

# L'ÉVALUATION DES DOMMAGES CONCURRENTIELS

L'estimation des préjudices dans les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles à la lumière du guide pratique de 2013 et de la proposition de directive du 17 avril 2014

par **Maurice Nussenbaum**

Président SORGEM Évaluation, Expert Judiciaire agréé par la Cour de cassation, Professeur à l'Université Paris Dauphine

## ■ Introduction : une proposition de directive pour permettre la réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles

### Le cadre défini par la proposition de directive

La Commission européenne et sa Direction générale Concurrence se préoccupent depuis plusieurs années de la quantification des préjudices consécutifs aux infractions anticoncurrentielles<sup>1</sup> en vue de parvenir à une indemnisation efficace des victimes.

La proposition de directive du 17 avril 2014 adoptée par le Parlement européen le 17 avril 2014 (ci-après Proposition) a été précédée par le Livre vert de la Commission européenne en décembre 2005<sup>2</sup>, puis par un Livre blanc en 2008<sup>3</sup> proposant des mesures concrètes qui ont fait l'objet d'une consultation publique en 2011 et 2012, laquelle a notamment abouti à un document d'orientation portant sur la quantification du préjudice relatif à des infractions au droit de la concurrence<sup>4</sup>. La Proposition s'accompagne au niveau français par la loi Hamon du 17 mars 2014 instaurant l'action de groupe à la française<sup>5</sup>.

L'ensemble de ces dispositions et réflexions ont pour but de favoriser les actions des consommateurs et des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles et de renforcer l'effectivité des réparations (actions privées). En effet, pour la Commission, « les actions en dommages et intérêts contribuent à renforcer le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'UE et sont susceptibles de contribuer substantiellement au

maintien d'une concurrence effective dans l'UE<sup>6</sup> ».

La Proposition consacre la notion de faute civile applicable aux infractions au droit de la concurrence ce qui crée une présomption simple d'existence de préjudice et définit la compétence territoriale des juridictions nationales spécialisées pour les litiges sans dimension internationale. Elle réaffirme le droit à réparation qui consiste « à placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction ne s'était pas produite. Le droit à réparation porte donc non seulement sur la perte subie (*damnum emergens*) mais également sur le manque à gagner (*lucrum cessans*) et inclut le paiement d'intérêts ». Afin de permettre le développement des actions privées, la Proposition énonce des propositions procédurales dont, en particulier, la suspension ou l'interruption des délais de prescription des actions civiles en réparation lorsqu'une instruction d'une autorité de la concurrence (ci-après AC) est engagée, mais en même temps précise les conditions d'accès aux documents présentés et/ou élaborés par les AC, notamment en raison de la nécessité affirmée de favoriser les programmes de clémence.

La Proposition est accompagnée d'un « guide pratique des services de la Commission 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 » daté de 2013<sup>7</sup> (ci-après « Le Guide ») qui reprend une grande partie des méthodes présentées dans le document de 2011 tout en leur donnant un autre éclairage procédural.

L'ensemble de ces travaux consacre à la fois le caractère complémentaire de l'application dans la sphère privée (*private enforcement*) du droit communautaire de la concurrence en vue d'assurer un effet réparateur et le rôle des juridictions nationales en vue d'assurer cette fonction de réparation privée.

Rappelons que ce préjudice privé est totalement distinct du concept de dommage à l'économie auquel se réfère l'AC française.

### Les critères d'effectivité et d'équivalence

Comme le rappelle Le Guide, cette exigence de réparation privée mise en œuvre par les juridictions nationales doit répondre à des critères qui ont été définis par deux décisions importantes : *Courage et Crehan*<sup>8</sup> et *Manfredi*<sup>9</sup> : les principes d'effectivité et d'équivalence. Pour le premier (effectivité), les règles de procédure mises en œuvre par les autorités judiciaires nationales ne doivent pas rendre difficile ou impossible, dans la pratique, l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire et pour le second (équivalence), ces règles ne doivent pas être moins favorables que celles qui régissent « les actions en réparation pour violation de droits similaires conférées par l'ordre juridique interne ». Il convient donc de souligner que ces règles, et surtout celle de l'équivalence, ont pour objet de conduire à un rapprochement des pratiques des juridictions nationales avec le droit communautaire qui constitue un des objectifs essentiels de la Proposition.

(1) TFUE, art. 101 et 102.

(2) Com (2005) 0672 final du 19 déc. 2005.

(3) Com (2008) 165 final du 2 avr. 2008.

(4) [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_actions\\_damages/draft\\_guidance\\_paper\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_fr.pdf).

(5) L. n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 1<sup>er</sup>; c. consom., art. L. 423-17 s. nouv.

(6) Proposition de directive 2014, § 3.1 p. 10.

(7) [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf).

(8) CJCE 20 sept. 2001, n° C-453/99, *Courage et Crehan*, RTD com. 2002. 398, obs. S. Poillot-Peruzzetto; RTD eur. 2002. 103, chron. L. Idot.

(9) CJCE 13 juill. 2006, n° C-295/04 à C-298-04, *Manfredi*, RTD eur. 2008. 313, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

Nous allons en illustrer les implications en termes de quantification des préjudices en présentant les principes méthodologiques exposés dans Le Guide.

## ■ Le guide pratique concernant la quantification du préjudice

### L'analyse contrefactuelle

Le Guide rappelle tout d'abord l'objectif général de la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence : remettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction n'avait pas été commise<sup>10</sup>. C'est ce qu'on appelle l'analyse contrefactuelle (*but for analysis*).

Dans le scénario sans infraction ou scénario contrefactuel, on se trouve loin de l'exigence de certitude propre au droit civil, puisqu'il est impossible de savoir avec certitude comment un marché aurait évolué de manière certaine en l'absence de l'infraction

Il s'agit de définir « ce qui se serait vraisemblablement produit si l'infraction n'avait pas été commise » (§ 12 du Guide). 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 avec lequel la situation

réelle pourra être comparée. On appelle ce scénario de référence le scénario sans infraction ou scénario contrefactuel » (*ibid.*). On se trouve donc loin de l'exigence de certitude, propre au droit civil puisqu'il est impossible de savoir avec certitude comment un marché aurait évolué de manière certaine en l'absence de l'infraction car les prix et les volumes de ventes (§ 16) dépendent de facteurs et d'interactions complexes qui ne sont pas faciles à évaluer. On devra donc recourir, pour construire le scénario contrefactuel, à des hypothèses ce qui nous éloigne de l'approche classique du droit de la responsabilité civile.

Le Guide, s'appuyant sur la proposition de directive, va délibérément poser, dans un souci d'efficacité, la règle selon laquelle les autorités judiciaires devront veiller à ne pas exiger des preuves impossibles à fournir et permettre aux demandeurs d'avoir un accès minimal aux éléments de preuve dont ils ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande<sup>11</sup>. Ce caractère hypothétique conduit à rendre au juge une marge d'appréciation importante afin de ne pas limiter le calcul du préjudice à un simple calcul mathématique mais plutôt, comme le souligne la Cour de justice, comme le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes<sup>12</sup>.

C'est ainsi que Le Guide souligne que la quantification du préjudice est soumise à d'importantes limites quant au degré de certitude et de précision que l'on peut en attendre. Il rajoute, de plus, que les juridictions nationales devront tenir compte de ces limites inhérentes à la quantification du préjudice pour les infractions liées aux pratiques anticoncurrentielles et adapter leurs règles de droit à cette situation si elles veulent pouvoir satisfaire au principe d'effectivité du droit de l'UE.

Le Guide est ainsi consacré à l'exposé des méthodes et techniques afin d'établir le scénario de référence et sa comparaison avec la situation réelle. Il s'y ajoute également des développements sur le calcul des intérêts pour tenir compte des effets du temps et de la perte de chance résultant de l'indisponibilité du capital.

Se concentrant sur les infractions relatives aux articles 101 et 102 TFUE, Le Guide distingue les infractions ayant entraîné des hausses de prix et des surcoûts et celles ayant entraîné des pratiques d'exclusion du fait d'abus de position dominante telles que compressions de marge, prix prédateurs ou ventes liées ou accords d'exclusivité.

## La construction du scénario contrefactuel

**Le Guide distingue les méthodes comparatives, les modèles de simulation et les modèles fondés sur les coûts et les méthodes financières**

### Les méthodes comparatives

Comme il s'agit de savoir ce qui se serait passé en l'absence d'infraction, on pourra s'intéresser aux périodes qui ont précédé ou suivi ou bien à d'autres marchés non concernés par l'infraction (soit au plan géographique soit sur des produits différents).

Concernant les comparaisons avant-après, la principale difficulté provient du fait que ces derniers peuvent faire apparaître des écarts qui ne sont pas imputables exclusivement à l'infraction, ce qui pose le problème du lien direct. En particulier, pour ce qui concerne la période d'après, des effets d'apprentissage peuvent, dans des structures de marchés oligopolistiques, permettre aux entreprises de coordonner leurs comportements sans enfreindre l'article 101 TFUE. Les méthodes d'analyse statistiques et économétriques peuvent, dans une certaine mesure, permettre de déterminer le moment où une infraction a commencé ou cessé de produire ses effets. L'analyse économétrique de régression permet d'étudier les relations entre variables économiques et dans quelle mesure une variable à expliquer est influencée par l'infraction ainsi que par d'autres variables qui ne sont pas affectées par l'infraction. Cette analyse peut être utilisée soit pour tester une hypothèse de causalité soit pour prévoir ce qu'aurait dû être la valeur d'une variable (telle que le prix dans le scénario contrefactuel). La comparaison avec des données concernant d'autres marchés géographiques peut être utilisée quand l'infraction concerne des marchés dont l'étendue est locale, régionale ou nationale (§ 51).

On peut également combiner les comparaisons dans le temps et entre marchés lorsqu'on dispose de suffisamment de données. Il s'agit alors d'analyser l'évolution d'une variable considérée comme le prix au cours d'une certaine période et la comparer avec l'évolution de la même variable au cours de la même période sur un marché de comparaison non concerné par l'infraction. La comparaison permet d'estimer la part d'évolution du prix liée à l'infraction. Encore faut-il que, sur la période précédente, l'évolution du prix ait été similaire. On parle alors de méthode des doubles différences (§ 56 à 58).

En théorie, l'analyse économétrique permet d'apporter plus de précision dans l'analyse des dommages. Le Guide soulève la question de savoir si elle est nécessaire pour satisfaire à un standard de preuve et à quelle partie sa mise en œuvre incombe. La réponse relève du droit applicable, mais pour assurer l'effectivité de la réparation il ne faut pas imposer à la victime une règle de preuve impossible à mettre en œuvre dans les faits. En particulier si le droit prévoit un renversement de la charge de la preuve, ce sera éventuellement au défendeur de réaliser une analyse de régression pour réfuter l'argumentation du demandeur (§ 92).

(10) Guide, p. 11.

(11) Guide, § 4.1 (chapitre II, art. 5 à 8).

(12) CJCE 27 janv. 2000, n<sup>os</sup> C-104/89 et C-37-90, *Mulder et a. c/ Conseil et Commission*, Rec. I-288, point 79.

### Les modèles de simulation

Il s'agit de simuler la situation sur le marché, sur la base de modèles économiques ou sur la base d'une construction d'un scénario contrefactuel à partir des coûts de production et d'une marge raisonnable, l'évolution des prix ou des quantités vendues. Les modèles de simulation utilisés sont généralement les modèles conçus pour rendre compte du comportement des entreprises sur les marchés oligopolistiques<sup>13</sup> ou encore sur des marchés monopolistiques. La mise en œuvre de ces modèles doit tenir compte de l'élasticité de la demande en fonction des prix.

Ces modèles reposent sur des hypothèses théoriques et simplificatrices. Ce caractère spéculatif ne doit pas, selon Le Guide, conduire à les écarter dès lors que l'on est en mesure de déterminer dans quelle mesure certaines des hypothèses simplificatrices sont susceptibles d'influencer les résultats.

La mise en œuvre de ces modèles peut nécessiter d'importants volumes de données qui ne sont pas accessibles à la partie concernée ou qu'il n'est pas possible d'estimer avec suffisamment de fiabilité (§ 104). La proposition de directive a particulièrement développé cette question d'accès aux données pertinentes<sup>14</sup>.

### Les modèles fondés sur les coûts et méthodes financières

Il s'agit, à partir d'une évaluation du coût unitaire de production d'ajouter une marge raisonnable pour déterminer le prix à prendre en compte dans le scénario contrefactuel (§ 107). Cette marge peut être déterminée de différentes manières, notamment en s'appuyant sur une comparaison dans le temps ou sur des entreprises analogues sur un marché géographique comparable non affecté par l'infraction ou sur des marchés de produits comparables.

3- Le Guide souligne également que d'autres méthodes « moins scientifiques » et plus pragmatiques (§ 120) peuvent être utilisées pour définir avec moins de précision des bornes supérieures ou inférieures du préjudice subi.

Le choix des méthodes relève des juridictions nationales pour autant que les principes d'effectivité et d'équivalence soient respectés. Ce sont effectivement les règles de droit applicables qui doivent déterminer la méthode de quantification qui convient en tenant compte de la disponibilité des données, des ressources mobilisées en termes de coûts et de temps et leur proportionnalité par rapport à la valeur de la demande et des intérêts en cause. Les coûts à prendre en compte sont à la fois ceux supportés par le demandeur et le défendeur pour réfuter la demande, mais également ceux du système judiciaire pour permettre au juge d'évaluer les résultats produits par la méthode, éventuellement assisté d'un expert (§ 124).

Le Guide analyse ensuite les différentes catégories de préjudice en distinguant ceux qui découlent d'augmentations de prix et ceux qui résultent de pratiques d'éviction.

(13) Modèle de Bertrand en cas de concurrence par les prix et modèle de Cournot en cas de concurrence par les quantités produites.

(14) V. *supra*, II.1.

(15) Com. 15 juin 2010, n° 09-15.816, D. 2010. 2781, point de vue Y. Utzschneider et H. Parmentier et 15 mai 2012, n° 11-18.495.

## ■ Analyse spécifique des différents types de préjudice

### Les préjudices découlant des augmentations de prix : le cas des ententes

Il s'agit le plus souvent des conséquences des ententes sur les prix conduisant à la fixation d'un prix excessif par une entreprise dominante. Les effets en sont doubles : valeur transférée des clients vers les entreprises et effet volume résultant de la baisse des quantités consommées. Des clients potentiels se trouvent ainsi évincés et privés de la jouissance d'un produit ou d'un service.

Il peut aussi s'agir de baisse des prix d'achat des entreprises auteurs des infractions pour leur propre approvisionnement, par exemple dans le cas des cartels d'acheteurs à travers leur réduction coordonnée d'achats.

Il peut également s'agir d'une stabilisation artificielle des prix pendant une période durant laquelle des conditions normales de marché auraient dû conduire à une baisse des prix.

Les augmentations de prix créent des surcoûts pour les acheteurs qui peuvent affecter à la fois le client initial et des clients indirects à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement.

Il faut distinguer parmi les effets des ententes, le surcoût initial payé par le client direct et sa répercussion éventuelle. Le Guide rappelle (§ 139) qu'il peut être superflu de quantifier les effets des ententes dès lors que l'on a caractérisé les pratiques relevant de l'article 101 TFUE, à savoir des accords et/ou pratiques visant à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques telles que la fixation du prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, l'attribution de quotas de production ou de vente ou la répartition des marchés (y compris la manipulation des appels d'offre).

Une étude réalisée à la demande de la Commission a montré que près de 70 % des ententes présentent un surcoût compris entre 10 et 40 % avec une moyenne autour de 20 %. Une telle estimation peut-elle permettre d'éviter le chiffrage des effets spécifiques d'une entente donnée ? La réponse à cette question relève des règles de droit applicables. Il paraît peu probable que les juridictions françaises l'utilisent autrement que comme une présomption réfragable.

Les surcoûts initiaux peuvent être établis à partir des documents internes ayant servi à caractériser l'entente mais aussi en construisant un scénario contrefactuel à l'aide de la méthodologie exposée précédemment et notamment à l'aide de comparaisons dans le temps et avec d'autres marchés non affectés par l'entente.

### La question de la répercussion des surcoûts entraînés par les ententes

Concernant les questions posées par la répercussion du surcoût, qui est reconnue par le droit français comme moyen de défense, selon un principe consacré par la Cour de cassation dans l'affaire de la lysine<sup>15</sup>, différentes situations peuvent se produire : répercussion partielle ou totale du surcoût sur les clients ou non répercussion et réduction des marges. Dans le premier cas cette répercussion peut entraîner une baisse des volumes ; d'où la nécessité de connaître l'élasticité de la demande en aval.

Cette possibilité de répercussion dépend de l'intensité de la concurrence sur le marché aval. Si ce marché connaît une concurrence parfaite, la répercussion sera vraisemblablement proche de 100 % car les prix se situant déjà au niveau des coûts marginaux, toute hausse de ceux-ci entraînerait des pertes chez les fournisseurs s'ils n'étaient pas répercutés. Si le marché aval n'est pas parfaitement concurrentiel, les fournisseurs n'auront pas nécessairement la possibilité de répercuter intégralement. Le Guide cite différents facteurs susceptibles d'influencer l'ampleur de la répercussion (§ 171) :

- l'élasticité prix de la demande ;
- la variation du coût marginal suivant les modifications de la produc-

tion : si la réduction de la production entraîne une forte baisse des coûts marginaux, la répercussion sera moins probable ;

- l'incidence de l'infraction sur les différents types de coûts : une infraction qui affecte les coûts variables rend la répercussion plus probable que si elle affecte les coûts fixes ;

- la durée de l'infraction : plus elle dure, plus la probabilité de la répercussion augmente.

Afin de déterminer l'effet sur les volumes de vente d'un surcoût, il faut prendre en compte l'impact de la répercussion sur la demande. Si celle-ci est très élastique, il en résultera une baisse de la demande en cas de répercussion du surcoût qui peut entraîner un manque à gagner, lequel s'il est très significatif peut se traduire par une éviction partielle ou totale.

## Les préjudices découlant des pratiques d'éviction

L'éviction des concurrents est visée par les articles 101 et 102 TFUE à travers les pratiques de verrouillage telles que prédation, accords exclusifs, refus de fourniture, ventes liées et groupées.

Ces pratiques ont des répercussions sur les concurrents en les évicant d'un marché ou en les empêchant d'y entrer. Elles se traduisent par des

manques à gagner. Elles ont aussi des effets sur les clients en réduisant la pression concurrentielle ce qui peut se traduire par une augmentation des prix ou une diminution de la qualité et de l'innovation.

Le droit à réparation des pratiques d'éviction est assuré par le Traité et porte à la fois sur les coûts subis et le manque à gagner. Ce dernier peut provenir

d'une baisse des revenus (baisse de la demande) ou d'une hausse des coûts (impact sur les prix des entrants).

Il faut une approche dynamique de ces pratiques car, dans un premier temps, l'auteur de l'infraction peut accepter de baisser artificiellement ses prix pour évincer ses concurrents et les rétablir ensuite sur la base d'un marché élargi du fait de l'éviction.

En théorie, pour déterminer le manque à gagner des concurrents évincés, il faut comparer leurs bénéfices durant les pratiques avec ceux qu'ils auraient dû normalement réaliser dans le scénario contrefactuel. En cas d'éviction totale, les bénéfices deviennent nuls ou même négatifs.

L'entreprise peut également subir, du fait de ces pratiques, des coûts spécifiques pour lutter contre la pratique d'éviction. Il arrive également qu'elle limite sa demande d'indemnisation à ces seuls coûts supplémentaires du fait du caractère plus simple et moins exigeant au niveau probatoire d'une demande se limitant à des coûts effectivement subis qu'il s'agisse des coûts irrécupérables engagés pour entrer sur un marché dont elle a été évincée ou de l'impact excessif des compressions de marge. Le Guide souligne la difficulté de l'établissement de 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 juridiques peuvent conférer 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 ».

Pour les concurrents existants, la démonstration est théoriquement plus simple : comparaison avant-après ou avec une entreprise similaire sur le même marché ou sur un marché autre non affecté par les pratiques ou encore recours aux méthodes de simulation. La comparaison peut se faire dans le temps en montrant que la situation du concurrent lésé aurait été meilleure dans le scénario contrefactuel si celui-ci peut être construit et que l'on dispose de données utilisables sur la période suivant l'infraction. Dans certains cas, on peut s'appuyer sur les parts de marché pour calculer le manque à gagner en déterminant la part

de marché vraisemblable du concurrent évincé en l'absence d'infraction. Le Guide considère que si on suppose que les coûts et revenus unitaires n'auraient pas changé dans le scénario contrefactuel et peuvent être admis par le système juridique, on peut alors estimer le manque à gagner à partir des seules quantités perdues, l'idée étant que l'on peut parvenir ainsi à une première estimation du préjudice, suffisante pour renverser la charge de la preuve (§ 197).

### Le cas particulier des nouveaux entrants potentiellement évincés

La question est autrement plus délicate lorsqu'il s'agit de nouveaux entrants évincés car l'éviction des nouveaux entrants peut leur causer un préjudice très important. 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 évincés ne soient pas rendues pratiquement impossibles ni excessivement difficiles ».

En effet, lorsque des concurrents sont empêchés de rentrer sur un marché, on ne dispose d'aucune donnée sur la période avant l'infraction. Le Guide suggère alors de se tourner vers un marché géographique ou de produits comparables sur lequel l'entreprise est présente pour construire un scénario contrefactuel. De même, concernant les manques à gagner futurs, c'est-à-dire après cessation des pratiques, la situation est encore plus complexe notamment lorsque les concurrents évincés n'ont pas pu retourner sur le marché ou récupérer leur part de marché en raison d'effets toujours sensibles des pratiques. Le Guide considère que cette question relève des « législations nationales » (§ 207) pour déterminer « dans quelles conditions un manque à gagner futur peut être récupéré ou en définissant des règles pragmatiques pour régler cette question au cas par cas ». Il faut notamment prendre en compte le temps vraisemblablement nécessaire pour retourner sur le marché considéré.

Dans les cas où l'entreprise victime de l'éviction était cliente de l'entreprise auteur de l'infraction, elle va subir une hausse de ses coûts ou une baisse de ses volumes et de ce fait un manque à gagner. On se trouve dans des situations analogues à celles des victimes d'une entente.

## Conclusion

1. On constate que l'ensemble des approches méthodologiques suggérées par Le Guide fait évoluer, au nom des principes d'effectivité et d'équivalence, les règles de la responsabilité tant en ce qui concerne la notion de lien de causalité que de certitude du préjudice. En effet, prenant en compte la difficulté de parvenir à des démonstrations parfaites, le Guide souligne la possibilité que doivent avoir les juridictions de se prononcer « sur la base des meilleures estimations approximatives ou de considérations d'équité » ouvrant ainsi, au-delà de la démonstration chiffrée, une certaine part d'estimation permettant au juge d'exercer son propre jugement dans un souci d'application des principes d'effectivité et d'équivalence. La proposition de directive introduit à cet égard la possibilité pour le juge de demander l'aide d'une AC.
2. Il en résulte de fait une inversion de la charge de la

Pour déterminer le manque à gagner des concurrents évincés, il faut comparer leurs bénéfices durant les pratiques avec ceux qu'ils auraient dû normalement réaliser dans le scénario contrefactuel

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.

3. La proposition de directive définit une présomption réfragable de répercussion des surcoûts au détriment des acheteurs indirects. Elle définit également le droit à agir non seulement contre une société, mais aussi à l'encontre de différentes sociétés d'un groupe.

4. Le Guide souligne également l'intérêt de la prise en compte du gain illicite réalisé par l'entreprise responsable de l'infraction pour estimer le préjudice par les parties lésées. Cette approche longtemps exclue par le droit civil a déjà vu son apparition en droit français à travers la transposition de directives communautaires relatives à la contrefaçon.

(16) C. com., art. L. 463-6.

5. Les relations avec les AC sont précisées dans la proposition de directive et ont une incidence sur la quantification des préjudices à travers l'accès aux preuves. Elle rappelle que le bénéfice d'une mesure de clémence ne prémunit pas le bénéficiaire contre les actions en réparation des victimes mais le principe de solidarité de tous les participants aux manquements est atténué pour les bénéficiaires d'une telle mesure car il est limité aux préjudices directs ou indirects (sauf si les autres parties lésées ne peuvent pas obtenir une réparation intégrale des autres auteurs de l'infraction).

La Proposition prévoit par ailleurs, une protection temporaire jusqu'à la clôture de la procédure, des documents que les parties ont établi spécifiquement pour les besoins d'une procédure relevant de l'AC ainsi que ceux que l'AC a établi au cours de sa procédure. Il en est ainsi, *a fortiori* dans le cas des procédures de clémence, qui représentent la grande majorité des enquêtes, qui ne peuvent pas donner droit à la consultation des dossiers. Celle-ci est limitée aux documents et informations pré-existants fournis au soutien de la demande de clémence.

Il existe de plus un secret de l'instruction devant l'AC<sup>16</sup> applicable sauf si la divulgation est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense ou du droit à réparation et sauf, comme il a été indiqué ci-dessus, en ce qui concerne les pièces obtenues dans le cadre de la clémence.

## COMMENT DÉTERMINER LE(S) RESPONSABLE(S) ET RÉPARTIR LA CHARGE DE L'INDEMNISATION : DEUX QUESTIONS PRATIQUES À NE PAS NÉGLIGER<sup>1</sup>

par Muriel Chagny

Directeur du master Contrats concurrence et du laboratoire DANTE de l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales

S'il est fréquemment fait état, à juste titre, de sérieuses difficultés tenant à l'évaluation des dommages et intérêts alloués au titre de la réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles<sup>2</sup>, la question de savoir qui doit assumer la charge de la dette de responsabilité et, en présence d'une pluralité de coresponsables, à concurrence de quelle quotité, apparaît trop souvent négligée alors pourtant qu'elle revêt une grande importance sur le plan pratique. Rien ne sert ou presque de reconnaître un droit à réparation à la victime et de procéder à une estimation aussi exacte que possible des dommages et intérêts si la partie lésée par une entente ou un abus de position dominante n'est pas en mesure, faute de débiteur solvable, d'obtenir le paiement des sommes allouées.

Aussi convient-il de s'intéresser successivement à la désignation des personnes civilement responsables et à la

charge de la dette de dommages et intérêts en cas de coresponsables.

### ■ La désignation des personnes civilement responsables à raison des pratiques anticoncurrentielles

#### Droit civil et droit de la concurrence : un raisonnement différent

De prime abord, on pourrait être enclin à considérer que l'identification des personnes responsables sur le plan civil est plus aisée lorsqu'il est possible de prendre appui sur une décision antérieure d'une autorité de concurrence ayant constaté la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette conviction est d'ailleurs à l'origine de la faveur marquée, notamment par le législateur français dans la loi Hamon du 17 mars 2014, envers les actions consécutives (*follow on*), postérieures à une procédure de concurrence<sup>3</sup>. Elle paraît du reste confortée par le fait que la directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (ci-après la directive) pose, en son article 9, des règles d'ordre probatoire semblant faciliter la désignation des responsables : en vertu

(1) Les points de vue exprimés sont propres à l'auteur et n'engagent pas l'institution à laquelle il appartient.

(2) M. Nussenbaum, « L'évaluation des dommages concurrentiels », AJCA 2014, XXX.

(3) L. n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 1<sup>er</sup>, c. consom., art. L. 423-17 nouv ; Y. Utzschneider et C. Mussi, L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe, AJCA 2014. 222.