

FICHE n°10 d

Quelle évaluation et répartition de la charge des dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles ?

1 – 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 la situation « 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 c**).

Dans l'évaluation à effectuer, il importe de tenir compte de l'écoulement du temps (**fiche n°7**).

La faculté d'estimation judiciaire du montant

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. Selon la Cour de justice, il s'agit d'une disposition procédurale ([CJUE, 22 juin 2022, aff. C-267/20, Volvo et DAF Trucks](#)).

Si les textes de transposition n'y ont pas fait référence, le droit commun de la responsabilité civile permet de procéder par estimation. Du reste, la circulaire du 23 mars 2017 indique que le juge « *doit estimer le préjudice aussi exactement que possible, sans pour autant accorder des dommages et intérêts forfaitaires* » (Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n°2017-305 du 9 mars 2017, BOMJ n°2017-03, 31 mars 2017).

La Cour de justice a cependant apporté des précisions quant à cette faculté d'estimation judiciaire du montant du préjudice ([CJUE 16 février 2023, aff. C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer](#)) : son utilisation n'a lieu d'être qu'une fois établie l'existence du préjudice.

Par ailleurs, l'article 17 § 1 réserve son usage aux cas dans lesquels la quantification du préjudice est pratiquement impossible ou excessivement difficile. La seule existence d'incertitudes, tenant à l'affrontement d'arguments et d'expertises divergents, ne permet pas de justifier le recours à l'estimation judiciaire. Son emploi peut être admis en présence de « *difficultés particulièrement importantes d'interprétation des documents*

produits quant à la proportion de la répercussion du surcoût résultant de l'entente sur les prix des produits acquis par la partie demanderesse auprès d'un des auteurs de l'entente » (pt 53).

Par ailleurs, le juge national n'a pas à se substituer à la partie demanderesse, ni à combler ses carences. Cela implique de vérifier que l'impossibilité d'évaluer le préjudice ne trouve pas son origine dans l'inaction de la partie demanderesse. Aussi faut-il que cette dernière ait effectivement mis à profit les outils dont elle dispose et, en particulier, le dispositif de production des preuves (pt 57).

Sont en revanche sans incidence sur la possibilité de recourir à l'estimation judiciaire :

- L'asymétrie d'information ou, à l'inverse, la situation d'égalité des parties en matière d'information (pt 54) ;
- La mise à disposition spontanée par la partie défenderesse de données au bénéfice de la victime (pts 58 et 59) ;
- Le choix de la victime d'agir uniquement à l'encontre d'un membre de l'entente ayant commercialisé une partie seulement des produits qu'elle a achetés (pts 60 à 62).

Orientations méthodologiques

L'article R. 481-1 du code de commerce prévoit que le juge « *peut, après avoir recueilli les observations des parties, solliciter l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir des orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation* ».

Eléments méthodologiques

En pratique, même s'il existe une grande diversité de méthodes d'évaluation présentées en détail dans le guide pratique publié par la Commission européenne (Comm. UE, Guide pratique concernant 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, 2013.), il est possible de tirer quelques enseignements de la jurisprudence. De façon schématique, on observe des approches différentes selon la nature de la pratique anticoncurrentielle, en particulier entre les pratiques dont l'effet principal est la diminution de la marge engrangée par la victime et celles dont l'effet principal est l'éviction (ou le moindre développement) de l'activité d'un concurrent.

D'une part, les pratiques dites « exploitatives » telles que les ententes horizontales ou cartels, ou encore les pratiques de prix excessif, se matérialisent principalement par un prix plus élevé payé par les clients (ou un prix plus bas payé aux fournisseurs) des auteurs des pratiques anticoncurrentielles. On parle de « surpris » dont la conséquence est un coût plus élevé supporté par les victimes, on parle également de « surcoût ». Il en résulte un préjudice correspondant à une perte de marge subie par la victime qui a vendu ses produits en réalisant une marge plus faible que celle qu'elle aurait réalisée en l'absence de pratique.

L'évaluation d'un surcoût se fonde souvent sur une approche par comparaison (dans le temps, avec un autre marché ou en combinant les deux approches, on parle alors de méthode « en double-différence ») en mobilisant des outils dont le degré de sophistication augmente avec le nombre de facteurs exogènes qu'il faut distinguer des

effets de la pratique anticoncurrentielle : une comparaison simple des prix moyens pendant et après la pratique anticoncurrentielle pourra être pertinente si aucun autre facteur exogène n'a été modifié, une comparaison ajustée des marges brutes moyennes pendant et après la pratique anticoncurrentielle pourra être pertinente si le facteur exogène principal ayant varié est le coût d'un intrant et une comparaison économétrique sera nécessaire dès lors que de nombreux facteurs exogènes ont varié sur la période de la pratique anticoncurrentielle et la période retenue comme point de comparaison (pour un exposé plus détaillé, voir la [fiche n°3 c](#)). On note une tendance croissante au recours aux évaluations fondées sur des modèles économétriques (voir notamment CA Paris, 23 juin 2021, N° RG 17/04101, CA Paris, 24 novembre 2021, N° RG 20/04265).

D'autre part, les pratiques d'éviction telles qu'un abus de position dominante ou une entente pour évincer un nouvel entrant, se matérialisent principalement par un préjudice causé aux concurrents des entreprises ayant mis en œuvre les pratiques anticoncurrentielles. Le préjudice subi par la victime évincée ou marginalisée peut être constituée d'un gain manqué résultant des ventes perdues par la victime ou d'une perte de chance d'avoir pu développer une nouvelle activité. Il peut aussi provenir d'une perte subie par la victime correspondant à des coûts additionnels qu'elle a pu consentir pour tenter de contrecarrer les effets de la pratique anticoncurrentielle. L'évaluation du préjudice repose souvent sur la reconstitution du plan d'affaires (« business plan ») contrefactuel de la victime. Si une modélisation théorique calée sur des paramètres réalistes peut fournir des indications utiles pour évaluer le préjudice, il est souhaitable qu'elle soit renforcée ou corroborée par des documents internes de la victime, comme par exemple ses propres plans d'affaires prévisionnels qu'elle avait pu élaborer avant d'être confrontée aux pratiques (voir notamment CA Paris, 23 février 2022, N° RG 19/19239, TC Paris, 1er février 2016, N° RG 2013033034).

On retiendra toutefois qu'il **n'existe pas de méthode standardisé et universelle**, chaque situation soulevant des spécificités dont il convient de tenir compte dans l'évaluation. De même, la nature des préjudices susceptibles d'avoir été causés par une pratique anticoncurrentielle ne se limite pas aux cas les plus courants exposés ci-dessus.

2 – Qui supporte la charge des dommages et intérêts en présence des coresponsables ?

Le régime spécial issu de la Directive 2014/104 prévoit que :

S'agissant de l'obligation à la dette, « lorsque *plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle* mentionnée à l'article L. 481-1, elles sont *solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant* ». (Art. L. 481-9 C. com).

S'agissant de la contribution à la dette, « elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage » (art. L. 481-9 C. Com.).

La Cour de justice a jugé que les règles relatives à la responsabilité solidaire des coauteurs « *doivent nécessairement s'appliquer avec effet immédiat à l'ensemble des actions en dommages et intérêts entrant dans le champ d'application de la même directive* » ([CJUE 16 février 2023, aff. C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer](#)).

Des aménagements spécifiques sont par ailleurs prévus au bénéfice des PME (art. L. 481-10 C. com.) ainsi que du bénéficiaire d'une immunité totale au titre de la clémence (art. L. 481-11 et L. 481-12 C. Com.).

Enfin, des précisions sont également apportées en ce qui concerne l'obligation à la dette à l'égard de la victime ayant conclu une transaction et la contribution à la dette du responsable ayant transigé (art. L. 481-13 et L. 481-14 C. com.).

Sur le fondement des règles du droit commun, le principe est celui de la responsabilité *in solidum* des coauteurs d'un même dommage.

Chacun est tenu à l'entière responsabilité de la dette de réparation à l'égard de la victime sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la gravité de l'implication de chacun dans les pratiques anticoncurrentielles.

La contribution à la dette de réparation a lieu en proportion de la gravité des fautes respectives, les amendes infligées par l'Autorité de la concurrence n'étant pas fondées sur la seule gravité du comportement ne constituent pas une référence pertinente ([Com. 7 juin 2023, n°22-10545](#)).

Version 1^{er} janvier 2024