

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique

Lawfare Law Review

Nº 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélie BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDRE, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participés Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

15. Le rôle des dommages et intérêts restitutoires dans l'encadrement de la guerre économique. Le « *Disgorgement of profits* », parfois traduit par les juristes français en principe de « restitution intégrale », consiste à condamner l'auteur d'une faute non pas au simple montant du préjudice subi par la victime, mais à la restitution de l'ensemble des profits réalisés grâce à cette faute. En dépit de son opposition au traditionnel principe de réparation intégrale, cher aux civilistes, on ne peut nier son introduction progressive en droit français par le législateur comme la jurisprudence. Cette reconnaissance, plus ou moins timide, constitue une formidable opportunité d'assainissement des relations économiques.

La reconnaissance timide et progressive du principe de restitution intégrale. Si l'article 54 de l'avant-projet Terré « pour une réforme du droit de la responsabilité civile »¹ prévoyait une introduction du principe de restitution intégrale dans le contentieux de la responsabilité civile, en octroyant au juge la faculté de condamner l'auteur d'une faute lucrative intentionnelle au montant du profit retiré plutôt qu'à la simple réparation du préjudice du demandeur², il demeure que l'obstacle pour y parvenir est considérable dans la mesure où le droit positif de la responsabilité reste encore fortement attaché au « *carcan du principe de réparation intégrale* »³, éventuellement excepté par le jeu des « amendes civiles » du type de celles de l'article L. 441-4 du Code de commerce ou de l'article 1266-1 de l'avant projet de loi sur la responsabilité civile de 2017. Toutefois, l'observation de certaines dispositions spéciales permettent de relever une prise de distance avec ce dernier, qui mêlent ainsi réparation et dissuasion.

C'est notamment le cas en droit des biens, où l'action en contrefaçon permet de sanctionner l'atteinte portée à un droit de propriété

¹ F. Terré (dir.), « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile », Cour de cassation, févr. 2012.

² Art. 54 : « Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité »

³ M. Cayot, *Le préjudice économique pur*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ-Lextenso, 2019.

intellectuelle en octroyant à son détenteur des dommages et intérêts incluant notamment « *les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits* »⁴. La référence à une restitution intégrale ne fait aucun doute. Les techniques du droit des biens, voire du droit des contrats spéciaux, permettent de se saisir de plus en plus de cet instrument, ce que démontre une récente décision de la cour de cassation en matière de sous-location de bail à usage d'habitation⁵. En l'espèce, un bailleur souhaitait agir contre ses locataires qui avaient, pendant plusieurs années, sous-loué l'appartement sans son accord. Au lieu d'agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle, qui n'aurait sanctionné que l'atteinte à son droit personnel de créance⁶, ce dernier a mobilisé le droit des biens en invoquant une atteinte à son droit d'accession aux fruits du bien. C'est ce raisonnement qui a permis à la cour d'affirmer que les sous-loyers constituaient des « *fruits civils qui [appartenaient] par accession au propriétaire* » et qu'en conséquence « *les sommes perçues à ce titre devaient lui être remboursées* » : le droit des biens utilisé comme mécanique de restitution intégrale et comme outil de protection du droit de propriété.

La « règle » de restitution intégrale a également semblé faire son entrée, et de manière plus innovante, en matière concurrentielle. L'arrêt du 12 février 2020 (cf. supra, n°12) a en effet innové, puisque la chambre commerciale, saisie d'une action en concurrence déloyale fondée sur une pratique commerciale trompeuse, a pris en compte « *l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes* », et ainsi semblé intégrer le mécanisme de *disgorgement* à la réparation du préjudice du concurrent. Pourtant, cette reconnaissance reste timide, la cour faisant preuve de précaution en réservant cette prise en compte aux seules « *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* », en ce que ces actes « *induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier* ».

Il ne s'agit donc pas encore, pour la chambre commerciale, d'écarter en bloc le principe de réparation intégrale. Pour autant, ce premier pas vers des dommages et intérêts restitutoires est encourageant. Il acculture les

⁴ CPI, art. L.331-1-3.

⁵ Cass. civ 3^e 12 septembre 2019 n° 18-20.727.

⁶ Hugo Barbier, « *Le droit des biens comme instrument de restitution des profits illicites* », obs. sous Cass. civ. 12 sept. 2019, RTD Civ. 2019 p.865.

jugés à un mode de raisonnement distinct de la simple évaluation du préjudice subi, et constraint les entreprises à intégrer l'éventualité d'une telle indemnisation lorsqu'elles se livrent à des pratiques déloyales. Une telle reconnaissance, si elle reste timorée, n'en est pas moins importante, ce mécanisme constituant un formidable outil de régulation de la guerre économique.

L'intérêt de la restitution intégrale dans un cadre de guerre économique. En quoi la confrontation entre réparation intégrale et restitution intégrale éclaire-t-elle le champ de la guerre économique ? La réponse prend sa source dans la capacité de riposte des sociétés. En effet, il est de bon sens qu'une réponse trop limitée à une attaque ne saura pas dissuader suffisamment l'opposant, et cela peut se vérifier historiquement. Il en est allé ainsi de l'annexion des Sudètes, et l'exemple de la Crimée montre qu'aujourd'hui encore, des velléités expansionnistes peuvent faire peu de cas de la réprimande et des admonestations internationales. Le domaine de la guerre est essentiellement pragmatique et ne s'intéresse pas particulièrement à la morale, surtout celle des autres. Il en va de même de la guerre entre entreprises.

Les agents économiques, rationnels, peuvent procéder à un calcul similaire d'optimisation des gains et des pertes. Si la vocation d'un modèle néolibéral est d'organiser la compétition juste et loyale des entreprises, consacrant par là même un droit de nuire à ses concurrents, ce dernier doit être encadré faute de laisser place à la commission de fautes lucratives. Ces fautes reposent sur la recherche d'un avantage indu, obtenu au risque d'une sanction trop limitée. Le calcul rationnel qui en découle est qu'il est avantageux de prendre le risque de la sanction pour accaparer l'avantage, qu'il s'agisse de contrevénir à la loi ou aux stipulations d'un contrat. Une situation qui permet l'existence de telles fautes lucratives revient à réintroduire de la violence économique dans un marché que l'on a prétendu organiser tel un terrain de sport. Or les agents ne sont souvent pas égaux face à la triche, et ceux qui sont en position de force s'y adonneront plus aisément. La compétition est alors injuste et le marché perd en efficience.

C'est ici que se pose la question de la riposte à ce type de comportement, car celle-ci n'a pas seulement vocation à réparer *a posteriori*, mais également à encourager une plus forte compliance *a priori*.

Une sanction désincitative quant à la commission de fautes lucrative devrait s'élever, *a minima*, au montant le plus élevé entre le préjudice et le profit illicite. Dans un modèle de compétition, où le succès d'un agent n'est mesuré que par référence au succès des autres, devoir restituer à un

concurrent le profit engrangé à son détriment constitue une excellente manière de dissuader l'auteur de commettre de telles fautes, plus encore que la simple menace d'une sanction administrative. C'est ainsi que la restitution intégrale augmente doublement la gravité de la sanction, pécuniairement et symboliquement, et favorise ainsi la compliance des agents économiques.

Cette riposte reste graduée⁷, et ne propose pas encore, par le moyen de dommages et intérêts punitifs, la possibilité de représailles massives. Elle sera toutefois une évolution dans le bon sens pour la pacification des relations entre sociétés, et on ne peut qu'accueillir avec espoir la reconnaissance d'un outil qui tend à encourager une compétition juste plutôt que la violence inutile d'une guerre économique sans limites.

K. Favre et J. Quidu-Tudela

⁷ A l'image de la doctrine de MacNamara posée en 1962, visant, par une riposte proportionnée à l'attaque à dissuader l'URSS de mener des actions offensives contre les Etats-Unis sans pour autant entraîner leur annihilation totale.

Cette notion a d'ailleurs été utilisée par le ministre de la culture en 2005, présentant la loi Hadopi comme un mécanisme permettant de « *lutter contre la contrefaçon numérique, selon un processus de riposte graduée, des messages de prévention jusqu'aux sanctions, proportionnées à la gravité des atteintes* ».

**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N°1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)

***TEUTATES** [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815

