

FICHE n°10 b

Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

1. De quels préjudices peut-on demander réparation à raison d'une pratique anticoncurrentielle ?

Comme n'importe quel fait générateur de responsabilité à l'origine de préjudices économiques, une pratique anticoncurrentielle peut causer, non seulement des préjudices patrimoniaux, qu'il s'agisse du gain manqué, de la perte éprouvée ou de la perte de chance (**fiche n° 4**), mais également un préjudice moral (**fiche n°5**).

Par ailleurs, il convient de prêter attention à l'étendue des préjudices dans le temps, ceux-ci ayant pu se faire ressentir immédiatement, de façon différée ou encore se poursuivre après la fin de la pratique anticoncurrentielle (**fiche n°7**).

Si en principe, la charge de la preuve d'un préjudice réparable incombe à la victime, il en va autrement, au moins, dans le cas des ententes entre concurrents:

- Le nouvel article L. 481-7 dispose qu'il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice"
- Sous l'empire du droit antérieur à la transposition de la directive, la Cour de cassation a écarté un moyen faisant valoir qu'« *en matière concurrentielle, l'existence d'un préjudice s'infère au moins partiellement de l'infraction elle-même* » et qu'« *ainsi, la victime d'une entente subit nécessairement un préjudice* » (Cass. com. 13 sept. 2017, no 15-22.837 et 15-23.070). Dans un arrêt du 6 février 2019 (CA Paris, Ch. 5-4, 6 février 2019, RG n° 17/04101), la Cour d'appel de Paris a cependant considéré « *le lien de causalité (...) suffisamment établi en l'espèce* », ceci à partir de deux indices concordants : la décision indique que les membres du cartel « *ont à plusieurs reprises convenu d'augmenter les prix* » à l'égard de la victime, puis ajoute que « *cet indice est conforté par la circonstance que les cartels entraînent généralement une hausse des prix ou empêchent une baisse des prix qui se serait produite si l'entente n'avait pas existé* ».
- Par ailleurs, le même raisonnement a parfois été mis en œuvre, à propos de pratiques d'éviction constitutives d'abus de position dominante (V. not. TGI Paris, 22 févr. 2018, no 15/09129, selon lequel « *un préjudice pour les concurrents s'infère nécessairement de ces pratiques* » ; v. aussi T. Com. Paris, 15e chambre, 30 mars 2015, RG n° 2012000109 ; T. Com Paris, 6e ch., 30 mars 2011, RG 2009073089).

Quel que soit le comportement concerné (entente, abus de position dominante, abus de dépendance économique ...), qu'il corresponde à une restriction horizontale (entre concurrents) ou verticale, à une pratique d'exploitation ou d'éviction, l'identification des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle procède toujours du même raisonnement. Même si certains chefs de préjudice se rencontrent davantage, ou à l'inverse moins fréquemment, pour un type de pratique donné, une pratique anticoncurrentielle peut produire notamment :

Un effet prix: il peut s'agir d'une majoration du prix acquitté par la ou les victime(s) à l'un des auteurs de l'infraction ("surcoût") ou d'une minoration du prix payé par l'un des auteurs de l'infraction à la victime. La victime peut être un consommateur final ou une entreprise insérée dans une relation verticale avec un auteur de la pratique. Dans ce cas, il est possible que la victime ait répercuté tout ou partie du "surprix" aux acheteurs situés plus en aval ("passing on").

Un effet volume: par exemple, dans le cas où la victime a subi une perte de clients liée à la pratique anticoncurrentielle. Ce manque à gagner peut être non seulement passé, mais également futur, et trouver son origine aussi bien dans des pratiques d'éviction (prédation, rabais de fidélité, ...) que dans des pratiques d'exploitation. Ainsi, une baisse du volume des ventes peut être intervenue parce que les prix pratiqués par la victime de prix trop élevés ont répercuté tout ou partie du surenchérissement sur ses propres cocontractants ou sur ses clients.

Un effet sur l'innovation: la victime d'une pratique anticoncurrentielle peut renoncer à l'investissement dans une nouvelle technologie plus efficace si sa marge, qui lui permettrait de financer l'investissement, se trouve réduite par les surpris qu'elle paye à l'auteur de la pratique. Les auteurs eux-mêmes d'une pratique anticoncurrentielle peuvent, en réduisant l'intensité concurrentielle à laquelle ils sont normalement soumis (par le biais d'une entente par exemple), affaiblir leurs propres incitations et renoncer à certaines innovations qu'ils auraient sinon adoptées. Les acheteurs se trouvent donc lésés.

Peuvent également s'y ajouter, selon les cas, une perte de la valeur du fonds de commerce, des coûts spécifiquement engagés pour se maintenir sur le marché, des coûts correspondant aux licenciements s'ils sont la conséquence de la pratique ou bien encore un préjudice d'image.

Par ailleurs, l'hypothèse particulière de la répercussion de la majoration (ou de la minoration) de prix, le long de la chaîne économique ("passing on"), qui ne se présente que dans le cas d'une relation verticale, soulève deux questions différentes selon qu'il s'agit de :

i. L'action de la victime directe

Le défendeur à l'action a la possibilité de faire valoir à titre de moyen de défense que le demandeur en réparation a procédé à une répercussion sur ses propres cocontractants (Com. 15 juin 2010, n° 09-15818)

Cependant, la règle d'attribution de la charge de la preuve est différente selon que la pratique anticoncurrentielle a été commise :

- Antérieurement au 11 mars 2017 : la Cour de cassation a considéré que la preuve de l'absence de répercussion incombe au demandeur en réparation (Com. 15 mai 2012, n° 11-18495). Cependant, la Cour d'appel de Paris a ultérieurement anticipé la solution nouvelle issue de la transposition de la directive en considérant que ne pouvait « être opposée à la société victime une éventuelle répercussion des surcoûts, que les appelantes ne démontrent pas » (CA Paris 20 septembre 2017, n° 12/0441)
- À partir du 11 mars 2017 : la répercussion est réputée n'avoir pas eu lieu sauf si l'auteur de la pratique anticoncurrentielle rapporte la preuve contraire (art. L. 481-4 C. com.)

ii. L'action de la victime ayant subi la répercussion

Il résulte du nouvel article L. 481- 5 que l'acheteur indirect "est réputé avoir apporté la preuve de (la) répercussion lorsqu'il justifie que :

- 1° Le défendeur a commis une pratique anticoncurrentielle (...)
- 2° Cette pratique a entraîné un surcoût pour le contractant direct du défendeur ;
- 3° Il a acheté des biens ou utilisé des services concernés par la pratique anticoncurrentielle, ou acheté des biens ou utilisé des services dérivés de ces derniers ou les contenant".

Il reste loisible au défendeur de rapporter la preuve que la répercussion n'a pas eu lieu ou a été seulement partielle. Les mêmes règles sont « applicables aux fournisseurs directs ou indirects de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle qui invoquent un préjudice résultant d'une baisse du prix des biens ou services concernés par cette pratique » (art. L. 481-6 C. com.)

2. Comment évaluer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

L'évaluation de chacun des préjudices doit être effectuée conformément au principe de réparation intégrale en comparant la situation réelle, dans laquelle la pratique anticoncurrentielle s'est produite, avec celle "contrefactuelle" qui aurait été constatée en l'absence de pratique anticoncurrentielle. Il s'agit de replacer le marché, puis le demandeur en réparation, dans une situation virtuelle, non observable, ce qui peut nécessiter de recourir à des méthodes économiques (**fiche n°3**).

Une fois déterminé le quantum du préjudice, il importe de tenir compte de l'écoulement du temps (**fiche n°7**).

Il résulte de la directive que le juge doit pouvoir "estimer le montant du préjudice", que ce soit dans le cas général ou dans le cas particulier d'une répercussion, lorsqu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier celui-ci avec précision sur la base des éléments de preuve disponibles. Si les textes de transposition n'y ont pas fait référence, le droit commun de la responsabilité civile permet de procéder par estimation.

3. Quels éléments de preuve trouver dans une décision d'une autorité de concurrence lorsqu'il en existe une ?

Selon que l'action en réparation est introduite en l'absence de toute décision préalable d'une autorité de concurrence (action indépendante ou "stand-alone") ou postérieurement à l'adoption d'une décision par une autorité de concurrence (action consécutive ou "follow-on"), la situation probatoire de la victime se présente sous un jour différent, notamment en ce qu'elle peut, dans le second cas, prendre appui sur la décision préexistante.

iii. Démonstration du fait générateur de responsabilité

Pour rappel, le juge ne peut prendre de décisions allant à l'encontre de la décision adoptée par la Commission (Art. 16 Réglt 1/2003).

Pour les faits générateurs intervenus à compter du 11 mars 2017, la pratique anticoncurrentielle est établie de manière irréfragable par une décision de l'Autorité de la concurrence ou de la juridiction de recours ayant constaté son existence (dans une procédure ordinaire, de clémence, de transaction, de non-contestation de griefs) et ne pouvant plus faire l'objet d'un recours ordinaire pour la partie relative au constat d'infraction (art. L. 481-2 du code de commerce). Une telle décision constitue seulement « *un moyen de preuve* » lorsqu'elle est rendue par une autorité de concurrence d'un autre Etat-membre.

Il est également possible, en dehors de tout effet liant, d'utiliser les décisions rendues par une autorité de concurrence pour caractériser une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles (par exemple, Paris Pôle 5 ch 4, 17 juin 2020, n° RG 17/23041, selon laquelle « *les constats factuels opérés par (la décision de l'autorité) constituent des éléments probants dans le cadre de l'appréciation de la responsabilité civile sans que ces constatations ne constituent une présomption* »).

iv. Démonstration des préjudices

Le dommage à l'économie est, en l'état actuel de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'un des critères à partir desquels l'Autorité de la concurrence fixe le montant des sanctions pécuniaires qu'elle inflige. Il se distingue des préjudices individuels donnant lieu à réparation sur le fondement de la responsabilité civile.

Certaines décisions, dans lesquelles l'Autorité de la concurrence a détaillé de nombreux éléments permettant de quantifier le dommage à l'économie, peuvent néanmoins comporter des enseignements utiles à l'identification et à l'évaluation des préjudices économiques individuels. Certains éléments peuvent en effet être communs aux deux évaluations : par exemple, le calcul d'un surprix imposé par l'entreprise auteur des pratiques, s'il est uniforme pour tous les agents, est identique dans les deux approches.

Il convient toutefois d'indiquer que la mention du dommage à l'économie parmi les critères de fixation de la sanction pécuniaire – qui est une spécificité française – semble vouée à disparaître à l'occasion de la transposition de la Directive ECN + en droit français.

version avril 2020