⁴³⁸. Pour reprendre la formule du professeur Philippe Stoffel-Munck : « *il s'agit de remettre la victime dans la situation où elle aurait été si elle avait été sérieusement informée ; non dans celle où elle serait si la réalité avait correspondu à ses illusions* »⁴³⁹.

378.- Certains auteurs français sont partisans de rendre obligatoire l'information erronée transmise par l'une des parties et élargir ainsi le contenu du contrat⁴⁴⁰. L'article 3:109 du Projet de cadre commun de référence⁴⁴¹ prévoit à cet égard que « *lorsque le professionnel n'a pas fait ce dont il était tenu en vertu des articles précédents de la présente section et qu'un contrat a été conclu, il est tenu en vertu de celui-ci des obligations que l'autre partie pouvait raisonnablement attendre en raison du défaut d'information ou de son inexactitude* ». Cette façon d'apprécier les effets du manquement à un devoir d'information précontractuelle par une partie conduirait à l'indemnisation des avantages attendus du contrat conclu ainsi qu'à celle de la perte de chance d'obtenir de tels avantages.

⁴³⁷ Com. 31 janv. 2012 : n° 11-10.834, Distribution Casino France c/ Asinat Distribution.

⁴³⁸ Alexandre RIÉRA, obs. sous Com. 25 nov. 2014, n° 13-24.658 : *AJCA* 2015. 138.

⁴³⁹ Ph. Stoffel-Munck et C. Bloch, « Responsabilité civile », chron., *JCP* 2012. Doctr. 1224, n° 2.

⁴⁴⁰ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 640.

⁴⁴¹ En 2005, l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée ont adhéré au Réseau commun créé et financé par le sixième programme-cadre de la Communauté européenne, en vue de l'élaboration d'un Cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats.

379.- En droit colombien, les hypothèses de condamnation en indemnisation de préjudices sur le seul fondement d'un manquement au devoir d'information précontractuelle sont rares. Nombreuses actions sont engagées sur le fondement du dol d'une des parties pendant la période précontractuelle, dans lesquelles la victime cherche notamment la déclaration de nullité du contrat conclu avec la restitution des prestations fournies. Nous avons cependant pu relever une décision du Conseil d'État colombien qui, en matière de marché publics, a condamné l'État colombien en indemnisation du préjudice économique subi par les associés d'une société ayant acquis une part des droits sociaux d'une entreprise de l'État dédiée à la fourniture d'énergie électrique. Les associés se plaignaient du préjudice économique subi du fait d'un défaut d'information du vendeur, en l'espèce l'État, concernant un passif de la société dont les droits sociaux venaient d'être cédés. L'entreprise ayant acquis cette part des droits a dû faire face à la totalité de ce passif. Les associés se plaignaient de ce que, s'ils avaient connu l'existence de ce passif avant la conclusion du contrat, ils auraient certainement négocié le prix des actions à une valeur moindre. Le Conseil d'État colombien fait droit à leur prétention et, faisant appel à l'équité, évaluent le préjudice des associés à un montant égal à la dette payée par la société acquérant. Les conseillers ont en effet estimé que si les associés avaient connu l'existence de ce passif pendant la période précontractuelle, ils auraient certainement réduit le prix qu'ils étaient prêts à payer pour les droits sociaux en une quantité au moins égale au montant de la dette. Ils ont en effet considéré que « *l'évaluation économique du paquet d'actions négocié aurait été moindre si les associés avaient eu connaissance de l'existence du passif* » [Traduction faite par nous]⁴⁴². Les juges colombiens n'ont pas envisagé le préjudice

⁴⁴² “La equidad para cuantificar el perjuicio. En este caso aparece de manera objetiva que se ha causado un daño a los inversionistas que tiene como origen la omisión de informarles sobre la existencia de un pasivo, pues es evidente que la valoración económica del paquete accionario hubiese sido inferior si se hubiera tenido noticia de él.

Empero, ha de tenerse en cuenta que la cuantía del perjuicio no resulta establecida de una manera tan clara toda vez que el pasivo omitido, junto con sus intereses que ascendieron a \$22.415.425, fue cancelado ulteriormente por la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P., quien, como persona jurídica, es una persona diferente a cada uno de los socios individualmente considerados y en consecuencia parecería, prima facie, que no podría afirmarse que la cuantía del perjuicio sea igual al valor del pasivo porque no fueron los inversionistas quienes lo pagaron.

Sin embargo, partiendo de los hechos objetivos consistentes en que se vendió un paquete accionario de la CHB, que los inversionistas solicitaron la información financiera, que La Nación dijo suministrarla, que se omitió incluir en los estados financieros un pasivo a favor de ISAGEN por valor de \$212.915.494, la Sala cuantificará equitativamente el valor del perjuicio en esta misma suma pues

comme la perte d'une chance de conclure le contrat dans des conditions plus avantageuses, mais ils ont ordonné l'indemnisation de la plus-value payée par la victime du fait d'un manquement au devoir d'information précontractuelle. Ils ont estimé que si les victimes avaient été correctement informées pendant la période précontractuelle, elles auraient décidé de contracter et l'auraient fait dans des conditions plus avantageuses.

380.- Le raisonnement des juges colombiens dans cette espèce se rapproche en quelque sorte des propositions du Cadre commun de référence mentionnées plus haut. En effet, en indemnisant les associés de la plus-value des actions payée en vertu d'un défaut d'information précontractuelle, les juges colombiens ont rendu le vendeur, en l'espèce l'État, responsable de la dette omise dans l'information précontractuelle fournie à l'acheteur et qui concernait l'état financière et économique de la société cédée.

Section 3. L'indemnisation du préjudice économique résultant de la violation des avant-contrats

381.- Les avant contrats ou contrats préparatoires constituent des « *contrats ponts* » permettant d'arriver à un « *contrat fin* ». Répondant bien à la qualification de contrat, ils unissent irrévocablement ceux qui l'ont librement conclu.

382.- La force et l'efficacité des avant-contrats ont longtemps été débattues en droit français du fait de l'ambivalence de ces actes. « *Incontestablement contrats, sans pour autant incarner le contrat définitif, une réticence était classiquement observée en cas de manquement des débiteurs des avant-contrats à leurs obligations contractuelles. Car forcer l'exécution de l'avant-contrat peut conduire insidieusement*

considera ajustado a la realidad y a la lógica que normalmente los pasivos inciden en la valoración económica de las acciones”: CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt du 19 décembre 2012, Magistrat rapporteur Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dossier n° 25000-23-26-000-1998-00324-01 (22043), Endesa de Colombia S.A. et autres c/ Nación -Ministerio de Hacienda y crédito público, Ministerio de minas y energía.

à contraindre à la conclusion du contrat définitif, ce que les parties n'avaient pas souhaité, ainsi que le suggère le recours à un avant-contrat »⁴⁴³.

383.- Les réformes introduites en droit français par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 en matière des avants contrats qui sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat, font état de la volonté du législateur français d'affirmer la force obligatoire de ces avants contrats. Une jurisprudence récente rendue en application des textes en vigueur avant la réforme de 2016 s'engage aussi dans cette même voie. Dans un arrêt rendu le 6 décembre 2018 la Cour de cassation précise que « *le pacte de préférence implique l'obligation, pour le promettant, de donner préférence au bénéficiaire lorsqu'il décide de vendre le bien* ». La souscription d'une promesse unilatérale de vente avant l'expiration du pacte de préférence portant sur la vente du même bien, constitue une violation de celui-ci⁴⁴⁴.

384.- Connus de la pratique, ces avant contrat « *n'avaient pas suscité l'intérêt du législateur de 1804, laissant dès lors à la jurisprudence, aux praticiens et à la doctrine le soin d'élaborer la notion et d'en forger le régime* »⁴⁴⁵. La réforme du droit français des obligations opérée en 2016 met au clair le droit du bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de contrat de recevoir réparation du préjudice subi du fait de la violation de ces avants contrats. Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat aussi bien que le bénéficiaire d'un pacte de préférence sont dès lors en droit d'exiger, en cas d'inexécution par le promettant, et par application du nouvel article 1217 du Code civil français, soit l'exécution forcée de l'avant-contrat ainsi que l'indemnisation du préjudice résultant de l'exécution tardive du contrat, soit la réparation des conséquences de l'inexécution de l'avant-contrat. Les articles 1123 et 1124 du Code civil relatifs au pacte de préférence et à la promesse unilatérale de contrat, mettent en œuvre notamment des dispositifs spécifiques qui favorisent la

⁴⁴³ S. TISSEYRE, « Plus d'efficacité pour les pactes de préférence », D. 2019. 294.

⁴⁴⁴ Civ. 3^e, 6 déc. 2018, n° 17-23.321 P : D. 2019. 294, note Tisseyre; ibid. 298, avis Brun; ibid. 279, obs. Mekki ; *AJ contrat* 2019. 79, obs. Pillot ; *RTD civ.* 2019. 96, obs. Barbier ; ibid. 126, obs. Gautier ; *RDC* 2019. 20, note Laithier.

⁴⁴⁵ S. TISSEYRE, « Plus d'efficacité pour les pactes de préférence », D. 2019. 294.

réparation in nature du préjudice subi par le bénéficiaire du fait de la violation de ces avant-contrats. Ces mécanismes permettent en effet l'exécution forcée de ces avants contrats.

385.- En droit colombien, en absence de textes spécifiques réglant la question de la violation de ces avants contrats, la jurisprudence met en œuvre l'article 1610 du Code civil qui règle la question de l'inexécution des obligations de faire. Ce faisant, le bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse de contrat est en droit, en cas d'inexécution de son partenaire, soit de demander l'exécution forcée du contrat avec l'indemnisation des préjudices résultant du retard dans l'exécution de l'avant contrat, soit de demander l'indemnisation des préjudices subis du fait de son inexécution.

Paragraphe 1. L'indemnisation du préjudice résultant de la violation du pacte de préférence.

386.- Aux termes du nouvel article 1123 du Code civil français, « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». Il s'agit d'une définition claire qui laisse la plus grande liberté aux parties dans la détermination du contenu du pacte. En effet, dans un pacte de préférence, le débiteur s'engage simplement à proposer une offre par priorité pour la conclusion éventuelle du contrat envisagé dont les termes n'ont pas à être déterminés dans le pacte⁴⁴⁶. Le texte avalise ainsi une jurisprudence française constante suivant laquelle « *la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence* »⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ « Les conditions de validité du pacte de préférence sont minimales. En dehors des domaines où il est réglementé, seules deux conditions doivent être remplies : d'une part, la nature et l'objet du futur contrat doivent être prévus. D'autre part, le pacte doit laisser au débiteur la faculté de conclure avec un tiers si le créancier décline la proposition » : H. KENFACK, « Pacte de préférence et condition potestative 'virtuelle' », D. 2003. 1190.

⁴⁴⁷ Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700 : D. 2003. 1190, note H. Kenfack. « Il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé qui ne sera conclu ultérieurement que s'il advient que le promettant en décide ainsi » : Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, n° 98-20.673 P : JCP 2002.

387.- La question du pacte de préférence est réglée dans l'article 862 du Code de commerce colombien qui limite le délai du pacte de préférence à un an. En outre, le texte colombien exige la détermination du prix et des conditions du contrat éventuel ou, en tout cas, l'alignement des parties, dès la conclusion du pacte de préférence, au prix et aux conditions qui seraient proposés par un tiers intéressé à contracter avec le débiteur de la préférence.

388.- Le pacte de préférence est un avant-contrat ayant un large domaine d'application. Il peut concerner notamment le bail, la donation, le contrat d'édition, les contrats de distribution, le contrat de travail, le contrat de franchise⁴⁴⁸. Le Code de commerce colombien prévoit en effet dans son article 974 le pacte de préférence dans le contrat de fourniture de biens ou de services.

389.- En tant que contrat, le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut demander l'exécution forcée de celui-ci, pour autant qu'elle soit possible (I). Dans le cas contraire, l'indemnisation par les biais des dommages et intérêts demeure possible (II).

I. L'exécution forcée du pacte de préférence en cas de la conclusion d'un contrat avec un tiers en violation du pacte.

390.- Le nouvel article 1123 du Code civil français affirme la force obligatoire du pacte de préférence. Le contrat conclu entre le débiteur du pacte et un tiers de mauvaise foi en violation du pacte de préférence est dès lors inopposable au bénéficiaire. Le texte prévoit ainsi le droit du bénéficiaire de demander, selon son choix, soit la nullité du contrat conclu avec le tiers soit sa substitution dans les droits du tiers dans le contrat conclu en violation du pacte. Il s'agit ainsi de la mise en œuvre d'une des sanctions prévues par l'article 1217 du Code civil français en cas d'inexécution des engagements,

I. 134, n^{os} 1 s., obs. Labarthe ; Gaz. Pal. 2002. 682, note Périer ; RTD civ. 2002. 88, obs. Mestre et Fages ; ibid. 115, obs. Gautier.

⁴⁴⁸ Hugues KENFACK, « Pacte de préférence et condition potestative 'virtuelle' », *D.* 2003. 1190.

celle de l'exécution forcée de l'engagement. En effet, par application de l'article 1103 du code civil français, ancien article 1134, alinéa 1^{er}, l'engagement qui lie les parties doit être respecté.

391.- La solution prévue par le nouvel article 1123 du Code civil français a été cependant précédée de diverses solutions jurisprudentielles. En 1993, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation⁴⁴⁹ avait jugé, au visa de l'ancien article 1142 du Code civil français aux termes duquel « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne pouvait pas en obtenir l'exécution forcée en nature et devait se contenter d'une exécution par équivalent. Cette solution avait été étendue aux pactes de préférence par une décision rendue en 1997⁴⁵⁰. Cependant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation française avait pu suggérer en 1989 que la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers soit admise en cas de collusion frauduleuse⁴⁵¹. Dans un célèbre arrêt rendu le 26 mai 2006⁴⁵², la Cour de cassation avait aussi décidé en chambre mixte que « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ». Par cet arrêt la Cour

⁴⁴⁹ Cass. 3e civ., 15 déc. 1993 : *D.* 1994, Somm.p. 230, obs O. Tournafond, *Jur.* p. 507, note F. Bénac-Schmidt, et *D.* 1995, Somm. p. 7, obs. L. Aynès ; Defrénois 1994, 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995, II, 22366, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1994, p. 584, obs. J. Mestre.

⁴⁵⁰ Cass. 3e civ., 30 avr. 1997, *D.* 1997, *Jur.* p. 475, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997, p. 685, obs. P.-Y. Gautier et 1998, p. 98, obs. J. Mestre ; *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n° 129, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, 1007, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1997, II, 22963, obs. B. Thuiller ; pour une défense de la solution, V. D. Mainguy, *La violation du pacte de préférence, Dr. et patrimoine* 2006, p. 72 s.

⁴⁵¹ Cass. com., 7 mars 1989, *D.* 1989, *Jur.* p. 231, concl. M. Jéol.

⁴⁵² Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 : *D.* 2006. 1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy, et 2638, spéc. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *GAJC*, 12^e éd., 2008, n° 258 ; *AJDI* 2006. 667 ; *Rev. sociétés* 2006. 808, note J.-F. Barbiéri ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2006. 1206, obs. E. Savaux ; *JCP* 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud.

a sans doute affirmé la force obligatoire du pacte de préférence en donnant prise au principe de l'exécution forcée en nature⁴⁵³.

392.- Le nouvel article 1123 du Code civil reprend la solution adoptée par la Cour en 2006 en lui apportant une modification. La nullité du contrat conclu avec le tiers et la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers dans ledit contrat ne peuvent pas être cumulées. Le bénéficiaire victime de la violation du pacte doit choisir l'une des deux solutions et cela pour une raison : la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers ne peut avoir lieu dans un contrat ayant été déclaré nul. Ceci « *paraît plus logique, dans la mesure où il est délicat d'être substitué dans les droits d'un contractant de mauvaise foi, si le contrat a été annulé* »⁴⁵⁴.

393.- Le bénéficiaire devra alors choisir, selon le texte de l'article 1123 du Code civil, l'option qui lui semble la meilleure. Soit il décide de demander la nullité du contrat conclu avec le tiers pour ensuite engager l'exécution forcée du pacte, soit il décide de demander d'être substitué dans les droits du tiers dans le contrat conclu, ce qui n'est autre chose que l'exécution forcée du pacte.

394.- L'opposabilité du pacte de préférence au tiers est fondée sur sa mauvaise foi; elle doit être démontrée par le bénéficiaire à travers la preuve de deux faits. D'une part, le texte exige la preuve de la connaissance par le tiers, au moment de la conclusion du contrat, de l'existence du pacte de préférence. D'autre part, le texte exige aussi la preuve de la connaissance par le tiers de ce que le bénéficiaire avait l'intention de faire valoir son droit d'être préféré pour la conclusion du contrat projeté. Mais pour un auteur, « *la preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est ensuite impossible, diabolique, comme toute preuve psychologique, c'est à dire de l'état d'esprit d'une personne (...). On retrouve la probatio diabolica, naguère dégagée par les Glossateurs. La preuve impossible, c'est lorsque son objet ne peut être directement établi. Voilà pourquoi la loi ou le juge crée le plus souvent des présomptions, afin de déplacer l'objet de la preuve, la rendre possible (...)* La mauvaise foi du tiers devient

⁴⁵³ D. MAZEAUD, obs. ss Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, RDC 2006. 1080.

⁴⁵⁴ D. MAZEAUD, obs. ss Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, RDC 2006. 1080.

pratiquement impossible à rapporter. Pour que son système soit viable, il faudrait que le [débiteur du pacte] notifie au bénéficiaire le projet de [contrat] avec le tiers et le mette en demeure d'exercer son option »⁴⁵⁵.

395.- Les rédacteurs du nouvel article 1123 ont cependant choisit un autre mécanisme. Le tiers peut assurer la preuve de sa bonne foi en demandant « *par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ». Mais, pour exercer cette faculté, il faudra encore que le tiers ait des soupçons sur l'existence d'un pacte concernant le contrat projeté ou bien que le souscripteur du contrat, débiteur du pacte, le lui informe. Or, si malgré la connaissance par le tiers de l'existence du pacte, celui-ci ne remet pas l'écrit mentionné dans le 3^e alinéa de l'article 1123, le bénéficiaire aura une chance de démontrer la mauvaise foi du tiers. Le bénéficiaire pourrait ainsi construire un indice de la mauvaise foi du tiers en apportant la preuve de la connaissance du tiers de l'existence du pacte au moment de la conclusion du contrat⁴⁵⁶.

396.- En droit colombien, l'exécution forcée du pacte de préférence à travers la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers dans le contrat conclu n'est pas expressément prévue. En cas de conclusion d'un contrat avec un tiers en violation du pacte de préférence, le bénéficiaire pourrait toutefois engager l'action en révocation du contrat prévue dans l'article 2491 du Code civil⁴⁵⁷. L'action de révocation ou « *action paulienne* » a été prévue en faveur des créanciers lorsque leur débiteur a conclu des contrats de manière frauduleuse avec des tiers aux fins d'évincer l'exercice de leur droit général de gage. Cette action se fonde sur la démonstration d'une part, de la

⁴⁵⁵ P.-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », D. 2006. 1861.

⁴⁵⁶ Rapprocher Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006 (faute de négligence du tiers acquéreur, censé connaître l'existence du pacte de préférence, contenu dans une donation-partage, en raison de l'opposabilité aux tiers des actes de donation-partages publiés au bureau des hypothèques).

⁴⁵⁷ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 483, p. 877.

mauvaise foi tant du débiteur que du tiers lors de la conclusion du contrat et, d'autre part, du préjudice subi par le créancier du fait de la conclusion du contrat.

397.- L'action paulienne prescrit par le terme d'un an à compter de la date de la conclusion du contrat. Elle a pour but l'anéantissement des contrats conclus par le débiteur. Par cette voie, le bénéficiaire d'un pacte de préférence pourrait obtenir l'anéantissement du contrat conclu avec un tiers en violation de ses droits et demander qu'après ceci, le débiteur du pacte lui donne l'opportunité de manifester son intérêt à conclure le contrat envisagé. Il pourra en outre demander de manière subsidiaire à être indemnisé des préjudices résultant de la violation du pacte.

II. La réparation du préjudice du bénéficiaire en absence d'exécution forcée du pacte de préférence.

398.- En droit colombien, le droit du bénéficiaire d'agir à l'encontre du débiteur du pacte afin d'obtenir indemnisation du préjudice résultant de sa violation a très tôt été reconnu par la jurisprudence : *“Vélez Toro no podía obligar a la dueña de La Palomera a que se la vendiera dentro de precisas condiciones prefijadas si quería comprársela; solamente podía exigirle que lo prefiriera a él en concurrencia igual con otros compradores, cuando ella resolviera vender, o demandarle indemnización de daños en el caso de que vendiera a sus espaldas, esto es, sin darle oportunidad y modo de usar su derecho preferencial, como aconteció”*⁴⁵⁸. Cette action peut être engagée à l'encontre du débiteur du pacte de préférence mais aussi à l'encontre du tiers⁴⁵⁹. Dans ce dernier cas, le bénéficiaire du pacte devrait démontrer la mauvaise foi du tiers.

⁴⁵⁸ CSJ, Sala de Casación Civil, 18 mai 1946, Magistrat rapporteur Hernán Salamanca, chambre de cassation civile intégrée par les magistrats Pedro Castillo Pineda, Ricardo Hinestroza Daza, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta, Manuel José Vargas, Pedro León Rincón, *Gaceta Judicial*, t. LXII, n° 2046 -2047, p. 18-21.

⁴⁵⁹ CSJ, Sala de Casación Civil, 18 mai 1946, précité.

399.- En droit français, l'article 1123 du Code civil prévoit le droit du bénéficiaire à obtenir réparation du préjudice subi du fait de la conclusion d'un contrat en violation du pacte de préférence. La jurisprudence française admet le droit du bénéficiaire d'engager une action en réparation à l'encontre du débiteur du pacte de préférence du fait de son inexécution contractuelle⁴⁶⁰. Elle admet aussi le droit du bénéficiaire d'agir à l'encontre du tiers sur le fondement de sa responsabilité extracontractuelle⁴⁶¹.

400.- Le préjudice résultant de la violation du pacte de préférence pourrait être constitué par la *perte de la plus-value* provenant de l'adjonction du terrain à l'immeuble dont est déjà propriétaire le bénéficiaire du pacte⁴⁶². La jurisprudence française a aussi pu admettre la *perte de chance de conclure le contrat envisagé* en tant que préjudice indemnifiable subi par le bénéficiaire du fait de la violation du pacte de préférence. À ce propos les juges français ont pu affirmer que «*Vu l'article 1147 du Code civil ; Attendu que pour débouter la demande de la société Alexandre Films de sa demande en indemnisation, au titre de la perte de la chance d'acquérir les droits cédés, la cour d'appel, après avoir caractérisé la chance que la société avait perdue, de détenir seule la totalité des droits sur les films co-produits, a retenu que cette société n'avait subi aucun préjudice, dès lors qu'elle n'avait jamais voulu exercer ce droit ; Qu'en se déterminant ainsi, alors que la perte d'une chance, à la supporter certaine et en relation directe avec la faute commise, constitue en soi un élément de préjudice indemnifiable dont il appartient aux juges du fond d'apprécier l'étendue, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Civ. 1^{re}, 16 juill. 1985: *JCP* 1986. II. 20595, note Dagot; *RTD civ.* 1987. 88, obs. Mestre. Voir aussi Cass. 1^{er}, 11 juill. 2006, n° 03-18.528 : *JurisData* n° 2006-034537 : *Bull. civ.* I, n° 389.

⁴⁶¹ « Attendu qu'ayant, par les divers motifs précités, caractérisé la participation fautive de P. et de J. au concert frauduleux ayant consisté à faire acquérir par P. le lot litigieux, en vue de le céder à J. après avoir annihilé les effets du pacte de préférence en indiquant aux époux y... un prix tel que ceux-ci ne pouvaient l'accepter, les juges d'appel ont pu déclarer nulle la vente consentie à J. au mépris de ce pacte de préférence, et condamner P et J au paiement de dommages-intérêts dont ils ont souverainement apprécié le montant dans la limite de la demande dont ils étaient saisis » : Civ. 3^e, 22 avr. 1976: *Bull. civ.* III, n° 165.

⁴⁶² Civ. 1^{re}, 24 mai 1965: *Bull. civ.* I, n° 329.

⁴⁶³ Cass. 1^{re} civ., 18 avr. 2000, n° 98-13.620, inédit : *JurisData* n° 2000-001632.

401.- En matière de franchise, un pacte de préférence peut être conclu entre le franchiseur et le franchisé aux termes duquel « *si le franchiseur devait conclure un nouveau contrat de franchise, par exemple dans une zone voisine de celle dans laquelle le franchisé bénéficie d'une exclusivité, il devrait prioritairement proposer la conclusion de ce contrat au bénéficiaire afin de purger son droit* »⁴⁶⁴. Le franchisé bénéficiaire du pacte pourrait ainsi demander à être indemnisé de la perte de la chance de conclure le contrat de franchise envisagé.

Paragraphe 2. L'indemnisation du préjudice résultant de la violation de la promesse de contrat.

402.- La promesse de contrat est un *contrat intermédiaire*, un *contrat préparatoire*, voire *provisoire ou temporaire*⁴⁶⁵, c'est-à-dire, elle constitue un pont qui permet d'arriver au *contrat-fin*⁴⁶⁶. La promesse de contrat peut être bilatérale ou unilatérale. Par la promesse bilatérale de contrat les parties s'obligent à conclure un contrat futur. Elle a pour objet une obligation de faire⁴⁶⁷. Par la promesse unilatérale une partie

⁴⁶⁴ W. CHAIEHLOUDJ, « Du risque contractuel au risque concurrentiel : le cas du pacte de préférence inclus dans le contrat de franchise », *JCP G*, n° 43, 22 octobre 2018, doct. 1128. Voir aussi à ce sujet, S. Pellet, « Négociations et avant-contrat » dans *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. Latina (dir.) : Dalloz, 2017, p. 25.

⁴⁶⁵ “acuerdo de carácter provisional y transitorio, preparatorio de otro cuyo resultado no pueden o no quieren alcanzar de inmediato las partes, pero a cuya realización se comprometen mediante un vínculo jurídico previo que les impone la obligación recíproca y futura de concertarlo con posterioridad, agotándose en él su función económico - jurídica, quedando claro, entonces, que como ‘no se trata de un pacto perdurable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta como de la propia esencia de dicho contrato’: CSJ, Sala de Casación Civil, marzo 12/2004, S-021-2004, dossier n° 6759: G. J. CLIX, p.283. “El contrato de promesa tiene una razón económica singular, cual es la de asegurar la confección de otro posterior, cuando las partes no desean o están impedidas para hacerlo de presente. Por eso no es fin sino instrumento que permite un negocio jurídico diferente, o, para mejor decir, es un contrato preparativo de orden general. De consiguiente, siendo aquella un antecedente indispensable de una convención futura, esta modalidad le da un carácter transitorio y temporal y se constituye en un factor esencial para su existencia. Desde luego los contratantes no pueden quedar vinculados por ella de manera intemporal, porque contradice sus efectos jurídicos que no son, de ninguna manera, indefinidos o perpetuos”. CSJ, Sala de Casación Civil, 13 novembre 1981.

⁴⁶⁶ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 453.

⁴⁶⁷ “ (...) contrato preliminar, preparatorio o promesa de contrato, pactum in contrahendo, de ineundo contractu, generatriz de la obligación de celebrar un negocio futuro, posterior y definitivo. En esta

s'engage envers une autre à conclure avec celle-ci un contrat dont les termes ont été définis dans la promesse. Il y a dans cette hypothèse un seul promettant qui octroi à l'autre partie l'option de conclure ou non le contrat selon sa volonté. Le promettant ayant déjà manifesté sa volonté de conclure le contrat promis⁴⁶⁸.

403.- En droit colombien, la promesse unilatérale de contrat, appelée souvent en doctrine « *contrat d'option* », a été réglée dans l'article 23 de la loi 51 de 1918⁴⁶⁹ alors que la promesse bilatérale de contrat l'a été dans l'article 89 de la loi 153 de 1887, texte qui a ensuite été intégré dans le Code civil dans l'article 1611.

404.- Les droits colombien et français prévoient des mécanismes permettant d'assurer l'indemnisation en nature du préjudice subi par le bénéficiaire d'une promesse de contrat en cas de violation de celle-ci (I). Cependant, face à l'impossibilité d'exécuter de manière forcée la promesse, le droit colombien prévoit des mécanismes d'indemnisation du préjudice subi du fait de son inexécution (II).

hipótesis, a diferencia de la oferta y de los tratos previos, existe un genuino contrato cuya función y prestación esencial consiste precisamente en asegurar la celebración de otro ulterior. El contrato preliminar, comporta la obligación de hacer consistente en la celebración del contrato posterior, asegurando el compromiso definitivo futuro y evitando la libertad de sustraerse a la celebración del pacto definitivo al constituir fuente de la "obligación de contratar", cuya inobservancia es susceptible de ejecución coactiva in natura o subrogada con indemnización del daño, incluso sustituyendo el juez al deudor. (...) es un verdadero contrato, o sea, un acuerdo dispositivo de intereses celebrado por dos o más sujetos para regular sus relaciones. Sentado lo anterior, es preciso aclarar la singularidad o especificidad estructural y funcional del contrato preliminar respecto del contrato definitivo prometido." : CSJ, Sala de Casación Civil, 7 février 2008, dossier n° 2001-06915-01, Magistrat rapport William Namén Vargas. Le texte de cet arrêt peut être consulté dans le site de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁶⁸ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 482.

⁴⁶⁹ Pour une distinction entre « *le contrat d'option* », c'est-à-dire, entre la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence avant l'entrée en vigueur du Code de commerce lequel a réglé spécifiquement le pacte de préférence dans son article 862, voir CSJ, Sala de Casación Civil, 18 mai 1946, Magistrat rapporteur Hernán Salamanca, *Gaceta Judicial*, T. LXII, n° 2046 -2047, p. 1821 : "*Inconfundibles caracteres diferencian las figuras jurídicas de la opción, llamada con más exactitud promesa unilateral de venta, y el pacto de preferencia. Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que ésta se decida a comprar según condiciones predeterminadas en el contrato. La opción implica para su validez un término o una condición que no puede tardar más de un año en cumplirse. Según el llamado pacto de preferencia, la persona que la concede no adquiere la obligación de vender por precio determinado dentro de un término fijo o al cumplimiento de una condición; conserva su libertad de vender o no, y sólo está obligada a hacerlo a determinada persona cuando quiera vender*".

I. La réparation en nature du préjudice résultant de la violation d'une promesse de contrat.

405.- La réparation en nature du préjudice subi par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat aussi bien que par le promettant déçu dans une promesse bilatérale, du fait de la violation d'une promesse, est assurée tant en droit français qu'en droit colombien, à travers *l'exécution forcée en nature* de la promesse (A). Il s'agit d'une action engagée à l'encontre du débiteur. Mais des actions assurant l'anéantissement du contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse, sont aussi prévues dans les deux pays. Il s'agit cette fois, des actions engagées à l'encontre du tiers et du promettant ayant conclu un contrat en violation de la promesse (B). L'indemnisation du préjudice économique subi par le créancier qui a dû engager une action aux fins de réussir l'exécution forcée de la promesse est aussi possible (C).

A. L'exécution forcée de la promesse en droit français et en droit colombien.

406.- L'article 1124 du Code civil français règle la question de la promesse unilatérale de contrat. Selon ce texte, le consentement du promettant à la conclusion du contrat promis est donné dès la conclusion de la promesse unilatérale de contrat de sorte que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, n'empêche pas la formation du contrat. En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} du nouvel article 1124 du Code civil français, le consentement du bénéficiaire serait le seul élément manquant au moment de la conclusion de la promesse unilatérale pour la conclusion du contrat promis⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Pour une application du nouvel article 1124 du Code civil, voir : Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 P : D. 2017. 2289, note Bauduin et Dubarry ; *AJ contrat* 2017. 480, obs. Bucher ; *RDT* 2017. 715, obs. Bento de Carvalho ; *RTD civ.* 2017. 837, obs. Barbier ; *JCP* 2017, n° 1238, note Molfessis ; *Gaz. Pal.* 2017. 2662, obs. Latina.

407.- L'affirmation de la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat opérée par ce texte permet ainsi au bénéficiaire de la promesse d'exiger judiciairement son *exécution en nature*. La parole donnée doit d'être respectée⁴⁷¹.

408.- Ce texte accueille les critiques de la doctrine française à l'égard d'une jurisprudence constante depuis 1993 suivant laquelle la sanction de la rétractation ne pouvait pas consister en l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat mais dans le paiement de dommages-intérêts au profit du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat. En effet, comme cela a déjà été exposé, dans un arrêt du 13 décembre 1993, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation⁴⁷² avait pu décider que dans une promesse unilatérale de vente il n'y a pas de rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, en cas de rétractation du promettant avant la levée de l'option. Le promettant étant, par l'effet du contrat de promesse unilatérale, débiteur d'une obligation de faire, l'inexécution de la promesse ne pouvait donc se résoudre, aux termes de l'ancien article 1142 du Code civil⁴⁷³, qu'en dommages-intérêts. Cette position jurisprudentielle avait été maintenue dans d'autres arrêts de la Cour de cassation⁴⁷⁴. La doctrine française avait pu critiquer la solution jurisprudentielle

⁴⁷¹ « (...) *la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix* ». Il s'agit d'un principe moral fondamental au droit des contrats : Denis MAZEAUD, note ss Civ. 3^e, 11 mai 2011, *D.* 2011. 1457.

⁴⁷² Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : *D.* 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt, 230, obs. O. Tournafond, et 1995. 87, obs. L. Aynès ; *AJDI* 1994. 384, 351, étude M. Azencot, et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; *RTD civ.* 1994. 584, obs. J. Mestre ; *Bull. Cridon* 1995, n° 21. II. 215, note J.-M. Olivier ; *Defrénois* 1994. 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995. II. 22366, obs. D. Mazeaud.

⁴⁷³ Voir à ce sujet, D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004. 1

Ancien article 1142 du Code civil français : Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

⁴⁷⁴ « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée » : Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *D.* 2011. 1457, note D. Mazeaud, 1273, édito F. Rome, 1460, note D. Mainguy, et 2679, chron. I. Goanvic ; *AJDI* 2012. 55, obs. F. Cohet-Cordey ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. B. Fages ; *JCP N* 2011. 1163, n° 20 ; *Defrénois* 2011. 1023, obs. L. Aynès, et flash, 6 juin 2011. 1 ; *Bull.* Joly 2011, n° 9, p. 652, obs. D. Mazeaud ; *JCP E* 2011. 1670, note Y. Paclot ; *Constr.-Urb.* 2011. Comm. 115, note C. Sizaire ; *Voi aussi* : *Com.* 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : *D.* 2012. 130, note A. Gaudemet ; *Rev. sociétés* 2012. 22, note B. Fages ; *RTD civ.* 2011. 758, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011. 788, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2011. 1353, note J. Heymann ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 321, p. 15, obs. B. Dondero.

notamment en arguant qu'il était inutile de conclure un contrat si le promettant pouvait nier le droit d'option conféré au bénéficiaire⁴⁷⁵. Le nouvel article 1124 du Code civil français accueille donc les critiques formulées en disposant d'une part, que le consentement du promettant à la conclusion du contrat promis est donné dès la conclusion de la promesse unilatérale (alinéa 1^{er}) et, d'autre part, que la révocation de la promesse par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, n'empêche pas la formation du contrat promis (alinéa 2^e). Ces deux dispositions mettent en place la force obligatoire de la promesse unilatérale permettant son exécution forcée à l'encontre du promettant.

409.- En droit colombien, une procédure d'exécution forcée spécifique aux obligations de faire est prévue dans le Code Général du Procès. Cette procédure est très utilisée dans la pratique pour l'exécution forcée des promesses de contrat. En effet, la promesse de contrat est considérée en droit colombien comme étant une obligation de faire. L'article 861 du Code de commerce disposant que « *la promesse de conclure un contrat produit une obligation de faire* ». Ainsi, l'objet de la promesse de contrat est d'assurer la conclusion future d'un contrat dont les éléments essentiels ont déjà été convenus par les parties. La promesse de contrat suppose ainsi d'une part, une décision « mure » des

Cependant, la Cour de cassation française avait adopté une position contraire dans une autre décision. Dans Cass. 3^e civ., 8 septembre 2010 la Cour de cassation avait pu censurer un arrêt dans lequel les juges du fond avaient débouté le bénéficiaire de sa demande en exécution forcée de la vente promise, à la suite du décès du promettant, faute d'un nouveau consentement exprimé par l'héritier mineur de celui-ci. Dans cette occasion elle a affirmé qu'« *en statuant ainsi, alors que le promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être valablement levée après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y ait lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles, la cour d'appel a violé* » l'article 1589 du code civil.: n° 09-13.345, D. 2010. 2061, et 2011. 472, spéc. 477, obs. S. Amrani Mekki ; *RTD civ.* 2010. 778, obs. B. Fages, et 2011. 99, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2010. 2123, obs. L. Aynès ; *Gaz. Pal.* 31 oct.-4 nov. 2010, p. 14, obs. D. Houtcieff, et 1^{er}-2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; *LEDC* 2010. 1, obs. G. Pillet ; *RDC* 2011. 153, obs. Ph. Brun.

⁴⁷⁵ « À quoi bon, alors, conclure désormais une promesse unilatérale de contrat, si elle n'emporte pas plus de sécurité qu'une offre de contrat à personne déterminée assortie d'un délai d'acceptation, puisque la violation de l'une comme de l'autre se résoudra en dommages-intérêts ? A quoi bon conclure un tel avant-contrat, si le promettant est investi d'un pouvoir de ne pas contracter en dépit de la promesse qu'il a irrévocablement conclue, s'il est investi d'un pouvoir de dire « non ! » au contrat promis, alors que l'intérêt d'une promesse unilatérale de contrat est de lui imposer le devoir de dire « oui ! » ? » : D. MAZEAUD, note ss Civ. 3^e, 11 mai 2011, D. 2011. 1457.

parties de conclure le contrat promis et, d'une autre, le fait de reporter dans le temps la conclusion de celui-ci⁴⁷⁶.

410.- Cela étant, l'article 434 du Code Général du Procès colombien prévoit l'action d'exécution forcée des obligations de faire consistant dans la souscription de documents. La procédure se déroule toujours devant un juge. Elle suppose cependant l'existence d'un document constituant un titre exécutoire, c'est-à-dire, un document, signé ou délivré par le débiteur et dans lequel apparaît de manière non équivoque, l'existence d'une créance exigible à son encontre⁴⁷⁷. Ainsi, si aux termes de l'article 861 du Code de commerce colombien la promesse de contrat en matière commerciale est, sauf certaines exceptions⁴⁷⁸, consensuelle, l'exécution forcée de la promesse suppose toujours l'existence d'un document valant titre exécutoire.

411.- Dans cette procédure, une fois la décision judiciaire d'exécution forcée délivrée, le juge octroi un délai au débiteur afin que celui-ci signe le document, c'est-à-dire, le contrat promis, à défaut de quoi le contrat sera signé par le juge au nom et pour le compte du débiteur. Mais lorsque le contrat promis a pour objet la transmission de droits réels sur un bien meuble ou immeuble, le créancier déçu est obligé à demander, dès le début du procès, la saisie du bien⁴⁷⁹. Cette exigence légale a pour but d'assurer, pendant la même procédure, l'exécution forcée du contrat promis. Si le créancier se heurte à l'impossibilité de l'exécution de la promesse dû au fait par exemple, que le bien objet de la promesse a été transmis à un tiers, il peut décider de poursuivre, dans la même procédure, à l'encontre de son débiteur, les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de la promesse.

⁴⁷⁶ F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 453.

⁴⁷⁷ Article 422 du Code Général du Procès colombien qui règle la question des documents ayant le caractère de « titres ».

⁴⁷⁸ Tel par exemple la promesse de contrat de société (article 119 du Code de commerce colombien).

⁴⁷⁹ Article 434, 2° alinéa du Code Général du Procès colombien.

B. La nullité du contrat conclu avec un tiers en violation d'une promesse de contrat.

412.- L'alinéa 3^e du nouvel article 1124 du Code civil français prévoit la nullité du contrat conclu avec un tiers en violation d'une promesse unilatérale lorsque ce tiers connaissait de l'existence de la promesse. En effet, aux termes de ce texte « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Le bénéficiaire déçu dans ses droits est donc légitimé à demander la nullité du contrat conclu.

413.- La solution adoptée par l'alinéa 3^e de l'article 1124 du Code civil français exige la preuve de la seule connaissance, par le tiers, de l'existence de la promesse. Une solution en ce sens avait pu être prise dans un arrêt de la 3^e chambre civile du 8 juillet 1975⁴⁸⁰ dans lequel la Cour de cassation avait exclu la nécessité de prouver le comportement frauduleux du tiers et du promettant dans la conclusion du contrat. Ceci facilite l'exercice de l'action en nullité par le bénéficiaire. Cependant, la preuve de la connaissance par le tiers de la promesse implique une certaine proximité entre celui-ci et le bénéficiaire.

414.- Ainsi, en droit français, lorsque la promesse de contrat a été violée à travers la conclusion d'un contrat avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire est en droit de demander la nullité de ce contrat. Cette mesure permet de renforcer l'efficacité de l'exécution forcée de la promesse et complète donc la réparation en nature du préjudice subi par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale violée.

415.- En droit colombien, la doctrine a soutenu la possibilité pour le bénéficiaire d'une promesse de contrat d'exercer l'action de révocation prévue dans l'article 2491 du Code civil colombien afin d'anéantir le contrat conclu avec un tiers en violation de la

⁴⁸⁰ Cass., 3^e civ., 8 juillet 1975, n° 73-14.486 : *Bull. civ.* III, n° 249; *Gaz. Pal.* 1975. 2. 781, note Plancqueel.

promesse⁴⁸¹. L'action de révocation ou « *acción pauliana* » a été prévue en faveur des créanciers d'un débiteur qui aurait réalisé d'actes tendant à faire fi du droit de gage général des créanciers. Pour le professeur Fernando Hinestrosa, il suffirait pour le bénéficiaire de la promesse de démontrer la connaissance, par le tiers, de l'existence de la promesse au moment de la conclusion du contrat, ce qui permettrait de démontrer la volonté du tiers de duper le droit du bénéficiaire à travers le contrat conclu avec le promettant⁴⁸². Les juges colombiens sont très stricts en ce qui concerne l'exigence de l'existence d'une créance antérieure à la conclusion du contrat qui prétend être révoqué ou anéanti à travers l'action *pauliana*⁴⁸³. Le demandeur à l'action de révocation devant démontrer l'existence d'un droit de créance certain⁴⁸⁴. Ce faisant, le bénéficiaire d'une promesse devra, afin d'exercer l'action de révocation du contrat conclu entre le promettant et le tiers, établir l'existence de sa créance à l'égard du promettant.

⁴⁸¹ Article 2491 du Code civil colombien : “ En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán la disposiciones siguientes:

Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”.

⁴⁸² F. HINESTROSA, *op. cit.*, vol. I, n° 478, p. 867.

⁴⁸³ Ils ont en effet pu refuser le droit d'agir en action *pauliana* au conjoint divorcé qui prétendait révoquer plusieurs contrats conclus entre son ancien conjoint et des tiers avant la dissolution de la société conjugale mais réalisés dans le seul but de duper ses droits dans ladite société. Pour les juges du fond aucune créance à l'égard du conjoint demandeur n'existant pas au moment de la conclusion des contrats, l'action de révocation devait être refusée. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, sala de decisión civil y de familia, 31 janvier 2001. La Cour de cassation approuve une telle solution : “*En cuanto que el tribunal desconoció el propósito moralizador de la acción pauliana, cargo segundo, y omitió apreciar, según lo que queda del cargo tercero, las pruebas que acreditan la mala fe de la demandada, el estudio al respecto planteado pende de establecer, según se plantea en el cargo primero, si el demandante tenía respecto de aquella, para el momento de la donación, la condición de acreedor, o si la acción pauliana la podía ejercer, en su condición de cónyuge, simplemente porque el acto jurídico de disposición se hizo en perjuicio de los intereses de la sociedad conyugal. Preciado lo anterior, pertinente resulta observar que la acción pauliana, consagrada en el artículo 2491 del Código Civil, se concibió e instituyó como un derecho auxiliar para obtener la revocatoria de los actos jurídicos de disposición que el deudor ha otorgado de mala fe, en perjuicio de sus acreedores. Por esto, desde antaño se tiene por averiguado, que dicha acción solamente puede ser ejercida por los “acreedores anteriores al acto nocivo” que produjo o que agravó la insolvencia del deudor, y respecto de los actos “reales y perfectos en sí mismos”*: CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt 65-01 du 26 octobre 2004, Magistrat rapporteur, Jaime Alberto Arrubla Paucar : *Multilegis*, motteur de recherche.

⁴⁸⁴ “(...) titulares de derechos ciertos e indiscutidos, preexistentes al momento del negocio jurídico que se impugna, porque como quedó anotado, tales requisitos son esenciales para medir el alcance de la revocación, pues sólo tiene lugar hasta concurrencia de sus créditos”: CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt 65-01 du 26 octobre 2004, Magistrat rapporteur, Jaime Alberto Arrubla Paucar : *Multilegis*, motteur de recherche.

L'exercice en droit colombien de l'action de révocation par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale aussi bien que par le promettant déçu dans une promesse bilatérale de contrat reste cependant très rare.

C. L'indemnisation du préjudice économique du bénéficiaire en cas d'exécution forcée de la promesse.

416.- L'article 1610 du Code civil⁴⁸⁵ prévoit la possibilité du créancier d'une obligation de faire de demander, en cas de retard dans l'exécution de celle-ci, soit l'exécution forcée de l'obligation, soit l'indemnisation des préjudices causés par la violation du contrat. Dans les deux hypothèses le texte permet au créancier de demander aussi l'indemnisation des préjudices résultant du retard dans l'exécution du contrat. Cette même solution est prévue par l'article 1546 du même Code lorsqu'il règle la question de l'inexécution des contrats bilatéraux⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Article 1610 du Code civil colombien: "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido,

Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato."

⁴⁸⁶ Article 1546 du Code civil colombien: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

"Según el artículo 1546 del Código Civil, la acción dirigida a obtener la ejecución de un contrato, inclusive la que se entabla para que se declare su resolución, exige que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo": CSJ, Sala de Casación Civil, SC4420, 8 avril 2014, dossier 2006-00138-01. "el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso (demanda de resolución), en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste.»: CSJ, Sala de Casación Civil, 29 nov. 1978, Magistrat rapporteur Ricardo Uribe Holguín ; Gaceta Judicial, t. CLVIII – 1^{re} partie, n° 2399, p. 293-305. Voir aussi CSJ, Sala de Casación Civil, 4 septembre 2000, dossier n° 5420 ; CSJ, Sala de Casación Civil, SC4420 de 2014, dossier n° 2006-00138 ; CSJ, Sala de Casación Civil, SC 6906 de 2014, dossier n° 2001-00307-01. « En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido,

417.- L'article 870 du Code de commerce colombien prévoit aussi qu'en cas de retard dans l'exécution des obligations de l'une des parties à un contrat bilatéral, l'autre partie pourra demander soit « *la résolution ou la terminaison du contrat* » avec « *l'indemnisation des préjudices compensatoires* », soit l'exécution du contrat avec « *l'indemnisation des préjudices du retard* » (*préjudices résultant du retard dans l'exécution*)⁴⁸⁷.

418.- Ainsi, en cas d'exécution forcée de la promesse, le bénéficiaire déçu a droit à l'indemnisation du préjudice économique subi du fait du retard dans l'exécution de la promesse. Il peut s'agir des dépenses effectuées afin d'obtenir l'exécution forcée de la promesse (par exemple les frais concernant l'engagement et le déroulement de la procédure d'exécution forcée, les honoraires des avocats), mais aussi des pénalités dues par le bénéficiaire de la promesse unilatérale à un tiers du fait de l'inexécution d'un contrat dépendant de la promesse unilatérale (par exemple, lorsque le bénéficiaire de la promesse s'était engagé lui-même à vendre à un tiers, à une certaine date, le bien promis en vente par le promettant fautif). L'indemnisation de la perte de chance de réaliser les avantages envisagés dans le contrat inexécuté par le bénéficiaire par le fait de l'exécution tardive de la promesse pourrait aussi être admise par les juges.

II. L'indemnisation du préjudice économique résultant de l'inexécution d'une promesse de contrat par le biais des dommages et intérêts compensatoires.

entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores”: CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt n° SC 2307 du 25 juin 2018, Magistrat rapporteur Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁴⁸⁷ Article 870 du Code commerce colombien : « En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

420.- En droit français, les nouvelles dispositions contenues dans l'article 1124 du Code civil veillent à l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat. L'effectivité des solutions prévues permettraient de réussir l'exécution forcée de la promesse ainsi que la nullité du contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse.

421.- En revanche en droit colombien, l'exécution forcée d'une promesse de contrat peut ne pas toujours aboutir en raison notamment du recours peu fréquent à l'action de révocation du contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse. À ce propos, les dispositions des articles 870 du Code de commerce, tout comme celles des articles 1546 et 1610 du Code civil permettent au bénéficiaire déçu de demander la réparation des préjudices subis du fait de l'inexécution de la promesse de contrat. L'article 870 du Code de commerce colombien prévoit en effet qu'en cas de retard dans l'exécution des obligations de l'une des parties à un contrat bilatéral, l'autre partie pourra demander « *la résolution ou la terminaison du contrat* » avec « *l'indemnisation de préjudices compensatoires* », soit l'exécution du contrat avec « *l'indemnisation des préjudices du retard* » (*préjudices résultant du retard dans l'exécution*)⁴⁸⁸. Et l'article 1610 du Code civil prévoit à son tour la possibilité du créancier d'une obligation de faire de demander, en cas de retard dans l'exécution de celle-ci, soit l'exécution forcée de l'obligation, soit l'indemnisation des préjudices causés par la violation du contrat. Dans les deux hypothèses le texte permet au créancier de demander l'indemnisation des préjudices résultant du retard.

⁴⁸⁸ Article 870 du Code commerce colombien : « En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios ».

Article 1546 du Code civil colombien: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Article 1610 du Code civil colombien: “Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido,

Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.

422.- Cependant, le dispositif colombien d'exécution forcée de la promesse de contrat prévus aux articles 428, 434 et 439 du Code général du procès prévoit l'extinction de la créance du bénéficiaire de la promesse dans le cas d'absence de preuve du préjudice subi par le celui-ci du fait de la violation de la promesse de contrat par le promettant. En effet, la créance contenue dans une promesse de contrat pourra être anéantie par le juge de l'exécution si le bénéficiaire de la promesse, ayant demandé à être indemnisé des préjudices résultant de la non-exécution de celle-ci, n'arrive pas à démontrer aucun préjudice⁴⁸⁹. La crainte de cette sanction limite alors les demandes en réparation des préjudices. L'article 428 du Code Général du Procès colombien dispose en effet qu'une procédure d'exécution pourra être engagée par le créancier d'une obligation de faire au seul but d'obtenir le paiement des dommages et intérêts résultant de sa non-exécution par le débiteur. Et l'article 434 du même Code prévoit la possibilité du bénéficiaire d'une promesse inexécutée qui a engagé la procédure d'exécution forcée et qui s'est cependant heurté au cours de cette procédure à l'impossibilité d'exécution forcée de la promesse, de poursuivre celle-ci aux seules fins d'obtenir l'indemnisation des dommages et intérêts résultant de l'inexécution, c'est-à-dire, de la violation du contrat⁴⁹⁰. Ce faisant, une période probatoire est alors ouverte afin que le bénéficiaire de la promesse démontre l'étendu des préjudices subis du fait de l'inexécution. Le promettant débiteur pourra, pendant cette période, contredire les moyens de preuve apportées par le bénéficiaire. L'article 439 du Code Général du Procès colombien prévoit une sanction très sévère pour le créancier, c'est-à-dire le bénéficiaire de la promesse, qui ne réussirait à démontrer l'existence d'aucun préjudice compensatoire. En effet, si le créancier avait demandé à être indemnisé des préjudices subis du fait de la non-exécution de la promesse (*préjudices compensatoires*), mais qu'aucun préjudice n'aurait cependant été démontré, le juge devra déclarer l'extinction de la créance. Tel que l'on a affirmé plus haut, la crainte de cette sanction d'anéantissement de la créance

⁴⁸⁹ « L'évaluation par le créancier du montant des préjudices demandés devra être faite selon sa propre appréciation de sa réalité économique » : H. F. LOPEZ BLANCO, Código General del Proceso. Parte especial, 2^e éd., t. 2, Éditions Dupré, Bogota, 2018, p. 448.

⁴⁹⁰ Article 428 alinéa 2^e et article 437 du Code Général du Procès colombien.

de la promesse de contrat limite alors les demandes en réparation. Ce mécanisme permet alors au promettant inexécuté de faire fi des droits du bénéficiaire.

423 à 429.- L'on doit écarter l'hypothèse de l'inexécution d'une promesse bilatérale par les deux parties. En effet, si la jurisprudence colombienne admet l'exercice de l'action en résolution du contrat lorsque les deux parties ont inexécuté leurs prestations, elle leur refuse toute indemnisation des préjudices du fait de l'inexécution et ce sur le fondement des articles 1609 et 1615 du Code civil⁴⁹¹. En effet, aux termes de l'article 1615 du Code civil, le créancier est en droit de demander l'indemnisation des préjudices dès lors que le débiteur est mis en demeure de payer son obligation. Mais aux termes de l'article 1609 du même Code, l'inexécution de ses obligations par l'une des parties empêche la mise en demeure de son cocontractant⁴⁹². Cela étant, en cas d'inexécution des deux parties à un contrat bilatéral, elles sont admises à demander judiciairement la résolution du contrat, cependant elles ne peuvent pas prétendre l'exécution forcée du contrat avec l'indemnisation du préjudice subi.

Conclusion du Titre 2.

430.- Le droit des obligations français et colombien offrent des précieuses pistes dans l'identification du préjudice économique indemnisable notamment en ce qui concerne le préjudice résultant du comportement des parties pendant la période précontractuelle. Ainsi, suivant les solutions apportées par le droit commun des obligations des deux pays, l'indemnisation du préjudice économique subi par une partie pendant la période précontractuelle est limitée dans les deux pays à certains chefs de préjudice.

431.- En ce qui concerne la rupture fautive des pourparlers, le préjudice économique de la victime est limité, tant en droit français qu'en droit colombien, au seul remboursement des frais effectivement engagés, lesquels englobent d'une part, les frais

⁴⁹¹ *CSJ, Sala de Casación Civil*, 7 déc. 1982, Magistrat rapporteur Jorge Salcedo Segura ; *Gaceta Judicial*, t. CLXV, n° 2406, p. 341-350.

⁴⁹² Artículo 1615 du Code civil colombien : "Se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención".

effectués par la victime en raison du développement des pourparlers et, d'autre part, la perte de l'opportunité de conclure un autre contrat de conditions analogues à celles du contrat manqué par l'œuvre du partenaire. L'indemnisation des gains attendus du contrat envisagé est écartée par les juges français et colombiens sur le fondement de la liberté de ne pas contracter des parties. Le droit positif français a récemment interdit de manière expresse dans l'article 1112 du Code civil français l'indemnisation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu aussi bien que de la perte de chance d'obtenir ces avantages. Ce nouveau texte confirme les décisions de la jurisprudence française en ce sens antérieures à l'entrée en vigueur de la disposition. Cette exclusion se fonde sur l'absence de lien de causalité entre ces chefs de préjudice et la rupture fautive, car un aléa de rupture des négociations par une cause autre que la faute d'une des parties existe toujours dans la période précontractuelle.

433.- Concernant cette fois le préjudice résultant du manquement au devoir d'information précontractuelle, la jurisprudence française exclu depuis plusieurs années l'indemnisation des gains attendus du contrat conclu toute comme la perte de chance d'obtenir ces gains. Les juges écartent en effet l'existence d'un lien de causalité entre ces chefs de préjudices et le manquement au devoir précontractuel d'information. En effet, en absence du manquement au devoir d'information précontractuelle, c'est-à-dire si le partenaire avait été correctement informé avant la conclusion du contrat, il aurait pu décider soit de ne pas contracter, soit de le faire dans des conditions plus avantageuses. Il en résulte les deux chefs de préjudice indemnizable : la perte de chance de ne pas contracter et la perte de chance de le faire dans des conditions plus avantageuses. À la différence du droit français, le droit positif colombien ne prévoit pas un devoir général d'information précontractuelle. Cependant les juges colombiens ont pu admettre dans certaines espèces l'indemnisation des frais ou des déboursés effectués par la partie victime d'un défaut d'information précontractuelle comme conséquence de celui-ci.

434.- Enfin, en ce qui concerne le préjudice économique résultant de la violation des avant-contrats, les droits des obligations colombien et français prévoient l'exécution forcée du pacte de préférence et de la promesse de contrat. S'agissant du pacte de préférence, le droit positif français prévoit, à la différence du droit colombien, l'option

pour le bénéficiaire du pacte, de demander soit la nullité du contrat conclu avec un tiers en violation du pacte, soit sa substitution dans les droits du tiers. Le droit des obligations colombien prévoit la possibilité du bénéficiaire du pacte de demander, à travers l'action *paulienne*, l'anéantissement du contrat conclu par le débiteur du pacte avec un tiers pour ensuite demander l'exécution forcée du pacte de préférence. S'agissant de la promesse de contrat, les récentes réformes du droit français admettent désormais l'exécution forcée de cet avant-contrat. Le droit français des obligations prévoit en effet la nullité du contrat conclu avec un tiers lorsqu'il connaissait l'existence de la promesse. En droit colombien, la procédure prévue pour l'exécution forcée des obligations de faire permet l'exécution forcée du pacte de préférence ainsi que de la promesse de contrat. L'action paulienne tendant à l'anéantissement du contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse permet aussi d'assurer l'exécution forcée de la promesse inexécutée.

435.- Le droit des obligations des deux pays admet en outre l'indemnisation du préjudice subi par la partie déçue du fait de l'inexécution du pacte de préférence et de la promesse de contrat. Ce préjudice peut être constituer, en matière de violation du pacte de préférence, par la perte de chance de conclure le contrat envisagé. Aussi par les frais payés à titre de pénalité par le bénéficiaire de la promesse de contrat à un tiers envers qui il se serait engagé en vertu de la promesse de contrat inexécutée. En droit colombien, la procédure spéciale prévue pour l'exécution forcée des obligations de faire prévoit aussi l'indemnisation des préjudices subis par le bénéficiaire du pacte de préférence et de la promesse de contrat en cas de la frustration de l'exécution forcée de ces avant-contrats. Cependant une sanction très sévère a été prévue par le dispositif colombien en cas de manque de preuve du préjudice allégué par le bénéficiaire déçu. En effet, lorsque le bénéficiaire ayant demandé l'indemnisation des préjudices subis du fait de l'inexécution de l'obligation de faire ne réussirait pas à démontrer l'existence d'aucun préjudice, le juge devra déclarer l'anéantissement de son droit de créance.

Conclusion de la Première Partie.

436.- Le préjudice ou dommage économique peut être défini comme la lésion d'un intérêt à nature patrimoniale juridiquement protégé. En matière d'activités économiques, il a lieu lorsqu'un opérateur subi une entrave illégitime sur son activité économique.

437.- À l'aide de l'étude du droit des marchés des deux pays nous avons pu identifier divers scénarios où une lésion à l'activité économique d'un agent peut avoir lieu. Ainsi, à la lumière du droit de la concurrence nous avons pu établir que les agents économiques peuvent voir leur activité individuelle perturbée du fait d'une pratique anticoncurrentielle ou bien du fait d'un acte de concurrence déloyale. Ces deux genres de comportements concurrentiels fautifs lèsent en outre l'intérêt collectif de la libre et loyale concurrence sur le marché, ce qui constitue un dommage porté à l'économie d'ensemble ou à un secteur de celle-ci. Ainsi, l'étude de cette branche du droit des marchés nous a permis de distinguer le dommage ou préjudice économique individuel subi par un opérateur à la suite de l'entrave ou de la perturbation illégitime de son activité économique, du dommage porté à l'économie générale ou à un secteur de celle-ci. Le droit de la concurrence des deux pays prévoit des mécanismes de réparation du préjudice ou dommage économique individuel subi par les opérateurs du fait de la perturbation portée illégitimement sur son activité par un acte concurrentiel fautif. L'indemnisation du dommage économique individuel subi par un opérateur à la suite d'un acte concurrentiel fautif constitue un renfort, porté par le droit privé, à la sanction des comportements concurrentiels fautifs. La responsabilité civile prête ainsi parfois un renfort privé à la sanction du dommage subi par l'économie dans son ensemble ou dans un secteur de celle-ci.

438.- L'étude du droit de la distribution des deux pays nous a permis d'identifier certaines hypothèses de lésion ou d'entrave illégitime de l'activité économique des opérateurs dans le cadre des rapports de distribution de biens et des services. Il s'agit notamment de la cessation du contrat d'agence commerciale et de la rupture brutale de relations commerciales ou de rapports d'affaires établis. Le droit colombien et français de la distribution prévoit des dispositifs de réparation des préjudices subis par les

opérateurs en vertu desquels des indemnisations forfaitaires ont pu être établies. Il en est ainsi de l'indemnisation prévue en droit colombien en faveur de l'agent commercial délaissé.

438.1.- Le droit des obligations des deux pays prévoient des mécanismes de réparation du préjudice subi par les opérateurs du fait de la violation par un partenaire du devoir d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle. Le droit des obligations de France et de Colombie prévoient ainsi l'indemnisation du préjudice ou dommage subi par un agent du fait de la rupture abusive des pourparlers, d'un défaut d'information précontractuelle et de la violation des avant-contrats qui sont le pacte de préférence et la promesse de contrat.

438.2.- L'étude des divers dispositifs de réparation du préjudice prévus dans le droit des marchés et dans le droit des obligations nous a permis d'identifier les divers postes du préjudice ou dommage économique indemnisable à la suite de l'entrave illégitimement portée à l'activité économique particulière d'un agent. Il peut en effet s'agir de la perte subie, constituée par les frais ou les déboursements effectués en pure perte à la suite du fait dommageable ; du gain manqué constitué par les revenus ou les profits que la victime n'a pas pu obtenir par le fait de la faute encourue par le partenaire et qu'elle aurait vraisemblablement obtenu en l'absence de la faute ; et de la perte d'une chance, celle-ci pouvant être constituée soit par la perte de la chance de ne pas réaliser des frais en pure perte, soit dans la perte d'une chance d'obtenir un gain, aussi dans la perte d'une chance de ne pas contracter, ou de contracter dans des conditions plus avantageuses, voire de conclure un contrat avantageux avec un tiers. Les juges français indemnisent, notamment en droit de la concurrence, le préjudice moral subi par l'opérateur victime. Ce préjudice peut être constitué par l'atteinte à l'image ou à la notoriété de la victime, mais aussi par le trouble commercial ou la désorganisation subie son entreprise par la victime. Il est souvent indemnisé de manière forfaitaire.

La responsabilité civile trouve alors un nouvel scénario dans le domaine des activités économiques en droit colombien aussi bien qu'en droit français. L'on verra comment, à l'aide de la théorie économique ainsi que des notions de droit privé construites depuis plusieurs décennies, elle a pu trouver les outils et les méthodes

nécessaires à l'évaluation rigoureuse du préjudice ou dommage individuel subi par les opérateurs économiques. Dans cette tâche la responsabilité civile s'heurte cependant à un phénomène particulier propre à la matière économique : celui des rapports entre le préjudice et les autres conditions de la responsabilité civile et leur éventuelle influence sur les méthodes d'évaluation du préjudice.

Deuxième partie – L'évaluation du dommage économique.

439.- « *Dommage, fait générateur, lien de causalité, le triptyque est bien connu. Inébranlables, les piliers de la matière donnent au lecteur distrait une impression de solidité excessive. En réalité les notions fondamentales de la responsabilité civile sont incertaines et leurs contours bien délicats à tracer. Ces trois monuments, bien qu'incontournables, sont ainsi revisités chaque jour par la jurisprudence. (...) Puisque les notions ne sont pas définies par le législateur, les juges ont toute latitude pour adapter leur jurisprudence aux besoins de l'espèce et aux préoccupations contemporaines. Animés d'une volonté de réparation toujours plus grande, ils déforment à dessein les notions anciennes soit dans le désir coupable d'une solution déterminée hors du droit, soit dans l'intention louable d'adapter le droit à la modernité sociale* »⁴⁹³. Cette réflexion du professeur Jérôme Fischer traduit bien certains phénomènes de la mise en œuvre de la responsabilité civile dans le domaine des activités économiques. En effet, très souvent, en matière économique, les conditions de la responsabilité civile qui sont le préjudice, la faute et lien causal, s'enchevêtrent. Souvent, dans ce domaine, les comportements fautifs le sont en raison du trouble ou de l'atteinte qu'ils portent sur l'activité économique d'autrui. Ceci met en évidence un phénomène particulier en droit de la responsabilité civile. Traditionnellement étudiées comme des conditions de la responsabilité civile autonomes l'une par rapport à l'autre, la faute, le préjudice et le lien de causalité, entretiennent des rapports particuliers dans le domaine des activités économiques. Paradoxe propre au préjudice économique, celui-ci remplit parfois, dans le domaine des activités économiques, la fonction probatoire des autres conditions de la responsabilité. Ainsi, le dommage économique participe dans la révélation de certaines fautes économiques tout comme dans la révélation du lien de causalité (**Titre 1**). Ce constat est important tant il exerce parfois,

⁴⁹³ Jérôme FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », dans *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, n° 3.

dans certaines hypothèses d'atteinte ou de lésion de l'activité économique d'un agent, une influence sur la méthode d'évaluation du dommage ou préjudice subi par la victime. Il en résulte que des outils et des méthodes d'évaluation du préjudice propres à la matière économique peuvent être identifiées (**Titre 2**).

Titre 1. La révélation de certaines fautes par le dommage économique.

440.- Définir la faute par le résultat ? Dans le domaine des activités économiques, la faute est souvent définie par le résultat de la conduite, autrement dit, par le préjudice subi illégitimement par un opérateur sur son activité économique. C'est dire qu'en matière économique, maints comportements sont interdits ou sanctionnés parce qu'ils comportent en eux-mêmes une entrave, jugée illicite, à l'activité économique d'autrui. Issues d'une tâche d'encadrement des activités économiques, les fautes économiques ne constituent pas de comportements abstraits ou génériques, voire inoffensifs ou innocents. Bien au contraire, les fautes économiques le sont parce qu'elles endommagent l'activité économique d'autrui. Ainsi, en matière économique, les comportements fautifs impliquent dès leur réalisation, voire « en simultanée », une entrave actuelle ou potentielle de l'activité économique d'un autre opérateur.

441.- La sanction ou l'interdiction de certains comportements en matière économique se fonde bien sûr sur la transgression d'un principe, d'un intérêt général ou d'une valeur régissant les activités économiques. Nous avons en effet analysé dans la première partie de cette étude, le rôle joué par le principe de la libre et loyale concurrence dans la détermination du dommage à l'économie ou au marché général⁴⁹⁴, sanctionné par l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. Aussi, la violation du principe de loyauté fonde la sanction de plusieurs conduites malignes ou incorrectes regroupées sous la rubrique « concurrence déloyale ». Le législateur français est récemment venu

⁴⁹⁴ Voir notamment les n° 157 à 209.

dénommer les *pratiques restrictives de concurrence* comme étant des *pratiques déloyales entre entreprises*⁴⁹⁵, ce qui met en évidence la violation du principe de loyauté par ce genre de conduites.

442.- La faute donnant lieu à l'obligation de réparation est alors souvent dictée, dans le domaine des activités économiques, par le dommage que l'on cherche à éviter : l'entrave, le trouble ou l'altération injustifiée de l'activité économique d'un opérateur. L'on analysera ainsi le rôle joué par le dommage, entendu comme l'atteinte à l'activité économique d'un opérateur, dans la révélation de certaines fautes ou des certaines conduites sanctionnées notamment dans deux branches du droit. Ainsi, d'un côté, le dommage subi par un opérateur apparaît comme un élément contribuant dans certaines hypothèses, et à côté d'autres éléments, à la révélation des fautes constitutives d'une pratique anticoncurrentielle (*droit antitrust*) (**Chapitre 1**). D'un autre, l'atteinte à l'activité économique d'un opérateur apparaît comme un élément permettant de révéler les comportements déloyaux des opérateurs économiques (**Chapitre 2**)⁴⁹⁶.

Chapitre 1. La contribution du dommage économique subi par un opérateur à la révélation de certaines pratiques anticoncurrentielles.

443.- L'expression « *pratiques anticoncurrentielles* » désigne, en droit français aussi bien qu'en droit colombien, un ensemble de comportements censés léser le bon

⁴⁹⁵ L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 a réalisé une refonte des pratiques restrictives de la concurrence en regroupant sous le chapitre 2 du titre IV du livre IV du Code de commerce français les *pratiques déloyales entre entreprises*. Ce chapitre réunit ainsi les *pratiques restrictives de la concurrence* et *Autres pratiques prohibées*.

⁴⁹⁶ Cette division est inspirée des développements du professeur français Nicolas DORANDEU qui identifie deux sources du préjudice concurrentiel subi par les opérateurs économiques. Selon lui « *est illicite, donc propre à faire naître une créance ou une dette d'indemnisation, le préjudice concurrentiel qui trouve sa source dans un acte concurrentiel soit interdit par une prescription d'origine légale ou contractuelle soit réalisé par des moyens déloyaux ou inégalitaires, ces derniers étant définis légalement ou jurisprudentiellement. Toutes ces limitations à la liberté de la concurrence vont constituer la source individuelle du préjudice concurrentiel illicite* ». N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 78.

fonctionnement macro-économique de la concurrence⁴⁹⁷. La *condition dommageable*⁴⁹⁸, constituée par l'atteinte effective ou potentielle au processus concurrentiel général, est devenue, depuis plusieurs années, l'élément fondamental de la qualification délictueuse des pratiques au niveau macro-économique⁴⁹⁹. La théorie économique suggère en effet que « *les pratiques d'ententes, ou d'entreprises en situation dominante, destinées à établir des niveaux de prix artificiels, ou, à limiter la production, ou encore, à limiter l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises en érigeant des barrières à l'entrée, ont un coût pour la collectivité en ce qu'elles limitent la satisfaction que les consommateurs retirent globalement de l'utilisation des ressources rares de la collectivité* »⁵⁰⁰.

444.- Mais ces pratiques ne se réalisent pas dans l'abstrait. Si la finalité première de l'incrimination des comportements anticoncurrentiels est d'assurer le jeu normal de la concurrence sur le marché, les pratiques interdites se matérialisent par des actes réalisés au détriment d'autres opérateurs économiques. C'est ainsi que si l'entrave au processus concurrentiel sur un marché constitue toujours l'élément indéfectible de qualification de l'infraction, la lésion des intérêts particuliers des agents, c'est-à-dire la lésion de leur activité économique individuelle, vient renforcer, voire révéler, dans certains cas, le caractère dommageable de la faute de concurrence.

445.- À l'entrave au processus concurrentiel se joint alors le préjudice individuel subi par un opérateur en tant qu'élément permettant de révéler la faute de concurrence. Cette prise en compte de la lésion des intérêts individuels des opérateurs dans la constitution

⁴⁹⁷ Voir notamment les n° 187 à 195.

⁴⁹⁸ Selon l'expression utilisée à maintes reprises par N. DORANDEU dans *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, voir par exemple n° 40 et s.

⁴⁹⁹ Nicolas DORANDEU qui constate un mouvement de « *remise en cause des infractions par nature aux règles de concurrence* » au niveau macro-économique, et qui souhaite un investissement des juridictions civiles et commerciales dans l'analyse de l'anormalité concurrentielle des pratiques. *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 10, p. 12 et 13.

⁵⁰⁰ F. JENNY, « L'ordonnance n°86.1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs », Cah. dr. entr., n° spécial, « Le droit français nouveau de la concurrence », *J.C.P.*, éd. E., 1987.

de la faute de concurrence est naturelle car elle révèle le caractère dommageable de la conduite sanctionnée. En effet, pour une partie de la doctrine française, les divers comportements visés dans le titre II du livre IV du Code de commerce français, permettent d'identifier matériellement les infractions au droit de la concurrence⁵⁰¹. Tel est le cas de l'article L.420-2 du Code de commerce français dans lequel le législateur, après avoir posé l'interdiction générale de l'abus de domination, mentionne plusieurs conduites pour illustrer la pratique interdite. Il s'agit d'actes concrets qui, sans exclure d'autres hypothèses, peuvent constituer un abus de domination. Ainsi, aux termes de ce texte, l'abus de domination peut « *notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme* ».

446.- Ces diverses hypothèses constituent en réalité des situations d'atteinte ou de lésion de l'activité économique d'autrui. Jointe à d'autres éléments, la lésion portée sur l'activité économique d'un opérateur, permet de révéler la faute de concurrence sanctionnée. Nous rappellerons brièvement ce qu'il en est de la notion d'abus de position dominante sur le marché (**Section 1**) avant d'illustrer, à travers l'analyse d'espèces concrètes, la manière dans laquelle l'atteinte subie par un opérateur sur son

⁵⁰¹ À titre d'exemple, les auteurs français Didier et Nicolas Ferrier identifient les différents abus sanctionnables dans les relations commerciales entre distributeurs et fournisseurs sous deux angles. Il y aurait selon eux une *identification matérielle* et une *identification formelle* de ces abus. Sous la première catégorie ils analysent notamment le refus de contracter, la discrimination injustifiée et l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique. *Droit de la distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2017, voir notamment n° 330 à 355, p. 179 à 202.

« il apparaît que le critère pertinent pour définir l'anormalité d'un comportement concurrentiel de marché se trouve dans l'analyse du dommage au processus concurrentiel, qui doit exister au moins en germe pour que l'interdiction du comportement en question soit justifiée au regard du principe de la liberté concurrentielle. La sécurité juridique découlant de la rigueur de la procédure de démonstration du trouble » : N. DORANDEU, *op. cit.*, n° 272.

activité économique contribue à révéler la pratique anticoncurrentielle sanctionnée (Section 2).

Section 1. Sur la notion d'abus d'une position dominante sur le marché.

447.- L'abus d'une position dominante sur le marché est prohibé en droit interne français⁵⁰² aussi bien qu'en droit de l'Union européenne⁵⁰³. Mais aucun de ces deux textes ne définit la notion. En revanche, ils recourent tous les deux à la mention de quelques conduites ponctuelles en les interdisant, car constitutives d'un abus de domination. La liste des comportements visés n'est pas limitative⁵⁰⁴.

448.- En droit colombien l'abus d'une position dominante sur le marché est expressément prohibé par l'alinéa 4^e de l'article 333 de la Constitution Politique de 1991⁵⁰⁵. Mais cette interdiction rentrait déjà dans la prohibition générale de l'article 1^{er}

⁵⁰² L'article L. 420-2 du Code de commerce français interdit l'abus d'une position dominante sur le marché mais ne le définit pas : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ».

⁵⁰³ Article 102 du TFUE : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci », JOUE, 26 oct 2012, C-326, 47.

⁵⁰⁴ L'adverbe « *notamment* » utilisé dans le texte français, détermine le caractère non limitatif des hypothèses signalées par le législateur. Il permet en effet de remarquer ou attirer l'attention sur un ou plusieurs objets ou situations particuliers faisant partie d'un ensemble sous-entendu. Il est synonyme d'autres adverbes tel « particulièrement », « spécialement » ou « singulièrement ». *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaire de la langue française, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2004, « *Notamment* ».

⁵⁰⁵ Article 333 de la Constitution Politique colombienne: “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

de la loi 155 de 1959⁵⁰⁶, toujours en vigueur. L'article 45 du décret 2153 de 1992⁵⁰⁷ est venu à son tour préciser la notion de position dominante en disposant que celle-ci consiste dans la « *possibilité [pour une entreprise] de déterminer directement ou indirectement les conditions d'un marché* »⁵⁰⁸. Ce décret a introduit en outre, dans son article 50, une liste non exhaustive de comportements ou pratiques constitutives d'un abus de position dominante. L'on reviendra plus tard sur les comportements qu'y sont prévus.

449.- Par l'interdiction de l'abus d'une position dominante sur le marché, ces textes cherchent à sanctionner « *l'exercice d'un pouvoir de marché détenu en principe par*

⁵⁰⁶ Article 1er de la loi 155 du 24 décembre 1959, précitée : “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”.

Et l'article 2 de la même loi établissait aussi la vigilance par l'État des entreprises qui, détenant une part importante du marché, avaient le pouvoir de déterminer le prix de biens ou de services.

⁵⁰⁷ Decreto 2153 du 30 décembre 1992, portant réforme de la Superintendencia de industria y comercio, *Diario Oficial* No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

⁵⁰⁸ En effet, l'article 45 du décret 2153 du 30 décembre 1992 consacre une série de définitions de plusieurs notions relatives à la matière concurrentielle :

«Article 45. Définitions. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.
2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
3. Conducta: Todo acto o acuerdo.
4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
6. Producto: Todo bien o servicio”.

une entreprise dominante et qui cherche à maintenir ou à faire croître sa position, en utilisant des moyens autres que ceux dictés par le jeu de la concurrence par les mérites »⁵⁰⁹. Ainsi, ces abus de domination sont généralement le fait d'une entité en situation économiquement très favorable, qui tire profit soit de sa force économique sur le marché, soit de la dépendance qu'éprouvent d'autres opérateurs indéfectiblement liés à elle⁵¹⁰. Ces pratiques sont interdites parce qu'elles ont, à plus ou moins long terme, un effet néfaste sur la structure du marché, car elles peuvent, en effet, évincer d'une manière significative les concurrents ou engendrer une augmentation significative des prix des biens et des services⁵¹¹.

450.- Deux éléments de la notion peuvent être identifiés. D'une part, la position dominante sur le marché. De l'autre, l'abus d'une telle position.

451.- En ce qui concerne *la position dominante d'une entreprise sur le marché*, elle a été définie par la Cour de justice des Communautés européennes comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement des consommateurs* »⁵¹². Elle n'est pas sanctionnée *per se*. En effet, « *admettre une telle solution serait évidemment antiéconomique puisque cela reviendrait à sanctionner les entreprises les plus méritantes, ayant su s'imposer auprès des consommateurs* »⁵¹³.

⁵⁰⁹ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 594, p. 457.

⁵¹⁰ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, n° 577, p. 448.

⁵¹¹ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, n° 577, p. 448.

⁵¹² CJCE., 17 décembre 1975, « United Brands », *JOCE*, 9 avril 1976, *Rec. CJCE*, p. 207 ; voir aussi CJCE, 13 février 1979, *Rec. CJCE*, p. 461 et CJCE, 11 décembre 1980, *Rec. CJCE*, p. 3775.

⁵¹³ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, n° 585, p. 452. Voir à ce propos l'avis de l'autorité de la concurrence, cité par les mêmes auteurs, concernant la position dominante de l'entreprise Google sur le marché aux termes duquel « *cette position dominante n'est, bien sûr, pas condamnable en soi : elle résulte d'un formidable effort d'innovation, soutenu par un investissement important et continue. Seul l'exercice abusif d'un tel pouvoir de marché pourrait être sanctionné* » : ADLC, avis n° 10-A-29, du 14 décembre 2010, pt 403, D. 2011, p. 2363, obs. Larrieu J., Le Stanc C. et Trefigny-Goy P.

452.- La position dominante sur le marché constitue essentiellement une notion économique. C'est ainsi que la Commission européenne tout comme l'Autorité de la concurrence française se réfèrent plus volontiers à la notion de « *pouvoir de marché* »⁵¹⁴. En effet, pour apprécier l'existence d'une position dominante, les autorités française et européenne se fondent sur une liste, non fermée, de critères d'ordre structurels, plutôt que comportementaux. L'Autorité doit alors vérifier la réunion de plusieurs de ces critères, mais il n'existe pas de règle en la matière car tout dépend des circonstances de chaque espèce. Les parts que l'entreprise soupçonnée détient sur le marché, c'est-à-dire la position de l'entreprise sur le marché, reste cependant un critère déterminant.

453.- Concernant cette fois l'abus, le texte français pas plus que le texte européen, ne le définit. Le Vocabulaire juridique Cornu définit l'abus comme « *l'exploitation outrancière d'une situation de fait ; mise à profit d'une position de force souvent au détriment des intérêts plus vulnérables* »⁵¹⁵. C'est l'abus, c'est-à-dire l'utilisation excessive du pouvoir de domination, qui constitue le fait générateur de l'incrimination⁵¹⁶. La doctrine française distingue deux hypothèses d'abus concurrentiel, un abus dit de comportement et un autre dit de structure. « *L'abus de comportement se définit comme l'exploitation abusive d'une position dominante, lorsque le détenteur de cette position utilise les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages qu'il n'obtiendrait pas en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace* ». Cette situation se distingue de l'abus de structure, où la volonté de l'entreprise ne joue aucun rôle dans l'établissement de l'abus : « *on s'intéresse exclusivement aux conséquences de son comportement. Il y a objectivation de l'abus. En d'autres termes, l'abus de comportement est un comportement abusif par sa source et l'abus de structure est un comportement abusif par son effet* ». Pourque le délit d'exploitation abusive d'une

⁵¹⁴ Voir, par exemple, la Communication européenne du 24 février 2009 : JOUE n° C 45, 24 février 2009, p. 7.

⁵¹⁵ Vocabulaire juridique Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 6^e édition, « Abus ».

⁵¹⁶ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 50.

position dominante sur le marché soit établi, il faut encore vérifier que cette conduite constitue une entrave au processus concurrentiel dans le marché. Il faut en effet constater l'effet d'entrave actuelle ou potentielle que l'abus d'une position dominante peut engendrer sur le processus concurrentiel dans le marché pertinent. L'article L. 420-2 du Code de commerce français renvoi en effet à l'article L. 420-1 pour définir les conditions de l'interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante. L'abus doit donc *avoir pour objet ou pouvoir avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.*

454.- Or, il s'avère que l'entrave au processus concurrentiel est souvent établie, s'agissant des situations d'abus d'une position dominante, grâce à la vérification de l'atteinte subie par un ou plusieurs opérateurs sur leur activité économique individuelle du fait du comportement abusif du dominant. En effet, une grande partie des procédures de sanction administrative aboutissent grâce aux plaintes déposées par les opérateurs victimes de ce genre de pratiques. Le préjudice subi par un opérateur économique dans son activité particulière sert donc aux fins du droit des pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où il contribue à l'établissement de la réalité de l'abus de domination.

Section 2. L'atteinte de l'activité économique individuelle d'un opérateur, élément contribuant à la révélation d'un abus de position dominante.

455.- L'essentiel du contentieux relatif à l'abus d'une position dominante concerne des producteurs ou des fournisseurs de biens et de services en position de pouvoir de marché, mais il peut aussi concerner des distributeurs placés dans une telle position. *« Il est très fréquemment question pour ces entreprises de chercher à verrouiller le marché aval pour évincer la concurrence ou de discipliner leurs réseaux en ce qui concerne les prix pratiqués »*⁵¹⁷. Les articles L. 420-2 du Code de commerce français, 102 du TFUE et, en droit colombien, l'article 50 du décret 1250 de 1993 dressent des

⁵¹⁷ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, n° 585, p. 452.

listes non exhaustives des comportements pouvant constituer un abus de domination⁵¹⁸. Dans ces listes, l'affectation de la capacité concurrentielle des autres opérateurs est expressément mentionnée. Tel est le cas de l'article 102 du TFEU qui considère comme abusive l'application, par une entreprise en position dominante, à l'égard de ses partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes, « *en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* ». Ce texte interdit en outre le fait de 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. Quant à l'article L. 420-2 du Code de commerce français, ce texte vise le refus de vente, les ventes liées, les ventes comportant des conditions discriminatoires, ainsi que la rupture de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Ces comportements pouvant constituer un abus de domination sur le marché. Le texte interdit en outre l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique d'un partenaire.

En droit colombien, l'article 50 du décret 2153 de 1992 vise spécifiquement plusieurs stratégies d'éviction des concurrents. Tel est le cas de la pratique de prix prédateurs lorsque celle-ci « *a pour objet l'élimination d'un ou plusieurs concurrents, l'empêchement de son entrée dans le marché ou l'entrave de leur expansion sur le marché* » (1°). Aussi la pratique de « *conditions discriminatoires dans d'opérations économiques similaires permettant de mettre un fournisseur dans une situation désavantagée par rapport à d'autres fournisseurs* » (2°). De même, l'offre de biens et des services à des prix inférieurs à ceux pratiqués dans une autre partie du territoire lorsque cette pratique « *a pour objet ou pour effet d'éliminer la concurrence dans la région et lorsque les prix pratiqués se trouvent par dessous des coûts de production* » (5°). Toutes les pratiques mentionnées lèsent directement la capacité concurrentielle

⁵¹⁸ L'adverbe « *notamment* » utilisé dans le texte français, détermine le caractère non limitatif des hypothèses signalées par le législateur. Il permet en effet de remarquer ou attirer l'attention sur un ou plusieurs objets ou situations particuliers faisant partie d'un ensemble sous-entendu. Il est synonyme d'autres adverbes tel « *particulièrement* », « *spécialement* » ou « *singulièrement* ». Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2004, « *Notamment* ».

des autres opérateurs sur le marché car elles constituent des stratégies destinées à éliminer les concurrents. Il s'agit d'*stratégies d'éviction*⁵¹⁹.

456.- Ainsi, nombreuses sont les procédures menées devant l'Autorité de la concurrence à la suite d'une plainte soumise par les opérateurs victimes d'une conduite soupçonnée et dont la capacité concurrentielle a été affaiblie par le fait de la pratique menée. L'activité économique individuelle de l'opérateur ayant été atteinte ou se trouvant gravement menacée par le fait de la pratique incriminée. L'abus d'une position dominante sur le marché cherche à diminuer la capacité des autres opérateurs qui viennent concurrencer d'une manière efficiente avec l'entreprise qui réalise ladite pratique. L'entreprise en position dominante cherche ainsi à éliminer ses concurrents⁵²⁰. Le dénigrement⁵²¹, la pratique de prix prédateurs⁵²² ou encore le refus d'accès à des données informatiques⁵²³ constituent des exemples des pratiques dites d'éviction. Cependant, bien souvent, c'est le préjudice souffert par un opérateur qui les révèle. Nous analyserons alors plusieurs affaires en droit français, européen et colombien permettant de constater le rôle joué, devant l'Autorité de concurrence, par le préjudice économique individuel subi par un opérateur dans la révélation de la faute de concurrence qui est l'abus d'une position dominante (**Paragraphe 1**). Ce rôle de révélation des fautes de concurrence joué par le préjudice ou dommage économique

⁵¹⁹ Les situations d'abus d'une position dominante sur le marché sont classées par la doctrine, en *abus constitués par l'éviction des concurrents sur le marché*, et les *abus constitués par l'exploitation*. Les abus classés dans la première catégorie constituent des stratégies destinées à éliminer les concurrents sur le marché telles la pratique de prix prédateurs, la soumission à des conditions commerciales injustifiées, le dénigrement. La fixation de prix excessifs constituant une hypothèse d'abus de domination par l'exploitation de la position dominante sur le marché. F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, n° 590, p. 454 et 455.

⁵²⁰ M. VELILLA, « Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante », in *Derecho de la competencia*, ouvrage collective de la SIC, Éditions Biblioteca Millennium et Éditions El Navegante, Bogotá, 1998, p. 177-201, voir notamment p. 191.

⁵²¹ Cass. com., 18 oct. 2016, n° 15-10384 : *Concurrences*, n° 1-2017, p. 105, obs. F. Marty ; D. 2017, p. 881, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-26151 : *L'actu-concurrence Hebdo*, n° 24/2017, obs. A. Ronzano.

⁵²² CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Azko Chemie BV : RTD com 1992, p. 310, obs. C. Bolze.

⁵²³ M. PONSARD, « Abus de position dominante : la question de l'accès aux données », *AJCA* 2016, p. 231.

subi par opérateur nous permet en outre de constater l'exercice, par les acteurs économiques, d'une police des marchés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le préjudice économique révélateur de l'abus de position dominante.

457.- Le professeur français Nicolas Dorandeu utilise l'expression « *préjudice concurrentiel microéconomique* » pour nommer les effets négatifs de la perturbation au processus concurrentiel (dommage concurrentiel) sur le patrimoine des agents économiques engagés dans la lutte concurrentielle. Il peut s'agir notamment, d'une perte de clientèle ou d'un trouble commercial, c'est-à-dire d'une entrave ou d'une perturbation engendrée dans l'activité économique d'un opérateur⁵²⁴. Nous avons en effet étudié plus haut le contenu de l'expression « trouble commercial » dans la doctrine et la jurisprudence françaises⁵²⁵.

458.- La capacité concurrentielle d'un opérateur sur un marché peut être définie comme l'aptitude d'un agent à intervenir de manière rentable sur un marché. C'est l'aptitude d'un agent à obtenir des bénéfices du fait de son activité économique et à assurer, à partir de ces bénéfices, sa permanence et son essor sur le marché. La capacité concurrentielle d'un agent détermine donc d'une part la rentabilité de l'agent et son aptitude à rester sur le marché et d'une autre, son aptitude à conquérir des parts du marché. La capacité concurrentielle d'une entreprise concerne donc tout l'ensemble de compétences ou d'habiletés d'un opérateur et qui déterminent l'efficacité de sa présence sur le marché concerné.

459.- Joint à l'analyse sur l'entrave actuelle ou potentielle au processus concurrentiel, c'est-à-dire l'analyse du dommage porté à l'économie d'ensemble ou à un secteur de celle-ci, le préjudice économique individuellement subi par un opérateur, contribue parfois à établir la réalité de la réalisation de la pratique anticoncurrentielle qui est

⁵²⁴ Nicolas DORANDEU, th. précitée, n° 262.

⁵²⁵ Voir notamment les n° 247 à 252.

l'abus, par un opérateur, de sa puissance économique⁵²⁶. En effet, l'analyse de plusieurs décisions rendues en droit colombien aussi bien qu'en droit français et communautaire de la concurrence nous permettra de constater que si bien les Autorités de la concurrence sanctionnent un abus de position dominante en tant que fait générateur d'un dommage au processus de la concurrence, le préjudice individuellement subi par un ou plusieurs opérateurs agit en tant qu'élément contribuant à la révélation de la faute de concurrence. L'atteinte ou le trouble de l'activité économique individuelle d'un opérateur constitue un élément permettant de révéler un abus d'une position dominante. Qu'il s'agisse d'un abus de la position dominante sur le marché (I) ou d'un abus de la dépendance économique dans laquelle se trouve à son égard un autre opérateur (II), l'atteinte à l'activité économique d'un opérateur, préjudice économique, sert souvent à constater la réalité de la pratique anticoncurrentielle.

I. Le préjudice économique révélateur de l'abus d'une position dominante sur le marché.

460.- Plusieurs décisions des Autorités de la concurrence française, européenne et colombienne, permettent en effet de constater le rôle joué par le préjudice économique individuellement subi par un opérateur, dans la révélation de la faute de concurrence constituée par un abus d'une position dominante sur le marché (A). En droit colombien, ce rôle de révélation de la pratique anticoncurrentielle qui est l'abus de la position dominante sur le marché joué par le préjudice individuel des opérateurs est par ailleurs expressément admis par le législateur. En effet, l'article 33 de la loi 640 du 2001 prévoit la mise en place, au cours de la procédure administrative sanctionnatrice menée devant l'Autorité de la concurrence, d'une audience dans laquelle les parties concernées, c'est-

⁵²⁶ D'après l'expression utilisée par Nicolas DISSAUX et Romain LOIR qui expliquent que la « puissance économique » dont profite un opérateur n'est pas condamnable *per se*. Ce qui est interdit et sanctionné est l'abus qu'un opérateur fait de sa puissance économique. Il peut s'agir en effet d'un abus de la puissance économique sur le marché ou bien d'un abus de la puissance économique dont l'opérateur profite à l'égard d'une autre entreprise. *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 344, p. 177.

à-dire l'opérateur soupçonné et l'opérateur victime, peuvent transiger sur l'indemnisation des préjudices individuels subis par la victime de la pratique (B).

A. L'étude des espèces.

461.- Dans une décision rendue en 2009, la Commission européenne a pu infliger une amende s'élevant à 1,06 milliard d'euros à la société de droit américain *Intel*⁵²⁷ après avoir constaté que celle-ci avait abusé de sa position dominante sur le marché mondial d'un certain type de processeurs informatiques. Tout au long de la période d'octobre 2002 à décembre 2007, *Intel* avait occupé une position dominante sur le marché mondial des processeurs x86, détenant une part de marché d'au moins 70%. Visant à exclure un de ses concurrents, la société *AMD*, du marché des CPU x86, *Intel* a appliqué une série de rabais conditionnés et de « restrictions non déguisées » à l'égard de plusieurs de ses partenaires commerciaux. Ces rabais ont été accordés à certains fabricants d'ordinateurs (Acer, Dell, HP, Lenovo et NEC) à la condition qu'ils s'approvisionnent exclusivement ou quasi-exclusivement auprès d'*Intel* dans le segment CPU x86. De même, *Intel* a effectué des paiements au profit de certains de ces fabricants sans aucun lien avec d'achats particuliers de sa part, et ce à condition qu'ils retardent ou annulent le lancement de produits spécifiques équipés de processeurs *AMD*. La Commission a ainsi considéré que ces paiements, constituaient une immixtion de la part d'*Intel* dans les relations entre ces fabricants d'ordinateurs et la société *AMD* ce qui a eu pour effet d'empêcher l'entrée sur le marché de produits pour lesquels il existait une demande des consommateurs. Cette intrusion d'*Intel* dans les rapports commerciaux de la société *AMD* avec les fabricants d'ordinateurs a sans doute troublé l'activité économique de la société victime. La Commission a estimé que ces pratiques constituaient, de la part d'*Intel*, des abus de position dominante sur le marché des processeurs x86 car elles ont réduit la capacité des concurrents à se livrer concurrence par la qualité intrinsèque de leurs produits, les agissements d'*Intel* ont porté ainsi atteinte à la concurrence et à l'innovation. La Commission européenne a conclu à

⁵²⁷ Décision C (2009) 3726 final de la Commission, du 13 mai 2009, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE (affaire COMP/C-3/37.990 – Intel).

l'existence d'une violation unique et continue de l'article 102 TFUE et de l'article 54 de l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992⁵²⁸, entre le mois d'octobre 2002 et le mois de décembre 2007, et a par conséquent infligé à *Intel* une amende s'élevant à 1,06 milliard d'euros⁵²⁹.

462.- Pour certains auteurs, cette décision s'oppose à l'appréciation *in abstracto* de l'abus d'une position dominante, la simple possibilité d'un effet d'éviction des concurrents ne suffisant pas à qualifier une pratique comme abusive⁵³⁰. En effet, le préjudice souffert par *AMD*, ici le trouble de son activité économique, a permis de révéler dans cette affaire l'abus de position dominante commis par *Intel*. Si elle n'a pas constitué à elle seule un élément de qualification de la pratique anticoncurrentielle, l'atteinte de l'activité économique subi par l'opérateur joue un rôle clé dans l'identification de la conduite incriminée, ne serait-ce que dans la mesure où c'est à son occasion que le déclenchement de la procédure de sanction devant l'Autorité de la concurrence a eu lieu. L'enquête de la Commission faisait en effet suite à des plaintes déposées par la société *AMD* en 2000, 2003 et 2006, la dernière ayant été adressée à l'autorité allemande de la concurrence et ensuite examinée par la Commission européenne⁵³¹. L'atteinte ou le trouble de l'activité économique d'*ADM* constituée par l'entrave de l'entrée sur le marché de ses produits, constatée par la Commission au cours de la procédure, a permis de révéler l'entrave portée sur le libre jeu de la concurrence. En effet, c'est au vu de la perturbation illicite de l'entrée des processeurs d'*AMD* sur le marché, réalisée par *Intel*, que la Commission a, compte tenu de la position dominante d'*Intel* sur le marché des processeurs dans l'espace économique européen, pu constater la réduction de la capacité des concurrents à se livrer concurrence par la qualité intrinsèque de leurs produits, pour lesquels il existait une

⁵²⁸ *JO* 1994, L 1, p. 3.

⁵²⁹ « Dans cette affaire, l'amende a tenu compte de la durée et de la gravité de l'infraction, conformément aux lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes de 2006 (voir IP/06/857 et MEMO/06/256) l'amende a été calculée sur la base de la valeur des ventes de processeurs x86 réalisées par *Intel* dans l'Espace économique européen (EEE) ». Voir le communiqué de presse de la Commission du 13 mai 2009, IP/09/ 745.

⁵³⁰ Voir, par exemple, les conclusions de l'Avocat général Wahl dans l'affaire *Intel*, C-413/14 P, pt 118.

⁵³¹ Voir le communiqué de presse de la Commission du 13 mai 2009, IP/09/ 745.

demande des consommateurs. La Commission a dès lors pu constater le préjudice au processus concurrentiel et aux consommateurs⁵³².

463.- *Intel* a introduit un recours devant le Tribunal européen tendant à l'annulation de la décision litigieuse. Elle réfutait notamment la capacité des rabais et des paiements octroyés de restreindre la concurrence. Le Tribunal a rejeté le recours d'*Intel*⁵³³ en considérant notamment que la Commission avait démontré, à suffisance de droit et sur la base d'une analyse des circonstances de l'espèce, la capacité des rabais et des paiements d'exclusivité accordés par Intel à Dell, à HP, à NEC, à Lenovo et à MSH de restreindre la concurrence. De même, le Tribunal a jugé que la Commission avait démontré à suffisance la tentative de dissimulation de la nature anticoncurrentielle des pratiques d'*Intel* et la mise en œuvre d'une stratégie d'ensemble à long terme dont l'objectif était de barrer l'accès d'*AMD* auxdits canaux de ventes (canaux stratégiques de ventes)⁵³⁴.

464.- Le dommage économique subi individuellement par un opérateur, manifesté par l'atteinte de sa capacité concurrentielle, sert aussi à la vérification de l'abus de position dominante constitué par la pratique de prix prédateurs. C'est à propos du marché des puces électroniques pour la norme 3G, que la Commission Européenne a sanctionné le fabricant de circuits intégrés *Qualcomm* qui, tout en visant spécifiquement son concurrent le plus proche, la société *Icera*, avait pratiqué des prix de vente inférieurs aux coûts de production des puces⁵³⁵. Les stratégies de prédation impliquent en effet

⁵³² « Il est nécessaire que cet effet soit probable au vu d'un examen approfondi de l'ensemble des circonstances de l'espèce » : F. MARTY, Concurrences n° 2-2018, chron. Pratiques unilatérales, p. 78. Se priver de l'évaluation des effets des pratiques conduit à « adopter une approche aléatoire, imprécise et hypothétique » : Conclusions de l'Avocat général Melchior Wathelet dans l'affaire Orange Polska, CJUE 21 février 2018, aff. C-123/16 P, pt. 93.

⁵³³ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 12 juin 2014, Intel/Commission, T-286/09.

⁵³⁴ *Intel* s'est pourvu en annulation de l'arrêt du Tribunal devant la Cour de justice des Communautés européennes. La Cour de justice a renvoyé le cas au Tribunal de l'Union européenne autrement composé pour que celui-ci examine la capacité restrictive des remises de fidélité proposées par l'opérateur dominant sur le marché des processeurs (CJCE, arrêt *Intel* du 6 septembre 2017, aff. C-413/14P, voir Anne-Lise Sibony, *Concurrences* n° 4-2017, pp 90-96).

⁵³⁵ « Ces puces sont des composants essentiels pour la connexion et le transfert des données sur les réseaux. Il s'agit d'un marché caractérisé par des très fortes barrières à l'entrée, tenant non seulement aux investissements nécessaires tant en production qu'en recherche-développement mais également à

un sacrifice des profits de la part de l'agent qui les mets en marche. Entre les années 2009 à 2011, la société *Qualcomn*, qui détenait 60% de la part du marché, s'est engagée dans la vente de trois de ses modèles de puces à deux clients stratégiques tout en pratiquant des prix prédateurs. Cette pratique avait pour but d'évincer son concurrent le plus proche, la société *Icera* qui, possédant 20% du marché, offrait des puces dont les performances menaçaient, selon la Commission, la position dominante de *Qualcomn* sur le marché. *Icera* a en effet abandonné en 2015 cette ligne de produits à la suite du procédé des prix prédateurs mis en marche par *Qualcomn*. La Commission européenne a imposé une amende de 242 millions d'euros à *Qualcomn*⁵³⁶.

465.- Ainsi, si l'atteinte au processus concurrentiel dans un marché, constitue toujours « *l'élément fondamental de la qualification délictueuse des pratiques au niveau macro-économique* »⁵³⁷, l'atteinte à l'activité économique individuelle des opérateurs révèle très souvent l'affectation du processus concurrentiel dans son ensemble dans la mesure où elle la matérialise. Le préjudice ou dommage individuel subi par un opérateur économique permet donc la qualification de la pratique anticoncurrentielle. C'est notamment en matière d'abus de domination contractuelle où l'on peut constater cette contribution du préjudice économique individuel subi par un opérateur dans la révélation du comportement sanctionné.

466.- L'entrave subie par un opérateur sur son activité économique participe aussi à la révélation de l'exploitation abusive de la position dominante sur le marché en droit

l'importance des droits de propriété intellectuelle associés à ces technologies » : F. MARTY, *Concurrences* n° 4-2019, chron. Pratiques unilatérales, p. 98 à 104.

⁵³⁶ « Or, il ressort de notre enquête que Qualcomm a abusé de sa position dominante entre la mi-2009 et la mi-2011 en pratiquant des prix d'éviction. Qualcomm a vendu des quantités déterminées de trois de ses chipsets UMTS à un prix inférieur aux coûts à Huawei et à ZTE, deux clients d'importance stratégique, dans le but d'éliminer Icera, son principal concurrent de l'époque sur un segment de marché offrant des performances de haut niveau en matière de flux de données. Qualcomm a adopté ce comportement alors qu'Icera était en train de devenir un fournisseur viable de chipsets UMTS aux performances élevées en matière de flux de données, constituant ainsi une menace croissante pour les activités de Qualcomm liées aux chipsets » : communiqué de presse publiée par la Commission le 18 juillet 2019, IP/19/4350.

⁵³⁷ N. DORANDEU, th. précitée, n° 10, p. 12 et 13. Voir aussi, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 32, préface de J. Ghestin, Dalloz, 2004, spécialement n° 475 à 486, p. 468 à 477, pour qui le « *trouble concurrentiel* » est un « *élément de qualification de pratiques prohibées par le droit de la concurrence* ».

colombien⁵³⁸. C'est ainsi que dans une décision du 28 février 2018⁵³⁹, concernant l'entreprise d'eau potable de Bogotá *EAAB*, l'Autorité colombienne de la concurrence⁵⁴⁰ a constaté l'abus de la position dominante sur le marché par *l'EAAB* et lui a imposé une amende à hauteur de 4'525.257 d'euros⁵⁴¹. En l'espèce, *COOJARDIN*, petit distributeur intermédiaire d'eau potable dans une petite ville, avait conclu un « contrat de vente d'eau en bloque » avec *l'EAAB*. Celle-ci était autorisée par la loi, outre qu'à fournir les consommateurs finaux d'eau, à conclure ce genre de contrats avec les entreprises intermédiaires dans la distribution d'eau. L'Autorité a en effet constaté la mise en place par *l'EAAB* des conditions de vente discriminatoires envers *COOJARDIN*, afin d'évincer ce concurrent du marché⁵⁴². *COOPJARDIN*, unique concurrent de *l'EAAB* dans la zone desservie, s'est vu imposer l'installation par *l'EAAB* d'une valvule ainsi que d'autres dispositifs ayant entraîné une réduction considérable

⁵³⁸ Tel que l'on a expliqué plus haut, l'abus de position dominante sur le marché est interdit dans la Constitution même (Article 333 de la Constitution Politique colombienne), ainsi que dans les articles 44 à 46 et 50 du décret 2153 de 1992 (Précité). L'interdiction de l'abus de position dominante rentre en outre dans la prohibition générale d'actes contraires à la libre concurrence prévue dans l'article 1^{er} de la loi 155 de 1959 Article 1er de la loi 155 du 24 décembre 1959 sur les pratiques commerciales restrictives, *Diario Oficial* n°. 30.138, del 22 de enero de 1960 : « *Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas. Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general* ».

L'article 2 de la même loi soumet en outre à la vigilance stricte du Gouvernement, les entreprises qui, au vue de leur pouvoir de marché, puissent imposer le prix de produits ou de services : « *Artículo 2 : ARTICULO 2o. Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente Ley* ».

⁵³⁹ Décision n° 14305 du 28 février 2018, Superintendencia de industria y comercio, dossier n° 12-185822, *Cooperativa de servicios públicos y alcantarillado de la parcelación El jardín Ltda Coojardín ESP Ltda – EAAB*, publiée dans le site web de la Superintendencia de industria y comercio.

⁵⁴⁰ Superintendencia de Industria y Comercio.

⁵⁴¹ Le montant de l'amende imposée à l'entreprise *EAAB* s'élevant à la somme de 20.437'290.720 pesos colombiens. Le taux de conversion appliqué a été de 4.516,26 pesos pour 1 euro au 18 août 2020.

⁵⁴² Ces deux conduites ont été sanctionnées au titre des alinéas 4 et 6 de l'article 50 du décret 2153 de 1992.

du volume d'eau fournie dans son réseau⁵⁴³. Pour l'Autorité de la concurrence, cette conduite a constitué la mise en place de la part de l'EAAB, de conditions de vente discriminatoires à l'égard de son cocontractant⁵⁴⁴ dans le seul but de l'évincer du marché. Eu égard aux plaintes formées par les clients de *COOJARDIN* (c'est-à-dire les consommateurs finaux d'eau), concernant la diminution de la pression et du volume de l'eau fournie, l'Autorité de la concurrence a pu établir l'affectation de la capacité concurrentielle de *COOJARDIN* sur le marché et, par ce biais, les effets anticoncurrentielles des pratiques menées par l'EAAB⁵⁴⁵. Pour l'Autorité de la concurrence le comportement de l'EAAB cherchait indéfectiblement à éliminer *COOJARDIN* en affaiblissant sa capacité de concurrence à travers l'entrave de son activité⁵⁴⁶. Dans cette affaire le préjudice concurrentiel subi par l'opérateur victime a sans doute permis de qualifier la pratique anticoncurrentielle⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Voir Décision n° 14305 du 28 février 2018, Superintendencia de industria y comercio, dossier n° 12-185822, notamment n° 9.4.1.3 et s, p. 32 et s.

⁵⁴⁴ “(...) la EAAB, abusando de su posición dominante, suministró agua en bloque a COOJARDIN en condiciones distintas a las que ofrece a sus otros compradores en condiciones normales, al instalar en su acueducto una válvula reductora del caudal y dos platinas de orificio reducido, que implicó el suministro de agua con un caudal y una presión inferiores. Dicho suministro diferenciado no estuvo justificado, pues otros compradores de agua en bloque no tuvieron que soportar la variación en las condiciones, ni fueron objeto de las medidas unilaterales adoptada por la EAAB y que COOJARDIN debió tolerar, pese a que estaba en condiciones similares a las de los demás compradores del recurso hídrico.”, Décision n°14305 du 28 février 2018, SIC, dossier n° 12-185822, n° 9.4.2.1, p. 44.

⁵⁴⁵ “(...) la afectación que tuvo que soportar desde sus posición como compradora de agua en bloque (...), tuvo un efecto en el mercado de prestación del servicio público de acueducto a usuarios finales en el que participa COOJARDIN (...) en todas las comunicaciones relacionadas, los usuarios se quejaban por la presión del agua que llegaba a colegios, universidades, hogares e incluso instituciones de población de protección estatal (...):” Décision n°14305 du 28 février 2018, SIC, dossier n° 12-185822, n° 9.4.2.2, pp. 45 et 46.

⁵⁴⁶ “(...) la instalación de la válvula reductora de caudal junto con la platina de orificio reducido por parte de la EAAB constituyó una conducta que obstruyó el desarrollo de las actividades desarrolladas por COOJARDIN en el mercado de comercialización de agua potable o prestación del servicio público de acueducto a usuarios finales en Bogotá”: Décision n°14305 du 28 février 2018, SIC, dossier n° 12-185822, n° 9.4.2.2, pp. 45 et 46.

⁵⁴⁷ “(...) Esta afectación (...) tenía la idoneidad para sacar a COOJARDIN de un mercado en el que, como ya se demostró, la EAAB tenía interés. Mercado en el que además, era la EAAB el más probable competidor llamado a sustituir a COOJARDIN para atender a los usuarios que habrían quedado sin servicio o que estarían recibiendo una prestación deficiente por cuenta de las acciones tomadas por la EAAB, dada su posición dominante tanto en el mercado de venta de agua en bloque tanto en el mercado de prestación del servicio de agua potable a usuarios finales”: Décision n°14305 du 28 février 2018, SIC, dossier n° 12-185822, n° 9.4.2.2, p. 46.

B. La tentative de transaction possible entre la victime et le responsable de la pratique anticoncurrentielle devant l'Autorité de concurrence colombienne.

467.- L'article 33 de la loi 640 du 2001 prévoit la mise en place, au cours de la procédure administrative sanctionnatrice menée devant l'Autorité de la concurrence, d'une audience dans laquelle les parties concernées, c'est-à-dire l'opérateur soupçonné et l'opérateur victime ayant déposée plainte, peuvent transiger sur l'indemnisation des préjudices individuels subis par celui-ci à la suite de la pratique incriminée⁵⁴⁸. C'est-à-dire que cette audience de transaction n'a lieu que dans les cas où la procédure administrative a été engagée à la suite d'une plainte déposée par la victime devant l'Autorité. Elle doit avoir lieu avant la décision portant sur les mesures d'instruction. Cependant, l'aboutissement de la transaction n'interfère pas sur le déroulement de la procédure sanctionnatrice. Ainsi, la conclusion d'un accord transactionnel portant sur l'indemnisation du préjudice ou dommage économique individuel engendré par la pratique n'a pas d'influence sur le cours de la procédure administrative. L'Autorité demeure maître de la procédure de sorte qu'elle décidera, après l'instruction de l'affaire, si la pratique soupçonnée a eu lieu et imposera, le cas échéant, la sanction administrative prévue⁵⁴⁹.

En droit français une transaction portant sur l'indemnisation du dommage ou préjudice subi individuellement par un opérateur du fait d'une pratique anticoncurrentielle peut avoir lieu entre le responsable et la victime et ce en dehors de la procédure

⁵⁴⁸ Loi 640 du 5 janvier 2001, relative à la conciliation, *Diario Oficial* No. 44.303 de 24 de enero de 2001.

“Artículo 33. Conciliación en procesos de competencia. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados”.

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992”.

⁵⁴⁹ Voir le schéma explicatif de la procédure administrative de sanction des pratiques anticoncurrentielles mis en ligne dans le site officiel de l'Autorité de la concurrence colombienne www.sic.gov.co – rubrique « Protección de la competencia ».

administrative de sanction menée par l’Autorité de la concurrence. En effet, l’article L 464-2 du Code de commerce français qui traite des décisions pouvant être prises par l’Autorité de la concurrence au cours de la procédure de sanction prévoit que « *L’Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l’Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d’une transaction au sens de l’article 2044 du code civil* »⁵⁵⁰.

II. Le préjudice économique révélateur de l’exploitation abusive de l’état de dépendance économique d’un autre opérateur.

468.- En droit français, le délit d’abus d’une position dominante peut aussi être reproché à l’encontre de l’entreprise qui, profitant de sa puissance, exploite de manière abusive l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard un autre opérateur économique. Aux termes de l’article L. 420-2 al. 2e du Code de commerce français, est prohibée, dès lors qu’elle est susceptible d’affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l’exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d’entreprises de l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 du Code de commerce.

⁵⁵⁰ Aux termes de l’article 2044 du Code civil français « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

469.- Les origines de l’abus de l’état de dépendance économique se trouvent, en droit français, dans une ordonnance de 1986⁵⁵¹. Cette ordonnance cherchait à lutter contre les pratiques des centrales d’achat et de référencement qui, disposant d’un important pouvoir de négociation, étaient en mesure d’exiger des fournisseurs des conditions abusives⁵⁵². Ainsi, ce qui est à la base de la sanction de l’abus de l’état de dépendance économique c’est la protection des intérêts particuliers des opérateurs contre les abus des acteurs économiques profitant d’un fort pouvoir de négociation sans pour autant avoir une position dominante sur le marché. Ce que la loi protège avant tout par ce moyen, c’est la capacité concurrentielle de l’opérateur partie « faible » dans le contrat, contre les excès de la partie forte.

470.- Tout comme la position dominante sur un marché, la position de domination contractuelle, résultant de l’état de dépendance économique d’une des parties à l’égard de l’autre, n’est pas interdite par le droit français des pratiques anticoncurrentielles. Ce qui est sanctionné c’est l’abus d’une telle position de domination. Pour être sanctionné au titre du droit antitrust, cet abus doit être susceptible d’affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur le marché, c’est-à-dire, de porter atteinte à l’économie d’ensemble ou à un secteur de celle-ci.

471.- La sanction de l’abus de l’état de dépendance économique d’une des parties est une spécificité du droit français de la concurrence non connue du droit de l’Union européenne pas plus que du droit colombien des pratiques anticoncurrentielles. En effet, à la différence du droit français, le droit colombien de la concurrence ne sanctionne pas l’abus de l’état de dépendance économique dans lequel se trouve une partie à l’égard de son partenaire. L’abus de l’état de dépendance économique d’un partenaire, reste ainsi un outil étranger à la sanction des pratiques anticoncurrentielles

⁵⁵¹ L’article 8-2 de l’Ordonnance française du 1^{er} décembre 1986 prévoyait déjà ce recours au préjudice individuel des opérateurs pour constater l’infraction d’abus de position dominante dans une relation d’affaires. Le délit d’exploitation abusive pouvait en effet être reproché à l’entreprise qui profitait de « *l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard l’entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* ».

⁵⁵² N. DISSAUX et R. LOIR, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, p. 180, n° 354.

en droit colombien⁵⁵³. Les juges colombiens sanctionnent « *l'abus de la position dominante contractuelle* » mais sur le seul terrain du droit des contrats et en toute indépendance de l'atteinte qu'un tel abus pourrait porter à l'économie d'ensemble⁵⁵⁴.

En droit français, au vu de l'article L. 420-2 du Code de commerce, un état de dépendance économique doit donc d'abord être constaté pour établir ensuite la réalité de l'abus de domination, et c'est seulement après la réalisation de ces constatations que l'on devra se pencher sur l'analyse de l'impact de cette conduite sur le processus concurrentiel du marché⁵⁵⁵. Autrement dit, sur l'analyse de ce que l'exploitation

⁵⁵³ Mauricio VELANDIA qui affirme "(...) se trata de un asunto que sólo interesa a las partes, siendo el juez la autoridad competente para calificarla. (...) La posición de dominio contractual no es un tema cobijado por la posición de dominio del mercado, pues, por ser el segundo asunto de interés particular, el Estado determina que el asunto sea debatido entre las partes. En cambio, la posición de dominio de mercado sí es un tema regulado por las prácticas comerciales restrictivas (...)": Derecho de la competencia y del consumo, 2^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2011, p. 190 et 191; M. VELANDIA, *Ámbito Jurídico*, año V, n° 110, 18 de agosto de 2002, Bogotá, Éditions Legis, p. 14; Voir aussi à ce sujet E. RENGIFO GARCIA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 2^e éd, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 401 et 402.

⁵⁵⁴ Voir par exemple, la sentence arbitrale rendue sous l'égide la Chambre de commerce de Bogotá, *Celular Trading de Colombia Ltda et Cell Point Ltda c/ Comunicacion Celular S.A. Comcel*, du 18 mars 2002, arbitres Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer et Gustavo Cuberos Gómez.

⁵⁵⁵ L'article L.420-2 du Code de commerce français exige que les entreprises soient l'une envers l'autre « cliente ou fournisseur », ce qui exclut les hypothèses dans lesquelles les opérateurs n'ont jamais échangé directement des produits ou des services. En effet, l'état de dépendance économique est défini comme une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires, le dominé, ne dispose pas de solution de remplacement s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur, le dominant (G. CAS, R. BOUT et C. PRIETO, *Lamy dr. éco.*, 1999, n° 710). Cette situation de dépendance ne peut être évoquée que si des relations commerciales préexistent. Et elle peut être ambivalente. Ainsi en matière de distribution, activité économique qui recouvre toutes les opérations d'acheminement des produits des producteurs aux consommateurs, un distributeur peut se trouver en état de dépendance économiquement vis-à-vis de son fournisseur, et aussi, inversement, un producteur peut l'être vis-à-vis de son client (N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 62 et 63). L'Autorité de la concurrence française se réfère habituellement à quatre critères cumulatifs permettant d'établir la dépendance économique d'un contractant envers son partenaire : la forte notoriété de l'entreprise dont dépend le plaignant ; la part de marché importante de cette dernière ; la part importante dans le chiffre d'affaires du dépendant ; l'absence, pour le dépendant, de solution alternative (ADLC, avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 : Contrats, conc. consom. 2015, comm. 202, obs. Malaurie-Vignal M. ; Concurrences n° 3-2015, p. 97, obs. Ereseo N.). Dans une décision du 8 juin 1993, le Conseil de la concurrence avait déjà identifié quatre éléments permettant d'analyser l'état de dépendance économique dans lequel se trouve un distributeur vis-à-vis d'un fournisseur : « *l'importance du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, l'importance du distributeur dans la commercialisation du produit concerné, les facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses ventes auprès du distributeur et l'existence et la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur...* » (Conc. conc. Décision n° 93 D. 21, 8 juin 1993, « Pratiques mises en œuvre par le groupe C.O.R.A. », *Rec. lamy*, n° 538, comm. M.-E. ANDRE, confirmée par C.A. Paris, 25 mai 1994, *B.O.C.C.R.F.*, 24 juin 1994, *Gaz. Pal.*, jeudi 3 novembre 1994). Ces quatre critères ont été repris dans plusieurs décisions du Conseil de la concurrence, voir, par exemple : Conseil de la conc., déc. n° 01-

abusive d'un état de dépendance économique entrave ou non, de manière actuelle ou potentielle, le processus concurrentiel du marché pertinent⁵⁵⁶. L'atteinte à l'activité économique individuelle de l'opérateur en état de dépendance agit alors comme un élément révélateur de la faute de concurrence, elle est à tout le moins, l'élément déclencheur du raisonnement permettant de constater la réalité de la pratique anticoncurrentielle.

472.- Les hypothèses de recours à cet outil juridique en droit français pour protéger le processus concurrentiel du marché ne sont cependant pas très nombreuses. Il semblerait en effet difficile d'établir l'effet anticoncurrentiel d'un tel comportement surtout lorsque l'opérateur mis en cause ne détient pas des parts importants du marché. En effet, si le dispositif est tourné vers la protection du marché, il appréhende néanmoins les rapports de force entre cocontractants. C'est pourquoi le caractère ambigu du dispositif a été signalé par une partie de la doctrine française⁵⁵⁷.

D-49 du 31 août 2001 ; Conseil de la conc., déc. n° 02-D-77 du 27 déc. 2002 ; Cons. conc., déc. n° 04-D-26 du 30 juin 2004.

Quant à l'analyse de l'existence de solutions alternatives pour le partenaire en dépendance économique, la doctrine suggère d'étudier la structure de l'offre et de la demande, l'équilibre général sur le marché concerné, la situation économique et financière de l'entreprise en dépendance économique, et le niveau des marges du secteur. (Renée GALENE, *Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles*, éd. E.F.E., LITEC, 1995, n° 178, cité par N. Dorandeu, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 65). Il doit en tout cas s'agir d'un état qui doit être subi et qui ne doit pas résulter d'une décision de l'entreprise qui aurait délibérément concentré toutes ses sources d'approvisionnement auprès d'un même partenaire. (Voir par exemple ADLC, déc. n° 12-D-07 du 17 fév. 2012). Ainsi, la situation particulière de l'opérateur en cause, détermine la constatation de la réalité de l'abus de l'état de dépendance économique. Une fois celui-ci constaté, l'autorité devra juger l'effet qu'un tel comportement peut avoir sur le processus concurrentiel du marché.

⁵⁵⁷ Voir notamment C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 918. Voir aussi VOGEL J., « Analyse de l'efficacité pratique des actions juridiques », in Dossier « Concurrence et distribution : Le droit de la concurrence permet-il d'appréhender les comportements de la grande distribution ? », *Concurrences* n°2-2012, p. 8. Cependant, certains auteurs expliquent la manière dans laquelle l'abus de l'état de dépendance économique peut servir aux fins de protection du jeu de la concurrence. Ainsi, l'interdiction d'une telle conduite contribuerait à éviter l'étranglement des petits producteurs qui se trouvent démunis face aux grands distributeurs ayant un grand pouvoir d'achat. L'interdiction de l'abus de l'état de dépendance économique permettrait donc de protéger la structure de la concurrence. F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, n° 602, p. 460.

473.- Quelques décisions de l'Autorité de la concurrence française ont sanctionné l'abus de l'état de dépendance économique au titre du droit antitrust. Dans une décision du 30 juin 2004⁵⁵⁸, l'Autorité de la concurrence française a considérée abusive l'interruption, par un Établissement agréé de transfusion sanguine (ETS), de la livraison de produits sanguins transformés à deux sociétés intermédiaires, lesquelles sociétés étaient spécialisées dans la réalisation d'opérations de transformation, de stockage et de conditionnement de produits sanguins bruts, traités pour la fabrication de réactifs à usage industriel. Les clients de ces sociétés étant notamment Sanofi Pasteur et Bristol Myers. Pour exercer leur activité, les sociétés intermédiaires s'approvisionnaient auprès de l'Établissement agréé de transfusion sanguine *GIPCA* à hauteur de 90 %. Le *GIPCA* ayant décidé d'interrompre les livraisons aux deux sociétés intermédiaires, l'une d'entre elles, la société *Reims Bio*, s'est trouvée dans l'impossibilité de trouver rapidement une solution alternative auprès d'un autre ETS. La société *Reims Bio* est alors mise en liquidation judiciaire. Ceci a révélé la situation de dépendance économique dans laquelle elle se trouvait à l'égard de son fournisseur, le *GIPCA*, ainsi que le caractère abusif de l'interruption des livraisons. Mais la disparition du marché de l'opérateur *Reims Bio* a aussi révélé l'atteinte par le *GIPCA* au marché concerné. En effet, *Reims Bio* a saisi l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'abus d'une position dominante sur le marché et aussi sur celui de l'abus de l'état de dépendance économique. Dans sa décision, l'Autorité retient les deux griefs, c'est-à-dire l'abus de l'état de dépendance économique et l'abus d'une position dominante sur le marché, le tout fondé sur le refus de vente opéré par le *GIPCA*. Pour caractériser la dépendance économique, l'Autorité fait une analyse de la situation particulière de la société victime. Elle se fonde notamment sur l'absence de solution alternative offerte à la société intermédiaire : l'Autorité relève que la collecte des produits en cause était très difficile, que le fournisseur se trouvait en situation de quasi-monopole et qu'une réorganisation de la filière n'était pas compatible avec le délai de survie de l'intermédiaire après la rupture de l'approvisionnement. L'Autorité relève aussi que l'importation de produits ne constituait pas en l'espèce une solution alternative. L'Autorité tient compte en outre de la jeunesse de la société *Reims Bio* en considérant que, ayant commencé son activité en 1998, celle-ci n'avait pas eu le temps

⁵⁵⁸ Cons. conc., déc. N° 04-D-26 du 30 juin 2004, pt. 70 : *RTD com.* 2004, p. 464, obs. Claudel E.

de chercher à diversifier ses sources d'approvisionnement, à supposer que cette diversification eut été possible. En fin, l'Autorité relève aussi la confiance raisonnable du gérant de la société victime sur ce que les relations commerciales entre les deux opérateurs se poursuivent, c'est-à-dire que le gérant de la société ne pouvait pas s'attendre à une rupture des relations commerciales, dans la mesure où il avait lui-même, en tant qu'ancien salarié du *CRTS de Reims*, entretenu des relations anciennes, stables et continues avec le *GIPCA*. Pour établir l'atteinte au marché, l'Autorité a considéré que la pratique du fournisseur avait eu pour objet et pour effet d'entraîner la disparition de l'acheteur, ce qui avait eu pour conséquence de déstabiliser le marché des produits sanguins transformés. L'Autorité affirme que « *le fait, pour une entreprise en position dominante sur un marché de matières premières, de refuser, pour des raisons non objectives ou discriminatoires, de vendre ses produits à un opérateur situé sur un marché aval, ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence, constitue un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du Traité de Rome* ». Le préjudice économique subi par l'acheteur à la suite de la déstabilisation engendrée sur son activité économique par l'opérateur en position dominante, l'ayant conduit à une situation de liquidation judiciaire, a dès lors révélé l'atteinte au marché, ce qui a, à son tour, permis de qualifier la faute de concurrence.

474.- Dans une autre décision rendue en 2004⁵⁵⁹, le Conseil de la Concurrence a établi, à partir de la constatation de l'affaiblissement de la capacité concurrentielle individuelle des opérateurs victimes ayant porté plainte, l'abus de position dominante ainsi que l'abus de l'état de dépendance économique par une société dédiée à la distribution et à l'exploitation de films dans la zone des Antilles. Pour constater ces abus, l'Autorité de la concurrence s'est en effet fondée sur l'entrave concurrentielle effectivement subie par les opérateurs victimes. La société mise en cause était en situation de quasi-monopole dans le marché de distribution et d'exploitation de films dans la région. Elle avait mis en place plusieurs pratiques abusives qui avaient eu des effets néfastes sur la rentabilité de l'activité des salles de cinéma indépendantes en leur empêchant tout développement sur le marché concerné. Ainsi, plusieurs clauses

⁵⁵⁹ Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 sep. 2004 : D. 2004, AJ 2571, obs. E. Chevrier.

abusives avaient été imposées par le distributeur dans les contrats de distribution de films : les exploitants des salles devaient soumettre à l'accord préalable du distributeur tout approvisionnement auprès d'autres fournisseurs ; le distributeur imposait aux exploitants des salles indépendantes un réparateur des équipements agréé par lui ; la détermination de l'ordre de passage des films dans les différentes salles de la zone était du ressort exclusif du distributeur qui avait en outre le pouvoir de définir et la programmation des films (nombre de séances hebdomadaires et créneaux horaires) et le prix des places dans chaque salle servie. Si l'Autorité de la concurrence a pu établir le dommage causé à l'exploitant par ces abus, elle fait référence à plusieurs reprises, dans sa décision, à l'entrave causée dans l'activité économique individuelle des exploitants des salles indépendantes. Qu'il s'agisse de l'établissement de l'abus de dépendance économique⁵⁶⁰, aussi bien que de celui de l'abus de position dominante sur le marché, l'Autorité fait recours, dans sa décision, au préjudice concurrentiel subi individuellement par les opérateurs victimes pour révéler les fautes de concurrence. C'est ainsi qu'analysant les circonstances spécifiques dans lesquelles les divers contrats de distribution des films ont été exécutés, l'Autorité affirme qu' « (...) *aux termes des conventions de distribution, les exploitants des salles indépendantes devraient pouvoir, moyennant le paiement de la redevance qu'ils acquittent, bénéficier des opérations de publicité de la part de Filmdis et Cinésogar. Cette obligation contractuelle n'est pas respectée par les deux sociétés, ce qui nuit au développement des salles indépendantes* »⁵⁶¹. L'Autorité affirme aussi que « *si une hiérarchie peut légitimement être établie entre les différentes salles, encore faut-il que des délais abusivement longs ne nuisent pas à la rentabilité des autres salles destinataires ultérieurement de ces films et situées dans le même bassin de chalandise que celles du groupe. (...) Cette situation entraîne une baisse de la fréquentation des salles indépendantes et une baisse de leurs recettes. En effet, les salles du groupe et celles*

⁵⁶⁰ « Les clauses des contrats-types conclus entre Filmdis, Cinésogar et les exploitants soumettant à l'accord de ces sociétés tout approvisionnement en films auprès des concurrents ou encore imposant aux exploitants le recours à un établissement agréé pour vérifier l'état du matériel de projection sont constitutives d'abus de dépendance économique. Il en est de même des pratiques consistant à servir ces salles en copies systématiquement en dernier et dans des délais incompatibles avec une exploitation commerciale raisonnable et à leur imposer unilatéralement une programmation tant en terme de choix des films que de durée d'exposition des films et la fixation des prix des places » : Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 sep. 2004, point 124, pp. 23 et 24.

⁵⁶¹ Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 sep. 2004, point 110, p. 21.

des exploitants indépendants sont directement en concurrence »⁵⁶². L'Autorité se réfère au préjudice individuel subi par les opérateurs même lors de l'évaluation de la sanction imposée aux sociétés fautives : « *Toutes ces pratiques ont pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur le marché de l'exploitation des salles en privant les exploitants indépendants de films 'porteurs' de nature à garantir leur rentabilité et à leur permettre de diversifier leur offre. Elles ont aussi porté atteinte aux consommateurs en raréfiant l'offre* »⁵⁶³.

Paragraphe 2. Le préjudice subi par un opérateur, élément permettant l'exercice d'une police du marché par les agents économiques.

475.- Nous avons vu dans la première partie de cette étude comment la responsabilité civile a expressément été incorporée au droit français de la concurrence afin de renforcer la quête de protection du libre jeu concurrentiel menée par le droit de la concurrence. En effet, les actions en réparation du préjudice subi par un opérateur économique du fait d'une pratique anticoncurrentielle, ont récemment fait l'objet d'une réglementation expresse dans les articles L. 481-1 à L. 490 -12 du Code de commerce français⁵⁶⁴.

476.- En droit colombien, si des actions de ce genre n'ont pas été jusqu'à présent intentées par les opérateurs, cette possibilité reste ouverte en vertu non seulement de l'article 2341 du Code civil, qui pose le principe de la responsabilité civile extracontractuelle du fait d'un délit ou d'une faute délictuelle mais aussi en vertu de l'article 11 de la loi 155 de 1959 qui prévoit spécifiquement la réparation des préjudices individuels subis à la suite d'une pratique anticoncurrentielle ou d'un acte de concurrence déloyale⁵⁶⁵. Ainsi, des actions en responsabilité civile extracontractuelle

⁵⁶² Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 sep. 2004, point 101, p. 20.

⁵⁶³ Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 sep. 2004, point 131, p. 24.

⁵⁶⁴ Issus de l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 précitée.

⁵⁶⁵ Article 11 de la loi 155 de 1959 portant sur les « pratiques commerciales restrictives », précitée.

pourront être engagées par les opérateurs victimes de ce genre de pratiques afin d’obtenir l’indemnisation des préjudices subis. La réparation de préjudices pourrait aussi être obtenue par le biais d’une action en responsabilité contractuelle lorsque la victime serait cocontractant de la partie ayant abusé, dans le cadre du contrat, de sa position dominante sur le marché et dans le rapport contractuel.

477.- Les actions privées engagées au titre de la responsabilité civile, afin d’obtenir la réparation des préjudices issus d’une pratique anticoncurrentielle, constituent un « *private enforcement* » de la quête de protection du bon fonctionnement du marché menée par le droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, cette mise en jeu de la responsabilité civile pour réparer les conséquences dommageables des comportements de concurrence délictueux sur le patrimoine particulier des opérateurs économiques, sert bien sûr les intérêts particuliers de ceux-ci, mais aussi l’objectif du droit de la concurrence tenant à la protection du processus concurrentiel dans un marché⁵⁶⁶. Tel que le professeur Nicolas Dorandeu a pu expliquer, « *la victime, en poursuivant son intérêt particulier, par le vecteur des actions en responsabilité civile, concourt à la sauvegarde du processus concurrentiel dans l’intérêt général* »⁵⁶⁷. Cela étant, la création de délits civils en matière de concurrence accorde une plus grande importance au rôle des agents économiques dans la régulation du processus concurrentiel : « *il apparaît que les juridictions civile et commerciale, tout en tranchant des litiges strictement privés, concourent pleinement, par leurs décisions, au bon fonctionnement du processus concurrentiel tel que le définit l’ordre public économique dans l’intérêt*

«Parágrafo. Todos los perjuicios que se causen a terceros por las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por esta Ley o por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicios por la vía ordinaria».

⁵⁶⁶ L’auteur français Nicolas DORANDEU estime que l’analyse micro-économique des comportements délictueux de marché se heurte à un manque de distinction entre la défense de l’intérêt général et les intérêts privés. Tel qu’il l’explique, ce manque de distinction est dû au fait que le législateur français a choisi, « *notamment par une politique de dépénalisation des pratiques restrictives, de faire reposer pour une part importante l’ordre public économique sur l’action individuelle des agents économiques suivant les mécanismes de la responsabilité civile* ». *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d’Y. Serra, PU de Perpignan, 2000, n° 202.

« (...) la frontière entre le préjudice concurrentiel ‘licite’ et le préjudice concurrentiel ‘illicite’ varie de manière importante suivant le temps et le lieu d’observation. Le préjudice illicite d’hier n’est pas forcément celui de demain » : N. DORANDEU, th. précitée, n° 1 et 2, p. 7 et 8.

⁵⁶⁷ N. DORANDEU, th. précitée, n°262.

général. Les parties saisissent le juge d'un litige mais la solution de celui-ci impose au juge d'intégrer dans sa motivation un ensemble d'éléments qui dépasse ces dernières, certaines dispositions effectuent une véritable délégation de police concurrentielle des marchés au profit des agents économiques »⁵⁶⁸.

478.- Cette fonction de *police du marché* dévolue aux agents économiques est accentuée par ce que, tel que nous venons de voir, le préjudice concurrentiel subi par un opérateur, voire le trouble de son activité économique particulière agit, dans certains cas, en tant qu'élément contribuant à la révélation des pratiques anticoncurrentielles devant les Autorités de la concurrence. Ainsi, le rôle de police du marché dévolu aux agents économiques est exercé par ceux-ci, non seulement devant les juridictions judiciaires lors de l'engagement des actions privées en réparation des préjudices subis du fait d'une pratique anticoncurrentielle, mais aussi devant l'Autorité de la concurrence dans le cadre des procédures administratives de sanction des pratiques.

479.- Le préjudice individuel subi par les opérateurs sert en outre à la révélation des fautes constituées par une pratique commerciale déloyale entre entreprises.

Chapitre 2. Le préjudice économique révélateur des fautes de concurrence déloyale.

480.- Le principe de la loyauté des comportements et des transactions accomplit en matière économique une double fonction : celle de la protection des intérêts individuels des agents et celle de la protection de l'intérêt général au bon fonctionnement du marché. En effet, c'est par le biais de l'assurance d'un « milieu honnête » dans le

⁵⁶⁸ N. DORANDEU, th. précitée, n° 10, p. 12.

monde des affaires que le droit peut garantir la protection des intérêts individuels des acteurs contre les actes « excessifs »⁵⁶⁹.

481.- Tant en droit français qu'en droit colombien, le droit de la concurrence déloyale repose sur le principe général de la responsabilité civile pour faute. Il est fondé en droit français sur les articles 1240 et suivants du code ; et en droit colombien, dans l'article 2341 du même Code. Création prétorienne en droit français et œuvre du législateur en droit colombien, la faute de concurrence déloyale sanctionnée est constituée, dans les deux systèmes juridiques, par la mise en œuvre par un opérateur, de moyens malicieux tendant à capter de la clientèle, au détriment des autres concurrents ou d'autres agents sur le marché. Il s'agit de manœuvres malines dommageables à l'activité économique des autres opérateurs. Si ces manœuvres malines sont sanctionnées ou interdites c'est parce qu'elles portent, de façon illégitime, une gêne, une altération, une perturbation ou entrave de l'activité économique d'un autre opérateur sur le marché. Autrement dit, ces conduites sont prohibées parce qu'elles sont aptes à causer un préjudice à un autre opérateur à travers l'entrave ou la perturbation de son activité économique. Cela étant, le trouble de l'activité commerciale ou économique des opérateurs constitue très souvent en droit colombien aussi bien qu'en droit français, l'élément révélateur des fautes de concurrence déloyale.

482.- On explique en effet que la compétition ne peut se faire sans dommage. Elle suppose que les entreprises ou les acteurs les plus performants éliminent ceux qui le sont moins. Le préjudice ainsi causé, par le fait de la concurrence, est donc licite. Le jeu de la concurrence implique un risque de préjudice pour les concurrents. « *La concurrence commerciale qui, dans le langage commercial, n'est autre chose que la rivalité entre marchands ou fabricants, implique, par sa signification même, la mise en regard, entre tous ceux faisant le même commerce, de leurs avantages respectifs dans le but précisément d'obtenir la préférence les uns aux autres* »⁵⁷⁰. Un risque de

⁵⁶⁹ Paul ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », R.T.D. com., 1948, p. 591.

⁵⁷⁰ CA Douai, 5 fév. 1855, S. 1857, 2, 46, citée par M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006, n° 491.

concurrence préjudiciable peut aussi exister en dehors de tout rapport de concurrence⁵⁷¹. Le juge français intervient alors pour définir les fautes qui peuvent justifier la réparation d'un préjudice concurrentiel⁵⁷². Ainsi comprise, la faute de concurrence déloyale repose sur l'atteinte illégitimement portée à l'activité économique d'autrui dans le but d'améliorer sa propre capacité concurrentielle. L'illégitimité de l'atteinte est discernée grâce au recours au principe de la bonne foi, à la valeur de la loyauté, au concept d'usages honnêtes en matière commerciale et industrielle. Ces valeurs permettent d'identifier les comportements malins constitutifs d'une entrave illégitime à l'activité économique des autres opérateurs économiques. Nous analyserons alors le rôle joué par le dommage subi par la victime dans la révélation des fautes nommées *pratiques restrictives de concurrence* en droit français (**Section 1**), ainsi que dans la révélation des fautes sanctionnées par le droit de la concurrence déloyale en France et en Colombie (**Section 2**).

Section 1. Le préjudice économique révélateur des pratiques restrictives de la concurrence en droit français.

483.- Dans ce domaine, les fautes donnant lieu à une responsabilité civile sont révélées par l'atteinte de l'activité économique des opérateurs. En effet, s'est au vu de l'affectation qu'ils peuvent engendrer dans l'activité économique des opérateurs que ces comportements sont interdits et sanctionnés par le législateur. L'obtention d'avantages abusifs, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et la rupture brutale des relations commerciales établies illustrent bien ce phénomène. La faute donnant lieu à l'obligation de réparation est alors dictée ici par le préjudice que l'on cherche à éviter : l'atteinte de la capacité concurrentielle des opérateurs ou de

⁵⁷¹ La concurrence déloyale permet en effet d'appréhender des fautes commises dans le cadre de rapports verticaux aussi bien que des fautes constituées par des agissements parasitaires. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 481.

⁵⁷² M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 481.

leur positionnement dans le marché, voire l'affectation illégitime de leur activité économique.

484.- Ainsi, en matière économique, la faute est un comportement ayant la capacité de nuire l'activité économique d'autrui. Il ne s'agit pas de comportements objectivement inoffensifs, anodins. Au contraire, les comportements prohibés le sont que parce qu'ils ont un caractère dommageable. La faute économique a, de ce fait, un caractère dommageable : dès leur réalisation, les conduites sanctionnées ont la potentialité de nuire ou d'entraver l'activité économique d'autrui. Cela étant, la qualification des fautes économiques par les juges et le législateur relève donc de l'encadrement légal des activités économiques : le comportement de l'agent sera souvent sanctionné ou interdit parce qu'il nuit illégitimement l'activité économique d'un autre opérateur. Ainsi, tout préjudice subi par un opérateur n'est pas sanctionné ; il faut qu'il révèle l'un des comportements sanctionnés au titre des pratiques restrictives.

485.- Nous analyserons par la suite trois comportements sanctionnés par le droit français sous la rubrique de « *pratiques commerciales restrictives* » (articles L. 442-1 à L.442-8 du Code de commerce) considérées des pratiques commerciales déloyales menées entre entreprises⁵⁷³. Ces pratiques étant potentiellement dommageables pour l'activité économique individuelle d'un autre opérateur, elles sont révélées par le préjudice ou le résultat préjudiciable que l'on cherche à éviter. Aussi nommées « *pratiques déloyales interentreprises* »⁵⁷⁴, les pratiques restrictives de la concurrence, sont sanctionnées au sein du titre IV du livre IV du Code de commerce français. Plus concrètement, le chapitre 2 du titre IV s'intitule « *Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises* » et la section 1 de ce chapitre 2 utilise l'expression « *pratiques restrictives de concurrence* ». Cette dernière expression laisserait à croire que la sanction des pratiques restrictives de concurrence se fonderait, tout comme les

⁵⁷³ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 32, préface de J. Ghestin, Dalloz, 2004, p. 780, n° 808.

⁵⁷⁴ « Les fournisseurs et les distributeurs se trouvent dans un état naturel de tension », tant au moment d'entrer en relations que lors du déroulement de celles-ci. « Leurs intérêts ne s'harmonisent forcément pas à l'intérieur des contrats conclus : le fabricant s'efforçant d'accroître ou, à tout le moins, de maintenir sa part de marché, le distributeur cherchant à exercer son activité de façon rentable » : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, op. cit., p. 259, n° 334.

pratiques anticoncurrentielles, sur le seul dommage qu'elles portent au processus concurrentiel, c'est-à-dire au bon fonctionnement général du marché. En effet, dans le plan international, tout comme en droit colombien, ce que l'on entend par pratiques restrictives de concurrence équivaut aux pratiques anticoncurrentielles : ententes, abus de position dominante et concentrations anticoncurrentielles⁵⁷⁵. Tel que l'on verra, les pratiques restrictives de concurrence sanctionnées sous cette rubrique en droit français, constituent des agissements des opérateurs qui lèsent de manière abusive, voire malicieuse, l'activité économique des partenaires en affectant illégitimement leur capacité concurrentielle, voire, leur positionnement dans le marché. L'objet de la protection de telles sanctions étant donc les intérêts particuliers (l'activité économique particulière) des opérateurs « faibles »⁵⁷⁶ dans les rapports commerciaux, outre que de faire respecter une certaine éthique dans les affaires, ces opérateurs se trouvent souvent face à des partenaires incontournables dû à leur positionnement sur le marché⁵⁷⁷. Cela

⁵⁷⁵ Voir à ce propos : S. BROS, F. CHENEDÉ, N. FERRIER et S. HOTTE, « De la sanction de l'abus contractuel à celle des pratiques restrictives de concurrence », *Concurrences* n° 1-2016, art. 77375 (différence avec le droit des contrats) ; F. JENNY, « Le régime juridique des pratiques de concurrence en question », *Concurrences* n° 1-2019, art. 89449 (différence avec le droit antitrust).

⁵⁷⁶ Il s'agit notamment des petits fournisseurs ainsi que des petits distributeurs au détail qui se trouvent très souvent, dans le processus économique, face à des grands acheteurs et des très grands fournisseurs : « *Pour comprendre l'origine des pratiques visées au titre IV du livre IV du code de commerce, il faut revenir aux travaux du groupe présidé par Jean Donnedieu de Vabres qui a élaboré les principes sous-jacents à l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, texte précurseur de notre droit de la concurrence (...) ce groupe de travail n'a pas échappé aux demandes contradictoires formulées, d'une part, par ceux qui souhaitent la plus grande liberté contractuelle, au premier titre desquels on trouve la grande distribution, et, d'autre part, par ceux (fournisseurs et petits commerçants) qui, craignant d'être les victimes directes ou indirectes de la puissance de négociation des grands distributeurs, souhaitent que les négociations commerciales soient encadrées* », F. JENNY, « Le régime juridique des pratiques de concurrence en question », *Concurrences* n° 1-2019, art. 89449, n° 9. Le droit français des pratiques restrictives de la concurrence se soucie donc d'assurer un équilibre entre les opérateurs économiques dans le cadre de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution des contrats conclus dans le secteur des activités de production, de distribution et de services. Les comportements interdits sont sanctionnés notamment à travers la nullité des clauses ou des contrats et aussi à travers l'obligation d'indemniser le préjudice provoqué par de telles conduites.

⁵⁷⁷ « (...) contrairement aux dispositions visant à promouvoir le développement d'une concurrence efficace sur les marchés (prohibition des ententes et des positions dominantes ainsi que contrôle de la concentration), les dispositions concernant les pratiques restrictives ont pour objet de limiter la liberté de négociation contractuelle entre fournisseurs et distributeurs afin de diminuer l'intensité de la concurrence ou de parer à ceux de ses effets qui sont les plus déstabilisants pour les petits producteurs ou distributeurs. Ces limitations au jeu de la liberté contractuelle, et partant de la concurrence, il convient de le noter, n'ont pas été imposées au nom d'une conception morale de la loyauté dans les relations commerciales mais, comme vu précédemment, au nom du souci de préserver une certaine stabilité dans les relations entre fournisseurs et distributeurs » : F. JENNY, « Le régime juridique des pratiques de concurrence en question », *Concurrences* n° 1-2019, art. 89449, n° 9.

étant, la sanction de tels comportements contribue par ricochet à la protection du processus concurrentiel même si celui-ci n'est pas le but principal de la sanction de ce genre de conduites⁵⁷⁸.

486.- Nous analyserons donc la manière dont le préjudice économique subi par un opérateur révèle les pratiques commerciales déloyales qui sont l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné (**Paragraphe 1**), la création des déséquilibres entre les droits et obligations des parties (**Paragraphe 2**) et la rupture brutale des relations commerciales établies (**Paragraphe 3**). Les deux premières de ces pratiques s'enchevêtrant souvent⁵⁷⁹.

Paragraphe 1. Le préjudice économique révélateur de la faute constituée par l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné.

487.- L'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce français interdit le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». Cette disposition a été conçue (ancien article L. 442-6, I, 1°) pour lutter contre une pratique récurrente dans la grande distribution consistant à exiger, de la part des fournisseurs, des paiements de prestations inexistantes ou surfacturées⁵⁸⁰. Les juges français sanctionnent à ce titre notamment la fausse

⁵⁷⁸ Pour certains auteurs, les règles composant le droit français des pratiques restrictives de concurrence n'ont pas de rapport avec l'objet du droit de la concurrence et ont, le plus souvent, pour effet de restreindre celle-ci. F. JENNY, « Le régime juridique des pratiques de concurrence en question », *Concurrences* n° 1-2019, art. 89449, n° 22.

⁵⁷⁹ « (...) il convient de relever d'abord que le ministre peut choisir de poursuivre les pratiques litigieuses sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce, même si les faits incriminés relèveraient des dispositions de l'article L 442-6, I, 1° dudit code, une pratique pouvant être qualifiée sous deux fondements cumulatifs » : CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187.

⁵⁸⁰ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, p. 286, n° 361.

coopération commerciale⁵⁸¹, la globalisation artificielle des chiffres d'affaires⁵⁸² ou encore la demande d'alignement⁵⁸³. Toutes ces pratiques constituant des comportements commerciaux déloyaux qui comportent un préjudice économique pour l'opérateur qui en est victime. Il s'agit ainsi d'avantages exigés indûment à un opérateur soit en absence de toute contrepartie, soit en présence d'une contrepartie manifestement disproportionnée au regard de la valeur de la contrepartie consentie, ce qui constitue une perte économique pour l'opérateur victime. La Cour de cassation française a ainsi expressément affirmé que le préjudice réparable est constitué, « *dès lors qu'est démontrée une disproportion manifeste entre la valeur du service rendu et la rémunération perçue, (...) par la totalité des sommes versées en trop* »⁵⁸⁴. « *Le contrôle porte le plus souvent sur le rapport entre le coût de la prestation et le prix payé par le fournisseur ou le prix payé par le fournisseur et le prix proposé par d'autres prestataires pour un service similaire ou encore le coût de la prestation et le chiffre d'affaires ou le profit qui en est résulté pour le fournisseur* »⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ La coopération commerciale consiste dans « des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur, telles la mise en avant des produits ou la publicité sur les lieux de vente, l'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés, ainsi que la promotion publicitaire », tel que l'a défini la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 (Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, JORF n°121 du 25 mai 2003, p. 8970, texte n° 8). Il s'agit d'un service qui doit pouvoir être détaché de l'achat-vente, « c'est-à-dire distinct de la fonction naturelle du distributeur. Autrement dit, les prestations qui font partie inhérente de la fonction même de distributeur ne peuvent faire l'objet de facturation distincte au titre de prestations de coopération commerciale ». Il y a donc fausse coopération commerciale « notamment lorsque les services rendus par le distributeur à son fournisseur sont, soit inexistantes, soit des pratiques normales et habituelles d'un revendeur qui n'ont rien de spécifiques et ne sont pas détachables de l'achat-vente » : CA Paris, 8 février 2017, n° 15/02170, sociétés Valesi et Bethsa B c/ groupe Auchan.

⁵⁸² La globalisation artificielle du chiffre d'affaires consiste, pour un groupement de distributeurs, à cumuler les chiffres d'affaires réalisés avec un fournisseur afin d'atteindre le seuil qui donne droit aux avantages tarifaires promis par celui-ci : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, p. 286, n° 361.

⁵⁸³ La demande d'alignement consistant, à l'occasion de la création d'une centrale de référencement, à demander au fournisseur de l'un des adhérents de consentir, rétroactivement à tous, les conditions commerciales qu'il consente à celui-ci : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *op. cit.*, p. 286, n° 361.

⁵⁸⁴ Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-14620 : LPA 2013, n° 110, p. 17, obs. F. Buy ; D. 2013, p. 735, obs. D. Ferrier, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 19 janv. 2011, *Compagnie des Salins du Midi et des Salines de l'Est c/ les sociétés Interdis et Carrefour* : JCP E 2011, 1876, note Ph. Stoffel-Munck.

⁵⁸⁵ D. FERRIER et N. FERRIER, *op. cit.*, p. 182, n° 335.

488.- Dans un litige opposant la *Compagnie des Salins du Midi et des Salines de l'Est* aux sociétés *Interdis et Carrefour* la cour d'appel de Paris a pu estimer que « le poste 'classification, sélection, assortiment' des produits ne saurait valoir 25 à 26 % du chiffre d'affaires selon les années, soit toujours de l'ordre du quart, ni la 'mise en avant en magasins' 14.30 %, la différence entre les deux types de prestations étant d'ailleurs peu claire ; qu'en réalité les facturations n'étaient pas faites en considération des prestations effectuées avec paiement à la prestation, mais qu'un taux était défini globalement avant les prestations, même si leur valeur effective n'y correspondait pas ... que ce taux était 'mis' en fonction d'une politique tarifaire globale et indépendamment de la réalité, en tous cas de la valeur effective, des prestations de coopération commerciale... que le référencement était conditionné par des taux de coopération commerciale élevés ». Elle a alors déclaré qu'« eu égard à l'ensemble des éléments du litige et des documents fournis, la cour estime que la valeur réelle des prestations commerciales ne peut être supérieure à la moitié environ des sommes facturées ». Elle a ainsi condamné les défendeurs au remboursement de la somme de 2 900 000 euros⁵⁸⁶. Les défendeurs se sont alors pourvu en cassation en arguant notamment que la différence de valeur des prestations de coopération commerciale ont « la nature d'un fait générateur de responsabilité ; qu'elle caractérise la faute et se distingue du préjudice causé par cette faute ; qu' en confondant le préjudice réparable et la faute et en s'abstenant de rechercher la consistance du préjudice que cette différence de valeur a causé à Salins du Midi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6-I du code de commerce ; ». Mais la Cour rejette le pourvoi en affirmant que « dès lors qu'est démontrée une disproportion manifeste entre la valeur du service rendu et la rémunération perçue, le partenaire qui a payé est fondé à obtenir la réparation de son préjudice, constitué par la totalité des sommes versées en trop ; que la cour d'appel, qui a ordonné le remboursement des sommes excédant la valeur réelle des services, dont elle a souverainement apprécié le

⁵⁸⁶ Cour d'appel de Paris, 19 janv. 2011, *Compagnie des Salins du Midi et des Salines de l'Est c/ les sociétés Interdis et Carrefour* : *JCP E* 2011, 1876, note Ph. Stoffel-Munck.

*montant, a légalement justifié sa décision ; »*⁵⁸⁷. Le préjudice est donc constitué par la valeur payée en trop voire en absence de toute contrepartie. Le déboursement effectué en pure perte révèle donc la faute sanctionnée. Il permet de qualifier la faute économique.

489.- Pour certains auteurs français, cette façon de réparer le préjudice issu de cette pratique déloyale constitue une forme de rééquilibrage du contrat⁵⁸⁸ et met en péril la sécurité juridique des contrats d'affaires, « *tous les prix librement négociés [pouvant dès lors] être contestés devant le juge afin que, s'il en estime le montant excessif, la fraction excédentaire soit rendue au solvens sous forme de dommages et intérêts* »⁵⁸⁹. Certes la sanction de cette pratique déloyale ouvre les portes à une interférence du juge dans la fixation et la réduction des prix des prestations contractuelles. Mais une telle interférence se justifie en présence de clauses abusives et de pratiques malignes, source soit de gains indus de l'auteur de la pratique, soit de déboursements ou de pertes illicitement supportées par la victime.

490.- L'avantage indûment obtenue, c'est-à-dire la faute, peut donc être constituée par les sommes déboursées en excès eu égard de la valeur réelle de la prestation fournie. Mais il peut aussi s'agir de sommes déboursées sans recevoir, en échange, aucune prestation utile à l'activité économique déployée par l'opérateur. Dans ce cas, les juges français déclarent souvent la nullité de droit des clauses litigieuses car contraires à l'ordre public économique et ordonnent la restitution des sommes payées à titre

⁵⁸⁷ Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-14620 : *LPA* 2013, n° 110, p. 17, obs. F. Buy ; *D.* 2013, p. 735, obs. D. Ferrier.

⁵⁸⁸ F. BUY, obs. dans *LPA* 2013, n° 110, chronique « Ethique de l'entreprise ».

⁵⁸⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous CA Paris, 19 janv. 2011, *JCP E* 2011, 1876. L'auteur ajoute ce qui suit : « L'article L. 442-6 deviendrait la pierre philosophale dont même les plus ardents solidaristes n'avaient pas rêvé : tout contrat que le texte toucherait reviendrait à l'équilibre ! Les arabesques jurisprudentielles sur la cause, la bonne foi, l'imprévision, la révision des honoraires excessifs, le débat multiséculaire sur le vice de lésion, la violence économique... tout cet arsenal pourrait être mis à l'encan au titre des contrats d'affaires car l'article L. 442-6 permettrait au juge d'imposer, d'un geste souverain, sa conception de l'équité dans tout contrat qui lui semblerait s'en éloigner manifestement ou significativement... ».

d'indemnisation du préjudice subi⁵⁹⁰. En effet, l'action en responsabilité civile peut être cumulée avec l'action en nullité des clauses concernées ou du contrat, selon un avis⁵⁹¹ de la Commission française d'examen des pratiques commerciales⁵⁹². Les juges français ont en effet pu condamner un grand distributeur à la restitution des sommes d'argent très élevées perçues des fournisseurs au titre notamment d'une fausse coopération commerciale et ce après avoir déclarée la nullité des clauses litigieuses. Dans une affaire jugée en 2017, la cour d'appel de Paris a condamné le groupe Auchan à la restitution de la somme de 301. 599 euros, assortie des intérêts au taux légal, reçue d'un fournisseur sur une période de cinq ans au titre d'une fausse coopération commerciale. La restitution a été ordonnée non sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, comme l'avait argué le fournisseur, mais sur celui de la nullité des clauses concernées, et ce en application des anciens articles 1131 et 1133 du Code civil français. Les juges ont ainsi estimé que les prétendus accords de coopération commerciale avaient été dépourvus de cause⁵⁹³.

491.- Cela étant, les victimes de la pratique déloyale visée au 1° de l'article L. 442-1, I du Code de commerce français auront intérêt à exercer l'action en nullité lorsque

⁵⁹⁰ Voir par exemple, CA Paris, 8 février 2017, n° 15/02170, *sociétés Valesi et Bethsa B c/ groupe Auchan*.

⁵⁹¹ Avis n°14-02 du 23 janvier 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive, consultable dans le lien suivant : <https://www.economie.gouv.fr/>.

⁵⁹² D'après le site internet du Ministère français de l'économie, des finances et de la relance, la Commission d'examen des pratiques commerciales est une instance consultative, attaché au Ministère, qui « veille à l'équilibre des relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs au regard de la législation en vigueur ». Elle a pour mission notamment « d'examiner les documents commerciaux ou publicitaires, les contrats entre revendeurs et fournisseurs, et toutes pratiques susceptibles d'être regardées comme abusives dans la relation commerciale ». En outre, la Commission rend des « avis concernant notamment la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie. Elle émet des recommandations d'ordre plus général, concernant notamment le développement de bonnes pratiques, dans une vision constructive de la vie commerciale ». La Commission peut notamment « être consultée par les juridictions sur les pratiques définies au titre IV du livre IV du code de commerce, relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois. L'avis rendu ne lie pas la juridiction » : <https://www.economie.gouv.fr/cepc/presentation-de-la-commission> consulté au 29 août 2020.

⁵⁹³ La cour a estimé que législation commerciale relative à la coopération commerciale était d'ordre public (ancien article L. 442-6 du Code de commerce français). CA Paris, 8 février 2017, n° 15/02170, *sociétés Valesi et Bethsa B c/ groupe Auchan*.

l'avantage indûment fournie est le fait d'une clause contractuelle abusive. Cette action aura pour principale avantage, autre que la restitution des sommes indûment versées, la disparition de la clause litigieuse. En revanche, lorsque l'avantage fournie n'est pas le fait d'une clause contractuelle mais d'une pratique installée entre les parties, la victime aura intérêt à exercer une action en responsabilité civile afin de faire constater la réalité de la pratique déloyale et du préjudice. Une restitution des sommes indûment versées pourrait ainsi être ordonnée par les juges. La victime pourra en outre démontrer l'existence et l'étendu d'autres postes de préjudice, consécutifs à la pratique, telle la perte de chance d'obtenir des gains ou le gain manqué par exemple. La victime pourra en outre demander au juge d'ordonner au responsable de cesser la pratique, source du préjudice⁵⁹⁴.

492.- En dehors du déboursement de sommes en excès, le préjudice pourrait en outre être constitué, à notre avis, par un gain manqué. Tel serait le cas par exemple, d'une réduction sur les prix consentie indûment par un opérateur de manière automatique à plusieurs adhérents d'une centrale de référencement (alignement sur les prix) sur une période considérable. Dans ce cas, rien ne s'oppose à ce que l'opérateur victime se voit indemniser de la différence entre le prix effectivement pratiqué (prix réduit) et le prix plus élevé qu'il aurait pu obtenir des adhérents à la centrale, en absence de toute pratique déloyale. L'on pourrait du moins songer dans ce cas, à l'indemnisation de la perte de chance de réaliser un gain plus avantageux que celui qui a été obtenu à la suite de l'avantage indûment consentie.

493.- Cependant il faut relever que le texte français ouvre la voie à l'exercice de l'action en responsabilité civile en absence de préjudice économique individuel d'un opérateur, c'est-à-dire, aux seules fins de cessation de l'illicite, c'est-à-dire de la pratique déloyale. En effet, l'article L. 442-4, I, du Code de commerce dispose que *« Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L.*

⁵⁹⁴ Article L.442-4, I, 2^e alinéa du Code de commerce.

442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus. Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile (...) ». C'est dire qu'une action en responsabilité civile aux seules fins de cessation de l'illicite peut être intentée par la victime mais aussi par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une des pratiques mentionnés à l'article L. 442-4, I. En effet, l'article L. 442-1, I 1° et 2° couvre, outre l'hypothèse de l'obtention effective d'un avantage manifestement disproportionné (1°) ou de la soumission de l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (2°), celle de la simple *tentative* d'obtention de ces deux situations⁵⁹⁵. Tel serait le cas par exemple des clauses incluses dans le contrat mais jamais exécutées et aussi des comportements qui, en dehors de l'existence de toute clause contractuelle cherchent à obtenir l'avantage disproportionné ou à soumettre le partenaire à un déséquilibre significatif sans avoir abouti (menaces par exemple). Dans ce cas, l'opérateur qui a été objet de la tentative de contrainte peut en effet n'avoir pas encore cédé à celle-ci, c'est-à-dire n'avoir pas encore réalisé aucun déboursement ou consenti aucun avantage ; de même, il peut avoir décidé de ne pas contracter dans les termes que l'agent fautif tentait de lui imposer. Un préjudice ne peut pas alors être établi. Dans ces hypothèses, l'action en responsabilité civile ne sera pas engagée aux fins de réparation mais de cessation de la pratique

⁵⁹⁵ Article L 442-1 du Code de commerce français : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ; »

déloyale⁵⁹⁶. Aussi, une action en nullité des clauses contractuelles litigieuses peut être engagée. Ces actions éviteraient ainsi la réalisation effective d'un préjudice économique.

494.- La sanction de la seule tentative d'obtention d'un avantage indu ou manifestement disproportionnée ou de soumission à un déséquilibre significatif évidence bien la capacité potentiellement dommageable de la pratique déloyale interdite et le rôle joué par le dommage dans la révélation des fautes. En effet, le comportement est sanctionné au regard du dommage qu'il produit ou qu'il peut potentiellement produire dans l'activité économique de la victime. Par l'interdiction de la seule tentative, le législateur cherche à éviter l'effective réalisation d'un préjudice dans l'activité économique des opérateurs le plus faibles.

Paragraphe 2. Le préjudice économique révélateur des déséquilibres dans les droits et obligations des parties.

495.- Nous analyserons ici la manière dont le préjudice économique subi par un opérateur révèle le caractère fautif des déséquilibres dans les droits et obligations des parties. Nous avons annoncé plus haut comment cette hypothèse s'enchevêtre avec celle que nous venons d'analyser, c'est-à-dire avec l'hypothèse de l'obtention d'un avantage disproportionnée ou sans contrepartie.

496.- La sanction du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties exprime la volonté du législateur français d'assurer une sorte d'« égalité d'armes » des parties à un contrat actuel ou futur. Le législateur français se soucie de combattre, par ce moyen, toute malice des opérateurs cherchant à assujettir économiquement l'autre

⁵⁹⁶ Voir à ce sujet la thèse du professeur français Cyril BLOCH soutenu à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) qui estime que la cessation de l'illicite est, à côté de la réparation, une des fonctions de la responsabilité civile. Elle est détachée de la fonction de réparation du préjudice. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.71, préface de R. Bout, Dalloz, 2008, n° 64 à 130.

partie, ce qui implique une entrave à son activité économique⁵⁹⁷. Un tel assujettissement permet à la partie qui en profite d'améliorer sa performance dans le marché et d'obtenir une meilleure rentabilité de son activité économique tout en amoindrissant celle de la partie victime. Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties constitue dès lors une atteinte à la capacité concurrentielle de la partie victime dans la mesure où cette pratique déloyale entrave son activité économique.

497.- L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce français prévoit ainsi la responsabilité civile de l'opérateur économique (toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services) qui, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, « *soumet ou tente de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cette expression englobe plusieurs situations d'atteinte de l'activité économique des opérateurs. Si l'expression peut sembler trop générale, elle a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel français, en particulier au regard du principe de légalité des délits et des peines. « *Considérant que, pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation [...] ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire [...] ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis [...]* »⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ « Le dispositif n'a pas pour finalité première de protéger contre un déséquilibre dans la connaissance technique ou l'expérience commerciale (ce qui correspond à l'approche subjective du déséquilibre en droit de la consommation), mais de corriger un déséquilibre dans le poids économique (approche objective en droit de la concurrence) » : D. FERRIER, obs. dans la Chronique « Concurrence-Distribution », D. 2013. 732.

⁵⁹⁸ Conseil Constitutionnel, 13 janv. 2011, n° 2010-85, QPC, Établissements Darty et Fils, N3C, n° 32 : *Concurrences* n° 1-2011, p. 131, obs. J.-L. Fourgoux ; *JCP G*, 2011, 274, note D. Mainguy ; *D.* 2011, p. 415, note Y. Picod ; *RTD civ.*, 2011, p. 121, obs. B. Fages.

498.- Tout comme en matière d'obtention d'avantages manifestement disproportionnés ou sans contrepartie réelle (prévue au 1° du même article), le législateur français sanctionne, par le biais de la responsabilité civile, tant l'effective soumission à un déséquilibre significatif comme la seule tentative d'une telle soumission. Nous avons exprimé plus haut nos propos en ce qui concerne la tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie réelle ou manifestement disproportionnée, et nous estimons que la même conclusion vaut s'agissant de la tentative de soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il nous semble en effet que la réalisation d'un réel préjudice en cas de tentative de telles pratiques est hypothétique. Celles-ci ne sont réellement préjudiciables à l'activité économique d'un opérateur que lorsque celui-ci est effectivement soumis à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations ou lorsqu'il concède un avantage manifestement disproportionné ou sans aucune contrepartie à son partenaire. La sanction de la simple tentative semble avoir ainsi un but éminemment préventif de la réalisation effective d'un préjudice économique. Cela étant, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce du Code de commerce ouvre la voie à l'exercice d'une action en responsabilité civile, en matière de tentative de ces pratiques commerciales, aux seules fins de cessation de l'illicite et par là, aux buts de prévention du préjudice économique individuel des opérateurs. L'action en responsabilité aux buts de cessation de l'illicite peut d'ailleurs être exercée par le Ministre chargé de l'économie. Dans une affaire jugée en 2011, le Tribunal de commerce de Lille a, après avoir constaté la tentative de soumission à un déséquilibre significatif, ordonné à la société *Eurauchan* de cesser à l'avenir la pratique fautive constituée par l'inclusion d'une clause, dans les contrats types conclus avec ses fournisseurs, qui lui avantage dans la mise en œuvre d'une faculté de renégociation tarifaire. Le tribunal de commerce retient l'existence d'un déséquilibre significatif et condamne le distributeur à une amende civile d'un montant d'un million d'euros⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ T. com. Lille, 7 sept. 2011 : Contrats, conc. consom. 2011, comm. 234, note N. Mathey.

Pour Gaël CHATEPIE « L'action du ministre joue ici le rôle assumé en droit de la consommation par les associations qui peuvent demander la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. Un recours collectif ou d'origine étatique permet ainsi d'assurer l'effectivité du contrôle de l'équilibre des relations contractuelles en dépit de l'inertie de leurs victimes supposées. L'origine du recours n'est cependant pas sans incidence sur les solutions retenues. Contester des pratiques commerciales en l'absence de l'une des parties implique en

499.- Nous étudierons donc les diverses hypothèses de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties notamment dans le cadre des rapports de distribution. Cette analyse nous permettra de vérifier la révélation de la faute par le préjudice actuel ou potentiel d'atteinte de l'activité économique de l'opérateur victime.

500.- Les juges français tiennent en effet compte de la perte de rentabilité de l'opérateur victime de la pratique, voire de sa stagnation, pour qualifier le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties : « *Si le chiffre d'affaires de la société Ferrero avec la société Système U a augmenté sur la période, aucune conséquence ne peut en être tirée sur un éventuel rééquilibrage des obligations respectives des parties car cette circonstance ne prouve pas que la société Ferrero n'a pas perdu en rentabilité dans ses rapports avec la société Système U* »⁶⁰⁰. Cette perte de rentabilité est d'ailleurs souvent argüée par l'opérateur « faible » devant le « puissant » lors de la mise en œuvre par celui-ci des démarches tendant à une soumission. Un argument de cet ordre a effectivement pu être relevé par les juges dans une affaire récente : « *Si nous acceptions toutes ces demandes, les finances de notre société seraient en péril. En cas de refus de notre part, les premiers effets se feraient vraisemblablement sentir dans les six prochains mois avec une remise en concurrence probable par appel d'offres (...)* »⁶⁰¹.

501.- Les juges français apprécient le déséquilibre significatif d'une manière globale : ils doivent se référer à l'ensemble des clauses du contrat, à l'économie de celui-ci et aussi rechercher si le déséquilibre créé par une clause n'est pas corrigé par d'autres stipulations⁶⁰². Il a ainsi été affirmé par les juges français que « *l'existence d'obligations*

effet une analyse abstraite du contrat, détachée de l'application qui en est faite dans la relation individuelle. Par ailleurs, la sanction ne peut plus viser directement les termes du contrat mais la réparation d'un préjudice collectif par le prononcé d'une amende civile », dans JCP E 2011, 1701.

⁶⁰⁰ CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/111.87, *Concurrences* n° 4-2018, p. 132, obs. Buy F. ; *Contrat, conc. consom.* 2018, comm. 175, obs. Mathey N.

⁶⁰¹ (pièce appelant 14), CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/111.87, *Concurrences* n° 4-2018, p. 132, obs. Buy F. ; *Contrat, conc. consom.* 2018, comm. 175, obs. Mathey N.

⁶⁰² N. DISSAUX et R. LOIR, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 581, p. 308.

créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties. Les pratiques sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie de la relation contractuelle. La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause ou pratique incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a inversion de la charge de la preuve »⁶⁰³.

502.- Les juges français ont aussi pu caractériser le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties résultant d'une clause qui prévoyait le paiement de pénalités excessives lorsque le « taux de service » du fournisseur n'était pas atteint en se fondant sur le préjudice économique subi par les fournisseurs soumis à une telle clause : *« Attendu que l'annexe 4 de la convention 2009 sur les conditions d'approvisionnement inclut dans son article 4 'Taux de service fournisseur' un système de pénalités en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 %; que les pénalités sont calculées sur une base de 10 % du C.A. HT manquant (20 % en cas de promotion); qu'un grand nombre de fournisseurs ont été impactés par ces pénalités tant administrativement, par la production de nombreux documents et litiges, que financièrement »⁶⁰⁴.*

503.- Dans une autre affaire plus récente, la cour d'appel de Paris a jugé que *« le fait d'imposer sans l'accord de la société Bonduelle Conserve International des codes promotionnels sur deux produits ainsi que des notes de débit caractérise une absence totale de négociation entre les parties sur ce point et donc une soumission à une obligation, en l'espèce une réduction de prix de 5%, de son partenaire commercial par la société Système U. Par ailleurs, la société Système U ne prétend pas avoir consenti une contrepartie ni avoir rééquilibré les rapports contractuels entre les parties du fait de son application unilatérale de réductions de prix non acceptées. Dès lors, la preuve*

⁶⁰³ CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/111.87, *Concurrences* n° 4-2018, p. 132, obs. Buy F. ; *Contrat, conc. consom.* 2018, comm. 175, obs. Mathey N.

⁶⁰⁴ T. com. Lille, 7 sept. 2011 : *JCP E* 2011, 1701, note G. Chantepie ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 234, note N. Mathey.

du déséquilibre significatif dans les droits et obligation des parties est rapportée : la réduction de prix sur deux des références de la société Bonduelle Conserve International sans aucune contrepartie constitue un abus manifeste de la part de la société Système U à l'égard de son fournisseur et a déséquilibré significativement les droits et obligations des parties »⁶⁰⁵.

504.- Aussi, il a été jugé qu'un déséquilibre significatif existe en présence d'une clause qui prévoit des délais de paiement plus courts pour les services de coopération commerciale que pour les achats : *« Mais attendu que l'arrêt relève que l'annexe 16 de la convention de partenariat prévoit que les prestations de coopération commerciale fournies par le distributeur sont calculées à partir d'un pourcentage estimé du chiffre d'affaires, qu'elles sont payées par les fournisseurs, non lors de leur réalisation, mais suivant un calendrier d'acomptes mensuels, et que les factures d'acompte liées à ces prestations sont payables à 30 jours, tandis que les fournisseurs sont réglés dans un délai de 45 jours pour les produits non alimentaires ; qu'il en déduit que cette situation crée un solde commercial à la charge du fournisseur, source d'un déséquilibre significatif, peu important que les délais de paiement concernent des obligations différentes ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a analysé l'économie générale de la convention de partenariat proposée à la négociation et effectué la recherche invoquée à la deuxième branche, et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé »⁶⁰⁶.*

505.- Les juges colombiens sanctionnent aussi le déséquilibre entre les droits et obligations des parties. C'est notamment en matière de distribution que des décisions sanctionnant de telles conduites ont été rendues. Ainsi, la clause contractuelle prévoyant le renoncement, dès le début du contrat, à l'indemnité prévue par la loi en faveur de l'agent commercial en cas de résolution du contrat d'agence du fait d'une

⁶⁰⁵ CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/111.87, *Concurrences* n° 4-2018, p. 132, obs. Buy F. ; *Contrat, conc. consom.* 2018, comm. 175, obs. Mathey N.

⁶⁰⁶ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

cause imputable au représenté⁶⁰⁷, a pu être considérée par les juges comme source d'un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat. En effet, les juges estiment que si aucune clause équivalente n'a pas été stipulée en faveur de l'agent, la clause suspecte résulte carrément désavantageuse aux intérêts de celui-ci. Selon les juges colombiens, pour qu'une telle clause n'avantage pas indûment les seuls intérêts de l'agencé, celui-ci devrait réciproquement renoncer dès le début du contrat, à toute indemnisation à laquelle il aurait droit en cas de préjudice subi à l'occasion d'une inexécution contractuelle de la part de l'agent⁶⁰⁸. Les juges colombiens sanctionnent ce type de clauses avec leur inefficacité⁶⁰⁹.

Paragraphe 3. Le préjudice économique révélateur de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

506.- Nous avons identifié dans la première partie de cette étude le préjudice économique résultant, pour un opérateur, de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. En effet, l'article L. 442-1, II, du Code de commerce français

⁶⁰⁷ 2^e alinéa de l'article 1324 du Code de commerce colombien.

⁶⁰⁸ "Aceptar este tipo de cláusulas sería atentar patente de corso para que en todo proceso de contratación la parte que elabora el contrato pudiera limitar su eventual responsabilidad por incumplimiento, sin que un tratamiento similar existiera para la otra parte. De esta forma, mientras cualquier daño causado por Comcel o cualquier obligación a su cargo se debía entender reparado o cumplido desde el inicio del contrato, en caso de incumplimiento imputable a CellPoint, habría sido necesario cuantificar el perjuicio y exigir su pago pleno. Se trata, sin lugar a dudas, de una típica estipulación desequilibrada que otorga a la convocante una posición netamente desventajosa frente a quien elaboró el contrato y que por ende no puede tener efectos por ser abusiva": Cámara de comercio de Bogotá, Laudo arbitral Cellular Trandiing de Colombia Ltda et Celle Point Ltda c/ Comunicación Celular S.A. Comcel, árbitres: Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer et Gustavo Cuberos Gómez, Bogotá, 18 mars 2002.

⁶⁰⁹ "La concepción tradicional de la ineficacia se ha extendido en el derecho moderno a aquellos eventos en los cuales una de las partes en un contrato abusa de su posición contractual para imponer estipulaciones que por su naturaleza o contenido rompen el equilibrio del contrato y lesionan los derechos de su cocontratante. Se castiga así el abuso del derecho en que incurre un contratista y se mantiene de esa forma la denominada 'justicia contractual' (...) el concepto moderno de ineficacia no se limita a aquel que trae nuestro Código de comercio taxativamente regulado, sino que se debe extender a todos aquellos casos en los cuales una de las partes de un contrato abuse de su poder económico o intente obtener un provecho excesivo generando una desigualdad injusta en la relación negocial": Cámara de comercio de Bogotá, Laudo arbitral Cellular Trandiing de Colombia Ltda et Celle Point Ltda c/ Comunicación Celular S.A. Comcel, árbitres: Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer et Gustavo Cuberos Gómez, Bogotá, 18 mars 2002.

érige en délit civil le fait, pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, de « *rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». Dans cette hypothèse, le préjudice subi par le partenaire délaissé donne la mesure de la brutalité de la rupture.

507.- En effet, le droit français sanctionne cette pratique par l'octroi des dommages et intérêts à la partie victime dès que les conditions tenant à l'existence d'une relation commerciale établie et à la brutalité de la rupture sont établies. Il s'agit d'une faute qui est sans doute révélée par le préjudice qu'elle entraîne sur l'activité économique développée par le partenaire. Dès leur réalisation même, la rupture brutale, abrupte, brusque, d'une relation commerciale établie comporte une lésion, un bousculement de l'activité économique du partenaire victime. Le caractère intempestif de la rupture de la relation commerciale provoque un bouleversement, une désorganisation dans l'activité économique développée par l'entreprise victime. En effet, la rupture, dès qu'elle est brutale, abrupte, abusive, intempestive, implique toujours une affectation des affaires du partenaire. C'est la raison pour laquelle les juges français ordonnent systématiquement l'octroi de dommages et intérêts calculés en fonction de la période de préavis qui aurait dû être respectée par l'auteur de la rupture. C'est-à-dire, les juges indemnisent le désordre provoqué par le caractère intempestif de la rupture.

508.- Tel que nous l'avons expliqué dans la première partie de cette thèse, lorsque nous avons eu l'occasion d'identifier le préjudice économique, les juges français évaluent le préjudice du partenaire délaissé en fonction du caractère brutale de la rupture. C'est ainsi qu'une cour d'appel a pu affirmer qu'« *il convient de confirmer le jugement en ce qu'il dit que cette rupture brutale imputable à la société appelante a empêché la SAS Soudacier, son cocontractant, de prendre les mesures adéquates pour faire face à cette situation et notamment pour rechercher de nouveaux partenaires et a condamné la première à indemniser l'entier préjudice de la société intimée* »⁶¹⁰.

⁶¹⁰ CA Bourges, 23 fév. 2012, n° 11/00593.

509.- Les juges français indemnisent ainsi les déboursements réalisés en pure perte, qui englobent les dépenses devenues inutiles à la suite de la rupture brutale (tel que le coût des emballages, du étiquetage portant la marque du distributeur ou encore le coût des biens fabriqués ou modifiés à la demande de l'auteur de la rupture), toute comme les dépenses provoquées par le caractère brutale de la rupture (les licenciements provoqués par la brutalité de la rupture, les frais engendrés par la conservation et stockage de produits en attendant leur écoulement, les frais liés à un nouveau démarchage précipité des produits auprès d'autres distributeurs), ce genre de préjudice étant d'ailleurs parfois indemnisé par les juges français au titre de la perte de chance de ne pas réaliser de telles dépenses⁶¹¹. Les juges français indemnisent aussi les gains manqués par la victime de la rupture brutale lesquels sont calculés en fonction de la période de préavis non respectée, le « préavis raisonnable » déterminant ainsi le montant du préjudice indemnisé. En fin, certaines juridictions françaises indemnisent aussi au titre du « préjudice moral » l'atteinte à l'image subie par l'entreprise victime et qui est attribuée à la désorganisation de celle-ci provoquée par la rupture brutale⁶¹².

510.- Les juges colombiens indemnisent ce préjudice mais sur le seul terrain de l'exécution contractuelle. Ainsi, la *résiliation intempestive du contrat* par une des parties est considérée contraire au principe de la bonne foi contractuelle car elle engendre illégitimement un désordre dans l'activité économique du partenaire. Pour la Cour de cassation colombienne, une telle conduite est déloyale car elle ne prend pas en compte les intérêts du cocontractant lorsqu'elle l'empêche d'obtenir les moyens nécessaires pour réorganiser son activité économique⁶¹³. Ce faisant, le préjudice subi

⁶¹¹ Voir par exemple CA Bourges, 23 fév. 2012, n° 11/00593, SAS Soudacier c/ SA Haulotte Groupe.

⁶¹² Voir par exemple, CA Bourges, 23 fév. 2012, n° 11/00593, précitée. Dans l'espèce, la victime faisait en effet valoir devant les juges que les difficultés subies à la suite de la rupture brutale de la relation commerciale établie depuis dix ans avec son partenaire, avaient entraîné un effet négatif sur l'image de la société ainsi que sur la « *qualité de son crédit auprès de ses fournisseurs avec une baisse de sa notation* ». La cour d'appel a pu considérer que les « *difficultés mentionnées plus haut ont fait apparaître la société S comme une entreprise fragilisée, dont les clients potentiels peuvent craindre que celles-ci ne lui permettent pas de respecter ses engagements dans l'avenir* », et elle a fixé l'indemnisation de l'atteinte à l'image à 50'000 euros, compte tenue de ce qu'il s'agit « d'une société de taille moyenne non cotée en bourse ».

⁶¹³ CSJ, SC 5851-2014, 13 mai 2014, Sociedad Marcar Distribuciones Ltda c/ Philip Morris Colombia S.A, dossier n° 11001 31 03 039 2007 00299 01, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, p.46 et 47, précitée.

est calculé en fonction du désordre effectivement provoqué dans l'activité économique du partenaire victime du fait de la résiliation intempestive du contrat. Les juges colombiens prennent ainsi compte, pour évaluer le préjudice, de la reconversion rapide de la victime et calculent le gain manqué subi en comparant la marge d'utilité que la victime aurait perçue si elle avait continué à développer son activité avec le contractant fautif avec celle obtenue dans l'exercice de sa nouvelle activité économique.

511.- Cela étant, le désordre subi dans l'activité économique de la victime révèle le caractère fautif du comportement. Le préjudice subi par le partenaire donne ainsi la mesure de la brutalité de la rupture des relations commerciales. C'est ce raisonnement qui permettra d'établir si la conduite de l'opérateur a été déloyale ou correcte et, par là, si l'activité économique de la victime a été atteinte d'une manière illégitime. La victime n'aura alors pas à supporter le préjudice subi.

512.- Le même raisonnement peut être fait s'agissant de la cessation du contrat d'agence commerciale. La cessation du contrat implique, dès sa réalisation, une atteinte de l'activité économique de l'agent dès lors que celui-ci perd instantanément le droit de prospector la clientèle qu'il avait démarchée et d'en tirer profit. Il perd ainsi instantanément la possibilité de continuer à exploiter cette part du marché. C'est dire que la cessation du contrat d'agence constitue en soit le préjudice⁶¹⁴ toujours que l'agent était actif. C'est pourquoi le législateur français prévoit à l'article L. 134-12 du Code de commerce un dispositif d'indemnisation du préjudice subi par l'agent du fait du désordre provoqué dans son activité économique. C'est-à-dire que l'agent a droit à l'indemnisation du bouleversement porté sur son activité économique à chaque fois que le contrat d'agence cesse, sauf en cas de faute grave de l'agent ou de sa démission volontaire par une cause autre que sa maladie, son infirmité ou son âge avancée.

513.- En droit colombien, un dispositif similaire a été prévu à l'article 1324 du Code de commerce. Le texte prévoit d'abord le paiement d'une somme à l'agent au moment de la cessation du contrat, calculée suivant une formule posée dans le premier alinéa

⁶¹⁴ J.-M. LELOUP, « Agent commercial », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2003 (actualisation : juin 2021), n° 85.

du texte. Mais il prévoit ensuite dans son alinéa deuxième, le paiement d'une indemnisation en cas de rupture unilatérale du contrat par le mandant. Si le dispositif reste obscur (et nous avons eu l'occasion d'approfondir cette question plus haut), il permet l'indemnisation de l'agent du préjudice subi du fait du bouleversement de son activité par le fait de la cessation du contrat d'agence commerciale. La faute (rupture unilatérale injustifiée du contrat) est révélée par le préjudice subi par l'agent dans son activité économique.

Section 2. Le préjudice individuel d'un opérateur économique, élément révélateur de certains actes constitutifs de concurrence déloyale.

514.- D'une manière générale, la jurisprudence française définit la concurrence déloyale, dès le milieu du XIXe siècle, comme des « *comportements blâmables tendant à suspendre la confiance des acheteurs à l'aide d'une confusion ou à discréditer les produits rivaux et la réputation industrielle de leurs auteurs* »⁶¹⁵. Elle l'a définie aussi comme une faute constituée par « *l'abus de la liberté de commerce, causant volontairement ou non, un trouble commercial* »⁶¹⁶. En droit français, originellement,

⁶¹⁵ Tribunal civil de Joigny, 2 août 1860, cité par A.-H. Henri, Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de marques de fabrique, noms, enseignes, concurrence déloyale, Cosse, Marchal et Cie, 1865, p. 118, cité par Jean-Christophe RODA, Droit de la concurrence, Mémentos, Dalloz, 2019, p. 139.

⁶¹⁶ Com. 22 oct. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 245.

La Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la propriété de la propriété industrielle, oblige les pays de l'Union, dans son article 10bis, à « *assurer aux ressortissants [sic] une protection effective contre la concurrence déloyale* ». Et définit celle-ci comme « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* ». Au texte de ce article sont interdits notamment trois comportements : « *1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises* ».

la théorie de la concurrence déloyale s'est construite dans une perspective individualiste de protection des intérêts individuels des concurrents⁶¹⁷.

515.- En droit colombien, le préjudice économique subi par un agent du fait d'un acte concurrentiel constitue un élément participant à la révélation de la déloyauté de l'acte. En effet, l'article 21 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996 légitime plusieurs personnes à agir en concurrence déloyale⁶¹⁸. Et à la tête de cette liste la loi place les agents participant sur le marché, ou ayant l'intention de le faire, *dont les intérêts économiques aient été lésés ou se trouvent menacés par le fait d'un acte de concurrence déloyale*. Ainsi, la lésion effective ou potentielle des intérêts économiques des opérateurs (préjudice économique) est un élément qui participe souvent au dévoilement de la déloyauté des actes concurrentiels. Outre que la lésion des intérêts des consommateurs ainsi que celle de l'intérêt de l'État au fonctionnement non-faussé du marché⁶¹⁹, l'atteinte des intérêts économiques individuels des agents participe au contrôle des actes concurrentiels.

⁶¹⁷ Cependant, pour certains auteurs français, la théorie française de la concurrence déloyale a aujourd'hui un fondement d'ordre public économique tant elle permet de protéger le processus concurrentiel du marché. La protection des concurrents n'intervient donc que par incidence, notamment, lorsque leur rôle dans le processus concurrentiel est nié ou détruit. Le professeur Nicolas DORANDEU parle en effet de « l'appréhension des atteintes micro-économiques » au processus concurrentiel par le droit de la concurrence. Il prône que la théorie française de la concurrence déloyale doit « *encourager, au même titre que l'ensemble du droit de la concurrence, la vigueur du processus concurrentiel (...) la théorie de la concurrence déloyale devrait évoluer vers une interprétation plus 'fonctionnelle' de la régularité du fait concurrentiel envisagé globalement* » : Nicolas DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 269.

⁶¹⁸ Ce texte donne en effet droit aux associations dédiées à la protection des intérêts collectifs des consommateurs, ainsi qu'à celles dédiées à la protection des intérêts d'un secteur économique ou professionnel et au Procureur de la République pour agir en concurrence déloyale afin de protéger les intérêts des consommateurs et l'intérêt de l'État au fonctionnement non faussé du marché.

⁶¹⁹ Les juges colombiens estiment que le caractère déloyal d'un acte concurrentiel est déterminé par la violation du principe de la bonne foi commerciale. Cette violation a lieu chaque fois que l'acte contrarie le principe de la libre concurrence en lésant l'intérêt général de l'État au fonctionnement non faussé du marché. L'acte peut en outre léser soit l'intérêt collectif des consommateurs soit l'intérêt individuel des opérateurs économiques qui interviennent sur le marché. Cette interprétation jurisprudentielle résulte de la mise en œuvre de l'article 1^{er} de la loi 256 du 15 janvier 1996 qui établit l'objet de la loi sur la concurrence déloyale et aux termes duquel l'objet de la loi est de garantir la libre et loyale concurrence en bénéfice de tous ceux qui participent dans le marché. Voir par exemple *Superintendencia de Industria y Comercio*, arrêt n° 18-262513 du 15 février 2021, *Comunicación Celular Comcel S. A. c/ Logística Flash Colombia S.A et Oportunidad Flash Colombia S.A.S.*, la vidéo de l'audience de jugement peut être visionnée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Sentencias Competencia Desleal y Propiedad Industrial, voir notamment à partir de la minute 25.

516.- L'identification légale et jurisprudentielle de certains actes déloyaux de concurrence peut être ainsi souvent fonction de l'atteinte qu'ils portent ou peuvent porter à l'activité économique individuelle d'un autre opérateur économique sur le marché. En effet, la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996 établit à l'article 7 une « *clause générale d'interdiction des actes de concurrence déloyale* » et une liste non fermée d'actes constitutifs de concurrence déloyale (articles 8 à 19 de la loi 256). Qu'il s'agisse d'un acte sanctionné au titre de la « *clause générale d'interdiction des actes de concurrence déloyale* » (article 1^{er}) ou des actes expressément visés dans les articles 8 à 19 de la loi 256, la lésion actuelle ou potentielle de l'activité économique exercée individuellement par un opérateur peut participer à la révélation de la déloyauté de l'acte concurrentiel suspect. Il en est ainsi de l'interdiction de la déviation illégitime, actuelle ou potentielle, de la clientèle d'autrui⁶²⁰ ; de l'interdiction des actes causant ou pouvant causer une désorganisation dans le fonctionnement de l'entreprise d'autrui⁶²¹ ; de l'interdiction des actes menant ou pouvant mener le public à assimiler erronément l'activité économique du responsable à celle d'un autre opérateur, l'erreur pouvant porter notamment sur la nature, les caractéristiques ou le mode de fabrication des produits de l'opérateur victime⁶²² ; de l'interdiction des actes de discrédit, c'est-à-dire de la divulgation d'information fausse, voire de l'occultation d'information vraie, concernant l'activité économique ou l'entreprise d'autrui. Ces actes sont sanctionnés

⁶²⁰ Artículo 8 de la ley 256 de 1996: “Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

⁶²¹ Article 9 de la loi 256 de 1996: “Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”.

⁶²² Article 10 de la loi 256 de 1996 : “(...) se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos”.

Et aussi l' article 11 de la même loi : “(...) se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

dès lorsqu'ils discréditent ou peuvent discréditer l'activité du tiers⁶²³ ; de l'interdiction des actes de comparaison de l'activité économique du responsable avec celle de la victime, lorsqu'une telle comparaison est fondée sur des informations fausses ou erronées ou moyennant l'occultation d'informations vraies⁶²⁴ ; de l'interdiction de l'imitation systématique de l'activité économique et des initiatives d'un autre opérateur, lorsque cette imitation engendre ou peut engendrer de la confusion chez le public⁶²⁵, ou lorsque cette imitation a pour but d'empêcher ou de faire obstacle au positionnement d'un autre opérateur sur le marché⁶²⁶ ; de l'interdiction de l'exploitation de la réputation d'autrui⁶²⁷; de l'interdiction de la violation de secrets

⁶²³ Article 12 de la loi 256 de 1996 : “ (...) se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.

⁶²⁴ Article 13 de la loi 256 de 1996 : “(...) se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.”

⁶²⁵ Les consommateurs seraient conduits à assimiler de manière erronée une entreprise à une autre.

⁶²⁶ Article 14 de la loi 256 de 1996 : “La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado”.

⁶²⁷ La violation des droits de propriété industrielle étant considéré un acte de concurrence déloyale. Article 15 de la loi 256 de 1996 : “*Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*”

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares”.

d'affaires⁶²⁸ ; de l'interdiction de la complicité et de l'influence portée sur les employés ou les partenaires commerciaux d'un concurrent afin de les faire cesser ou de les faire rompre leurs rapports contractuels avec celui-ci. Ces actes peuvent être sanctionnés lorsqu'ils cherchent à éliminer un opérateur économique du marché⁶²⁹ ; de l'interdiction des clauses d'exclusivité dans les contrats d'approvisionnement lorsque ces clauses ont pour effet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher l'accès d'un opérateur au marché⁶³⁰. Enfin, l'atteinte de l'activité économique des opérateurs commande aussi l'interdiction de l'obtention d'un avantage significatif moyennant la violation d'une règle régissant l'activité économique de l'agent fautif tant cette violation implique un désavantage économique pour les opérateurs concurrents en vertu du déséquilibre créé⁶³¹.

517.- Faute d'une codification, les juges français ont dû identifier au cas par cas, les fautes constitutives d'une concurrence déloyale. La gêne ou le trouble porté à l'activité économique de l'opérateur victime étant souvent l'élément révélateur de la faute.

⁶²⁸ Article 16 de la loi 256 de 1996: "se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2° de este Ley".

⁶²⁹ Article 17 de la loi 256 de 1996 : "Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos".

⁶³⁰ Article 19 de la loi 256 de 1996 : "Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales".

⁶³¹ Article 18 de la loi 256 de 1996 : "Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa". Nous avons analysé cette question en profondeur dans le titre 2 de la deuxième partie de cette étude.

518.- Ainsi, le droit positif français et colombien identifie, que ce soit par le biais de la jurisprudence ou des textes, les actes déloyaux de concurrence à l'aide notamment de deux types d'atteintes portées à l'activité économique de la victime. Il s'agit du préjudice constitué par la déviation de la clientèle (**Paragraphe 1**) ainsi que du préjudice d'atteinte à l'image d'un opérateur (**Paragraphe 2**). Ces deux atteintes traduisent en effet une lésion à l'activité développée par l'agent économique victime de l'acte concurrentiel, et contribuent à la révélation du caractère déloyal de l'acte suspect⁶³². Nous analyserons par la suite, comment les juges français et leurs homologues colombiens, ces derniers étant guidés par le législateur, identifient souvent les comportements constitutifs d'une concurrence déloyale à l'aide de l'effet dommageable actuel ou potentiel de l'acte sur l'activité économique individuelle de la victime.

Paragraphe 1. La déviation illégitime de la clientèle d'un opérateur, préjudice économique révélateur de certaines fautes de concurrence.

519.- La déviation de la clientèle implique, pour la victime de la pratique, la perte d'une part du marché. Le volume d'affaires de l'agent victime est diminué. L'opérateur victime pourrait de ce fait se heurter à une perte de gains, tout comme à la réalisation de déboursements en pure perte. En effet, les investissements que l'opérateur aurait réalisés pour le développement de son activité économique, tel par exemple, des déboursements faits pour l'acquisition de nouvelles machines ou pour l'acquisition des matières premières, aussi l'embauchement du personnel nouveau en vue d'accomplir les attentes légitimes de ventes, pourraient devenir sans objet, c'est-à-dire, non capitalisables. Des nouveaux frais en pure perte pourraient aussi être engendrés par la déviation illégitime de clientèle : des licenciements, des frais d'emballage et d'stockage des invendus par exemple. La victime pourrait à tout le moins alléguer la

⁶³² Par le biais de chacune de ces trois atteintes portées à l'activité économique d'un opérateur concurrent, l'agent malin peut en effet réussir à augmenter ou à améliorer sa capacité concurrentielle ou au moins, ses chances d'amélioration de sa position concurrentielle dans le marché.

perte d'une chance de développer ou de faire croître son entreprise par le fait de la déviation illégitime de la clientèle.

520.- La déviation illégitime de la clientèle d'autrui est le premier des actes interdits par le législateur colombien dans la liste non fermée d'actes déloyaux de concurrence (articles 8 à 19 de la loi 256 du 15 janvier 1996)⁶³³. Le texte vise toute conduite ayant *pour objet ou pour effet* la déviation de la clientèle d'un autre opérateur par le recours à des moyens contraires aux bons usages industrielles ou commerciaux. Cela étant, lorsque le texte prend en compte l'*objet* mais aussi l'*effet* de la conduite de dévier la clientèle d'autrui, le responsable ne peut s'exonérer en arguant qu'il n'a jamais cherché, par son comportement, à dévier la clientèle dès lors que son comportement est apte à produire un tel effet négatif. Le texte sanctionne non seulement la réalisation effective de l'effet négatif sur l'activité économique de l'opérateur victime (c'est-à-dire la déviation effective ou actuelle de la clientèle), mais aussi la tentative d'obtention d'un tel effet, tel est le sens de l'expression « *ayant pour objet* ». C'est-à-dire que le comportement sera sanctionné si, en absence de toute réalisation effective de la déviation de la clientèle (effet négatif) il soit apte à produire un tel résultat. L'effet négatif, actuel ou potentiel, de la conduite sur l'activité économique d'autrui est, de ce fait, l'élément révélateur de son caractère déloyal. Toujours que l'acte soit en outre contraire aux usages industriels ou commerciaux.

521.- Ainsi, la déviation de la clientèle constitue, dans la loi colombienne de concurrence déloyale, un élément révélateur du caractère déloyal d'un acte concurrentiel. S'il faut bien que le comportement résulte, tel que le dit le texte, « contraire aux usages corrects dans l'industrie ou dans le commerce », c'est à dire contraire à la bonne foi commerciale, l'effet négatif que cette conduite a ou peut avoir sur l'activité économique d'autrui est un élément clé dans la sanction de la conduite. En effet, un comportement contraire aux usages corrects du commerce et de l'industrie mais qui demeure incapable ou inapte à dévier la clientèle d'autrui, ne peut pas être

⁶³³ Artículo 8°. Acto de desviación de la clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

sanctionné au visa de l'article 8 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996. Aussi, la déviation de la clientèle d'autrui par le recours à des moyens industrielles ou commerciaux corrects ne pourrait non plus être sanctionnée au visa de ce texte. Le caractère dommageable de la conduite est donc un élément clé dans l'identification des conduites sanctionnées par l'article 8 de la loi 256. Il s'agit des comportements sanctionnés par leur effet actuel ou potentiel⁶³⁴. C'est-à-dire, des comportements rendus fautifs par l'effet qu'ils causent ou peuvent causer, autrement dit, par leur aptitude à dévier la clientèle d'autrui en lésant de ce fait l'activité économique d'autrui. La déviation effective ou potentielle de la clientèle est un préjudice qui peut être le fait de plusieurs conduites concurrentielles déloyales. La loi colombienne sur la concurrence déloyale sanctionne en effet dans des textes différents plusieurs conduites qui peuvent engendrer une déviation effective ou potentielle de la clientèle d'autrui.

I. La déviation potentielle de la clientèle d'autrui, risque de préjudice révélateur de la déloyauté de certains actes concurrentiels.

522.- Dans une affaire récente, les juges colombiens ont établi le caractère déloyal de la publicité trompeuse mise en place par un opérateur de téléphonie mobile grâce à l'établissement de la potentialité de cette conduite à dévier la clientèle d'un opérateur concurrent. Le demandeur à l'action, un grand opérateur prêtant le service de téléphonie mobile dans le marché national, demandait la sanction, au titre de l'article 18 de la loi 256⁶³⁵, de la pratique publicitaire mise en place par le défendeur. Au titre de ce texte sont considérés déloyaux les actes concurrentiels commis par un agent en violation des normes régissant l'activité et par lesquels l'agent obtient un avantage

⁶³⁴ « L'acte doit avoir effectivement conduit à une déviation de la clientèle d'un autre opérateur ou être potentiellement apte à produire un tel effet. La déviation actuelle ou potentielle de la clientèle doit être illégitime, c'est-à-dire contraire à la bonne foi commerciale » : Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 18-262513 du 15 février 2021, Comunicación Celular Comcel S. A. c/ Logística Flash Colombia S.A et Oportunidad Flash Colombia S.A.S., précité. Minute 71 de la vidéo de l'audience de jugement, www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

⁶³⁵ Artículo 18 de la loi 256 du 15 janvier 1996. Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

concurrentiel significatif dans le marché. Après avoir estimé que le défendeur avait effectivement violé les normes régissant la publicité en matière de téléphonie mobile sur le territoire nationale, les juges ont conclu à ce que cette conduite était apte à dévier *potentiellement* la clientèle du demandeur ainsi que celle des autres opérateurs concurrents. Le demandeur avait en effet démontré au cours de la procédure la perte d'une partie de sa clientèle pendant une période qui coïncidait avec celle dans laquelle la publicitaire illicite avait eu lieu ; cependant les juges ont estimé que le lien causal entre cette perte effective d'une partie de la clientèle du demandeur et la conduite incriminée ne pouvait pas être établi. Les juges ont en effet relevé qu'une augmentation du chiffre d'affaires du défendeur, consécutive ou simultanée à la mise en place de la pratique illicite n'avait été prouvée. Ainsi, c'est par le biais de la constatation du caractère potentiellement dommageable de la conduite incriminée que les juges ont pu établir sa déloyauté. Ils ont en effet estimé que la publicité illicite pratiquée par le défendeur était apte à dévier potentiellement la clientèle de tous ses concurrents. Ils ont de ce fait cherché à éviter la réalisation d'un risque de préjudice pour les concurrents de l'agent déloyal⁶³⁶.

A. Le risque de déviation de la clientèle révélateur de la déloyauté des actes de confusion.

523.- La déviation de la clientèle d'un opérateur peut être le fait *d'actes créant une confusion* chez les consommateurs quant à l'origine des biens et des services. Le législateur colombien sanctionne à l'article 10 de la loi tout acte créant effectivement ou potentiellement une confusion chez les consommateurs quant à l'origine des biens ou des services. Le texte colombien vise « tout acte ou de comportement » engendrant confusion chez les consommateurs.

⁶³⁶Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 18-262513 du 15 février 2021, Comunicación Celular Comcel S. A. c/ Logística Flash Colombia S.A et Oportunidad Flash Colombia S.A.S., voir notamment la vidéo de l'audience de jugement à partir de la minute 80, www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

524.- La loi colombienne 256 du 15 janvier 1996 sanctionne aussi à l'article 14 la confusion actuelle ou potentielle engendrée chez les consommateurs du fait d'un acte d'imitation. En effet, c'est notamment par le biais de *l'imitation* des services, des produits ou des signes distinctifs⁶³⁷ qu'un opérateur peut créer confusion chez le public et, par-là, atteindre la clientèle d'un autre opérateur. L'entreprise qui imite un concurrent cherche en effet à s'identifier à sa victime⁶³⁸ : les clients achèteront ses produits en croyant qu'ils sont fabriqués par l'entreprise victime alors qu'il n'en rien⁶³⁹. Pour être fautive, les actes d'imitation doivent entraîner un risque de confusion entre les produits eux-mêmes ou sur leur origine de sorte que les clients peuvent identifier les produits de l'entreprise fautive à ceux de l'entreprise imitée⁶⁴⁰. C'est-à-dire que ce qui révèle le caractère déloyal des actes d'imitation est leur potentialité à dévier la clientèle d'un autre opérateur⁶⁴¹.

525.- L'article 14 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1995 prévoit au deuxième alinéa que « *l'imitation des services ou des biens fournis par un autre opérateur sur le marché est déloyale lorsqu'elle engendre confusion chez les consommateurs quant à l'origine du bien ou du service* ». Le caractère déloyal d'un acte d'imitation engendrant confusion chez le public est révélé par l'atteinte subie par un autre opérateur sur son

⁶³⁷ « La jurisprudence défend, sur le fondement de la concurrence déloyale, les signes choisis par une personne pour exercer son activité économique. Le signe doit en conséquence permettre de distinguer l'entreprise qu'il caractérise d'une autre entreprise, à défaut de quoi aucun risque de confusion n'est possible » : M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, op. cit., n° 500.

⁶³⁸ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, op. cit., n° 493. « L'originalité du signe n'est pas exigée pour sanctionner son imitation au titre de la concurrence déloyale. Seul le risque de confusion est exigé ».

⁶³⁹ « (...) en subordonnant l'existence d'un risque de confusion à l'originalité du signe constituant l'enseigne, alors que l'action en concurrence déloyale est ouverte à qui ne dispose pas d'un droit privatif, la cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1383 du Code civil) par refus d'application » : Com. 26 mai 2004, pourvoi n° 03-10399, JCP 2004, éd. E, 1739, n° 2, obs. Ch. Caron et G. Décocq.

⁶⁴⁰ « L'imitation fautive peut porter sur différents éléments : sur les produits eux-mêmes, mais également sur les signes distinctifs des produits, tels que les caractéristiques de leur conditionnement, leurs emballages, leurs étiquettes, etc. Pour que le risque de confusion existe, il n'est pas nécessaire que les produits soient imités à l'identique. L'impression d'ensemble importe, qui résulte de l'examen des différents éléments de la ressemblance qui résulte de l'examen des différents éléments de la ressemblance constatée » : M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, op. cit., n° 505.

⁶⁴¹ En effet, l'imitation n'est pas en principe interdite. « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie autorise la copie, en l'absence de droit privatif ».

activité⁶⁴². En effet, la confusion chez les consommateurs peut engendrer soit une déviation effective de la clientèle de l'imité, soit un risque de déviation ou de détournement de la clientèle qui choisit les biens et les services de l'agent malin tout en croyant qu'il s'agit de ceux de l'opérateur imité. « *Les chaussures ressemblent, à s'y méprendre, à celle du détaillant d'en face, réputé pour la qualité de ses produits* »⁶⁴³. Cette confusion engendrée chez les consommateurs peut en outre, sur le long terme, nuire à l'image de l'opérateur imité lorsque la qualité des produits ou des services commercialisés déloyalement est en dessous de celle des produits ou des services imités. L'atteinte à l'activité économique d'un opérateur est donc un élément contribuant à la révélation du caractère déloyal de la confusion engendrée chez le public par un acte d'imitation : « *l'imitation d'un produit approprié est du domaine de la contrefaçon. L'imitation fautive en l'absence d'appropriation est celui de la concurrence déloyale. Une faute doit s'ajouter à la contrefaçon, pour que l'action en concurrence déloyale puisse intervenir (...) l'imitation est fautive lorsqu'elle crée un risque de confusion dans la clientèle* »⁶⁴⁴.

526.- Tout acte d'imitation ou de copie bénéficie le plagiaire de deux manières. En effet, le copieur réalise d'une part une économie injustifiée : il s'épargne par la copie, de faire des investissements intellectuels, des investissements en temps ou des investissements en argent. D'autre part, le copieur peut obtenir rapidement des gains grâce à la bonne image ou à la notoriété de l'imité. Le préjudice subi par l'imité peut dès lors être constitué par la perte des gains résultant de la non-obtention d'un prix pour la concession de l'exploitation de ses dessins, de sa marque ou de son savoir-faire par exemple. Aussi, l'imité peut se plaindre de la perte d'une chance de réaliser les gains obtenus par l'opérateur fautif du fait de l'imitation.

⁶⁴² L'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs à avoir une information vraie sur les produits et les biens offerts dans le marché est en effet le principal élément révélateur, en droit colombien, le caractère déloyal de la conduite.

⁶⁴³ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 497.

⁶⁴⁴ Com., 29 nov. 1960, *Bull.*, n° 389, cité par M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 494. Sur les liens entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale voir Ch. CARON et G. DECOCQ, *JCP E* 2003, 1627, n° 2.

527.- L'article 14 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996, établi aussi que « *l'imitation systématique des prestations et des initiatives commerciales d'un concurrent est déloyale lorsque l'imitation a pour but d'empêcher ou de faire obstacle au positionnement de l'opérateur concurrent dans le marché* ». La déloyauté des actes d'imitation est ici révélée par la perte de positionnement dans le marché, actuelle ou potentielle, subi par l'opérateur victime, voire par la perte de chance d'améliorer ou de maintenir sa position sur le marché.

B. Le risque de déviation de la clientèle révélateur de la faute d'exploitation induite de la réputation d'autrui.

528.- Les articles 14 et 15 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996⁶⁴⁵ sanctionnent l'exploitation de la bonne réputation d'un autre opérateur dans le but d'obtenir un avantage sur le marché. L'article 14 sanctionne l'imitation des « prestations » d'un autre opérateur lorsqu'elle implique *l'exploitation induite de la bonne réputation de l'opérateur victime*⁶⁴⁶. Et l'article 15 sanctionne l'exploitation de la bonne réputation d'un autre opérateur lorsqu'elle est commise par un moyen autre que l'imitation.

529.- L'exploitation de la bonne réputation d'autrui constitue un saccage, par l'agent malin, des efforts réalisés par l'agent victime. L'agent fautif obtient ou cherche à obtenir par ce biais un avantage dans la concurrence. Il prend le « chemin court ». Il ne dépense rien de ses efforts ni de son argent. Le préjudice subi par l'opérateur dont la

⁶⁴⁵ Précitée.

⁶⁴⁶ L'exploitation induite de la bonne réputation d'un autre agent est d'ailleurs aussi sanctionnée, comme un effet dommageable pouvant être le fait d'autres actes concurrentiels différents de l'imitation à l'article 15 de la loi 256 du 15 janvier 1996. (Artículo 15: "*Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*")

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".)

réputation est exploitée peut parfois servir à dévoiler le caractère déloyal de la conduite. En effet, d'une part, l'opérateur dont l'image est indument exploitée par le fait de l'imitation se voit privé de la possibilité d'obtenir des gains du fait de l'exploitation de son image (de ses efforts). C'est-à-dire qu'il se voit privé de la possibilité d'obtenir un prix pour la licence ou la concession de l'exploitation de sa marque ou de son savoir-faire par exemple. Cela étant, les gains obtenus par l'agent fautif peuvent être réputés avoir été le fait des efforts réalisés par l'opérateur exploité. Une perte de chance d'obtenir ces gains peut à tout le moins être alléguée par la victime de l'exploitation induite de son image⁶⁴⁷. D'autre part, il peut se heurter à une perte de valeur de son image (et à une perte de positionnement dans le marché) tant les services ou les produits fournis par l'opérateur malin et faussement associés à ceux offerts par lui sont d'une qualité moindre.

530.- Cette situation se rapproche du parasitisme économique sanctionné par le droit français de la concurrence déloyale. Le parasitisme économique est expliqué comme « *l'ensemble de comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »⁶⁴⁸. Le parasitisme économique permet donc au parasite de profiter de la notoriété de l'entreprise parasitée créant un risque de confusion entre les deux entreprises et ce même en absence de tout rapport de concurrence entre les deux opérateurs⁶⁴⁹. Le caractère déloyal du parasitisme économique est donc révélé par le risque de confusion créée par les actes du parasite conduisant les consommateurs à confondre les biens ou les services du parasite avec ceux du parasité ou encore à

⁶⁴⁷ Mais, des deux choses l'une : soit le prix de la licence soit la perte de chance d'obtenir les gains réalisés par le fautif, voire la perte des gains elle-même.

⁶⁴⁸ Com., 2- janv. 1999, D. 2000, Cah. dr. aff., J., p. 87, note Yves Serra.

⁶⁴⁹ Le parasitisme économique étant sanctionné en droit colombien à notre avis, à l'article 15 de la loi 256 de 1996 qui interdit l'exploitation de la bonne réputation d'autrui.

La théorie des agissements parasitaires née en France à partir du souci de protéger les opérateurs profitant d'un signe notoire. Un signe notoire pouvant identifier une entreprise au-delà de sa sphère de spécialité. Les juges français ont ainsi admis l'action en agissements parasitaires lorsque l'imitation d'un signe distinctif d'une entreprise non-concurrente est de nature à créer confusion sur l'origine des produits. Le titulaire du signe distinctif pouvant interdire son utilisation à une entreprise qui intervient pourtant dans un domaine d'activité différent. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 510.

identifier les deux opérateurs. Cette confusion engendre à son tour un risque déviation de la clientèle. Il peut aussi engendrer une atteinte à l'image du parasite ou encore la perte d'une chance de réaliser des gains.

II. La déviation effective de la clientèle d'un opérateur, préjudice révélateur de la déloyauté de certains actes concurrentiels.

531.- La déviation effective de la clientèle d'un autre opérateur peut être le résultat de divers comportements concurrentiels. C'est ainsi que ce préjudice peut servir à révéler la déloyauté de certains actes concurrentiels, tels l'exploitation indue de la réputation d'autrui (A). Ce préjudice révèle aussi la déloyauté des comportements qui ne rentrant pas dans la liste non fermée prévue par la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996 sur la concurrence déloyale, tombent alors dans la clause générale de prohibition d'actes de concurrence déloyale prévue à l'article 8 de la même loi (B)⁶⁵⁰.

A. La déviation effective de la clientèle, préjudice économique révélateur de la déloyauté de l'exploitation indue de la réputation d'un autre opérateur.

532.- L'exploitation illégitime de l'exploitation d'autrui sanctionnée à l'article 15 de la loi 256 du 15 janvier 1996 est sanctionnée en droit colombien eu égard à l'obtention d'un « bénéfice », selon le terme utilisé dans le texte, par l'agent fautif. Cette conduite est en effet considérée déloyale tant l'obtention d'avantages par un agent à partir du saccage des efforts d'autrui peut être constatée. En effet, le terme « *exploiter* » signifie « *tirer parti d'une chose, en vue d'une production ou dans un but lucratif (...) Utiliser d'une manière avantageuse ou faire rendre les meilleurs résultats à* » une situation ou

⁶⁵⁰ Précité.

à une chose. C'est pourquoi les juges colombiens constatent souvent la déloyauté de la conduite à partir l'établissement soit des bénéfices soit des économies réalisées par l'agent fautif⁶⁵¹. Ces bénéfices ou ces économies réalisées par le fautif sont en réalité le substitut des bénéfices que la victime était en droit d'obtenir si elle avait soit consentie à l'exploitation de son image soit entrepris elle-même l'activité économique dans le domaine dans lequel l'agent fautif a agi. Ainsi, en absence de l'acte fautif, la victime se serait trouvée dans l'une des deux situations suivantes : soit elle aurait pu légitimement obtenir un prix en contrepartie de l'octroi, à l'agent fautif, d'un droit d'exploitation de son image de marque ou de son savoir-faire par exemple. Soit elle aurait pu exploiter sa propre marque ou sa propre image dans le marché dans lequel l'agent fautif est intervenu, ce qui se traduit dans la perte de la chance d'exploiter économiquement sa propre image et de réaliser des gains dans le marché dans lequel le fautif a illicitement participé. La victime pourrait aussi démontrer l'atteinte à son image de marque.

533.- Dans une décision récente, les juges colombiens ont pu constater l'acte déloyal d'exploitation illégitime de la réputation d'autrui grâce à l'établissement du préjudice économique subi par la victime du fait de la déviation effective de la clientèle que l'acte suspect a causé. Dans l'espèce, plusieurs opérateurs ont reproduit sur scène dans plusieurs villes du pays, un ouvrage créé par la société Disney Entertainment Inc. sans son autorisation⁶⁵². Ils ont erronément fait croire aux spectateurs qu'il s'agissait de l'ouvrage théâtrale « La reine des neiges » de Disney réalisant de ce fait des gains considérables par la captation rapide de clientèle. En effet, après avoir constaté que les défendeurs avaient réalisés des gains, les juges relèvent que ces gains ont été réalisés grâce à la bonne image commerciale du demandeur tant les spectateurs croyaient assister à la mise en scène de l'ouvrage crée par Disney et ont associé l'activité de l'opérateur fautif à la marque Disney. Cette conduite a permis l'obtention rapide d'une

⁶⁵¹ Constatant l'exploitation illégitime de la réputation d'autrui par le recours aux économies faites par l'agent fautif : Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1322 du 27 mai 2016, *Sighinolfi Group Colombia S.A. c/ Indurrego S.A.S.*, publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, année 2016.

⁶⁵² Cette décision est aussi analysée plus loin, dans le titre 2 de cette deuxième partie, aux fins d'identifier la méthode utilisée par les juges pour mesurer le préjudice économique subi par la victime.

clientèle qui associait à tort l'ouvrage reproduit à celui créé par Disney. Les défendeurs ont ainsi été condamnés au paiement d'une somme proche aux 33.000 euros à titre des gains manqués par Disney⁶⁵³.

534.- Dans une autre décision rendue en 2018, les juges colombiens ont constaté l'existence d'actes de confusion (article 10 de la loi 256), de mensonge (article 11) et d'exploitation illégitime de la réputation d'autrui (article 15), interdits par la loi colombienne de concurrence déloyale, commis par un producteur de concerts, ancien membre d'un groupe musical très populaire en Colombie. En l'espèce, le défendeur avait produit plusieurs concerts dans diverses villes en associant faussement ces spectacles à l'entreprise demanderesse (*Grupo Niche*)⁶⁵⁴. Il avait obtenu du succès. Les juges constatent qu'en induisant en erreur le public par le biais mensonges (à travers notamment l'annonce faux de ce qu'il avait été un des fondateurs du groupe *Niche*), et en associant faussement leurs spectacles à ceux offert par le demandeur, outre qu'en reproduisant illicitement des morceaux créés par le demandeur, l'agent fautif avait induit le public en erreur et profité de la bonne réputation de la victime. Ils constatent les gains obtenus par le défendeur grâce à la captation déloyale de clientèle et les chiffrent à hauteur de 34.500 euros au titre du gain manqué par la victime⁶⁵⁵.

B. La déviation effective de la clientèle, préjudice économique révélateur de la déloyauté d'autres actes concurrentiels.

⁶⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 998 du 7 juin 2017, *Disney Entreprises Inc c/ Entertainment Addictive International Group S.A.S, Grupo Tuticket.com Colombia S.A.S et autres*, vidéo et acte de l'audience de jugement publiés dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2017.

⁶⁵⁴ Cette décision est aussi analysée plus loin, dans le titre 2 de cette deuxième partie, aux fins d'identifier la méthode utilisée par les juges pour mesurer le préjudice économique subi par la victime.

⁶⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 807 du 20 mars 2018, *Eventos Niche S.A.S. et autres c/ Alvaro Hernando Tulande Castillo*, vidéo et acte de l'audience de jugement publiés dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal.

535.- Les juges colombiens constatent parfois la déviation effective de la clientèle subie par un opérateur du fait d'autres actes concurrentiels. En effet, l'article 8 de la loi 256 du 15 janvier 1996 sur la concurrence déloyale impose une « *clause générale d'interdiction de la déviation déloyale effective de la clientèle d'autrui* ». Aux termes de ce texte, est considérée déloyale, la déviation de la clientèle d'un autre opérateur par le recours à des actes concurrentiels contraires aux usages commerciaux et industriels honnêtes⁶⁵⁶. C'est dire que la déviation effective de la clientèle permet de dévoiler le caractère déloyal de certains actes concurrentiels qui ne rentrent pas dans aucun des autres « types » envisagés dans la liste, non fermée, d'actes constitutifs de concurrence déloyale prévue à la loi 256 sur la concurrence déloyale⁶⁵⁷. La déviation effective de la clientèle d'autrui, joint au jugement sur le manque de rectitude ou d'honnêteté de l'acte concurrentiel suspect, permet ainsi d'établir la déloyauté du comportement concurrentiel et de le sanctionner au titre de la clause générale contenue dans l'article 8 de la loi 256.

536.- Dans une affaire jugée récemment⁶⁵⁸, les juges colombiens ont pu constater la déloyauté des actes commis par plusieurs employés d'une entreprise fabricante d'huiles destinés à usage de véhicules automoteurs et ont sanctionné leur conduite au titre de l'article 8 de la loi 256. En effet, alors que les défendeurs exerçaient au nom de l'entreprise demanderesse des activités de commercialisation de l'huile fabriquée par celle-ci, ils ont parallèlement créé une entreprise dédiée aussi à la fabrication et vente du même genre d'huile. Profitant de l'accès au fichier des clients de la société demanderesse, les agents fautifs ont offert et distribué l'huile fabriqué par leur nouvelle entreprise auprès de plusieurs clients de leur employeur. Pour constater la déloyauté des actes commis par les défendeurs les juges se fondent sur le résultat des

⁶⁵⁶ Artículo 8 de la ley 256 de 1996. "Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial".

⁶⁵⁷ Précitée.

⁶⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 321 du 6 février 2018, *Petrograsas S.A.S. c/ Jesús Antonio Gómez Deaza, Juan Ernesto Gómez Peñaranda et Heidy Nataly Cajicá Páez*, publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

comportements, c'est-à-dire, sur le détournement effectif d'une partie de la clientèle du demandeur. Les juges ont estimé, au vu des preuves pratiquées dans le procès, que la victime avait perdu des gains à hauteur d'environ 53.000 euros⁶⁵⁹ à la suite du détournement de la clientèle subi par les actes des défendeurs⁶⁶⁰. C'est le préjudice subi par la victime constitué par la perte illégitime d'une partie de sa clientèle que les juges ont pu sanctionner la conduite des défendeurs.

537.- C'est dire que la déviation effective de la clientèle d'autrui permet parfois de révéler le caractère déloyal de certains actes concurrentiels que ce soit au titre de la clause générale d'interdiction de la déviation déloyale de la clientèle prévue à l'article 8 de la loi 256 mais aussi au titre d'autres textes de cette même loi sanctionnant spécifiquement certaines conduites concurrentielles.

538.- L'atteinte à l'image d'un opérateur sert aussi à révéler, tant en droit français qu'en droit colombien, le caractère déloyal de plusieurs conduites concurrentielles.

Paragraphe 2. L'atteinte à l'image d'un opérateur, préjudice extrapatrimonial révélateur de la déloyauté des actes de dénigrement.

539.- L'affectation de l'image d'un opérateur peut provoquer dans les partenaires commerciaux ainsi que dans les clients et salariés de l'entreprise victime une perte de confiance ou, à tout le moins, un doute sur sa performance ou ses qualités. L'atteinte à l'image d'un opérateur économique peut en outre engendrer la perte d'une partie du marché par la victime, c'est-à-dire, la déviation d'une partie de sa clientèle, ce qui peut se traduire dans une perte de gains et aussi dans des déboursements effectués en pure perte dans la mesure où la victime pourrait être amenée à réaliser des déboursements en pure perte ou à perdre toute possibilité de capitaliser les déboursements déjà réalisés. La jurisprudence française et colombienne constate dans certains cas l'atteinte à

⁶⁵⁹ Équivalents à environ 240.000.000 pesos colombiens.

⁶⁶⁰ Minute 36 de la vidéo de l'audience de jugement publiée.

l'image d'un opérateur par le fait d'un acte concurrentiel et ordonnent son indemnisation au titre du préjudice extrapatrimonial. Ainsi, le préjudice constitué par l'atteinte à l'image d'un opérateur sert parfois aux juges des deux pays à révéler le caractère déloyal de l'acte suspect.

540.- En droit français aucun texte ne définit pas l'acte de dénigrement. Les juges français estiment que l'information dénigrante est en général malveillante, péjorative, parfois même exagérée. Il en est ainsi de « (...) *la société qui n'est pas bornée à comparer les mérites respectifs des aspirateurs avec ou sans sac mais à utiliser des termes qui ne constituent pas la simple critique modérée objective, et conforme à la vérité d'une technologie par rapport à une autre, mais s'est comporté avec la volonté déterminée de tourner en dérision, de dénigrer et de discréditer les aspirateurs avec sac et les sacs à poussière concurrents diffusés par deux autres sociétés* »⁶⁶¹. Le but de l'information dénigrante diffusée est d'atteindre la clientèle de l'opérateur. Les juges français considèrent déloyale la diffusion d'une information vraie et exacte lorsqu'elle évide l'intérêt de l'auteur de s'emparer de la part de marché détenue par le concurrent victime. C'est-à-dire que la déloyauté de la conduite est révélée par l'impact négatif qu'elle a ou peut avoir sur l'image de la victime ou sur son chiffre d'affaires. Il s'agit d'une atteinte qui peut être actuelle ou potentielle. La potentialité de l'acte à léser l'image de la victime est déterminée non par l'exactitude de l'information diffusée mais par le contexte et la manière dont elle l'a été⁶⁶².

⁶⁶¹ CA Paris, 12 février 1999, *D.* 2000, somm. p. 311, obs. Y. Serra. Voir aussi CA Versailles, 14^{ème}, 2 juin 2004, n° 04-03896, SAS ORANGINA SCHWEPPE HOLDING c/ CENTRE D'ÉTUDES ET DE DOCUMENTATION DU SUCRE : « *Attendu certes que le film présente un caractère humoristique évident et est dans le droit fil des autres messages publicitaires pour ORANGINA qui transforment les objets et notamment les bouteilles D'ORANGINA en personnages ; Mais attendu que si tous les personnages du film sont caricaturaux, le "personnage sucre" est présenté sous un jour ridicule, suppliant humblement qu'on le laisse entrer ; Que son ton plaintif, son visage mal rasé, la phrase qu'il prononce "On est venu à pied..." (ce qui signifie à contrario "on a pas de véhicule"), son attitude suppliante et l'échec qu'il subit à la fin du film donnent de lui une image dévalorisante ; Qu'à travers cette image il est porté une appréciation péjorative sur le produit sucre qui ne saurait être excusée par la forme humoristique du film dès lors qu'elle n'apporte rien à la force du message ; Attendu que le discrédit jeté sur le produit sucre par la représentation qui en est faite constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser* ».

⁶⁶² Voir par exemple, Com. 23 mars 1999, *Contrats, conc. consom.* 1999, n° 91, note M. Malaurie-Vignal. Dans cette affaire, la Cour de cassation française approuve la cour d'appel d'avoir caractérisé la faute de dénigrement lorsque celle-ci avait constaté qu'un laboratoire pharmaceutique avait diffusé auprès d'un nombre important de pharmacies un article de presse critiquant un produit concurrent. Les juges du fond avaient observé que le laboratoire n'avait pas agi comme journaliste dans le but d'une

541.- « *Dénigrer, c'est rendre noir, noircir* ». Il consiste à jeter le discrédit sur un produit, un service, une personne ou même l'ensemble d'une profession⁶⁶³. « *Le dénigrement consiste à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle, en usant des propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur* »⁶⁶⁴.

542.- En droit colombien, l'atteinte à l'image subie par la victime d'un acte de dénigrement, préjudice moral, révèle le caractère déloyal de tels actes. Il ne peut pas

information objective des consommateurs ou des éventuels usagers du produit mais dans l'objectif de dénigrer le produit concurrent pour s'emparer du marché.

Aussi, la Cour de cassation a pu affirmer qu'« est fautive la dénonciation faite à la clientèle d'une action n'ayant pas donné lieu à une décision de justice » : Com., 12 mai 2004, Bull. n° 87.

En droit colombien l'atteinte subie par un opérateur sur son image sera illicite lorsque l'information diffusée est fausse ou inexacte, ou lorsque tout en étant vraie, elle résulte non pertinente. Cela étant, l'atteinte subie sur son image par un opérateur du fait de la diffusion d'une information vraie et pertinente ne permet pas de révéler la déloyauté de l'acte tant il s'agit d'une atteinte non indemnisable. En effet, aux termes de l'article 12 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996, la diffusion d'une information vraie, exacte et pertinent sur l'activité développée par un autre opérateur n'est pas considérée déloyale. Les juges colombiens estiment ainsi que la diffusion d'une telle information n'est pas déloyale même si elle nuit à l'image de l'opérateur « victime ». Tel le cas par exemple, de la divulgation par un concurrent des décisions d'une autorité administrative d'annuler les permis octroyés de manière provisoire à un opérateur pour la distribution de certains produits chimiques génériques utilisées dans la culture du riz. Le caractère provisoire des licences octroyées obéissant à l'attente des résultats des analyses toxicologiques des produits chimiques distribués. Une fois ces analyses réalisées, l'autorité administrative décide d'annuler le permis de distribution octroyé à l'opérateur. Pour les juges, la diffusion d'une information ayant les caractéristiques mentionnées, empêche la création chez les potentiels acheteurs (agriculteurs spécialisés dans la culture de riz) d'une idée erronée concernant les caractéristiques du produit distribué, ce qui était particulièrement relevant dans l'espèce dans la mesure où les produits chimiques distribués mettaient en risque la santé des consommateurs. Ainsi, aucun préjudice ne pouvait être argué par l'opérateur dont le permis de distribution avait été annulé. Concrètement, la diffusion de l'information en cause ne pouvant pas être considérée fautive, la rupture de plusieurs contrats par des anciens clients du distributeur ne pouvait alors être considérée comme un préjudice engendré par la conduite correcte du défendeur. La rupture contractuelle était donc une conséquence inévitable des décisions d'annulation du permis de distribution émises par l'autorité administrative compétente. La diffusion d'une information vraie, exacte et pertinente ne pouvait donc constituer ni une atteinte à l'image de l'opérateur concerné pas plus qu'être la cause des ruptures contractuelles subies par le distributeur. Les juges ont d'ailleurs pu estimer que certains rapports contractuels du distributeur ont été rompus par une cause autre que la diffusion des informations litigieuses. Voir, *Superintendencia de Industria y Comercio*, arrêt n° 21 du 9 novembre 2010, *Saat Andina S.A. c/ Bayer Cropscience S.A.*, publiée dans le site officiel de la SIC www.sic.gov.co Voir notamment pp. 8 à 10.

⁶⁶³ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 484.

⁶⁶⁴ Versailles, 9 sept. 1999, *D.* 2000, somm. p. 311, obs. Y. Serra.

être autrement car « les actes de discrédit », tel le terme utilisé à l'article 12 de la loi colombienne 256 du 15 janvier 1996, impliquent un noircissement de l'image de la victime. Aux termes de la loi, la diffusion d'une information fausse ou d'une information vraie mais inexacte ou non pertinente sur l'activité d'un opérateur, *ayant pour objet ou pour effet de discréditer l'activité ou les prestations d'un opérateur* doit être considérée déloyale⁶⁶⁵.

543.- L'atteinte portée à l'image d'un opérateur est en droit colombien l'élément révélateur de la déloyauté des actes de discrédit. En effet, aux termes de la jurisprudence colombienne, la diffusion par un opérateur d'une information fausse ou celle d'une information vraie mais non pertinente, est sanctionnée lorsqu'elle est « *apte à léser la bonne image, le bon nom ou la bonne réputation d'un opérateur sur le marché* »⁶⁶⁶. Ce texte sanctionne ainsi l'effet négatif, actuelle ou potentielle de la conduite incorrecte sur l'image de l'agent victime. L'usage ou la diffusion d'une information fausse ou erronée, la diffusion d'une information vraie mais non pertinente ou inexacte, ou l'omission d'une information vraie relative à l'activité développée par un opérateur ne constituent pas des actes de concurrence déloyale que s'ils ne portent pas une atteinte actuelle ou potentielle à l'image de l'opérateur victime. Ainsi, ce qui révèle le caractère déloyal de l'acte est le préjudice porté à l'image de la victime. Ce qui est sanctionné par le législateur colombien est l'effet négatif de la conduite sur l'image de l'opérateur victime.

544.- Cela étant, les juges colombiens réparent toujours ce préjudice par le biais de mesures de rectification de l'information diffusée, c'est-à-dire, par le biais de mesures de réparation en nature du préjudice moral subi (I). Dans des très rares cas, ils

⁶⁶⁵ Il est important de noter que l'atteinte à l'image subie par un opérateur n'est pas sanctionnée, et ne révèle donc la déloyauté de la conduite, lorsque l'information diffusée est vraie et pertinente. C'est-à-dire que l'atteinte à l'image subie par un opérateur du fait de la diffusion d'une information vraie et pertinente ne constitue pas un préjudice indemnisable en droit colombien de la concurrence déloyale. Il s'agit donc d'une atteinte à l'image d'autrui causée légitimement. Voir à titre d'exemple, Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 21 du 9 novembre 2010, *SAAT Andina S.A. c/ Bayer Cropscience S.A.* L'arrêt écrit est publié dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, année 2010.

⁶⁶⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 18-262513 du 15 février 2021, *Comunicación Celular Comcel S. A. c/ Logística Flash Colombia S.A et Oportunidad Flash Colombia S.A.S.*, précité.

ordonnent une indemnisation pécuniaire de l'atteinte à l'image (II). Lorsque l'atteinte à l'image a engendré des préjudices économiques à la victime, tel une diminution du chiffre d'affaires, une perte de clientèle ou la réalisation de déboursements, les juges octroient indemnisation de ces préjudices à la victime de la lésion (III).

I. La réparation en nature de l'atteinte à l'image subie par la victime d'un acte de dénigrement.

545.- Dans une décision récente, les juges colombiens ont constaté les actes déloyaux de dénigrement réalisés par un opérateur auprès d'un partenaire commercial du demandeur, distributeur exclusif sur le territoire national d'une marque de produits et de machines destinés à l'usage des pompiers. Lors de sa participation en tant que pollicitant dans un marché public, le défendeur s'était engagé à utiliser les produits et les machines distribués sous la marque du demandeur. L'offre du défendeur a été acceptée par l'Autorité publique, mais celui-ci s'est alors heurté à une hausse des prix des produits distribués par le demandeur. Ce là étant, le défendeur (pollicitant) a décidé d'envoyer au tiers partenaire commercial du demandeur plusieurs courriels dans lesquels il l'informait de ce que son distributeur détenait, selon lui, une position dominante sur le marché national et qu'il avait commis un abus de cette position en pratiquant une hausse démesurée des prix des produits distribués sous sa marque. Il avertissait en outre le tiers de ce que cette conduite allait conduire la marque à une perte considérable du marché sur le territoire national. Puisqu'aucune décision de l'Autorité de la concurrence n'avait pas constaté la position dominante du demandeur sur le marché, les juges ont estimé que le défendeur avait diffusé une information fausse et que cette information discréditait, auprès du partenaire commercial, l'activité exercée par le demandeur. La victime avait allégué avoir subi du fait de cette conduite, un préjudice de nature moral constitué par l'atteinte à son image et en demandait une indemnisation économique. Cependant, les juges ont estimé qu'aucune lésion à l'image du demandeur ne pouvait pas être constatée étant donné que le demandeur n'avait pas rapporté la preuve de la perte de clientèle qui aurait été engendrée par la conduite, pas plus que celle de la diminution de son chiffre d'affaires à la suite des actes de discrédit. Pour cette raison ils refusent de constater l'existence d'un préjudice « moral » subi par

la victime. Ceci veut dire que dans cette espèce, les juges colombiens ont assimilé le préjudice moral de l'opérateur au préjudice économique, autrement dit, ils ont estimé que l'atteinte à l'image d'un opérateur a une nature patrimoniale ou économique et qu'il doit se traduire dans une diminution du chiffre d'affaires, c'est-à-dire dans une diminution des gains, voire dans une perte effective de clientèle ou dans une perte subie (*daño emergente* ou « *dommage naissant* » de l'acte illicite) entendue comme des frais engendrés par l'acte déloyal. Cependant, malgré l'absence d'un préjudice économique subi par la victime du fait des actes, les juges ont constaté la déloyauté des actes portant discrédit à l'activité du demandeur, et ont ordonné le défendeur de rectifier, auprès du tiers partenaire commercial du demandeur, l'information dénigrante diffusée⁶⁶⁷.

546.- Cette mesure constitue en réalité une réparation en nature de l'atteinte subie par la victime sur son image. L'ordre faite à l'agent fautif de rectifier l'information dénigrante diffusée a, à notre avis, la fonction de réparer le discrédit jeté sur l'image du demandeur, c'est-à-dire qu'elle a pour fonction celle de réparer en nature la lésion effectivement subie sur son image par l'agent victime des actes (préjudice moral).

547.- Les juges colombiens ordonnent ce genre de mesures dans des nombreuses affaires. En effet, les actes de discrédit impliquent une mise illégitime en question du bon déroulement de l'activité économique menée par l'opérateur victime. Il s'agit sans doute d'un noircissement de l'image d'autrui absent de raisons sérieuses. C'est un noircissement malveillant qui attaque la bonne image d'autrui et qui peut entraver son activité économique. Si une telle attaque n'a pas toujours des effets économiques négatifs immédiats sur l'activité de la victime, la réalisation effective de tels effets demeure toujours latente. Un risque de préjudice économique, telle la perte d'une partie du marché par exemple, ou la perte de relations commerciales avec des partenaires (ce qui léserait indéfectiblement la capacité concurrentielle de la victime) existera toujours sauf à corriger, c'est-à-dire à tarir, la source de ce risque de préjudice économique. Autrement dit, les mesures de réparation en nature du préjudice moral subi par la

⁶⁶⁷ Voir à titre d'exemple, Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1036 du 13 juin 2017, *Ripel Proveduría y Construcciones S.A.S c/ Ferreteria Industrial S.A.S – Fisa*, la vidéo et l'acte de l'audience de jugement sont publiées dans le site officiel www.sic.gov.co -Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

victime des actes de dénigrement, c'est-à-dire de la lésion à son image, permettent de faire cesser le dommage subi par la victime. Elles permettent en outre d'estomper le risque de préjudice économique créé par les actes sanctionnés.

II. L'indemnisation en équivalent monétaire de l'atteinte à l'image subie par un opérateur du fait des actes de dénigrement.

548.- En dehors de la matière de concurrence déloyale, une ancienne décision de la chambre civile de la Cour de cassation colombienne admet l'existence du préjudice moral subi par les opérateurs économiques, personnes morales, constitué par l'atteinte à sa réputation ou à son image. Elle octroie à cette occasion l'indemnisation de ce préjudice en équivalent pécuniaire ou monétaire. Il s'agit en effet d'une décision rendue le 28 septembre 1937 par la chambre civile de la Cour de cassation colombienne qui, après avoir cassé l'arrêt attaqué et devenant juge du fond, octroie indemnisation par équivalent monétaire du préjudice moral subi par une société commerciale du fait d'une faute commise par son gérant. Engageant la société au-delà des limites prévues dans les statuts et tout en allant au-delà des limites de ses fonctions, le gérant avait fait porter caution à la société de la dette d'un tiers. Cela étant, la société a dû faire face à l'action engagée à son encontre par le créancier, en l'espèce une banque, qui cherchait à obtenir le recouvrement de la dette cautionnée. La société a alors agi en responsabilité civile à l'encontre du gérant en demandant à être indemnisée non seulement du préjudice économique constitué par le montant de la dette payée plus les intérêts, mais aussi du préjudice moral subi par la société constituée par la lésion portée à sa « bonne réputation commerciale » résultant de la voie d'exécution engagée à son encontre par la banque. En affirmant que les préjudices moraux peuvent être constitués par l'atteinte à l'honneur ou la réputation de la personne, la chambre civile décide d'octroyer indemnisation en équivalent pécuniaire du préjudice moral subi par la société constituée par la lésion de son « crédit commercial ». Elle octroie en outre

l'indemnisation du préjudice économique demandé constitué par le montant de la dette payée plus les intérêts⁶⁶⁸.

549.- Les juges français admettent l'indemnisation en équivalent monétaire de l'atteinte à l'image d'un opérateur par le fait d'un acte de concurrence déloyale. Il s'avère qu'en droit français, les juges invoquent parfois l'existence d'un « préjudice faut-il moral » de la victime d'un acte de concurrence déloyale, afin de constater le caractère déloyal de la conduite et aussi en appui des mesures de cessation du comportement illégitime⁶⁶⁹. Lorsqu'aucune indemnisation en équivalent monétaire du préjudice moral subi par la victime n'est octroyée par les juges, mais qu'ils ordonnent au responsable de cesser la conduite, il y a un tarissement de la source de l'entrave à l'activité économique de la victime⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ “Los daños morales se subdividen en dos categorías: 1ª- los que perjudican la parte social del patrimonio moral: honor, consideración, reputación, etc.: 2º - los que menoscaban la parte afectiva del patrimonio moral: sentimientos, afectos, pensamientos, etc. (...). Se observa que los perjuicios morales en este caso tienen su fuente en la culpa de Botta, por la extralimitación de sus funciones de gerente. (...) Para el avalúo de esos perjuicios morales, los peritos tendrán en cuenta que aquéllos, por voluntad de la demandante, se limitaron al daño consistente en el menoscabo del crédito que sufrió Carlo Pagnamenta & Cía., S.A., con motivo del secuestro de sus bienes en el juicio ejecutivo que le siguió el Banco de Bogotá.”: CSJ, Sala de Casación Civil, 28 sept. 1937, Magistrat rapporteur Juan Francisco Mújica ; Gaceta Judicial, t. XLV, n° 1923-1931, p. 758-763, la chambre civile étant composée par les magistrats suivants: Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Hernán Salamanca, Pedro León Rincón.

⁶⁶⁹ Voir, par exemple, Cass. com., 27 févr. 1996, D., 1997, somm. p. 104 obs. Y. Serra, « Il ne saurait être fait grief à une cour d'appel d'interdire à une société d'utiliser sous quelques forme que ce soit un nom patronymique susceptible de créer une confusion de nature à caractériser une concurrence déloyale, au prétendu motif que l'action en concurrence déloyale suppose établie l'existence d'un préjudice personnel et direct subi par le demandeur et dont il doit apporter la preuve, alors qu'il découle nécessairement des actes déloyaux constatés par la cour d'appel l'existence d'un préjudice, fut-il moral, pour le demandeur, résultant des procédés fautifs utilisés par une société concurrente. » ; adde, Cass. com., 9 février 1993, Bull. civ., IV, n° 53 ; Cass. com., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-16-984, Juridisc Lamy cass.

⁶⁷⁰ Pour le professeur Nicolas Dorandeu, l'ordre faite au responsable de cesser la conduite constitue plus une mesure tendant la suppression de l'illicite qu'une réparation en nature du préjudice concurrentiel subi par la victime : « *L'action en cessation du dommage concurrentiel est souvent présentée comme la mise en œuvre d'une réparation en nature du préjudice concurrentiel subi par la victime. Pourtant, il semble que la décision de cessation qui est prononcée soit, plus exactement, une mesure visant la suppression de l'illicite. Et, à ce titre, si l'on peut utiliser le terme de réparation en nature, il s'agit alors de la réparation du dommage au processus concurrentiel lui-même plutôt que de la réparation du préjudice concurrentiel individuel qui résulterait du trouble du fonctionnement concurrentiel sur le marché. La mesure de cessation qui est ordonnée vise essentiellement à organiser le rétablissement du fonctionnement normal du processus concurrentiel en supprimant le comportement illicite. Bien entendu, par voie de conséquence, le développement dans le patrimoine de la victime de la créance en réparation du préjudice concurrentiel illicite est arrêté.* » : Nicolas DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 361.

550.- Le professeur Nicolas Dorandeu explique à ce propos que « *les décisions qui font référence à la notion de préjudice moral s'expliquent soit par la sanction d'un préjudice patrimonial en devenir soit, plus fréquemment, par l'aspect punitif de la responsabilité concurrentielle* »⁶⁷¹. Cette position est aussi soutenue par le professeur Philippe le Tourneau⁶⁷². En effet, pour cet auteur, le préjudice subi par un opérateur économique par le fait d'un acte de concurrence fautif, est par essence un préjudice patrimonial de sorte que la variété des préjudices allégués par les défenseurs et indemnisés par les juges dans le cadre du droit de la concurrence correspond en réalité à des préjudices de nature patrimonial ou économique.

551.- Une atteinte à l'image de marque peut avoir lieu à la suite de plusieurs comportements déloyaux. Tel que le professeur Nicolas Dorandeu l'explique, en matière d'imitation l'on peut évaluer sans trop de difficultés le montant des investissements endommagés du fait d'une imitation de produits ainsi que le montant des investissements à réaliser pour corriger les effets de l'imitation. Cependant, il est plus difficile de mesurer la dépréciation de l'image de l'opérateur victime d'une imitation. « *Ainsi, pour l'évaluation de la perte subie, la victime peut fournir au Tribunal la preuve des investissements publicitaires effectués dans les années passés pour soutenir l'image du produit ou de la marque, accompagnée du montant des frais de mise au point ou, encore, des frais de référencement. (...) De même, pour le futur, il est possible de fournir des devis pour permettre au juge de mesurer les coûts de publicité supplémentaires pour corriger les effets de l'atteinte. En revanche, pour permettre au juge de mesurer réellement la perte d'image en elle-même, la victime se trouve généralement en difficulté. Même si elle peut fournir, comme le suggère un auteur qui propose une méthode d'évaluation, des enquêtes de notoriété qui encadrent*

⁶⁷¹ « En accordant la réparation d'un préjudice moral à la victime les juges sanctionnent le comportement répréhensible de l'auteur du délit. Ce qui aboutit souvent au paiement de dommages-intérêts qui sont en fait la manifestation d'une véritable peine privée » : Nicolas DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 299.

⁶⁷² Ph. LE TOURNEAU, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », dans *Colloque droit et marché, RTD com.*, 1998, p. 83. Voir aussi à ce sujet, V. WESTER-OUISSSE, « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP*, I, 145, n° 26, 25 juin 2003, p. 1189.

*dans le temps l'atteinte afin de constater l'évolution de la perception du public »*⁶⁷³. Ainsi, les juges français indemnisent par exemple l'atteinte à l'image de marque d'un montre célèbre⁶⁷⁴.

III. L'indemnisation des préjudices économiques subis par un opérateur à la suite d'une atteinte à son image.

552.- L'atteinte actuelle ou potentielle de l'image d'un opérateur peut engendrer de frais en pure perte ou bien la perte de gains. En faisant douter les clients, les salariés ou les partenaires commerciaux de la confiance qu'ils peuvent porter sur l'entreprise victime, les actes de discrédit ou de dénigrement peuvent effectivement engendrer une perte de clientèle et donc une diminution des gains, une perte ou une fragilisation ou bouleversement des relations commerciales de l'opérateur victime avec des tiers, toute comme la déstabilisation de l'entreprise par la perte systématique de ses salariés, ou la perte ponctuelle de ses salariés les plus performants. L'atteinte portée à l'image d'un opérateur par les actes de discrédit peut aussi conduire la victime au déboursement de frais afin de conjurer la crise, tels par exemple des licenciements, l'engagement de campagnes de recrutement de salariés nouveaux ou de campagnes de publicité.

553.- Tel a été le cas par exemple, d'une décision des juges colombiens sanctionnant le discrédit jeté par un opérateur sur l'activité d'un ancien partenaire ayant eu par conséquence la non-conclusion de divers contrats de vente d'un logiciel informatique

⁶⁷³ Nicolas DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 401.

⁶⁷⁴ Com. 22 oct. 2002, n° 00-12.914, *société Cartier contre société Métro*, approuvant la cour d'appel d'avoir condamné le défendeur au paiement de 500.000 francs à titre d'indemnisation du préjudice subi par le demandeur constitué par l'atteinte à l'image de marque de la montre commercialisée : « *Mais attendu que l'arrêt relève que l'objet copié est une montre de haute renommée, ayant un pouvoir attractif et prestigieux ; que l'arrêt, qui estime que l'offre faite par la société Métro à sa clientèle d'une copie servile de la montre Tank dans les conditions dénoncées porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie, la rabaissant au rang de simple "gadget publicitaire", a pu décider qu'un tel usage, en ce qu'il affectait l'image, qualifiée de prestigieuse, d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautif ; que le moyen n'est pas fondé ; ».*

et sur lesquels existait déjà un principe d'accord entre les parties. Pour les juges, l'acte déloyal de dénigrement ou de discrédit, commis par l'ancien distributeur de la société victime était caractérisé d'une part, par l'envoi de lettres aux potentiels clients de ladite société dans lesquelles il mettait en cause la loyauté de celle-ci. L'ancien distributeur avertissait en effet les potentiels clients de la victime de la fausse existence d'un litige autour des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel offert par la victime. Il conseilla alors vivement les potentiels clients de ne pas acheter le logiciel. D'autre part, les juges ont relevé l'influence effective que ces communications ont eu sur la décision des potentiels clients de ne pas contracter avec la société victime. En effet, pour l'un d'entre eux, les juges ont pu constater qu'après avoir réalisé un appel d'offres pour l'achat du logiciel, le potentiel client, en l'espèce une banque, avait sélectionné la société victime pour lui acheter le logiciel proposé par celle-ci. Cependant, la banque s'est rétractée de sa décision après avoir reçu la communication envoyée par l'ancien distributeur de la société. Dans d'autres cas, les potentiels clients de la société victime se sont abstenus d'acheter le logiciel en question en vertu de lettres reçues de la part de l'ancien distributeur. Dans les hypothèses, les clients ont expressément mentionné, auprès de la victime, lesdites lettres pour fonder leur volonté de ne pas contracter avec celle-ci. Dans leur décision, les juges colombiens ont estimé que l'information fautive avait entravé l'activité économique de la victime laquelle avait subi un préjudice économique constitué par la perte de chance d'obtenir les gains envisagés du contrat frustré avec la banque et pour lequel la société victime avait effectivement été sélectionnée par celle-ci⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ “ (...) no es suficiente con que se produzca una difusión o realización de una manifestación, sino que se hace necesario ‘que exista un elemento de potencialidad, un riesgo o peligro, que no es otro que con el despliegue actuarial de las mismas se potencie o facilite el menoscabo del crédito del tercero en el mercado’, lo que implica que, para lo que aquí importa, las comunicaciones enviadas por Predimarket Ltda. al Banco Sudameris, amén de carecer de soporte y veracidad, hubieren resultado aptas para impedir la consolidación de la relación contractual que estaba por nacer entre la citada entidad financiera y La Organización Profesional Cooperativa por el descrédito que ella originara y, en adición, que lo aducido por la demandada en la acción principal tuviera la connotación de pública, esto es, que resultaran de libre acceso para los involucrados. (...) las comunicaciones se deben considerar públicas por cuanto se realizaron ‘a determinadas personas en concreto’, así como, ‘en el seno de un determinado colectivo’, específicamente a los Bancos que forman parte del sistema financiero, situación que puede configurar ‘riesgo o peligro’ para los demandantes en virtud que parte de su mercado potencial se circunscribe a las citadas entidades.(...) la manifestación efectuada por Pedrimarket Ltda. al banco Sudameris además de realizarse en contra del sujeto activo y trasladarse al público destinatario de las ofertas de la parte actora, resultaron creíbles, al punto que produjeron una afectación a los demandantes que no se advierte justificada debido a que a lo largo de la actuación no se demostró que fueran pertinentes y verdaderas. (...) se advierte que sin respaldo suficiente, las afirmaciones de la pasiva gozaron de ‘actitud suficiente para provocar el menoscabo de la empresa’ situación que se vio reflejada

554.- Dans une autre décision⁶⁷⁶, les juges colombiens ont constaté les actes de discrédit commis par un cabinet d'avocats à l'encontre d'un de ses concurrents à travers notamment la diffusion d'information dénigrante sur les services professionnels fournis par le demandeur. Cette atteinte portée à l'image du cabinet victime a conduit celui-ci au déploiement d'un effort considérable en temps et en argent afin d'empêcher la perte de clientèle. Ces efforts ont consisté notamment dans une campagne publicitaire et commerciale menée sur une période de deux mois, aux fins d'assurer, auprès de ses actuels ainsi que de ses potentiels clients, la bonne qualité de ses services juridiques. Les juges ont estimé que le demandeur avait subi une atteinte à son image et ont estimé que ce préjudice était de nature extrapatrimonial (préjudice moral). Ils ont de ce fait ordonné le défendeur d'indemniser la victime des frais engagés dans la campagne publicitaire déployée en vue de rétablir sa bonne image. Les juges ont en outre ordonné le défendeur de diffuser une information rectificative et ce par les mêmes voies que celles utilisées pour diffuser l'information dénigrante.

Conclusion du Titre 1.

555.- Le préjudice subi par un opérateur économique du fait d'une entrave à son activité particulière sert à révéler les fautes en matière économique. Ceci a été constaté tant en matière des pratiques anticoncurrentielles aussi bien que dans le domaine des fautes de concurrence déloyale. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, nous avons en effet analysé, à travers l'étude des diverses affaires issues du droit colombien, français et communautaire, la manière dont l'entrave subie par un agent dans le développement de

en la no suscripción del contrato del extremo demandante con el Banco Sudameris y en la pérdida de la ganancia esperada por parte de los demandantes. Ciertamente, las declaraciones que realizó el señor Juan Antonio Acevedo Melo, Director II de Procesamiento de Datos y Custodia del Banco Sudameris y la señora Pastora Muñoz de Quijano Gerente de Organización y Métodos del Banco Popular -tal como se dijo en los hechos probados 2.1.12 y 2.1.15-, desacreditaron a los demandantes en el mercado, a tal punto que frenaron el perfeccionamiento del contrato con Sudameris y también afectó la relación con el Banco Popular.”: Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1451 du 12 décembre 2011, OPC et autres c/ Predimarket Ltda. La decisión a été publiée dans le site officiel de la www.sic.gov.co.

⁶⁷⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 3088 du 26 décembre 2016, *Bela Venko Abogados S.A.S c/ Vinnuretti Abogados S.A.S.*, la vidéo et l'acte de l'audience de jugement ont été publiées dans le site web officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

son activité économique individuelle participe, à côté d'autres éléments, à la révélation notamment de la pratique anticoncurrentielle qui est l'abus d'une position de domination. Dans ce contexte, le préjudice économique sert aux fins des droits *antitrust* français, communautaire et colombien tant il permet l'exercice d'une police du marché par les agents économiques. En ce qui concerne la concurrence déloyale, nous avons démontré, à travers l'étude de plusieurs décisions françaises et colombiennes, comment le préjudice subi par un opérateur à la suite de l'entrave portée sur son activité permet de révéler le caractère fautif de certains comportements. En effet, nous avons démontré d'une part, la manière dont le préjudice de l'opérateur victime révèle en droit français les pratiques déloyales entre entreprises qui sont l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné ou sans contrepartie, les déséquilibres dans les droits et obligations des parties et la rupture brutale de relations commerciales établies. Nous avons aussi démontré à cette occasion comment les législateurs français et colombien prennent en compte l'entrave portée à l'activité économique de l'agent pour sanctionner la cessation du contrat d'agence commerciale. D'autre part, nous avons démontré à travers l'étude de plusieurs affaires, comment les préjudices constitués par la perte de clientèle et par l'atteinte à l'image d'un opérateur, servent aux juges français et colombiens pour établir le caractère déloyal de plusieurs comportements concurrentiels.

556.- La révélation de certaines fautes en matière économique par l'entrave subie par un agent sur son activité conduit parfois les juges français et colombiens à mettre en place des méthodes d'appréciation allégée du préjudice subi par la victime. Ceci est notamment le cas en matière de concurrence déloyale. Ces méthodes d'appréciation souple du préjudice se distinguent d'autres méthodes d'évaluation rigoureuse. Ils sont propres à la matière économique. Nous étudierons alors à continuation ces questions.

Titre 2. Les méthodes d'évaluation du dommage propres à la matière économique.

557.- Le constat tenant à la révélation de certaines fautes économiques par l'entrave subie par un agent sur son activité économique, conduit les juges français et colombiens, aussi que le législateur des deux pays, à mesurer la lésion subie par un agent sur son activité économique, en recourant à des méthodes ou des techniques d'évaluation particulières. Il s'agit de méthodes d'évaluation du préjudice propres au domaine économique ou des affaires, qui prennent en compte non seulement la dynamique des rapports entre les divers agents, mais aussi la dynamique propre du marché dans lequel la faute et le préjudice ont lieu. Ainsi, évaluer un préjudice économique n'est donc que « *très rarement une chose simple mais constitue le plus souvent un travail de recherche ou de création* »⁶⁷⁷.

558.- Un auteur français a pu affirmer à ce propos que « *le pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond peut permettre l'évaluation la plus précise du préjudice économique, mais il peut aussi malheureusement conduire à l'injustice si le juge abdique devant la difficulté. Face à ce constat, la jurisprudence alterne entre floue et rigueur* »⁶⁷⁸. En effet, les méthodes d'évaluation du préjudice économique auxquels font recours les juges colombiens et français se traduisent parfois dans l'allègement de l'appréciation du préjudice économique dont l'indemnisation est recherchée (**Chapitre 1**). Cependant, plusieurs éléments économiques et juridiques s'offrent au droit de la responsabilité civile aux fins d'assurer une appréciation rigoureuse du préjudice résultant d'une entrave illégitime d'une activité économique. En particulier des considérations d'ordre comptable ou économétriques peuvent y contribuer. Alors il y a une indemnisation stricte du préjudice. (**Chapitre 2**).

⁶⁷⁷ F. BOUCHON (expert agréé par la Cour de cassation française), *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, 2002, cité par Frédéric BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz, chronique Responsabilité civile, n° 24, p. 1861.

⁶⁷⁸ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chron. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1861.

Chapitre 1. L'appréciation allégée du préjudice économique par le recours aux données économiques du fait générateur.

559.- Nous avons vu plus haut comment dans certains domaines, notamment en matière de cessation du contrat d'agence commerciale et de rupture brutale de relations commerciales établies, les législateur français et colombiens mesurent le préjudice économique subi par l'agent délaissé par le biais d'indemnités forfaitaires dans lesquelles l'appréciation du préjudice ainsi que le lien de causalité sont allégées. Or, cet allègement se retrouve en jurisprudence dans l'appréciation de ces deux conditions de la responsabilité lorsqu'elle recourt aux données économiques du fait générateur pour mesurer le préjudice économique subi par un opérateur victime d'une faute de concurrence déloyale.

Section 1. L'allègement dans l'appréciation du préjudice économique de la victime par le recours aux techniques de chiffrage des bénéfices induit obtenus par le responsable.

560.- Une nouvelle méthode de mesure du préjudice économique subi par un opérateur s'est fait un chemin au cours des deux dernières décennies dans les droits colombien et français de la concurrence déloyale. En effet, c'est par le biais du chiffrage des bénéfices économiques que l'agent « indélicat » a encaissé grâce à la faute de concurrence encourue, que les juges évaluent le préjudice subi par un autre agent, victime du comportement fautif.

651.- Cette manière de mesurer la lésion portée à l'activité économique d'un agent obéit à la prise en compte, par le droit de la responsabilité civile, de la dynamique propre du marché dans lequel la conduite fautive a eu lieu. Le professeur français Nicolas Dorandeu a pu expliquer à ce propos que les fautes de concurrence déloyale

impliquent en réalité un détournement illégitime des valeurs concurrentielles d'un agent participant sur le marché vers un autre. Ce détournement des valeurs ou de substance constitue, selon le professeur Dorandeu, un « *dommage concurrentiel microéconomique* ». La faute de concurrence déloyale est donc qualifiée, selon le professeur Dorandeu, par un détournement illégitime d'une valeur concurrentielle d'un opérateur vers un autre⁶⁷⁹. Cela étant, l'obtention par un agent d'un avantage ou d'un bénéfice sur le marché à travers la violation des règles encadrant l'exercice de son activité économique implique une mise en désavantage des concurrents respectueux des règles transgressées. Les opérateurs respectueux des règles du jeu, concurrents du transgresseur, voient dès lors leur capacité concurrentielle illégitimement entravée (**Paragraphe 1**). Cependant, l'évaluation par les juges du préjudice économique subi par un agent victime d'une faute de concurrence à travers le chiffrement des bénéfices indument obtenus par un opérateur implique souvent un assouplissement dans l'évaluation du préjudice enduré par l'entreprise victime. Comme en vertu du principe de la réparation intégrale du préjudice, la victime, opérateur économique, doit être placée, par le biais de l'intervention de la responsabilité civile, dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute de concurrence n'avait pas eu lieu ; les juges français et colombiens ont parfois pu entendre que le concurrent respectueux des règles violées aurait certainement pu obtenir, en l'absence de la faute de concurrence déloyale, les mêmes gains que ceux indument obtenus par le responsable grâce à la faute. Cette manière de raisonner n'est pas toujours en accord avec la certitude du préjudice indemnisé. La mise en œuvre des techniques envisagées implique un allègement dans l'appréciation du caractère certain du préjudice économique indemnisé, voire une mesure imparfaite du préjudice subi par la victime (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La violation, par un agent, des règles encadrant l'exercice de son activité économique implique souvent un désavantage compétitif

⁶⁷⁹ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 285.

pour les concurrents loyaux : le déplacement indu des valeurs concurrentielles.

562.- Une partie de la doctrine et de la jurisprudence française a pu expliquer que la qualification de la faute de concurrence déloyale se fonde sur le « *trouble concurrentiel* » qu'elle comporte. Pour le professeur Nicolas Dorandeu, ce trouble concurrentiel peut être défini, en matière de concurrence, comme la « *modification injustifiée de la capacité concurrentielle d'un opérateur* » par le recours à des moyens autres que le mérite ou la performance effective de l'entreprise ou de l'opérateur fautif sur le marché concerné⁶⁸⁰. Faute et préjudice apparaissent alors ici comme des notions qui s'enchevêtrent, qui se nourrissent mutuellement, tant le préjudice sert à révéler et à qualifier la faute de concurrence déloyale. L'agent fautif ou « indélicat » réussit ainsi un gain d'efficacité concurrentielle, un avantage compétitif sur le marché, grâce au détournement indu d'une valeur concurrentielle.

653.- En effet, le professeur français Nicolas Dorandeu explique que cette situation de déplacement indu d'une valeur concurrentielle se confirme notamment dans les actes de parasitisme ou de confusion où le concurrent fautif fait une économie d'investissement « *en ne créant pas ex-nihilo une image de marque qui lui soit propre, ou, en ne mobilisant pas des capitaux de plus en plus importants pour ses activités de recherche et développement* ». Le gain ou l'avantage obtenu par l'opérateur fautif se confirme aussi lorsqu'il cherche à affaiblir la capacité ou le potentiel compétitif de ses concurrents « *en proférant des propos dénigrants, ou en provoquant leur désorganisation dans l'espoir qu'il s'ensuivra une répercussion favorable sur son activité* »⁶⁸¹. Aussi, monsieur Dorandeu explique que l'avantage concurrentiel obtenu de manière indu par l'agent fautif permet, d'une part, de qualifier la faute de concurrence déloyale par le recours à un élément objectif constitué par l'atteinte effective au processus concurrentiel microéconomique – ce qu'il nomme « *dommage microéconomique* » - et non par référence à des standards juridiques telle la loyauté ou

⁶⁸⁰ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 285 et s.

⁶⁸¹ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presse Universitaires de Perpignan, 2000, n° 285.

l'honnêteté⁶⁸². D'autre part, cet avantage obtenu indûment par un opérateur permet de constater la réalité du préjudice subi par un concurrent qui s'est vu privé, par le fait de la faute, d'améliorer, de développer ou de sauvegarder la position qu'il détenait sur le marché avant la réalisation du comportement concurrentiel fautif.

564.- Très récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a affirmé que le non-respect, par un opérateur, d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale, induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur, ce qui constitue, selon la Cour, un acte de concurrence déloyale⁶⁸³. Cette jurisprudence s'accorde parfaitement avec la pensée doctrinale que l'on vient d'expliquer et qui conçoit l'atteinte au processus concurrentiel microéconomique comme l'élément permettant de qualifier la faute de concurrence déloyale.

565.- En droit colombien, nous avons expliqué plus haut comment la loi 256 du 15 janvier 1996⁶⁸⁴ sanctionne, au titre de la concurrence déloyale, plusieurs conduites des acteurs économiques et comment l'interdiction de telles conduites se fonde parfois sur l'atteinte qu'elles portent, actuelle ou potentiellement, à l'activité économique individuelle d'autrui (*processus concurrentiel microéconomique* dans les mots du professeur Nicolas Dorandeu). L'entrave subie par un opérateur sert en effet souvent à révéler la faute de concurrence déloyale. Or, le législateur colombien de 1996 a voulu sanctionner de manière expresse à l'article 18 de la loi 256 l'obtention, par un agent, d'un avantage concurrentiel *significatif* sur le marché, au détriment de ses concurrents,

⁶⁸² « (...) l'ordre public économique ne légitime le gain d'un avantage concurrentiel par une entreprise sur le marché que dans la mesure où ce dernier découle du mérite de l'entreprise. Le postulat de l'ordre public économique étant que dans ce cas le gain pour l'entreprise provient d'un gain d'efficacité économique dont profite l'ensemble de la société. Tout au contraire, lorsqu'un opérateur se procure un avantage concurrentiel indu, ce comportement est un détournement manifeste du processus concurrentiel puisque le concurrent dans la recherche de son intérêt particulier néglige la finalité du système concurrentiel. Dans ce contexte, la mise en évidence de cette modification induite de la capacité concurrentielle de l'auteur du comportement supposé délictuel est un élément important de la qualification de la faute de concurrence. C'est ce trouble concurrentiel qui caractérise l'anormalité du comportement, et qui, en fin de compte, légitime la restriction de la liberté concurrentielle de l'opérateur fautif (...) Ce critère objectif tempère les inconvénients de l'utilisation comme critère de l'anormalité des comportements les références aux usages et à la morale des affaires » : N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presse Universitaires de Perpignan, 2000, n° 285.

⁶⁸³ Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414, Société Creative commerce Partners c/ Société MV.

⁶⁸⁴ Loi 256 du 15 janvier 1996, publiée dans le *Diario Oficial* no. 42.692, du 18 janvier 1996.

par le biais de l'infraction d'une norme différente de celles contenues dans la loi 256⁶⁸⁵. Il doit s'agir, selon la jurisprudence colombienne, d'une norme « *régissant le comportement concurrentiel des opérateurs* »⁶⁸⁶.

656.- La violation par un concurrent de ce genre des normes se traduit dans une prise illégitime d'un avantage concurrentiel sur le marché. En effet, tel qu'un auteur colombien a pu expliquer, si une entreprise décide par exemple de ne pas payer d'impôts, cette situation implique automatiquement une diminution des coûts de revient des produits ou des services qu'elle offre sur le marché, ce qui la place dans une situation de concurrence plus avantageuse face aux concurrents qui, respectueux des normes, décident de payer leurs impôts⁶⁸⁷. Le préjudice de l'opérateur respectueux des normes encadrant l'exercice de l'activité économique résulte donc de la « *rupture de l'équilibre, [par le concurrent malin], dans le jeu normal de la concurrence sur le micromarché où agissent les opérateurs concernés* »⁶⁸⁸. En effet, en l'absence de l'infraction, l'opérateur scrupuleux aurait certainement pu réaliser des gains plus importants ou continuer à améliorer sa capacité concurrentielle dans les termes imposés par la loi. Ainsi, l'obtention d'un avantage concurrentiel significatif par un concurrent grâce à la violation des normes encadrant l'activité économique permet à l'opérateur malin de se placer indument, dans le marché concerné, au-delà de ses concurrents. C'est à quoi fait référence l'article 18 de la loi colombienne sur la concurrence déloyale lorsqu'il sanctionne la violation d'une norme toujours que ladite transgression ait

⁶⁸⁵ Artículo 18. Violación de normas. “Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.

⁶⁸⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1462 du 13 décembre 2011, *EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se succédant dans les droits processuels à Orbitel S.A. E.S.P. c/ Consumer S.A.*, p. 7, publiée dans le site officiel de la Superintendencia.

⁶⁸⁷ “Si una empresa decide no pagar los impuestos reglamentarios esta situación automáticamente disminuiría sus costos poniéndola en una mejor situación competitiva frente a otras que sí cumplen con la reglamentación vigente”: F. JIMÉNEZ VALDERRAMA, *Derecho de la competencia*, 1^{re} éd., Éditions Legis, Bogotá, 2019, p. 116.

⁶⁸⁸ Expliquant le fondement de l'interdiction des pratiques discriminatoires dans l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, le professeur Nicolas Dorandeu affirmait que « *cette condition de démonstration d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence a pour objet la mise en évidence d'une rupture d'équilibre dans le jeu normal de la concurrence sur les micro-marchés où agissent les différents opérateurs concernés* » : N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 278.

permis à l'agent fautif d'obtenir un *avantage concurrentiel significatif au détriment des autres concurrents sur le marché*.

567.- Le principe de la réparation intégrale exige de placer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas eu lieu. Si l'avantage concurrentiel obtenu par l'agent transgresseur grâce à la violation des règles encadrant et limitant l'activité économique n'est pas légitime, cela implique que la partie du marché gagnée illicitement par le fautif aurait pu être obtenue ou atteinte par un autre concurrent dans le cadre d'une concurrence licite. Les concurrents honnêtes auraient au moins eu la chance de conquérir ou de préserver, dans le cadre d'une concurrence loyale ou licite, la partie du marché illégitimement atteinte. Il s'agit donc de déterminer si le concurrent loyal, demandeur à l'action, aurait, en l'absence de la faute, *certainement* conquis ou préservé la totalité ou une partie du marché indument conquis par le concurrent « indélicat ». Si tel avait été le cas, la victime doit être indemnisée de la totalité des gains qu'elle aurait pu réaliser en l'absence de l'infraction. Ou d'une partie de ceux-ci. Ceci implique de raisonner en termes des réelles possibilités de l'agent loyal : est-ce que le concurrent scrupuleux aurait, en l'absence de la faute, eu la *possibilité* de conquérir ou de préserver, dans le cadre d'une concurrence loyale ou licite, la totalité ou un segment du marché indument conquis par l'agent fautif ? Le passage de l'indemnisation de la perte d'une chance de réaliser des gains à celle de la perte des gains attendus dépendra, en matière de concurrence, des probabilités que l'agent loyal avait, avant la réalisation de la faute, de conquérir la totalité ou une partie du marché indument obtenu par le responsable. La mesure des gains perdus par l'opérateur scrupuleux à la suite de la transgression par un autre opérateur d'une règle régissant l'activité économique concernée, par le biais du chiffrage des gains encaissés par le responsable grâce à la faute, se fonde alors sur l'appréciation alléguée du préjudice économique de l'agent victime dès lors que les juges se rapportent aux gains indument obtenus par le fautif et non aux gains que la victime aurait effectivement obtenus en l'absence de l'infraction. Cela étant, ce mécanisme d'évaluation du préjudice économique de l'agent constitue souvent une forme d'allocation des dommages et intérêts punitifs venant sanctionner la conduite fautive encourue.

568.- Le déplacement indu d'une valeur concurrentielle de l'opérateur loyal vers l'opérateur malin doit alors être constaté par le juge. Le « déplacement de substance » opéré par l'agent fautif permet donc aux juges de constater la réalité du préjudice subi par un agent, c'est-à-dire de mesurer la portée de l'atteinte ou de l'entrave portée indûment à son activité économique par le fait du comportement concurrentiel fautif⁶⁸⁹. Cela étant, si les juges peuvent constater la portée ou les effets des actes de concurrence déloyale sur l'entreprise victime à travers la vérification de l'obtention d'un avantage indu par le concurrent fautif, la mesure stricte du préjudice réellement subi par la victime doit se fonder sur les données économiques ou les éléments économiques propres à l'activité économique lésée. Ainsi, la stagnation ou la diminution de la capacité concurrentielle de la victime, tout comme la croissance ou le développement de la capacité concurrentielle de la victime à une vitesse ou dans une proportion inférieure ou moindre à celle attendue ou espérée en l'absence de la faute de concurrence (aussi, la perte de toute possibilité de conquérir un marché), comparée au développement effectivement atteint par l'entreprise fautive pendant ou après la réalisation de la faute, permettront aux juges d'établir la faute. La mesure stricte de la portée de l'atteinte subie par l'opérateur économique sur son activité sera réussie grâce à l'analyse des données économiques issues de son activité. C'est constater que ce mode d'évaluation du préjudice allège la preuve de la faute.

569.- Cependant, les juges colombiens et français recourent à la technique du chiffrage des bénéfices obtenus par le responsable grâce à la réalisation du comportement concurrentiel fautif, afin de mesurer le préjudice économique subi par l'opérateur victime.

Paragraphe 2. Les techniques utilisées.

570.- C'est notamment en matière de concurrence déloyale et des pratiques restrictives de la concurrence⁶⁹⁰, que les juges français et colombiens mesurent le préjudice

⁶⁸⁹ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, PU de Perpignan, 2000, n° 286 et 292.

⁶⁹⁰ Ces dernières ayant été intégrées, depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 (portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de

économique subi par un concurrent, préjudice économique constitué notamment par les gains manqués, en recourant au chiffrage des bénéfices (gains et économies) réalisés par un concurrent grâce à une faute de concurrence déloyale.

571.- Cette hypothèse suppose souvent que l'opérateur victime et l'agent fautif (qui a retiré des bénéfices de l'acte fautif) se trouvent dans un rapport de concurrence directe, mais il ne s'agit pas d'une condition nécessaire.

572.- Lorsque les juges mesurent le préjudice subi par un opérateur par le recours au chiffrage des gains obtenus indument par un agent, ils raisonnent de la manière qui suit : est-ce qu'en l'absence de l'acte concurrentiel déloyal le demandeur aurait certainement amélioré ou conservé sa capacité concurrentielle sur le marché dans lequel l'opérateur a obtenu de manière indue un avantage compétitif ? L'opérateur loyal aurait – il eu au moins, en l'absence de la faute de concurrence, la chance de développer son entreprise dans le secteur du marché obtenu de manière illégitime par l'agent fautif ? Dit dans d'autres termes, les juges se posent la question de savoir si l'acte concurrentiel fautif a permis au concurrent de capter une partie du marché auquel il n'aurait certainement pas accédé en vertu de ses seules performances compétitives (capacité concurrentielle). Si la réponse à cette question est négative, les juges doivent alors rechercher si, en absence de la faute, cet avantage obtenu indument par l'opérateur incorrect, aurait certainement profité au demandeur. Pour répondre à cette question, les juges doivent évaluer la position de la victime sur le marché concerné, avant et après la réalisation de la faute.

573.- Il s'agit donc de savoir si le concurrent fautif a capté illicitement une partie du marché dont la conquête intéresse aussi à la victime. Cette conquête doit non seulement intéresser à la victime, mais aussi, et surtout, être à la portée de sa capacité concurrentielle avant la réalisation de la faute. Les juges mesureront alors l'entrave à la capacité concurrentielle d'un opérateur, voire la modification indue de celle-ci, par le recours aux gains obtenus par un opérateur grâce à la réalisation de l'acte

concurrence et aux autres pratiques prohibées, publiée dans le Journal Officiel n° 0097 du 25 avril 2019), à côté d' « autres pratiques prohibées », dans le chapitre II « Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises » du titre IV du livre IV « De la liberté des prix et de la concurrence ».

concurrentiel fautif. Les juges français et colombiens mesurent ainsi parfois, en matière de concurrence déloyale, le préjudice de la victime par le recours du chiffrage des gains (I) mais aussi des économies (II) réalisés par un opérateur grâce à la réalisation de la faute.

I. La mesure du gain manqué subi par un opérateur par le recours au chiffrage des gains obtenus indument par l'opérateur fautif.

574.- La victime a pu avoir subi, à la suite ou simultanément à la réalisation de la faute de concurrence, soit une diminution avérée de ses gains, soit une stagnation ou même une augmentation de ses bénéfices sur le marché où l'agent fautif a pu réaliser les siens mais moindre que celle qu'elle escomptait. Dans les trois situations, il est possible que l'avantage concurrentiel obtenu indument sur le marché par l'opérateur fautif soit la cause effective de la diminution des gains de la victime, de la stagnation de son activité, ou de la non-obtention de gains supplémentaires⁶⁹¹. Cette méthode d'évaluation est utilisée dans le domaine de l'action en concurrence déloyale notamment par les juges colombiens (A), aussi bien que dans le domaine de la concurrence illicite ou des pratiques restrictives de la concurrence, ceci notamment en droit français (B).

A. La mise en œuvre de la technique par les juges colombiens en matière de concurrence déloyale.

575.- En droit colombien, les juges ont appliqué à plusieurs reprises la méthode d'évaluation du préjudice d'un opérateur victime d'un acte de concurrence déloyale par le recours au chiffrage des gains réussis par l'infracteur grâce à son comportement

⁶⁹¹ « Le préjudice certain, c'est bien souvent celui qui est tellement vraisemblable que le droit le prend en considération ; le préjudice éventuel, celui qui est tellement éventuel qu'on ne peut le prendre en considération ». H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., 1965, n° 216.

délictuel. Ils appliquent en effet parfois cette méthode en vertu de l'article 18 de la loi 256 du 15 janvier 1996⁶⁹² qui sanctionne l'obtention, par un agent, d'un avantage concurrentiel significatif à l'égard de ses concurrents sur le marché grâce à la violation d'une norme (1). Cependant, les juges colombiens ont aussi parfois appliqué cette méthode d'évaluation en dehors des dispositions de l'article 18 de la loi 256 (2).

1. Le recours à cette méthode par les juges colombiens lors de l'hypothèse prévue à l'article 18 de la loi 256.

576.- Aux termes de l'article 18 de la loi 256 du 15 janvier 1996⁶⁹³ « *est considéré déloyale l'obtention par un agent d'un avantage concurrentiel significatif sur les autres participants sur le marché à travers la violation des normes* »⁶⁹⁴. Et l'article 21 de la même loi donne droit à agir en concurrence déloyale à l'agent dont les intérêts économiques ont été lésés par le fait d'un acte concurrentiel déloyal⁶⁹⁵.

577.- Il s'agit la plupart du temps des concurrents directs de l'auteur de l'infraction. Si lors de la mise en œuvre de cette méthode de chiffrage des gains obtenus par le concurrent indélicat les juges tiennent compte, outre des données économiques issues de la faute encourue (gains économiques effectivement encaissés par l'infracteur grâce à la violation d'une règle), des données relatives à l'activité économique lésée (telles par exemple le taux effectif de participation sur le marché de la victime avant la réalisation de la faute), l'appréciation du préjudice par le biais de cette méthode manque de rigueur.

⁶⁹² Loi déjà citée plus haut.

⁶⁹³ Précité.

⁶⁹⁴ Il doit s'agir d'une « règle juridique », c'est-à-dire d'une norme appartenant au système juridique. Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 5525 du 27 février 2003, publiée dans le site officiel de la Superintendencia.

⁶⁹⁵ Article 21 de la loi 256 du 16 janvier 1996 : “LEGITIMACIÓN ACTIVA. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley (...)”.

578.- Dans une décision rendue en 2018 concernant la violation par un opérateur prestataire du service de transport public de personnes, des normes établissant un nombre maximal de passagers à transporter ainsi qu'un nombre maximal de véhicules utilisés par chaque opérateur pour couvrir le trajet concerné, les juges colombiens après avoir chiffré les gains indument obtenus pendant la période pendant laquelle l'infraction a eu lieu, ont appliqué sur ce chiffre, le pourcentage du marché détenu par le demandeur avant l'infraction, en l'espèce 39%, ceci afin de mesurer le gain manqué subi par celui-ci⁶⁹⁶. C'est dire que les juges ont estimé que les gains perdus par la victime s'élevaient au 39% des gains indument obtenus par le contrevenant grâce à la faute encourue. Les juges ont de ce fait estimé que grâce à la violation des normes régissant la prestation du service de transport public des personnes, l'auteur de l'infraction avait réussi à s'emparer illicitement d'une partie du marché. Pour les juges, le concurrent demandeur à l'action aurait, en l'absence de l'infraction, certainement conquis cette partie du marché dans une proportion égale à celle qu'il détenait avant la réalisation de la faute. Certes les juges ont fait preuve d'une certaine rigueur lors du calcul des gains octroyés au demandeur. Pour preuve, ils n'ont pas seulement retenu le pourcentage de participation effective de la victime sur le marché avant la faute, mais aussi, ils ont calculé les gains indument obtenus par le responsable en faisant recours à la marge perdue⁶⁹⁷ effectivement réalisée par l'agent fautif par le biais de l'infraction. Ce même mode de calcul des gains indument obtenus par le transgresseur a été retenu dans d'autres décisions par les juges colombiens⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 732 du 14 mars 2018, *Transportes Expreso Palmira S.A c/ Transportes Armenia S. A*, la vidéo et l'acte de l'audience de jugement ont été publiées dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal. (Voir notamment la vidéo à partir de la minute 12).

⁶⁹⁷ La marge brute désigne un indicateur du compte de résultat d'une entreprise. Elle est exprimée en unité monétaire, et représente l'écart entre le prix de vente et le coût de revient d'un produit ou d'un service. Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, version octobre 2017, Fiche méthodologique n° 6 : « Quel concept de marge », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris.

⁶⁹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1462 du 13 décembre 2011, *EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P. c/ Consumer S.A.*, publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2011 : « *A la suma recién señalada es preciso descontar \$58 por minuto*

579.- Cependant, deux remarques peuvent être faites concernant la question de l'appréciation souple du préjudice. D'une part, les juges ont exclu tout aléa dans la conquête, par la victime, de la partie du marché atteinte illicitement par l'opérateur fautif. C'est-à-dire que pour les juges il était certain que même en l'absence de la faute le demandeur à l'action se serait emparé, dans le cadre d'une concurrence licite, de la partie du marché litigieuse et ce dans un pourcentage identique à celui qu'il détenait avant la faute. Pour les juges, il était donc certain qu'en l'absence de la faute, l'entreprise victime aurait continué à croître dans le marché dans la même proportion qu'elle l'avait fait jusqu'à avant la faute. D'autre part, la marge induite obtenue par l'agent fautif (constituée par la différence entre les recettes obtenues et les dépenses engagées pour obtenir ces recettes) peut, en l'espèce, ne pas être égale à la marge que la victime aurait *certainement* (?) obtenue en l'absence de la faute. Il s'agit ici de tenir compte des coûts de revient, c'est à dire des dépenses engagées par l'opérateur victime pour offrir son service sur le marché, autrement dit des coûts de revient *spécifiques* à l'opérateur victime, car ceux-ci déterminent la marge que la victime aurait *certainement* pu obtenir dans le cadre d'une concurrence licite. Nous reviendrons plus bas sur cette question concernant le recours à la notion de marge en tant qu'outil servant à la détermination du gain manqué subi par la victime d'une lésion sur son activité économique.

580.- Ces deux critiques tenant à la souplesse dans l'appréciation du préjudice effectivement subi par la victime peuvent, d'une manière générale, être faites à l'égard des autres décisions dans lesquelles les juges mesurent le préjudice de la victime par le biais du chiffrage des gains induits encaissés par l'agent fautif.

2. Le recours à cette méthode par les juges colombiens en dehors de l'article 18 de la loi 256.

cursado que, acorde con lo que manifestó el experto Alfonso Duque, corresponde al 'cargo por acceso a la red del operador local' (fl. 148, cdno. 3). En consecuencia, se descontará el resultado de multiplicar los 2799.36 minutos anuales por \$5843, de modo que los ingresos anuales netos que habría obtenido la accionante si hubiera canalizado los minutos que cursó la accionada asciende en realidad a \$421'212.420 anuales netos".

581.- Les juges colombiens utilisent aussi cette méthode d'évaluation du préjudice économique de la victime en matière d'exploitation de la réputation d'autrui (sanctionnée à l'article 15 de la loi 256) tout comme en matière de confusion (conduite sanctionnée à l'article 10 de la même loi).

582.- Dans une décision rendue en 2017, les juges colombiens ont mesuré le préjudice économique subi par la Compagnie Disney Entreprise Inc. à la suite de l'exploitation illégitime de son image, en recourant au chiffrage des gains indument obtenus par les opérateurs fautifs. En l'espèce, plusieurs opérateurs avaient produit sur scène, dans plusieurs villes du pays, un ouvrage théâtral qui était une adaptation du film *Frozen* créé par la compagnie Disney sans avoir obtenu au préalable une licence d'exploitation de cet ouvrage. Les juges ont conclu que c'était grâce à la confusion de l'ouvrage mise en scène à celui créé par l'entreprise Disney⁶⁹⁹, que les défendeurs avaient pu attirer rapidement de la clientèle ainsi trompée. Ils ont de ce fait établi que les défendeurs avaient illégitimement exploité la réputation de Disney en obtenant, indument, des bénéfices. Ces bénéfices auraient, selon les juges, dû profiter à Disney. L'indemnisation a atteint environ 33.000 euros et elle a proportionnellement été distribuée parmi les divers responsables en fonction des gains obtenus par chacun grâce au comportement de concurrence déloyal⁷⁰⁰.

583.- Dans une autre affaire relative au marché des spectacles musicaux, les juges colombiens ont pu mesurer le gain manqué subi par la victime, en l'espèce le groupe musical *Niche* (très célèbre en Colombie et aussi dans des nombreux autres pays), par le recours aux bénéfices réalisés par l'agent fautif. Les juges ont en effet établi que le défendeur avait présenté dans diverses villes du pays plusieurs concerts du genre musical *salsa* en les associant faussement à la marque du groupe musical *Niche*. À

⁶⁹⁹ Il s'agissait en l'espèce du film *Frozen*, très célèbre dans plusieurs pays et qui est inspiré du livre *La Reine des Neiges*, écrit par Hans Christian Andersen et publié en 1844.

⁷⁰⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 998 du 7 juin 2017, *Disney Enterprises Inc c/ Entertainment Addictive International Group S.A.S, Grupo Tuticket.com Colombia S.A.S et autres*, vidéo et acte de l'audience de jugement publiés dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2017.

l’instar de l’affaire que nous venons de citer plus haut, les juges ont cette fois considéré que le défendeur avait exploité illégitimement la bonne réputation du demandeur en obtenant indument des gains. Ils ont en outre considéré que le défendeur avait engendré de la confusion entre sa propre image et celle du demandeur (sanctionnée à l’article 10 de la loi 256). En effet, ils ont estimé que c’est grâce à la fausse association que les spectateurs ont fait des concerts litigieux ; que c’est ainsi que le défendeur avait réussi à attirer rapidement de la clientèle et à obtenir des gains économiques. Ils ont estimé que les gains réalisés par l’agent fautif revenaient en réalité au demandeur, lequel aurait certainement pu les obtenir s’il s’était effectivement produit sur scène. L’indemnisation octroyée a été d’environ 34.500 euros. Pour déterminer cette chiffre les juges se sont fondés sur la marge effectivement obtenue par le défendeur lors des spectacles⁷⁰¹.

584.- Cette méthode de calcul du préjudice économique de la victime est retenue par les juges colombiens même lorsque le chiffre d’affaires de la victime a continué à croître pendant ou après la réalisation du comportement de concurrence déloyale. Les juges admettent en effet que même *« lorsque les revenus de la demanderesse ont augmenté, il est certain qu’en absence de la faute du demandeur les revenus de la société auraient été plus importants »*⁷⁰². Aussi, dans une décision rendue en 2011, les juges ont affirmé que *« les gains obtenus par la défenderesse grâce à la confusion engendrée entre ses produits et ceux distribués sous la marque du demandeur, constituent des bénéfices que le demandeur a été empêché d’obtenir par le fait de la confusion (...) Ce gain manqué par le demandeur correspond à la frustration de l’augmentation de son patrimoine et non à la diminution de ses gains à la suite de la conduite déloyale (...) les ventes du demandeur auraient pu être plus importantes si le défendeur n’avait pas mis sur le marché le produit engendrant confusion avec le*

⁷⁰¹ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 807 du 20 mars 2018, *Eventos Niche S.A.S. et autres c/ Alvaro Hernando Tulande Castillo*, vidéo et acte de l’audience de jugement publiés dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrail y Competencia Desleal.

⁷⁰² Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1462 du 13 décembre 2011, *EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P. c/ Consumer S.A.*, publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrail y Competencia Desleal, année 2011.

produit distribué par le demandeur »⁷⁰³. « Il a été prouvé (dans la procédure) que les utilités de la société Nika n'ont pas diminué à la suite de la mise sur le marché du dictionnaire distribué par la société défenderesse et qu'au contraire, celles-ci ont enregistré une augmentation dans la période pendant laquelle le dictionnaire a été commercialisé par le défendeur. Cependant, il est évident que les ventes de la demanderesse auraient pu être plus importantes (que celles effectivement réalisées), si le dictionnaire distribué par le défendeur n'avait pas été mis sur le marché car cette commercialisation a engendré confusion entre les dictionnaires distribués par les deux sociétés »⁷⁰⁴.

585.- Pour calculer le préjudice de la victime, les juges se fondent donc souvent sur la marge obtenue par le responsable. Ils retiennent de ce fait les gains que l'agent fautif a réussi à encaisser grâce à la réalisation d'un acte concurrentiel fautif. Qu'il s'agisse de la confusion engendrée chez les consommateurs quant à l'origine des produits ou des services, de la commercialisation des biens en exploitant la bonne réputation d'un autre

⁷⁰³ “(...) la demandante demostró la existencia del daño cuyo resarcimiento solicita, en tanto que (...) las utilidades reportadas por la pasiva provenientes de las ventas de los productos Expan Epoxi Estándar y Rápido, fueran ingresos que SINTECO S.A. dejara de percibir por la comercialización de sus propios pegantes, de tal suerte que la acreditación del primero de los anotados elementos se encuentre superado. El anterior criterio de clasificación del perjuicio corresponde al concepto de lucro cesante, alusivo a la frustración del aumento del patrimonio y no a la disminución inmediata de los ingresos del demandante, en tanto está demostrado que Sinteco S.A. no sufrió una merma en sus ingresos con ocasión de la venta de los pegantes ‘Sintesolda rápido-transparente y Standard’. Sin perjuicio de la anterior conclusión, resulta claro que las ventas de la actora podrían haber sido superiores de no hallarse en el mercado un producto como el de la pasiva que, se insiste, generó confusión con el pegamento de la accionante y, por ello, a título de lucro cesante deberá tasarse la disminución que en sus ingresos ocasionó en forma prolongada la actuación de la sociedad demandada”: Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1495 du 19 décembre 2011, Sociedad Industrial Técnica Colombiana S.A. Sinteco S.A. c/Espan Ltda et Ana Eugenia San Juan Galvis, publié dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2011.

⁷⁰⁴ “(...) está demostrado que Nika Editorial S.A. no sufrió una merma inmediata en sus ingresos con ocasión de la venta del texto “Dictionary Tower Chicago Illustrated”, es más, acorde con el dictamen pericial (...) la demandada aumentó su nivel de ingresos durante el período comprendido entre 2007 y 2010 (fls. 84 a 89, cdno. 5). Sin perjuicio de la anterior conclusión, resulta claro que las ventas de la actora podrían haber sido superiores de no hallarse en el mercado un producto como el de la pasiva que, se insiste, genero confusión con el diccionario de la accionante y, por ello, a título de lucro cesante deberá tasarse la disminución que en sus ingresos ocasionó en forma prolongada la actuación de la sociedad demandada”: Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt 0024 du 29 avril 2011, Nika Editorial S.A. c/ Editorial educativa Kingcolor S.A., publié dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2011. Voir aussi, dans le même sens, la décision n° 51 du 28 juillet 2011 de la Superintendencia de Industria y Comercio, affaire Comlemo, publié dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2011.

agent, ou bien de l'obtention grâce à la transgression d'une règle encadrant la capacité concurrentielle des opérateurs sur le marché, les juges estiment que les gains, induit par l'opérateur fautif, revient en réalité à l'entreprise victime⁷⁰⁵. C'est dire que pour les juges il était certain qu'en l'absence de faute dans l'exercice de la concurrence, l'opérateur victime aurait obtenu le marché induit gagné par le fautif et qu'en outre, il aurait perçu des gains ou des utilités identiques à celles obtenus par le responsable⁷⁰⁶. Les juges excluent de ce fait toute aléa quant à la conquête par la victime, dans un scénario hypothétique (absence de la faute encourue), du marché induit gagné par l'agent fautif. C'est dire que les juges mésestiment déjà la possibilité de la participation sur le marché d'un agent tiers. Aussi ils estiment que, placée dans le scénario hypothétique envisagé, la victime aurait obtenu les mêmes utilités encaissées par le responsable. Ils excluent de ce fait les éléments économiques propres à l'activité exercée par la victime : coûts de revient, marge d'utilité.

B. La mise en œuvre de la technique par les juges français en matière de pratiques restrictives de la concurrence.

⁷⁰⁵ “(...) es necesario precisar que aún cuando la conclusión de la auxiliar de la justicia es válida, su experticia será acogida de manera parcial, pues revisada la información aportada por ésta se extrae que sus cálculos partieron del valor de las ventas netas totales por todos los productos de la demandada y no, de las utilidades o beneficios producto de la venta de “Dictionary Tower Chicago Illustrated” reportados por cada año contable de la pasiva (...). Por lo anterior, con apoyo en los datos consignados en los balances generales de Editorial Educativa Kingcolor S.A. que reposan en el expediente (...), se establecerá el valor de la utilidad que obtuvo la pasiva en los años 2007 (noviembre y diciembre), 2008, 2009 y primer trimestre de 2010, para luego, calcular con base en el porcentaje de venta del texto “Dictionary Tower Chicago Illustrated” a que aludió la perito sobre el total de los ingresos, cuál fue realmente el monto de las utilidades que la comercialización de ese diccionario reportó para la pasiva”: Superintendencia de Industria y Comercio, arrê 0024 du 29 avril 2011, Nika Editorial S.A. c/ Editorial educativa Kingcolor S.A., publié dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2011.

⁷⁰⁶ Retenant une période de commercialisation de cinq ans d'un dictionnaire dont le nom, très similaire à celui commercialisé par le demandeur (et par rapport auquel celui-ci détenait un droit de propriété industrielle), avait engendré confusion entre les deux produits : “Por lo anterior, con apoyo en los datos consignados en el dictamen pericial que determinó el valor de la utilidad que obtuvo la pasiva en los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y parte del 2010 sobre el total de los ingresos, tal como se muestra en el siguiente cuadro, se puede cuantificar el perjuicio causado a la actora”: Superintendencia de Industrias y Comercio, arrê n° 1495 du 19 décembre 2011, précité.

586.- La Cour de cassation française a, dès 1999, admis la mesure du préjudice économique subi par un opérateur du fait d'une pratique commerciale déloyale (pratique restrictive de la concurrence), par le recours au chiffrage des gains ou des avantages obtenus indument par un opérateur grâce à la réalisation d'une telle faute concurrentielle.

587.- L'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce français érigeait en faute civile⁷⁰⁷, les « *pratiques discriminatoires* » entre partenaires constituées par le fait de « *pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles [...]* »⁷⁰⁸.

588.- Dans un arrêt rendu en 1999, la Cour de cassation française admet que pour déterminer l'étendue du préjudice de la victime d'une pratique discriminatoire, sanctionnées à l'époque à l'article 36 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁷⁰⁹, les juges devaient se référer aux avantages consentis aux concurrents. Dans sa décision, la chambre commerciale casse l'arrêt attaqué qui avait refusé de sanctionner, au titre de la responsabilité civile, une pratique discriminatoire réalisée par le partenaire d'un opérateur et à travers laquelle il favorisait un autre opérateur du fait de la concession de conditions plus favorables dans les prix et dans les délais de paiement. Pour refuser de qualifier la faute, c'est-à-dire la pratique discriminatoire, les juges du fond avaient en effet constaté que la part de marché détenue par la victime avait progressé par rapport à l'année précédente, ce qui permettait selon les juges de constater qu'aucune atteinte au processus concurrentiel

⁷⁰⁷ L'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sanctionnait civilement, à l'article 36, le refus de vente entre professionnels. Par cette disposition le droit français a dépénalisé le délit de refus de vente entre professionnels. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a été abrogée par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996.

⁷⁰⁸ « Les différenciations entre professionnels étant à l'époque cependant possibles à condition d'être objectivement justifiées » : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019.

⁷⁰⁹ Voir à ce propos, P. PIGASSOU, « Refus de vente et pratiques discriminatoires dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 1987, doc, p. 544 ; G. VIRASSAMY, « Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels », *D.*, 1988, Chron., p. 113.

n'avait eu lieu. Ils ont également écarté l'argument selon lequel la progression du chiffre d'affaires aurait été plus importante en l'absence de la discrimination⁷¹⁰.

589.- Dans sa décision la Cour de cassation estime que l'appréciation du préjudice de l'opérateur victime d'une discrimination devait se faire par le recours au chiffrage des gains obtenus illicitement par l'opérateur concurrent grâce au comportement fautif (pratique discriminatoire) mise en place par le partenaire de la victime en détriment de celle-ci. La Cour estime en outre que seule la preuve de l'obtention indue d'un avantage par un opérateur par le fait d'une pratique discriminatoire était nécessaire à la qualification de la faute civile : « *Vu l'article 36-1... Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour un producteur de consentir à un partenaire économique des prix des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles crée pour ce partenaire un avantage dans la concurrence, sans qu'il y ait lieu pour l'administration ou pour l'opérateur qui n'a pas bénéficié de ces mêmes avantages, de démontrer l'existence du préjudice que ces pratiques illicites ont causé ; qu'en rejetant les demandes du ministre de l'Économie tendant à ce que soit constatée l'existence de ces pratiques illicites et à les faire cesser, et en rejetant la demande en dommage et intérêts de la Sté Phytoservice sans examiner l'étendue du montant de son préjudice en se référant, aux avantages consentis à ses concurrents, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁷¹¹.

⁷¹⁰ Cour d'appel de Versailles, 24 oct. 1996, *LPA*, 1997, n° 67, p. 17, Comm. V. Selinsky et J. Peyre. Pour les juges de deuxième degré il n'y avait pas lieu de sanctionner le comportement à partir d'un préjudice théorique et il s'imposait, au contraire, d'établir la faute et l'ampleur du préjudice. La Cour d'appel avait en effet affirmé ce qui suit : « *Mais considérant que l'article 36 de l'ordonnance de 1986, ci-dessus cité, en définissant la pratique illicite abusive comme celle 'créant, de ce fait un avantage ou un désavantage dans la concurrence' impose que la preuve soit faite de la réalité et de l'existence du désavantage pour le partenaire économique ; qu'il ne suffit pas d'invoquer un avantage ou un désavantage virtuels ; Qu'il appartient à l'administration, et au concurrent qui se prétend victime de la pratique discriminatoire, d'apporter la preuve de l'avantage ou du désavantage dans la concurrence. Considérant qu'en l'espèce, la société Phytoservice n'allègue ni ne tente d'établir un trouble, une désorganisation de son réseau commercial ou un détournement de clientèle ; qu'elle se borne à invoquer un préjudice théorique... Considérant qu'il résulte en définitive de l'ensemble des éléments versés aux débats que la preuve n'est nullement rapportée que la pratique discriminatoire relevée par l'administration et ci-dessus décrite a créé un avantage ou un désavantage dans la concurrence. Qu'aucun trouble du jeu concurrentiel du marché des fongicides pour la saison 1992 n'est démontré* ».

⁷¹¹ Cass. com. 6 avril 1999, *Dalloz aff.*, 1999, n° 171, p. 1204 note E. P.

590.- L'octroi discriminatoire d'un avantage à un opérateur implique un désavantage concurrentiel pour l'agent discriminé. L'agent économique discriminé se voit en effet obligé à concurrencer dans des conditions moins favorables que celles dont profite un autre concurrent grâce à l'obtention induite d'un avantage. La victime se voit alors privée de la possibilité d'améliorer sa capacité concurrentielle. Elle peut même voir sa capacité concurrentielle stagner ou diminuer du fait de la pratique. Le préjudice subi par le partenaire victime pourrait être constitué par exemple par la partie du prix payé par lui en excès en vertu de la pratique discriminatoire.

591.- En dehors des pratiques restrictives de concurrence, les juges français ont recours, en matière de concurrence déloyale, au chiffrage des gains ou des bénéfices indument obtenus par l'agent fautif pour mesurer le préjudice de la victime. Ainsi, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en matière de parasitisme, celle-ci affirme « *qu'il convient pour évaluer le montant des dommages et intérêts de tenir compte, essentiellement, de l'incidence qu'a pu avoir l'utilisation du nom de Rothschild dans l'enrichissement qu'ont accusé H. Rothschild et ses sociétés et dans la plus-value de la valeur des fonds de commerce par eux exploités* »⁷¹². La cour d'appel tient ainsi compte des bénéfices retirés par l'agent grâce à la réalisation de sa faute pour mesurer le préjudice de la victime.

592.- Les bénéfices indument obtenus par un agent peuvent aussi être constitués par des économies procédant de la concurrence déloyale.

II. La mesure du préjudice économique de la victime par le recours au chiffrage des économies réalisées par l'agent fautif.

593.- Les juges colombiens (A) aussi bien que leurs homologues français (B) ont recours à cette technique pour évaluer le préjudice économique de l'opérateur victime à la suite d'un acte de concurrence déloyale.

⁷¹² C.A. Paris, 10 juillet 1986, J.C.P., 1986, II, 20712 note E. AGOSTINI.

A. Dans la jurisprudence colombienne.

594.- Les juges colombiens utilisent cette méthode d'évaluation du préjudice subi par un opérateur lorsque l'agent fautif a transgressé une norme encadrant l'activité économique (article 18 de la loi 256)⁷¹³. En effet, l'opérateur en infraction peut réaliser des économies concernant par exemple le paiement d'une licence d'exploitation ou le paiement d'un impôt ou d'une taxe à laquelle est assujettie son activité, en transgressant la règle.

595.- Dans une affaire jugée en 2017, les juges colombiens ont pu mesurer le gain manqué subi par un distributeur de conteneurs de gaz, à la suite de la transgression des normes fiscales par l'un de ses concurrents, par le biais du chiffrage des économies induites faites par l'agent fautif. Les juges ont octroyé à la victime l'économie illicitement faite par le fautif, c'est-à-dire le pourcentage que le fautif aurait dû payer au titre de la taxe évincée. En l'espèce, le demandeur se plaignait de ce que le défendeur avait offert, pendant une certaine période, ses conteneurs de gaz à un prix plus bas compte tenu du non-recouvrement de la TVA⁷¹⁴ dont il s'estimait exempt. Après avoir constaté que le défendeur avait violé les normes en matière fiscale⁷¹⁵, les juges colombiens ont conclu que le concurrent fautif avait, grâce à cette infraction, réussi à obtenir un avantage concurrentiel important (significatif) dans le marché concerné. Cet avantage compétitif a été constitué, selon les juges, par l'offre des produits à des prix plus bas, donc plus attractifs pour les consommateurs. Par cette manœuvre l'opérateur fautif a réussi à capter certains des anciens clients du demandeur, avec lesquels il a conclu plusieurs ventes. Les juges ont en effet constaté, dans plusieurs factures de vente émises par le défendeur, la pratique de prix qui n'incluaient pas la

⁷¹³ Précité.

⁷¹⁴ La TVA ou la Taxe sur la Valeur Ajoutée est l'équivalent de l'IVA en droit colombien. (Impuesto al valor agregado). L'IVA est entendu en droit colombien comme une taxe indirecte sur la consommation de certains biens et services.

⁷¹⁵ Les juges se sont fondés notamment sur une décision de la DIAN (Direction nationale d'impôts et de douane) selon laquelle les produits commercialisés par le défendeur étaient assujettis à la TVA.

TVA équivalente, au moment de l'infraction, au 16% du prix⁷¹⁶. Ces factures permettaient en outre de prouver des achats conclus par des anciens clients du demandeur. Pour les juges, ce pourcentage du 16% impliquait une différence significative entre les prix pratiqués par l'opérateur loyal et ceux pratiqués par le défendeur, ce qui avait permis à celui-ci de détourner une partie de la clientèle du demandeur. Les juges ont ainsi constaté au cours du procès que certains clients du demandeur avaient, pendant la période dans laquelle la violation des normes fiscales a eu lieu, rompu leurs relations commerciales avec le demandeur et conclu ensuite des achats du même type de produits avec le défendeur. Les juges ont donc évalué le gain manqué subi par la victime en chiffrant le gain effectivement réalisé par l'infracteur dans la vente de chaque conteneur de gaz qu'ils ont estimé s'élevait à au moins 16% de la valeur de vente de chaque conteneur. Ainsi chiffrés, les gains indus obtenus par le responsable s'élevaient à 37.250 euros, chiffre octroyée au demandeur au titre du gain manqué⁷¹⁷.

596.- Deux observations peuvent être faites. D'une part, si les juges ont octroyé ces gains c'est parce qu'ils ont estimé qu'en l'absence de la faute sanctionnée le demandeur aurait certainement conservé ces clients, c'est-à-dire cette partie du marché, et ce pendant tout le temps que l'infraction a duré. Les juges ont donc exclu toute aléa concernant la conservation par le demandeur de la totalité du marché indument accaparé par l'agent fautif. L'on peut alors se poser la question qui suit : si le défendeur à l'action avait appliqué la TVA sur les produits qu'il mettait sur le marché, le demandeur aurait-il certainement conservé les clients détournés ? Il existe toujours dans ce cas une marge d'incertitude, ce qui conduit à apprécier le préjudice par le biais de la perte d'une chance (de conserver les clients). Les juges ont ainsi écarté la possibilité de ce que le défendeur, ou bien un autre opérateur sur le marché gagne, ne serait-ce que dans un pourcentage moindre, dans le cadre d'une concurrence licite, la

⁷¹⁶ L'acte concurrentiel suspecte est donc sanctionné au titre de l'article 18 de la loi 256 du 15 janvier 1996 et non au titre de l'article 8 de la même loi qui sanctionne le détournement déloyal de la clientèle. Ceci en vertu de la spécificité du domaine d'application de l'article 18.

⁷¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 6969 du 26 juillet 2017, *Fidegas S.A.S et Industrias Metálicas Cilgas S.A.S. c/ Comercial Industrial Nacional S. A. Cinsa S.A.*, la vidéo et l'acte de l'audience de jugement ont été publiés dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal.

partie du marché litigieuse. D'autre part, admettant comme certaine l'hypothèse de la conservation du marché perdu par le demandeur, les juges ont estimé, qu'en l'absence de l'infraction, celui-ci aurait, non seulement vendu la même quantité de produits que celle vendue par l'agent fautif à ses anciens clients pendant le temps qui a duré l'infraction, mais aussi considéré que sur chaque vente le demandeur aurait réalisé un gain équivalent au 16% du prix pratiqué par le défendeur. Pourtant les juges auraient dû calculer l'utilité que le demandeur aurait pu réaliser pendant la période dans laquelle l'infraction a eu lieu en se rapportant aux données de l'activité économique de la victime. Ils auraient ainsi dû prendre en compte non seulement la quantité de conteneurs que la victime aurait pu vendre à ces clients, mais aussi le prix que la victime aurait certainement pratiqué sur ses produits tout comme le coût de revient de chaque conteneur afin de déterminer la marge d'utilité que le demandeur aurait pu réaliser.

597.- Ainsi, si dans cette espèce le non recouvrement de la TVA dans les factures de vente litigieuses a en effet permis aux juges de constater l'obtention par le défendeur d'un avantage significatif sur le marché grâce à la violation d'une norme (pratique de prix plus attractifs grâce à violation des règles concernant les taxes appliquées aux produits litigieux), outre le détournement de la clientèle, l'économie illicitement faite par l'agent fautif ne permettait aux juges que de mesurer imparfaitement le gain manqué subi par la victime.

598.- Dans une autre affaire, concernant le marché des services de téléphonie, les juges colombiens ont tenu compte des économies induites faites par l'agent fautif afin d'établir l'obtention d'un avantage concurrentiel significatif sur le marché par l'agent fautif. Cependant, pour évaluer le préjudice subi par le demandeur, concurrent direct de l'infracteur, les juges se sont fondés sur les gains induits encaissés par le fautif grâce à l'infraction réalisée. En effet, après avoir constaté la prestation par le défendeur, sur le territoire national, du service de téléphonie international sans avoir obtenu au préalable la licence d'exploitation pertinente, les juges ont conclu que les économies induites réalisées par le défendeur lui avaient permis d'obtenir un avantage concurrentiel important sur le marché en détriment des concurrents habilités à prêter

ledit service. Ces économies étaient en effet constituées, outre la valeur de la licence d'exploitation du « spectre électromagnétique » (d'environ USD150'000.000), par la valeur correspondante à la garantie de bonne exécution qu'il aurait dû déboursier pour obtenir la licence d'exploitation (d'environ USD30'000.000), ainsi que par le versement d'un pourcentage du 5% de ses bénéfices en faveur du Fonds public des communications. Tous ces frais ont effectivement été déboursés par les demandeurs, opérateurs autorisés par l'État pour la fourniture du service de téléphonie fixe internationale. Pour les juges, la prestation illicite du service de téléphonie fixe internationale par le défendeur a impliqué la réalisation injustifiée d'économies, ce qui se traduisait par des prix plus attractifs pour les consommateurs, c'est-à-dire par l'obtention indu d'un avantage concurrentiel⁷¹⁸. Cet avantage concurrentiel a permis le transgresseur d'attirer indument une partie de la clientèle, ce qui a constitué, selon les juges, un préjudice pour le demandeur qui, quoique son chiffre d'affaires a continué à croître dans la période pendant laquelle la faute a eu lieu, a perdu des gains qu'il aurait vraisemblablement acquis en l'absence de la faute⁷¹⁹. Ces gains auraient, selon les juges, été équivalents à ceux indument obtenus par l'agent fautif, tout en appliquant à ceux-ci le pourcentage du marché détenu par la victime au moment de la réalisation de la faute (40.03%). C'est dire que pour les juges le demandeur aurait, en l'absence de la faute, non seulement étendu certainement son activité économique, mais aussi qu'elle se serait accrue à un rythme tel qu'elle aurait certainement continué à posséder le même

⁷¹⁸ “(...) el ahorro de los costos antes enunciados configuraron una ventaja competitiva, en tanto que en aplicación de las reglas de la experiencia y lo indicado por la propia autoridad, resulta razonable establecer que ese ahorro ilícito en la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada, se trasladó a los precios ofrecidos al público. (...) el enrutador ilegal puede proporcionar a un segmento de mercado sensible al precio, una oferta mucho más atractiva que los operadores legalmente establecidos que si tienen todas las cargas ya mencionadas (...) por lo que resulta lógico concluir que la actividad de reoriginamiento ilegal se tradujo en mejores condiciones competitivas, que tuvieron importante incidencia en la elección del consumidor, pues el ahorro de tales costos se traducen en una mejor alternativa de mercado.”: Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1462 du 13 décembre 2011, EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se subsistant dans les droits d'Orbitel S.A. E.S.P. c/ Consumer S.A., publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, année 2011, p. 9.

⁷¹⁹ “ (...) el experto designado dictaminó, sobre la base de información estadística administrada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que aún cuando los ingresos de la demandante por la prestación de ese particular servicio presentaron un incremento, lo cierto es que de no haberse configurado el fraude en cuestión los ingresos de esa sociedad mercantil habrían sido mayores (...)”: Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1462 du 13 décembre 2011, EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se subsistant dans les droits d'Orbitel S.A. E.S.P. c/ Consumer S.A., publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, année 2011, p. 12.

pourcentage du marché qu'elle détenait au moment de la faute. En outre, les juges ont estimé qu'en l'absence de la faute, la victime aurait réalisé une marge équivalente à celle obtenue par l'agent fautif. En effet, pour calculer le gain manqué subi par la victime, les juges ont pris compte la marge d'utilité obtenue par le fautif, c'est-à-dire qu'ils ont tenu compte des coûts de revient du service propres à l'activité du responsable.

599.- Dans une autre affaire concernant des actes de mensonge, de confusion et d'exploitation indue de la réputation d'autrui, les juges ont pu mesurer les gains perdus par l'opérateur victime par le bais du chiffrage des économies indument faites par l'agent fautif. La victime, ancien cocontractant de l'agent fautif, était une entreprise spécialisée dans la conceptualisation et le dessin de mobilier en bois destiné à des locaux commerciaux. À la demande de ses clients, la victime dessinait du mobilier qu'elle faisait ensuite fabriquer par le défendeur. Au bout de quelques années de relations commerciales, le défendeur a décidé de fabriquer et de distribuer directement, auprès des clients de son ancien cocontractant, le même genre de mobilier. Pour cela, le défendeur a non seulement copié les dessins fournis auparavant par le demandeur dans le cadre de leur rapport commercial, mais en outre il a fait croire aux anciens clients du demandeur qu'il dessinait depuis toujours le mobilier commercialisé par son ancien partenaire. Il a enfin pratiqué des prix plus bas que ceux pratiqués par son ancien cocontractant. Les juges ont estimé que par ces actes le défendeur avait mis les clients en erreur sur les biens et les services commercialisés par lui outre qu'exploité illégitimement la réputation commerciale du demandeur qui était actif depuis plus de quinze ans sur le marché. Ils ont de ce fait sanctionné la conduite du défendeur au titre des articles 11 et 15 de la loi 256 du 15 janvier 1996. Ils ont refusé d'indemniser la victime de la perte de valeur de son image de marque résultant des actes déloyaux en estimant qu'une telle perte n'avait pas été prouvée au cours de la procédure⁷²⁰. Cependant, ils ont estimé que le demandeur avait, par le fait des actes déloyaux

⁷²⁰ Voir notamment la vidéo de l'audience de jugement à partir de la minute 45.

commis, été privé de l'obtention d'un prix d'exploitation de ses dessins. Ce préjudice a été évalué à environ 22.000 euros⁷²¹.

600.- Cette décision mesure ainsi le gain manqué de la victime par le biais des économies faites par l'agent fautif. Cependant, il nous semble que le principe de réparation intégrale du préjudice de la victime n'a pas été respecté dans la mesure où il n'était pas certain que la victime eût accepté, sur demande de son sous-traitant, de lui céder l'exploitation de ses dessins, ce qui pouvait nuire à ses intérêts économiques. En effet, il est raisonnable de penser que l'éventuelle cession volontaire des droits d'exploitation des dessins litigieux aurait dû soit prendre en compte la valeur correspondant à la perte d'une partie de la clientèle du cédant, soit limiter l'exploitation des dessins à une zone géographique non concurrente avec celle dans laquelle le cédant exerçait son activité économique⁷²².

601.- Les juges français se fondent sur les économies induites réalisées par l'agent fautif afin d'évaluer le préjudice économique des concurrents victimes.

B. Dans la jurisprudence française.

602.- Les juges français admettent l'évaluation du préjudice économique subi par la victime, par le recours au chiffrage des économies faites par l'agent fautif, grâce à sa faute, notamment en matière de parasitisme économique. Aussi dans des situations où un opérateur obtient un avantage concurrentiel sur le marché, par rapport de ses concurrents, grâce à la transgression d'une réglementation.

⁷²¹ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1322 du 27 mai 2016, *Sighinolfi Group Colombia S.A. c/ Indurrego S.A.S.*, publiée dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, année 2016.

⁷²² L'évaluation du préjudice subi par l'agent dont l'image a été exploitée par autrui conduit donc à apprécier la situation dans laquelle la victime se serait trouvée en absence de la faute. Ainsi, de deux choses l'une : soit elle aurait pu légitimement obtenir un prix ou un gain du fait de l'octroi, à l'agent fautif, d'un droit d'exploitation de son image de marque (ou de son savoir-faire par exemple), soit elle aurait pu obtenir des gains du fait de l'exploitation de sa propre marque ou de sa propre image dans le marché dans lequel l'agent fautif est intervenu. La victime aurait pu en tout cas conserver la chance d'obtenir des gains dans le marché concerné par l'exploitation de sa propre image.

Dans un arrêt rendu en 2021 la chambre commerciale de la Cour de cassation française définit le parasitisme économique comme les actes « *consistant à s'immiscer dans le sillage d'autrui afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »⁷²³.

603.- Dès 1986 la Cour de cassation française admet le recours aux bénéfices induit obtenus par un agent pour qualifier les fautes constitutives de parasitisme économique⁷²⁴. Et plus récemment elle est venue affirmer que « *constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale, qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur* »⁷²⁵. La Cour d'appel de Paris avait pu affirmer ce principe dès 1980 dans les termes qui suivent : « *constitue un agissements déloyal le fait d'exercer une activité de façon irrégulière de la part d'une entreprise qui n'exécute pas ses obligations fiscales ou de sécurité sociale et qui se trouve par là-même favorisée par rapport à ses concurrents* »⁷²⁶. C'est dire que pour la Cour de cassation française l'obtention indue d'un avantage concurrentiel s'affranchissant de la réglementation contraignante constitue l'élément de qualification des fautes de concurrence déloyale.

604.- Or, très récemment la Cour est venue approuver une cour d'appel d'avoir mesuré le préjudice concurrentiel subi par une entreprise victime d'un acte de concurrence

⁷²³ Com., 17 mars 2021, 19-10.414, société Creative commerce Partners c/ société MV. Aussi, dans un arrêt rendu en 1993 la cour d'appel de Dijon avait pu affirmer « *Que (le défenseur] a profité du travail réalisé par cette dernière qui a sélectionné et testé des produits susceptibles de séduire la clientèle. Il s'agit d'agissements parasitaires déloyaux qui ne peuvent être couverts par le principe de la libre concurrence entre les entreprises* » : CA Dijon, 5 janvier 1993, S.A.R.L. Well C/ S.A.R.L. Europa, inédit.

⁷²⁴ La chambre commerciale approuvait déjà une cour d'appel de s'être rapportée aux économies illicitement faites par un agent afin de constater les actes de parasitisme commis par celui-ci : « *les prix pratiqués par la société Nuova Art Lit, s'expliquent dans la mesure où ils ne seraient pas artificiellement bas, par l'économie des frais de lancement, voire de mise au point du modèle de plaque litigieux, économie réalisée de manière déloyale par la société Nuova Art Lit en copiant de manière quasi servile le modèle français et en entretenant la confusion avec celui-ci* », Cour de cassation, chambre commerciale, 25 novembre 1986, n° 85-11.430, société Eternit c/ société Nouva Art Lit. Arrêt attaqué de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20 septembre 1984.

⁷²⁵ Cass. com., 17 mars, 2021, n° 19-10.414, société Creative commerce Partners c/ société MV.

⁷²⁶ Cour d'appel de Paris, 16 janvier 1980, D., 1981, p. 564, note P. GODE.

déloyale par le biais du chiffrage des économies induites réalisées par l'agent fautif. Il s'agissait en l'espèce d'économies induites faites par un opérateur grâce à la transgression de la réglementation en matière de publicité. En effet, une société spécialisée dans la création et la fabrication de produits d'arts de la table en cristal se plaignait des pratiques commerciales trompeuses menées par l'un de ses concurrents directs, et qui ont consisté à présenter dans ses catalogues des produits en verre, en cristallin ou luxion mélangés à des produits en cristal afin de laisser croire que l'ensemble serait en cristal, à les présenter comme étant « made in France » et à se présenter elle-même comme un « haut lieu du verre taillé en Lorraine » et un « spécialiste de la taille » , alors qu'en réalité, une partie importante de ses produits étaient fabriqués en Chine et en divers pays d'Europe. La Cour d'appel de Paris juge qu'il s'agit d'actes de concurrence déloyale constitués par des pratiques commerciales trompeuses et tromperie des consommateurs. Elle condamne l'opérateur fautif à payer à son concurrent direct les chiffres dont il a fait l'économie, en termes de charges salariales, grâce à la tromperie mise en place. En l'espèce, l'effort financier de la victime consistant à embaucher des tailleurs français afin de positionner ses produits comme faits en France, a été vidé de son objet à partir du moment où son concurrent direct positionnait lui aussi ses produits comme « Made in France » en s'épargnant en réalité, dans une grande proportion le coût de la main d'œuvre française. À quoi servait à l'entreprise victime de payer des tailleurs français si son concurrent, s'épargnant pour une partie la main d'œuvre française, réussissait à commercialiser ses produits comme étant, eux aussi, « Made in France » ? Le fautif obtenait de cette façon un prix de revient des articles en cristal plus bas que celui obtenu loyalement par la victime. L'agent fautif pouvait certainement, dans le long terme, améliorer considérablement sa capacité compétitive et sa présence sur le marché en détriment de son concurrent, victime⁷²⁷. Ainsi, après avoir constaté la réalisation, par le défendeur, de pratiques publicitaires trompant le consommateur « *sur la composition, l'origine et les qualités substantielles des produits vendus* », la Cour d'appel estime que les économies induites réalisées par le défendeur en termes de charge salariale correspondaient au préjudice économique subi par le demandeur. Pour mesurer les économies induites

⁷²⁷ L'avantage obtenu sur le marché n'est pas le résultat de sa performance ou de son efficacité économique, mais de la violation de la réglementation de son activité commerciale.

réalisées par le fautif, la Cour d'appel a comparé la quantité de tailleurs employés par les deux concurrents ainsi que les heures travaillées. Elle a rapporté la valeur de ces salaires au chiffre d'affaires de chaque société et a ensuite établie la différence entre la charge salariale des deux sociétés. Cette différence constitue ainsi, selon les juges, le préjudice économique subi par l'opérateur affecté par les actes de concurrence illicite. C'est-à-dire que les juges ont modulé l'économie induite faite par l'agent fautif à proportion du volume d'affaires de la partie affectée par ces actes. La Cour de cassation française approuve la décision. Elle affirme en effet, qu'en matière de « *pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu* »⁷²⁸.

605.- Le recours des juges à cette méthode d'évaluation du préjudice en matière de concurrence déloyale et de parasitisme économique semble être justifié car « *les actes de parasitisme ou les actes illicites de concurrence déloyale, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu, dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses qui seraient disproportionnées au regard des intérêts en jeu* »⁷²⁹.

III. Le recours à ces techniques d'évaluation du préjudice économique est une expression de la fonction punitive de la responsabilité civile.

⁷²⁸ Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, Société Cristallerie de Montbronn c/ Société Cristal de Paris.

⁷²⁹ « Lettre de la chambre commerciale, financière et économique », Cour de cassation, n° 1, septembre 2020, p. 8.

606.- L'évaluation du préjudice économique subi par un opérateur, notamment en matière de concurrence déloyale, par le recours au chiffrage des avantages et des bénéfices obtenus indument par un agent grâce à la réalisation d'une faute de concurrence, est une expression des fonctions normative et dissuasive de la responsabilité civile. L'indemnisation octroyée à la victime dans ces circonstances, implique la sanction des fautes lucratives et recherche la prévention de telles conduites. Cela étant elle prend les contours d'une *peine privée*⁷³⁰. Dans les droits anglais et américain l'octroi de ce genre d'indemnisation est en effet connu sous l'expression *punitive damages*⁷³¹. L'accomplissement de la fonction punitive de la responsabilité civile, notamment en matière de concurrence déloyale, semblent être mieux accueillie en France (A) qu'en Colombie (B).

A. La réception en droit français de la responsabilité civile des dommages et intérêts punitifs en matière de concurrence déloyale.

607.- Le professeur français Philippe le Tourneau explique bien que la responsabilité civile poursuit un triple objectif, celui de réparer, punir et prévenir, et que « *ce dernier aspect revêt un éclat spécial* » en matière de concurrence déloyale. En effet, c'est en matière de concurrence déloyale que la responsabilité joue cette triple fonction en mettant l'accent sur la punition et la prévention des comportements concurrentiels déloyaux.

⁷³⁰ Pour approfondir sur ce sujet en droit français voir la thèse de madame Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, publiée chez LGDJ, t. 250, 1995, notamment p. 130. Aussi, Alexis JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. BDP, t. 442, 2005.

⁷³¹ En droit américain, le recours à cette méthode d'évaluation du préjudice économique est admis en matière de concurrence illicite. Voir, par exemple, J. P. DAWSON, « Restitution without enrichment », *Boston University Law Review*, 1981, p. 563 ; F. DESSEMONTET, « Legal protection of know-how in the U.S. », Droz, Genève, 1976, p. 337. Pour une analyse de l'évaluation du préjudice économique d'un agent par le recours au chiffrage des bénéfices indument réalisés par le fautif en droit américain et en droit anglais voir notamment, F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *Recueil Dalloz*, Chronique Responsabilité civile, 2008, n° 23, p. 1571 1572.

608.- Ainsi que le professeur Nicolas Dorandeu l'explique, l'évaluation du préjudice de la victime d'une concurrence déloyale par le recours au chiffrage des bénéfices obtenus induit par le responsable grâce à la faute, constitue une méthode d'évaluation du préjudice tendant à dissuader les acteurs économiques de réaliser des comportements concurrentiels déloyaux. L'on sanctionne des comportements qui permettent aux agents « incorrects » d'obtenir un avantage par des moyens autres que leur propre efficacité tout en rompant l'équilibre micro-concurrentiel du marché⁷³². Certes les actes de concurrence déloyale impliquent très souvent un détournement induit d'une valeur concurrentielle et par là, une entrave illégitime à l'activité économique de certains opérateurs. Cependant, il est souvent très difficile aux victimes d'établir avec précision lors du procès le montant du préjudice économique subi par le fait de l'acte concurrentiel fautif. Si le préjudice que la victime a subi lui paraît indéniable, « *il lui est souvent difficile de le cerner dans son importance et par conséquent de le chiffrer afin d'en obtenir la réparation intégrale* »⁷³³. Ainsi, lorsque les juges évaluent le préjudice de la victime d'après le bénéfice que retire l'auteur du comportement délictuel, ils prononcent incontestablement « *une peine privée réellement dissuasive de prévenir la récurrence de l'auteur et par l'effet exemplaire de la décision le développement de délits* »⁷³⁴. Cherchant « *l'efficacité de la régulation microéconomique, cette évaluation, qui permet le versement d'une peine privée, constitue le complément indispensable de la délégation de police concurrentielle opérée par la législation en 1986 au profit des intervenants sur le marché. En effet,*

⁷³² N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, PU de Perpignan, 2000, n° 406 à 411 : « cette évaluation, qui permet le versement d'une peine privée, constitue le complément indispensable de la délégation de police concurrentielle opérée par la législation en 1986 au profit des intervenants sur le marché. En effet, dans certaines circonstances, en particulier lorsque cette action privée qui soutient l'intérêt général fait courir un risque commercial à celui qui agit en justice, il faut que la victime soit encouragée par la perspective que la peine privée qui lui sera versée compensera, vraiment, les désagréments de l'action ».

⁷³³ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chron. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p.1681.

⁷³⁴ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 409. Voir sur ce sujet, D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », dans *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 27 et s. ; Point de vue 2666 ; G. VINEY, « Exposé des motifs de la responsabilité civile », in, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (P. Catala sous dir.), La documentation française, Rapport au ministère de la Justice, 2006, spéc. p. 168.

dans certaines circonstances, en particulier lorsque cette action privée qui soutient l'intérêt général fait courir un risque commercial à celui qui agit en justice, il faut que la victime soit encouragée par la perspective que la peine privée qui lui sera versée compensera, vraiment, les désagréments de l'action »⁷³⁵.

609.- Le recours à cette méthode d'évaluation du préjudice économique en matière de concurrence déloyale peut bien sûr améliorer la réparation des victimes. Cependant, certains auteurs français font remarquer que cette situation ne fait que « *contourner la difficulté de l'évaluation in concreto du préjudice économique, et conduit souvent à un enrichissement injustifié de la victime, sans assurer toujours la suffisance de l'indemnité octroyée* »⁷³⁶. Cette technique d'évaluation trouve des précédents importants dans le droit positif français et européen (1) aussi bien que dans le droit prospectif (2).

1. Les dommages et intérêts punitifs en droit positif français et européen.

610.- Cette méthode d'évaluation du préjudice économique trouve un précédent dans la loi française du 29 octobre 2007 dite de « lutte contre la contrefaçon »⁷³⁷, transposant la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle⁷³⁸, qui a consacré l'évolution jurisprudentielle en la matière. En effet, aux

⁷³⁵ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, PU de Perpignan, 2000, n° 411.

⁷³⁶ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p.1681.

⁷³⁷ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, NOR : ECEX0600189L, *Journal Officiel de la République française* n° 0252 du 30 octobre 2007.

⁷³⁸ Directive 2004/48/CE du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *Journal Officiel de l'Union Européenne*, 30.4.2004, L.157, p. 45–86. Dans ses considérants, la directive signale que « *sans moyens efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la création sont découragées et les investissements réduits. Il est donc nécessaire de veiller à ce que le droit matériel de la propriété intellectuelle, qui relève aujourd'hui largement de l'acquis communautaire, soit effectivement appliqué dans la Communauté. À cet égard, les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle revêtent une importance capitale pour le succès du marché intérieur* », (n° 3, p. 46).

termes du 1^{er} alinéa de l'article 3^e de la directive, les États membres doivent « *prévoir les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés* » par la directive. Ces mesures, procédures et réparations doivent être *effectives, proportionnées et dissuasives* (2^e alinéa de l'article 3^e). Dans son article 13, 1^{er} alinéa, la directive ordonne aux États membres de veiller à ce qu'« *à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir de verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte* ». Cependant, aux alinéas 2 et 3 du même article, la directive fixe immédiatement les méthodes d'évaluation ou les items à être pris en compte par le juge pour évaluer le préjudice subi par le contrefait parmi lesquels se trouvent les « *bénéfices injustement réalisés par le contrevenant* ». Le texte prévoit en outre que les juges pourront, à titre alternative « *fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question* »⁷³⁹. L'article L 615-1 du Code français de la propriété intellectuelle prévoit en effet que toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet constitue une contrefaçon et que celle-ci engage la responsabilité civile de son auteur. À son tour, l'article L 615-7 du même Code prévoit les critères qui doivent être pris en compte de manière alternative par les juges lors de la fixation des dommages et intérêts en cas de contrefaçon : Outre le manque à gagner et la perte subie par le propriétaire du brevet, le législateur prévoit le préjudice moral enduré par celui-ci ainsi que les « *les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon* ». Au dernier alinéa le texte prévoit qu'« *à titre d'alternative*

⁷³⁹ Section 6. Dommages intérêts et frais de justice. Article 13. Dommages-intérêts. « (...) Lorsqu'elles fixent les dommages-intérêts, les autorités judiciaires: a) prennent en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte; ou b) à titre d'alternative, peuvent décider, dans des cas appropriés, de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question ».

et sur demande de la partie lésée, [le juge pourra] allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ». Ces derniers critères prévus par le législateur français font état de sa volonté de punir le contrefaisant à travers la condamnation à des *dommages et intérêts punitifs* outre que de dissuader la réalisation de telles conduites⁷⁴⁰. Ils consacrent la pratique jurisprudentielle française développée en matière de brevet avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007⁷⁴¹.

611.- Plus récemment, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires⁷⁴² a introduit un titre V de la protection du secret des affaires dans le livre 1^{er} du commerce en général du Code de commerce français. L'article L 152-6 appartenant à ce titre V règle la question de la réparation d'une atteinte au secret des affaires. Ce texte reprend à peu près les mêmes règles prévues à l'article L 615-7 du Code français de propriété intellectuelle qui établit les critères permettant de fixer les dommages et intérêts dus par le fautif en matière de contrefaçon. Ainsi, aux termes de l'article L.152-6 du Code de commerce « *Pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la*

⁷⁴⁰ Voir à ce sujet, Ch. CARON, « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon », *Cah. dr. entr.*, 2007/4, dossier 8.

⁷⁴¹ Frédéric BÉLOT explique en effet qu'une certaine s'est développée en matière de brevet, pour fixer le montant du préjudice économique par rapport aux bénéfices que le fautif a tirés de son comportement. En effet, en matière de contrefaçon de brevet, le bénéfice peut équivaloir au préjudice subi, car le monopole conféré par ce titre permet de considérer que l'intégralité des ventes contrefaites aurait été, en temps normal, effectuées par le contrefait. De même, en matière de dépôt frauduleux de marque, rendu possible par les 'relations d'affaires' ou des pourparlers entre les parties en cause, la jurisprudence a admis comme mode de réparation le transfert du dépôt ou de la « propriété de la demande d'enregistrement de la marque' au profit de la victime (Com. 13 fév. 1996, PIBD 1996. III. 279 ; Cour d'appel de Paris, 13 sept. 1997, PIBD 1998. III. 54). La jurisprudence favorable à l'attribution des bénéfices réalisés par le contrefaisant s'est appuyée sur l'art. L 615-7 CPI en matière de droit des brevets ou sur l'art. L. 716-14 en matière de droit des marques ». « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », Recueil Dalloz, Chron. Responsabilité civile, 2008, n° 23, p. 1572.

⁷⁴² NOR JUSX1805103L, *JORF* n° 0174 du 31 juillet 2018.

perte de chance ; 2° Le préjudice moral causé à la partie lésée ; 3° Les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte. La juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».

2. Les dommages et intérêts punitifs dans le droit prospectif français.

612.- Le droit prospectif français s'oriente, dès 2006, en faveur de l'instauration d'un système de dommages et intérêts punitifs en droit de la responsabilité civile. En effet, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, présenté par le professeur Pierre Catala, proposait un nouvel article 1371 du code civil aux termes duquel « *L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables* »⁷⁴³.

613.- Selon les auteurs du rapport, il y a « *faute lucrative* » lorsque les conséquences profitables de la faute subsistent pour son auteur malgré une condamnation à la réparation des dommages causés⁷⁴⁴. Il s'agit de décourager les agents fautifs qui, s'ils ne devaient que réparer le préjudice de la victime pourraient considérer leur activité comme très lucrative. Ce genre se manifeste sans doute en matière de concurrence

⁷⁴³ P. CATALA (sous la dir. de), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, La documentation française, Rapport au ministère de la justice.

⁷⁴⁴ Rapport, p. 148.

déloyale. Ainsi, « une sanction efficace des fautes lucratives de concurrence déloyale et de parasitisme implique notamment que la somme due par le concurrent mis en cause soit au moins égale au montant des profits qu'il a pu réaliser grâce à son acte »⁷⁴⁵. Pour madame Carval « si la mise en œuvre de la responsabilité civile personnelle permet de sanctionner la grande majorité des fautes commises dans l'exercice d'une activité (toute faute n'est pas génératrice d'un préjudice mais il faut reconnaître que la plupart le sont), elle le fait, cependant, de manière très incomplète, en ne tenant compte que d'un aspect de la faute de concurrence-son caractère dommageable – et à l'exclusion de son caractère lucratif. Cette excessive rigidité de la condamnation à des dommages et intérêts dessert l'efficacité du droit de la responsabilité dans des nombreux domaines. (...) combler la perte subie par les victimes de l'acte déloyal est une opération nécessaire mais non suffisante ; il faut, de plus, faire perdre au fautif l'avance acquise illégalement sur ses concurrents. Or, ceci ne peut être fait qu'en le condamnant à restituer ses gains illégitimes ou à rendre compte des économies injustifiées qu'il a réalisées. Toutes choses qui ne permet pas d'accomplir la mise en œuvre d'une responsabilité civile orthodoxe »⁷⁴⁶.

614.- Cela étant, la question se pose de savoir à qui doivent profiter les dommages et intérêts punitifs auxquels est condamné le responsable. En effet, lorsque cette somme bénéficie la victime, cette situation engendre un enrichissement sans cause, « qui peut prendre la forme, dans le cadre des rapports de concurrence, d'un avantage concurrentiel indu »⁷⁴⁷. Une sorte de cercle vicieux risque ainsi d'être établi. Tel est

⁷⁴⁵ D. FASQUELLE et R. MÉSA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », *D.* 2005, Chron. 2666.

⁷⁴⁶ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, t. 250, 1995, p. 130, n° 123. Voir aussi sur ce sujet M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », in *Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, JCP G, 2006, I, 149 ; L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013. 275 ; P. JOURDAIN, « Présomption de dommage et concurrence déloyale », *RTD civ.* 2002.304 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originelles du droit de la concurrence et du parasitisme », *RJDA* 1994, n° 6, p. 483 ; M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de concurrence déloyale et du parasitisme », *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque Perpignan, *RTD com.* 1998, p. 17.

⁷⁴⁷ D. FASQUELLE et R. MÉSA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005. Voir aussi sur cette question, M. CHAGNY, « Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006.I. 149.

le cas, par exemple, de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation française, concernant les fabricants français d'articles d'art de table en cristal, que nous avons mentionné plus haut, dans lequel la Cour approuve les juges du fond qui, après avoir constaté des pratiques de publicité trompeuses menées par le défendeur, ont condamné le responsable à payer au demandeur, à titre de dommages et intérêts (punitifs), la différence résultant entre sa charge salariale et celle assumée par le demandeur pendant la période où les pratiques illicites ont eu lieu. L'octroi de cette somme à la victime établi un nouveau déséquilibre concurrentiel tant le demandeur voit ses coûts de production considérablement réduits (pendant la période concernée), alors que le responsable fait face, à la suite de cette condamnation, à une augmentation considérable de ses propres coûts de production ou de revient⁷⁴⁸. La proposition faite par l'avant-projet de réforme du droit des obligations Catala tenant à ce qu'une partie des dommages et intérêts punitifs bénéficie au Trésor public, mentionnée plus haut, semble résoudre cette problématique.

615.- Les Principes de droit européen de la responsabilité civile dégagés par le *European Group on Tort Law* aussi connu sous le nom de Groupe de Tilbourg⁷⁴⁹, ne s'opposent pas aux dommages et intérêts punitifs. Fruit d'un ensemble de recherches de droit comparé menées depuis 1992 par un groupe de travail chargé d'étudier les applications de la responsabilité civile dans les divers pays européens⁷⁵⁰, ces principes prévoient des dispositions qui semblent ne pas s'opposer aux dommages et intérêts punitifs. En effet, l'article 2 :104 prévoit la possibilité pour le juge de « *s'en remettre à une simple estimation de l'étendue du préjudice lorsque la preuve du montant exact se révèle trop difficile ou trop coûteuse à établir* ». Aussi, l'article 10 :101 portant sur « la nature et l'objet des dommages et intérêts, admet la fonction préventive des

⁷⁴⁸ Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, *Société Cristallerie de Montbronn c/ Société Cristal de Paris*, cité plus haut.

⁷⁴⁹ L'édition française a été rédigé par l'équipe de recherche de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert (Université Jean Moulin Lyon 3), sous la direction du Professeur Olivier Moréteau. Ils peuvent être consultés dans le site <http://www.egtl.org/>

⁷⁵⁰ La Commission avait en effet pour mission de poser les fondations de ce qui pourrait éventuellement inspirer les pays européens à adopter un droit uniforme de la responsabilité civile. (...). Ils ont pour vocation de stimuler le débat autour de la responsabilité civile en Europe, et non pas d'être considérés comme un modèle idéal et définitif » : V. CAVALLERI, *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Université de Liège, 2012, consulté dans le site <https://orbi.uliege.be/>.

dommages et intérêts : « *Les dommages et intérêts consistent en le paiement d'une somme d'argent visant à compenser le préjudice de la victime, c'est-à-dire, à la replacer, pour autant que l'argent y parvienne, dans la position qui aurait été la sienne si l'atteinte dont elle se plaint n'avait pas été commise. Les dommages et intérêts ont accessoirement une fonction préventive* ».

616.- Le Règlement n° 864 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)⁷⁵¹, ne contient aucune disposition relative aux dommages et intérêts punitifs. Pourtant, la proposition de règlement précisait à l'article 24, que les juges ne pourraient plus appliquer des dommages-intérêts non compensatoires, c'est-à-dire présentant un caractère exemplaire ou punitif. Cette proposition se fondait sur ce que ce genre de dommages et intérêts seraient contraires à l'ordre public communautaire⁷⁵². Le Sénat français avait pu estimer, lors de l'examen de cette proposition de règlement, que cette disposition limitait les pouvoirs d'appréciation des juges nationaux, raison pour laquelle elle ne devrait pas être acceptée⁷⁵³.

617.- Les juges et la doctrine colombienne restent plus orthodoxes sur ce point.

B. La réception plus timide des dommages et intérêts punitifs en droit colombien de l'évaluation du préjudice économique.

618.- Le recours, par les juges colombiens, à la technique du chiffrement des bénéfices indument obtenus par un agent, aux fins d'évaluer le préjudice économique subi par un autre agent à la suite d'un acte de concurrence déloyale, est en réalité une extrapolation des règles contenues dans la Décision 486 du 2000 de la Commission de la

⁷⁵¹ Journal officiel de l'Union européenne 31.7.2007, L199/40.

⁷⁵² Voir à ce propos C. NOURISSAT, Droit civil de l'Union européenne, D. 2004, Chron. p. 1321.

⁷⁵³ Voir la procédure écrite d'examen de la proposition menée par le Sénat français le 24 juin 2004 dans le site <https://www.senat.fr/>.

Communauté Andine des Nations⁷⁵⁴. Établissant un « régime commun en matière de propriété industrielle », la Décision 486 prévoit à l'article 243 trois critères auxquels peut recourir le juge afin de déterminer le montant des dommages et intérêts dus par le fautif au titulaire du droit de propriété industrielle violé. Ces critères se rapprochent de ceux prévus en droit français et en droit communautaire européen en matière de propriété intellectuelle et de violation de secrets des affaires. Il s'agit en effet a) du gain manqué et de la perte subie endurés par le titulaire du droit violé, b) des bénéfices indument obtenus par le fautif grâce à l'infraction encourue, et c) des montants que l'agent fautif aurait dû payer en raison de la licence contractuelle qu'il aurait dû obtenir pour exploiter le droit violé⁷⁵⁵. Il s'agit de critères non exhaustifs et ils peuvent être cumulés⁷⁵⁶.

619.- Plusieurs auteurs colombiens sont favorables au recours au chiffrage des bénéfices indument obtenus par le fautif afin de mesurer le préjudice subi par le titulaire du droit en matière de propriété industrielle⁷⁵⁷ ainsi que de l'extrapolation faite par la jurisprudence en matière de concurrence déloyale⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ *Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena* du 19 septembre 2000, n° 600 année XVII.

⁷⁵⁵ Artículo 243. “Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”.

⁷⁵⁶ Le texte ne dit rien à ce sujet, c'est-à-dire il ne prévoit pas une exclusion ou un caractère alternatif des critères mentionnés. Certains auteurs colombiens estiment qu'ils peuvent être cumulés à condition que l'on n'accorde pas une double réparation. A. LOPEZ MARTINEZ, « La pretensión indemnizatoria y su prueba en procesos para la protección de derechos de propiedad industrial », dans *XXXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Cali, Colombia, 5, 6 et 7 septembre 2018, ouvrage publié par les Éditions de l'Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2018, p. 683-699, voir notamment p. 691.

⁷⁵⁷ Voir, par exemple, E. RENGIFO, « Capítulo 22. Valoración de perjuicios en la infracción de patentes », in *Derecho de patentes*, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 843 et suivantes. Aussi, A. LOPEZ MARTINEZ, « La pretensión indemnizatoria y su prueba en procesos para la protección de derechos de propiedad industrial », in *XXXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Éditions Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2018, p. 683-699, voir notamment p. 688 et suivantes.

⁷⁵⁸ A. LOPEZ MARTINEZ, « La pretensión indemnizatoria y su prueba en procesos para la protección de derechos de propiedad industrial », *op. cit.*, p. 683 à 699, voir notamment p. 691 et suivantes.

620.- Cependant, les juges semblent manifester une certaine prudence lors du recours à cette méthode d'évaluation du préjudice économique en matière de concurrence déloyale. L'article 18 de la loi 256 du 15 janvier 1996⁷⁵⁹, lorsqu'il sanctionne l'obtention par un opérateur d'un *avantage significatif* par rapport de ses concurrents sur le marché, limite déjà l'appréciation de la faute à ce que l'avantage concurrentiel indument obtenu soit d'une certaine importance. Ceci implique que seuls les troubles d'une certaine gravité portés à l'activité économique des concurrents par le fait de la violation d'une réglementation ou d'une norme encadrant l'activité économique du transgresseur seront sanctionnés.

621.- Les décisions des juges colombiens recourant à cette méthode d'évaluation sont peu nombreuses et elles se limitent à certaines hypothèses de concurrence déloyale⁷⁶⁰. Si la plupart d'entre elles ont été rendues en début des années 2000, celles rendues au cours de la dernière décennie ne retiennent que très rarement cette méthode de calcul du préjudice de la victime. Les condamnations au paiement des dommages et intérêts à la suite d'un acte constitutif de concurrence déloyale sont peu nombreuses car les juges tendent à mesurer de manière stricte le préjudice de l'opérateur victime. C'est dire qu'ils se fondent souvent sur des méthodes de mesure stricte du préjudice afin d'identifier le manque à gagner et la perte subie.

622.- La réforme de la procédure civile colombienne réalisée par la loi 1564 du 12 juillet 2012⁷⁶¹, introduit un nouveau mécanisme d'évaluation des préjudices patrimoniaux. Il s'agit d'un dispositif pouvant, sous certaines conditions, devenir moyen de preuve du préjudice économique. En effet, cette loi introduit à l'article 206 du Code Général du Procès le « *juramento estimatorio* » ou « *l'évaluation sous serment du préjudice faite par la victime* ». Cette évaluation faite par le demandeur est un élément obligatoire dans toutes les actions ayant pour objet la condamnation à des préjudices pécuniaires ; elle constitue en effet, au titre de l'alinéa 7 de l'article 82 du

⁷⁵⁹ Précité.

⁷⁶⁰ Voir à titre d'exemple les espèces étudiées plus haut.

⁷⁶¹ À travers laquelle s'adopte un Nouveau Code Général du Procès civil, publiée dans le Diario oficial CXLVIII, 48489 du 12 juillet 2012.

même Code, une des formalités nécessaires à l'admission de l'assignation par le juge⁷⁶². Ce mécanisme d'évaluation est restreint aux seuls préjudices patrimoniaux ou pécuniaires excluant de ce fait les préjudices extrapatrimoniaux⁷⁶³. Aussi ce nouveau mécanisme processuel peut, par le jeu de diverses règles, devenir un moyen de preuve du préjudice économique subi par une entreprise à la suite d'une entrave illégitime à son activité économique⁷⁶⁴ ; il cherche surtout à contraindre les victimes à établir de la manière la plus stricte possible, avant l'engagement de toute procédure, le montant des préjudices patrimoniaux dont l'indemnisation est demandée. En effet, les demandeurs risquent de se voir imposer une amende civile, qui bénéficie le Trésor public⁷⁶⁵, dans le cas où un écart significatif serait constaté par le juge, au cours de la procédure, entre

⁷⁶² Artículo 82 du Code Général du Procès. Requisitos de la demanda. “Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: (...) 7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario. (...)”.

⁷⁶³ Artículo 206 du Code Général du Procès, alinéa 6: “El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación, los frutos o mejoras, sea un incapaz”.

⁷⁶⁴ Le défendeur a bien sûr la possibilité de s'opposer au chiffre fixé par le demandeur. Dans ce cas, une période d'instruction s'ouvre afin que le demandeur amène au procès les preuves permettant d'établir le montant de son préjudice. Cependant, en l'absence d'une opposition de la part du défendeur au montant fixé par le demandeur (ce qui peut arriver lorsque le défendeur ne se rend pas au procès) le juge peut, s'il estime que le montant est excessif, ordonner d'office la pratique de diverses preuves afin d'établir la réalité du montant du préjudice dont indemnisation est demandée. Si le défendeur s'est opposé à l'évaluation du préjudice faite par la victime, le juge pourra, au vu des preuves apportées au procès, condamner le défendeur au paiement d'une chiffre supérieure à celle estimée par la victime dans son « *juramento estimatorio* ». Dans le cas contraire, c'est-à-dire en l'absence d'opposition du défendeur, le juge ne pourra pas le condamner à titre d'indemnisation du préjudice économique, à un montant supérieur à celui établi par la victime dans son évaluation. Sauf bien sûr, les préjudices économiques causés après l'assignation.

Artículo 206 del Código General del Proceso: “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación, o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (...). Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes. Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que hay fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido (...)”.

⁷⁶⁵ Si, à la suite des mesures d'instruction réalisées soit à l'initiative du défendeur (par le fait de son opposition à l'évaluation sous serment faite par la victime), soit par la décision du juge de les ordonner d'office, le montant établi des préjudices patrimoniaux du demandeur s'avère être inférieur dans au moins un 50% au chiffre estimé par le demandeur (victime), le juge condamnera celui-ci au paiement d'une amende, en faveur du Trésor Public, à hauteur du 10% du chiffre résultant de la différence entre le montant estimé par le demandeur dans son « *juramento estimatorio* » et le montant du préjudice effectivement prouvé au cours de la procédure. (Article 206 du Code Général du Procès, alinéa 4).

le montant du préjudice estimé par la victime dans son « *juramento estimatorio* » et le montant effectivement prouvé au cours de la procédure, voire si aucun préjudice n'était établi au cours du procès⁷⁶⁶. Pour fixer l'amende civile, les juges tiennent souvent compte de la démarche entreprise par le demandeur lors du procès. Ils tiennent en effet compte des moyens de preuve produits par le demandeur au procès afin d'établir le montant de son préjudice, tel par exemple des expertises pratiquées avant la procédure. Dans cette perspective, le législateur colombien cherche, à travers l'exigence de l'évaluation sous serment du préjudice subi par la victime, à conduire les victimes à s'interroger, avant l'engagement de toute procédure, sur la réalité de leur préjudice économique ainsi que sur les moyens de preuve permettant de l'établir. Ainsi conçu, le « *juramento estimatorio* » cherche à réussir une appréciation stricte du préjudice⁷⁶⁷.

623.- Nous avons analysé plus haut comment le recours à la technique d'évaluation du préjudice par le biais du chiffrage des gains indument obtenus par le responsable dans certaines hypothèses de concurrence déloyale implique une appréciation allégée du préjudice effectivement subi par l'agent victime de la faute de concurrence. Mais le recours à cette technique d'évaluation du gain manqué subi par la victime implique aussi une perturbation de l'analyse du lien de causalité.

⁷⁶⁶ Dans ce cas, l'amende civile s'élèvera au 5% de l'évaluation faite par la victime dans son « *juramento estimatorio* » toujours que la partie (victime) ait agi de manière négligente dans l'instruction du procès. (Article 206 du Code Général du Procès, alinéa 7).

⁷⁶⁷ Cependant, dans des décisions rendues après l'entrée en vigueur de l'article 206 du Code Général du Procès, les juges ont pu recourir au chiffrage des gains indument obtenus par l'agent fautif grâce à la violation d'une norme pour mesurer le préjudice économique (gains manqués) subi par l'opérateur victime de l'acte de concurrence déloyale. C'est dire que les juges ont appuyé leur raisonnement sur ce mode d'évaluation du préjudice économique en s'appuyant en outre sur des expertises afin d'établir les gains indument obtenus par le responsable. Ils ont ainsi écarté l'imposition de l'amende civile prévue à l'article 206 du Code Général du Procès. Voir par exemple, Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 732 du 14 mars 2018, *Transportes Expreso Palmira S.A c/ Transportes Armenia S.A.*, la vidéo et l'acte de l'audience de jugement ont été publiées dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, année 2018, déjà citée.

Section 2. L'incidence du recours aux données économiques du fait générateur lors de l'évaluation du préjudice sur l'appréciation du lien causal.

624.- Ainsi que le professeur français Philippe le Tourneau l'explique, l'action en concurrence déloyale, étant une action en responsabilité civile, les éléments de celle-ci doivent être réunis : « *par conséquent non seulement l'existence d'une faute, reconnue en l'espèce, mais aussi celle d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la première et le second* »⁷⁶⁸. Le rapport de causalité a été défini dans la jurisprudence colombienne comme le lien de cause à effet existant entre le fait dommageable et le préjudice⁷⁶⁹. Étant une notion de droit, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation du rapport de causalité (**Paragraphe 1**). Cependant, lorsqu'ils mesurent, en matière de concurrence déloyale, le gain manqué par la victime à hauteur des gains indument obtenus par le responsable, ils présument le lien causal entre le comportement de l'agent fautif et le préjudice de la victime (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le pouvoir souverain des juges du fond français dans l'appréciation du lien causal.

625.- Le demandeur à l'action en concurrence déloyale doit, selon le droit commun de la responsabilité civile, démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le comportement fautif et le préjudice dont il demande réparation. Les juges rappellent régulièrement cette condition de l'action en responsabilité civile⁷⁷⁰.

626.- La plupart du temps, pour établir le lien causal entre le préjudice subi par l'opérateur victime et la faute, les juges du fond observent l'évolution du chiffre d'affaires réalisé par le demandeur, et la comparent avec celle du défendeur. Par ce

⁷⁶⁸ Ph. LE TOURNEAU, note sous Cass. com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654, *D.* 2001, p. 1939. Voir aussi, Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec, 1998, n° 230 et s.

⁷⁶⁹ Tribunal Supérieur de Medellín, 4^e chambre civile, arrêt du 14 mars 2019, *Flavio Humberto Quiroz c/ Translamaya S.A. et autres*, dossier n° 0500013103003-20011-008290082901, inédit.

⁷⁷⁰ Voir par exemple en droit français Com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654 ; Com., 4 févr. 2010, n° 09-10.630.

biais, ils constatent que les manœuvres réalisées par l'agent fautif « ont porté leurs fruits » et établissent de ce fait le lien de causalité⁷⁷¹. Ils établissent aussi le lien causalité par le constat d'une corrélation entre l'installation de l'entreprise concurrente et la diminution dans le chiffre d'affaires de l'entreprise victime⁷⁷². Les juges du fond constatent aussi le lien causal entre le préjudice indemnisé et la faute par une « chute des ventes » avérée dans l'entreprise victime à la suite de l'acte de concurrence fautive : *« Mais attendu qu'ayant constaté que la société HSM avait pu, grâce à la copie servile du modèle de la société Gep, proposer un produit identique à un prix inférieur et que ce comportement déloyal avait joué un rôle certain dans la baisse des ventes du modèle "Nevral/s" dont la société Gep démontrait l'existence, la cour d'appel, établissant ainsi le lien de causalité entre la faute de la société HSM et le préjudice de la société Gep et appréciant souverainement les éléments de preuve versés aux débats, a, sans contradiction, pu statuer comme elle a fait »*⁷⁷³.

627.- Cependant, si les juges du fond ont un pouvoir souverain dans l'appréciation des preuves permettant d'établir l'existence d'un lien causal entre la faute de concurrence et le préjudice subi par l'opérateur qui en est la victime, la Cour de cassation française exerce un contrôle du rapport de causalité relevé par les juges du fond. Ainsi, dans une affaire jugée en 2011 en matière de parasitisme économique, la Cour de cassation a pu, au visa de l'ancien article 1382 du Code civil français, casser l'arrêt attaqué aux motifs que celle-ci n'avait pas caractérisé le lien de causalité entre la faute relevée à l'encontre du défendeur et le préjudice dont elle a constaté l'existence : *« Attendu que pour condamner la société Z... à payer à Mme X..., en qualité de mandataire à la liquidation judiciaire de la société Neral des dommages-intérêts, l'arrêt retient que " l'attitude parasitaire de la société Z... à l'égard d'une société dont elle connaissait les difficultés financières Mme Y..., ancienne employée de la société Neral, qui comme il vient d'être dit, connaissait elle-même parfaitement lesdites difficultés, occupant le poste de directeur au sein de Z... France a causé à la société Neral un préjudice très important ;*

⁷⁷¹ Voir par exemple, Com., 4 juill. 1973, Bull. civ. IV, n° 236.

⁷⁷² Voir par exemple Com., 29 nov. 1976, Bull. civ. IV, n° 300.

⁷⁷³ Com., 20 mars 2007, n° 04-19.679.

Attendu qu'en statuant ainsi, sans caractériser le lien de causalité entre la faute relevée à l'encontre de la société Z... et le préjudice dont elle a constaté l'existence, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle ; »⁷⁷⁴.

628.- Le lien de causalité, notion de droit, est donc une condition de la responsabilité civile qui doit être caractérisée lors de l'établissement de la responsabilité civile du défendeur. Cependant les juges restent libres pour apprécier, dans chaque espèce, le rapport de cause à effet entre la faute et le préjudice.

629.- Ainsi, dans une affaire jugée en 1994 concernant le parasitisme économique, les juges français ont pu conclure que la victime avait en réalité négligé le développement de son activité économique dans un secteur qui paraissait commercialement intéressant⁷⁷⁵. Dans une autre affaire rendue en concurrence déloyale cette fois, la Cour d'appel de Paris a pu estimer que le lien de causalité entre les prétendues fautes du défendeur et la perte de clientèle subie par le demandeur ne pouvait pas être constaté. L'action était dirigée à l'encontre des anciens salariés ayant constitué une société concurrente de celle de leur ancien employeur, la cour d'appel confirme le jugement en ce qu'il a dit que les intimés ne s'étaient pas rendus coupables d'actes de concurrence déloyale. La cour motive notamment sa décision par l'absence de preuve de lien de causalité entre le préjudice et les actes déloyaux, non démontrés en l'espèce : *« les différentes attestations produites par l'appelante à l'appui de ses dires, si elles révèlent effectivement l'arrivée sur un marché ouvert d'un nouveau concurrent avec des méthodes commerciales également nouvelles, ne permettent pas de démontrer que la perte de clientèle constatée soit imputable à des agissements anticoncurrentiels fautifs et non pas à des causes conjoncturelles ou spécifiques à l'entreprise concurrencée, telle la politique commerciale mise en œuvre par le nouveau dirigeant de cette dernière »⁷⁷⁶.*

⁷⁷⁴ Cass. com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654, *société Néral*. Voir aussi Cour de cassation, 2^{ème} civ., 9 juillet 1997, pourvoi n° 95-22.149 et 3^{ème} civ., 11 fév. 1998, pourvoi n° 96-10.257. Voir aussi dans le même sens, Com., 6 oct. 2015, pourvoi n° 13-27.419.

⁷⁷⁵ Cour d'appel de Paris, 8 mars 1994, D., 1994, p. 466 note A. COURET et G.-A. de SENTENAC.

⁷⁷⁶ Cour d'appel de Paris, 3 nov. 2004.

630.- De même, dans un arrêt rendu 1989, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir, pour nier l'existence du lien causal entre la faute et le préjudice, pris en compte l'existence d'autres faits, étrangers à la faute du défendeur, ayant pu entraîner la baisse du chiffre d'affaires dans l'entreprise demanderesse : *« Mais attendu qu'avant de se prononcer souverainement sur l'importance du préjudice, l'arrêt a relevé qu'au titre des six premiers mois de l'année 1982, l'expert s'était fié aux affirmations de la société A.M.C. France pour proposer l'évaluation d'un manque à gagner résultant des actes de concurrence déloyale, sans qu'il ait personnellement vérifié le lien de causalité, et qu'au titre de l'exercice 1981, il fallait prendre en considération l'incidence de la concurrence normale exercé vis-à-vis de la société A.M.C. France de même que de violentes campagnes de presse dirigées contre celle-ci ; qu'ainsi la cour d'appel a justifié sa décision... »*⁷⁷⁷.

631.- Les juges colombiens font aussi preuve de rigueur dans l'analyse du lien de causalité en matière de concurrence déloyale, tel le cas d'une victime de parasitisme qui s'est vu refuser l'indemnisation du préjudice constitué par la perte de la chance d'exposer un de ses ouvrages dans une exposition nationale d'architecture au titre du manque du lien de causalité entre les actes de parasitisme et le préjudice allégué⁷⁷⁸.

632.- Prenant compte de la possibilité de l'incidence négative que des faits autres que la faute peuvent avoir sur l'activité économique de la victime, les juges font parfois preuve d'une certaine rigueur dans l'appréciation du lien causal en matière de concurrence déloyal. Pourtant, lorsqu'ils mesurent le gain manqué subi par un opérateur par le biais des gains indument obtenus par l'agent fautif, ils négligent l'existence de cet aléa.

⁷⁷⁷ Cass. com., 23 mai 1989, pourvoi n° 87-11-912.

⁷⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 18-03456, du 19 juillet 2019, *Carlos Andrés Granada c/ Videplex Universal S.A.*, publiée dans le site officiel de la Superintendencia, Asuntos Jurisdiccionales – Providencias en Competencia desleal y Propiedad industrial, année 2019.

633.- Nous avons précédemment analysé le caractère sanctionnateur de l'indemnisation du préjudice lorsqu'elle est mesurée à hauteur des bénéfices indument obtenus par le fautif. Ramenés à l'action en responsabilité civile pour lui faire accomplir une fonction normative, les dommages et intérêts punitifs impliquent nécessairement un assouplissement non seulement dans l'appréciation du préjudice effectivement subi par la victime, mais aussi dans l'appréciation du lien causal.

Paragraphe 2. La présomption du lien causal.

634.- En matière économique, le juge doit se livrer à une analyse contextuelle et dynamique qui intègre de multiples critères afin de déterminer la réalité du retentissement du comportement fautif sur l'activité économique de l'opérateur victime. Il doit ainsi prendre en compte les différents faits pouvant avoir, de manière simultanée à la faute du responsable, un effet négatif sur l'activité économique de la victime. Or, l'établissement, en matière de concurrence déloyale, du préjudice économique de la victime par le biais des gains indument obtenus par le responsable assoupli l'analyse du lien de causalité entre la faute encourue et le préjudice indemnisé. Dans ce domaine le juge doit, pour établir le lien causal, répondre à la question suivante : l'obtention induite d'un avantage par un concurrent a-t-elle empêché la victime d'obtenir ce même avantage sur le marché ? Les avantages obtenus illicitement par l'agent fautif auraient-ils certainement été obtenus par la victime en l'absence de faute ? Existente-t-elle d'autres circonstances différentes de la faute du défendeur qui expliquent la diminution, la stagnation ou la croissance du chiffre d'affaires du demandeur dans une proportion moindre que celle espérée ? En effet, la preuve du lien de causalité est particulièrement difficile en matière de litiges économiques car les résultats d'une entreprise sur une période peuvent aussi bien être imputables au comportement déloyal d'un concurrent qu'au jeu normal de la concurrence ou à la conjoncture économique⁷⁷⁹, social ou politique. Tel le cas par exemple d'une grève

⁷⁷⁹ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique*, Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, publiées

généralisée entravant l'activité économique d'une entreprise sur une période considérable.

635.- La théorie économique permet de déterminer avec rigueur le lien de cause à effet « *entre un fait et les valeurs observables de différentes variables dont on veut examiner l'évolution sous l'empire de ce fait, que l'on désigne habituellement sous le nom de 'variables d'intérêts' »*⁷⁸⁰. La théorie économique peut ainsi mesurer l'influence d'un fait (le comportement fautif du défendeur, l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché pertinent, l'arrivée de ventes en ligne, le renchérissement des coûts de production, les changements dans la demande qui s'adresse au demandeur par exemple par des éventuels effets de mode, la grève, les évènements climatiques, les variations dans une campagne publicitaire menée par la victime, entre autres) sur une variable d'intérêt (profits, revenus, coûts de production de l'entreprise victime entre autres). « *Le raisonnement sous-jacent provient de ce que le fait générateur a pu engendrer un préjudice qui se traduit par des valeurs de ces variables qui s'écartent de celles qu'elles auraient prises en l'absence du fait : le raisonnement économique permet de reconstituer ce qu'auraient été ces variables dans ce cas et de raisonner par référence à une situation 'contre-factuelle' qui se serait produite en l'absence du fait générateur »*⁷⁸¹, c'est-à-dire, en l'absence de la faute du défendeur. En d'autres termes, l'on doit « *s'assurer que l'évaluation des quantités vendues ou produites n'a été influencée que par la cause incriminée et non par d'autres circonstances. L'influence de facteurs externes (sic) doit être écartée de l'évaluation qui doit refléter exactement de l'existence du lien de causalité entre faute et préjudice »*. En effet, certains chiffres peuvent évoluer avec les circonstances de marché ou les réglementations, voire les

dans le site internet de la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 2 : « Quelle appréciation du lien de causalité ? ».

⁷⁸⁰ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique*, Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, publiées dans le site internet de la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 2 : « Quelle appréciation du lien de causalité ? ».

⁷⁸¹ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique*, Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, publiées dans le site internet de la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 2 : « Quelle appréciation du lien de causalité ? ».

événements politiques⁷⁸². À titre d'exemple, une grève généralisée peut entraver de façon importante le déroulement de l'activité économique d'une entreprise ayant précédemment été victime d'un acte de concurrence déloyale. D'autres faits peuvent aussi influencer l'évolution de l'instrument de mesure choisit, par exemple, les conditions météorologiques. Monsieur Bélot mentionne en effet les aléas météorologiques en tant qu'élément pouvant influencer l'évolution de l'activité de la victime. Ainsi, un commerce situé dans un centre commercial peut voir son activité altérée par les conditions météorologiques : « *lors d'un 'pont' d'Ascension pluvieux, la fréquentation du centre commercial entraînait une augmentation du chiffre d'affaires du vendredi et du samedi, alors qu'un 'pont' ensoleillé correspondait à une baisse du chiffre d'affaires du samedi, jour pourtant traditionnellement 'bon' »*⁷⁸³.

636.- La théorie économique permet donc d'établir le rapport de cause à effet entre un fait générateur et la variation d'une valeur, c'est-à-dire entre un fait et le préjudice argué par la victime. Cela étant, la théorie économique permet de déterminer par exemple si la perte de clientèle ou la diminution du chiffre d'affaires du demandeur obéit au comportement fautif du demandeur ou à un autre fait. La constatation, à travers la théorie économique, de l'influence de l'entrée sur le marché d'un autre concurrent, d'une variation dans la demande qui s'adresse au demandeur, d'une grève généralisée ou d'un événement climatique par exemple, sur le chiffre d'affaires du demandeur, permettront d'établir l'existence d'un autre fait qui rompt de manière totale ou partielle le lien causal entre la conduite du défendeur et le préjudice de la victime. C'est dire qu'en présence de faits simultanés au comportement fautif, la théorie économique permet de mesurer l'impact des différents faits sur, par exemple, le chiffre d'affaires de la victime, les quantités vendues, les prix pratiqués, les profits obtenus, etc. « *Dans chaque configuration, déterminer l'existence d'un lien de causalité entre le fait et ses conséquences éventuelles sur telle ou telle variable (sic) exige d'évaluer et d'isoler la*

⁷⁸² F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1682.

⁷⁸³ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 686.

contribution du seul fait générateur à l'évolution de la variable d'intérêt en question, c'est-à-dire finalement de déterminer l'ensemble des autres facteurs explicatifs qui contribuent à l'explication du comportement de la variable en question (sic) Il est donc impossible pour un économiste de présumer l'effet d'un évènement sur la valeur ou l'évolution d'une variable, c'est-à-dire de présumer la causalité entre les deux. Seule la compréhension des mécanismes de formation habituels de telle ou telle variable et la quantification de l'impact de chaque facteur explicatif sur cette variable permet d'identifier, par référence, une causalité entre un fait et ses conséquences »⁷⁸⁴.

L'analyse économique de l'impact de chacun des faits sur l'activité du demandeur permettra de déterminer par différence l'incidence de la conduite fautive du défendeur sur le préjudice subi par la victime, c'est-à-dire, de déterminer le lien causal entre la faute et le préjudice.

637.- Cependant, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour tenir compte de l'ensemble des éléments de preuve. Une « *bonne compréhension du marché en question, un choix judicieux des modèles économiques de comportements, ainsi que des données suffisamment nombreuses et de bonne qualité pour se prêter à l'exploitation par l'économiste* »⁷⁸⁵, permettront au juge d'établir de la manière la plus rigoureuse possible le lien de causalité entre la faute du défendeur et le préjudice de la victime. Cela étant, mesurer le préjudice de la victime à hauteur des bénéfices indument obtenus par le responsable implique de laisser de côté l'analyse proposée par la théorie économique en matière de causalité. En effet, en mesurant le préjudice à travers cette technique, les juges estiment que la victime aurait, en l'absence de la faute, réussi les mêmes gains que le fautif alors qu'en réalité celui-ci n'a pu réussir de tels gains que grâce à la faute commise. C'est de nier l'hypothèse d'une concurrence loyale ou licite

⁷⁸⁴ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique*, Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, publiées dans le site internet de la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 2 : « Quelle appréciation du lien de causalité ? ».

⁷⁸⁵ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique*, Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, publiées dans le site internet de la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 2 : « Quelle appréciation du lien de causalité ? ».

afin d'établir les gains que la victime aurait pu y obtenir. Les juges présument alors le préjudice du demandeur et le lien de causalité entre celui-ci et le comportement du défendeur. Les dommages et intérêts alloués au demandeur ont dès lors un caractère punitif.

638.- Il semble alors plus juste de mesurer le gain manqué subi par la victime en chiffrant de manière précise les profits que celle-ci aurait pu obtenir non seulement dans le cadre d'une concurrence loyale ou licite, mais aussi aux vues de la capacité concurrentielle dont elle disposait effectivement sur le marché avant la faute. Aussi, dans certains cas, il sera plus juste d'indemniser le préjudice de la victime par le biais de la perte de la chance de réaliser ces gains ou ces profits, d'autant que, par définition, l'indemnisation au titre des dommages intérêts punitifs dépend de l'appréciation d'un comportement de l'agent déloyal plutôt que du préjudice économique effectivement souffert.

Chapitre 2. L'appréciation stricte du préjudice économique.

639.- Ainsi qu'un auteur français a pu l'expliquer, pour bien mesurer la portée d'une atteinte au processus d'activité économique mené par un opérateur il faut « *étudier et comprendre l'activité économique concernée et donc souvent l'entreprise qui la mène, dans son organisation, ses métiers, ses salariés, son environnement concurrentiel* »⁷⁸⁶. C'est par ce moyen que l'on peut arriver à saisir toutes les répercussions de l'atteinte et à les chiffrer. C'est par cette voie que le préjudice économique subi par un opérateur devient tangible.

⁷⁸⁶ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, ch. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1681.

640.- Les juges colombiens rappellent en effet souvent que le demandeur à l'action en indemnisation de préjudices doit démontrer l'existence et l'étendu du préjudice subi⁷⁸⁷. Cela étant, « *la tâche qui revient à la victime est tout aussi ardue, car c'est précisément elle qui a l'obligation de chiffrer son préjudice économique pour justifier aux yeux du juge le montant de sa demande* »⁷⁸⁸. L'évaluation des répercussions de l'entrave ou de la lésion portée illégitimement à l'activité économique menée par un opérateur se fonde sur un raisonnement spécifique : il faut estimer la situation économique dans laquelle se serait trouvé l'agent victime de l'entrave s'il n'y avait pas eu d'atteinte à son activité économique : quels gains aurait obtenu l'entreprise, de quels frais aurait pu-t-elle faire l'économie. À cette fin des éléments comptables (**Section 1**) tout aussi que des notions juridiques (**Section 2**) permettront aux victimes d'établir aussi exactement que possible le préjudice à la suite d'une perturbation illégitime au déroulement de leur activité économique.

Section 1. Les outils comptables de l'appréciation stricte du préjudice économique.

641.- Comme l'a affirmé Monsieur Bouchon, « *l'évaluation du gain manqué procède d'une démarche intellectuelle totalement différente de celle suivie en ce qui concerne les pertes matérielles subies. En d'autres termes, l'évaluation du gain manqué résultera, au moins partiellement, d'un raisonnement de finance-fiction ou d'industrie-*

⁷⁸⁷ “(...) incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios”: Cour Suprême de Justice, chambre de cassation civile, arrêt du 27 juillet 2001, dossier n° 5860. “(...) perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, “que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha”: Conseil d'État, sección tercera, arrêt du 21 mai 1998, dossier n° 10.479.

⁷⁸⁸ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p.1681.

fiction : que se serait-il passé si... »⁷⁸⁹. Suivant Monsieur Bélot, « l'évaluation du préjudice économique est donc d'ordre purement intellectuel, car il faudra non seulement chercher le résultat réel des opérations perturbées, mais aussi ce qu'il aurait pu être en termes de revenus s'il n'y avait pas eu d'atteinte à l'activité »⁷⁹⁰.

642.- Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible la situation dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence de la faute. Pour mesurer la portée de l'atteinte à une activité économique, l'on doit établir l'état actuel de l'opérateur victime, c'est-à-dire l'état dans lequel celle-ci se trouve à la suite des faits dommageables pour ensuite le comparer avec l'état dans lequel elle se serait trouvée si la faute n'avait pas eu lieu. C'est-à-dire que l'on doit comparer un scénario réel ou la *situation observée* (le fait générateur s'étant produit) et la *situation contrefactuelle* (celle, non observable par définition, où le dommage ne se serait pas produit)⁷⁹¹. La situation contrefactuelle est constituée par l'observation d'un marché ou d'une période non affectée par le fait dommageable. Elle est aussi appelée « marché contrefactuel », « groupe contrefactuel », « groupe de contrôle » ou « groupe témoin »⁷⁹². À la suite de la comparaison de ces deux scénarios l'on pourra déterminer si la situation actuelle de la victime fait preuve d'une baisse, d'une stagnation, ou bien

⁷⁸⁹ F. BOUCHON, (experte agréée par la Cour de cassation française), *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, 2002, cité par F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1682.

⁷⁹⁰F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1682.

⁷⁹¹ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?* », Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, Fiche pratique n° 3 : « Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer un préjudice ? », publiées dans le site internet de la cour d'appel de Paris.

⁷⁹² Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?* », Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017, Fiche pratique n° 3 : « Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer un préjudice ? », publiées dans le site internet de la cour d'appel de Paris.

d'une augmentation inférieure à ce que l'on pouvait s'attendre en l'absence de la faute⁷⁹³.

643.- Comme monsieur Bélot l'explique, « *cette méthode d'évaluation du préjudice s'avère tout particulièrement pertinente face à un indicateur qui stagne, voire qui poursuit sa croissance malgré le dommage porté à l'activité économique, ce qui pourrait conduire à considérer à tort qu'il n'y a pas eu de préjudice* ». Ainsi, par exemple, si malgré le comportement fautif, « *il y a eu hausse du chiffre d'affaires, il est donc nécessaire d'établir que cette hausse aurait été plus forte. S'il y a eu baisse, celle-ci était peut-être inéluctable mais aurait pu être moins forte sans le dommage, d'où la difficulté de l'analyse* »⁷⁹⁴. En outre, cette méthode d'évaluation du préjudice économique permet d'établir l'existence d'un *préjudice futur* ce qui résulte utile notamment en matière de parasitisme où l'entreprise victime peut certainement s'attendre à une diminution de la clientèle et donc du chiffre d'affaires dans l'avenir compte tenu la banalisation de la notoriété parasitée⁷⁹⁵ ou du savoir-faire. À titre d'exemple, les juges français ont pu mesurer à hauteur de 11 millions et demi d'euros, le préjudice subi par la société *Chantelle*, consacrée à l'activité de production et commercialisation de lingerie, du fait de l'insertion de son savoir-faire, par l'un de ses anciens salariés, dans les systèmes informatiques de diverses sociétés concurrentes. La détention de ce savoir-faire, composé de l'ensemble des règles spécifiques appliquées pour faire évoluer la géométrie des gabarits – longueur, coupes, angles – de manière à obtenir dans toutes les tailles les pièces à assembler, par les sociétés concurrentes de la victime, cause sans doute une dépréciation de la valeur de ce savoir-faire, préjudice qui peut aussi être apprécié sous l'angle du préjudice futur, c'est-à-dire, dans la perte certaine dans l'avenir d'une partie de la clientèle et donc dans une diminution,

⁷⁹³ « (...) le préjudice à indemniser résultera de la différence entre ces deux séquences, exprimée en valeur actuelle à la date du dommage » : F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1685.

⁷⁹⁴ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1685.

⁷⁹⁵ Cependant, la lésion portée à l'image de marque est souvent indemnisée par le biais d'un « taux de dépréciation de marque ». F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1685.

stagnation ou augmentation moins importante du chiffre d'affaires. Encore convient-il de déterminer la méthode d'évaluation appropriée.

644.- Plusieurs éléments de la science économique peuvent nous permettre de mesurer aussi strictement que possible le préjudice subi par un opérateur à la suite de l'entrave ou de la lésion portée à son activité économique. En effet, le choix d'un instrument de mesure de l'activité économique lésée (**Paragraphe 1**) permet de bien cerner le retentissement de l'atteinte subie par l'opérateur victime. L'indentification d'une méthode d'évaluation propre à la matière économique doit aussi être faite (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les instruments de mesure du préjudice économique.

645.- Divers instruments comptables permettent de mesurer de manière rigoureuse le préjudice économique subi par une entreprise à la suite d'une entrave illégitime de son activité. Ainsi, un *étalon d'évaluation* propre à l'activité développée par la victime devra être retenu (I). Le recours à la notion de « *marge* » ou « *marge sur coûts variables* » (II) tout comme la prise en compte des *frais supplémentaires engendrés* par l'entrave (III) permettent aussi de déterminer de manière stricte le préjudice économique subi par l'opérateur victime par le fait de l'entrave portée à son activité.

I. Les étalons de mensuration possibles.

646.- Le « chiffre d'affaires » est un étalon universel de mesure de l'activité économique des opérateurs en tant qu'il consiste dans « *l'ensemble de recettes réalisées par une entreprise dans l'exercice de son commerce ou de son industrie* »⁷⁹⁶.

⁷⁹⁶ Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e édition, 2000.

Il peut être vérifié grâce à la comptabilité générale et aux déclarations fiscales. Il peut aussi l'être grâce aux analyses de gestion parfois réalisés par les opérateurs⁷⁹⁷.

647.- L'atteinte à l'activité économique d'un agent peut ainsi être mesurée, en principe, par la réduction significative du chiffre d'affaires provoquée par le comportement illicite. Cependant, l'entrave d'une activité économique peut aussi se traduire dans une augmentation moins forte du chiffre d'affaires que celle qui aurait normalement dû se réaliser en l'absence des faits dommageables.

648.- Étant donné que le chiffre d'affaires d'une entreprise comprend l'ensemble des ventes de biens ou services, parfois dissemblables, à l'intérieur de son activité globale, il est souvent utile, pour bien mesurer le préjudice économique subi par l'agent, de s'appuyer sur des instruments de mesure plus spécifiques à l'activité de la victime. Monsieur Bélot explique bien la pertinence du recours à ces divers instruments. Ainsi, le *nombre d'unités*, par exemple le nombre de véhicules vendus par un concessionnaire automobile, le tirage dans la presse écrite, le nombre visites, d'entrées voire de souscripteurs à un site internet, ou le nombre d'heures dans l'ingénierie ou dans tous les métiers où est vendue une prestation intellectuelle. D'autres instruments de mesure spécifiques à l'activité de la victime peuvent résulter, selon monsieur Bélot, du *volume*, tel le cas des revendeurs pétroliers et des stations-service, du *poids*, comme dans l'industrie du commerce des matières premières (par exemple le tonnage dans le commerce du bois), ou encore du *pourcentage* comme c'est le cas du taux de remplissage dans l'industrie hôtellerie ou le taux de marche pour une machine dans une usine.

649.- Le choix de l'instrument de mesure spécifique à l'activité de l'entreprise dépendra de ce que l'on puisse compter sur des données fiables et complets sur une période assez représentative de l'activité endommagée⁷⁹⁸. De même, lorsque l'on

⁷⁹⁷ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1683.

⁷⁹⁸ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1684.

choisit comme étalon de mesure le chiffre d'affaires il faudra, lorsque l'entreprise n'est pas « monoproduit », c'est-à-dire lorsqu'elle est hétérogène, effectuer l'analyse à partir des principaux produits. Dans ce cas, il est prudent tenir compte de la croissance en prix des produits ou des services, afin de pouvoir isoler la croissance apparente du chiffre d'affaires issue d'une inflation ou des variations de taux de change.

650.- Comme Monsieur Bélot l'explique, chacun des instruments de mesure de l'activité de la victime « *présente des avantages et des inconvénients, et [sic] la précision de l'évaluation du préjudice dépendra du choix judicieux de l'indicateur* »⁷⁹⁹. Monsieur Bouchon explique à ce propos que dans certains cas, « *le demandeur présentera une évaluation du préjudice calculée à partir d'un indicateur A, que le défendeur y opposera un raisonnement appuyé sur l'indicateur B et que l'expert désigné par le tribunal, après avoir expliqué pourquoi ni l'un ni l'autre n'étaient suffisants, procédera à son évaluation à partir d'un indicateur C* »⁸⁰⁰.

II. Le recours à la notion de « marge sur coûts variables » ou « marge perdue » pour déterminer le préjudice économique.

651.- Pour calculer la marge perdue par la victime l'on doit d'abord établir le chiffre d'affaires perdue par celle-ci par cause du fait dommageable. Ainsi, l'on doit établir la différence entre le chiffre d'affaires que la victime aurait réalisé en l'absence de la faute et celui qu'elle a effectivement réalisé après la faute. Le résultat constituera le chiffre d'affaires perdu.

652.- Le principe de réparation intégrale commande qu'il ne doit pas résulter, du fait de l'indemnisation, ni un enrichissement ni un appauvrissement pour la victime. Cela étant, l'on devra tenir compte lors de la détermination de la marge perdue, des charges

⁷⁹⁹ Ibidem.

⁸⁰⁰ F. BOUCHON, (expert agréé par la Cour de cassation française), *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, 2002, cité par F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, n° 24, p. 1684.

qui n'ont pas été supportées par la victime du fait de la baisse d'activité. « *En effet, pour réussir son chiffre d'affaires l'entreprise engage des charges qui peuvent être de nature variable (achats des marchandises qui seront revendues, achats de sous-traitance, frais du personnel intérimaire, primes d'objectif versées au personnel commercial, honoraires divers...) ou de nature fixe (loyer des locaux, assurances, frais de personnel...)* »⁸⁰¹.

653.- Ainsi, une fois le chiffre d'affaires perdu calculé, suivant l'une des méthodes d'évaluation de l'instrument de mesure expliquées plus bas, l'on devra déduire de cette somme le montant des *coûts variables*, c'est-à-dire des coûts que la victime n'a pas engagés du fait de la baisse d'activité (des coûts que la victime a économisés en ne réalisant pas le chiffre d'affaires incriminé - coûts de revient économisés, tels par exemple des matières premières). Ces coûts sont calculés *in concreto*. Le résultat constitue le *taux de marge brute* ou le *taux sur coûts variables*⁸⁰² ; « *Le préjudice n'est pas égal au chiffre d'affaires perdu par la victime, car en ne réalisant pas le chiffre d'affaires incriminé la victime a aussi économisé des coûts. Il s'agit donc du chiffre d'affaires perdu diminué des coûts économisés, c'est à dire d'une marge sur coûts variables* »⁸⁰³.

654.- Les experts distinguent à ce propos deux périodes à partir du début des désordres. Ils fixent tout d'abord une période à court terme, « *au cours de laquelle la victime n'a pas le temps de réajuster ses charges de structure* ». Dans cette période le préjudice de la victime équivaut au chiffre d'affaires perdu moins les coûts variables tel que l'on vient de l'expliquer. À la suite de cette première période, vient une seconde, calculée sur le long terme. En effet, l'on estime qu'au cours de la première période la victime a eu la possibilité de se restructurer ou de réajuster sa production et ses charges, compte

⁸⁰¹ Ch. ARENS et M. CHAGNY (dir), *Fiches méthodologiques* réalisées par le groupe de recherche constitué à la suite du colloque *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, précitées, Fiche méthodologique n° 6 : « Quel concept de marge ? », p. 1.

⁸⁰² F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1686.

⁸⁰³ M. NUSSEMBAUM et A. PERRIN, « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? », *Option Finance*, n° 690, 21 mai 2002, p. 35.

tenu de la baisse d'activité engendrée par l'acte fautif⁸⁰⁴. C'est dire que les experts tiennent compte de ce qu'au bout d'un moment, les entreprises prennent des décisions économiquement raisonnables afin d'adapter leur activité. Ainsi, pour calculer les gains manqués au cours de cette seconde période, l'expert prendra en compte que l'entreprise aura raisonnablement réduit ses charges fixes pour les ajuster au nouveau volume de son activité⁸⁰⁵. L'expert devra justifier le passage de la première à la seconde période au vu de la dynamique du marché tout comme au vu des possibilités économiques de l'entreprise victime. Le préjudice subi par l'entreprise au cours de cette seconde période correspond à la *perte de bénéfices d'exploitation* pour le calcul desquels l'on tient compte de toutes les charges, fixes et variables⁸⁰⁶. Au bout d'un certain temps l'entreprise aura peut-être développé des activités de remplacement qui lui auront permis d'absorber ses charges fixes et, en conséquence, son préjudice pourra avoir disparu⁸⁰⁷.

III. La prise en compte des frais supplémentaires engendrés par l'entrave.

655.- Dans certaines situations, l'entrave portée à l'activité de la victime a pu la conduire à supporter certains frais supplémentaires. Il peut s'agir par exemple, des coûts engendrés par la restructuration de ses coûts de fonctionnements, par exemple

⁸⁰⁴ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1686.

⁸⁰⁵ « Beaucoup de frais présentent un caractère mixte, c'est-à-dire une certaine variabilité, cette dernière qualification dépendant également de la durée sur laquelle l'analyse doit être conduite. En effet, sur une très courte période beaucoup de frais présentent une certaine fixité et ne peuvent être réduits que plus ou moins facilement en cas de baisse d'activité, en revanche, sur une longue période l'ensemble des charges prend un caractère variable, faute de quoi l'entreprise n'aurait aucune possibilité d'adapter ses coûts » : F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1686.p. 1687.

⁸⁰⁶ Le résultat d'exploitation est un solde intermédiaire de gestion qui détaille les produits et les charges de l'entreprise sur un exercice comptable écoulé. Un bénéfice (résultat positif = ses produits sont supérieurs à ses charges), ou une perte (résultat négatif = ses produits sont inférieurs à ses charges).

⁸⁰⁷ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1687.

des licenciements, un déménagement et de ce fait des frais de conditionnement des nouveaux locaux. Dans ce cas, l'indemnisation devra comprendre, outre la marge perdue (marge sur coûts variables perdue), les frais supplémentaires supportés (perte subie ou *dommage naissant* en droit colombien). Mais il faut, pour faire justice au principe de réparation intégrale du préjudice, diminuer ce chiffre des frais supprimés du fait de la restructuration encourue. Ainsi, si l'on ajoute à la marge perdue le montant des frais supplémentaires de licenciement engendrés par l'atteinte, l'on devra diminuer de ce chiffre les coûts de personnel évités⁸⁰⁸.

656.- Cela étant, l'équation finale pour calculer le préjudice économique subi par un agent à la suite d'une attente ou d'une entrave portée sur son activité économique sera :
Chiffre d'affaires perdu – coûts variables = (Marge sur coûts variables ou Marge perdue + Frais supplémentaires spécifiques supportés du fait de l'entrave) - Frais de structure ou de fonctionnement éventuellement réduits.

657.- Enfin, lorsque le chiffre d'affaires perdu concerne plusieurs exercices à venir, l'expert devra actualiser les sommes correspondantes à des pertes futures (gain manqué futur). Dans ce cas, « *le taux d'actualisation retenu devra prendre en compte le caractère plus ou moins aléatoire de ces résultats à l'aide d'une prime de risque qu'il conviendra de justifier par des références précises aux données observables sur les marchés financiers* »⁸⁰⁹.

658.- Une fois les instruments de mesure déterminés, il y a lieu de retenir la méthode appropriée.

⁸⁰⁸ Exemple cité dans Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches méthodologiques* réalisées par le groupe de recherche constitué à la suite du colloque *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, précitées, Fiche méthodologique n° 6, « Quel concept de marge ? », p. 2.

⁸⁰⁹ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chr. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1687.

Paragraphe 2. Les méthodes économiques permettant d'évaluer le préjudice économique subi.

659.- La mesure rigoureuse du préjudice économique subi par la victime résulte, on l'a indiqué, de la comparaison entre la situation contrefactuelle ou hypothétique et la situation réelle ou celle dans laquelle l'entreprise se trouve après la faute.

660.- La théorie économique⁸¹⁰ identifie plusieurs méthodes d'analyse de l'évolution de l'instrument de mesure choisit. Nous analyserons alors ces différents procédés d'exploitation des instruments de mesure des fluctuations de l'activité économique de la victime.

I. « Les simples différences ».

661.- Dans cette méthode il s'agit de comparer la valeur des variables avant et après la survenance de la faute. L'on compare les données ou les instruments de mesure recueillis ou issus de l'activité de la victime *avant et après* ou bien *pendant et après* la faute. L'on doit constituer une situation contrefactuelle à travers l'observation d'un marché et d'une période non affectée par la pratique fautive. Ainsi, le marché ou le groupe de produits auquel on compare le marché potentiellement affecté par les pratiques peuvent être appelés 'marché contrefactuel', 'groupe contrefactuel', 'groupe de contrôle' ou 'groupe témoin'. « *Le groupe de produits servant de contrefactuel doit être choisi aussi similaire que possible au groupe affecté, de manière à ce que les seules différences entre les deux groupes soient dues à l'incidence (dans la situation observée) ou à la non-incidence (dans le marché contrefactuel) du fait générateur* »

⁸¹⁰ L'on suivra les méthodes d'analyse présentées par Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches pratiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 3 : *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?* », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris.

⁸¹¹, c'est-à-dire la faute du défendeur. La situation contrefactuelle reconstituée reflètera alors la situation dans laquelle se trouverait actuellement l'entreprise victime si la faute n'avait pas eu lieu.

662.- Cette méthode d'analyse du préjudice économique est utile lorsqu'il n'existe aucun facteur, autre que le fait dommageable, pouvant interférer avec l'évolution des instruments de mesure choisis dans la situation réelle et dans la situation contrefactuelle. Tel serait le cas par exemple d'une baisse de certains coûts de revient due au marché et non pas au fait dommageable analysé. En effet, dans un tel cas, si l'on ne tient pas compte de cette interférence, l'on pourrait majorer le préjudice indemnisé à la victime.

663.- Lorsque des faits autres que la faute du défendeur ont pu interférer avec l'évolution des instruments choisis pour mesurer l'activité de la victime, il vaut mieux de recourir à la méthode de « doubles différences » afin de bien déterminer le préjudice et le lien de causalité.

II. « Les doubles différences » ou « la différence des différences ».

664.- Il s'agit ici de comparer l'évolution des instruments de mesure choisis --*avant et après* -- ou bien -- *pendant et après* -- de l'activité de l'entreprise victime avec l'évolution des mêmes instruments ou des mêmes variables *avant et après* ou *pendant et après* sur un autre marché non affecté par le fait dommageable (par exemple un marché géographique différent de mêmes produits non affecté par les comportements fautifs).

⁸¹¹ Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches pratiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 3 : *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?* », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris.

665.- Cette méthode permet de réussir une appréciation stricte du lien de causalité entre la faute encourue et le préjudice à indemniser. En effet, la méthode des doubles différences permet d'identifier les effets des facteurs autres que le fait dommageable ayant interféré ou influencé négativement sur l'activité de la victime. Cela étant, l'on parvient à isoler les effets préjudiciables de la faute sur l'entreprise victime afin de déterminer aussi exactement que possible le préjudice économique à indemniser. Cependant, la principale difficulté liée à la mise en œuvre de cette méthode d'analyse est l'accès aux données propres au marché non affecté par le fait dommageable. Aussi, le choix du marché servant à établir la double différence est délicat dans la mesure où l'on doit s'assurer qu'il présente des caractéristiques équivalentes à celles du marché affecté⁸¹².

III. La méthode économétrique.

666.- Par cette méthode l'expert arrive à construire le modèle ou la situation contrefactuelle qui permet, par exemple, d'expliquer la formation des prix dans des circonstances normales, c'est-à-dire, par des variables autres que le fait générateur. Ces variables sont appelées des « *variables explicatives* » (par exemple ventes en volume, nombre de concurrents sur le marché). Pour cela, l'expert doit recueillir toutes les données disponibles sur les marchés similaires ou approximatifs au marché affecté par le fait dommageable. L'expert réussira ainsi à expliquer le comportement d'une variable ou d'un instrument de mesure en période « normale », c'est-à-dire en l'absence de la faute, à travers les « variables explicatives » recueillies sur le marché similaire à l'affecté. De cette manière l'expert réussit, sur la base de sa compréhension du marché, à déterminer la structure du modèle contrefactuel⁸¹³. Ensuite, l'expert pourra comparer

⁸¹² Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches pratiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 3 : *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?* », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris, p. 3.

⁸¹³ Ainsi par exemple, dans un marché de médicaments génériques, l'expert peut arriver à déterminer qu'en période normale (modèle contrefactuel), lorsque le nombre des génériqueurs augmente d'une unité, ou de 1%, le taux de générification (taux de pénétration des génériques sur le marché) augmente

l'évolution de l'instrument de mesure dans le modèle ou dans la situation contrefactuelle construite et l'évolution du même instrument dans la situation réelle de la victime à la suite du fait dommageable.

667.- Cette méthode d'analyse a la faiblesse de requérir des « *nombreuses données et 'propres', ce qui engendre un certain travail avec l'entreprise et du côté des économistes, de manière à ce que les données brutes, une fois 'nettoyées', soient aptes au traitement par l'analyse économétrique* »⁸¹⁴.

IV. La détection d'une rupture de tendance.

668.- La détection d'une rupture de tendance permet d'identifier qu'à un instant, il s'est produit un fait (tel le fait dommageable par exemple) qui intervient dans l'explication du changement dans l'évolution d'une variable. Cette méthode est appliquée « *aux cas où un évènement est susceptible d'avoir affecté le comportement d'une variable sur le long terme. L'idée est qu'en l'absence du fait générateur, la variable d'intérêt se comporte selon un certain schéma ou modèle qui explique son évolution, tandis qu'à partir du fait générateur, cette variable se comporte de manière différente, selon un schéma différent (...) avant et après le fait générateur, ce sont deux modèles de comportement différents (...) les méthodes qui permettent de détecter une rupture de tendance sont généralement économétriques elles aussi. Elles permettent de mettre en évidence la différence entre les modèles explicatifs du comportement de la variable*

de X%. Exemple cité dans Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches pratiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 3 : *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?* », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris, p. 4.

⁸¹⁴ Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches pratiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 3 : *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?* », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris, p. 4.

*d'intérêt avant et après le fait générateur »*⁸¹⁵. Ainsi à titre d'exemple, l'on peut à travers cette méthode, expliquer le modèle de comportement des ventes d'une entreprise avant et après la lancée d'une campagne publicitaire mensongère par un concurrent.

669. - L'on a étudié comment les instruments et les méthodes de la science économique peuvent venir à l'aide de la détermination stricte du préjudice subi par un agent à la suite de l'entrave subie sur son activité. Cependant, certaines difficultés liées à la certitude du préjudice peuvent apparaître au cours de cette démarche. La règle de droit permet de les surmonter. Ainsi de la perte d'une chance.

Section 2. La notion juridique à l'aide de l'appréciation stricte du préjudice économique : l'indemnisation de la perte de la chance.

670.- La perte d'une chance, notion issue du droit de la responsabilité civile (**Paragraphe 1**), peut permettre aux juges de bien mesurer le préjudice économique de l'opérateur victime (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les difficultés liées à la certitude du gain manqué en matière économique.

671.- Le professeur français Philippe le Tourneau a pu expliquer que « *l'exigence d'un préjudice certain a toujours été entendue avec relativité, car la certitude n'est pas de ce monde. Le préjudice certain est, dans ce sens, le préjudice très vraisemblable, si*

⁸¹⁵ Ch. ARENS et M. CHAGNY, (dir), *Fiches pratiques* élaborées par le groupe de travail composé à la suite du colloque « *Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique?* » qui s'est tenu le 22 septembre 2016 à la cour d'appel de Paris, Fiche pratique n° 3 : *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?* », publiées dans le site officiel de la cour d'appel de Paris, p. 5.

vraisemblable qu'il mérite d'être pris en considération »⁸¹⁶ ; « *le préjudice certain, c'est bien souvent celui qui est tellement vraisemblable que le droit le prend en considération ; le préjudice éventuel, celui qui est tellement éventuel qu'on ne peut le prendre en considération* »⁸¹⁷.

672.- La définition du caractère certain du préjudice indemnisable en droit de la responsabilité civile est faite par exclusion : « *C'est un point bien acquis tant en doctrine qu'en jurisprudence qu'un dommage purement 'hypothétique' ou 'éventuel' ne peut engager la responsabilité civile de son auteur* »⁸¹⁸. Le préjudice certain, indemnisable en droit de la responsabilité civile, est le préjudice qui existe, c'est-à-dire, le préjudice qui a réellement été subi par la victime. Cependant, une certaine marge d'aléa est jugée compatible avec la certitude du dommage dès lors que celui-ci existe en puissance, qu'il a en soit toutes les conditions de sa réalisation⁸¹⁹.

673.- Nous avons vu que dans certaines hypothèses de concurrence déloyale, le préjudice économique est mesuré par le recours aux données du fait générateur, concrètement par le chiffrage des bénéfices illicitement obtenus par l'agent fautif grâce à la faute concurrentielle. Cependant, le contexte économique permet de penser autrement la question de la réparation du préjudice des agents économiques à la suite d'un acte de concurrence déloyale. Il s'agit en effet de déterminer la situation dans laquelle se serait trouvé l'opérateur si la faute n'avait pas eu lieu. Aurait-il pu, compte tenu de sa capacité concurrentielle, voire des gains que son activité économique engendrait avant l'atteinte, obtenir certains avantages si le comportement fautif n'avait pas eu lieu ? Aura-t-il pu développer de manière progressive sa capacité concurrentielle sur le marché dans lequel la faute a eu lieu ? Ceci implique tenir compte non seulement de la capacité concurrentielle que l'opérateur victime détenait avant la faute, mais aussi

⁸¹⁶ Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, Ch. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2021-2022, n° 2123.71.

⁸¹⁷ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., 1965, n° 216.

⁸¹⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 276, p. 120.

⁸¹⁹ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, n° 276, p. 121.

de l'existence de certains aléas tenant par exemple à l'intervention d'autres opérateurs ou encore de l'atteinte portée au marché ou à l'activité de la victime par le fait d'événements étrangers, tel par exemple des instabilités politiques, sociales ou économiques. Dans ce cas, la perte d'une chance de développement peut parfois être considérée un préjudice certain causé par la faute ; alors l'aléa est inhérent à la chance perdue.

Paragraphe 2. L'aléa inhérent à la chance perdue.

674.- Pour Monsieur Bélot, l'on doit recourir à l'estimation du préjudice économique subi par un agent par le biais de la perte d'une chance lorsqu'il n'est pas possible d'établir avec justesse ce qui se serait passé en l'absence de la faute. La notion de perte d'une chance vient alors porter secours à l'incertitude du manque à gagner. Tel le cas, par exemple, d'une entreprise nouvelle ou innovante, victime d'une faute économique⁸²⁰.

675.- La perte de chance a été définie dans la doctrine colombienne comme la privation subie par une personne de la possibilité d'obtenir un avantage ou d'éviter un dommage⁸²¹ à la suite d'un fait. Le terme *possibilité* désigne le « caractère de ce qui *peut se réaliser* »⁸²², il désigne une éventualité, c'est-à-dire quelque chose qui peut arriver ou non. La réalisation de la chose favorable est donc aléatoire⁸²³, non certaine. La jurisprudence colombienne définit la perte d'une chance comme la privation ou

⁸²⁰ F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.*, Études et commentaires, Ch. Responsabilité civile, 2008, n° 23, p. 1569 à 1572.

⁸²¹ L. C. PLATA PRINCE, *La pérdida de oportunidad en el derecho de daños*, 1^{re} éd., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 17.

⁸²² Le Robert Micro, Dictionnaire de la langue française, 3^e édition, 1998.

⁸²³ La doctrine chilienne estime en effet que dans la perte d'une chance, la réalisation du bénéfice attendu par la victime (obtention d'un avantage, empêchement d'un dommage), demeure, même en absence de la faute du responsable, aléatoire. M. TAPIA RODRIGUEZ, « Pérdida de oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile? », in *Responsabilidad civil y del Estado*, IARCE, Medellín, 2014, n° 34.

l'empêchement, par la faute de quelqu'un, de la possibilité de la victime de réaliser un avantage (obtenir un bénéfice) ou d'éviter un préjudice⁸²⁴. La doctrine colombienne parle de la « rupture », par le fait de quelqu'un, d'une « chaîne de circonstances » qui aurait vraisemblablement pu, en absence de la faute, permettre à la victime d'obtenir un bénéfice ou d'éviter un dommage. Il s'agit de la dépossession d'« *une situation de transit* » qui aurait très probablement permis à la victime de réaliser le bénéfice espéré⁸²⁵.

676.- En droit français, « *l'une des conséquences du parasitisme souvent évoquée résulte de la perte d'une chance de développement sur un marché voisin puisque le parasitisme crée une véritable barrière à l'accès sur ce marché* »⁸²⁶.

677.- La chance désigne la probabilité de la survenance d'un évènement heureux. Aussi « *pour que la perte d'une chance constitue un préjudice indemnisable en droit de la responsabilité civile, deux éléments doivent être réunis. D'une part, la chance doit être sérieuse, c'est-à-dire que la probabilité de survenance de l'évènement heureux doit être importante et non minime*⁸²⁷. *D'autre part, la perte de la chance doit être certaine. C'est-à-dire que la victime ne doit plus pouvoir remédier adéquatement à l'impossibilité de survenance de l'évènement heureux. Et « si elle pouvait demeurer maîtresse de sa réalisation tout autant qu'avant, elle n'a rien vraiment perdu* »⁸²⁸. *Cela étant, la jurisprudence française affirme ainsi que « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »⁸²⁹.

⁸²⁴ CSJ, Sala de Casación Civil, arrêt du 1er nov. 2013, dossier n° 08001-3101-008-1994-26630-01. Voir aussi à ce sujet, CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt du 9 oct. 2014, dossier n° 11001-02-26-2011-00024-00.

⁸²⁵ L. C. PLATA PRINCE, *op. cit.*, p. 25 et 26.

⁸²⁶ N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 282. Voir aussi J. DUPICHOT, « Pour une réflexion doctrinale sur la (nécessaire) sanction du parasitisme économique : vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? », *Gaz. Pal.*, 1987, doc, p. 348.

⁸²⁷ Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH et autres auteurs, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2123.81, p. 576.

⁸²⁸ Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH et autres auteurs, *op. cit.*, n° 2123.81, p. 576.

⁸²⁹ Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-15.674. Voir aussi Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.213.

Cependant, la Cour de cassation française rappelle que les juges jouissent en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation⁸³⁰.

678.- La chance implique toujours un *aléa*. « *C'est ce qui la distingue du strict gain manqué dont l'obtention aurait été certaine si le fait dommageable n'était pas survenu* »⁸³¹. Cela étant, l'indemnisation de la perte d'une chance trouve comme plafond la chance perdue. C'est-à-dire que ce qui est en réalité indemnisé est la perte de la *probabilité* de survenance de l'évènement heureux. Ainsi, la perte d'une chance exclue l'indemnisation de la « *totalité du bénéfice que la victime aurait retiré de la survenance de l'évènement dont la réalisation est désormais empêchée* »⁸³². La Cour de cassation française affirme en effet que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »⁸³³. De même, la « *perte de chance d'éviter un dommage* », ne peut être mesuré à hauteur du dommage subi par la victime, mais d'une fraction de celui-ci⁸³⁴.

679.- Cela étant, c'est en fonction de l'aléa inhérent à la chance perdue que l'indemnisation de celle-ci doit être mesurée⁸³⁵. En matière concurrentielle, la réparation du préjudice de l'opérateur dont la capacité concurrentielle a été entravée par le fait de l'obtention indue d'un avantage par un autre opérateur sur le marché concerné, doit en réalité être inférieure à l'avantage obtenue de manière indue par l'agent fautif car ce qui doit être indemnisé est la perte de chance de l'opérateur honnête de réaliser l'avantage obtenu par le fautif en absence de la faute de concurrence. Ce qui

⁸³⁰ Civ. 2^{ème}, 22 fév. 1989, n° 87-12.619, D. 1989, IR. 91.

⁸³¹ Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH et autres auteurs, *op. cit.*, n° 2123.82, p. 577.

⁸³² Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH et autres auteurs, *op. cit.*, n° 2123.82, p. 577.

⁸³³ Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH et autres auteurs, *op. cit.*, n° 2123.82, p. 577.

⁸³⁴ « une fraction des différents chefs de préjudice déterminée en mesurant la chance perdue » : Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 16-21.141, RCA 2017, com. 251, obs. S. Hocquet-Berg.

⁸³⁵ Pur une illustration dans la jurisprudence française de l'indemnisation de la perte de chance d'*optimiser* la gestion d'un portefeuille boursier, voir Cour d'appel de Paris, 12 avril 1996, JCP 1996. II. 22705, note Ph. le Tourneau : allocation forfaitaire de dommages et intérêts.

est en cause ici c'est l'espoir, ou mieux la probabilité effective qu'avait l'opérateur loyal de réaliser des gains sur le marché concerné si la faute de concurrence n'avait pas eu lieu.

680.- Pour évaluer le préjudice économique constitué par la perte d'une chance le juge doit alors déterminer la valeur des gains que le demandeur espérait vraisemblablement obtenir en l'absence de la faute et, d'autre part, déterminer en termes de pourcentage les probabilités réelles que la victime avait d'obtenir de tels gains si la faute n'avait pas eu lieu. Le juge doit ensuite multiplier la valeur du gain manqué par le pourcentage de probabilité de son obtention.

681.- Ce raisonnement est celui tenu par des juges colombiens dans certaines affaires. Il s'agit de diverses hypothèses de perte de chance d'obtenir des gains économiques⁸³⁶. Dans une affaire jugée en 2011, les juges colombiens ont pu estimer que l'opérateur victime des actes de dénigrement menés par un de ses concurrents avait, avant le comportement fautif, 90% de probabilités de conclure un contrat de distribution avec un tiers. La faute encourue par le défendeur avait empêché la conclusion du contrat de distribution au titre duquel la victime aurait pu obtenir des gains à hauteur de US 16.827. Pour calculer le préjudice subi par la victime au titre de la chance perdue, les juges colombiens ont alors retenu le 90% des gains envisagés.

682.- Les juges français ont aussi parfois raisonné dans ces termes⁸³⁷. Pour un exemple de demande en réparation fondée sur une pratique anticoncurrentielle devant le Tribunal de commerce de Paris puis devant la Cour d'appel de Paris, laquelle déclare « *que France abonnements n'apporte aucune précision à l'appui de sa demande de dommages-intérêts autre que des indications concernant le nombre et la qualité des titres présentés par l'O.F.U.P. et certains des chiffres d'affaires réalisés ; qu'elle ne*

⁸³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, arrêt n° 1451 du 12 décembre 2011, *Organización Profesional Cooperativa OPC et Orlando Alberto Rodríguez c/ Predimarket Ltda*, publié dans le site officiel www.sic.gov.co – Asuntos Jurisdiccionales – Providencias de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

⁸³⁷ Voir par exemple : Cass. com., 10 juin 1986, pourvoi n° 84-16-668, Juridisc Lamy cass. ; Cass. com., 26 mars 1996, pourvoi n° 93-18-657, Juridisc Lamy cass. C.A. Paris, 29 novembre 1996, D., 1999, Somm., p. 94, obs., M.-L. IZORCHE.

justifie que de la perte d'une chance de vente d'abonnements d'autant moins importante qu'elle n'apporte pas la preuve de ce que sa pénétration en milieu scolaire et universitaire serait aisée ; que la cour dispose, avec la demande de dommages-intérêts présentée par l'O.F.U.P. (défendeur) d'un élément d'appréciation des profits envisageables qui lui permet de chiffrer à 1 800 000 F la réparation du trouble d'exploitation engendré par l'exclusion de tous concurrents dans son domaine de prospection que l'O.F.U.P. s'est illicitement assurée »⁸³⁸.

Conclusion du Titre 2.

683.- Diverses méthodes d'évaluation du préjudice propres à la matière économique peuvent être identifiées. Alors que certaines impliquent une appréciation allégée du préjudice économique, d'autres font état d'une appréciation rigoureuse du dommage indemnisé.

684.- Le recours à la technique d'évaluation du préjudice par le biais du chiffrage des gains induit obtenus par le responsable dans certaines hypothèses de concurrence déloyale implique une appréciation allégée du préjudice effectivement subi par l'agent victime de la faute de concurrence dès lors que les juges tiennent compte des gains induit obtenus par le fautif et non des gains que la victime aurait effectivement obtenu en l'absence de la faute. Le recours à cette technique d'évaluation du gain manqué subi par la victime implique aussi une perturbation de l'analyse du lien de causalité.

685.- L'évaluation stricte ou rigoureuse du préjudice économique subi par un opérateur à la suite d'une entrave illégitime de son activité économique peut être réussie à l'aide d'éléments comptables et de certaines notions juridiques. Ainsi, à l'aide de la science économique, il est possible d'identifier non seulement des instruments de mesure du préjudice économique, mais aussi des méthodes d'analyse de l'évolution de ces

⁸³⁸ C.A. Paris, 12 décembre 1996 J.C.P., 1997, éd. E., n° 953 note M. Behar-Touchais. Voir Cour d'appel de Versailles, 21 avr. 1988, *D.* 1988. IR 163 ; Cour d'appel de Paris 21 nov. 1991, *Orient-Express*, *PIBD* 1992. III. 174 ; Cour d'appel de Versailles 17 oct. 1996, *JCP* 1997 éd. E. Pan. 499.

instruments propres aux activités économiques développées par les entreprises. Aussi, la notion de perte d'une chance, notion de droit, permet d'apprécier de manière rigoureuse le préjudice subi par un opérateur à la suite d'une entrave de son activité. Elle permet en effet de surmonter les difficultés liées à la certitude des gains manqués en matière économique dès lorsqu'elle se fonde sur les probabilités réelles que la victime avait, avant la faute, d'obtenir les gains envisagés ou d'éviter une perte.

Conclusion de la Deuxième Partie.

686.- L'entrave subie par un opérateur sur le développement de son activité économique permet parfois de révéler certaines fautes en matière économique. Il en est ainsi dans certaines hypothèses d'abus d'une position dominante sur le marché en droit français aussi bien qu'en droit colombien, dans lesquelles l'établissement de l'entrave subi par la victime sur son activité contribue à établir le caractère fautif du comportement concurrentiel. Aussi, dans certaines hypothèses de pratiques commerciales déloyales entre entreprises et de concurrence déloyale, le dommage subi par l'opérateur victime permet parfois de révéler le caractère fautif du comportement.

687.- Ce phénomène conduit parfois les juges colombiens aussi bien que les juges français à apprécier de manière allégée ou assouplie le préjudice effectivement subi par l'opérateur victime. Il s'agit de méthodes d'évaluation du préjudice propres à la matière économique. C'est ainsi qu'en matière de concurrence déloyale les juges des deux pays évaluent parfois le préjudice subi par l'opérateur honnête par le biais du chiffrage des bénéfices obtenus indûment par le fautif grâce à la faute encourue. Aussi, en matière de cessation du contrat d'agence commerciale tout comme en matière de rupture brutale de relations commerciales établies, le législateur des deux pays a conçu des méthodes d'indemnisation forfaitaire du préjudice économique subi par l'agent délaissé. Ces méthodes d'évaluation du préjudice économique constitue une appréciation allégée du préjudice enduré par la victime d'une faute en matière économique.

688.- Des méthodes d'évaluation rigoureuse ou stricte du préjudice subi par un opérateur à la suite d'une entrave illégitime de son activité, propres à la matière économique, peuvent aussi être identifiées. L'évaluation stricte ou rigoureuse du préjudice économique est réussie grâce au recours à des notions comptables et juridiques. Nous avons ainsi pu identifier, à l'aide de la science comptable, des instruments ou des outils de mesure du préjudice économique, aussi bien que des méthodes d'analyse économique de l'évolution de ces instruments, qui permettent de mesurer de manière rigoureuse le préjudice subi par un opérateur à la suite d'une faute économique. La notion de perte d'une chance permet de surmonter les difficultés liées à la certitude du préjudice subi. C'est ainsi que le préjudice de la victime peut être dosé

en fonction des probabilités réelles qu'elle avait avant la survenance de la faute d'obtenir un gain ou d'éviter une perte. La notion de perte d'une chance contribue ainsi à l'appréciation stricte du préjudice économique.

Conclusion

689.- Le dommage économique est défini comme la lésion d'un intérêt à nature patrimoniale juridiquement protégé. Il peut avoir lieu lorsqu'un opérateur subi une entrave illégitime sur son activité économique tant l'activité économique licitement exercée par un agent est objet de protection du droit.

690.- Plusieurs hypothèses de lésion ou d'entrave illégitime de l'activité économique d'un opérateur peuvent être identifiées en droit français et colombien. C'est notamment par le biais des réponses données par les droits français et colombiens des marchés et des obligations à la lésion subie par un agent sur son activité économique individuelle que nous avons pu identifier le préjudice ou dommage économique dans le domaine des affaires ou des rapports économiques.

691.- Ainsi, l'étude comparé du droit des marchés concurrentiels français et colombien nous a permis d'identifier deux types de dommage économique. L'un constitué par la lésion d'un intérêt économique de nature économique *collective*, l'autre par la lésion d'un intérêt économique de nature *individuelle*. Le dommage économique subie par l'économie d'ensemble ou par un secteur de celle-ci, est constitué par la lésion de l'intérêt collectif à la libre et loyale concurrence. Ce dommage est causé par certains comportements sanctionnés par le droit antitrust ou droit des pratiques anticoncurrentielles français et colombien. Ces comportements concurrentiels fautifs peuvent en outre causer un dommage ou préjudice économique individuel à un ou à plusieurs opérateurs sur le marché concerné. Ce dommage individuel implique la lésion ou l'entrave illégitime de l'activité économique exercée individuellement par un opérateur. Le droit des pratiques anticoncurrentielles des deux pays prévoit des mécanismes de réparation du dommage ou préjudice individuel des opérateurs à travers la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile. Sont ainsi indemnisés, au titre du dommage économique individuel, dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, la

perte subie, le gain manqué, la perte d'une chance et le préjudice moral. Cela étant, les actions en responsabilité civile engagées par les opérateurs aux buts d'obtenir la réparation du préjudice ou dommage économique subi individuellement sur leurs patrimoines du fait d'une pratique anticoncurrentielle constituent un *private enforcement* de la sanction de ce genre de comportements qui lèsent l'intérêt collectif à la libre concurrence. Par le biais de ces actions en réparation individuelle, les opérateurs jouent en outre un rôle de *police du marché*.

692.- Les droits français et colombien de la concurrence déloyale prévoient des mécanismes de réparation du préjudice ou dommage individuel subi par un opérateur à la suite de l'entrave illégitime de son activité économique particulière. Il s'agit de mécanismes qui mettent en œuvre le droit de la responsabilité civile dans sa fonction réparatrice. La lésion ou l'entrave de l'activité économique individuelle d'un opérateur par le fait d'un acte de concurrence déloyale peut alors donner droit à l'indemnisation de la perte subie, du gain manqué, de la perte de la chance et aussi du préjudice moral. Au titre du préjudice moral, les juges français indemnisent notamment l'atteinte de l'image ou de la notoriété de l'agent victime, l'atteinte de la capacité concurrentielle ou le trouble commercial subi par l'opérateur victime.

693.- Cependant, certaines décisions des juges français et colombiens font jouer à l'action en responsabilité civile une fonction punitive tant elles présument le préjudice individuel de l'opérateur victime et le lien causal entre le préjudice indemnisé et la faute sanctionnée. Il s'agit des décisions qui évaluent le dommage de l'agent victime par le recours à des méthodes d'appréciation ou d'évaluation souple, notamment par le recours au chiffrage des gains et des économies illicitement obtenues par le fautif grâce à la faute encourue. Ces méthodes d'évaluation du préjudice recourent donc aux données du fait générateur et non aux données de l'intérêt effectivement lésé en condamnant de ce fait le responsable au paiement des *dommages et intérêts punitifs* afin de sanctionner les *fautes lucratives*.

694.- L'étude du droit français et colombien de la distribution nous a permis d'identifier deux hypothèses de lésion illégitime de l'activité économique d'un opérateur. Il s'agit de la cessation du contrat d'agence commerciale et de la rupture

brutale de relations commerciales ou d'affaires établies. Le droit des deux pays prévoit des mécanismes d'indemnisation de la lésion subie par l'opérateur délaissé. En ce qui concerne la cessation du contrat d'agence commerciale, le droit français et colombien prévoient une indemnisation de plein droit calculée de manière forfaitaire. Cette indemnisation cherche à indemniser la perte par l'agent des revenus tirés de l'exploitation future de la clientèle commune. Contrairement au droit colombien, le droit français exclut le paiement de cette indemnisation dans certaines hypothèses parmi lesquelles la faute grave de l'agent. Le droit colombien prévoit le paiement d'une *indemnisation équitable* à l'agent qui peut être octroyée lorsque l'exécution du contrat d'agence n'a pas donné lieu au paiement d'aucune commission. Concernant cette fois la rupture brutale des relations commerciales établies, le droit français prévoit le paiement d'une indemnisation à l'agent délaissé afin de réparer la perte de revenus, calculée en fonction du préavis qui aurait dû être respecté, lequel peut être déterminé en attendant plusieurs critères. Le droit colombien de la distribution ne connaît pas une telle construction. Cependant, la jurisprudence colombienne indemnise la perte des revenus subie par le partenaire qui a été victime de la manifestation intempestive faite par l'autre partie de sa volonté de non renouveler le contrat à durée déterminée.

695.- Le droit des obligations des deux pays prévoit des mécanismes d'indemnisation du préjudice subi par un agent du fait de la lésion ou l'entrave de son activité économique. Nous avons en effet étudié les hypothèses de lésion de l'activité économique d'un opérateur résultant de la rupture intempestive des pourparlers, de la violation de l'obligation d'information précontractuelle et de la violation des avants contrats qui sont le pacte de préférence et la promesse de contrat. La rupture fautive des pourparlers donne droit à l'indemnisation du seul *intérêt négatif* lequel comprend les frais ou déboursements effectués en pure perte tout comme le non-usage alternatif du temps, de l'activité et de l'argent employés de façon inutile au cours des pourparlers fautivement rompus, c'est-à-dire, la perte de l'opportunité de conclure un autre contrat avantageux. La violation du devoir d'information précontractuel ouvre droit à l'indemnisation de la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter dans des conditions plus avantageuses, ainsi qu'à l'indemnisation des dépenses faites en exécution d'un contrat qui auraient pu être évitées en l'absence de la réticence dolosive du cocontractant. Dans ce domaine tout comme dans celui de la rupture abusive des

pour parler l'indemnisation du gain manqué ainsi que celle de la perte de la chance d'obtenir le gain prévu dans le contrat envisagé est exclue. Le droit positif français des obligations prévoit l'exécution forcée du pacte de préférence violé. Il s'agit de deux mécanismes : que ce soit par le biais de la substitution du créancier du pacte dans les droits et obligations du tiers qui a conclu de mauvaise foi un contrat avec le débiteur du pacte de préférence en violant celui-ci. Aussi, par le biais de l'action en nullité du contrat conclu entre le tiers et le débiteur du pacte de préférence. Il s'agit d'un moyen de réparer en nature le préjudice subi par le créancier du pacte. Le droit français prévoit en outre l'indemnisation en équivalent monétaire du dommage économique subi par le créancier du pacte déçu lequel est constitué par la perte de la chance de conclure le contrat envisagé, c'est-à-dire la perte de la chance d'obtenir l'avantage envisagée. Le droit colombien prévoit aussi l'exécution forcée du pacte. L'action paulienne s'offre, en matière de violation du pacte de préférence aussi bien qu'en matière de violation de la promesse de contrat, comme une voie permettant d'obtenir l'anéantissement du contrat conclu entre le débiteur du pacte et le tiers. Le droit colombien prévoit aussi l'action en dommages et intérêts, c'est-à-dire en indemnisation du dommage subi par le bénéficiaire du fait de la violation du pacte. La violation de la promesse de contrat ouvre aussi droit, tant en droit français qu'en droit colombien, à l'exécution forcée de la promesse tout comme à l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'inexécution de la promesse.

696.- À la lumière de l'étude des différents dispositifs de réparation construits par le législateur et par les juges des deux pays, nous avons pu identifier les différentes manifestations ou *postes de préjudice ou dommage économique* enduré par un agent du fait de l'atteinte illégitimement portée à son activité économique particulière. Il s'agit de la perte subie, du gain manqué, du préjudice moral et de la perte d'une chance. La perte subie se manifeste le plus souvent en matière économique par les frais ou les déboursements devenus inutiles ou réalisés en pure perte par le fait du comportement fautif. Le gain manqué est constitué par les profits non encaissés ou non obtenus par la victime à la suite de la conduite fautive et dont elle avait la certitude de pouvoir les obtenir si son activité économique n'avait pas été perturbée par le comportement fautif. Ces deux postes de préjudice sont souvent indemnisés à la manière de la perte d'une chance d'éviter une perte ou d'obtenir un gain ou un avantage dans l'exercice de son

activité économique. Le préjudice moral est indemnisé de manière forfaitaire notamment par les juges français, il peut être constitué soit par l'atteinte à l'image, à la réputation ou à la notoriété de l'entreprise victime des actes fautifs, soit par le trouble commercial ou la lésion de la capacité concurrentielle subie par l'opérateur victime. Les juges colombiens indemnisent l'atteinte à l'image, à la réputation ou à la notoriété de l'agent victime sous le poste de perte subie soit lorsqu'un amoindrissement de la valeur de la marque peut être chiffré, soit lorsque des déboursements ont été rendus nécessaires par l'acte fautif aux fins de démarcher les produits ou les services de l'entreprise victime ou de repositionner son image dans le marché. Les gains perdus par la victime à la suite d'une atteinte à son image sont aussi indemnisés par les juges colombiens.

697.- Le préjudice, condition de la responsabilité civile, entretient un rapport particulier avec les deux autres conditions de la responsabilité civile dans le domaine des activités économiques. En effet, il sert dans plusieurs hypothèses à révéler la faute économique. Il en est ainsi en matière de pratiques anticoncurrentielles où, à côté d'autres éléments, le préjudice ou dommage économique subi par un agent du fait de l'entrave portée à son activité économique particulière, contribue parfois à l'établissement de l'abus d'une position dominante. Aussi, en matière de concurrence déloyale, l'entrave subie par un agent sur son activité économique individuelle du fait d'un comportement concurrentiel qui ne se fonde pas sur la concurrence par les mérites, permet de révéler le caractère dommageable du comportement. Aussi, en droit français des pratiques commerciales déloyales entre entreprises, le préjudice ou dommage économique subi par un opérateur permet d'établir la réalité de la soumission à un avantage manifestement disproportionné ou sans contrepartie tout comme celle du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La mise en œuvre de l'action en responsabilité notamment dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, permet aux opérateurs victimes de jouer un rôle de *police du marché* tant l'action en réparation du dommage économique individuel permet de renforcer la sanction des comportements qui entravent le jeu concurrentiel sur le marché, c'est-à-dire qui engendrent un dommage à l'économie d'ensemble ou dans un secteur de celle-ci car contraires à l'intérêt collectif de la libre concurrence.

L'entrave ou la lésion subie par un opérateur sur son activité économique permet de révéler aussi les faits dommageables qui sont la cessation du contrat d'agence commerciale et la rupture brutale des relations commerciales ou d'affaires établies. Dans ces hypothèses, l'activité économique de l'agent est altérée du seul fait de la cessation du contrat ou de la rupture intempestive des relations commerciales. La perte immédiate de la possibilité d'obtenir des revenus de l'exploitation de la clientèle commune révèle le caractère fautif de la cessation du contrat d'agence commerciale. Le bousculement subi dans l'activité développée par l'opérateur soudainement délaissé révèle le caractère fautif de la rupture abrupte des relations commerciales établies.

698.- La révélation de certaines fautes économiques par l'entrave subie par un agent sur son activité économique individuelle exerce parfois une influence sur les méthodes d'évaluation du préjudice. C'est notamment le cas des méthodes utilisées par les juges français et colombiens pour mesurer le gain manqué par un opérateur à la suite de certains actes de concurrence déloyale. Il s'agit d'une méthode d'évaluation du préjudice propre à la matière économique. Ainsi, dans les hypothèses des fautes lucratives, les juges mesurent parfois l'entrave subie par l'agent par le recours au chiffrage des gains et des économies induit faits par l'opérateur fautif. Cette manière d'évaluer le préjudice implique parfois une présomption du gain manqué de l'opérateur victime ainsi que du lien de causalité entre la faute et le préjudice indemnisé. Ce mode d'évaluation du dommage économique de l'opérateur victime permet l'allocation des dommages et intérêts punitifs.

693.- Des méthodes d'évaluation rigoureuse du préjudice, propres à la matière économique, peuvent être identifiées. Elles sont issues des théories économiques et utilisent d'instruments ou d'outils de mesure de l'activité des entreprises propres à la matière économique. Ces méthodes et outils permettent d'évaluer au plus juste l'entrave portée à l'activité économique d'un agent par un comportement fautif. La perte d'une chance est une notion de droit qui participe aussi à l'évaluation rigoureuse du préjudice économique.

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, TRAITES

A. Droit français

- AUBRY (Charles) et RAU (Charles-Frédéric)**, *Droit civil français. Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, 8^e éd., Librairies Techniques, 1989.
- BACACHE-GIBEILI (Mireille)**, *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 2^e éd., Economica, 2012.
- BEAUCHARD (J.)**, *Droit de la distribution*, PUF, 1996.
- BLAISE (Jean-Bernard) et DESGORCES (Richard)**, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 9^e éd., LGDJ, 2017.
- BRUN (Philippe)**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., LexisNexis, 2014.
- CARBONNIER (Jean)**, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2004.
- DAYAN (Armand)**, *Manuel de la distribution*, PUF, 1992.
- DEJEAN de la BÂTIE (Noël)**, in AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VI-2, *Responsabilité délictuelle*, 8^e éd., Librairies Techniques, 1989.
- DELEBECQUE (Philippe) et PANSIER (Frédéric-Jérôme)**, *Droit des obligations*, 6^e éd., LexisNexis, 2014.
- FABRE-MAGNAN (Muriel)**, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5^e éd., PUF, 2021.
- FAGES (Bertrand)**, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2020.
- GUYON (Yves)**, *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, t. 1, 12^e éd., Economica, 2003.
- LEGEAIS (Dominique)**, *Droit commercial et des affaires*, Armand Colin, 2010.

LE TOURNEAU (Philippe), BLOCH (Cyril), GUETTIER (Christophe), GIUDICELLI (André), JULIEN (Jérôme), KRAJESKI (Didier) et POMAREDE (Matthieu), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2021-2022.

MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent) et STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2020.

MALINVAUD (Philippe), MEKKI (Mustapha) et SEUBE (Jean-Baptiste), *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021.

MAZEAUD (Henri), MAZEAUD (Léon) et A. TUNC (André), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 5^e éd., Montchrestien, 1959.

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6^e éd., 1965.

Leçons de droit civil. Obligations, t. II, vol. I, 9^e éd., Montchrestien, 1998.

MERLE (Roger) et VITU (André), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. 1, 6^e éd., Cujas, 1988.

PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11^e éd., LGDJ, 1931.

PUTMAN (Emmanuel), *Droit des affaires*, PUF, 1995.

STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Litec, 1996.

TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves) et CHENEDE (François), *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018.

VINEY (Geneviève), JOURDAIN (Patrice) et CARVAL (Suzanne), *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

B. Droit colombien

CARDENAS MEJIA (Juan Pablo), *Contratos. Notas de clase*, 1^{re} éd., Éditions Legis, Bogota, 2021.

GIL BOTERO (Enrique), *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 6^e éd., Éditions Temis, Bogota, 2013.

HINESTROSA (Fernando), *Curso de obligaciones: conferencias*, 2^e éd. mimeografiada, Bogota, 1961.

Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes, 3^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol. I et II, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015.

LOPEZ BLANCO (Hernán Fabio), *Código General del Proceso. Parte especial*, 2^e éd., t. 2, Éditions Dupré, Bogota, 2018.

Código General del Proceso. Parte general, 2^e éd., t. 1, Éditions Dupré, Bogota, 2019.

MORALES MOLINA (Hernando), *Curso de derecho procesal civil. Parte general*, 6^e éd., Éditions ABC, Bogota, 1973.

Curso de Derecho Procesal Civil. Parte especial, Éditions ABC, Bogota, 1987.

OSPINA FERNANDEZ (Guillermo) et OSPINA ACOSTA (Eduardo), *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^e éd., Éditions Temis, Bogotá, 2009.

PEIRANO FACIO (Jorge), *Responsabilidad extracontractual*, 2^e éd., Éditions Temis, Bogota, 2004.

TAMAYO JARAMILLO (Javier), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I et II, 2^e éd., Éditions Legis, Bogota, 2009.

VALENCIA ZEA (Arturo), *Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, Éditions Temis S.A., Bogota, 1986.

VELASQUEZ GÓMEZ (Hernán Darío), *Estudio sobre obligaciones*, Éditions Temis, Bogota, 2010.

VELASQUEZ POSADA (Obdulio), *Responsabilidad civil extracontractual*, Éditions Temis, Bogota, 2009.

II. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

BINCTIN (Nicolas), « Savoir-faire », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janvier 2018 (actualisation : février 2020).

CHAGNY (Muriel) et BERLEMONT (Jérémy) (dir.), *Le Lamy droit économique : concurrence, relations commerciales, distribution, consommation*, Lamy, mise à jour novembre 2020.

CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Association Henri Capitant, PUF, 2004.

Dictionnaire de la langue française de P. – É LITTRÉ, 1974.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire illustré latin-français*, 1971.

- GUYON (Y.), actualisé LE BARS (B.),** « Fasc. 132-10 : Administration. Responsabilité civile des administrateurs », *J.-Cl. Sociétés Traité*.
- LELOUP (Jean-Marie),** « Agent commercial », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2003 (actualisation : juin 2021).
- LE TOURNEAU (Philippe),** « Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009 (actualisation : janvier 2020).
- MAILLAUD (E.),** « Fasc. 101 : Conditions de la responsabilité délictuelle. Le dommage. Caractères du dommage réparable », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*.
- PICOD (Yves), AUGUET (Yvan) et DORANDEU (Nicolas),** « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2010 (actualisation : juillet 2021).
- REY (Alain) (dir.),** *Le Robert Micro. Dictionnaire de la langue française*, 3^e éd., Dictionnaires Le Robert, 1998.
- REY-DEBOVE (Josette) et REY (Alain) (dir.),** *Le Nouveau Petit Robert. Dictionnaire de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2004.

III. OUVRAGES SPECIAUX, RAPPORTS ET ETUDES

A. Droit français

- BEHAR-TOUCHAIS (Martine) et VIRASSAMY (Georges),** *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.
- BRAUDEL (Fernand),** *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XVe et XVIIIe siècles*, Armand Colin, 1979.
- BUY (Frédéric), LAMOUREUX (Marie) et RODA (Jean-Christophe),** *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019.
- CAVALLERI (Vanessa),** *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Université de Liège, 2012, consultable sur : <https://orbi.uliege.be/>.
- CHAVANNE (Albert) et BURST (Jean-Jacques),** *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd., Dalloz, 1998.
- CIORAN (Emil),** *De l'inconvénient d'être né*, Gallimard, 2002.
- DISSAUX (Nicolas) et LOIR (Romain),** *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017.
- FERRIER (Didier) et FERRIER (Nicolas),** *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et PAYET (Marie-Stéphane), *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006.

LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 2000.

LE TOURNEAU (Philippe), *Le parasitisme*, Litec, 1998.

LUCAS DE LEYSSAC (Claude) et PARLEANI (Gilbert), *Droit du marché*, PUF, 2002.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2008.

MESSERLIN (M.), *La révolution commerciale*, Bonnel, 1982.

SERRA (Yves) (dir.), *La concurrence déloyale*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2001.

SOUSSE (M.), *La notion de réparation en droit administratif français*, LGDJ, 2002.

B. Droit colombien

ARRUBLA PAUCAR (Jaime Alberto), *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*, 14^e éd., Éditions Legis et Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2013.

CUEVAS (Homero), *Fundamentos de la economía de mercado*, 2^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004.

DE LA CRUZ CAMARGO (Dionisio Manuel), *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2014.

HENAO (Juan Carlos), *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1998.

JIMÉNEZ VALDERRANA (Fernando), *Derecho de la competencia*, 1^{re} éd., Éditions Legis, Bogota, 2019.

M'CAUSLAND (María Cecilia), *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2015.

MCEACHERN (William A.), *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, 4^e éd., Internacional Thomson, México, 1998.

NAVIA ARROYO (Felipe), *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2000.

PLATA PRINCE (Luis Carlos), *La pérdida de oportunidad en el derecho de daños*, 1^{re} éd., Grupo Editorial Ibáñez, Bogota, 2019.

RENGIFO GARCIA (Ernesto), *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 1^{re} éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante, 2^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

VANEGAS SANTORO (Antonio), *El contrato de franquicia*, 1^{re} éd., Éditions Librería del profesional, Bogotá, 1999.

VELANDIA (Mauricio), *Derecho de la competencia y del consumo*, 2^e éd., Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2011.

IV. THESES ET MONOGRAPHIES

ABARKAN (Najat), *L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies*, mémoire sous la direction du professeur D. Mainguy, Master 2 Droit privé économique, Université Montpellier I, 2013-2014.

ANTONMATTEI (Paul-Henri), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Bibliothèque de droit privé, préface de B. Teyssié, t. 220, LGDJ, 1992.

AUGUET (Yvan), *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de clientèle*, Bibliothèque de Droit privé, t. 315, préface d'Y. Serra, LGDJ, 2000.

BALLOT-LENA (Aurélien), *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Bibliothèque de Droit privé, t. 493, préface de Ph. Dubois, LGDJ, 2008.

BASCOULERGUE (Adrien), *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, préface de S. Porchy-Simon, PUAM, 2014.

BELOT (Frédérique), *Le préjudice économique*, thèse Poitiers, 2004.

BLOCH (CYRIL), *La cessation de l'illicite*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 71, préface de R. Bout, Dalloz, 2008.

CADIET (Loïc), *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983.

CARVAL (Suzanne), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface de G. Viney, Bibliothèque de Droit privé, t. 250, LGDJ, 1995.

- CAYOT (Mathilde)**, *Le préjudice économique pur*, Collection des thèses, n° 151, préface de D. Mainguy, Institut Universitaire Varenne et LGDJ, 2017.
- CHAGNY (Muriel)**, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 32, préface de J. Ghestin, Dalloz, 2004.
- DORANDEU (Nicolas)**, *Le dommage concurrentiel*, Collection Études, préface d'Y. Serra, PU de Perpignan, 2000.
- GRARE (Clothilde)**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préface d'Y. Lequette, Dalloz, 2005.
- GUILLEMAIN (Caroline)**, *Le trouble en droit privé*, préface de Ph. Conte, PUAM, 2000.
- HENAO (Juan Carlos)**, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, thèse Paris 2 (Panthéon-Assas), 2007.
- JAULT (Alexis)**, *La notion de peine privée*, Bibliothèque de Droit privé, t. 442, préface de F. Chabas, LGDJ, 2005.
- JOURDAIN (Patrice)**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982.
- PIROVANO (Antoine)**, *Faute civile et faute pénale*, Bibliothèque de Droit privé, t. 70, préface de P. Bonassies, LGDJ, 1966.
- PRADEL (Xavier)**, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Bibliothèque de Droit privé, t. 415, préface de P. Jourdain, LGDJ, 2004.
- ROUXEL (Sylvie)**, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, thèse Grenoble, 1994.
- SAVATIER (René)**, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2^e éd., LGDJ, 1951.
- SAVELLI (Benoît)**, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Étude des sanctions de droit privé*, préface de J. Mestre, PUAM, 1995.
- SCHAMPS (Geneviève)**, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, t. XXVIII, Bruylant, LGDJ, 1998.

V. ACTES DE COLLOQUE, TRAVAUX COLLECTIFS ET MELANGES

ARENS (Chantal) et CHAGNY (Muriel) (dir.), *Fiches méthodologiques issues du Colloque « Le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, Cour d'appel de Paris, 22 septembre 2016, version d'octobre 2017.

CANIVET (Guy) (dir.), *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Doc. fr., coll. « Rapports officiels », 2005.

CATALA (Pierre) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. La documentation française*, Rapport au ministère de la justice, 2006.

DGCCRF, *Atelier de la concurrence, Quel bilan pour la rupture brutale des relations commerciales établies ?*, 11 déc. 2015.

LEDUC (Fabrice), « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », in *Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, Colloque, *Resp. civ. et ass.*, dossier, 3 mars 2010, p. 10-17.

PAILLARD (Ch.), « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste », in *Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, Colloque, *Resp. civ. et ass.*, dossier, 3 mars 2010, p. 17-24.

VI. ARTICLES, CHRONIQUES, ÉTUDES ET RAPPORTS.

A. Droit français

BELOT (Frédéric), « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », *LPA*, n° 258, 28 déc. 2005, p. 10.

« L'évaluation du préjudice économique », *D.*, chron. Responsabilité civile, 2007, n° 24, p. 1681-1687.

« L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.*, chron. Responsabilité civile, 2008, n° 23, p. 1571.

BENOIT (Francis-Paul), « Structure et technique générales de la responsabilité », *J.-Cl. administratif*, Fasc. 700, 1952, n° 121.

« Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP*, 1957, I, 1351, n° 10.

- BIROLLEUA (Patrick)**, « La difficile conciliation avec le droit européen de la rupture brutale des relations d'affaires », *RLC*, n° 80, 2019, n° 3524.
- BORGHETTI (Jean-Sébastien)**, « Les intérêts protégés et l'étendu des préjudices réparables en droit français », in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 146.
- BROS (S.), CHENEDÉ (F.), FERRIER (N.) et HOTTE (S.)**, « De la sanction de l'abus contractuel à celle des pratiques restrictives de concurrence », *Concurrences* n° 1-2016, art. 77375.
- BRUN (Philippe)**, « Personnes et préjudice », *Revue général de droit*, vol. 33, n° 2, 2003, Université d'Ottawa, Canada, p. 187-209.
- BURST (Jean-Jacques)**, « La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle » *JCP G*, 1970, I, 2307.
- BUY (Frédérique)**, « Observations sous Com., 11 sept. 2012 », *LPA* 2013, n° 110, chron. « Éthique de l'entreprise », p. 17.
- CADIET (Loïc)**, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées René Savatier, PUF, 1997, p. 63.
- CARBONNIER (Jean)**, « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », *Revue de la société des juristes bernois*, vol. 100, fasc. 7, 1964, p. 302.
- CANIVET (Guy) et VOGEL (Louis)**, « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », *RJDA*, n° 8-9, 1993, p. 599-603.
- CARON (Christophe)**, « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon », *Cah. dr. entr.*, 2007/4, dossier 8.
- CARON (Christophe) et DECOCQ (Georges)**, *JCP E*, 2003, p. 1627.
- CHAGNY (Muriel)**, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », in *Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, *JCP G*, 2006, I, 149.
- « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence après la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce », *RLC*, n° 84, 1^{er} juin 2019.
- CHAIHLOUDJ (Walid)**, « Du risque contractuel au risque concurrentiel : le cas du pacte de préférence inclus dans le contrat de franchise », *JCP G*, p. 1128.
- CHAMPAUD (Claude)**, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et d'autres branches de droit applicables en France », in *Etudes offertes à R. Houin – Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 61-107.
- CHANTEPIE (Gaël)**, « La précarité des relations commerciales », *JCP E*, 2012, n° 41, 1605, p. 20-25.

- DECOCQ (Georges)**, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in *Leçons du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 197-233.
- DESHAYES (Olivier)**, « Le dommage précontractuel », *RTD com.*, 2004, p. 187-204.
- DUBOUT (H.)**, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprise », *Bull. Joly*, 1992, p.722.
- DUPICHOT (J.)**, « Pour une réflexion doctrinale sur la (nécessaire) sanction du parasitisme économique : vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? », *Gaz. Pal.*, 1987, doc, p. 348.
- DURRY (G.)**, « Le préjudice : questions choisies », *RCA*, hors-série, mai 1998, p. 32.
- ESMEIN (P.)**, « La commercialisation de la douleur morale », *D.*, 1954, chron. 113.
- FASQUELLE (Daniel)**, « L'existence de fautes lucratives en droit français », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 27.
- FASQUELLE (Daniel) et MÉSA (Rodolphe)**, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », *D.*, 2005, chron. 2666.
- FARJAT (G.)**, « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, Droit et économie, Sirey, 1992, p. 27.
- FISCHER (Jérôme)**, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », in *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008.
- FONTAINE (M.)**, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAI*, 1991, p. 3.
- FRION (Jean-Jacques)**, « Présentation d'une approche renouvelée de l'agissement parasitaire : le critère de la valeur ajoutée substitué à celui de l'investissement », *CCC*, 2002, chron. n° 15.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne)**, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 1994, n° 6, p. 483.
- GAUDIN (J.-H.)**, « La négociation des contrats de licence de brevets et de communication de savoir-faire par l'acquéreur », *JCP CI* 1977, 12362.
- GAUTIER (Pierre-Yves)**, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.*, 2006, p. 1861.
- GILE (Nadine)**, « La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée », *Gaz. Pal.*, 19-22 août 2015, p. 6-9.

- GRATTON (Laurène)**, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.*, 2013, p. 275.
- GRIMALDI (Cyril)**, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », *D.*, 2016, p. 1009.
- GUYON (Yves)**, « Administration. Responsabilité civile des administrateurs », actualisé par B. Le Bars, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 132-10, n° 46.
- IZORCHE (Marie-Laure)**, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.*, 1998, p. 17-52.
- JENNY (F.)**, « L'ordonnance n° 86.1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs », *Cah. dr. entr.*, n° spécial, *JCP E*, 1987.
- « Le régime juridique des pratiques de concurrence en question », *Concurrences* n° 1-2019, art. 89449 n° 9.
- JONQUERES (J.)**, Conseiller-Doyen à la Cour de cassation, *Rev. Dr. Propr. ind.*, 1986, p. 226.
- JOSSERAND (L.)**, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.*, 1932, chron. 1.
- JOURDAIN (Patrice)**, « Présomption de dommage et concurrence déloyale », *RTD civ.*, 2002, p. 304.
- « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le Droit*, Mélanges dédiées à B. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 511.
- KENFACK (Hugues)**, « Pacte de préférence et condition potestative 'virtuelle' », *D.*, 2003, p. 1190.
- LAPOYADE DESCHAMPS (Christian)**, « Le préjudice : quelle(s) réparations(s) ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, RCA, hors-série, juin 2001, p. 62-65.
- LASSERRE (B.)**, « Le rôle des sanctions pécuniaires en droit de la concurrence » in *Colloque Entente ou abus de position dominante, sanctions ou procédures négociées, quelles stratégies pour l'entreprise ?*, *RLC*, 2010, n° 24.
- LEDUC (Fabrice)**, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », in *Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, colloque, RCA, dossier, 3 mars 2010, p. 10-17.
- LEFEBVRE (D.)**, « La spécificité du droit commercial. Réflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil », *RTD com.*, 1976, p. 285.
- LE ROY (M.)**, « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique », *D.*, 1979, chron., p. 49.

LE TOURNEAU (Philippe), « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP G*, 1971, I, 2401.

« Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, Chron., p. 310-314.

« De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.*, 1998, p. 83-94.

« Note sous Com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654 », *D.* 2001, p. 1939.

« Parasitisme, Concurrence parasitaire et agissements parasitaires », *J.-Cl. Concurrence Consommation*, Fasc. 227, n° 7.

LUCAS DE LEYSSAC (Claude), « La réparation du dommage à l'économie », *Rev. conc. consom.*, 1995, n° 83, p. 67-75.

MAGNIER-MERRAN (Kevin), « La réparation du préjudice né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie : autopsie du principe de réparation intégrale », *AJ contrat* 2019, p. 56, n° 3.

MAILLAUD (E.), « Conditions de la responsabilité délictuelle. Le dommage. Caractères du dommage réparable », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 101.

MALAURIE-VIGNAL (Marie), « Réflexions sur la théorie du parasitisme économique », *CCC*, 2001, chron. n° 15.

« Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.*, 1995, chron. p. 51.

MALKA (Didier), « La loyauté dans la négociation du contrat », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2012, n° 144, p. 61-66.

MAINGUY (Daniel), « La violation du pacte de préférence », *Dr. et patrimoine*, 2006, p. 72-79.

MARTY (F.), *Concurrences* n° 2-2018, chron. Pratiques unilatérales, p. 78.

Concurrences n° 4-2019, chron. Pratiques unilatérales, p. 98.

MAZEAUD (Denis), « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637.

« Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins ? », *D.*, 2006, p. 2963.

« Note sous Civ. 3^e, 11 mai 2011 », *D.*, 2011, p. 1457.

MEKKI (Mustapha), « Droit des contrats, décembre 2017-décembre 2018 », *D.*, 2019, p. 279.

MENU (Sophie), « Réflexions sur le préjudice précontractuel », *LPA*, 1^{er} févr. 2006, p. 6-13.

MESTRE (Jacques), « De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat », *RTD. civ.*, 1994, p. 349.

« La période précontractuelle et la formation du contrat », *LPA*, 5 mai 2000, p. 9.

MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), obs. sous Com. 26 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80.

MOUSSERON (Pierre), « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, p. 243-271.

MUIR-WATT (H.), « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

NOURISSAT (Cyril), « Droit civil de l'Union européenne », *D.*, 2004, chron. p. 1321.

NUSSENBAUM (Maurice), « Évaluation du préjudice de marque : le cas particulier de l'atteinte à l'image de marque », *JCP E*, 1993, p. 303.

NUSSEMBAUM (Maurice) et A. PERRIN (Aline), « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? », *Option Finance*, n° 690, 21 mai 2002, p. 35.

OPPETIT (Bruno), « Éthique et droit des affaires », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993.

PIGASSOU (P.), « Refus de vente et pratiques discriminatoires dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 1987, doc, p. 544.

POIROT-MAZERES (Isabelle), « La notion de préjudice en droit administratif français », *RD publ.*, 1997, p. 519-566.

PONSARD (Michel), « Abus de position dominante : la question de l'accès aux données », *AJCA*, 2016, p. 231-234.

QUEZEL-AMBRUNAZ (Christophe), « La responsabilité civile et les droits du Titre I du Livre I du Code civil. À la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés », *RTD civ.*, 2012, p. 251.

RADE (Christophe), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron. 301.

REGIS (N.), « Le préjudice économique des entreprises », *BICC*, n° 781 du 1^{er} mai 2013, p. 6.

RIPERT (G.), « Le prix de la douleur », *D.*, 1948, chron. 1.

RODIERE (René), « Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées, (sa force et sa nature) », in *Le droit privé au milieu du XXe siècle : Études G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 188.

ROUBIER (P.), « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD com.*, 1948, p. 543.

STOFFEL-MUNCK (Philippe), « Le préjudice moral des personnes morales », in *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959.

« Note sous CA Paris, 19 janv. 2011 », *JCP E*, 2011, p. 1876.

STOFFEL-MUNCK (Philippe), et BLOCH (Cyril), « Responsabilité civile », chron., *JCP* 2012, Doctr. 1224, n° 2.

TERRE (François), *Propos sur la philosophie du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 40.

TISSEYRE (Sandrine), « Plus d'efficacité pour les pactes de préférence », *D.*, 2019, p. 294.

VILLEY (Michel), « Esquisse historique sur le mot responsable », *Arch. phil dr.*, 1977, t. XXII, p. 44.

VINEY (Geneviève), « Exposé des motifs de la responsabilité civile », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (P. Catala sous dir.), La documentation française, Rapport au ministère de la Justice, 2006, p. 168.

VIRASSAMY (Georges), « Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels », *D.*, 1988, chron., p. 113.

VIVANT (M.), « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Actes du colloque des 17 et 18 mai 1990 à l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1990, p. 101.

VOGEL (Joseph), « Analyse de l'efficacité pratique des actions juridiques », in Dossier « Concurrence et distribution : Le droit de la concurrence permet-il d'appréhender les comportements de la grande distribution ? », *Concurrences*, n° 2, 2012, p. 8.

VOGEL (Louis), « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. conc. consom.*, 2000, n° 115, p. 6.

« L'économie, maître ou serviteur du droit ? », in *Une certaine idée du droit*, Mélanges offertes à André Decocq, Litec, 2004, p. 605-614.

« La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, 2015, p. 855-866.

WESTER-OUÏSE (Véronique), « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP G*, 2003.I.145, 25 juin 2003, n° 26, p. 1189-1194.

« Préjudice moral des personnes morales : quand la 'perversion de la cité commence par la fraude des mots' », *JCP G*, 2012, n° 39, p. 1725-1727.

B. Droit colombien

- ANGEL (Pablo) et ESTRADA (Laura)**, « La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo : una lección aún por aprender », *Revista de derecho privado*, Éditions Universidad de los Andes, n° 45, Bogota, enero-junio de 2011, p. 1-27.
- DE LA CALLE (José Miguel)**, « La reparación de daños en competencia », *Asuntos Legales*, Bogota, 8 de abril de 2019.
- GONZÁLEZ BRICEÑO (Álvaro Andrés)**, « El daño o perjuicio », in *Derecho de las Obligaciones*, sous la direction de M. Castro de Cifuentes, t. II., vol. I., Éditions Universidad de los Andes, Bogota, 2010, p. 43-153.
- LOPEZ MARTINEZ (Adriana)**, « La pretensión indemnizatoria y su prueba en procesos para la protección de derechos de propiedad industrial », in *XXXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Éditions Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogota, 2018, p. 683-699.
- MARIN VÉLEZ (Gustavo Adolfo)**, « La responsabilidad precontractual en Colombia », *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho Universidad de Medellín, n° 5, Medellín, janvier-juin 2004, p. 57-77.
- MIRANDA LONDONO (Alfonso)**, « El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas », in *Primer congreso internacional sobre competencia*, Panama, octubre de 1998, p. 2.
- « Análisis del proyecto de Ley 038 de 2015 », *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, agosto de 2015, Colombia, consultable sur : https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anac49blisis_pl_038_2015_final_cedec_anexos.pdf.
- « La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas comerciales restrictivas de la competencia », *Revista de derecho de la competencia*, vol. 7, n° 7, Bogota, 2007.
- MONSALVE CABALLERO (Vladimir)**, « La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor », *Vniversitas*, Éditions Pontificia Universidad Javeriana, juin 2012, p. 219-255.
- NARVAEZ BONNET (Jorge Eduardo)**, « Tratos preliminares y responsabilidad precontractual en la actividad aseguradora », *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Éditions Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 19, Bogota, avril 2003.
- NEME VILLAREAL (Martha Lucía)**, « Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos », *Revista de Derecho Privado*, n° 17, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, juillet-décembre 2009, p. 45-76.

- ORTIZ BAQUERO (Ingrid Soraya)**, « Las normas de libre competencia y de competencia desleal : criterios históricos de separación y de convergencia », in *Del derecho comercial al derecho del mercado*, sous la dir. de S. Sotomonte, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2013, p. 581-652.
- OVIEDO ALBAN (Jorge)**, « Tratos preliminares y responsabilidad precontractual », *Revista Vniversitas*, Éditions Pontifica Universidad Javeriana, Faculta de Ciencias Jurídicas, n° 115, Bogota, janvier-juin 2008, p. 83-116, consultable sur : <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/issue/view/982>.
- RENGIFO (Ernesto)**, « Capítulo 22. Valoración de perjuicios en la infracción de patentes », in *Derecho de patentes*, Éditions Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2016, p. 483.
- SALAZAR HOLGUIN (Carolina)**, « Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia », *Revista digital de derecho administrativo*, Éditions Universidad Externado de Colombia, n° 10, Bogota, juillet-décembre 2013, p. 147-160, consultable sur : <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3689>.
- TAPIA RODRÍGUEZ (Mauricio)**, « Pérdida de oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile? », in *Responsabilidad civil y del Estado*, IARCE, Medellín, 2014, n° 34.
- VELANDIA (Mauricio)**, *Ámbito Jurídico*, año V, n° 110, 18 de agosto de 2002, Bogotá, Éditions Legis, p. 14.
- VELILLA (Marco)**, « Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante », in *Derecho de la competencia*, ouvrage collective de la SIC, Éditions Biblioteca Millennium et Éditions El Navegante, Bogotá, 1998, p. 177-201.

C. Droit comparé

- D'AMORE (Marcelo R.)**, « Abuso explotativo de posición dominante. El caso YPF en Argentina », *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 11, décembre 2000, p. 7-16, consultable sur : <https://lalibrecompetencia.com/publicaciones-libros/boletin-latinoamericano-de-competencia/>.
- DAWSON (J. P.)**, « Restitution without enrichment », *Boston University Law Review*, 1981, p. 563.
- DESSEMONTET (F.)**, « Legal protection of know-how in the U.S. », *Droz*, Genève, 1976, p. 337.
- DUTRENIT UGARTE (Teresita)**, « Abuso de posición dominante », *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 17, juillet 2003, p. 62 -73, consultable sur : <https://lalibrecompetencia.com/publicaciones-libros/boletin-latinoamericano-de-competencia/>.

VII. TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS, ARRETS, JUGEMENTS ET AVIS CITES

A. Juridictions et autorités communautaires

1. Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes)

CJCE, 17 déc. 1975, « United Brands », *JOCE*, 9 avril 1976, *Rec. CJCE*, p. 207.

CJCE, 13 févr. 1979, *Rec. CJCE*, p. 461.

CJCE, 11 déc. 1980, *Rec. CJCE*, p. 3775.

CJCE, 7 févr. 1985, *Procureur de la République c/ Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. 240/83, *Rec.*, 531.

CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Azko Chemie BV : RTD com.* 1992, p. 310, obs. C. Bolze.

CJUE, 20 sept. 2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, *Recueil de Jurisprudence* 2001 I 06297, consultable sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1556652677118&uri=CELEX:61999CJ0453>.

CJUE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c/ Lloy Adriatico Assicurazioni* et autres affaires jointes, *Recueil de jurisprudence* 200 I 06619.

CJUE, 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis NV e.a.*, *Recueil numérique (Recueil général)*, consultable sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1556657061544&uri=CELEX:62011CJ0199>.

CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413/14P, arrêt *Intel* ; *Concurrences* n° 4-2017, p. 90-96, obs. Anne-Lise Sibony.

2. Commission de l'Union européenne

a. Décisions de la Commission

Décis. C (2009) 3726 final de la Commission, 13 mai 2009 (affaire COMP/C-3/37.990 – Intel).

b. Communications, communiqués et documents de travail

Communication européenne du 24 févr. 2009 : JOUE n° C 45, 24 févr. 2009, p. 7.

Communiqué de presse publiée par la Commission du 13 mai 2009, IP/09/ 745.

Communiqué de presse publiée par la Commission du 18 juillet 2019, IP/19/4350.

B. Juridictions et autorités françaises

1. Juridictions françaises

a. Conseil Constitutionnel

Conseil Constitutionnel, 13 janv. 2011, n° 2010-85, QPC.

Conseil Constitutionnel, 16 janv. 1982, décision n° 81-132 DC, relative aux nationalisations, *Rec.* p. 18.

b. Juridictions judiciaires

Cour de cassation

- Chambre mixte

Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *D.* 2006. 1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy, et 2638, spéc. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *GAJC*, 12° éd., 2008, n° 258 ; *AJDI* 2006. 667 ; *Rev. sociétés* 2006. 808, note J.-F. Barbière ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2006. 1206, obs. E. Savaux ; *JCP* 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud.

- Chambre commerciale

Com., 23 mars 1965, *Bull.* N° 228.

Com. 26 janv. 1970, n° 67-14.787.

Com., 4 juillet 1973, *Bull. civ.* IV, n° 236.

Com., 19 mai 1976, *JCP* 1976, II, 18507, note R.D.M.

Com., 19 juill. 1976, *JCP G* 1976, II, 18507.

Com., 29 nov. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 300.

Com., 20 nov. 1979, *D.* 1980, IR 173 ;

- Com., 17 avril 1980, *JCP Cl.* 1980. I. 8905.
- Com., 11 janv. 1984, n° 82-13.259 : *Bull. civ.* IV, n° 16.
- Com., 22 oct. 1985, n° 83-15.096 : *Bull.* 1985, IV, n° 245.
- Com., 10 juin 1986, n° 84-16-668.
- Com., 25 nov. 1986, n° 85-11.430.
- Com., 7 mars 1989, *D.* 1989, Jur. p. 231, concl. M. Jéol.
- Com., 23 mai 1989, n° 87-11-912.
- Com., 4 juillet 1989, *Bull. civ. IV*, n° 213, p. 143.
- Com., 25 févr. 1992, n° 90.14-329 : *Bull. civ.* IV n° 88.
- Com., 9 févr. 1993, n° 91-12258 : *Bull. civ.* IV, n° 53 ; *JCP* 1993, I, 3727, n° 42, obs. G. Viney ; *JCP E* 1994, II, 545, note C. Danglehant.
- Com., 9 nov. 1993, n° 92-13207.
- Com., 6 févr. 1996, n° 94-11.588.
- Com., 27 févr. 1996, n° 94-16.885 : *D.* 1997, Somm. 104, obs. Y. Serra.
- Com., 26 mars 1996, n° 93-18-657.
- Com., 27 mai 1997, n° 95-13080.
- Com., 23 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, §385.
- Com., 2 janv. 1999, *D.* 2000, *Cah. dr. aff.*, J., p. 87, note Y. Serra.
- Com., 12 janv. 1999 : n° 96-14.604.
- Com., 6 avril 1999, *D. affaires* 1999, n° 171, p. 1204, note E. P.
- Com., 4 janv. 2000, n° 96-16.197 : *CCC* 2000, n° 79, note Leveneur.
- Com., 25 janv. 2000, n° 97-19809.
- Com., 22 févr. 2000, n° 97-18728 : *CCC* 2000, obs. M. Malaurie-Vignal.
- Com., 14 juin 2000, *Bull.* n° 126.
- Com., 4 juillet 2000, *Deleincourt c/ Scté Sièges d'Argentat, Journagence* juillet 2001, p. 2.
- Com., 9 janv. 2001, *Sarl BGC Vinocor c/ Merlet, Journagence* 12 nov. 2001, p. 2.

- Com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654.
- Com., 29 janv. 2002, n° 00-11.433.
- Com., 12 mars 2002, n° 00-10126.
- Com., 28 mai 2002, *Arkopharma e.a. c/ Gravier, Journagence*.
- Com., 15 oct. 2002, *Sté Marcel Lenne, Journagence*, 26 mai 2003, p. 2.
- Com., 22 oct. 2002, n° 00-12.914.
- Com., 23 avril 2003, n° 01-11.664 : *D.* 2003, 1362, note E. Chevrier.
- Com., 20 mai 2003, *JCP E* 2003, 1203, n° 1, note J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.
- Com., 3 juin 2003, n° 01-15145.
- Com., 1^{er} juillet 2003, n° G. 01-13.052 : *Jurisdata* : 2003-019892 ; *JCP E* 2003, p. 1627, obs. C. Caron.
- Com., 13 nov. 2003, *RTD com.* 2004,365, obs. B. Bouloc.
- Com., 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 186; *JCP E* 2004, p. 738, note Ph. Stoffel-Munk; *JCP* 2004, I, n° 18 et s. obs. Viney; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages ; *D.* 2004, 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne; *RDC* 2004, 257, obs. D. Mazeaud.
- Com., 3 mars 2004, n° 01-15706.
- Com., 8 nov. 2005, n° 04-14.423.
- Com., 31 janv. 2006, *D.* 2007, pan. 1914, obs. Didier Ferrier ; *JCP E* 2007, 1348, note S. Destours, J.-L. Raspaud et D. Mainguy.
- Com., 3 oct. 2006, *JCP E* 2007, 1443, note L. Leveneur.
- Com., 23 janv. 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 8.
- Com., 6 févr. 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 21 ; *D.* 2007, 653, obs. E. Chevrier, et 1688, obs. A. Ballot-Léna ; *RDC* 2007, 731, obs. J.-S. Borguetti ; *JCP E* 2008, 1638, obs. D. Mainguy; *RTD civ.* 2007, 343, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Com., 20 mars 2007, n° 04-19.679.
- Com., 27 mai 2008, n° 07-14.442 : *Bull. civ.* IV, n° 105.
- Com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336 : *CCC* 2009/01, Comm. 8, p. 18, note N. Mathey.
- Com., 2 déc. 2008, n° 07-21612.
- Com., 13 janv.2009, n° 08-13.971 : *Bull. civ.* IV, n° 3.

Com., 5 mai 2009, n° 08-11.976.

Com. 20 oct. 2009, n° 08-20.274 : D. 2009. 2971, note D. Houtcieff ; *ibid.* 2607, obs. X. Delpech.

Com., 4 févr. 2010, n° 09-10.630.

Com., 9 mars 2010, n° 08-21.055 et 09-10.216.

Com. 4 mai 2010 : n° 09-14.415.

Com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272 : *RCA* 2010, comm. 301.

Com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885.

Com., 6 sept. 2011, n° 10-11.975 : *JurisData* n° 2011-018085 ; *JCP E* 2011, 1788, note D. de Lammerville ; *JCP G* 2012, I, 530, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *CCC* 2011, comm. 258, note N. Mathey ; *RTD civ.* 2011, p. 763, obs. B. Fages.

Com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : *D.* 2012. 130, note A. Gaudemet ; *Rev. sociétés* 2012. 22, note B. Fages ; *RTD civ.* 2011. 758, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011. 788, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2011. 1353, note J. Heymann ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 321, p. 15, obs. B. Dondero.

Com., 18 oct. 2011, n° 10-23.524 : *RJDA* 2012, n° 151 ; *RDLC* 2012, n° 1, p. 125, obs. Martin.

Com., 31 janv. 2012, n° 11-10.834 : *Distribution Casino France c/ Asinat Distribution*.

Com., 10 juill. 2012, n° 11-21.954.

Com., 11 sept. 2012, n° 11-14620.

Com., 18 sept. 2012, n° 11-19.629 : *D.* 2012. 2930, note Haftel ; *RTD com.* 2012. 842, obs. Bouloc.

Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.570 : *RLDA* 4/2013, p. 85, note Cl. Mouly-Guillemaud et *Lettre distrib.* déc 2012.

Com., 20 nov. 2012, n° 11-22.660 : *CCC* 2/2013, n° 32, obs. N. Mathey ; *RLDA* 2013, n° 35, p. 39, note J.-C. Grall et C. Bellone.

Com., 9 juillet 2013, n° 12-20.468 : *Lettre distrib.* sept. 2013, obs. C. Mouly-Guillemaud.

Com., 13 nov. 2013, n° 12-25.361.

Com., 25 nov. 2014, n° 13-24.658 : *AJCA* 2015, 138, obs. A. Riéra.

Com., 9 déc. 2014, n° 13-23.309 : *D.* 2015. Actu. 7.

Com., 31 mars 2015, n° 13-21300.

Com., 6 oct. 2015, n° 13-27.419.

Com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

Com., 18 oct. 2016, n° 15-10384.

Com., 8 nov. 2016, n° 15-18.150 : *CCC* 2017, Comm. 34, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 20 juillet 2017, n° 29, 1418, 15, obs. G. Decocq.

Com., 11 janv. 2017, n° 15-18.669.

Com., 8 juin 2017, n° 15- 2615.

Com., 21 juin 2017, n°16-13.860.

Com., 24 oct. 2018, n° 17-16.011.

Com., 23 janv. 2019, n° 17-26.870.

Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614.

Com., 17 mars 2021, n° 19-10.414.

- *Chambres civiles*

Civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, I, p. 350 ; *S.* 1887, I, p. 220.

Civ., 11 févr. 1891, *DP* 1891. 1.197.

Civ. 1^{re}, 24 mai 1965, *Bull. civ.* I, n° 329.

Civ. 1^{re}, 16 juill. 1985, *JCP* 1986. II. 20595, note Dagot ; *RTD civ.* 1987. 88, obs. Mestre.

Civ. 1^{re}, 18 avril 1989, *Bull. civ.* I, n° 150, p. 99.

Civ. 1^{re}, 18 avr. 2000, n° 98-13.620, inédit : *JurisData* n° 2000-001632.

Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, n° 98-20.673 P : *JCP* 2002. I. 134, n°s 1 s., obs. Labarthe ; *Gaz. Pal.* 2002. 682, note Périer ; *RTD civ.* 2002. 88, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* 115, obs. Gautier.

Civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, *Bull. civ.* I, n° 327 ; *D.* 2005. 3094, note B. Parance.

Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 03-18.528 : *JurisData* n° 2006-034537 ; *Bull. civ.* I, n° 389.

Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-15.674.

Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.213.

Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, n° 09/12.895.

Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 17-14.582 : *Jurisdata* 2018-004450.

Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 16-21.141.

Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 17-14.582.

Civ. 2^e, 22 nov. 1966, *Bull. civ.* II, n° 916.

Civ. 2^e, 20 déc. 1966, *D.* 1967, 669.

Civ. 2^e, 22 févr. 1989, n° 87-12.619.

Civ. 2^e, 9 juillet 1997, n° 95-22.149.

Civ. 2^e, 24 janv. 2002, *Dr. et patr.* 2002, n° 3061, p. 92, obs. F. Chabas ; *Deffrénois* 2002, art. 37558, n° 39, obs. R. Libchaber.

Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-10.131 : *Bull. civ.* 2007, II, n° 47.

Civ. 3^e, 3 oct. 1972, *Bull. civ.* III, n° 491.

Civ. 3^e, 8 juillet 1975, n° 73-14.486 : *Bull. civ.* III, n° 249 ; *Gaz. Pal.* 1975. 2. 781, note Plancqueel.

Civ. 3^e, 22 avril 1976, *Bull. civ.* III, n° 165.

Civ. 3^e, 30 juin 1993, *Bull. civ.* III, n° 238, p. 145.

Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : *D.* 1994, Somm., p. 230, obs O. Tournafond, *Jur.* p. 507, note F. Bénac-Schmidt, et *D.* 1995, Somm. p. 7, obs. L. Aynès ; *Deffrénois* 1994, 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995, II, 22366, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1994, p. 584, obs. J. Mestre ; *Bull. Cridon* 1995, n° 21. II. 215, note J.-M. Olivier ; *AJDI* 1994. 384, 351, étude M. Azencot, et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ;

Civ. 3^e, 30 avril 1997, *D.* 1997, *Jur.* p. 475, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997, p. 685, obs. P.-Y. Gautier et 1998, p. 98, obs. J. Mestre ; *CCC* 1997, comm. n° 129, obs. L. Leveneur ; *Deffrénois* 1997, 1007, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1997, II, 22963, obs. B. Thuiller.

Civ. 3^e, 11 févr. 1998, n° 96-10.257.

Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700 : *D.* 2003. 1190, note H. Kenfack.

Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040 : *D.* 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *JCP* 2006. II. 10130, note Deshayes ; *JCP* 2006. I. 166, n° 6, obs. Stoffel-Munck ; *JCP N* 2006. 1352, note Brusorio ; *Gaz. Pal.* 2006. 3287, note Dagorne-Labbe ; *CCC* 2006, n° 223, note Leveneur ; *Deffrénois* 2006. 1858, obs. Libchaber ; *Dr. et patr.* 3/2007. 26, étude

Chauvel ; *RCA* 2006, n° 287, note Hocquet-Berg ; *LPA* 11 oct. 2006, note Prigent ; *RDC* 2006. 1069, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006. 754, obs. Mestre et Fages et 770, obs. Jourdain.

Civ. 3^e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345 : *D.* 2010. 2061, et 2011. 472, spéc. 477, obs. S. Amrani Mekki ; *RTD civ.* 2010. 778, obs. B. Fages, et 2011. 99, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2010. 2123, obs. L. Aynès ; *Gaz. Pal.* 31 oct.-4 nov. 2010, p. 14, obs. D. Houtcieff, et 1^{er}-2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; *LEDC* 2010. 1, obs. G. Pillet ; *RDC* 2011. 153, obs. P. Brun.

Civ. 3^e, 16 mars 2011, n° 10-10.503 P : *D.* 2011. Actu. 946 ; *RLDC* 2011/82, n° 4228.

Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *D.* 2011. 1457, note D. Mazeaud, 1273, édito F. Rome, 1460, note D. Mainguy, et 2679, chron. I. Goanvic ; *AJDI* 2012. 55, obs. F. Cohet-Cordey ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. B. Fages ; *JCP N* 2011. 1163, n° 20 ; *Defrénois* 2011. 1023, obs. L. Aynès, et flash, 6 juin 2011. 1 ; *Bull. Joly* 2011, n° 9, p. 652, obs. D. Mazeaud ; *JCP E* 2011. 1670, note Y. Paclot ; *Constr.-Urb.* 2011. Comm. 115, note C. Sizaire.

Civ. 3^e, 18 déc. 2012, n° 11-28.251.

Civ. 3^e, 6 déc. 2018, n° 17-23.321 P : *D.* 2019. 294, note Tisseyre ; *ibid.* 298, avis Brun ; *ibid.* 279, obs. Mekki ; *AJ contrat* 2019. 79, obs. Pillet ; *RTD civ.* 2019. 96, obs. Barbier ; *ibid.* 126, obs. Gautier ; *RDC* 2019. 20, note Laithier.

- *Chambre criminelle*

Crim., 12 avril 1994, n° 93-82.579 : *Bull. crim.*, n° 146.

Crim., 8 mars 2005.

Crim., 10 déc. 2013, n° 13-80.954.

- *Chambre sociale*

Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 P : *D.* 2017. 2289, note Bauduin et Dubarry ; *AJ contrat* 2017. 480, obs. Bucher ; *RDT* 2017. 715, obs. Bento de Carvalho ; *RTD civ.* 2017. 837, obs. Barbier ; *JCP* 2017, n° 1238, note Molfessis ; *Gaz. Pal.* 2017. 2662, obs. Latina.

Cours d'appel et Tribunaux

Cours d'appel

CA Angers, 24 janv. 2006, Sté Garem c/ SA Adic.

CA Burges, 23 févr. 2012, n° 11/00593.

CA Douai, 5 févr. 1855, *S.* 1857, 2, 46.

CA Douai, 15 mars 2001, *D.* 2002, p. 307, note C. André ; *RTD civ.* 2002, p. 296, note J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 2001, n° 47, 1661, note M. Pédamon.

CA Lyon, 4 nov. 2010, n° 09/05848.

CA Lyon, 6 janv. 2012, n°10/08024.

CA Lyon, 27 févr. 2014, n° 12/02379.

CA Orléans, 29 mai 2008, n° 07/01118.

CA Orléans, 12 janv. 2012, n° 11/01356.

CA Orléans, 8 mars 2012, n° 11/00431.

CA Paris, 16 janv. 1980, *D.* 1981, p. 564, note P. Gode.

CA Paris, 10 juillet 1986, *JCP* 1986, II, 20712, note E. Agostini.

CA Paris, 21 nov. 1991, *Orient-Express*, *PIBD* 1992. III. 174.

CA Paris, 8 mars 1994, *D.* 1994, p. 466 note A. Couret et G.-A. de Sentenac.

CA Paris, 27 janv. 1994, inédit.

CA Paris, 12 avril 1996, *JCP* 1996, II, 22705, note Ph. Le Tourneau.

CA Paris, 17 oct. 1996, *JCP E* 1997, Pan. 499.

CA Paris, 29 nov. 1996, *D.* 1999, Somm., p. 94.

CA Paris, 12 déc. 1996, *JCP E* 1997, n° 953 note M. Behar-Touchais.

CA Paris, 12 févr. 1999, *D.* 2000, Somm., p. 311, obs. Y Serra.

CA Paris, 3 nov. 2004.

CA Paris, 21 janv. 2009, RG n° 06/16463.

CA Paris, 12 sept. 2012, n° 10/04096.

CA Paris, 4 avril 2013 : n° 10/02735.

CA Paris, 11 avril 2013, n° 10/21434.

CA Paris, 24 avril 2013, n° 11/ 11191.

CA Paris, 4 juillet 2013, n° 11-07179.

CA Paris, 12 sept. 2013, n° 11-22934.

CA Paris 18 sept. 2013, n° 12/01982.

CA Paris, 19 févr. 2014, n° 11/20167.

CA Paris, 22 janv. 2016, n° 14/03271.

CA Paris, 14 déc. 2016, *Répertoire général* n° 13/08975.

CA Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170.

CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/111.87.

CA Rennes, 20 janv. 2009, n° 08/00246.

CA Versailles, 21 avril 1988, D. 1988, IR 163.

CA Versailles, 24 oct. 1996, *LPA* 1997, n° 67, p. 17, Comm. V. Selinsky et J. Peyre.

CA Versailles, 16 janv. 1997, *D. affaires* 1997, n° 18, p. 56.

CA Versailles, 9 sept. 1999, *D.* 2000, Somm., p. 311, obs. Y. Serra.

CA Versailles, 2 juin 2004, n° 04-03896.

CA Versailles, 17 oct. 2013, RG n° 11/07740.

CA Versailles, 29 oct. 2013, n° 12/01461.

Tribunaux

T. civ. Joigny, 2 août 1860.

T. com. Lille, 7 sept. 2011, *JCP E* 2011, 1701, note G. Chantepie.

T. com. Meaux, 6 déc. 2011, *CCC* 2012, Comm. 62, note N. Mathey.

T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n° 2009/02296, M^{me} Garonne c/ EMC

T. com. Paris, 30 mars 2011, n° 2009073089.

2. Autorités françaises

a. Conseil de la concurrence

Cons. conc., Décis. n° 87 MC 07 du 02 septembre 1987.

Cons. conc., Décis. n° 04-D-26 du 30 juin 2004, consultable sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

Cons. conc., Décis. n° 04-D-44 du 15 septembre 2004, consultable sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

Cons. conc., Décis. n° 05-D-45 du 22 juillet 2005, pratiques mises en œuvre lors de la passation d'un marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy les Moulineaux, consultable sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d45.pdf>.

Cons. conc., Décis. n° 17-D-14 du 27 juillet 2017, pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de grande consommation en Outre-mer, consultable sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=17-D-14>.

C. Juridictions et autorités colombiennes

1. Juridictions judiciaires

a. Corte Suprema de Justicia (Cour Suprême de Justice)

CSJ, Sala de Casación Civil, 23 nov. 1936, Magistrat rapporteur Ricardo Hinestrosa Daza ; *Gaceta Judicial*, t. XLIV, n° 1918, p. 481-487, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.

CSJ, Sala de Casación Civil, 28 sept. 1937, Magistrat rapporteur Juan Francisco Mújica ; *Gaceta Judicial*, t. XLV, n° 1923-1931, p. 758-763, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.

- CSJ, Sala de Casación Civil*, 18 mai 1946, Magistrat rapporteur Hernán Salamanca ; *Gaceta Judicial*, t. LXII, n° 2046-2047, p. 18-21, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 6 juin 1955, Magistrat rapporteur Manuel Barrera Parra ; *Gaceta Judicial*, t. LXXX, n° 2154, p. 407-417, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 11 mai 1970, Magistrat rapporteur Guillermo Ospina Fernández ; *Gaceta Judicial*, t. CXXXIV, n° 2326-2327-2328, p. 112-134, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 7 oct. 1976, Magistrat rapporteur Alberto Ospina Botero ; *Gaceta Judicial*, t. CLII – 1^{re} partie, n° 2393, p. 441-451, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 29 nov. 1978, Magistrat rapporteur Ricardo Uribe Holguín ; *Gaceta Judicial*, t. CLVIII – 1^{re} partie, n° 2399, p. 293-305, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 5 oct. 1982, Magistrat rapporteur Germán Giraldo Zuluaga ; *Gaceta Judicial*, t. CLXV, n° 2406, p. 233-244, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 7 déc. 1982, Magistrat rapporteur Jorge Salcedo Segura ; *Gaceta Judicial*, t. CLXV, n° 2406, p. 341-350, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 23 nov. 1989 ; Magistrat rapporteur José Alejandro Bonivento Fernández ; *Gaceta Judicial*, t. CXCVI – 2^e semestre 1989, p. 114-126, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 27 juin 1990, Magistrat rapporteur Pedro Lafont Pianetta ; *Gaceta Judicial*, t. CC, n° 2439, p. 296-310, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 9 juin 1998, Magistrat rapporteur Pedro Lafont Pianetta, dossier n° 5036, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 4 sept. 2000, Magistrat rapporteur José Fernando Ramírez Gómez, dossier n° 5420, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 4 avril 2001, Magistrat rapporteur Jorge Antonio Castillo Rugeles, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 6 avril 2001, Magistrat rapporteur Silvio Fernando Trejos Bueno, dossier n° 6690, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.

- CSJ, Sala de Casación Civil*, 2 août 2001, Magistrat rapporteur Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, dossier n° 6145, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 22 oct. de 2001, Magistrat rapporteur Jorge Antonio Castillo Rugeles, dossier n° 5817, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 13 déc. 2001, Magistrat rapporteur Manuel Isidro Ardila Velásquez, dossier n° 6775, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>; *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, mars 2002, n° 363, p. 433.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 12 août 2002, Magistrat rapporteur José Fernando Ramírez Gómez, dossier n° 6151, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 3 août 2004, Magistrat rapporteur Edgardo Villavil Portilla, dossier n° 7447, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 26 oct. 2004, Magistrat rapporteur Jaime Alberto Arrubla Paucar, dossier n° 1999-0065-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 1^{er} déc. 2004, Magistrat rapporteur Silvio Fernando Trejos Bueno, dossier n° 54122, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 28 févr. 2005, Magistrat rapporteur Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, dossier n° 7504, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 19 déc. 2006, Magistrat rapporteur Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, dossier n° 1998-10363-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 6 juillet 2007, Magistrat rapporteur Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, dossier n° 7386, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 7 févr. 2008, Magistrat rapport William Namén Vargas, dossier n° 2001-06915-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 2 juillet 2010, Magistrado Ponente William Namén Vargas, dossier n° 2001-00847-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>; *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n° 464, août 2010, p. 1317.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 16 déc. 2010, Magistrat rapporteur Arturo Solarte Rodríguez, dossier n° 1989-00042-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 22 juin 2011, Magistrat rapporteur Edgardo Villavil Portilla, dossier n° 2000-00155-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>; *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n° 476, août 2011, p. 1273.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 5 juillet 2011, Magistrat rapporteur Ruth Marina Díaz Rueda, dossier n° 2000-00183-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 1^{er} nov. 2013, Magistrat rapporteur Arturo Solarte Rodríguez, dossier n° 1994-26630-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.

- CSJ, Sala de Casación Civil*, 8 avril 2014, arrêt n° SC4420-2014, Magistrat rapporteur Luis Armando Tolosa Villabona, dossier n° 2006-00138-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 13 mai 2014, arrêt n° SC 5851-2014, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, dossier n° 2007 00299 01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 3 juin 2014, arrêt n° SC6906-2014, Magistrat rapporteur Luis Armando Tolosa Villabona, dossier n° 2001-00307-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 5 août 2014, arrêt n° SC10103-2014, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, dossier n° 2004 00037 01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 9 nov. 2017, arrêt n° SC18392-2017, Magistrat rapporteur Luis Armando Tolosa Villabona, dossier n° 2011-00081-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co> ; *Boletín Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, nov. 2017, n° 11, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 15 févr. 2018, arrêt n° SC 170-2018, Magistrat rapporteur Margarita Cabello Blanco, dossier n° 2007 00299 01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 5 mars 2018, arrêt SC512-2018, Magistrat rapporteur Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, dossier n° 2005-00156-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 25 juin 2018, arrêt n° SC2307-2018, Magistrat rapporteur Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, dossier n° 2003-00690-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 31 juillet 2018, arrêt n° SC3047-2018, Magistrat rapporteur Luis Alonso Rico Puerta, dossier n° 2013-00162-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co> ; *Boletín Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, n° 9, sept. 2018, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.
- CSJ, Sala de Casación Civil*, 15 févr. 2021, arrêt SC282-2021, Magistrat rapporteur Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, dossier n° 2008-00234-01, consultable sur : <https://cortesuprema.gov.co>.

b. Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Tribunaux supérieurs du district judiciaire)

TS Bogota, 19 févr. 2010, *Asociación de padres de familia del Colegio Anglo Colombiano c/ Ace. Seguros S.A. y Willis Colombia Corredores de seguros S.A.*

TS Medellin, 1^{re} chambre civile, 7 avril 2016, Magistrat rapporteur Ricardo León Carvajal Marínez, *Maria Elena Salazar Palacio et Alejandra Milena Sanmartín Salazar c/ el Banco Bilbao Viscaya Argentaria Colombia S.A. (BBVA)*.

TS Medellin, 4^e chambre civile, 14 mars 2019, *Flavio Humberto Quiroz c/ Translamaya S.A. et autres*, dossier n° 0500013103003-20011-008290082901, inédit.

c. Consejo de Estado (Conseil d'État)

CE, SCA, Sec. 3^a, 27 nov. 2002, Magistrat rapporteur María Elena Giraldo Gómez, dossier n° 76001-23-31-000-1994-0965-01(13792), consultable sur : <https://www.consejodeestado.gov.co/>.

CE, SCA, Sec. 3^a, 17 mai 2007, Magistrat rapporteur Ruth Stella Correa Palacio, dossier n° 76001-23-31-000-2005-03932-01(AP), consultable sur : <https://www.consejodeestado.gov.co/>.

CE, SCA, Sec. 3^a, 19 déc. 2012, Magistrat rapporteur Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dossier n° 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), *Endesa de Colombia S.A. et autres c/ Nación -Ministerio de Hacienda y crédito público, Ministerio de minas y energía*.

CE, SCA, Sec. 3^a, 9 oct. 2014, Magistrat rapporteur Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, dossier n° 11001-03-26-000-2011-00024-00, consultable sur : <https://www.consejodeestado.gov.co/>.

CE, SCA, Sec. 3^a, 26 nov. 2015, Magistrat rapporteur Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dossier n° 85001-23-31-000-2011-00109-01(51376), consultable sur : <https://www.consejodeestado.gov.co/> ; *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n° 534, juin 2016, p. 1119 ; *Legis*, Biblioteca virtual de jurisprudencia colombiana.

CE, SCA, Sec. 3^a, arrêt 2011-00028 du 1^{er} avril 2016, Magistrat rapporteur Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dossier n° 11001-03-26-000-2011-00028-00 (41217), consultable sur : <https://www.consejodeestado.gov.co/>.

d. Superintendencia de Industria Comercio (Superintendance de l'industrie et du commerce)

SIC, 27 févr. 2003, arrêt n° 5525, consultable sur <https://www.sic.gov.co/>.

SIC, 10 nov. 2006, arrêt n° 0011, dossier n° 04039126, *C.I Valle Trade S.A c/ Edgar Yesid Avila*, consultable sur <https://www.sic.gov.co/>.

SIC, 6 mars 2009, arrêt n° 0005, dossier n° 03082799, *Orbitel S.A. E.S.P. c/ Colombian Communications Company S.A. et Accesa S.A.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co/>.

- SIC*, 23 juin 2009, arrêt n° 0008, dossier n° 03084008, *EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. c/ Overseas Catv Ltda.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 20 octobre 2009, arrêt n° 012, dossier n° 03073644, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 13 nov. 2009, arrêt n° 0016, dossier n° 04001328, *Caterpillar Inc. c/ Casa Caterpillar de Bogotá Ltda.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 9 nov. 2010, arrêt n° 21, *SAAT Andina S.A. c/ Bayer Cropscience S.A.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 29 avril 2011, arrêt n° 24, dossier n° 08094627, *Nika Editorial S.A. c/ Editorial Educativa Kingcolor S.A.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 28 juillet 2011, arrêt n° 51, dossier n° 7040737, affaire *Comlemo*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 12 déc. 2011, arrêt n° 1451, dossier n° 7070091, *OPC et autres c/ Predimarket Ltda.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 13 déc. 2011, arrêt n° 1462, dossier n° 6123327, *EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. c/ Consumer S.A.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 19 déc. 2011, arrêt n° 1495, dossier n° 7028968, *Sociedad Industrial Técnica Colombiana S.A. Sinteco S.A. c/ Espan Ltda. et Ana Eugenia San Juan Galvis*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 31 mai 2012, arrêt n° 2764, dossier n° 09015988, *Conservas y Vinos S. en C. c/ Congrupo S.A., Viña Concha y Toro S.A. y José Canepa y Compañía Limitada*, consultable sur : <http://www.sic.gov.co/sentencias-de-competencia-desleal>.
- SIC*, 16 oct. 2012, arrêt n° 135, *Inmigration Consultans Services Ltda., ICS Ltda. c/ Global Migration Services S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 27 mai 2016, arrêt n° 1322, *Sighinolfi Group Colombia S.A. c/ Indurrego S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 26 déc. 2016, arrêt n° 3088, *Bela Venko Abogados S.A.S. c/ Vinnuretti Abogados S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 6 janv. 2017, arrêt n° 2011015052, *Fertillanos*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 7 juin 2017, arrêt n° 998, *Disney Entreprises Inc. c/ Entertainment Addictive International Group S.A.S., Grupo Tuticket.com Colombia S.A.S. et autres*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 13 juin 2017, arrêt n° 1036, *Ripel Proveduría y Construcciones S.A.S. c/ Ferretería Industrial S.A.S. – Fisa*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.

- SIC*, 7 juillet du 2017, arrêt n° 1140, dossier n° 16-152772, *Comunicación Celular S.A. Comcel S.A c/ Avantel S.A.S.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 26 juillet 2017, arrêt n° 6969, dossier n° 16054420, *Cidegas S.A.S. et Industrias metálicas Cilgas S.A.S c/ Comercial Industrial Nacional S.A.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 1^{er} sept. 2017, arrêt n° 2237, dossier n° 16-169777, *Caracol Television S.A. y RCN Television S.A. c/ Telmex Colombia S.A. et autres*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 15 janv. 2018, arrêt n° 74, dossier n° 16-163086, *Telmex Colombia S.A.S. c/ ETB S.A. E.S.P.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 6 févr. 2018, arrêt n° 321, *Petrograsas S.A.S. c/ Jesús Antonio Gómez Deaza, Juan Ernesto Gómez Peñaranda et Heidy Nataly Cajicá Páez*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 9 févr. 2018, arrêt n° 344, dossier n° 14-202463, *Grupo Empresarial de la Limpieza S.A. c/ Reckitt Benckiser Colombia S.A.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 28 févr. 2018, arrêt n° 14305, dossier n° 12-185822, *Cooperativa de servicios públicos y alcantarillado de la parcelación El jardín Ltda. Coopjardín ESP Ltda. – EAAB*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 14 mars 2018, arrêt n° 732, dossier n° 16-176110, *Transportes Expreso Palmira S.A. c/ Transportes Armenia S.A.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 20 mars 2018, arrêt n° 807, dossier n° 16-141738, *Eventos Niche S.A.S. et autres c/ Alvaro Hernando Tulande Castillo*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 20 mars 2018, arrêt n° 806, dossier n° 17-56714, *Alcanos de Colombia S.A. ESP c/ Miguel Angel Saldaña Plazas*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 13 avril 2018, arrêt n° 1004, dossier n° 17-303374, *Koba Colombia S.A.S. c/ Jefferson Andrés Sarria G.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 15 mai 2018, arrêt n° 1282, dossier n° 17059958, *Baño móvil de Colombia S.A. Bamocol S.A. c/ Septiclean S.A.S. E.S.P y Empresa Metropolitana de Aseo de Cali S.A. E.S.P.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 30 mai 2018, arrêt n° 1470, dossier n° 16-000412, *Westcon Group Colombia Ltda. c/ NGEER S.A.S. y otros*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 28 juin 2018, arrêt n° 1769, dossier n° 16-211086, *AMV S.A. c/ Constructora AMV S.A.S.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.

- SIC*, 12 juillet 2018, arrêt n° 1343, dossier n° 15-280889, *Agrocampo S.A.S. c/ Comercializadora internacional Agrocampo Unidas de Colombia S.A.S.*, consultable sur : <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 8 août 2018, arrêt n° 2024, *Inalambria Internacional S.A. c/ Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 3 sept. 2018, arrêt n° 11307, dossier n° 16-122601, *Fundacio per à la Universitat oberta de Catalunya c/ Unicatalunya Colombia S.A.S, Fundacion Universidad de Catalunya Colombia et autres*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 17 janv. 2019, arrêt n° 028, dossier n° 17-060128, *Jardín Sésamo Kids S.A.S. c/ Centro para el desarrollo infantil Huellas S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 19 juillet 2019, arrêt n° 18-03456, *Carlos Andrés Granada c/ Videplex Universal S.A.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 3 juillet 2020, arrêt n° 2018014463, *Datacontrol c/ Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 15 févr. 2021, arrêt n° 18-262513, *Comunicación Celular Comcel S.A. c/ Logística Flash Colombia S.A. et Oportunidad Flash Colombia S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 12 janv. 2021, arrêt n° 19-50209, *Grasas S.A. c/ Proveedora Tequendama S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.
- SIC*, 15 févr. 2021, arrêt n° 18-262513, *Comunicación Celular Comcel S.A. c/ Logística Flash Colombia S.A. et Oportunidad Flash Colombia S.A.S.*, consultable sur <https://www.sic.gov.co>.

e. Tribunaux d'arbitrage

- Sentence arbitrale du 18 mars 2002, Tribunal d'arbitrage de Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point Ltda. c/ Comunicación Celular S.A., Comcel, sous l'égide du Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, arbitres Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer et Gustavo Cuberos Gómez, consultable sur : <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24362>.
- Sentence arbitrale du 25 mars 2011, Tribunal d'arbitrage de *Bag's King Limitada en Acuerdo de Reestructuración c/ Master Química Limitada*, arbitre Jorge Pinzón Sánchez, sous l'égide du Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, consultable sur : <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24362>.

2. Autorités colombiennes

a. Superintendencia de Industria Comercio (Superintendance de l'industrie et du commerce)

SIC, Décis. n° 47612 du 26 juillet 2016, n° 13-198976, consultable sur : http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Delegatura/2016/Resolucion_47612_de_2016_Bureau_Veritas-Tecnicontrol.pdf.

VIII. SITES D'INTERNET

Corte Suprema de Justicia : <https://cortesuprema.gov.co>.

Consejo de Estado : <https://www.consejodeestado.gov.co/>.

Sentences arbitrales du *Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá* : <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24362>.

Superintendencia de industria y Comercio : <https://www.sic.gov.co>.

Sentences arbitrales du *Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá* : <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24362>.

Index

A

Abus d'une position dominante : n° 447 à 454, n° 455 à 466, n° 460 à 467.

Action paulienne : n° 396, n° 397, n° 412 à n° 415.

Action préventive : n° 259, n° 260, n° 261, n° 522, n° 523.

Agence commerciale : n° 267, n° 268, n° 269, n° 270 à 284.

Aléa : n° 674 à 682.

Atteinte à l'image : n° 539 à 554.

Avantage : 487 à 494, n° 562 à 569, 570 à 605, 618.

Avant-contrat : n° 323, n° 381 à n° 385.

B

Bonne foi : n° 327 à 338.

C

Capacité concurrentielle : n° 458.

Chiffre d'affaires : n° 642 à 650.

Concurrence déloyale : n° 196 à 209, n° 255 à 262, n° 514 à 554.

Confusion : n° 523 à 527.

D

Dénigrement : n° 539 à 554.

Dépendance économique : n° 468 à 474.

Déséquilibre économique : n° 495 à 504.

Déviation de clientèle : n° 519 à 538.

Devoir d'information : n° 334 à 336, n° 358 à n° 365, n° 378, n° 380.

Dol : n° 362, n° 363, n° 369, n° 373 à 375.

Domage à l'économie : n° 158 à 185, n° 187 à 195, n° 196 à 209, n° 651.

Domage au processus concurrentiel : n° 444, n° 445, n° 457, n° 465.

Domages et intérêts punitifs : n° 606 à 622.

Domages et intérêts compensatoires : n° 420 à 429.

E

Évaluation du préjudice : n° 557 à n° 685.

Exécution forcée : n° 397 à 395, n° 405 à 411, n° 416 à 419, n° 429.

F

Faute : n° 440 à 442.

Faute *in contrahendo* : n° 358.

Faute lucrative : n° 613, n° 615, n° 616.

Franchise : n° 336, n° 367, n° 401.

Fonction punitive : n° 222, n° 606 à 622.

G

Gain manqué : n° 218, n° 301 à 307, n° 313, n° 314, n° 344, à 350, n° 376, n° 377.

Gains indus : n° 562 à 569, n° 570 à 605.

I

Intérêt Positif : n° 344 à 350.

Intérêt négatif : n° 351 à 355.

J

Juramento estimatorio: n° 622.

L

Libre concurrence : n° 160 à 174,

Lien de causalité : n° 347 et 348, n° 624 à 638, n° 659 à 669.

Loyauté : n° 480 à 482.

M

Mandat : n° 275 à 277.

Marge : n° 651 à 654.

Mesure du préjudice : n° 557 à 689.

Méthode contrefactuelle : n° 642, n° 643, n° 659 à 669.

N

Nullité : n° 229, n° 246.2, n° 246.3, n° 412 à 415.

O

Offre : n° 324, n° 325.

P

Pacte de préférence : n° 386 à 397.

Période précontractuelle : n° 320 à n° 326.

Perte subie : n° 217, n° 220, n° 296, n° 297 à 299, n° 312, n° 351 à 355, n° 374, n° 375, n° 379, n° 400, n° 418.

Perte d'une chance : n° 300, n° 344 à 349, n° 354 à 356, n° 367 à 372, n° 376, n° 377, n° 400, n° 418, n° 655 à 657, n° 670 à 682.

Police du marché : n° 475 à 478.

Pourparlers : n° 340 à 344.

Pratiques anticoncurrentielles : n° 164, n° 168 à 170, n° 187 à 195, n° 227 à 243, n° 443 à 445.

Pratiques restrictives de la concurrence : n° 483 à 513, n° 586 à 591.

Préavis : n° 292 à 295, n° 302, n° 305.

Préjudice concurrentiel : n° 457, n° 465.

Préjudice moral : n° 222, n° 247.1, n° 308.

Private enforcement : n° 242, n° 477.

Promesse de contrat : n° 402 à 429.

R

Relation commerciale établie : n° 288 à 295, n° 506 à 513.

Risque de préjudice : n° 519 à 539.

S

Surcoût : n° 217.

T

Transaction : n° 467.

Trouble commercial : n° 247.1, n° 562 à 565.

Table de matières

<i>Introduction</i>	13
<i>Première partie - L'identification du dommage économique.</i>	29
Titre I. L'identification du dommage économique par l'apport du droit des marchés	31
Chapitre 1. La distinction entre le dommage à l'économie d'ensemble et les préjudices économiques individuels qui en découlent pour les agents : la contribution du droit de la concurrence.	32
Section 1. L'identification du dommage à l'économie générale ou d'ensemble	33
Paragraphe 1. Une atteinte à l'intérêt général de la libre et loyale concurrence sur le marché.	35
I. La libre concurrence, une liberté économique d'intérêt général protégée en droit français et en droit colombien	35
A. La libre concurrence, liberté protégée en droit français.	36
B. La libre et loyale concurrence, intérêt général protégé en droit colombien	39
II. L'altération du degré de concurrence dans un marché	45
A. L'exercice de la libre concurrence à travers les diverses étapes d'un marché.	46
B. Le faussement de la concurrence dans un marché	48
Paragraphe 2. Le dommage à l'économie générale, une atteinte sanctionnée par les droits colombien et français de la concurrence	52
I. Le dommage à l'économie générale sanctionné par le droit des pratiques anticoncurrentielles	52
A. L'intégration du dommage au fonctionnement de l'économie dans les infractions au droit de la concurrence	53
B. Le dommage à l'économie, critère déterminant dans la modulation des sanctions des pratiques anticoncurrentielles	55
II. Le dommage à l'économie sanctionné par le droit de la concurrence déloyale	58
A. La protection du marché par le droit français de la concurrence déloyale	59
B. L'objectif de protection du marché en droit positif colombien de la concurrence déloyale.	62
Section 2. L'identification de la lésion des intérêts économiques individuels des agents à la suite des comportements concurrentiels fautifs.	69

Paragraphe 1. Le principe de la réparation de la lésion des intérêts économiques individuels des agents du fait d'une pratique anticoncurrentielle _____	70
I. La consécration du principe de réparation des préjudices économiques individuels subis par les opérateurs du fait des pratiques anticoncurrentielles en droit positif français _____	71
II. La réparation des préjudices patrimoniaux individuels subis par les opérateurs du fait des pratiques anticoncurrentielles en droit colombien. _____	80
A. Le droit à réparation des préjudices individuels subis du fait d'une des pratiques anticoncurrentielles interdites par la loi 155 de 1959 _____	82
B. Aspects procéduraux d'un éventuel exercice de l'action en réparation des préjudices individuels causés par une pratique anticoncurrentielle _____	87
Paragraphe 2. Le principe de la réparation du préjudice économique individuel subi par un agent du fait d'un acte de concurrence déloyale _____	91
I. Le principe de la réparation des préjudices individuels causés par la concurrence déloyale en droit français _____	92
II. Le principe de la réparation des préjudices économiques individuels causés par la concurrence déloyale en droit colombien _____	99
A. La consécration du principe de réparation intégrale des préjudices individuels causés par les actes de concurrence déloyale _____	99
B. La consécration d'un principe de prévention des préjudices individuels des agents en matière de concurrence déloyale _____	101
Chapitre 2. La contribution du droit de la distribution _____	105
Section 1. Le préjudice économique individuel résultant de la cessation du contrat d'agence commerciale _____	107
Paragraphe 1. L'indemnisation du préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale en droit français. _____	110
Paragraphe 2. L'indemnisation du préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale en droit colombien. _____	116
Section 2. Le préjudice économique issu de la rupture brutale des relations commerciales établies _____	120
Paragraphe 1. Le dispositif français de réparation des lésions des intérêts patrimoniaux de la victime d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie _____	121
I. Le concept de « relation commerciale établie » _____	121
II. Le concept de « rupture brutale » : le non-respect d'un préavis suffisant _____	124
III. Le préjudice économique indemnisable du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale en droit français _____	126
A. L'indemnisation des déboursements réalisés en pure perte _____	126
B. L'indemnisation de la perte d'une chance _____	128
C. L'indemnisation des gains manqués _____	129
D. L'indemnisation du préjudice moral _____	133

Paragraphe 2. La réparation des préjudices patrimoniaux subis par une partie à la suite de la cessation intempestive du contrat en droit colombien _____	134
I. L'indemnisation des pertes éprouvées _____	136
II. La prise en compte de la reconversion rapide de la victime dans l'indemnisation des gains manqués _____	137

Titre 2. L'identification du dommage économique par l'apport du droit des obligations _____ 141

Chapitre 1. Le devoir des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle en droit français et en droit colombien _____	142
Section 1. La définition de la période précontractuelle _____	142
Section 2. Le contenu du devoir des parties d'agir de bonne foi pendant la période précontractuelle _____	145
Chapitre 2. La limitation des préjudices économiques indemnifiables résultant d'un manquement au devoir des parties d'agir de bonne pendant la période précontractuelle. _____	152
Section 1. L'indemnisation des préjudices économiques résultant de la rupture fautive des pourparlers _____	153
Paragraphe 1. L'exclusion de l'indemnisation de la lésion de « l'intérêt positif » en droit français et colombien. _____	155
Paragraphe 2. L'indemnisation du seul « intérêt négatif » en droit français et colombien des obligations. _____	159
Section 2. L'indemnisation du préjudice économique résultant de la violation du devoir précontractuel d'information. _____	163
Paragraphe 1. L'indemnisation de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter dans des conditions plus avantageuses _____	169
Paragraphe 2. La réparation des dépenses faites par une partie en exécution d'un contrat conclu à cause de la réticence dolosive du cocontractant. _____	173
Paragraphe 3. L'exclusion du gain manqué et de la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat conclu. _____	175
Section 3. L'indemnisation du préjudice économique résultant de la violation des avant-contrats _____	178
Paragraphe 1. L'indemnisation du préjudice résultant de la violation du pacte de préférence. _____	180
I. L'exécution forcée du pacte de préférence en cas de la conclusion d'un contrat avec un tiers en violation du pacte. _____	181
II. La réparation du préjudice du bénéficiaire en absence d'exécution forcée du pacte de préférence. _____	185
Paragraphe 2. L'indemnisation du préjudice résultant de la violation de la promesse de contrat. _____	187

I. La réparation en nature du préjudice résultant de la violation d'une promesse de contrat. _____	189
A. L'exécution forcée de la promesse en droit français et en droit colombien. ____	189
B. La nullité du contrat conclu avec un tiers en violation d'une promesse de contrat. _____	193
C. L'indemnisation du préjudice économique du bénéficiaire en cas d'exécution forcée de la promesse. _____	195
II. L'indemnisation du préjudice économique résultant de l'inexécution d'une promesse de contrat par le biais des dommages et intérêts compensatoires. _____	196
<i>Deuxième partie – L'évaluation du dommage économique.</i> _____	205
Titre 1. La révélation de certaines fautes par le dommage économique. _____	206
Chapitre 1. La contribution du dommage économique subi par un opérateur à la révélation de certaines pratiques anticoncurrentielles. _____	207
Section 1. Sur la notion d'abus d'une position dominante sur le marché. _____	210
Section 2. L'atteinte de l'activité économique individuelle d'un opérateur, élément contribuant à la révélation d'un abus de position dominante. _____	214
Paragraphe 1. Le préjudice économique révélateur de l'abus de position dominante. ____	217
I. Le préjudice économique révélateur de l'abus d'une position dominante sur le marché. _____	218
A. L'étude des espèces. _____	219
B. La tentative de transaction possible entre la victime et le responsable de la pratique anticoncurrentielle devant l'Autorité de concurrence colombienne. ____	225
II. Le préjudice économique révélateur de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique d'un autre opérateur. _____	226
Paragraphe 2. Le préjudice subi par un opérateur, élément permettant l'exercice d'une police du marché par les agents économiques. _____	233
Chapitre 2. Le préjudice économique révélateur des fautes de concurrence déloyale. ____	235
Section 1. Le préjudice économique révélateur des pratiques restrictives de la concurrence en droit français. _____	237
Paragraphe 1. Le préjudice économique révélateur de la faute constituée par l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné. _____	240
Paragraphe 2. Le préjudice économique révélateur des déséquilibres dans les droits et obligations des parties. _____	247
Paragraphe 3. Le préjudice économique révélateur de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. _____	253
Section 2. Le préjudice individuel d'un opérateur économique, élément révélateur de certains actes constitutifs de concurrence déloyale. _____	257
Paragraphe 1. La déviation illégitime de la clientèle d'un opérateur, préjudice économique révélateur de certaines fautes de concurrence. _____	262

I. La déviation potentielle de la clientèle d'autrui, risque de préjudice révélateur de la déloyauté de certains actes concurrentiels. _____	264
A. Le risque de déviation de la clientèle révélateur de la déloyauté des actes de confusion. _____	265
B. Le risque de déviation de la clientèle révélateur de la faute d'exploitation induite de la réputation d'autrui. _____	268
II. La déviation effective de la clientèle d'un opérateur, préjudice révélateur de la déloyauté de certains actes concurrentiels. _____	270
A. La déviation effective de la clientèle, préjudice économique révélateur de la déloyauté de l'exploitation induite de la réputation d'un autre opérateur. _____	270
B. La déviation effective de la clientèle, préjudice économique révélateur de la déloyauté d'autres actes concurrentiels. _____	272
Paragraphe 2. L'atteinte à l'image d'un opérateur, préjudice extrapatrimonial révélateur de la déloyauté des actes de dénigrement. _____	274
I. La réparation en nature de l'atteinte à l'image subie par la victime d'un acte de dénigrement. _____	278
II. L'indemnisation en équivalent monétaire de l'atteinte à l'image subie par un opérateur du fait des actes de dénigrement. _____	280
III. L'indemnisation des préjudices économiques subis par un opérateur à la suite d'une atteinte à son image. _____	283

Titre 2. Les méthodes d'évaluation du dommage propres à la matière économique. 287

Chapitre 1. L'appréciation allégée du préjudice économique par le recours aux données économiques du fait générateur. _____	288
Section 1. L'allègement dans l'appréciation du préjudice économique de la victime par le recours aux techniques de chiffrage des bénéfices induits obtenus par le responsable. _____	288
Paragraphe 1. La violation, par un agent, des règles encadrant l'exercice de son activité économique implique souvent un désavantage compétitif pour les concurrents loyaux : le déplacement induit des valeurs concurrentielles. _____	289
Paragraphe 2. Les techniques utilisées. _____	294
I. La mesure du gain manqué subi par un opérateur par le recours au chiffrage des gains obtenus induits par l'opérateur fautif. _____	296
A. La mise en œuvre de la technique par les juges colombiens en matière de concurrence déloyale. _____	296
1. Le recours à cette méthode par les juges colombiens lors de l'hypothèse prévue à l'article 18 de la loi 256. _____	297
2. Le recours à cette méthode par les juges colombiens en dehors de l'article 18 de la loi 256. _____	299
B. La mise en œuvre de la technique par les juges français en matière de pratiques restrictives de la concurrence. _____	303

II. La mesure du préjudice économique de la victime par le recours au chiffrage des économies réalisées par l'agent fautif. _____	306
A. Dans la jurisprudence colombienne. _____	307
B. Dans la jurisprudence française. _____	312
III. Le recours à ces techniques d'évaluation du préjudice économique est une expression de la fonction punitive de la responsabilité civile. _____	315
A. La réception en droit français de la responsabilité civile des dommages et intérêts punitifs en matière de concurrence déloyale. _____	316
1. Les dommages et intérêts punitifs en droit positif français et européen. _____	318
2. Les dommages et intérêts punitifs dans le droit prospectif français. _____	321
B. La réception plus timide des dommages et intérêts punitifs en droit colombien de l'évaluation du préjudice économique. _____	324
Section 2. L'incidence du recours aux données économiques du fait générateur lors de l'évaluation du préjudice sur l'appréciation du lien causal. _____	329
Paragraphe 1. Le pouvoir souverain des juges du fond français dans l'appréciation du lien causal. _____	329
Paragraphe 2. La présomption du lien causal. _____	333
Chapitre 2. L'appréciation stricte du préjudice économique. _____	337
Section 1. Les outils comptables de l'appréciation stricte du préjudice économique. _____	338
Paragraphe 1. Les instruments de mesure du préjudice économique. _____	341
I. Les étalons de mensuration possibles. _____	341
II. Le recours à la notion de « marge sur coûts variables » ou « marge perdue » pour déterminer le préjudice économique. _____	343
III. La prise en compte des frais supplémentaires engendrés par l'entrave. _____	345
Paragraphe 2. Les méthodes économiques permettant d'évaluer le préjudice économique subi. _____	347
I. « Les simples différences ». _____	347
II. « Les doubles différences » ou « la différence des différences ». _____	348
III. La méthode économétrique. _____	349
IV. La détection d'une rupture de tendance. _____	350
Section 2. La notion juridique à l'aide de l'appréciation stricte du préjudice économique : l'indemnisation de la perte de la chance. _____	351
Paragraphe 1. Les difficultés liées à la certitude du gain manqué en matière économique. _____	351
Paragraphe 2. L'aléa inhérent à la chance perdue. _____	353
Conclusion _____	361
Bibliographie _____	367
I. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, TRAITES _____	367
A. Droit français _____	367

B.	Droit colombien _____	368
II.	DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES _____	369
III.	OUVRAGES SPECIAUX, RAPPORTS ET ETUDES _____	370
A.	Droit français _____	370
B.	Droit colombien _____	371
IV.	THESES ET MONOGRAPHIES _____	372
V.	ACTES DE COLLOQUE, TRAVAUX COLLECTIFS ET MELANGES _____	374
VI.	ARTICLES, CHRONIQUES, ÉTUDES ET RAPPORTS. _____	374
A.	Droit français _____	374
B.	Droit colombien _____	381
C.	Droit comparé _____	382
VII.	TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS, ARRETS, JUGEMENTS ET AVIS CITES 383	
A.	Juridictions et autorités communautaires _____	383
1.	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes) _____	383
2.	Commission de l'Union européenne _____	383
a.	Décisions de la Commission _____	383
b.	Communications, communiqués et documents de travail) _____	383
B.	Juridictions et autorités françaises _____	384
1.	Juridictions françaises _____	384
a.	Conseil Constitutionnel _____	384
b.	Juridictions judiciaires _____	384
Cour de cassation _____	384	
- Chambre mixte _____	384	
- Chambre commerciale _____	384	
- Chambres civiles _____	388	
- Chambre criminelle _____	390	
- Chambre sociale _____	390	
Cours d'appel et Tribunaux _____	390	
Cours d'appel _____	390	
Tribunaux _____	392	
2.	Autorités françaises _____	393
a.	Conseil de la concurrence _____	393
C.	Juridictions et autorités colombiennes _____	393
1.	Juridictions judiciaires _____	393
a.	Corte Suprema de Justicia (Cour Suprême de Justice) _____	393
b.	Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Tribunaux supérieurs du district judiciaire) _____	396
c.	Consejo de Estado (Conseil d'État) _____	397

d.	Superintendencia de Industria Comercio (Superintendance de l'industrie et du commerce)	397
e.	Tribunaux d'arbitrage	400
2.	Autorités colombiennes	401
a.	Superintendencia de Industria Comercio (Superintendance de l'industrie et du commerce)	401
VIII.	SITES D'INTERNET	401
	<i>Index</i>	403
	<i>Table de matières</i>	407

Résumé :

Le dommage économique en droit privé colombien – étude comparée avec le droit français

Le dommage ou préjudice économique est défini comme la lésion d'un intérêt à nature patrimonial juridiquement protégé. En matière économique, il se manifeste à la suite d'une atteinte illégitimement portée à l'activité économique individuelle d'un opérateur. À la lumière des développements des droits français et colombien des marchés et des obligations nous pouvons identifier divers scénarios d'atteinte ou de lésion de l'activité économique individuelle d'un opérateur ainsi que les différents dispositifs de réparation du dommage économique. Un rapport entre le préjudice et la faute peut être constaté en matière économique. En effet, dans certaines hypothèses, le préjudice subi par un agent permet de révéler la faute économique. Ceci exerce parfois une influence sur la manière dont le dommage économique est mesuré ou évalué. Ainsi, des méthodes d'évaluation du dommage propres à la matière économique peuvent être identifiées. Alors que certaines méthodes mesurent d'une manière souple le préjudice subi par un agent à la suite d'une atteinte à son activité, d'autres, fondées sur les apports des théories économiques, permettent de mesurer d'une manière rigoureuse le dommage économique.

Descripteurs :

Domage - Préjudice – Activité économique – Responsabilité – Évaluation – Faute – Lien de causalité – Perte subie – Gain manqué – Perte d'une chance- Dommage et intérêts punitifs.

Title and Abstract :

Economic damage in private Colombian law – Comparative study with French law

Economic damage is defined as the injury of an interest of a legally protected patrimonial nature. In economic matters, it manifests itself as a result of an unlawful attack on the economic individual activity of an operator. In the light of the developments in French and Colombian business law and of the law of obligations, we can identify various scenarios of harm to the individual economic injury of an operator as well as different mechanisms for repairing economic damage. A relationship between the damage and the fault in the economic matter can be established. Indeed, in certain cases, the damage suffered by an agent makes it possible to reveal the economic fault. This sometimes influences how economic damage is measured. Therefore, some methods of assessing damage specific to the economic matter can be identified. While some of them measure in a flexible way the damage suffered by an agent as a result of an attack to his activity, others, based on the contributions of economic theories, make it possible to measure economic damage in a rigorous way.

Keywords :

Damage – Economic activity – Liability – Valuation – Fault – Causal link – Loss suffered – Loss profit – Loss of an opportunity – Damages and punitive damages.