

n°3 Mars 2023

## LA DÉCISION DU MOIS

### La Cour de justice autorise un contrôle ex post au titre de l'article 102 TFUE des concentrations situées en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoires.

La question préjudicielle sur laquelle la Cour de justice se prononce en l'espèce intervient à la suite d'une plainte pour abus de position dominante déposée auprès de l'Autorité de la concurrence (AdlC) par Towercast à l'encontre de TDF. Selon Towercast, la prise de contrôle d'Itas par TDF, qui n'avait fait l'objet d'aucun examen au titre du contrôle des concentrations, ni donné lieu à renvoi à la Commission constituait un abus de position dominante, car elle conduisait à un renforcement significatif de la position dominante de TDF sur les marchés de gros amont et aval de la diffusion de la TNT. Mais, retenant que le règlement 139/2004 s'applique à titre exclusif aux concentrations définies à son article 3, l'Autorité avait déclaré sans objet l'application de l'article 102 TFUE à une opération de concentration, en l'absence d'un comportement abusif de l'entreprise mise en cause, détachable de cette opération. L'AdlC avait en outre qualifié d'obsolète la jurisprudence Continental Can sur laquelle la saisissante fondait son argumentation au motif qu'elle avait été rendue antérieurement à l'adoption d'un dispositif de contrôle européen des concentrations. Towercast a donc formé un recours contre cette décision.

Faisant observer que la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur les exceptions au principe selon lequel le règlement 139/2004 est seul applicable aux concentrations définies à son article 3 et pour lesquelles le règlement 1/2003 ne trouve pas, en principe, à s'appliquer, ni sur le fait de savoir si l'arrêt Continental Can est encore applicable aux concentrations, qui n'ont fait l'objet d'aucune analyse dans le cadre d'un contrôle *ex ante* obligatoire, ni d'aucune demande de renvoi à la Commission en application de l'article 22 du règlement 139/2004, et qu'un doute subsiste concernant l'impossibilité de procéder à une application autonome des règles de concurrence issues du droit primaire, à une opération de concentration qui n'a donné lieu à aucun contrôle pré-

ventif et qui ne s'expose pas à un risque d'application cumulative des règlements 139/2004 et 1/2003, la juridiction de renvoi a donc posé la question suivante : l'article 21, paragraphe 1, du règlement 139/2004 s'oppose-t-il à ce qu'une opération de concentration, dépourvue de dimension européenne, située en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoires prévus par le droit national et n'ayant pas donné lieu à renvoi devant la Commission, soit analysée par une autorité nationale de concurrence comme constitutive d'un abus de position dominante prohibé par l'article 102 TFUE, au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale ?

*En admettant le recours à l'article 102 TFUE pour contrôler les concentrations situées en dessous des seuils obligatoires, la Cour de justice génère de l'insécurité juridique pour les entreprises, désormais confrontées au risque supplémentaire de l'applicabilité de l'article 102 TFUE à leur opération de concentration.*

D'abord, la Cour constate que si l'article 21, paragraphe 1, qui dispose que le règlement 139/2004 est seul applicable aux opérations telles que définies à son article 3, pour lesquelles le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102] TFUE, ne s'applique pas en principe, vise à régir le champ d'application du règlement sur le contrôle des concentrations en ce qui concerne l'examen des concentrations par rapport à celui des autres actes de droit dérivé de l'Union en matière de concurrence, son libellé ne répond pas à la question de savoir si les dispositions du droit primaire, et, en particulier, l'article 102 TFUE, demeurent applicables à une opération de concentration d'entreprises. Puis, se référant au considérant 7 du règlement 139/2004 selon lequel "[l]es articles [101] et [102] TFUE], tout en étant applicables, [...] ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations de concentration qui risquent

de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussé visé par le traité", la Cour précise que loin de priver les autorités compétentes des États membres de la possibilité d'appliquer aux concentrations des dispositions du Traité en matière de concurrence, le règlement 139/2004 fait partie d'un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE ainsi qu'à établir un système de contrôle garantissant une concurrence non faussée dans le marché intérieur de l'Union. Si, en vertu du système du "guichet unique", le règlement 139/2004 a vocation à s'appliquer à titre exclusif aux concentrations dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État membre, il ne rend pas pour autant sans objet le contrôle national d'une opération de concentration au regard de l'article 102 TFUE. Par ailleurs, l'applicabilité directe de l'article 102 TFUE, qui prohibe les abus de position dominante de manière inconditionnelle, sans prévoir une liste limitative de comportements interdits par le droit de l'Union, ni même d'exemptions, ne saurait être écartée en raison de l'adoption d'un acte de droit dérivé, tel que le règlement 139/2004. En outre, l'inapplicabilité du règlement 1/2003 aux concentrations définies à l'article 3 du règlement 139/2004, ne saurait davantage conduire à interdire aux autorités nationales de concurrence d'appliquer l'article 102 TFUE à des opérations de concentration. Dès lors, selon la Cour, le règlement 139/2004, nonobstant son principe d'application exclusive, ne s'oppose pas à ce qu'une concentration de dimension non européenne puisse faire l'objet d'un contrôle national au titre de l'effet direct de l'article 102 TFUE en recourant à leurs propres règles procédurales.

#### CONCENTRATIONS

Cour de justice de l'Union européenne  
16 mars 2023  
LawLex202300003720JBJ

★★★



### La seule tentative de soumission à un déséquilibre significatif est sanctionnable au même titre que la soumission effective.

Depuis une vingtaine d'années, le droit tente, en vain, de s'attaquer au déséquilibre structurel des rapports de force dans le secteur de la grande distribution au travers des réformes successives de la convention écrite, dont la dernière en date a été adoptée le 22 mars. Si, en principe, la convention, une fois conclue, doit être appliquée durant toute l'année, certains distributeurs n'hésitent plus à solliciter presque aussitôt des modifications de ce contrat-cadre et à réengager des négociations avec les fournisseurs (V. déjà, Paris, 16 mai 2018, *LawLex20180000727JBJ*). Dans la présente affaire, la DGCCRF avait découvert qu'après les négociations annuelles, la supercentrale d'achat de deux grands groupes de distribution avait demandé des « investissements » supplémentaires aux fournisseurs. Saisi par le ministre, le tribunal de commerce avait condamné les protagonistes à une amende civile cumulée de 4 millions d'euro pour déséquilibre significatif (T. com. Paris, 31 mai 2021, *LawLex202100005075JBJ* et *LawLex202100005080JBJ*). Les distributeurs ont interjeté appel.

Les juges parisiens rappellent que deux conditions sont nécessaires pour caractériser le déséquilibre significatif : la soumission ou la tentative de soumission et des obligations déséquilibrées. Ils soulignent

que la tentative est aussi bien réprimée que la soumission elle-même, de sorte que, même si des fournisseurs n'ont pas accepté de payer les sommes exigées, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce demeure applicable. Classiquement, la cour indique que la soumission, ou sa tentative, impliquent la démonstration de l'absence de négociation effective, qui ne peut se déduire de la seule structure d'ensemble du marché de la grande distribution, même si celle-ci peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de forces déséquilibré se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs. Si, aux termes de l'article L. 441-3, II du Code de commerce, des avenants à la convention écrite sont possibles en cours d'année, la renégociation doit être fondée sur un élément nouveau la justifiant. La cour souligne que l'existence ou non de cet élément constitue une condition matérielle et non seulement formelle de toute renégociation et qu'un deuxième critère permet de caractériser la tentative de soumission : l'absence de contrepartie offerte par la centrale d'achat qui demande un nouvel investissement. De l'analyse des négociations, il ressort en l'occurrence que la centrale d'achat avait, moins de deux mois après la conclusion de la convention annuelle, sollicité

un nouvel investissement, sans justifier d'un élément nouveau et sans offrir de contreparties précises, alors que dans le même temps ses mandants, les distributeurs, notifiaient aux fournisseurs des menaces de déréférencement. Ces trois éléments réunis, à savoir, la renégociation après la conclusion du contrat sans justification d'un élément nouveau, l'absence de contreparties offertes et les pratiques de rétorsion, permettent de caractériser la tentative de soumission. Les juges du fond constatent cependant que la totalité des critères n'était remplie que pour deux fournisseurs. Les jugements sont donc infirmés en ce qui concerne les autres, pour lesquels une négociation effective, quoique très tendue, a été caractérisée. En dépit de l'abandon d'une partie des griefs, la cour d'appel maintient, dans un esprit de répression, le montant de quatre millions d'amende civile, qu'elle inflige solidairement aux distributeurs et à leur centrale, qu'elle estime coauteurs des pratiques.

#### DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Cour d'appel de Paris  
15 mars 2023 (2 arrêts)

*LawLex202300004002JBJ* et  
*LawLex202300003980JBJ*



### Les parties qui collaborent en vue d'un accord de sous-traitance et échangent des informations ne peuvent plus proposer une offre indépendante au même appel d'offres.

Dans la présente affaire, la BIEC avait constaté la mise en œuvre d'échanges d'informations confidentielles par des entreprises soumissionnaires à deux appels d'offres dans le secteur de la gestion technique des bâtiments. Le ministre de l'Économie a proposé une transaction aux entreprises en cause, qui a été refusée par l'une des sociétés, filiale d'un grand groupe. L'Autorité de la concurrence (AdC), saisie du fait de ce refus, a sanctionné la société mère et lui a infligé une amende. Cette dernière fait valoir, devant la cour d'appel, que dès lors que le ministre de l'Économie avait tenté de transiger avec la seule filiale, elle ne pouvait être sanctionnée. La cour d'appel souligne que, saisie *in rem*, l'AdC, non tenue par les qualifications de l'Administration, pouvait décider de sanctionner la société mère. Elle ajoute que, dans un souci de cohérence de ses décisions, la présomption d'imputabilité du comportement infractionnel peut s'appliquer lorsque le droit européen n'est pas applicable. En l'occurrence, la cour d'appel annule la décision de l'AdC : celle-ci avait rejeté les arguments avancés par la société mère sans se justifier. Néanmoins, évoquant l'affaire, la cour d'appel motive sa décision en estimant qu'aucune des circonstances soulevées par la requérante n'était de nature à remettre en cause son influence déterminante.

Il était, sur le fond, reproché aux parties, qui avaient le projet de conclure un accord de sous-traitance, d'avoir, à cette occasion, échangé des informations confidentielles et, ensuite, présenté des offres individuelles. Si la coopération entre entreprises, afin de concourir à un appel d'offres auquel elles n'auraient pas été capables de répondre isolément ou pour présenter une offre de meilleure qualité ou plus compétitive n'est pas en soi illicite, chaque offre doit être déposée de manière indépendante dans le respect des règles de concurrence. En l'espèce, les parties ne pouvaient plus soumettre une candidature individuelle au même appel d'offres dans des conditions conformes aux règles de concurrence. Ce principe a maintes fois été réitéré par l'AdC qui considère que le dépôt d'offres séparées apparemment concurrentes par des entreprises qui ont échangé préalablement des informations, constitue une pratique réprimée par l'article L. 420-1 du Code de commerce (Cons. conc., 14 juin 2006, *LawLex200600001587JBJ* ; ADLC, 18 nov. 2009, *LawLex200900003405JBJ* ; 4 mars 2021, *LawLex202100000634JBJ*). En l'occurrence, la cour d'appel rappelle que même si les candidats ont respecté les procédures de passation des marchés publics, leur comportement peut être qualifié de pratique anticoncurrentielle,

dès lors qu'il porte atteinte au jeu de la concurrence. En outre, il est indifférent que tous les soumissionnaires soient impliqués dans les échanges d'informations, dès lors que ces échanges ont eu pour objet des informations sensibles en lien avec l'appel d'offres en cours et sont intervenus avant que les entreprises en cause procèdent, chacune à titre individuel, au dépôt de leur offre. En effet, le dépôt de deux dossiers de candidatures séparées, qui incluent en apparence des offres indépendantes, fausse nécessairement le jeu de la concurrence et trompe le maître de l'ouvrage sur son intensité dans le cadre de l'appel d'offres, même si, au stade de la qualification, cette situation a eu un impact limité sur le choix de l'attributaire, si l'échange d'informations n'a pas conduit à une coordination des offres ou à l'élaboration d'une offre de couverture, ou si la communication s'est limitée à certains éléments sans porter sur l'entièreté du chiffrage ou des éléments techniques prévus.

#### SOUSSIONS CONCERTÉES

Cour d'appel de Paris  
9 mars 2023

*LawLex202300003351JBJ*



## La Cour d'appel de Paris désavoue l'AdlC dans l'affaire de l'Avastin.

En septembre 2020, l'Autorité de la concurrence (AdlC) avait infligé 444 millions d'euro à plusieurs sociétés des groupes Novartis et Roche pour abus de position dominante sur le marché français du traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA). Selon l'Autorité, compte tenu de leurs liens structurels, contractuels et capitalistiques, Novartis, Roche et Genentech détenaient sur ce marché une position dominante collective qui leur a permis d'élaborer et exécuter, compte tenu des différences de prix existant entre leurs spécialités, Avastin et Lucentis, et du manque à gagner significatif qui aurait résulté de l'utilisation d'Avastin à la place de Lucentis, une stratégie visant à limiter le recours à Avastin, au travers de différentes actions de communication trompeuses et dénigrantes à destination des professionnels et des autorités de santé, des patients et du grand public.

Saisie du recours formé par Novartis, Roche et Genentech, la Cour d'appel de Paris réforme la décision de l'AdlC en toutes ses dispositions et annule l'importante amende infligée aux trois laboratoires. D'abord, elle revient sur la délimitation du marché pertinent, en estimant, à la différence de l'AdlC, qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause la distinction entre le marché de la ville et celui de l'hôpital, et que les pratiques en cause doivent être regardées comme affectant le seul marché de l'hôpital, où l'Avastin était accessible licitement et susceptible de faire l'objet, en l'absence de preuve contraire, d'un reconditionnement dans les conditions d'asep-

sie requises. En outre, elle apprécie plus étroitement la substituabilité juridique entre le Lucentis, qui dispose d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) pour le traitement de la DMLA, et l'Avastin, qui en est dépourvu, en n'admettant celle-ci qu'au cours de la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Bertrand, qui a rendu illicite la prescription d'Avastin hors AMM pour l'indication couverte par le Lucentis, en posant le principe selon lequel une spécialité pharmaceutique ne peut faire l'objet d'une prescription non conforme à son AMM qu'en l'absence d'alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une AMM.

Sur la pratique de dénigrement, la Cour rappelle que la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit est dénigrante, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec mesure. Or, la généralisation de l'utilisation d'un médicament en dehors de son AMM, en présence d'un médicament disposant d'une AMM pour le traitement de la même pathologie, pose une question qui relève d'un débat d'intérêt général de santé publique. En outre, le discours de Novartis diffusé auprès des professionnels de santé reposait sur une base factuelle suffisante et ne contenait aucune assertion erronée ou imprudente, de sorte que, pour la Cour, le dénigrement n'est pas établi. De même, la Cour censure l'approche de l'Autorité, qui avait qualifié d'abusifs le com-

portement de blocage administratif et le discours alarmiste des laboratoires auprès des autorités publiques sur les risques liés à l'utilisation d'Avastin pour le traitement de la DMLA. Le fait que Roche ait répondu dans un délai de plus de seize mois, à une demande de l'Agence nationale de sécurité du médicament pour pouvoir mettre en œuvre l'étude ("GEFAL") - qui visait à montrer la non-infériorité, en termes d'efficacité clinique d'Avastin par rapport à Lucentis pour le traitement de la DMLA -, n'a pas pu produire un effet anticoncurrentiel, même s'il en a effectivement retardé le lancement, car il est indifférent que cette étude ait pu, potentiellement, être publiée seize mois plus tôt, dès lors qu'Avastin n'était déjà plus juridiquement substituable à Lucentis du fait de l'entrée en vigueur de la loi Bertrand. Par ailleurs, les propos tenus par Roche, comme Novartis, à l'égard des autorités publiques ne peuvent être qualifiés d'alarmistes ou trompeurs car, fondés sur une base factuelle suffisante et n'excédant pas les limites de la liberté d'expression, ils ne peuvent être regardés comme tendant à exagérer, dans un contexte d'incertitude scientifique, la perception des risques liés à l'utilisation hors AMM de l'Avastin.

### ABUS DE POSITION DOMINANTE

Cour d'appel de Paris

16 février 2023

LawLex202300002358JB

★★

## Les décisions d'inspection de la Commission prises sans autorisation préalable d'un juge ne violent pas le droit à un recours juridictionnel effectif.

Dans ces trois affaires, la Commission avait fait diligenter des inspections au sein de trois enseignes françaises de la grande distribution, qu'elle soupçonnait de s'être livrées à des échanges d'informations sur les rabais obtenus des fournisseurs et leurs stratégies commerciales futures. Devant le Tribunal, elles avaient soulevé l'illégalité de l'article 20 du règlement 1/2003, fondement des inspections, pour violation du droit à une protection juridictionnelle effective, dès lors qu'il permet l'intrusion des enquêteurs dans les locaux des entreprises sans autorisation préalable d'un juge. Le Tribunal avait rejeté le grief, constatant que plusieurs voies de droit sont ouvertes aux entreprises pour critiquer le déroulement des inspections, même si, prises individuellement, elles ne remplissent pas les conditions tenant à l'existence d'un contrôle en fait et en droit de la décision, à l'effectivité du recours, à son efficacité et au délai raisonnable (TUE, 5 oct. 2020, LawLex20200002217JB, LawLex20200002218JB et LawLex20200002219JB). Devant la Cour de justice, les entreprises ont contesté l'effectivité de la protection accordée en raison de l'obligation d'articuler plusieurs recours pour obtenir le résultat escompté. La Cour estime ce-

pendant que le droit à un recours effectif n'implique pas que l'entreprise puisse soulever l'ensemble de ses griefs dans le cadre d'une seule et même voie de recours, mais s'apprécie au regard d'une analyse globale de l'ensemble des recours ex post disponibles.

En revanche, la Cour annule l'arrêt du Tribunal en ce qu'il avait considéré que la Commission n'avait pas violé les droits de la défense en ne procédant pas à un enregistrement des entretiens réalisés avant le déclenchement formel de l'enquête (V. égal., TUE 15 juin 2022, LawLex202200003097JB, retenant que si l'obligation d'enregistrement ne s'impose pas lors des entretiens préalables au premier acte d'enquête, la Commission n'en est pas moins tenue de créer un document écrit qui restitue la teneur des éléments à charge que lui a transmis de manière verbale un tiers informateur qui a souhaité conserver l'anonymat). Selon la Cour, tous les entretiens qui visent à collecter des informations relatives à l'objet d'une enquête de la Commission relevant du champ d'application de l'article 19, paragraphe 1, du règlement 1/2003 sont soumis à l'obligation d'enregistrement (V. aussi, en ce sens, TUE, 14 sept. 2022, LawLex202200006718JB ;

V. égal. CJUE, 6 sept. 2017, LawLex201700001362JB), estimant que la Commission est tenue de procéder à l'enregistrement de tout entretien effectué dans le cadre de ses pouvoirs d'inspection, sans distinguer selon qu'elle les estime formels ou informels). Dans le silence du texte, elle souligne que l'obligation s'applique, que ces entretiens aient eu lieu avant l'ouverture formelle d'une enquête, afin de collecter les indices d'une infraction, ou après celle-ci, pour réunir les preuves d'une infraction. Or, en l'espèce, la Commission n'avait pas réalisé d'enregistrements des entretiens effectués avant l'ouverture formelle de l'enquête mais s'était contentée d'en établir un compte-rendu, qu'elle n'avait pas soumis aux entreprises pour approbation. Irrégulièrement collectées, les déclarations effectuées au cours de ceux-ci ne peuvent par conséquent fonder la décision d'inspection, qui doit être annulée.

### ENQUÊTES PRÉALABLES

Cour de justice de l'Union européenne

9 mars 2023

LawLex202300003269JB,

LawLex202300003274JB,

LawLex202300003261JB

★★



### Comment éviter la rétroactivité des sanctions civiles ou administratives plus sévères en droit des pratiques anticoncurrentielles ?

La répression des pratiques anticoncurrentielles devient de plus en plus rigoureuse. Une pratique anticoncurrentielle peut faire l'objet *a minima* d'une double peine, administrative sous forme d'amende, et civile, à travers les dommages-intérêts accordés aux victimes des pratiques, sans même parler des peines complémentaires comme la nullité des contrats ou clauses en cause ou d'éventuelles sanctions pénales et l'atteinte à l'image et à la réputation de l'entreprise. Si l'on s'en tient à la double peine principale, résultant du cumul du *public enforcement* et du *private enforcement*, les sanctions n'ont cessé d'augmenter ces dernières années. Le nouveau communiqué Sanctions de l'Autorité de la concurrence du 30 juillet 2021 conduit mécaniquement à quasiment doubler le montant de l'amende encourue, voire plus. Le nouveau communiqué Sanctions de 2021 aggrave les éléments de calcul du montant de l'amende. Le coefficient de durée traditionnel de 0,5 par an appliqué pour les années suivant la première année passe au coefficient 1, soit un doublement après la première année. L'Autorité peut désormais également infliger un droit d'entrée additionnel de 15 à 25 % de la valeur des ventes. Le *private enforcement* n'est pas non plus en reste. La directive du 26 novembre 2014, transposée en droit français par l'ordonnance du 9 mars 2017, a facilité l'action des personnes s'estimant victimes de pratiques anticoncurrentielles en instaurant une présomption de faute liée à la décision de l'Autorité de la concurrence, une présomption de préjudice en cas d'entente horizontale et une présomption de non-répercussion sur les clients de la victime du surcoût lié à la pratique. La difficulté fréquemment rencontrée par les entreprises mises en cause pour des pratiques anticoncurrentielles réside dans le fait que les autorités et les demandeurs de dommages-intérêts cherchent à leur appliquer des règles de calcul des amendes et des dommages-intérêts plus sévères qui n'étaient pas en vigueur au moment de la commission de l'infraction. Cette stratégie consiste à demander l'application du communiqué Sanctions à des faits antérieurs au 30 juillet 2021 et, pour les demandeurs de réparations civiles, à appliquer les nouvelles présomptions instaurées en 2014 et 2017 à des faits bien antérieurs. Comment faire obstacle à cette double rétroactivité ?

I. Le combat contre la rétroactivité du mode de calcul plus sévère des amendes

**1. Faire valoir le principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères à propos du communiqué Sanctions.**

L'Autorité considère que son communiqué peut être rétroactif dès lors qu'il n'est qu'interprétatif et ne constitue pas en soi une disposition législative. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante qu'une « interprétation jurisprudentielle dont le résultat n'était pas raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise » ne peut s'appliquer rétroactivement (TUE, 27 mars 2014, LawLex201400001752JBJ). Contrairement à ce qui a pu être jugé à propos de l'ancien communiqué de 2011 (Cass. com., 17 mars 2015, LawLex201500000336JBJ ; Paris, 4 juill. 2019, LawLex201900000898JBJ), le nouveau coefficient de dissuasion n'a pas été évoqué lors de la réforme du droit de la concurrence par la loi DDADUE du 3 décembre 2020 et n'était pas prévisible avant l'adoption du nouveau communiqué Sanctions. Il instaure une « fourchette de sanction », ce qui constitue, selon la jurisprudence, un cas d'imprévisibilité s'opposant à la rétroactivité (cf. Paris, 4 juill. 2019, préc.). De même, l'aggravation de 0,5 à 1 du coefficient de durée n'a jamais été envisagée lors des réformes législatives du droit français de la concurrence alors que le choix d'un coefficient de 0,5 en 2011 s'inscrivait en contradiction avec celui retenu en droit européen et manifestait une autonomie revendiquée du droit français dont l'abandon n'était pas prévisible.

**2. S'opposer à toute application rétroactive en épuisant les voies de recours.**

Le combat contre la rétroactivité qui porte atteinte à un principe essentiel du droit français doit être général et absolu. Il convient, en cas de refus de reconnaissance de la non-rétroactivité, de faire valoir son illégalité en appel et en cassation ainsi que devant la Cour européenne des droits de l'Homme. De même, il faut s'opposer aux lois rétroactives de nature mixte qui régissent la procédure tout en ayant un impact sur la sévérité de la sanction (sur le fondement de l'arrêt Scoppola de la Cour EDH du 17 sept. 2009, req. n° 10299/83) ainsi qu'à la suppression par la loi DDADUE du plafond de sanction en cas de recours à la pro-

cédure simplifiée ou à la rétroactivité de la suppression du critère du dommage à l'économie pouvant également conduire à une inflation des sanctions.

II. Le combat contre la rétroactivité des nouvelles règles de 2014 et 2017 en matière de dommages-intérêts.

**3. S'opposer à toute demande de rétroactivité directe des nouvelles règles.**

La non-rétroactivité des nouvelles règles d'indemnisation s'impose tant en vertu du droit commun que de la directive de 2014 elle-même qui pose un principe de non-rétroactivité de ses dispositions substantielles. Ce principe a été rappelé par l'ordonnance de transposition de 2017 et confirmé par la jurisprudence européenne (CJUE, 28 mars 2019, LawLex201900000489JBJ ; 22 juin 2022, LawLex202200003202JBJ) et française (Paris, 24 nov. 2021, LawLex202100006016JBJ ; 23 juin 2021, LawLex202100004670JBJ).

**4. S'opposer à tout contournement de la non-rétroactivité sous couvert d'effectivité du droit européen ou d'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau.**

Les demandeurs de dommages-intérêts ne sauraient contourner la non-rétroactivité en prétendant que le droit antérieur empêcherait leur indemnisation. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une impossibilité d'indemnisation que cette exception peut jouer. Or le droit français antérieur permet l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles (Paris, 5 janv. 2022, LawLex202200000106JBJ). Il doit d'autant plus en être ainsi que le principe d'effectivité ne peut porter atteinte aux principes généraux du droit dont fait partie la non-rétroactivité. Les mêmes principes impliquent qu'il n'est pas possible de contourner la non-rétroactivité sous prétexte d'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau, l'interprétation devant respecter le principe de la non-rétroactivité et ne pouvant s'appliquer *contra legem* (CJUE, 24 juin 2019, LawLex201900001294JBJ).