

1 L'impact, à travers la jurisprudence de la directive 2014/104/UE et de sa transposition (décret 2017/305), sur la réparation des préjudices privés

Maurice NUSSENBAUM,

professeur émérite à l'Université Paris-Dauphine – PS,
expert de justice en économie et finance
agrégé par la Cour de cassation (h), président de Sorgem Evaluation

Depuis la directive 2014/104/UE (Directive) et sa transposition en France le 9 mars 2017, la CJCE poursuit l'objectif de rendre plus effectives les réparations des préjudices privés. Pour cela, elle a cherché à lever certaines difficultés probatoires pour les victimes.

Bien que la jurisprudence associée à ces textes soit encore récente en France, puisqu'ils ne s'appliquent qu'aux affaires ouvertes après leur entrée en vigueur, on distingue déjà suffisamment d'applications pour faire un premier bilan.

Les décisions examinées illustrent différents apports de ces textes : la notion d'entité économique (arrêt *Skanska*), la durée de prescription de cinq ans, la présomption de préjudice et l'arrêt *Dortmund*, la question des intérêts compensatoires et la perte de chance, le passing revisité à plusieurs reprises et la communication des pièces qui est nécessaire sans pour autant enfreindre la préservation du secret des affaires.

On peut souligner que ces textes ont d'ores et déjà contribué à renforcer les droits des victimes dans le cadre de leur indemnisation de préjudices résultant d'infractions aux règles de la concurrence.

1. Apports de la directive

1 - La directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence a été transposée en France le 9 mars 2017 par l'ordonnance n° 2017-303 et le décret 2017-305 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles en a défini les modalités d'application.

L'objectif de ces textes est de faciliter la réparation du préjudice des victimes de PAC en levant notamment certaines difficultés probatoires.

Ils s'appuient sur les principes d'effectivité et d'équivalence, affirmés par la CJCE dès l'arrêt *Courage* en 2001¹.

Les principaux enseignements à tirer de ces textes en matière de réparation du préjudice dans le cadre d'une action de droit privé en dommages et intérêts concernent :

– **La caractérisation et la preuve de la faute** : toute violation du droit de la concurrence constitue une faute civile qui permet d'engager la responsabilité de l'auteur de l'infraction. Il s'agit d'une présomption irréfragable (*C. com.*, art. L. 481-1) ;

– **La caractérisation et la preuve du préjudice** : Le préjudice réparable comprend notamment la perte subie résultant d'un surcoût ou d'une minoration du prix payé par l'auteur de l'infraction, le gain manqué lié notamment à la diminution des volumes de ventes, la perte de chance et le préjudice moral (*C. com.*, art. L. 481-3).

Il est également précisé que la victime a droit à une réparation comprenant les intérêts sur les sommes perdues². La cour d'appel

de Paris (2016), se référant à la Cour de justice a précisé que « la réparation intégrale doit inclure la compensation des effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction, à savoir l'érosion monétaire, mais également la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital » qui est « clairement distincte... du préjudice résultant de l'érosion du capital »³ ;

– **La présomption de préjudice inférée par la faute ne s'applique** cependant qu'aux ententes (*C. com.*, art. L. 481-7).

– **La répercussion des surcoûts** : avant la transposition de la directive, l'acheteur devait démontrer qu'il n'avait pas répercuté les surcoûts sur ses propres clients, il bénéficie désormais d'une **présomption simple de non-répercussion du surcoût** (*C. com.* art. L. 481-4) ?

L'acheteur direct ou indirect pourra être indemnisé du surcoût qu'il prétend avoir subi s'il démontre l'avoir subi (*C. com.*, art. L. 481-5).

L'acheteur indirect bénéficie d'une présomption simple de répercussion dès lors qu'il démontre que suite à une infraction au droit de la concurrence, l'acheteur direct a subi un surcoût et qu'il lui a acheté les biens ou services visés par l'infraction.

De même, en cas d'effet d'ombrelle, lorsque des entreprises non parties à une entente fixent délibérément ou non dans le sillage des agissements des participants à cette entente, leurs propres prix à un niveau plus élevé que celui de concurrence, toute personne peut demander réparation du préjudice ainsi causé dès lors qu'elle

1. CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453-99, *Courage Ltd c/ Bernard Crahan* : Rec. CJCE 2001, p. I-6297 ; LPA, n° 212, 24 oct 2001, obs. P. Arhel.

2. CJCE, 13 juill. 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, ECLI :EU :C :2006 :461, §95.

3. CA Paris, ch. 5, pole 4, n° 13/08975, 14 déc. 2016 et Fiche no7 de la cour d'appel de Paris oct. 2017 qui renvoie à l'arrêt de la Cour de justice européenne (CJCE, 3 févr. 1994, aff. C-308/87, *Alfredo Grifoni*, p. 40) qui a indiqué la nécessité de tenir compte de l'inflation depuis la date du préjudice afin d'établir la somme donnant lieu à l'application d'intérêts moratoires et conclusions de l'avocat Général Saggio dans les affaires jointes C-104/89 et C37/90 *Mulder* et autres c/ Conseil et Commissions (Re. CJCE 2000, p. I-203 pt 105).

démontre le lien de causalité entre l'entente et le surpris invoqué au titre d'un effet d'ombrelle⁴ ;

– **Solidarité des entreprises** qui ont concouru à l'infraction.

– **Accès aux pièces de la procédure** : Sur ce terrain la directive limite l'accès aux documents issus du dossier concurrence uniquement lorsque la procédure est close (cf. *Directive Dommages 2014/104/EU*, art. 6) et ne permet pas par ailleurs l'accès aux pièces issues de la procédure de clémence ou de transaction (cf. *Directive Dommages 2014/104/EU*, art. 6 (6)).

– **Pièces couvertes par le secret des affaires** : Le juge peut restreindre l'accès à ces pièces dans le cadre d'une procédure spécifique définie par les articles L. 483-2 à R. 483-10 du Code de commerce.

– **Règles de prescription** : Il est instauré un délai de 5 ans qui ne commence à courir que lorsque le demandeur a connu les faits, a conscience que la pratique lui cause un dommage et a connaissance de l'auteur de l'infraction. La prescription ne court pas tant que la pratique n'a pas cessé.

Ces directives ont pour objet de faciliter les actions privées en dommages et intérêts mais ne se prononcent pas sur les méthodes d'appréciation des préjudices.

Ces méthodes ont fait l'objet d'un autre texte élaboré antérieurement par la Commission : le Guide pratique (2013)⁵.

Ce Guide a été complété en juillet 2019 par une communication de la Commission sur des orientations à l'intention des juridictions nationales sur l'évaluation des surcoûts pour les acheteurs indirects⁶.

Le Guide de 2013 s'appuie sur les principes d'effectivité et d'équivalence évoqués plus haut. Le principe d'effectivité traduit la volonté de l'UE de garantir le droit à réparation en prenant en compte la difficulté pour les demandeurs de parvenir à des démonstrations parfaites. Il souligne la possibilité que doivent avoir les juridictions de se prononcer « sur la base des meilleures estimations approximatives ou de considération d'équité » ouvrant ainsi au-delà de la démonstration chiffrée une certaine part d'estimation permettant au juge d'exercer son propre jugement ».

Cette question concerne en premier lieu la définition de la situation contrefactuelle qui consiste à définir ce qui se serait passé si l'infraction n'avait pas été commise. Or, comme cette situation hypothétique ne peut pas être observée directement, il est nécessaire de procéder à des estimations pour construire un scénario de référence auquel la situation réelle pourra être comparée.

Le Guide distingue les infractions ayant entraîné des hausses de prix ou des surcoûts et celles ayant entraîné des pratiques d'exclusion du fait d'abus de position dominante qui sont de loin les plus complexes en matière de preuves.

Quelle que soit la méthodologie mise en œuvre – méthode comparative (ou but for), simulation ou bien encore approches financières –, elles soulèvent toutes des difficultés :

– les comparaisons avant-après posent la question du lien direct car les différences observées entre les situations avant et après peuvent ne pas être imputables en totalité à l'infraction. L'analyse économétrique peut dans certains cas aider à remédier à ces difficultés ;

– les comparaisons dans le temps et entre marchés (méthode des doubles différences) peuvent permettre d'analyser l'évolution d'un prix dans le temps au cours d'une certaine période sur un marché et la comparer avec l'évolution de la même variable dans un

marché non concerné par l'infraction encore faut-il que sur la période précédente l'évolution du prix ait été similaire ;

– les modèles de simulation consistent à simuler la situation sur le marché sur la base de modèles économiques. Il s'agit d'approches théoriques pouvant nécessiter d'importants volumes de données pour donner lieu à des analyses économétriques.

Le Guide aborde deux catégories de préjudices très différents : le cas des ententes avec la question de la répercussion des surcoûts et celle des pratiques d'éviction.

Dans le cas des ententes, des entreprises fixent des prix excessifs qui constituent des surcoûts pour les acheteurs directs ou indirects à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement.

Le Guide considère (§ 139) qu'il peut être superflu pour le demandeur de quantifier les effets de l'entente dès lors que la pratique relevant de l'article 101 du TFUE a été identifiée (accords ou pratiques visant à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques telles que la fixation des prix d'achat ou de vente ou d'autres paramètres de la transaction, l'attribution de quotas de production ou de vente ou la répartition des marchés, y compris la manipulation des appels d'offre). En effet, des études menées à la demande de la Commission ont montré que près de 70 % des ententes conduisent à des surcoûts compris entre 10 et 40 % avec une moyenne autour de 20 %. Néanmoins une telle moyenne peut difficilement être applicable à une situation particulière.

Cette analyse a d'ailleurs été suivie dans une décision récente de la Cour Régionale de Dortmund qui considère les méthodes difficilement applicables en l'espèce et propose à la suite d'une analyse des faits (§ 135 à § 160) une estimation à hauteur de 15 % des effets de l'entente corroborée par les résultats des études économiques en la matière⁷.

Le traitement de la question de la répercussion des surcoûts par le demandeur à l'action est facilité par la directive qui prévoit une présomption réfragable de non répercussion ce qui facilite l'action en demande même si l'on sait qu'en pratique celle-ci dépend du niveau de concurrence existant entre les acheteurs directs ou indirects et de l'élasticité de la demande par rapport au prix et de la sensibilité du coût marginal en fonction du niveau de la production car si le coût baisse fortement avec la production, la répercussion sera moins probable.

Cette question, comme indiqué plus haut, a été approfondie en juillet 2019 par la Commission dans son document d'orientation : Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercuté sur les acheteurs en direct⁸.

La commission a souligné qu'un surcoût peut être répercuté sur toute la chaîne de production et peut concerner aussi bien des produits que des services.

Dans ce contexte, la réparation intégrale concerne les acheteurs directs et indirects qui peuvent subir à la fois des effets prix (augmentation du prix) et volumes (baisse des volumes produits).

Les acheteurs indirects peuvent fonder leurs actions en dommages et intérêts sur la répercussion des surcoûts qu'ils ont subis de la part des acheteurs directs.

Le bénéfice de la présomption réfragable⁹ de répercussion par l'acheteur direct peut s'étendre aux acheteurs indirects dès lors que l'acheteur direct a subi un surcoût et que l'acheteur indirect a acheté les biens et services concernés par l'infraction.

Les questions ont déjà donné lieu à de nombreuses décisions en Europe. Citons l'affaire « Doux Aliments » (2014) dans laquelle la

4. P. Bonnet, 18 juin 2014, *Village de la justice et arrêt Kone*, note sous CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, *Kone AG et autres / OBB Infrastruktur AG*.

5. Commission européenne 2013, *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, draft)*.

6. Comm. UE, *communic. n° 2019/C 267/07 Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercuté sur les acheteurs en direct*, n° 2019/C 267/07, juill. 2019 : JOUE n° C 267, 9 août 2019, p. 4.

7. *Régional Court Dortmund*, déc. 30 sept. 2020 – 8 O 115/14 (Kart) – § 132 : possibilité pour la Cour « d'estimer librement le montant du préjudice subi lorsque l'éclaircissement complet de toutes les circonstances pertinentes à cet effet comporte des difficultés disproportionnées par rapport à l'importance de la partie litigieuse de la créance » (réf. à l'article 287, § 2 de la ZPO).

8. Comm. UE, *communic. n° 2019/C 267/07*, préc.

9. CA Paris, 27 févr. 2014, n° 10/18285, aff. *Snc Doux Aliments Bretagne c/ SARL Doux Aliments Bretagne, SNC Doux Aliments Vendée, SNC Doux Aliments Cornouaille, Sté Ajinomoto Eurolysine* : *JurisData n° 2014-003551*.

Cour d'appel de Paris a conclu à l'absence de répercussion notamment du fait du caractère hautement concurrentiel du marché aval. Mais dans CHEMINOVA (2015)¹⁰ le tribunal a conclu qu'un producteur de pesticides avait répercuté 50 % du surcoût initial sur ses clients indirects. Un effet volume a également été reconnu sur la base d'une expertise s'appuyant sur une estimation de l'élasticité des volumes aux prix.

Les pratiques d'éviction des concurrents visées par les articles 101 et 102 du TFUE comprennent les pratiques de verrouillage telles que prédation, accords exclusifs, refus de fourniture, ventes liées et groupées. Elles ont pour effet d'évincer des concurrents d'un marché ou de les empêcher d'entrer. Elles se traduisent par des coûts subis ou des manques à gagner ou encore des pertes de fonds de commerce.

Le Guide souligne la difficulté d'établir ce type de préjudice (§ 193) car l'établissement du scénario contrefactuel peut nécessiter des données complexes se rapportant à une situation hypothétique surtout lorsque l'entreprise évincée n'était pas présente avant l'infraction.

Le Guide suggère de « prévoir des exigences moindres aux fins de la quantification du préjudice. En conséquence les systèmes judiciaires peuvent transférer aux juges un certain pouvoir d'appréciation à l'endroit des chiffres et de la méthode statistique à retenir et en ce qui concerne leur utilisation pour l'évaluation du préjudice ».

La difficulté de la démonstration n'est pas la même pour les concurrents présents avant l'infraction car l'élaboration du scénario contrefactuel est en principe plus simple (comparaison avant-après, références aux parts de marché normatives pour calculer le manque à gagner...).

L'idée générale est que l'on peut parvenir à une première estimation du préjudice suffisante pour renverser la charge de la preuve (§ 197).

Lorsqu'il s'agit de nouveaux entrants évincés, le Guide souligne que « les systèmes juridiques devraient tenir compte des difficultés inhérentes à la quantification de ce préjudice et veiller à ce que les actions en dommages et intérêts intentées par les nouveaux entrants ne soient pas rendues pratiquement impossibles ni excessivement difficiles ». Cela tient bien évidemment aux difficultés inhérentes à la construction d'un scénario contrefactuel suffisamment probant car on se heurte à une difficulté majeure de savoir quel aurait été le niveau de réussite de l'entreprise si elle n'avait pas été évincée ?

Même si le Guide recommande aux juridictions d'être assez ouvertes pour accueillir les dossiers en demande, il ne peut écarter le jeu du contradictoire et la possibilité de contredire des hypothèses trop aléatoires. En effet, en pratique, il s'agit d'inverser la charge de la preuve puisque si l'on admet pour le demandeur un standard de preuve « allégé », on reporte sur le défendeur l'essentiel de la charge de la démonstration dès lors que le demandeur aura présenté un certain nombre de faits et éléments de preuve qui peuvent permettre de justifier l'existence d'un préjudice avec une certitude raisonnable.

Il semble cependant qu'aujourd'hui un débat est ouvert sur la nécessité de démontrer le lien direct entre la faute et les dommages allégués avec la décision de la Cour Régionale de Dortmund¹¹, qualifiée par certains commentateurs de Big Bang¹² qui considère que lorsqu'il existe un droit à réparation, le requérant bénéficie de l'allègement de la charge de la preuve prévu à l'article 287, § 1 de la ZPO et que le juge doit faire usage de la faculté prévue... c'est-à-dire estimer librement le montant du préjudice subi (§ 133). Néanmoins ces questions relèvent des juridictions nationales qui ont toute latitude pour apprécier le standard de preuve requis.

2. Premiers enseignements de la jurisprudence

2 - Peut-on se poser la question aujourd'hui dès lors que les juridictions ne peuvent pas faire d'application rétroactive des nouvelles dispositions du Code de commerce résultant de la transposition de la directive et que de ce fait les dispositions prévues ne s'appliquent qu'aux pratiques postérieures au 10 mars 2017 ? La Commission indique que malgré ces contraintes la CJCE a d'ores et déjà rendu six décisions visant à répondre à des questions préjudicielles soulevées dans des affaires de dommages relatives à des violations des articles 101 et 102 du TFUE¹³.

Cependant, comme l'a rappelé Irène Luc (2019)¹⁴ du fait du principe d'effectivité du droit de l'Union Européenne, les juridictions ne peuvent ignorer les nouvelles règles et doivent interpréter les règles existantes à la lumière des nouveautés législatives¹⁵.

Plusieurs questions doivent être examinées :

- l'entité responsable du préjudice et le droit à agir (A) ;
- la durée de prescription (B) ;
- la compétence internationale du juge français (et de la portée du « biling effect » (effet liant) (C) ;
- la présomption de préjudice inférée de la faute (D) ;
- la question des intérêts compensatoires (E) ;
- le passing on (F) ;
- la question de la communication des pièces (G).

On peut également ajouter dans ce contexte, la question de la prise en compte du secret des affaires qui découle des mêmes textes (cf. notamment *C. com.*, art. L. 483-1 où il est précisé que le juge veille à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation et la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve dont la communication ou la production est demandée). La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 qui eux-mêmes sont la transposition en droit français de la Directive européenne du 14 avril 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret d'affaires) sont venus compléter les outils à disposition du juge et des justiciables.

A. - L'entité responsable du préjudice

3 - Pour le droit de la concurrence, l'entité responsable n'est pas uniquement la personne morale qui commet la faute mais l'entreprise au sens de « toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement »¹⁶. Il existe ainsi une différence fondamentale entre le concept d'unité économique du juge civil qui ne peut sanctionner que la personne morale responsable (et notamment ni la société mère ni son groupe) et celui des autorités de concurrence qui vont jusqu'à intégrer les éventuels acquéreurs qui ont repris les activités commerciales concernées¹⁷ (Principe de continuité économique).

13. Commission staff working document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and the European Union - notes 17 et 18. Brussels 14-12-2020.

14. I. Luc, *Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union*, Interview du 28 mars 2019 : *Concurrences* mai 2019.

15. Cf. également *T. com. Paris*, n° 2017025084, 28 janv. 2019, *Norma c/ Novandie-Andros* : « Attendu que si les textes de transposition de cette directive ne sont pas applicables à la présente instance, il n'en demeure pas moins que les principes posés par la directive et ses textes de transposition doivent être en tant que tels pris en compte par ce tribunal » cité par N. Doster, *Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : webinars Concurrences*, 17 au 22 juin 2020.

16. CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Hofner et Fritz Elser/ Macroton GmbH*, ECLI : EU : C : 1991 : 161 : *JurisData* n° 1991-500013.

17. *Wolters Kluwer France Actualités du droit*, 22 juill. 2019.

10. *Comm. UE*, *communic.* n° 2019/C 267/07, *préc.*

11. *Regional Court Dortmund*, déc. 30 sept. 2020, *préc.*

12. *Ch. Kersting*, *Big Bang in Dortmund : offhand free estimation of cartel damages* : 7 oct. 2020, *D'Kart Antitrust Blog*.

4 - Dans l'affaire Skanska¹⁸, les défendeurs, qui avaient été condamnés pour pratique anticoncurrentielle, non seulement personnellement mais également leurs repreneurs, avaient contesté qu'une action en réparation des dommages puisse les concerner en tant que repreneurs, du fait de leur personnalité morale distincte.

Dans cet arrêt, la CJUE établit le lien entre cette notion d'entreprise et le principe de pleine effectivité du droit de la concurrence qui doit permettre aux victimes d'obtenir réparation de leur préjudice dès lors que le lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et le dommage est établi.

L'avocat général Wahl rappelle que la même notion élargie d'entreprise doit être considérée à la fois pour infliger les amendes que pour réparer le préjudice subi « ces deux branches doivent être considérées comme un tout »¹⁹.

De plus cette notion d'entité responsable est régie par le droit de l'Union Européenne et non par les États²⁰.

Cet arrêt présente également un rappel de la notion de continuité économique : les entités absorbantes sont des successeurs qui ont assuré la « continuité économique des contrevenantes »²¹ : celles-ci reprennent les actifs et passifs y compris les « infractions au droit de l'Union ».

Cette notion de responsabilité élargie afin de donner une pleine application à la notion d'effectivité de la réparation, s'applique également lorsque du fait du lien de causalité, le demandeur se trouve être victime par ricochet de la pratique condamnée en s'inspirant de la règle selon laquelle toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 du TFUE.

5 - Les participants à un cartel peuvent être responsables des conséquences dérivées de leurs pratiques ayant affecté des acteurs économiques non situés sur le marché affecté par l'infraction même si le droit interne ne permet pas une telle action. En l'espèce²², un organisme octroyant des subventions sous forme de prêts à conditions privilégiées, au land de Haute-Autriche demande réparation aux cartellistes (Otis, Schindler, Kone et Thyssen Krupp) car les surcoûts dérivés de l'entente ont conduit à un accroissement des subventions accordées. La règle de droit interne interdisait l'action en réparation du Land en cette espèce. La CJUE indique ainsi que « tout préjudice ayant un lien de causalité avec une infraction à l'article 101 TFUE doit être susceptible de donner lieu à réparation afin d'assurer l'application effective de l'art 101 TFUE et de préserver l'effet utile de cette disposition »²³.

Dans le même ordre d'idée, l'arrêt Tibor-Trans a soulevé la question du lieu où les faits préjudiciables se sont produits et la CJUE a précisé que ce lieu pouvait être n'importe quel lieu où les faits préjudiciables se sont produits, c'est-à-dire le marché où les prix ont été affectés et où la victime a subi un préjudice même si la victime n'a pas de lien contractuel avec le participant du cartel²⁴.

B. - La durée de prescription

6 - On a rappelé précédemment que l'ordonnance définit une durée de « cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

Par ailleurs le droit commun s'appuie sur l'article 2224 du Code civil qui, appliqué en matière de pratiques anticoncurrentielles a conduit à considérer que le délai de cinq ans ne court qu'à compter de la décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC).

Cette nouvelle règle a déjà donné lieu à plusieurs applications :

- La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans un arrêt préjudiciel, rendu le 28 mars 2019²⁵, que des faits dénoncés par Comecon qui avaient eu lieu avant l'expiration du délai de transposition de la directive et même avant sa publication, devaient, du fait du principe d'effectivité être prescrits selon les règles prévues par la directive et non par celle de la réglementation nationale en vigueur qui prévoyait un délai de 3 ans après la date où la personne lésée a eu connaissance de son droit à réparation, même si le responsable de l'infraction n'est pas connu et d'autre part ne prévoit aucune possibilité de suspension ou d'interruption du délai au cours d'une procédure suivie devant l'autorité nationale de concurrence. Ainsi le principe d'effectivité a bien conduit à imposer des obligations de la directive Dommages avant même sa transposition ;

- De même la cour d'appel de Paris²⁶ a déclaré non prescrites des actions en réparation concernant des ententes dans les marchés publics engagées en 2014 alors que l'entente avait pris fin en 2006, la victime n'ayant pu utilement connaître les faits que lors de la décision de l'ADLC le 22 décembre 2010²⁷.

De plus, comme le rappelle la fiche n° 11b de la cour d'appel de Paris (Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle) pour les faits générateurs postérieurs au 11 mars 2017, la pratique anticoncurrentielle est établie de manière irréfragable par une décision de l'ADLC ou de la juridiction nationale ayant constaté son existence dans une procédure ordinaire.

Ces décisions créent une présomption de faute mais le demandeur conserve la charge de la démonstration de l'étendue de son préjudice dont l'existence n'est présumée que dans le cas des ententes.

C. - La compétence internationale du juge français

7 - Par un arrêt du 7 janvier 2020, la cour d'appel de PARIS²⁸, a confirmé la décision de compétence affirmée par le tribunal de commerce de Paris le 27 Juin 2019 pour statuer sur les demandes de la société Le Guide relatives aux sites internet que celle-ci exploite sur le territoire français, qui sont destinés à des publics non seulement français mais européens²⁹.

À cette occasion, la cour d'appel rappelle la jurisprudence de la CJUE qui fait la distinction, pour déterminer la compétence, en matière de localisation, entre le préjudice financier consécutif à un dommage et le dommage initial à l'intérêt protégé, seul pris en compte pour déterminer le « lieu où le fait dommageable s'est produit ».

À partir de cette analyse, la cour d'appel considère que le marché affecté par l'abus de position dominante allégué est celui de l'état membre dans lequel cette société développe et exploite ses sites internet et non les marchés des États membres auxquels ces sites sont destinés³⁰. La cour d'appel ne précise cependant pas, comme l'a fait la CJUE, que la France constitue « le marché essentiellement affecté »³¹.

18. CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Vantaan Kaupunki c/ Skanska* : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 88, note D. Bosco ; Europe 2014, comm. 236, note L. Idot.

19. Concl. av. gén. Wahl, aff. C-724/17, pt 76.

20. Concl. av. gén. Wahl, aff. C-724/17, préc., pt 34

21. Concl. av. gén. Wahl, aff. C-724/17, préc., pt 50

22. CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-435/18, *Otis et al. c/ Land Oberosterreich, e.a (Ottis II)*, demande de décision préjudicielle, ECLI :EU :C :2019 :1069 ; pt 19 et pt 30 ; JurisData n° 2019-023981 ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 28, note D. Bosco.

23. pt 30 de l'arrêt. – Cf également G. Decoq, *Tout préjudice ayant un lien de causalité avec une infraction à l'article 101 du TFUE doit être susceptible de donner lieu à réparation* : RJ com. 2020, n° 1, p. 52 à 54.

24. CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-451/18, *Tibor-Trans*, ECLI :EU :C :2019 :635 ; JurisData n° 2019-014733 ; Europe 2019, comm. 406, note L. Idot.

25. CJUE, 28 mars 2019, aff. C-637/17, *Cogeco Communications*, ECLI :EU :C :2019 :263 ; JurisData n° 2019-005955 ; Europe 2019, comm. 207, note L. Idot.

26. I. Luc, *Interview 28 mars 2019*, préc.

27. CA Paris, 28 févr. 2018, n° 15/11824.

28. CA Paris, ch. com. inter, 7 janv. 2020, n° 19/12553, *Google c/ Le Guide*.

29. R. Amaro et B. Thomas, *Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles*, déc. 2019-mai 2020 : *Concurrences* n° 3-2020, p. 216 à 218, § 27 à 42.

30. R. Amaro et B. Thomas, préc., p. 218, § 41 et 42.

31. CJUE, 5 juill. 2018, aff. C-27/17, *Fly LAL* ; JurisData n° 2018-012418 ; Europe 2018, comm. 405, note L. Idot.

D. - La présomption du préjudice inférée de la faute et le quantum du préjudice

8 - Il s'agit-là d'une question importante qui de plus connaît aujourd'hui des rebondissements à la suite de la décision de la Cour Régionale de Dortmund évoquée plus haut.

Elle a trait à l'effet liant des décisions des autorités judiciaires sur les actions privées en réparation des dommages interprétés à la lumière du principe d'effectivité des réparations.

En effet, même si le caractère de faute civile est reconnu à toute violation du droit de la concurrence, le lien de causalité entre la faute et le préjudice n'est présumé que dans le cas des ententes mais même dans ce cas l'étendue des dommages doit être justifiée comme l'a illustré le jugement Provera³² dans une affaire opposant la SAS PROVERA France, Cora et Supermarchés Match au groupe Lactalis.

Le tribunal a débouté les demandeurs considérant que les deux distributeurs n'ont pas établi le lien entre l'entente entre les producteurs qui ont reconnu l'infraction (Lactalis et Novandie via une non-contestation des griefs devant l'ADLC et Yoplait et Senegrat qui ont été demandeurs de clémence) et l'augmentation des prix des producteurs non membres de l'entente et celle des produits sous MDD. Malgré tous les efforts économétriques déployés par les demandeurs (méthode des doubles différences considérée comme recevable par le tribunal)³³, celui-ci a notamment considéré qu'ils n'ont pas suffisamment tenu compte de l'effet de répercussion des hausses de prix (« pass-on ») sur leurs clients.

Nous allons évoquer différentes décisions emblématiques à cet égard, deux concernant les ententes (V. n° 9 et 10) et deux concernant les conséquences d'une éviction (V. n° 11 et 12) :

- L'affaire Doux (1°) ;
- L'affaire Barrettara/SA Signaux Girod (2°) ;
- Bes Ravise/Orange (3°) ;
- GIE Pari Mutuel Urbain c/Betclac (3°) ;

1° L'affaire DOUX³⁴

9 - L'affaire Doux soulève à la fois la question de la prescription³⁵ puisque les faits d'entente se sont produits avant le 10 mars 2017, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition de la directive 2014 et la question de présomption de préjudice en cas d'entente.

Concernant la prescription, la cour d'appel indique³⁶ que le dommage n'a été révélé aux sociétés Doux que par le prononcé de la décision de la Commission européenne du 20 juillet 2010.

Cette décision précise que le fournisseur principal des sociétés Doux avait été sanctionné pour entente illicite.

Ainsi, c'est cette date qui doit être retenue comme point de départ de la prescription et non le 29 janvier 2009, qui correspond à la date d'ouverture de la procédure de la Commission. Cette date avait été retenue par le tribunal de Rennes dans son jugement du 12 janvier 2017 qui avait considéré que l'action était prescrite. En effet, les sociétés n'avaient pas une connaissance suffisante de l'infraction à cette date.

La prescription a été interrompue par l'ouverture de la procédure de la Commission, selon l'esprit de la directive 2014/104/UE non encore transposée en droit national, au moment des faits mais dont le juge doit tenir compte en interprétant le droit national à la lumière de cette directive.

Concernant la faute, non contestée par les défendeurs, les demandeurs soutenaient que la condamnation de l'entente sur les prix le

20 juillet 2010 entraînait l'existence d'un lien de causalité entre les préjudices allégués et la faute concurrentielle.

Les intimés estimaient que Doux n'avait ni démontré que l'entente avait eu un effet sur les prix ni que Doux n'avait pas pu s'approvisionner auprès de fournisseurs non membres de l'entente pour échapper aux surcoûts imposés par eux.

Ils contestaient de ce fait l'existence d'un lien de causalité entre l'entente et les préjudices allégués.

En effet, les demandeurs ne présentaient comme indice du lien de causalité entre le cartel et le préjudice que l'existence de deux réunions où les membres du cartel avaient décidé d'une augmentation des prix à leur égard.

Ils n'apportaient pas la preuve des surfacturations subies puisqu'ils n'étaient pas en mesure de construire un scénario contre-factuel permettant de mesurer le surcoût subi.

La cour d'appel de Paris a considéré que le fait que la victime ne parvienne pas à calculer son préjudice ne saurait entraîner le rejet pur et simple de sa demande et que le lien de causalité entre la faute et le préjudice était établi compte tenu des réunions visant à augmenter les prix à l'égard de Doux, dont l'existence était prouvée par des pièces obtenues du dossier de la Commission et la cour s'est également référé aux observations bien connues selon lesquelles les cartels entraînent généralement des hausses de prix ou empêchent une baisse des prix qui se serait produite en l'absence d'entente.

Contrairement au cas de la Cour Régionale de Dortmund, la cour ne va pas fixer elle-même le montant des dommages mais va ordonner une expertise pour fixer le quantum du préjudice en demandant à l'expert d'établir un scénario contre-factuel pour déterminer le niveau de prix qui aurait prévalu en l'absence d'entente, en ayant notamment recours à une approche avant-après.

De ce fait, le demandeur, en cas d'entente, bénéficie bien d'une présomption de préjudice mais son quantum reste à établir.

2° L'affaire BARRETTARA / SA Signaux Girod et alii³⁷ (ou la preuve impossible)

10 - Dans cette affaire la cour ne va curieusement pas prendre en compte l'esprit de la directive concernant le lien de causalité entre la faute et le préjudice en cas de cartel bien que l'existence d'un cartel, à l'origine de la demande d'indemnisation ait été sanctionnée par une décision n° 10-D-39 de l'ADLC du 22 décembre 2010 à l'encontre des huit principaux fabricants de panneaux de signalisation routière.

Elle va certes écarter la prescription mais sur un fondement différent de celui de la directive en s'appuyant sur l'article 2224 du Code civil qui dispose que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

La décision va écarter toute présomption de lien de causalité entre les faits litigieux et le dommage invoqué en rappelant qu'il convient de se placer dans le cadre strict de l'article 1240 du Code civil (faute, préjudice, lien direct) sans que rien ne puisse être présumé.

En conséquence la cour rappelle qu'il revient à la victime de démontrer que les pratiques dont elle demande réparation constituent bien des pratiques anticoncurrentielles génératrices de faute civile et sont d'autre part directement à l'origine des préjudices qu'elle allègue. Elle va même reprocher à la demanderesse de présumer que ses pertes seraient exclusivement causées par le cartel, considérant que la seule concomitance entre la baisse de son chiffre d'affaires et la période d'existence du cartel ne saurait justifier une indemnisation égale à cette perte.

32. T. com Paris, 3^e ch., 20 févr. 2020, n° 2017021571, SAS Provera France et al c/ SA Groupe Lactalis et al.

33. R. Amaro et B. Thomas, préc., p. 224, § 81 à 85.

34. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101, SARL DOUX Aliments c/ SA Roullier et SAS TIMAB Industries.

35. I. Luc, Interview 28 mars 2019, p. 5.

36. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101, préc.

37. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/11824.

On voit bien dans une telle affaire l'intérêt pour le demandeur de faire reconnaître la présomption de préjudice et du renversement de la charge de la preuve qu'elle entraîne.

En conséquence, la cour, bien que reconnaissant que la demanderesse a nécessairement subi les effets du cartel, va rejeter ses demandes considérant qu'elle n'apporte pas d'éléments matériels suffisants sur les appels d'offre qu'elle aurait perdus durant la période litigieuse.

De même concernant l'éviction dont elle a été victime, la cour va, de manière étonnante, considérer qu'ayant été évincée, elle a « choisi » de sortir du marché et ne saurait être dédommée pour la perte de chance de réaliser un bénéfice sur une activité qu'elle a choisi d'abandonner. On voit ici que l'insuffisance de preuves pour caractériser le quantum du préjudice peut entraîner le rejet de son existence par la cour dans une situation où la victime n'a pas bénéficié de la présomption prévue par la directive en matière d'entente.

3° Les conséquences de l'éviction et la présomption de préjudice

a) Affaire BES RAVISE c/ ORANGE³⁸

11 - Le demandeur exerçait des activités dans le domaine du marketing direct et exploitait sa propre base de données. Il a demandé à France Telecom en 1991, qui l'a refusé, de lui communiquer la liste des personnes figurant sur cette liste.

Les pratiques de FT ont été sanctionnées par le Conseil de la concurrence³⁹ qui a considéré que France Telecom avait commis un abus de position dominante (APD) en commercialisant son service Marketis à des prix prohibitifs et en ne s'imputant pas en interne des charges d'accès à cette liste équivalente à celles que supportaient les autres utilisateurs.

Dans le cadre d'une longue procédure ayant donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation (4 décembre 2001, 23 mars 2010 et 3 juin 2014), la cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 27 Mai 2015 que la société Lectiel a subi, suite à l'APD de FT, devenue Orange, un préjudice pour le développement de ses activités de marketing direct.

Les parties se sont accordées pour considérer ce préjudice comme « la perte de chance de se développer à moindre coût sur le marché grâce à la fourniture de fichiers de prospection expurgés des noms des adhérents à la liste orange ».

La difficulté résidait dans l'établissement du scénario contrefactuel pour lequel une expertise a été diligentée le 3 juillet 2015⁴⁰. L'expert a relevé qu'il ne disposait pas assez d'éléments pour quantifier le chiffre d'affaires hypothétique qu'aurait détenu la société Lectiel en l'absence de pratiques anticoncurrentielles et que les hypothèses avancées par les parties ne tenaient pas suffisamment compte des nouveaux acteurs susceptibles d'entrer sur le marché durant la période visée. Il a donc estimé l'impact du préjudice comme une perte de chance de ne pas avoir réalisé un chiffre d'affaires supérieur de 30 % à son chiffre d'affaires réel, soit un chiffre de 6,946 M € (alors que la demande était de 161 M €).

Concernant le taux de marge contrefactuel, un raisonnement économique sur la nature des charges variables et notamment celles relatives à l'acquisition des données ont amené la cour à retenir un taux de 20 % ce qui conduit à un préjudice avant actualisation de 1.389 M € alors que la demande était de 145 M €.

Concernant l'impact financier actualisé du préjudice, la cour rappelle que la réparation du préjudice doit prendre en compte en plus de l'érosion monétaire, la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité de son capital. La cour ne retient

pas pour autant un taux incluant un rendement risqué du capital indemnisé ce qui conduit, en appliquant le taux légal, à un préjudice augmenté de 83 % sur une durée d'environ 25 ans.

Cette affaire illustre les difficultés inhérentes à l'établissement d'un préjudice d'éviction. En effet, le défendeur est toujours en mesure de contester le scénario contrefactuel.

À cet égard, l'intérêt de la directive réside essentiellement dans le renversement de la charge de la preuve qui permet au demandeur d'articuler une demande. Lorsque la présomption n'est pas reconnue, la démonstration est beaucoup plus difficile comme l'a montré le cas Barretara ci-dessus où la cour, bien qu'ayant admis que la demanderesse avait subi les effets du cartel, a considéré du fait des démonstrations des défendeurs que les demandes n'étaient pas justifiées dans leur quantum.

b) Affaire GIE Pari Mutuel Urbain c/ Betclit⁴¹

12 - Par un jugement du 22 février 2018 le tribunal de grande instance de Paris a considéré que la mutualisation des masses d'enjeux enregistrés en ligne et sur ses points de vente physiques en dur par le GIE Pari mutuel urbain entre mai 2010 et décembre 2015 constituait une pratique anticoncurrentielle et que de ce fait le PMU avait abusé de sa position dominante et ordonné une expertise afin d'évaluer la part de marché perdue par la société Betclit dans l'hypothèse où le PMU n'aurait pas mutualisé les masses d'enjeux.

Le PMU ayant contesté cette décision, la Cour d'Appel de Paris, en s'appuyant sur les constatations opérées par l'ADLC dans sa décision d'acceptation d'engagement du PMU suite à une demande de la société Betclit a considéré que suite à cette mutualisation des masses d'enjeux, les opérateurs alternatifs du marché avaient été pénalisés et que cette pratique avait empêché l'entrée de nouveaux opérateurs du fait de la captation de la demande par le PMU, de l'érection de barrières à l'entrée et d'une potentialité d'éviction des opérateurs alternatifs qui ne peuvent ni diversifier leur offre ni baisser leurs prix.

De plus l'avantage dont bénéficie le PMU ne vient pas récompenser son efficacité passée mais résulte de ses droits exclusifs et lui permet de proposer les combinaisons de gains les plus valorisées par les parieurs sans que soit démontré sa plus grande efficacité.

La cour considère ainsi que le lien de causalité entre l'APD et un éventuel préjudice a été en l'espèce suffisamment établi par les éléments versés aux débats. Elle ne s'appuie pas sur une éventuelle présomption puisqu'il s'agit d'un APD.

Mais elle considère ne pas disposer de suffisamment d'éléments pour évaluer le préjudice du fait que les études présentées par Betclit ne sont pas assez probantes ; elle confirme donc la décision d'expertise rendue par le TGI en y ajoutant la détermination des éventuels préjudices futurs et le taux d'actualisation des préjudices.

À ce stade on constate donc, si on se place dans l'esprit de l'ordonnance, que les préjudices d'éviction ne sont pas a priori écartés faute de démonstration, comme dans l'affaire Barretara, mais retenus dans leur principe, et renvoyés à l'expertise pour leur détermination.

On a vu dans l'affaire Lectiel que les résultats s'appuient sur des hypothèses qui peuvent demeurer des conjectures surtout lorsque les faits portent sur une durée longue.

E. - La question des intérêts compensatoires

13 - Tout le débat sur cette question provient de la réaffirmation par la directive de l'existence de deux préjudices distincts résultant de l'écoulement du temps : l'érosion monétaire et la perte de chance subie du fait de l'indisponibilité du capital assimilée aux intérêts compensatoires qui compensent la victime du préjudice

38. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 avr. 2018

39. Cons. conc., déc. n° 98-D-60, 28 sept. 1998, confirmée par CA Paris, 29 juin 1999, n° 1999/01269 : JurisData n° 1999-023446.

40. Il convient de rappeler que l'auteur de cet article a été consulté, dans le cadre de Sorgem Evaluation par une des parties

41. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 12 sept. 2018, n° 18/04914 : JurisData n° 2018-015451.

créé par la non-disposition des sommes correspondant aux dommages jusqu'à la date du jugement⁴²

Il a été établi⁴³ que la reconnaissance de cette distinction de principe entre les deux types d'intérêt, n'induit pas pour autant l'existence, au niveau du quantum, d'un préjudice distinct. C'est ce que reconnaissent la plupart des décisions récentes.

Il faut rappeler que dans des jurisprudences antérieures à la transposition de la directive (avant 2017), des décisions relatives à l'industrie des télécoms s'étaient appuyées sur les taux fixés par l'ARCEP pour déterminer la rémunération du capital employé pour la comptabilisation des coûts et le contrôle tarifaire des activités régulées⁴⁴.

On citera notamment le tribunal de commerce de Paris⁴⁵ et la cour d'appel de Paris⁴⁶, dans un autre secteur le tourisme, prenant en compte la double composante du préjudice, érosion monétaire et perte de chance qui avaient infirmé un rapport d'expertise concluant à l'application du taux légal, en considérant qu'il n'avait tenu compte que de la composante érosion monétaire et a repris le taux demandé par le demandeur à savoir le taux de capitalisation moyen dans le secteur du tourisme. Cette décision était critiquable car si le principe consistant à reconnaître l'existence de deux préjudices distincts était juste, la démonstration de la réalité de la perte de chance n'était pas apportée.

Les décisions récentes vont s'attacher à rechercher cette démonstration d'une réelle perte d'opportunité pour la victime⁴⁷.

1° 1^o Cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 4

a) Outremer Telecom⁴⁸

14 - Il s'agit d'indemniser les conséquences pour la victime du retard dans la disposition des sommes correspondant aux dommages reconnus par le juge.

La question porte donc sur l'évaluation de l'impact de la perte de chance.

La cour d'appel énonce que celle-ci constitue une partie des dommages causés par le retard et qu'« il incombe à l'entreprise victime de rapporter la preuve de cette perte de chance découlant directement de la non disponibilité de la somme. [...] Si l'entreprise démontre que la non-disponibilité des sommes dont elle a été privée l'a conduite, soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver des financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, soit à renoncer à des projets d'investissement dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital [...] qui n'est pas un taux de rentabilité mais un taux requis par les apporteurs de capitaux [...] »

Elle observe cependant : « Or, en l'espèce, [...] la société Outremer Télécom [...] ne démontre pas que l'indisponibilité de la somme l'aurait conduite à renoncer à des projets d'investissements. En effet, [...] elle ne fait état que de perspectives générales et vagues de développement de son activité, dans son document d'introduction en bourse, et non de projets précis et aboutis d'investissements, auxquels elle aurait dû renoncer [...], et encore moins des rendements attendus de ces projets ».

De ce fait seul le taux légal peut s'appliquer, que la Cour décide cependant de majorer de 0.5 point sans justification particulière si

ce n'est de tenir compte du volet perte de chance mentionné plus haut.

b) SCP Ravise c/ SA Orange du 11 avril 2018⁴⁹

15 - La cour d'appel rappelle le principe des deux composantes du préjudice, érosion monétaire et perte de chance mais limite l'indemnité au capital majoré des seuls intérêts légaux.

c) SARL Doux Aliments du 6 février 2019⁵⁰

16 - La cour d'appel renvoie à l'expertise le soin de déterminer « les taux d'actualisation des préjudices, permettant de calculer « le préjudice de trésorerie » allégué ».

On constate donc à travers ces trois affaires un même principe mais des solutions un peu hésitantes.

d) DIGICEL SA DIGICEL Antilles Françaises Guyane c/ SA ORANGE⁵¹

17 - Le tribunal de commerce de Paris⁵² avait dans cette affaire tout d'abord retenu une indemnisation en prenant un taux de capitalisation égal au Wacc : « Attendu que le tribunal considère que l'indemnisation de la perte de chance subie du fait de l'indisponibilité du capital ne peut être valablement accordée que sur la base d'une actualisation au coût de ce capital (dans le cas présent, sera retenu le taux de rémunération du capital des activités mobiles calculé par l'ARCEP soit 10.4 %) ».

La cour d'appel de Paris du 17 juin 2020⁵³ s'est inspirée de la directive Dommages en considérant tout d'abord que le point de départ du délai de prescription partait de la date de la décision soit le 9 décembre 2009. Elle a validé les méthodes employées par les demandeurs pour estimer leur préjudice (benchmark géographique et comparaison temporelle du type pendant-après).

Elle a cependant écarté l'application du Wacc comme taux de capitalisation des sommes indisponibles, considérant que Digicel n'avait pas prouvé que cette indisponibilité l'avait conduite à renoncer à des projets d'investissements qui lui aurait rapporté l'équivalent du Wacc.

Elle accepte par contre de capitaliser la somme correspondant au préjudice au taux de 5,3 % correspondant au taux d'emprunt supporté par Digicel entre 2002 et 2005 en considérant que si elle avait disposé de la somme elle n'aurait pas eu à réaliser cet emprunt et aurait financé son développement sur fonds propres. Pour la période postérieure, elle retient le taux légal correspondant à un placement sans risque.

2° Le tribunal de commerce de Paris

a) SAS Medias RCS c/SA les Éditions Amaury^{54 55}

18 - Le tribunal constate que le demandeur entend faire réparer la perte de chance due à l'indisponibilité de « cette somme jusqu'au jugement en appliquant un taux d'actualisation de 8.23 % ; mais attendu que pour établir ce préjudice, SAS MEDIAS se devait d'expliquer clairement et avec précision l'emploi éventuel de cette somme et donc le rendement attendu, surtout au regard d'un chiffre de rendement du capital investi particulièrement élevé. Attendu que dans ses écritures, SAS MEDIAS ne donne au tribunal aucun élément permettant d'apprécier la pertinence du chiffre qu'elle avance. Le tribunal condamnera les défenderesses

42. Notion de « préjudgment interest » dans la jurisprudence anglo américaine.

43. M. Nussenbaum, *Le préjudice du temps qui passe : Approche économique des intérêts moratoires et compensatoires* : RD bancaire et fin. 2017, étude 26, § 10 ; *La place des intérêts compensatoires (ou « préjudgment interest » dans l'évaluation des préjudices* : Contrats, conc. consom. 2018, étude 13.

44. ARCEP, déc n° 2015-1370, 5 nov. 2015 fixant le taux de rémunération du capital employé pour la comptabilisation des coûts et le contrôle tarifaire des activités mobiles régulées pour les années 2016 et 2017.

45. T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2015, n° 2010073867 : JurisData n° 2015-031794.

46. CA Paris, 14 déc. 2016 n° 13/08975 : JurisData n° 2016-031086.

47. M. Nussenbaum, *Le préjudice du temps qui passe, préc.*, p. 8

48. CA Paris, pôle 5, ch 4, 10 mai 2017, n° 15/05918 : JurisData n° 2017-029329.

49. V. n° 11 de la présente étude

50. V., n° 9 de la présente étude.

51. L'auteur de cet article a été consulté dans ce dossier à travers Sorgem Evaluation

52. T. com. Paris, 15^e ch., 18 déc. 2017 : JurisData n° 2017-029745.

53. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 17/23041 : Contrats, conc. consom. 2020, comm. 129, note D. Bosco.

54. T. com. Paris, 13^e ch., 11 juin 2019

55. L'auteur de cet article a été consulté à travers Sorgem Evaluation dans cette affaire

à payer la somme [...] avec intérêt au taux légal et capitalisation des intérêts à compter de l'assignation ».

b) *SAS Carrefour France c/ VANIA Expansion SAS*⁵⁶

19 - Le tribunal rappelle la double composante du préjudice, érosion monétaire et perte de chance ainsi que la nécessité pour l'entreprise victime de rapporter la preuve de cette perte de chance en se situant dans le prolongement de la décision *Outremer Telecom* de la Cour d'appel du 10 mai 2017⁵⁷ et constate « qu'en l'espèce Carrefour se limite à affirmer que la somme réparant le préjudice aurait pu être investie et demande en conséquence que soit appliqué le *Wacc*. Attendu que Carrefour ne fait pas état de projets précis et aboutis auxquels elle aurait dû renoncer à cause de la perte causée par les pratiques anticoncurrentielles sanctionnées. En conséquence le Tribunal dira que la somme de 2 M € sera majorée au taux légal à compter de la date de fin des pratiques et jusqu'au parfait paiement de cette somme ».

On constate ainsi que la solution adoptée consiste à retenir le taux légal mais le point de départ n'est pas l'assignation mais la date de fin des pratiques.

On constate donc que depuis 2017 dans la plupart des décisions évoquées, si les tribunaux retiennent bien le double préjudice de l'érosion monétaire et de la perte de chance ils s'attachent pour déterminer le montant du préjudice à demander une justification de réelles pertes d'opportunités sur des projets d'investissements que l'entreprise n'a pu réaliser ou financer par d'autres moyens. La perte de chance apparaît ainsi comme une présomption réfragable.

F. - La question du passing on

20 - Le principe de préjudice des victimes directes et indirectes a été développé dans les textes exposés précédemment, le Guide 2013 et surtout dans la communication de la Commission du 9 août 2019 (2019/C267/07).

Deux exemples de décisions sont évoqués dans la Communication (§ 110) :

- *Cheminova* (2015)⁵⁸
- *Doux Aliments* (2014)⁵⁹

21 - Dans le cas *Cheminova*, le tribunal a conclu qu'un producteur de pesticides avait répercuté 50 % du surcoût initial sur les clients indirects. Le tribunal s'est appuyé sur des études de marchés publiques qui considéraient que le marché sur lequel le client direct était actif devait être analysé comme un marché monopolistique ce qui permettait en partie cette répercussion sur les clients indirects alors que le client direct avait soutenu que le marché était très concurrentiel et empêchait toute répercussion.

22 - Dans le cas de *Doux Aliments* (2014), la cour a conclu que le demandeur avait démontré l'absence de répercussion concernant la lysine, intrant utilisé dans la production de poulets. En effet, la lysine ne représentait que 1 % des coûts de production des poulets et que de ce fait il était difficile de démontrer qu'une hausse des coûts de lysine entraînait une hausse des prix des poulets compte tenu du caractère très concurrentiel des marchés des clients indirects.

Dans une autre décision concernant *Doux Aliments* (2019), citée précédemment⁶⁰, concernant une entente de producteurs de phosphates pour l'alimentation animale, la cour a considéré que

Doux avait subi un préjudice dû aux surpris imposés par les défendeurs et ne retient pas l'argument des défendeurs consistant à mettre à la charge de *Doux* la démonstration de l'absence de répercussion du surcoût sur ses clients.

Un cas récent d'analyse des effets indirects d'une entente peut également être évoqué dans le cadre du cartel des ascenseurs, sanctionné en 2007 par la Commission déjà évoqué plus haut (§ 1). La victime (le Land de Haute Autriche) n'était ni fournisseur ni acheteur sur le marché pertinent concerné par l'entente mais accordait des subventions sous forme de prêts bonifiés pour aider à la construction de logements à des administrés, qui ont subi, du fait du cartel, une augmentation des prix de leurs logements qui a été compensée par les subventions versées par le Land et dont le préjudice consiste en une perte des intérêts dont il aurait pu bénéficier s'il n'avait pas eu à verser ces subventions, ce qui n'aurait pas été nécessaires en l'absence de l'entente. La Cour de Justice saisie dans cette affaire considère que le préjudice est indemnisable dès lors qu'il découle directement de l'entente (pt 33)⁶¹. La CJUE considère de ce fait qu'on ne peut limiter le droit à réparation aux seuls fournisseurs et acheteurs concernés par l'entente et qu'il y a lieu de l'étendre à toutes les victimes potentielles.

23 - On a rappelé précédemment que la mise en œuvre du principe d'effectivité des réparations va dans le sens d'une meilleure indemnisation des victimes. En particulier les juridictions nationales ne peuvent rejeter les arguments concernant la répercussion au simple motif qu'une partie n'est pas en mesure de quantifier avec précision les effets de la répercussion⁶². La directive Dommages ayant reconnu que ce préjudice peut difficilement être quantifié avec une précision parfaite, elle s'en remet aux juridictions nationales pour mettre en œuvre les moyens appropriés.

Citons :

- Cour d'appel de Paris du 20 septembre 2017, *JCB Sales Ltd* : on note un inversement « anticipé » de la charge de la preuve conforme aux futures dispositions de l'ordonnance n° 207-303.

- Royaume Uni, arrêt de la Court of Appeal du 4 juillet 2018 *EWCA 1536 (Civ) Sainsbury's Supermarkets Ltd/Mastercard INc* en particulier les points 332 et 340 cités par la Communication de la Commission de 2019⁶³.

- Cour Régionale de Dortmund et le cartel du rail⁶⁴. La question posée était celle de la répercussion éventuelle du préjudice causé par l'entente par une augmentation du prix des billets supportés par les utilisateurs (§ 197). La Cour précise qu'il incombe bien, en raison du principe d'effectivité à l'auteur de l'infraction de démontrer que cette répercussion a pu avoir lieu. Elle considère qu'ils ne l'ont pas fait et que de surcroît une telle démonstration serait superfétatoire dans la mesure où dans une chaîne d'approvisionnement longue le consommateur subit en bout de course « des dommages tellement faibles qu'ils ne font pas l'objet d'une action en dommages et intérêts et que l'auteur de l'entente serait donc en fait libéré de son obligation d'indemnisation » (§ 199).

- De ce fait la Cour considère qu'il convient au nom de l'effectivité, d'écarter la « passing on defence ».

G. - La question de la communication des pièces

24 - Il a été indiqué plus haut comment les outils à disposition du juge ont été enrichis tant par la directive 2014/104/UE et l'ordonnance n° 2017-303, ainsi que la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018

56. T. com. Paris, 15^e ch., 4 nov. 2019.

57. M. Nussenbaume, *Le préjudice du temps qui passe : Approche économique des intérêts moratoires et compensatoires* : RD bancaire et fin. 2017, étude 26, § 10 ; *La place des intérêts compensatoires (ou « préjudgment interest » dans l'évaluation des préjudices* : Contrats, conc. consom. 2018, étude 13. – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 10 mai 2017, n° 15/05918, préc. : V. n° 14 de la présente étude

58. *Handelsretten* (tribunal maritime et commercial danois), arrêt du 15 janvier dans l'affaire SH2015.U-0004-07 (*Cheminova A/S /Akso Nobel Functionnal Chemicals BV et al*)

59. CA Paris, 27 févr. 2014, n° 10/18285, préc.

60. CA Paris, 6 févr. 2019, n° 17/04101, préc.

61. CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-435/18, *Otis et a.* : Contrats, conc. consom. 2020, comm. 28, note D. Bosco.

62. Comm. UE, communic. n° 2019/C 267/07, préc., § 33.

63. Comm. UE, communic. n° 2019/C 267/07, préc., § 33.

64. Régional Court Dortmund, déc. 30 sept. 2020, préc.

et le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 sur le secret des affaires ⁶⁵.

L'ensemble des dispositifs à la disposition du juge permet en effet de :

- préserver les preuves dans le cadre d'une action in futurum (*C. com.*, art. L. 151-1 et s.) ;
- ordonner un séquestre (*C. com.*, art. R. 153-1) et sa main levée (*C. com.*, art. L. 153-2 à L. 153-8) ;
- répondre à un refus de communication de pièces (*C. com.*, art. L. 483-1 et s. et art. R. 483-2 à R. 483-10) en entendant le détenteur de la pièce et en rendant une ordonnance rejetant ou en joignant la production de la pièce.

Cette ordonnance peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la Cour d'appel de Paris (*C. com.*, art. R. 483-8) ⁶⁶.

De nombreuses décisions européennes s'inspirant des principes définis par la Directives Dommages et intérêts (Directive 2014/104) : les articles 5(2) (circumscribed as precisely as narrowly as possible), art. 5(3) (limit the disclosure to that which is proportionate), art. 6(4) (additional considerations for proportionality re evidence in file of competition) ont été promulguées depuis son entrée en vigueur :

- Cartel des camions, actions de follow on : Suez Groupe SAS & Others v Fiat Chrysler & Others : High Court 2018 EWHC 1994 (Ch) ;

La Commission a indiqué que les demandeurs, recherchant une indemnisation doivent pouvoir comprendre de la manière la plus précise qui soit le fonctionnement du cartel (§17). Elle a délivré une injonction de communiquer les documents de la Commission en excluant les documents sans lien avec le litige. Cette décision est en cohérence avec des décisions antérieures dans le même domaine.

- Ryder Ltd & Another v MAN SE Others CAT 15-01-2020. Il s'agit d'une « disclosure hearing » Le CAT confirme la nécessité pour les défendeurs de produire toutes les informations nécessaires en termes de données de marché (prix et quantités) pour leur permettre de mener les expertises nécessaires pour leur démonstration des dommages qu'ils ont subis.

- Tribunal de commerce de Paris du 28 juin 2017, Orange c/ SFR ⁶⁷ : organisation d'une data room afin de permettre l'accès aux experts de données sensibles nécessaires pour la démonstration du préjudice ⁶⁸.

65. On peut également évoquer la Communication de la Commission européenne relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures de mise en œuvre privée du droit de la concurrence de l'UE du 20 juillet 2020.

66. N. Doster, *Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : webinars Concurrences, préc.*

67. T. com. Paris, 19^e ch., 28 juin 2017, n° 2015038979 : *JurisData* n° 2017-029240.

68. N. Doster, *Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : webinars Concurrences, préc.* – Sir Peter Roth President, CAT Londres

Conclusions

25 - Même si les textes ne s'appliquent pas encore pleinement aux affaires engagées avant la transposition de la Directive en 2017, leur esprit est largement présent sur la plupart des questions évoquées plus haut et vont la plupart du temps dans le sens de la mise en œuvre pratique du principe d'effectivité. La Directive et sa transposition ont d'ores et déjà grandement contribué à renforcer les droits des victimes.

Il faut souligner que la démonstration du préjudice, même si son existence peut être présumée dans le cas des ententes, demeure pleine et entière et que par ailleurs s'agissant de questions de fait, et malgré la volonté d'harmonisation de la Commission, une grande diversité demeure dans les appréciations entre les juridictions nationales et internationales. En effet, si la question du droit à réparation relève du droit de l'Union, celle de sa mise en œuvre concrète est régie par le droit national ⁶⁹.

Concernant la question du passing on, souvent centrale pour contester une demande de réparation, la Commission a bien précisé les règles du jeu dans sa Communication de 2019.

Néanmoins, comme le montre la décision de la Cour Régionale de Dortmund qui va jusqu'à écarter le passing on defence, il existe encore une certaine hétérogénéité dans les décisions.

On peut rappeler l'avocat général Wahl, qui souligne dans l'affaire Skanska, que le principe d'effectivité répond à une volonté de donner un effet dissuasif aux actions en dommages et intérêts allant ainsi au-delà du simple principe de réparation intégrale même si cela revient à relâcher la démonstration du lien de causalité.

L'essentiel à retenir :

La CJCE poursuit l'objectif de rendre plus effectives les réparations des préjudices privés résultant des pratiques anticoncurrentielles et la transposition en France de la directive 2014/104 le 9 Mars 2017 a ouvert la voie en France, à une levée de certaines difficultés probatoires notamment concernant la présomption de préjudices, le passing on et la communication de pièces. Même si la présomption de préjudice s'induit de la faute en matière d'entente, son étendue doit malgré tout être démontrée même si certaines décisions récentes (Dortmund Septembre 2020) semblent vouloir alléger cette démonstration.

Mots-Clés : Actions privées - Transposition de la Directive 2014/104 - Préjudice économique

69. G. Decocq, *Tout préjudice ayant un lien de causalité avec une infraction à l'article 101 du TFUE doit être susceptible de donner lieu à réparation, préc.*