

UNE PARTIE À UN ACCORD PROHIBÉ PAR L'ARTICLE 81 CE DOIT POUVOIR RÉCLAMER UNE INDEMNISATION À SON COCONTRACTANT S'IL NE PORTE PAS UNE RESPONSABILITÉ SIGNIFICATIVE DANS LA DISTORSION DE CONCURRENCE

CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage Ltd et Bernard Creham*

David BOSCO

Allocataire Moniteur à l'Université d'Aix-Marseille

Thème : Droit communautaire de la concurrence / Ententes / Article 81 CE / Contrat d'approvisionnement exclusif / Contrat de bière / Accord prohibé / Possibilité de demander des dommages et intérêts / Absence de responsabilité dans la restriction de concurrence / Nemo auditur

L'article 81 CE s'oppose à une règle de droit national qui interdit à une partie à un accord prohibé par ce texte de demander des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat, au seul motif que l'auteur de la demande est partie à celui-ci.

Le droit communautaire ne s'oppose pas à une règle de droit national qui refuse à une partie à un accord 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 concurrence.

I - L'admission de l'action en dommages et intérêts du contractant partie à l'accord prohibé.....	3
A L'argument tiré du droit des particuliers de se prévaloir de la violation de l'article 81 CE.....	3
B L'argument tiré de la sauvegarde de l'efficacité du Traité.....	5
II - Le rejet de l'action en dommages et intérêts en cas de responsabilité significative du contractant dans la restriction de concurrence.....	6
A/ Qualité de partie à l'accord prohibé et responsabilité dans la distorsion de concurrence	7
B/ Circonstances à prendre en considération pour déterminer la responsabilité du demandeur dans la distorsion de concurrence.....	8

1.-Près de trois mois seulement après l'arrêt du Tribunal de première instance rendu dans l'affaire Roberts¹, la distribution de la bière au Royaume-Uni revient devant les juridictions communautaires. L'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 20 septembre 2001 n'a pas, néanmoins, pour objet de préciser à nouveau la situation concurrentielle des brasseurs anglais, mais tranche une question de principe dont l'intérêt dépasse largement le marché de la bière.

2.- Il a été rendu en réponse à plusieurs questions préjudicielles (article 234 CE) posées par la *Court of Appeal (England & Wales)*. Les faits sont relativement simples. Un brasseur (la société Courage) réclamait à son distributeur (M. Crehan) une somme d'argent correspondant à des livraisons de bière impayées. Celui-ci contestait le bien-fondé de la demande au motif que l'obligation d'achat exclusif dont il était débiteur était contraire à l'article 81 § 1^{er} CE. Le débiteur avait encore introduit une demande reconventionnelle en dommages et intérêts à l'encontre de son fournisseur pour le préjudice consécutif à l'exécution du contrat illicite.

3.- Avant de trancher le litige, la *Court of Appeal* estima nécessaire d'interroger la Cour de justice sur les points suivants. D'une part, les juges anglais demandaient à la Cour, en substance, si l'article 81 CE doit être interprété en ce sens qu'une partie à un accord illicite peut réclamer une protection juridictionnelle (*relief*) à l'encontre de son cocontractant et notamment l'allocation de dommages et intérêts pour un préjudice résultant de sa sujétion à la clause illicite. L'intérêt de la question tenait à ce que le droit anglais refuse l'indemnisation d'un contractant partie à un accord illicite ni ne lui permet de demander sa nullité. Si la réponse de la Cour devait être positive, les juges anglais notent qu'il en résulterait un conflit entre le principe de l'autonomie procédurale et celui de l'application uniforme du droit communautaire. D'autre part, les juges de la *Court of Appeal* demandaient à la Cour de justice quelles circonstances pouvaient conduire à déclarer incompatible avec le droit communautaire une règle telle que celle admise par le droit anglais, à supposer que des circonstances puissent conduire à une telle déclaration.

4.- Il convient de remarquer que le droit français, quant à lui, admet l'action en responsabilité du contractant suite à l'annulation du contrat. Celle-ci peut en effet causer un préjudice au contractant que le jeu des restitutions ne suffit pas à effacer : le contractant a pu engager des frais dans une étude de marché, il a pu ne pas conclure une autre affaire, celle-ci valable, qui lui aurait été profitable, etc. L'action est de nature délictuelle et le fait reproché au contractant fautif est d'avoir conclu le contrat en connaissance du vice qui l'affectait. Dans l'hypothèse d'un concours de fautes, les juges paralysent l'action en responsabilité du demandeur ou établissent un partage de responsabilité². Il en résulte qu'au cas où il serait établi que les deux parties avaient connaissance de l'illicéité de la convention, l'application des principes de droit français pourrait aboutir à un refus d'indemnisation du contractant prétendument victime³. Quoique plus nuancée, la solution française serait proche de celle rendue par la juridiction anglaise. C'est dire l'intérêt de l'arrêt que devait rendre la Cour de justice.

¹ TPICE, 5 juillet 2001, aff. T-25/99, *C. A. Roberts /Commission, Europe*, n° 270, obs. IDOT (L). Adde les nombreuses décisions rendues récemment en la matière par la Commission, not. l'affaire *Whitebread* du 24 février 1999, *JOCE* n° L 88, 31 mars 1999, p. 26.

² MALAURIE (Ph) et AYNES (L), *Les obligations, vol. 2 : contrats et quasi contrats*, Cujas 2001, n° 593.

³ Voy. en ce sens GUELFUCCI-THIBIERGE (C), *Nullité, restitutions et responsabilité*, *Bibl. dr. priv.*, t. 218, LGDJ 1992, n° 60 et les réf. note 264.

5.- Selon l'arrêt, *une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence, au sens de l'article 81CE, peut invoquer la violation du texte pour obtenir une protection juridictionnelle à l'encontre de l'autre partie contractante, et notamment demander l'allocation de dommages et intérêts.* La règle posée, fondée sur le souci de sauvegarder les droits conférés aux particuliers par le Traité et l'effet utile de celui-ci, n'est pas d'une rigueur aveugle pour autant. La Cour de justice a entendu en tempérer la portée au moyen de considérations auxquelles la règle morale n'est pas étrangère. En effet, selon l'arrêt, *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le droit national refuse d'accorder une indemnisation au contractant qui porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence.*

6.- Telles sont les deux directives données au juge national par la Cour de justice : si la règle nationale doit admettre l'action en indemnisation du contractant partie à l'accord prohibé (I), elle est néanmoins autorisée à refuser l'indemnisation du contractant qui porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence (II).

I - L'ADMISSION DE L'ACTION EN DOMMAGES ET INTERETS DU CONTRACTANT PARTIE A L'ACCORD PROHIBE

7.- Deux arguments autorisent la solution de l'arrêt de la Cour de justice lorsque celle-ci précise que le droit communautaire s'opposerait à une règle de droit national qui refuse à une partie à un accord illicite une protection juridictionnelle, et notamment le droit de demander des dommages et intérêts. Ces arguments sont tirés de l'effet direct du Traité dans les relations entre particuliers. D'une part, l'arrêt considère que la possibilité de se prévaloir en justice de la violation de l'article 81 CE est un droit conféré par le Traité à tous les particuliers (A). D'autre part, la Cour de justice estime que la règle posée est nécessaire à l'efficacité du Traité (B).

A L'argument tiré du droit des particuliers de se prévaloir de la violation de l'article 81 CE

8.- La Cour observe à titre liminaire que le droit communautaire, ordre juridique propre et intégré aux systèmes juridiques des Etats membres, engendre non seulement des charges, mais encore des droits dans le chef des particuliers. L'arrêt se contente ici de reprendre la formule de principe utilisée par les arrêts *Van Gend & Loos* et *Francovich* selon laquelle les sujets de l'ordre juridique communautaire « sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants et que, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires »⁴.

⁴ CJCE, 5 février 1963, Aff. 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Rec. p. 3, pt. 23 ; 19 novembre 1991, Aff. C-6/90 et C-9/90, *Andrea*

9.- La Cour range ensuite l'article 81 CE au nombre des dispositions fondamentales du Traité qui engendrent des effets directs dans les relations entre les particuliers et donc des droits dans leur patrimoine. Elle a au préalable relevé l'importance de l'article 81 CE pour le fonctionnement du marché intérieur et l'accomplissement des objectifs de la Communauté, importance dont la nullité de plein droit des accords et décisions prohibés atteste⁵.

10.- C'est justement dans la nature de la nullité de l'accord litigieux que l'on peut trouver un premier argument en faveur de l'action de la partie à l'accord prohibé. Comme elle l'avait déjà annoncé dans l'arrêt Béguelin⁶, la Cour estime que la nullité prévue par l'article 81 § 2 CE est une nullité absolue. Elle relève aussi que la nullité « peut être invoquée par tous », donc les parties y compris. Les juristes français, accoutumés au régime de la nullité absolue, ne seront pas surpris par la solution⁷. D'autre part, au terme de l'article 81 § 2 CE, la nullité est « de plein droit ». M. l'Avocat général Mischo avait remarqué qu'il s'agit d'une sanction fondamentale qui serait privée partiellement d'effet si l'une des parties ne pouvait l'invoquer⁸.

11.- Ne devait-on pas distinguer, néanmoins, selon la qualité du demandeur et l'objectif recherché par le Traité, pour interdire l'action de celui contre lequel la règle énonçant la nullité est dirigée ? La *Court of Appeal* avait jugé en ce sens qu'une partie à un accord prohibé ne peut réclamer une protection juridictionnelle parce que l'article 81 CE a pour vocation de protéger les tiers. On doit d'ailleurs reconnaître que ce sont les concurrents des parties et les consommateurs qui sont vraisemblablement les premières victimes de l'illégalité de l'accord. Mais l'argument est implicitement rejeté par la Cour qui entend vraisemblablement donner une portée des plus larges à l'effet direct du Traité dans les rapports entre particuliers.

12.- L'apport de l'arrêt, sur ce point, est original. S'il est vrai que la jurisprudence communautaire a depuis longtemps précisé que le Traité engendre des droits dans le chef des particuliers, elle n'avait jamais indiqué explicitement que les droits engendrés par l'article 81 CE pourraient aussi être exercés par les parties à l'accord prohibé. Ni l'arrêt BRT⁹, ni l'arrêt Guérin automobiles¹⁰, invoqués par la Cour de justice au soutien de son argumentation, ne portaient sur ce point précis¹¹.

Francovich et Danila Bonifaci et a. contre République italienne, Rec. p. I-5357, pt. 31. Voy. aussi l'arrêt rendu dans l'affaire *Delimitis* de la CJCE, 28 février 1991, aff. C-234/89, Rec. p. I-935.

⁵ Pts. 21-22.

⁶ CJCE, 25 novembre 1971, Aff. 22-71, *Béguelin Import Co. / S.A.G.L. Import Export*, Rec. p. 949.

⁷ Voy. par ex. TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y), *Les obligations*, Dalloz 1999, coll. Précis, n° 75 et s.

⁸ Pt. 22 des conclusions.

⁹ CJCE, 30 janvier 1974, Aff. 127-73, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs / SV SABAM et NV Fonior*, Rec. p. 51.

¹⁰ CJCE, 18 mars 1997, Aff. C-282/95 P, *Guérin automobiles / Commission*, Rec. p. I-1503.

¹¹ M. l'Avocat général Mischo remarque néanmoins à juste titre que les affaires BRT et *Delimitis* portaient elles-aussi sur un litige entre cocontractants (pt. 24), mais la Cour n'avait pas été interrogée sur le point discuté en l'espèce.

13.- Il restait naturellement à préciser ce principe selon lequel tout particulier peut se prévaloir de la violation de l'article 81 CE pour réclamer une protection juridictionnelle, dans l'hypothèse d'une action en dommages et intérêts pour le préjudice résultant de l'exécution de l'accord litigieux. En effet, jusqu'à ce stade, la Cour a raisonné sur l'hypothèse d'une demande en nullité du contractant. On pourra certes relever que les deux actions sont liées tant il est vrai que l'action en responsabilité, dans notre hypothèse, a pour but de parfaire la remise en l'état des parties. Le raisonnement tenu pour l'action en nullité pourrait valoir *a fortiori* s'agissant de celle en responsabilité. Mais la Cour de justice ajoute un second argument à son raisonnement, tiré de l'efficacité du Traité.

B L'argument tiré de la sauvegarde de l'efficacité du Traité

14.- La Cour de justice rappelle ainsi que les juridictions nationales doivent assurer le plein effet des règles communautaires et protéger les droits conférés aux particuliers par le Traité. En ce sens, l'arrêt estime que l'action en responsabilité consécutive à l'annulation de l'accord doit être reçue par les juges nationaux parce qu'elle est de nature à décourager les accords susceptibles de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence. C'est donc sur la foi de son rôle dissuasif que l'action en responsabilité du cocontractant victime est encouragée. Le brasseur soutenait la thèse selon laquelle le fait d'admettre la possibilité d'un dédommagement rendrait la participation à un acte illégal plus attractive. En effet, le contractant aurait l'assurance de toujours pouvoir se libérer du contrat illicite et demander une indemnisation si le contrat ne lui apportait pas les avantages escomptés¹². La dissuasion attendue de la règle posée pour l'instigateur du contrat a néanmoins été jugée plus impérieuse que la prétendue incitation à contracter pour son partenaire.

15.- L'action en dommages et intérêts sert encore l'effectivité du Traité sous un deuxième angle. En effet, la protection juridictionnelle accordée fournit le moyen au contractant de dévoiler à la justice l'existence de l'accord litigieux. Si l'accès aux prétoires était fermé au contractant, il est évident que le juge y perdrait une précieuse source d'information sur des pratiques dont la Cour de justice reconnaît qu'elles sont souvent dissimulées¹³. Ce souci d'inciter le contractant à dénoncer l'illicéité de l'accord qu'il a conclu rappelle des préoccupations actuelles du droit de la concurrence, que l'on retrouve notamment dans l'institution de programmes de clémence¹⁴.

16.- C'est, en somme, au nom de l'effectivité du Traité que la Cour de justice indique que la règle nationale doit autoriser le contractant à réclamer réparation à son partenaire. Il reste

¹² Conclusions, pt. 57.

¹³ Pt. 27.

¹⁴ Voy. pour une étude comparée d'ensemble, « Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables », Rapport de l'OCDE, sept. 2001, <http://webnet1.oecd.org/pdf/M00009000/M00009718.pdf>, et spéc. en droit français l'article L. 464-2 III du Code de commerce. *Adde* en droit communautaire, par exemple, la clémence dont a bénéficié récemment la société française Aventis qui avait dénoncé en premier le cartel sur les vitamines qui sévissait dans l'industrie pharmaceutique et auquel elle participait, dans la décision de la Commission du 21 novembre 2001, <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3234--246679-,00.html> et http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1625|0|RAPID&lg=FR

qu'il appartiendra aux juridictions nationales de connaître des recours intentés en ce sens. L'idée d'effectivité des dispositions du Traité est encore au cœur des précisions que la Cour de justice donne à cet égard. Dans la mise en œuvre des recours en responsabilité que la Cour de justice entend promouvoir, le droit national ne devra pas prévoir des modalités procédurales moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne devront pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)¹⁵.

17.- Le raisonnement tenu par la Cour, tout empreint de considérations d'effectivité du Traité, aurait pu comporter un risque. En effet, au-delà de l'efficacité du Traité et des objectifs qu'il poursuit, l'ordre juridique interne pouvait avoir quelques motifs d'être réticent à une admission trop large des recours en responsabilité entre cocontractants. N'aurait-il pas été choquant qu'au nom de l'effet direct du Traité, un contractant demande réparation alors qu'il est autant, voire davantage responsable de la situation illicite créée par le contrat. Lui permettre d'agir paraît illégitime. On notera à ce titre qu'il y a une différence sensible entre la demande en nullité et l'action en responsabilité. Le contentieux de la nullité est plutôt objectif en ce sens qu'il tend essentiellement à la cessation d'une situation illicite. Il n'est pas choquant d'admettre que le contractant, fût-il le principal responsable de l'illicéité, demande la nullité, puisqu'il permet au contraire de révéler et de faire cesser le trouble. S'agissant de l'action en responsabilité, en revanche, une dimension morale pénètre le litige. La considération des fautes respectives doit diriger l'appréciation judiciaire.

18.- C'est en ce sens que la Cour de justice est venue opportunément tempérer la règle qu'elle a posée. Selon l'arrêt, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que la règle nationale refuse l'indemnisation du contractant qui porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence.

II - LE REJET DE L'ACTION EN DOMMAGES ET INTERETS EN CAS DE RESPONSABILITE SIGNIFICATIVE DU CONTRACTANT DANS LA RESTRICTION DE CONCURRENCE

19.- La lecture de l'arrêt ne laisse pas de doute sur le fondement de cette seconde règle. Ce sont des considérations d'ordre moral qui ont motivé le choix de la Cour de justice : le contractant ne doit pas pouvoir alléguer d'une illicéité dont il est l'instigateur pour réclamer réparation. La recevabilité de l'action en dommages et intérêts intentée par le contractant responsable de la distorsion de concurrence permettrait à celui-ci de « profiter de son propre comportement illicite », selon la formule de la Cour. M. l'Avocat général Mischo évoquait quant à lui le « principe de droit selon lequel une partie ne peut profiter de sa propre turpitude »¹⁶. La Cour relève que ce principe est admis dans la plupart des systèmes juridiques

¹⁵ Pt. 29.

¹⁶ Pt. 39.

des Etats membres¹⁷ et en droit communautaire¹⁸. Cette prise en considération de la règle morale en droit communautaire de la concurrence mérite d'être saluée.

20.- Mais on pressent néanmoins le paradoxe auquel le juge national pourra se sentir confronté. Un contractant partie à un accord prohibé n'est-il pas de ce fait même responsable de l'illicéité ? La Cour l'exclut (A) et précise les circonstances à prendre en considération pour établir la responsabilité du contractant dans la distorsion de concurrence (B).

A/ Qualité de partie à l'accord prohibé et responsabilité dans la distorsion de concurrence

21.- Le simple fait d'être partie à l'entente ne représente-t-il pas *ipso facto* la « turpitude » dont le contractant ne peut se prévaloir ? Le droit anglais y apportait une réponse positive. Le raisonnement de la jurisprudence anglaise pouvait d'ailleurs s'autoriser d'un argument de logique juridique : dans la mesure où le contrat est la « chose des parties », que celles-ci y expriment ensemble leur volonté d'atteindre le but vers lequel tend le contrat, l'action en réparation du contractant a nécessairement pour objet de profiter d'une situation qu'il a lui-même créée. La solution paraît en-cela être *morale* puisque l'action reviendrait bien à se prévaloir de sa propre turpitude.

22.- Pourtant le raisonnement n'a pas été suivi par la Cour de justice qui se conforme au raisonnement de M. l'Avocat général Mischo. Selon celui-ci, cette approche « est trop formaliste et ne tient pas compte des particularités de chaque cas »¹⁹. En effet, il apparaîtrait que dans certaines hypothèses, « la réalité est telle que la partie en cause subit l'entente plutôt qu'elle ne la crée »²⁰. La Cour de justice autorise en ce sens le juge national qui apprécie la responsabilité du demandeur dans la distorsion de concurrence à rechercher s'il est le véritable instigateur de l'entente illicite ou si celle-ci lui a plutôt été imposée par son partenaire. Notamment, le juge pourra valablement rechercher quel était le contexte économique et juridique dans lequel le contrat a été conclu, quel était le pouvoir de négociation de chacun etc. En un mot, le juge pourra refuser d'accorder réparation au contractant qui a, en réalité, imposé le contrat à son partenaire et est le véritable responsable de l'entente illicite.

23.- Cette approche pragmatique du lien d'obligation ne devrait pas manquer d'éveiller l'intérêt des juristes qui s'interrogent sur les rapports du droit économique et de la théorie

¹⁷ Pour une typologie des comportements du juge communautaire dans sa démarche comparative, voy. l'importante étude de M. K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDeur.* 2001, n° 3, p. 487 et s., spéc. n° 500 et s.

¹⁸ La Cour invoque ici son arrêt du 7 février 1973, Aff. 39-72, *Commission / République italienne*, Rec. p. 101. On se souvient que, dans cette affaire, la République italienne avait été condamnée parce qu'elle n'avait pas adopté les dispositions communautaires relatives à la mise en place de primes de non-commercialisation de lait et de produits laitiers. La Cour de justice avait précisé que l'argument selon lequel la mise en œuvre des mesures nécessaires n'avait pas été opérée en raison d'incidents parlementaires ne pouvait pas être reçu parce que la République italienne ne pouvait invoquer « un fait accompli dont elle est elle-même l'auteur » (pt. 10).

¹⁹ Pt. 41.

²⁰ Pt. 43.

générale du contrat tant les notions de contrat et d'équilibre contractuel semblent renouvelées²¹.

Il reste délicat de définir les circonstances permettant de déceler la responsabilité du contractant dans la distorsion de concurrence. Le dernier intérêt de l'arrêt et de donner quelques directives à cet égard.

B/ Circonstances à prendre en considération pour déterminer la responsabilité du demandeur dans la distorsion de concurrence

24.- D'une part, la règle nationale peut refuser d'indemniser le contractant demandeur à condition que celui-ci porte une responsabilité *significantive* dans la distorsion de concurrence. L'entente illicite doit lui être, en d'autres termes, significativement imputable. La Cour de justice traduit par-là la faveur dont doivent bénéficier les parties à l'entente illicite qui réclament une indemnisation. Seul le contractant véritablement « *turpis* » verra son action refoulée. Le juge devra donc évaluer la responsabilité de chacun dans la restriction de concurrence. La Cour de justice rappelle à cet égard que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le juge national s'assure que la protection des droits garantis par le Traité n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit²². Ce n'est donc que si la balance des responsabilités respectives penche que l'action pourra être envisagée. S'il apparaît que le demandeur est *in pari delicto* l'indemnisation pourra lui être refusée. L'hypothèse sera-t-elle aussi exceptionnelle que le laissent entendre les conclusions de M. l'Avocat général Mischo ? Les exemples donnés par la Cour de justice de circonstances à prendre en considération pour apprécier la responsabilité du demandeur ne le laissent pas penser.

25.- Selon la Cour, il convient de rechercher si, concrètement, le contractant avait la liberté de consentir et de déterminer le contenu obligationnel du contrat litigieux. En ce sens, les juges pourront prendre en compte le contexte économique et juridique dans lequel il a été conclu, le pouvoir de négociation et le comportement respectifs des parties²³. La Cour de justice précise à cet égard que le juge pourra examiner si le contractant « 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 toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition »²⁴. Tout dépend donc de la position que les parties occupent dans la situation contractuelle. Le juge devra traquer les déséquilibres du contrat.

26.- La règle aura sans doute essentiellement vocation à jouer dans les ententes verticales. D'ailleurs, la Cour de justice précise que le contractant du titulaire d'un réseau de contrats

²¹ Voy. *ex multis*, *L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations*, RTDcom. 1998, n° 1, spéc. MESTRE (J), FAGES (B), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », p. 71 ; DREYFUSS-NETTER (F), « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTDciv. 1990, p. 369 ; HAUSER (J), « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique », *Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris, 1991, p. 1 ; Adde AUBRY (H) *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse Paris IX, Univ. Paris-Dauphine, 2000.

²² Pt. 30.

²³ Pt. 32.

²⁴ Pt. 33.

similaires qui produisent un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence peut ne pas porter de responsabilité significative dans la distorsion de concurrence. Dans la plupart des cas, le contrat lui aura été imposé par l'instigateur du réseau qui subordonne l'intégration dans son réseau à certaines obligations qui, mises en système, ont un effet illicite. M. l'Avocat général Mischo n'exclut pas pour autant que les ententes horizontales soient aussi visées²⁵.

27.- La Cour de justice permet ainsi au droit national de refuser d'indemniser celui qui, en réalité, profite de l'entente illicite et de réserver sa protection à celui qui la subit. *Ubi emolumentum ibi onus* !

28.- A titre de conclusion, on peut s'interroger sur l'attitude qu'adopteront les juges français si le problème posé à la juridiction anglaise leur est soumis. Il est bien évident que le juge devra juger recevable l'action en réparation du contractant prétendument victime de l'entente illicite. Tel est l'intérêt immédiat de l'arrêt de la Cour de justice. L'action devrait être de nature délictuelle, s'agissant d'un contrat nul²⁶, et devra être portée devant les juridictions civiles ou répressives²⁷. Il sera souhaitable, par ailleurs, que le juge français sache élaborer une règle permettant de refouler les actions intentées par le véritable instigateur de l'accord prohibé. L'arrêt de la Cour de justice l'y autorise, sans l'imposer. Il semble douteux, *a priori*, que l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* sera l'instrument adéquat. On sait que le droit français assigne un domaine assez restreint au jeu de l'adage. Bien que la jurisprudence française ne soit pas d'une grande netteté, il est généralement admis que son champ d'application se borne aux questions de restitutions après annulation d'un contrat immoral²⁸. Dans l'hypothèse visée par la Cour de justice, le contrat est simplement illicite et l'action ne tend pas vers une restitution mais vers la réparation d'un préjudice distinct. En outre, il semble peu envisageable que les juges français paralysent l'action en autorisant le défendeur à opposer au contractant demandeur la règle *volenti non fit injuria* sans remettre en cause la règle de principe posée par la Cour de justice. Sans doute se borneront-ils à procéder à un partage de responsabilité en considération des fautes respectives. Si l'arrêt de la Cour de justice réveille la passion contentieuse des plaideurs, voici beaucoup de points sur lesquels les juges nationaux devront rapidement se prononcer.

²⁵ Pt. 41 des conclusions.

²⁶ Voy. not. TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y), *Les obligations*, Dalloz 1999, coll. Précis, n° 409-410.

²⁷ « Le Conseil de la concurrence chargé de la protection de l'ordre public économique n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allèguent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées », a précisé récemment la Chambre commerciale de la Cour de cassation, 17 juillet 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 144, p. 138.

²⁸ Voy. ROLAND (H), BOYER (L), *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Litec 1992, n° 232.