



Un requiem pour la loi, un plaidoyer pour la *soft law* :

L'effet positif du « droit souple » sur la dissuasion des infractions de concurrence

Godefroy de Moncuit

(Docteur en droit, Chercheur rattaché au laboratoire Dante)

Introduction

1. « *La loi pervertie ! La loi - et à sa suite toutes les forces collectives de la nation, - la loi, dis-je, non seulement détournée de son but, mais appliquée à poursuivre un but directement contraire ! La loi devenue l'instrument de toutes les cupidités au lieu d'en être le frein !* »¹. Depuis toujours, la loi inquiète. On la compare à un « *droit dur* »². Un droit porteur d'obligation et de contrainte. Un droit intangible, qui s'impose plus qu'il ne s'adapte. De cette vision de la loi s'est construite la nécessité d'un droit plus modulable, plus discret, dépourvu de force obligatoire. Ainsi le « droit doux », plus connu sous le nom de *soft-law*, est désormais un acteur majeur du paysage juridique. Si un mot devait à lui seul résumer l'importance de la *soft-law*, ce serait « influence » : la *soft-law* influence le législateur ; influence le juge ; influence le droit applicable, etc. Par sa capacité à compenser les imprécisions de la loi, elle est d'une grande utilité en droit de la concurrence, au regard notamment des pratiques sur le marché, qui évoluent plus vite que le droit³ ; des tendances jurisprudentielles, qui ne permettent pas toujours de cerner le droit applicable⁴ ; des objectifs défendus par les autorités de concurrence, qui peuvent sembler paradoxaux au regard des textes⁵. Sachant que « *le droit de la concurrence est généralement considéré comme l'un des plus complexes et incertains* »⁶, le droit souple peut venir éclairer le droit applicable.

2. Pour comprendre tout l'intérêt d'encourager la *soft law*, il faut d'abord rappeler la notion de *soft law* (I) ; puis décrire les trois fonctions de la *soft law* (II), lesquelles peuvent se révéler très utiles en droit de la concurrence. Enfin, il faut évoquer l'effet positif de la fonction de clarification de la *soft-law* sur l'objectif de dissuasion des infractions de concurrence (III).

¹ F. Bastiat, Œuvres complètes de Frédéric Bastiat, édition Guillaumin / réédition Institut Coppet, IV, p. 342.

² F. Berrod, L'utilisation de la *soft law* comme méthode de conception du droit européen de la concurrence, Rev. UE 2015. 283.

³ À titre d'exemple, les cartels algorithmiques posent un nouveau défi aux autorités de concurrence.

⁴ R. Mesa, De la complexité et des conséquences des rapports entre concurrence parasitaire et parasitisme économique, Concurrences n° 3-2011, pp. 82-88. – Voir aussi : R. Mesa, Des exigences probatoires du parasitisme économique, Concurrences n° 4-2010.

⁵ Notons, sur ce point, que la directive n° 2014 porte un double discours : à la fois soucieuse de faciliter l'action en réparation des victimes en assurant l'accès aux preuves, et anxieuse de préserver l'efficacité du *public enforcement* en interdisant la divulgation des preuves issues de la procédure de clémence, la directive tend à mêler des intérêts contradictoires. La rétention par les autorités des preuves pertinentes, pourtant indispensables aux victimes pour démontrer et quantifier leur préjudice, témoigne de la confrontation entre *public et private enforcement*, en même temps que cela contredit la volonté de renforcer la fonction dissuasive de l'action privée en réparation. Voir, Directive 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts, 5 décembre 2014, JOUE L 349/1.

⁶ P. Bougette, C. Montet a. L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence, HAL, 2006.

I – La notion de *soft law*

3. **Les frontières de la *soft-law*.** Il n’y a pas de définition arrêtée de la *soft law*. Cinq observations méritent d’être rappelées :

4. Premièrement, la *soft law* a plusieurs traductions en doctrine, laquelle semble se disputer les adjectifs pour la définir : Droit « mou » ; droit « souple » ; droit « flexible », telles sont les qualifications habituellement entendues pour définir la *soft law*⁷. La qualification de « droit souple » emporte notre préférence car elle met en lumière l’adaptabilité de ce droit.

5. Deuxièmement, les instruments de la *soft law* sont nombreux : avis, communication, lignes directrices, recommandations, guide pratique, note d’information ou rapport d’information, etc. Plus précisément, le Conseil d’État considère qu’un instrument entre dans le champ du droit souple lorsqu’il respecte trois conditions cumulatives⁸.

6. Troisièmement, la *soft law* renvoie en règle générale à un droit qui n’est pas figé, et qui s’adapte en fonction de l’évolution du domaine où elle entend s’appliquer. Ce qui renvoie à la qualification de « droit souple » ou droit « flexible »⁹.

7. Quatrièmement, la *soft law* est élevée au rang de droit¹⁰.

8. Cinquièmement, la *soft law* renvoie à un droit particulier, non contraignant¹¹. Elle n’emporte aucune contrainte sur le juge, non tenu de l’appliquer. Néanmoins, ce constat est à relativiser car le rôle de la *soft law* varie selon les droits. En droit de la concurrence, la *soft law* est un droit d’influence, qui tend à influencer le droit positif contraignant en lui dictant les directions à suivre. La *soft law* est donc pleine d’une normativité cachée¹². Son influence se mesure au regard de

⁷ C. Thibierge, Le droit souple, RTD civ. 2003. 599. Selon l’auteur, l’expression de « *soft law* » évoque à la fois un droit mou (« *droit sans sanction* »), un droit doux (qui manque d’obligation) et un droit flou (qui manque de précision).

⁸ Conseil d’État, Rapport sur le droit souple, Étude annuelle 2013, La Documentation française, 2013. 1 : un instrument entre dans le champ du droit souple lorsque, d’une part, l’instrument en question a pour objet de modifier ou d’orienter les comportements des destinataires de la loi en suscitant leur adhésion ; d’autre part, lorsqu’il crée des droits ou d’obligations pour le justiciable ; quand il présente, par son contenu, un degré de formalisation et de structuration qui l’apparente à une règle de droit.

⁹ L’intervention, tantôt *ex ante*, tant *ex post* de la « *soft law* » montre son caractère flexible. En cela, le droit souple est à la fois un droit de prévention, et en même temps un droit de réaction. – Voir H. Rassafi-Guibal, De quelques aspects des usages des instruments de « *soft law* » comme vecteurs de normativité économique, Rev. UE 2014. 85. L’auteur observe notamment que la communication de la Commission sur la définition du marché pertinent relève d’une approche *ex ante* par laquelle la Commission détaille la notion de marché, mais aussi d’une approche *ex post* par laquelle la Commission clarifie la démarche à suivre pour définir le marché en cause.

¹⁰ On notera sur ce point que dans la décision Dansk Rorindustri, la Cour a assimilé les lignes directrices de la Commission à la catégorie de « droit » au sens de l’article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l’homme. – Voir : CJCE, 28 juin 2005 Dansk Rorindustri c/ Isoplus, aff. C 189/02 P, § 223 : « *Eu-égard notamment à leurs effets juridiques et à leur portée générale, ainsi qu’il a été indiqué au point 211 du présent arrêt, de telles règles de conduite relèvent, en principe, de la notion de “droit” au sens de l’article 7, paragraphe 1, de la CEDH* ».

¹¹ L. Idot, A propos de l’internationalisation du droit. Réflexions sur la *soft law* en droit de la concurrence, Concurrences n° 2-2007, p. 1 : *tous les textes à portée générale, définitivement adoptés par les autorités compétentes, qui visent à l’application des règles de concurrence mais qui sont dépourvus de valeur contraignante. Une telle approche permet d’exclure, outre les textes d’origine purement privée [...], les textes préparatoires* »

¹² F. Snyder, The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, 56 Modern L. Rev. 1993, pp 19-56. L’auteur décrit notamment la « *soft law* » comme une règle de conduite qui, en principe, n’a pas de force contraignante mais qui, en réalité, peut voir des effets pratiques importants.

l'effet du « droit souple » sur l'application de la loi par le juge et/ou les autorités de concurrence. Autrement dit, le droit souple produit des effets juridiques. Dans le même temps, il s'agit d'un droit de clarification, comme en témoignent les nombreuses précisions qu'il apporte sur des questions sensibles¹³. En ce sens, la *soft law* n'est pas un « *droit flou* » ni même un « *droit mou* », car elle tend justement à clarifier des normes imprécises sujettes à questionnement. Elle est révélatrice de l'imprécision d'une norme, qu'elle cherche à rendre davantage intelligible.

9. Influence inégale de la *soft law* en droit de la concurrence. Si « *les lignes directrices ou les communications, tout particulièrement dans le domaine du droit de la concurrence, disposent d'un potentiel normatif difficilement contestable* »¹⁴, force est de constater que le potentiel normatif de la *soft law* concerne essentiellement les ententes, les abus de position dominante¹⁵, les concentrations¹⁶ et les aides d'état¹⁷. Aussi le droit des pratiques restrictives bénéficie de la pertinence des avis fréquents de la Commission d'examen des pratiques commerciales¹⁸. Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme ne bénéficie pas ou peu de la fonction normative de la *soft law*¹⁹. Précisément, il n'y a pas de lignes directrices en la matière, lesquelles peuvent venir éclairer le droit applicable et/ou aider la jurisprudence lorsque cette dernière semble indécise. On remarquera à ce titre que le communiqué de l'Autorité sur la méthode de détermination de l'amende²⁰ continue d'influencer le calcul de la sanction pécuniaire appliquée aux entreprises. L'inégalité de traitement, par la *soft law*, des différents types d'infractions de concurrence est regrettable. Un pan du droit de la concurrence bénéficie des clartés et de l'influence du droit souple tandis qu'un autre semble contraint à l'isolement. La *soft law* ressemble métaphoriquement à ce médecin qui choisirait de guérir un malade plutôt qu'un autre.

Il convient, plus généralement, de rappeler les nombreuses fonctions de la *soft law* qui révèlent son utilité.

¹³ *Infra* n° 13.

¹⁴ A. Bouveresse, La portée normative de la *soft law*, Rev. UE 2015. 291. – B. Bertrand, Rapport introductif : Les enjeux de la *soft law* dans l'Union européenne, Rev. UE 2014. 73. – H. RASSAFI GUIBAL, De quelques aspects des usages des instruments de *soft law* comme vecteurs de normativité économique, Rev. UE 2014. 85.

¹⁵ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité, JOUE n° C 101 du 27 avril 2004. – Commission Européenne, Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final. – Commission Européenne, Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final. – Communication de la commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE n° C 167/19, 13 juin 2013.

¹⁶ Lignes directrices n° 2004/C31/03, sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° C 31, 5 février 2004.

¹⁷ Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE n° C 262/01, 19 juillet 2016. – Communication de la Commission relative aux critères pour l'analyse de la compatibilité des aides d'État en faveur de l'emploi de travailleurs défavorisés et handicapés dans les cas soumis à notification individuelle, JOUE n° C 188/02 11 août 2009. – Communication de la Commission relative à l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JOUE n° C 323/01, 30 décembre 2006. – Voir aussi : G. DEZOBRY, Les lignes directrices concernant les aides d'État à l'énergie : vers une évolution des modes de soutien aux énergies renouvelables (EnR), Rev. UE 2015. 299.

¹⁸ CEPC, voir dans section : « avis ». Disponible sur : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/245>.

¹⁹ Certains avis approchent les questions relatives à la notion de déséquilibre significatif, mais ils sont rares.

²⁰ Aut. conc, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

II – Les trois fonctions de la *soft law*

10. Fonctions multiples. Le Professeur Linda Senden a identifié trois fonctions de la *soft law*²¹ : une fonction pré-législative²² d'une part, une fonction post-législative²³ d'autre part, et enfin une fonction para-législative²⁴.

11. Fonctions prédominantes. En somme, derrière la fonction pré-législative, la *soft law* poursuit trois fonctions centrales :

- Une fonction de clarification de la norme²⁵
- Une fonction de renforcement de la norme²⁶
- Une fonction de remplacement de la norme

12. Intervention récente du « droit souple » sur la question des marchés bifaces. En dehors du droit des pratiques restrictives, la fonction de clarification de la *soft law* aide à la qualification des pratiques anticoncurrentielles. À l'heure actuelle, la problématique posée par les marchés bifaces remet en cause la grille d'analyse des positions dominantes et, par conséquent, des abus²⁷. Les tests proposés pour qualifier l'abus de position dominante peuvent sembler dépassés au regard de l'essor des marchés technologiques²⁸. Les « nouveaux » marchés, décloisonnés, aux frontières illimitées, impliquent une redéfinition de l'abus et même de la position dominante qui ne peut plus

²¹ L. A. J. Senden, *Soft law and its implications for institutional balance in the EC*, Utrecht L. Rev. (2005).

²² Dans ce cas, la « *soft law* » ouvre la voie à la création d'une norme et sert de guide juridique susceptible de renforcer la confiance des états envers la norme en question. La fonction pré-législative décrit donc, en réalité, une fonction de promotion de la norme. – Voir L. A. J. Senden, *Soft law and its implications for institutional balance in the EC*, Utrecht L. Rev. (2005), p. 82 : “*These instruments (of the soft law) fulfil a pre-law function. This function can also be understood in a more substantive way, in the sense that soft law acts pave the way for the adoption of future legislation by providing or increasing the basis of its support*”.

²³ Dans ce cas, la *soft law* complète, précise, et facilite l'application de la norme. Ce faisant, elle consolide la crédibilité de la loi qui se retrouve clarifiée et renforce le consensus social autour de la norme. – Voir L. A. J. Senden, *prec.* n° 23 : “*Interpretative and decisional acts are often not intended to replace legislation, but rather to complement it. As such they can usually be said to fulfil a kind of post-law function, being adopted subsequent to existing Community law with a view to supplementing and supporting both primary and secondary EC law*”.

²⁴ La fonction « para-législative » décrit le rôle d'alternative de la *soft law* qui devient une solution de rechange par rapport au circuit habituel de production de la norme. – Voir A. Peters, I. Pagotto, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, NEWGOV: New Modes of Governance, SSRN (2006), p. 23 : “*Soft law instruments used as a substitute for legislation can be said to fulfil a para-law function*”. Disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=166853>. – Voir aussi : C. Blumann, *Conclusions du colloque international des jeunes chercheurs : la soft law en droit de l'Union européenne*, Rev. UE 2014. 225. Le Professeur Claude Blumann considère que « *la soft law remplit une double fonction : une fonction d'anticipation et une fonction de substitution* ». Anticipation car elle a pour « *objet est de prévoir une réforme, un acte législatif, une modification institutionnelle (...)* » ; substitution quand la norme de *soft law* « *remplace une norme officielle, soit parce qu'une telle norme n'existe pas ou que pour telle ou telle raison l'Union n'a pu l'adopter, soit parce que l'Union ne peut adopter une telle norme, faute de compétence ou de base juridique* ».

²⁵ On pourrait aussi parler de perfectionnement de la norme.

²⁶ J. Richard, L. Cytermann, *Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?* Dalloz actualité. Interview. L'auteur note que la « *soft law* » « *contribue pleinement à la politique de simplification des normes et de la qualité du droit. Le droit dur n'a pas à craindre cette émulation ; il en ressortira renforcé* ».

²⁷ J.C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1(4) *Journal of the European Economic Association* 990-1029 (2003). – J.C. Rochet, J. Tirole, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 37(3) *RAND Journal of Economics* 645-667 (2006).

²⁸ G. Decocq, *L'économie digitale saisie par les autorités de concurrence*, AJCA 2016, p. 172. – N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, ed. LGDJ, 2013, p. 305 et s.

s'apprécier essentiellement au regard de l'approche caricaturale des parts de marché²⁹. Sur un marché biface, les acteurs économiques ne cherchent pas seulement un avantage sur la concurrence, mais dans la concurrence, c'est-à-dire qu'ils cherchent « *une situation de position de surplomb du marché* »³⁰. Pour éclairer la problématique des marchés bifaces et leur incidence sur la qualification des abus de position dominante, le « droit souple » est intervenu récemment. Un rapport de l'OCDE intitulé « *Repenser les outils antitrust pour les plateformes multi-faces* »³¹ illustre la fonction d'éclaircissement de la *soft law* qui tend à clarifier le droit applicable et les outils robustes à utiliser en présence d'une plateforme multi-face.

13. L'indifférence du « droit souple » en matière de parasitisme. En dehors du droit des pratiques anticoncurrentielles, force est de constater que l'apport du « droit souple » en matière du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme est faible, voire inexistant. Pourtant, de nombreuses problématiques en matière de parasitisme méritent d'être résolues. On pense, notamment, à la question de l'appropriation « parasitaire » des idées. On le sait, en théorie, « *les idées sont de libre parcours* »³², de sorte que leur appropriation ne peut tomber dans le champ du parasitisme. En réalité, il faudrait distinguer les idées non lucratives, des idées qui ont une valeur économique. On rappellera, sur ce dernier point, les mots du célèbre Gaudissart : « *Bonnes ou mauvaises, les idées se cotent, se récoltent, s'importent, se portent, se vendent, se réalisent et rapportent* »³³. Elles ouvrent la voie à des innovations qui assurent un avantage concurrentiel aux entreprises. Inversement, l'absence de protection des idées encourage l'apathie des entrepreneurs découragés d'investir dans la recherche. Elle favorise, aussi, l'absence de matérialisation des idées de la part de ceux qui craignent que ces dernières soient reprises puis utilisées par leurs concurrents. Certaines idées sont des actifs économiques qui méritent d'être protégés. Ceci nous paraît d'autant plus évident à l'heure de la « Nouvelle économie », formule employée pour décrire la vague d'innovation schumpétérienne qui touche nos sociétés³⁴.

14. Fonction de remplacement de la norme. La fonction de remplacement de la norme du « droit souple » pourrait par exemple conduire à une réforme du parasitisme qui ne peut plus ignorer la question de la protection des idées, sachant que le législateur reste silencieux sur ce point, et que la jurisprudence continue de se recroqueviller derrière une affirmation déconnectée de la réalité numérique, en rappelant, sans justification, que « *les idées sont de libre parcours* »³⁵.

²⁹ O. Freget, *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe*, ed. Odile Jacob, p. 129. 2015. Une réflexion intéressante est sur ce point développée par l'auteur : « *analyser une position en termes de nombre de parts de marché présuppose une assimilation du marché à une grandeur fixe et objective et a part de marché « limite » à une sorte de seuil, lui aussi objectif, comme peut l'être un seuil d'imposition. De même qu'on peut gagner instantanément beaucoup d'argent, sans jamais accéder à la puissance, on peut détenir une part de marché importante et ne pas être puissant. Chercher à identifier une dominance en mesurant la dilatation d'une entreprise à un moment donné revient à chosifier le marché et, plus, penser le pouvoir économique comme le simple dépassement d'un seuil à partir duquel une certaine accumulation d'une grandeur à définir deviendrait nocif alors qu'en deçà de ce seuil, cette même accumulation serait anodine et sans conséquences. Tout se passe ici comme si le pouvoir économique ne pouvait être pensé qu'en termes quantitatifs, voir arithmétiques* ».

³⁰ *Ibid.*, p. 129.

³¹ OCDE, « *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* », (2018).

³² Cass. civ 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 14-20.310 : JurisData n° 2017-012364.

³³ Ph. Le Tourneau, *L'illustre Gaudissart était visionnaire !*. – De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer, CCC n° 10, Octobre 2017, étude 16.

³⁴ H. Baudchon, *Le contre-choc de la « nouvelle économie »*, Revue de l'OFCE 2002/4 (n° 83).

³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *loc. cit.* n° 37.

Certains recommandent le développement de lignes directrices autour de la création d'un Droit *sui generis* destiné à protéger, pour un temps, toutes les idées et/ou créations ayant une valeur économique³⁶. Face à ce « vide juridique » auquel se heurtent ceux qui cherchent à protéger leurs idées, des lignes directrices sont souhaitables pour inciter la jurisprudence à opérer un revirement sur la question.

15. Bilan. Nous venons d'évoquer l'utilité du « droit souple » qui a plusieurs fonctions : renforcer une norme controversée et/ou faillible, pousser à la modification et/ou à la substitution d'une norme inadaptée, et éclaircir une règle de droit imprécise afin de faciliter son application.

16. Parmi ces trois fonctions, celle relative à la clarification des normes concurrentielles nous semble fondamentale au regard de son incidence bénéfique sur la dissuasion des infractions de concurrence.

III – L'effet positif de la fonction de clarification de la *soft-law* sur la dissuasion des infractions de concurrence

17. Renforcement de la dissuasion. La fonction de clarification de la *soft law* réduit le risque d'insécurité juridique en clarifiant les règles au nom desquelles les agents économiques sont sanctionnés. Elle permet, dans le même temps, d'assurer la diffusion du message dissuasif porté par la règle de droit. Le « signal » envoyé aux agents économiques recherché par l'objectif de dissuasion n'est possible que si la norme est suffisamment claire pour se faire comprendre. La norme « clarifiée » est plus à même de capter l'attention des agents sur le marché qu'une norme incomprise. La dissuasion dite « générale » et la dissuasion dite « individuelle »³⁷ se retrouvent renforcées par le travail de clarification du droit souple.

18. Dissuasion générale. La dissuasion générale décrit le signal dissuasif envoyé à l'ensemble des entreprises sur le marché³⁸. Elle renvoie plus généralement à la notion d'exemplarité, c'est-à-dire que la sanction « *se veut un exemple pour tous ceux qui pourraient se trouver en situation de commettre l'acte en question* »³⁹. La norme incomprise décrédibilise le message dissuasif porté par la règle de droit et génère une défiance à l'égard des acteurs économiques. Moins la norme est claire, moins l'effet stigmatisant du comportement qu'elle est censée punir est important. Renforcer l'intelligibilité des règles favorise le consensus social sur l'impact nocif des infractions de concurrence et permet, par conséquent, de légitimer l'application de sanctions plus dissuasives⁴⁰.

³⁶ Ph. Le Tourneau, *loc. cit.* n° 38.

³⁷ Ce double objectif de dissuasion a notamment été rappelé par la Cour d'appel : voir CA Paris, 9 avril 2002, n° 2001/19855, *Géodis Overseas France*.

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ B. Deffains, La sanction des pratiques anticoncurrentielles, Séminaire Nasse, 3 mai 2016.

⁴⁰ À l'heure où le débat sur la pénalisation du droit de la concurrence et l'emprisonnement des dirigeants responsables de cartels se fait de plus en plus pressant, la *soft-law* pourrait aider à diffuser une culture de concurrence indispensable à l'admission de sanctions plus énergiques telles que les sanctions pénales. – Voir E. Combe, C. Monnier, Lutte contre les cartels et comportement des managers, *Concurrences* n° 4-2016, pp 51-68. – E. Combe, C. Monnier, Cartels et comportements des managers : Analyse et implications pour les politiques publiques, *Revue économique*, vol. 6, 7 février 2016, p. 95-110. – D. Viros, Individual criminal sanctions in France, *in* Individual Sanctions For Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges, *Concurrences* n° 2-2016, pp. 14-44.

19. Comportements pro-sociaux. De plus, la *soft law* assure une notoriété à la norme concurrentielle, ce qui limite les infractions imprudentes ou involontaires des acteurs incapables d'anticiper le risque juridique de tel ou tel comportement sur le marché. L'économie comportementale vante notamment le comportement pro-social des agents économiques dont les atteintes au droit ne seraient pas seulement le fruit d'un calcul rationnel⁴¹. Le droit souple constituerait une nouvelle sorte de « *nudge* »⁴² qui pousserait les individus à respecter la loi en leur faisant prendre conscience de la gravité du manquement anticoncurrentiel.

20. Effet de myopie. D'un point de vue comportemental, l'intervention de la *soft-law* limite l'« effet de myopie » caractérisé par la difficulté pour l'agent de percevoir le risque-concurrence. De même, le biais de « traitement efficace » définit la tendance de l'esprit humain à retenir les informations faciles à comprendre. La complexification du droit de la concurrence contraint les agents sur le marché à opérer consciemment ou inconsciemment un tri sélectif en évinçant les règles peu claires pour ne retenir que les informations intelligibles. Les précisions apportées par le droit souple permettent de restaurer la fonction de la loi qui est de délivrer un message que les justiciables sont en mesure de capter et de retenir.

21. Infractions rationnelles. Plus généralement, l'éclaircissement du droit réduit les paris opportunistes de l'agent économique rationnel misant sur la probabilité de ne pas être sanctionné. Le droit souple sert en effet à « convaincre les entreprises que la violation des règles de concurrence a un coût »⁴³. Cette conviction peut être renforcée par des communications régulières. Par conséquent, la *soft law* « présente, pour les entreprises, une force incitative à adopter certains comportements ou dissuasive d'en adopter d'autre »⁴⁴, et sa « force normative invisible »⁴⁵ favorise l'effectivité du droit de la concurrence, alors plus régulièrement appliqué⁴⁶. De même, en perfectionnant les règles juridiques, elle limite le risque que des agents exploitent rationnellement les « pathologies » du droit pour injustement éluder leur responsabilité⁴⁷.

⁴¹ R. Benabou, J. Tirole, Incentives and Prosocial Behavior, 96(5) Am. Econ. Rev 652-678 (2006). – S. Levitt, S. Dubner, L'homo-oeconomicus est mort. Vive l'homo-altruisticus ! chap. 3 (extrait) de Super freakonomics, ed. Denoël (Gallimard), 2010.

⁴² C. Sunstein, R. Thaler, Nudge : Improving Decisions on Health, Wealth, and Happiness, ed. Yale University Press (2008). Les « nudges » décrivent des « coups de pouce » destinés à contrecarrer les heuristiques et biais des agents économiques. On parle aussi de « paternalisme libéral », le nudge ayant pour finalité d'orienter en douceur nos comportements et d'aider les individus à faire le meilleur choix. Appliqués au droit de la concurrence, ils auraient pour intérêt d'introduire des méthodes douces et non répressives afin de sensibiliser directement les individus aux questions concurrentielles et d'orienter leur comportement vers le respect de la loi.

⁴³ F. Berrod, L'utilisation de la *soft law* comme méthode de conception du droit européen de la concurrence, Rev. UE 2015. 283.

⁴⁴ C. Vincent, La communication de *minimis* : un acte, *a minima*, doté d'une force obligatoire, D. 2013. 473

⁴⁵ M. E. Meyo, La force normative « invisible » de la *Soft law* para-législative de l'Union européenne en droit privé des contrats, Rev. UE 2014. 94.

⁴⁶ D. Ritleng, L'effectivité du droit européen de la concurrence, Rev. UE 2015. 277. Plus généralement, l'auteur note que « la *soft law* en dépit de la faiblesse de son caractère obligatoire, qui permet bien souvent d'assurer l'effectivité du droit européen de la concurrence ». Notons aussi que le Professeur Catherine Thibierge a mis en avant l'effet de la *soft law* sur l'objectif de dissuasion générale en droit de la consommation ; voir C. Thibierge, Le droit souple, RTD civ. 2003. 599 : *Prenons l'exemple des recommandations de la Commission des clauses abusives : en principe dépourvues de force obligatoire, elles ne lient pas leurs destinataires. Pourtant, elles sont respectées à la fois par le législateur, par les professionnels qui en tiennent compte pour rédiger leurs contrats et par les juges qui s'en servent pour justifier leurs décisions. Elles jouent un rôle d'incitation, de dissuasion et de guidance, en influençant leurs destinataires, théoriquement libres de les respecter ou non, mais pratiquement enclins à le faire. Elles illustrent parfaitement cette facette du droit souple qu'est le droit doux, non obligatoire et cependant possiblement effectif* ».

⁴⁷ A. MASSON, M. SHARIF, Les stratégies juridiques des entreprises, RLDA n° 43, 1^{er} octobre 2010. Le référendaire Antoine Masson souligne notamment que « la piètre qualité des normes » provoque « dans la structure du droit,

22. Erreurs judiciaires. En outre, la clarification du droit limite les erreurs judiciaires dénoncées en doctrine qui sapent l'intelligibilité du droit de la concurrence et décrédibilise l'action publique : tantôt en condamnant une entreprise pour une pratique licite ou proconcurrentielle⁴⁸, tantôt en laissant impuni une pratique dommageable au marché⁴⁹. Précisément, les erreurs de types 1 limitent les incitations à innover⁵⁰ et, en condamnant injustement des entreprises, minorent la confiance du marché envers les autorités gardiennes de son bon fonctionnement. En inhibant la prise de risque des entreprises, elles ont une incidence néfaste sur l'innovation et donc, sur la croissance économique. Les erreurs de type 2 sont tout aussi néfastes car elles produisent deux coûts irrécupérables pour le consommateur : d'une part, une perte de richesse car l'augmentation du prix qui se perpétue en l'absence de condamnation provoque un préjudice net au consommateur qui achète le produit à un prix anticoncurrentiel. D'autre part, si jamais le consommateur renonce à acheter du fait du prix trop élevé du produit, il en résulte une perte sèche du bien-être de ce dernier, autrement appelée « *deadweight loss* ».

23. Renforcer la fonction dissuasive du *private enforcement*. Par ailleurs, la complexité du droit de la concurrence constitue une des causes de l'apathie rationnelle des victimes qui n'agissent pas en réparation⁵¹, craignant le coût d'une action dont ils ne peuvent raisonnablement prédire le succès. La passivité des victimes découragées d'agir en justice favorise la faute lucrative des entreprises⁵² qui, malgré l'avantage retiré de la pratique illicite, n'ont pas à indemniser le dommage causé au concurrent. Le manque d'intérêt à agir pourrait s'expliquer par un biais connu sous le nom d'« *aversion pour l'ambiguïté* »⁵³. L'ambiguïté provoquée par l'imprécision de la règle de concurrence est susceptible d'entraîner un « retrait » de la victime qui refuse de former une action en justice au regard du fardeau probatoire que constitue la preuve du manquement anticoncurrentiel.

24. Pour cette raison, la fonction dissuasive du *private enforcement* pourrait aussi être renforcée par une intervention régulière de la *soft law*, qui « joue alors un rôle de défricheur⁵⁴ » pour clarifier les règles afin d'inciter les actions en dommages et intérêts. Plus généralement, l'effet dissuasif du contentieux privé souffre des difficultés entourant la réparation du préjudice concurrentiel, laquelle réparation « est bien souvent un leurre »⁵⁵. La motivation lacunaire des juges⁵⁶ fait courir un risque de « *minoration systématique* »⁵⁷ du dommage de la part des juges englués dans le « *marécage de*

d'inévitables zones d'opportunités qui pourront être mobilisées par les entreprises » afin d'élaborer des stratégies d'infraction. – Voir aussi : A. Masson, H. Bouthinon-Dumas, L'approche Law & Management, RTD com. 2011. 233.

⁴⁸ Cette erreur décrit une erreur de type 1.

⁴⁹ Cette erreur décrit une erreur de type 2.

⁵⁰ T. SCHREPEL, L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence, RLC n° 42, 1^{er} janvier 2015.

⁵¹ C. PRIETO, Inciter les actions en dommages-intérêts: le point de vue d'une concurrentialiste, in Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, AFEC/Paris-II: Paris, 13 juin 2008, Concurrences n° 25907, 2/2009, p. 8.

⁵² G. de Moncuit, Faute lucrative et droit de la concurrence, Thèse, Paris Saclay, sous la dir. M. Chagny, 2018.

⁵³ L. Cabantous, D. Hilton, De l'aversion à l'ambiguïté aux attitudes face à l'ambiguïté, RE 2006/2 (Vol. 57).

⁵⁴ C. Blumann, « Conclusions du colloque international des jeunes chercheurs : la *soft law* en droit de l'Union européenne », Rev. UE 2014. 225.

⁵⁵ G. Viney, Rapport de synthèse, LPA 20 novembre 2002, n° 232, p. 66.

⁵⁶ M. Nussenbaum, Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice, LPA 4 septembre 2017, n° 176 p. 8.

⁵⁷ M. Nussenbaum, Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles, LPA n° 14, 20 janvier 2005, p. 37

l'étendue du préjudice »⁵⁸. Les approximations, comme le rappelle l'économiste Anne Perrot, « *ne disqualifient pas les analyses* »⁵⁹ fournies mais « *peuvent atténuer le caractère certain du préjudice* »⁶⁰ et ainsi conduire le juge à rejeter injustement la demande indemnitaire de la victime. Ceci pourrait expliquer pourquoi « *les études empiriques montrent, en Europe, que l'on est encore loin de la réparation intégrale du préjudice* »⁶¹. Néanmoins, l'aide du droit souple pour améliorer la transparence du calcul du préjudice⁶² produit des résultats tangibles au regard de la jurisprudence récente⁶³, ce qui démontre une nouvelle fois le rôle de la *soft law* dans le renforcement de la fonction dissuasive du *private enforcement*.

25. Effet sur le comportement du juge ou du régulateur. Par ailleurs, la crédibilité d'une norme est un facteur influençant la décision des juges. Selon un argument de sociologie judiciaire, une norme « *crédible* » est susceptible d'application régulière et la sanction du contrevenant est forte⁶⁴. Moquée, elle fait l'objet d'une appréciation restrictive, son application est plus rare et la sanction du contrevenant est fébrile. Dans ce cas, à « *la main tremblante* » du législateur succède la « *voix hésitante* » du juge.

26. Nous en voulons pour preuve l'augmentation des amendes imposées par l'Autorité au fil des années. Cette augmentation est notamment liée aux nombreuses lignes directrices et communications portant sur la méthode de calcul des amendes⁶⁵. La *soft law* a renforcé la confiance de l'Autorité qui, se reposant sur une méthode transparente de sanction, se sent plus légitime à sanctionner fortement les comportements déviants.

27. Au contraire, en droit du déséquilibre significatif, on remarquera que le juge préfère user des instruments neutralisateurs – cessation de l'illicite – ; ou semi-réparateurs – sanction confiscatoire⁶⁶–

⁵⁸ J.-C. Fourgoux, La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles, JCP E 1999, p. 2005

⁵⁹ A. Perrot, Qu'apporte l'analyse économique au calcul d'un dommage ?, CCC n° 7 juillet 2017, dossier 3.

⁶⁰ AFEC, Observations formulées par l'AFEC sur le projet de document d'orientation relatif à « la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne », 2011. p. 13.

⁶¹ D. Bosco, Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : Etats des lieux en France et dans l'Union, Concurrences, Conférence du 29 Mars 2018, Cour d'appel de Paris.

⁶² OXERA, Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, December 2009. p. 44. – Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE n° C 167/19, 13 juin 2013. Voir aussi – CA, fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice. Disponible sur : <https://www.cours-appel.justice.fr/parisindex.php?rubrique=12900>.

⁶³ S. Carval, J.-F. Laborde, La réparation des préjudices causés par les abus de position dominante, Concurrences n° 1-2018. – Voir aussi T. com. Paris, ch. 15, 16 mars 2015, n° 2010073867, *SAS Outremer Telecom c/ SA Orange Caraïbe et SA Orange* (anciennement SA France Telecom) ; cette décision a été, pour l'essentiel, confirmée récemment par la Cour d'appel ; voir CA Paris, ch. 4^{ème}, 10 mai 2017, n° 15/05918. Rappelons que, dans cette affaire, la victime avait produit au soutien de sa demande une étude économique faisant état, pour évaluer le dommage, du nombre d'abonnés qui ne se seraient pas réengagés en l'absence de l'offre de fidélisation abusive proposée par Orange (environ 30 % des abonnés). L'étude estimait la marge brute par client qui aurait été dégagee par la victime en l'absence de la pratique de fidélisation abusive (scénario contrefactuel). Le Tribunal s'est fondée sur l'étude économique produite par la victime pour évaluer le préjudice à 3,39 millions d'euros.

⁶⁴ J. Carbonnier, Sociologie juridique, ed. 3^{ème} Puf. Juin 2016.

⁶⁵ C. Monnier, A. Hutin, Les cartels en France : Analyse économique de leurs caractéristiques et de leurs sanctions, Concurrences n° 2-2016, p. 51. – Voir aussi, L. Vogel, Les sanctions du droit de la concurrence, Colloque, Concurrences n° 1-2013.

⁶⁶ G. de Moncuit, Faute lucrative et droit de la concurrence (Étude de l'incitation à enfreindre la loi), Thèse, Paris Saclay, sous la dir. M. Chagny, 2018.

que d'utiliser le plafond de l'amende civile (ce dernier n'étant presque jamais atteint⁶⁷) ou d'imposer une amende portée au triple du montant des sommes indûment perçues⁶⁸. Cette « timidité » du juge vis-à-vis des sanctions punitives peut s'expliquer par la crise de légitimité dont souffre la règle du déséquilibre significatif qui est souvent critiquée en doctrine et qui, en outre, n'a jamais été défini par le législateur.

28. Limiter les biais cognitifs. Plus spécifiquement, la clarification des règles de concurrence peut avoir pour bienfait de limiter les biais cognitifs des juges et/ou des autorités de concurrence. L'économie comportementale nous enseigne que les agents sont sujets à des biais émotionnels⁶⁹. Ce type de biais est encouragé par l'imprécision d'une information disponible qui incite l'agent à former un choix « émotif » et non rationnel. En droit de la concurrence, l'inclinaison de l'Autorité et de la Cour d'appel pour l'argument tiré du contexte de crise sectorielle pour accorder une diminution conséquente de l'amende pécuniaire permet de supposer l'existence d'un biais émotionnel sachant que l'application des règles de concurrence en période de crise change obscurément de méthode⁷⁰.

29. L'exemple américain⁷¹ et l'étude robuste de l'économiste Andre Piettre⁷² ont montré les effets dommageables des cartels de crise et l'inutilité de la perte de dissuasion en cette période. Ainsi, l'argument « dramatique » de la crise économique – sachant que nombreuses sont les entreprises à invoquer la « question de survie »⁷³ pour justifier leur pratique anticoncurrentielle – affecterait le raisonnement des

⁶⁷ L'amende civile de 2 millions est rarement appliquée (exception dans : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1 juillet 2015, n° 13-19251. Galec). Cette frilosité ne peut s'expliquer par l'argument du risque de faillite des entreprises sanctionnées : les pratiques commerciales abusives sont souvent le fait de puissants opérateurs économiques. Voir A. RONZANO, Lettre creda-concurrence 2015/60.

⁶⁸ Rappelons qu'une telle amende n'a jamais été appliquée.

⁶⁹ C. LOUART, « Quand l'économie s'intéresse à nos comportements », 14 avril 2016, CNRS Le Journal, disponible sur : <https://lejournale.cnrs.fr/>

⁷⁰ D. Bosco, Affaire des « volailles » : une décision exceptionnelle de l'Autorité ? CCC n° 7, Juillet 2015, comm. 180 : « Cette décision montre que dans un contexte de crise, la méthodologie de fixation des sanctions ne tient plus. En opportunité, la solution rendue a peut-être ses vertus, mais d'un point de vue juridique, on ne peut se réjouir tout à fait de voir qu'un texte, le communiqué sanctions, qui apporte une louable prévisibilité juridique aux entreprises, soit si tôt écarté. Est-ce à dire que, pour l'Autorité, la règle de concurrence doit s'adoucir en temps de crise, à rebours du discours qu'elle tient en général ? **À vrai dire, il serait peut-être plus exact de dire qu'en temps de crise (structurelle à tout le moins), la règle de concurrence change de méthode** ». (Surlignement ajouté). – Voir aussi : D. Bosco, Ententes dans le secteur alimentaire : l'Autorité irait-elle « un peu loin » ? CCC n° 5, Mai 2012, comm. 131.

⁷¹ Aux Etats-Unis, la loi sur le redressement national (NIRA) encourageait les pratiques collusives par la mise en oeuvre de codes industriels visant à limiter la production et la concurrence par les prix. Des travaux doctrinaux aux Etats-Unis ont montré que cette loi a aggravé la dépression et retardé la sortie de la crise. Voir sur ce point : H.-L. Cole, L.-E. Ohanian, The New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression, 113(4) Journal of Political Economy 779-815 (2004).

⁷² A. Piettre, L'évolution des Ententes industrielles en France depuis la crise, sous la dir. M. G. PIROU. t. 2, ed. Sirey. 1936.

⁷³ On notera notamment que « la question de survie » invoquée décrit un argument « sensible » ou « émotif » davantage qu'un argument juridique. Voir Décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques : « **La FFDM relève que la relance du dispositif syndical constitue, dans un contexte de profonde mutation économique, une approche « collective », permettant de renforcer l'action de FNA auprès des pouvoirs publics dans une période de crise et de dérèglement du prix des matières premières. Reprenant des propos de M. H... (Discours & Cabaud), elle précise qu'il s'agissait d'une question de survie et, qu'à défaut, il est vraisemblable que les marges auraient été plus limitées que celles pratiquées et auraient même pu aboutir à des pertes.** » (Surlignement ajouté). – Voir aussi : Décision n° 05-D-47 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la destruction d'armements et de munitions, § 202. – Décision n° 05-D-03 du 10 février 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'eau de javel § 46. – Décision n° 03-D-67 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en oeuvre par Peugeot et le Groupement des Concessionnaires Automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile, § 34. – Décision n° 96-

juges dont la décision se fonderait selon des critères moraux affectant le strict raisonnement juridico-économique. Ce biais émotionnel est aussi remarqué en droit de la concurrence déloyale⁷⁴, tandis qu'en Europe, des travaux récents soulignent le biais culturel des juges affectant leur processus de décision⁷⁵.

30. La clarification du droit est un moyen de limiter les biais en recadrant les conditions d'application des normes. Autrement dit, le travail de clarification de la *soft law* pourrait limiter le risque que l'imprécision des règles permette aux juges de prendre des latitudes avec le raisonnement purement juridique.

31. Conclusion : l'accès au droit. L'importance de la *soft law* mène à une réflexion sur l'accessibilité du droit de la concurrence. En règle générale, la question de l'accessibilité du droit dérive sur l'examen de l'accès aux preuves, lequel nous semble envisagé d'un point de vue purement matériel. Or, l'expression « avoir accès » a un double sens : elle renvoie, d'une part, à la possibilité de détenir matériellement des preuves pour asseoir une requête. La victime qui n'a pas accès aux preuves perd son accès au droit : « *sans preuve, pas de droit* »⁷⁶. Elle renvoie, d'autre part, à ce qui est accessible, non pas matériellement, mais intellectuellement. Précisément, certaines normes sont d'un tel flou que, échouant à être intelligibles, elles perdent leur accessibilité.

32. Le droit souple tente de résoudre le problème que pose la difficile compréhension du droit pour le justiciable. Il offre une approche non plus quantitative de la loi, mais qualitatif. Il ne s'agit plus de multiplier les normes, mais de les améliorer, de les rendre intelligibles. En cela, la *soft law* ne décrit pas « *le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique* »⁷⁷.

33. La fonction de clarification poursuivie par la *soft law* est essentielle pour renforcer la dissuasion des infractions de concurrence. Elle pourrait assurer la conformité des agents économiques au droit qui, ainsi clarifié, retrouverait son signal dissuasif. De manière générale, la clarté du droit renforce le consensus social nécessaire à l'admission de sanctions plus énergiques ; limite les biais cognitifs des juges ou des autorités parfois tentés de s'extraire de la règle lorsqu'elle se trouve

D-01 du 9 janvier 1996 relative à des pratiques mises en oeuvre par des entreprises de transport sanitaire d'Indre-et-Loire lors de la passation de marchés avec le centre hospitalier universitaire de Tours, p. 6.

⁷⁴ Y. Picod, Concurrence déloyale et parasitisme – indifférence de la nature intentionnelle de la faute, Concurrences n° 1-2016 : « *la sociologie judiciaire permet à certains auteurs de relever que les tribunaux sanctionnent parfois plus sévèrement l'acte de concurrence déloyale caractérisé par l'intention de nuire* ». Le gonflement des dommages-intérêts sous le manteau de l'appréciation souveraine viserait non seulement à priver le contrevenant des profits illicites, mais à punir plus sévèrement le coupable pour son intention belliqueuse. Cette volonté de punir ne se justifie aucunement d'un point de vue juridique sachant que la faute concurrentielle est une faute objective qui est indifférente de l'intention. Cette prise en compte de l'intention révèle en réalité les sentiments cachés des juges qui cherche à punir la volonté de nuire au détriment de la sécurité juridique.

⁷⁵ A. Huyue Zhang, J. Liu, Judging in Europe : Do Legal Traditions Matter, 14(1) Journal of Competition Law & Economics 144-178 (2018). Cette étude démontre que la culture juridique du juge en charge de l'affaire de concurrence a une forte influence sur la recevabilité de l'appel formé contre la décision de la Commission européenne⁷⁵. Les rapporteurs sont victimes d'un « biais culturel », c'est-à-dire que la tradition juridique du pays influence le raisonnement du juge qui devient, *in fine*, détaché des seules considérations juridiques. Selon cette étude, les décisions de la Commission sont statistiquement moins contestées lorsque le rapporteur est français que lorsqu'il vient d'un autre pays de l'Union européenne⁷⁵.

⁷⁶ I. LUC, Le rôle du juge dans l'administration et l'appréciation de la preuve dans le contentieux commercial : vers un dépassement de l'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* », AJCA 2015, p. 202.

⁷⁷ J. Carbonnier, Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, Paris, ed. 10, 2001, p. 26.

imprécise ; et, en assurant l'intelligibilité des règles juridiques, encourage les actions en réparation du dommage concurrentiel par les victimes.

34. En somme, la *soft law* tente de réaliser le vœu de Beccaria qui affirmait déjà il y a plus de deux siècles : « *certaines crimes sont à la fois fréquents dans la société et difficiles à prouver, et la difficulté de la preuve y tient lieu de probabilité d'innocence (...). Si l'on veut prévenir les délits, il faut faire en sorte que les lois soient claires et simples* »⁷⁸.

⁷⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, pref. Robert Badinter, § XXXI : Délits difficiles à prouver. p. 143 et § XLI. Moyens de prévenir les délits, p. 170. (Surlignement ajouté).