

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

CONCURRENCE

Depuis la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 (directive) et sa transposition en France le 9 mars 2017, la CJUE 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 5 ans, la présomption de préjudice (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, même si leur application est inégale, 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.

L'estimation des préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles après la transposition de la directive 2014/104/UE



Étude rédigée par
Maurice Nussenbaum

B

Maurice Nussenbaum, professeur émérite, université Paris-Dauphine-PSL, expert financier agréé par la Cour de cassation (h), président de Sorgem Evaluation

1. Introduction générale

1 - Bilan de l'application de la directive 2014/104/UE.
- On peut dresser un premier bilan de l'application de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres

et de l'Union européenne (directive)¹ et de sa transposition en France le 9 mars 2017 par l'ordonnance n° 2017-303 et le décret n° 2017-305 du même jour, relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles². Il faut rappeler que la CJUE (anciennement CJCE) poursuit l'objectif de rendre plus effectives les réparations des préjudices privés et que la directive s'appuie sur les principes d'effectivité et d'équivalence énoncés dès l'arrêt *Courage* de 2001³.

Pour cela, elle a cherché à lever certaines difficultés probatoires pour les victimes et à s'assurer que les règles nationales régissant le droit à réparation ne soient pas appliquées de manière plus favorable dans certains États que dans d'autres.

2 - La directive a fait le constat qu'on ne peut y parvenir en respectant toutes les règles de preuve et qu'il faut notamment ne pas faire peser tout le poids de la charge de la preuve sur le demandeur. Il faut rééquilibrer cette charge en donnant au demandeur la possibilité d'obtenir des éléments de preuve se rapportant à sa demande. Ce rééquilibrage doit se faire en protégeant le secret des affaires.

Notamment lorsque la répercussion d'un surpris est invoquée comme défense, il convient que ce soit l'intimé qui en apporte la preuve.

De même, lorsqu'il existe des difficultés pour quantifier le préjudice, il convient de présumer, de manière réfragable, que les infractions sous forme d'ententes causent un préjudice parce que ces dernières sont par nature secrètes et rendent plus difficile pour les demandeurs la production des preuves nécessaires (sans que pour autant le quantum soit présumé).

D'une manière générale, le principe d'effectivité pose que les exigences du droit national relatives à la quantification du préjudice ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit à des dommages et intérêts.

3 - 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*⁴), la durée

de prescription de 5 ans, la présomption de préjudice (arrêt *Dortmund*⁵), 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.

A. - Principales dispositions

4 - **Rappel des apports de la directive.** - Les principaux enseignements à tirer de la directive et de sa transposition en France 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) ; ainsi une juridiction nationale saisie d'une action en dommages et intérêts du fait d'une pratique sanctionnée par la Commission européenne ne peut prendre une décision qui irait à l'encontre de cette décision ;
- 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 perdues, « à savoir l'érosion monétaire, mais également la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital »⁶ qui est

D. Bosco ; *Europe* 2014, comm. 236, note L. Idot ; *JCP E* 2019, 1286, note A. Constans.

5 *Cour régionale Dortmund*, 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, Code de procédure civile allemand).

6 *CA Paris*, ch. 5, pôle 4, 14 déc. 2016, n° 13/08975 ; *JCP E* 2017, 1582, Th. d'Alès et A. Constans. - V. *CA Paris*, fiche 7 : Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ? 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 *Mulder et autres c/ Conseil et Commissions* (CJCE, 19 mai 1992, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, *Mulder et a. c/ Comm. et Cons* : *Rec CJCE* 2000, p. I-203, pt 105). - V. sur la fiche 7 de la cour d'appel de Paris : *Actes prat. ing. sociétaire* 2021, n° 180, point sur 6, M. Nussenbaum.

1 *PE et Cons. UE*, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : *JOUE* n° L 349, 5 déc. 2014, p. 1 ; *JCP E* 2014, act. 943 ; *Europe* 2015, alerte 6 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, étude 12.

2 *Ord. n° 2017-303*, 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : *JO* 10 mars 2017, texte n° 29. - *D. n° 2017-305*, 9 mars 2017, relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : *JO* 10 mars 2017, texte n° 31. - V. *JCP G* 2017, 298, S. Carval ; *Contrats, conc. consom.* 2017, alerte 26.

3 *CJCE*, 20 sept 2001, aff. C-453/99, *Courage Ltd c/ Bernard Crahan* : *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 14, S. Poillot-Peruzzetto.

4 *CJUE*, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Vantaan Kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions e.a.* : *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 88, note

Le principe d'effectivité pose que les exigences du droit national relatives à la quantification du préjudice ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit à des dommages et intérêts

« clairement distinct[e] [...] du préjudice résultant de l'érosion du capital »⁷ ;

- 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, al. 1^{er}).

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 (*C. com.*, art. L. 481-5, 3^o) ;

- la solidarité des entreprises qui ont concouru à l'infraction ;
- l'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 close⁸ et ne permet pas par ailleurs l'accès aux pièces issues de la procédure de clémente ou de transaction⁹.

Il faut noter concernant les pièces couvertes par le secret des affaires que 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 ;

- les règles de prescription de l'action : 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 a causé un dommage et a connaissance de l'auteur de l'infraction. La prescription ne court pas tant que la pratique n'a pas cessé.

5 - La Commission européenne a dressé un premier bilan de la mise en œuvre de la directive en décembre 2020¹⁰ et a noté que depuis son adoption, en 2014, « le nombre d'actions de ce type

portées devant les juridictions nationales a considérablement augmenté » et qu'elles sont également devenues plus courantes dans l'UE. De ce fait les droits des victimes ont déjà été considérablement renforcés¹¹.

6 - La directive a pour objet de faciliter les actions privées en dommages et intérêts mais ne se prononce 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 relatif à la quantification des préjudices¹².

7 - **Présentation du Guide pratique.** - Ce Guide¹³ 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 indirects¹⁴.

B. - Guide pratique de 2013

Le Guide de 2013 s'appuie sur les principes d'effectivité et d'équivalence évoqués plus haut. Les juridictions doivent avoir la possibilité de se prononcer sur la base des meilleures estimations approximatives ou de considérations d'équité.

8 - **Scénario contrefactuel.** - Le Guide aborde tout d'abord la question du scénario contrefactuel qui constitue la pierre angulaire de l'indemnisation puisque le préjudice ne peut être établi qu'en comparant la situation réelle ou factuelle à celle qui aurait prévalu sans infraction, la situation contrefactuelle.

Or, comme cette situation contrefactuelle est hypothétique et ne peut généralement 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 présente ensuite les méthodes applicables pour construire ces scénarios en distinguant les infractions ayant entraîné des hausses de prix ou des surcoûts et celles ayant entraîné

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

8 V. PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, art. 6, § 5.

9 PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, art. 6, § 6.

10 Comm. UE, document de travail « 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 » : SWD (2020), 338 final, 14 déc. 2020 (disponible en anglais).

11 Comm. UE, communiqué de presse, *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission publie un rapport sur la mise en œuvre de la directive relative aux actions en dommages et intérêts*, 14 déc. 2020.

12 Comm. UE, *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, 2013.

13 Comm. UE, *Guide pratique 2013*, préc.

14 Comm. UE, communication 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* : JOUE n° C 267, 9 août 2019, p. 4.

des pratiques d'exclusion du fait d'abus de position dominante (APD) qui sont de loin les plus complexes en matière de preuve.

On distingue trois catégories de méthode :

- méthode comparative (ou *but for*) ;
- simulation à l'aide d'analyses économétriques ;
- ou bien encore approches financières.

Ces méthodes soulèvent toutes des difficultés d'application :

- 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.

9 - Application des méthodes pour déterminer le scénario contrefactuel. - Le Guide applique ces méthodes dans deux catégories de préjudices très différents : le cas des ententes avec la question de la répercussion des surcoûts et celui des pratiques d'éviction.

10 - Application des méthodes pour déterminer le scénario contrefactuel. Ententes et répercussion des surcoûts. - 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 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'offres)¹⁵.

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 particulière¹⁶.

Cette analyse a d'ailleurs été suivie dans une décision récente de la cour régionale de Dortmund¹⁷ qui considère les méthodes difficilement applicables en l'espèce et propose à la suite d'une analyse des faits, une estimation à hauteur de 15 % des effets de l'entente corroborée par les résultats des études économiques en la matière.

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, 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 européenne dans son document d'orientation précité¹⁸.

La Commission européenne a souligné qu'un surcoût pouvait être répercuté sur toute la chaîne de production et 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 réfragable 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.

Ces questions ont déjà donné lieu à de nombreuses décisions en Europe.

Nous examinerons en particulier les décisions « *Doux Aliments* » de 2014¹⁹ et « *Cheminova* » de 2015²⁰. Dans la première, la cour d'appel de Paris a conclu à l'absence de répercussion du fait du caractère hautement concurrentiel du marché aval. Mais dans la seconde, 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

¹⁵ *Comm. UE, Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2013, préc., § 139, p. 32.*

¹⁶ *M. Boyer et R. Kotchoni, The econometrics of cartel overcharges : Cirano, 2011, s-35, disponible en français.*

¹⁷ *Cour régionale Dortmund, 30 sept. 2020, 8 O 115/14 (Kart), § 135 à § 160.*

¹⁸ *Comm. UE, communication n° 2019/C 267/07, préc.*

¹⁹ *CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, n° 10/18285, SNC Doux Aliments Bretagne c/ Sté Ajinomoto : JurisData n° 2014-003551 ; Europe 2014, comm. 236, L. Idot ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 139, G. Decocq.*

²⁰ *Tribunal maritime et commercial danois, 15 janv. 2015, n° SH2015.U-0004-07, A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV e.a.*

La directive a pour objet de faciliter les actions privées en dommages et intérêts mais ne se prononce pas sur les méthodes d'appréciation des préjudices

d'une expertise s'appuyant sur l'estimation de l'élasticité des volumes aux prix.

11 - Application des méthodes pour déterminer le scénario contrefactuel - Pratiques d'éviction. - Les pratiques d'éviction des concurrents visées par les articles 101 et 102 du TFUE comprennent les pratiques de verrouillage telles que la prédation, les accords exclusifs, les refus de fourniture, les 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 préjudice²¹ 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.

12 - Allègement de la preuve. - Le Guide suggère en vue de rendre la réparation effective 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 »²². On verra que cet allègement de la preuve vient contrarier les règles habituelles du procès et a du mal à se matérialiser, notamment en France.

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 le demandeur peut parvenir à une première estimation du préjudice suffisante pour renverser la charge de la preuve²³.

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 évincés ne soient pas rendues pratiquement impossibles ni excessivement difficiles »²⁴.

Cela tient bien évidemment aux difficultés inhérentes à la construction d'un scénario contrefactuel suffisamment pro-

bant 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 pratique 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, dans le cas d'un cartel, de démontrer le lien direct entre la faute et le quantum des dommages allégués avec la décision de la cour régionale de Dortmund²⁵ - qualifiée par certains commentateurs de « Big Bang »²⁶ - 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, du Code de procédure civile allemand (Zivilprozessordnung, ZPO) et que le juge doit faire usage de la faculté prévue... c'est-à-dire estimer librement le montant du préjudice subi²⁷. Néanmoins ces questions relèvent des juridictions nationales qui ont toute latitude pour apprécier le standard de preuve requis.

2. Enseignements de la jurisprudence

13 - On peut s'interroger sur l'opportunité d'analyser aujourd'hui ces décisions 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 CJUE 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 TFUE²⁸.

21 *Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.*, § 193, p. 67.

22 *Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.*, § 193, p. 67.

23 *Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.*, § 197, p. 71.

24 *Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.*, § 200, p. 72.

25 *Cour régionale Dortmund, 30 sept. 2020, 8 O 115/14 (Kart), préc.*

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

27 *Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.*, § 133.

28 *Comm. UE, document de travail « 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*

Cependant, comme l'a rappelé Irène Luc²⁹ 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 législatives³⁰.

- 14 - Plusieurs questions doivent être examinées :
- l'entité responsable du préjudice et le droit à agir ;
 - la durée de prescription ;
 - la compétence internationale du juge français (et de la portée du « *binding effect* » (effet liant) ;
 - la présomption de préjudice inférée de la faute ;
 - les intérêts compensatoires ;
 - le *passing on* ;
 - la communication des pièces.

On peut également ajouter dans ce contexte, la question de la prise en compte du secret des affaires qui découle des mêmes textes (*V. not. 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 2018³¹ et le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018³² relatifs à la protection du secret des affaires qui eux-mêmes sont la transposition en droit français de la directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires)³³ sont venus compléter les outils à disposition du juge et des justiciables.

- 15 - On abordera successivement les principaux domaines relatifs à la détermination du préjudice.

and the European Union » : SWD (2020), 338 final, 14 déc. 2020, préc., pt 17 et 18.

- 29 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.
- 30 *V. également, T. com. Paris*, 28 janv. 2019, n° 2017025084, *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 : état des lieux en France et dans l'Union*, préc., webinar du 17 au 22 juin 2020 : *Concurrences* mai 2019.
- 31 L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires : JO 31 juill. 2018, texte n° 1 ; JCP E 2018, act. 687 ; JCP G 2018, 888, aperçu rapide S. Schiller ; *Prop. industr.* 2020, comm. 48, J. Larrieu.
- 32 D. n° 2018-1126, 11 déc. 2018, relatif à la protection du secret des affaires : JO 13 déc. 2018, texte n° 6 ; JCP E 2018, act. 946 ; JCP G 2019, 60, entretien par M. Danis et Th. Lautier ; *Rev. int. Compliance* 2019, comm. 35, S. Scemla et E. Nouchy.
- 33 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2016/943, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : JOUE n° L 157, 15 juin 2016, p. 1.

A. - Entité responsable du préjudice

16 - 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 »³⁴. 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 concernées³⁵ (principe de continuité économique)³⁶.

Dans l'affaire *Skanska*³⁷, les défendeurs, qui avaient été condamnés pour pratique anticoncurrentielle, 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 »³⁸.

De plus, cette notion d'entité responsable est régie par le droit de l'Union européenne et non pas par celui des États³⁹.

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] »⁴⁰ : 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.

34 CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, pt 21 : *JurisData* n° 1991-500013.

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

36 *V. sur le principe de continuité économique*, JCl. Europe *Traité, Synthèse* 160 : *Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE*, n° 52. - JCl. Europe *Traité, fasc. 1400, Droit de la concurrence de l'Union européenne : champ d'application des articles 101 et 102 TFUE*, n° 28 à 30.

37 CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Skanska*, préc.

38 *Concl. av. gén. N. Wahl ss CJUE*, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Skanska*, préc., pt 76.

39 CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Skanska*, préc., pt 34.

40 CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Skanska*, préc., pt 50.

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

17 - Dans une autre affaire, la CJUE⁴¹ a jugé que les participants à un cartel peuvent être responsables des conséquences dérivées de leurs pratiques ayant affectées 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'espèce, un organisme octroyant des subventions sous forme de prêts à conditions privilégiées, au Land de Haute-Autriche a demandé 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 a indiqué 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'article 101 TFUE et de préserver l'effet utile de cette disposition* »⁴².

18 - Dans le même ordre d'idée, l'arrêt Tibor-Trans⁴³ 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 elle n'a pas de lien contractuel avec le participant du cartel.

B. - Durée de prescription

19 - On a rappelé précédemment que l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 définit « *un délai [de prescription] de cinq ans* » qui « *commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître [les faits]* » (C. com., art. L. 482-1). 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 5 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.

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

42 CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-435/18, *préc.*, pt 30. - V. 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.

43 CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-451/18, *Tribor-Trans c/ DAF trucks NV* : *JurisData* n° 2019-014733 ; *JDI* 2020, *chron.* 4, obs. M. Chagny ; *Europe* 2019, comm. 406, L. Idot ; *JCP E* 2019, act. 565.

20 - **Affaire Cogeco Communications.** - La CJUE a précisé, dans un arrêt préjudiciel, rendu le 28 mars 2019⁴⁴, 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 pres-

crits selon les règles prévues par la directive et non par celles de la réglementation nationale en vigueur qui :

- prévoit 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 ;
- 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 avant même sa transposition.

21 - **Affaire EMC2.** - De même, comme l'a rappelé Irène Luc⁴⁵, la cour d'appel de Paris 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 2010⁴⁶.

De plus, comme le rappelle la fiche 10^b de la cour d'appel de Paris⁴⁷ 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.

22 - 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.

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

45 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, *préc.*

46 *Aut. conc.*, déc. n° 10-D-39, 22 déc. 2010, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.* - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/11824, B. et EMC2 c/ SA Signaux Girod e.a. - V. Cass. com., 27 janv. 2021, n° 18-16.279 (rejet).

47 *Fiche 10b : comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?* - V. également, *Actes prat. ing. sociétaire* 2021, n° 180, point sur 6, M. Nussenbaum.

C. - Compétence internationale du juge français

23 - Par un arrêt du 7 janvier 2020, la cour d'appel de Paris⁴⁸, a confirmé la décision de compétence affirmée par le tribunal de commerce de Paris le 27 juin 2019⁴⁹ pour statuer sur les demandes de la société relatives aux sites internet que celle-ci exploite sur le territoire français et qui sont destinés à des publics non seulement français mais aussi européens⁵⁰.

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 »⁵¹.

À partir de cette analyse, la cour d'appel considère que le marché affecté par l'APD 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 destinés⁵². La cour d'appel ne précise cependant pas, comme l'a fait la CJUE, que la France constitue « le marché essentiellement affecté »⁵³.

D. - Présomption du préjudice inférée de la faute et son quantum

24 - Cette présomption n'existe que jusqu'à preuve du contraire (elle est réfragable), ne s'applique qu'au cas des ententes horizontales, ne concerne que l'existence du lien de causalité entre faute et préjudice et ne dit rien sur l'étendue des dommages.

Même dans ce cas il faut que le lien de causalité entre la faute et l'étendue du préjudice soit bien établi comme l'a illustré le jugement Provera⁵⁴ dans une affaire opposant la SAS Provera France, Cora et Supermarchés Match au groupe Lactalis. Il faut cependant rappeler que cette affaire portait sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive.

Bien qu'ayant retenu un raisonnement prenant en compte la présomption de préjudice, le tribunal de commerce de Paris a débouté les demandeurs considérant que les deux distributeurs

n'ont pas établi le lien entre l'entente entre les producteurs et l'augmentation des prix des producteurs non-membres de l'entente et celle des produits sous marque de distributeur.

Le tribunal 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. De plus l'existence même du surprix n'a pas été établie.

Il faut cependant évoquer l'arrêt Dortmund⁵⁵ où la cour s'est dispensée de l'établissement d'un scénario contrefactuel pour estimer les dommages en s'appuyant sur un faisceau d'indices découlant de l'existence d'un cartel.

25 - Nous allons évoquer d'autres décisions emblématiques à cet égard, trois concernant les ententes horizontales et deux concernant les conséquences d'une éviction :

- l'affaire Doux Aliments c/ SARL Doux Aliments c/ SA Roullier et SAS Timab Industries ;
- l'affaire B. et EMC2 c/ SA Signaux Girod e.a. ;
- l'affaire SASU Johnson et Johnson c/ SAS Carrefour France ;
- l'affaire SCP B. R. c/ Orange ;
- l'affaire GIE Pari Mutuel Urbain c/ Betclac.

1° Cas d'ententes horizontales

a) Affaire SARL Doux Aliments : prescription et présomption de préjudice

26 - L'affaire Doux Aliments⁵⁶ soulève à la fois la question de la prescription (*C. com.*, art. L. 481-1, L. 481-3, L. 481-5, et *C. com.*, art. L. 481-8 à L. 481-14, pour les règles de prescription des créances de réparation)⁵⁷ 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 et la question de la présomption de préjudice (*C. com.*, art. L. 481-5, L. 481-4, L. 481-6 et L. 481-7, pour les présomptions) en cas d'entente.

27 - **Prescription.** - Concernant la prescription, la cour d'appel indique que le dommage n'a été révélé aux sociétés Doux Aliments que par le prononcé de la décision de la Commission européenne du 20 juillet 2010⁵⁸.

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

48 CA Paris, 7 janv. 2020, n° 19/12553, Google c/ Le Guide.

49 T. com. Paris, 27 juin 2019, n° 2017015670.

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

51 *Jurisprudence constante depuis l'arrêt Bier*, CJCE, 30 nov. 1976, aff. C-21/76.

52 R. Amaro et B. Thomas, *Le contentieux de la réparation des pratiques anti-concurrentielles* (déc. 2019-mai 2020) : *Concurrences* n° 3-2020, préc., p. 218, § 41 et 42.

53 CJUE, 5 juill. 2018, aff. C-27/17, Fly LAL : *JurisData* n° 2018-012418 ; *Europe* 2018, comm. 405, note L. Idot ; *Procédures* 2018, comm. 290, C. Nourissat.

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

55 *Cour régionale Dortmund*, 30 sept. 2020, 8 O 115/14 (Kart), préc.

56 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101, SARL Doux Aliments c/ SA Roullier et SAS Timab Industries : *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 89, obs. G. Decocq. - CA Paris, 23 juin 2021, n° 17/04101.

57 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, préc., p. 5.

58 *Comm. UE*, 20 juill. 2010, décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/38866 Phosphates pour l'alimentation animale).

Pour le droit de la concurrence, l'entité responsable n'est pas uniquement la personne morale qui commet la faute mais l'entreprise

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 2017⁵⁹ 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 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.

28 - Présomption de préjudice. - Dans cette affaire⁶⁰ les parties ne contestent pas la faute mais 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 son égard.

L'arrêt indique que le demandeur n'apportait pas la preuve des surfacturations subies puisqu'il n'était pas en mesure de construire un scénario contrefactuel permettant de mesurer le surcoût subi.

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

Concernant la faute non contestée par les défendeurs, les demandeurs soutenaient que la condamnation de l'entente sur les prix des intimés le 20 juillet 2010⁶¹ entraînait l'existence d'un lien de causalité entre les préjudices allégués et la faute concurrentielle.

Les intimés estimaient que Doux n'avait pas démontré que l'entente avait eu un effet sur les prix et 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, même dans le cas d'un cartel, l'existence d'un lien de causalité entre l'entente et les préjudices allégués.

Mais 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.

Elle va de ce fait ordonner une expertise pour fixer le quantum du préjudice en demandant à l'expert d'établir un scénario

contrefactuel pour déterminer le niveau de prix qui aurait prévalu en l'absence d'entente, en ayant notamment recours à une approche « avant/après », « notamment au regard des évolutions postérieures des prix [...] après la cessation de l'entente ».

De ce fait, le demandeur bénéficie bien d'une présomption de préjudice mais son étendue et son quantum restent à établir. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, après dépôt du rapport⁶² d'expertise, a constaté que l'absence de mise en évidence des faits de l'entente par le rapport d'expertise ne signifiait pas que l'entente n'a pas eu d'effets mais uniquement qu'il n'a pas été possible d'établir l'existence d'un surcoût lui étant attribuable. L'arrêt écarte également l'hypothèse d'une perte de chance et limite de ce fait l'indemnité à 109 176 € auxquels elle ajoute un préjudice moral de 30 000 €.

La Cour de cassation a rejeté le 31 mars 2021⁶³ le pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt⁶⁴.

b) Affaire EMC2 ou la preuve impossible

29 - L'existence d'un cartel, à l'origine de la demande d'indemnisation a été sanctionnée par une décision de l'ADLC du 22 décembre 2010⁶⁵ à l'encontre des huit principaux fabricants de panneaux de signalisation routière. Les victimes sont les collectivités locales et le demandeur n'est pas une victime directe du cartel car il s'agit simplement d'un concurrent qui a été empêché de répondre à un appel d'offres en vendant aux concurrents sans être producteur de panneaux à des prix non compétitifs.

En conséquence, la cour d'appel saisie par B. et la société EMC2⁶⁶ va écarter toute présomption de lien de causalité entre les faits litigieux et l'étendue du 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 directement à l'origine des préjudices qu'elle allègue.

59 T. com. Rennes, 12 janv. 2017, n° 2015F00497.

60 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101, SARL Doux Aliments c/ SA Roullier et SAS Timab Industries : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 89, obs. G. Decocq.

61 Comm. UE, 20 juill. 2010, décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE.

62 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 23 juin 2021, n° 17/04101, SARL Doux aliments c/ SA Cie financière et de participations Roullier, SAS Timab industries.

63 Cass. com., 31 mars 2021, n° 19-14.877.

64 V. note 60.

65 Aut. conc., 22 déc. 2010, n° 10-D-39, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale 1.

66 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/11824, B. et EMC2 c/ SA Signaux Girod e.a.

De même concernant l'éviction dont elle a été victime, la cour va considérer qu'ayant été évincée, elle a « choisi » de sortir du marché car elle a cédé cette partie d'activité sans justifier que cela était dû au cartel. Elle 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, même dans le cas d'un cartel.

En pratique la cour d'appel a estimé que la société EMC2 n'avait pas apporté la preuve qu'elle aurait acheté des panneaux de signalisation routière pour les revendre dans la deuxième période où elle avait cédé son activité.

La Cour de cassation⁶⁷ va approuver le raisonnement de la cour d'appel et noter que cette dernière n'a pas subordonné « *par principe la réparation d'un préjudice à la preuve de l'exercice d'une activité effective sur le marché affecté* ».

Le seul fait que le chiffre d'affaires de EMC2 ait baissé concomitamment à l'existence du cartel ne justifiait pas une indemnisation à hauteur de cette perte de chiffre d'affaires. Le préjudice se limite à la perte de chance de remporter un appel d'offre.

Dans tous les cas, les entreprises alléguant un préjudice doivent prouver le lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice allégué car l'existence du préjudice même présumée ne suffit pas à établir son quantum.

c) Affaire SASU Johnson & Johnson c/ SAS Carrefour France

30 - Les espoirs d'une prise d'effet anticipée de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, au nom du principe d'effectivité, se trouvent infirmés par cette décision récente⁶⁸.

La SAS Carrefour France indique être victime de hausses de prix anormales du fait de la société Johnson & Johnson qui a participé à une entente portant sur les produits d'hygiène sanctionnée par l'ADLC dans une décision du 18 décembre 2014⁶⁹. En conformité avec l'esprit de l'ordonnance, la cour considère que c'est la décision de l'ADLC qui caractérise l'événement à compter duquel la victime pouvait exercer son droit. De même, la cour considère que cette décision permet d'établir à la fois l'existence et l'imputabilité de l'infraction.

Néanmoins la cour s'arrête en chemin et considère que les demandeurs ne peuvent se prévaloir de l'ordonnance et doivent se référer au régime de droit commun de l'action en indemnisation des dommages nés de pratiques anticoncurrentielles applicables avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de trans-

position de la directive. Il incombe donc au demandeur de prouver que l'infraction est bien à l'origine de son préjudice et de démontrer qu'il n'a pas répercuté sur les consommateurs le surcoût lié à l'infraction alors que le tribunal avait reconnu l'impossibilité d'une telle répercussion⁷⁰. La cour n'applique ainsi pas les règles issues de la transposition de la directive⁷¹.

2° Conséquences de l'éviction et de la présomption de préjudice

a) Préjudice d'éviction résultant d'une pratique anticoncurrentielle

31 - Il s'agit dans cette affaire⁷² d'un abus de position dominante (APD) pour lequel la présomption de préjudice n'est pas admise.

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

Les pratiques de France Telecom ont été sanctionnées par le Conseil de la concurrence⁷³ qui a considéré que cette dernière avait commis un APD.

Dans le cadre d'une longue procédure ayant donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁷⁴, la cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 27 mai 2015⁷⁵ que la société Lectiel a subi, suite à l'APD de France Telecom, devenue Orange, un préjudice de perte de chance pour le développement de ses activités de marketing direct.

Les parties se sont accordées pour considérer (ce qui a été confirmé par la Cour de cassation) 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 2015⁷⁶. L'expert a relevé qu'il ne disposait pas d'assez d'éléments pour quantifier le chiffre d'affaires hypothétique qu'aurait détenu la

⁶⁷ Cass. com., 27 janv. 2021, n° 18-16.279, EMC2.

⁶⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 avr. 2021, n° 19/19448, SASU Johnson & Johnson c/ SAS Carrefour France : Contrats, conc. consom. 2021, comm. 104, D. Bosco.

⁶⁹ Aut. conc., déc. n° 14-D-19, 18 déc. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps.

⁷⁰ T. com. Paris, 15^e ch., 23 sept. 2019, n° 2017013944 : JurisData n° 2019-025241.

⁷¹ V. D. Bosco, Actions privées : entre le droit d'hier et celui de demain : Contrats, conc. consom. 2021, comm. 104, préc.

⁷² CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 avr. 2018, n° 14/14758, SCP B. R. c/ Orange : JurisData n° 2018-005676.

⁷³ Cons. conc., déc. n° 98-D-60, 28 sept. 1998. - Confirmée par CA Paris, 29 juin 1999, n° 1999/01269 : JurisData n° 1999-023446.

⁷⁴ Cass. com., 4 déc. 2001, n° 99-16.642 : JurisData n° 2001-012012. - Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427 et 08-21.768 : JurisData n° 2010-002593 ; Comm. com. électr. 2010, comm. 122, M. Chagny. - Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-29.482 : JurisData n° 2014-012123.

⁷⁵ CA Paris, 27 mai 2015.

⁷⁶ Il convient de rappeler que l'auteur de cet article a été consulté, par une des parties dans cette affaire avec Sorgem Evaluation.

Dans tous les cas, les entreprises alléguant un préjudice doivent prouver le lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice allégué

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€) ce qui, compte tenu du taux de marge retenu, a conduit à un préjudice de 1,4 M€ contre une demande de 145 M€.

Cette affaire illustre les difficultés inhérentes à l'établissement d'un préjudice d'éviction.

En effet, le défendeur est toujours en mesure de souligner les incohérences du scénario contrefactuel. À cet égard, l'intérêt de la directive réside essentiellement dans le renversement de la charge de la preuve comme l'a montré le cas EMC2 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 quantum⁷⁷.

b) Préjudice d'éviction résultant d'un abus de position dominante

32 - Dans une affaire opposant SAS 10 Médias et SAS L'Equipe⁷⁸, la cour d'appel rappelle que, même si la faute civile est établie du fait de la décision en amont de l'Autorité de la concurrence⁷⁹ qui a jugé que la Société Editions Philippe Amaury a mis en œuvre une pratique d'éviction du quotidien Le10Sport.com sur le marché du lectorat de la presse quotidienne nationale d'information sportive, il n'en demeure pas moins que la victime de la pratique anticoncurrentielle doit démontrer l'existence d'un lien de causalité entre cette pratique et le dommage allégué.

Dans ce contexte, la cour d'appel retient des écrits des parties, l'existence des préjudices (comme le tribunal de commerce de Paris l'a fait précédemment⁸⁰) et considère que la SAS 10 Médias a subi un préjudice de gain manqué sur la période effective de parution du quotidien Le 10sport, ainsi qu'un préjudice de gain manqué au titre du site internet Le10Sport.com mais, à la différence du tribunal, ne retient pas de préjudice de perte de chance sur le site Internet, considérant l'absence d'une éventualité sérieuse de réaliser une marge annuelle positive avec le 10Sport.com postérieurement à sa période de commercialisa-

tion. Elle rajoute un préjudice moral du fait de l'atteinte à l'image de 10 Médias auprès du public à hauteur de 100 000 € contre une demande de 3 M€.

Au total la cour d'appel retient un préjudice de 2 M€ contre des demandes d'environ 50 M€. Cette décision a été prise sur la base notamment des rapports

des experts conseils des parties.

33 - Il s'agit également, dans cette affaire GIE Pari Mutuel Urbain c/ Betclac, d'un APD n'entraînant pas de présomption de préjudice⁸¹.

Par un jugement du 22 février 2018, le tribunal de grande instance de Paris⁸² 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 (PMU) entre mai 2010 et décembre 2015 constituait une pratique anticoncurrentielle et que de ce fait le PMU avait abusé de sa position dominante bien que l'ADLC n'ait pas caractérisé la pratique.

Le PMU ayant contesté cette décision, la cour d'appel de Paris a considéré 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 démontrée 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 n'évoque pas une éventuelle présomption de préjudice 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 Betclac ne sont pas assez probantes ; elle confirme donc la décision d'expertise rendue par le TGI de Paris en y ajoutant la détermination des éventuels préjudices futurs et le taux d'actualisation des préjudices.

34 - À ce stade on constate en se plaçant dans l'esprit de l'ordonnance, que les préjudices d'éviction ne sont pas *a priori* écartés faute de démonstration, comme dans l'affaire EMC2 précitée,

77 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/11824, B. et EMC2 c/ SA Signaux Girod e.a., préc.

78 CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 23 févr. 2022, RG n° 19/19239.

79 Aut. conc., déc. n° 14-D-02, 20 févr. 2014.

80 T. com. Paris, 11 juin 2019, RG n° 2013004738.

81 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 12 sept. 2018, n° 18/04914, GIE Pari Mutuel Urbain c/ Betclac : JurisData n° 2018-015451.

82 TGI Paris, 22 févr. 2018, n° 15/09129 : JurisData n° 2018-004044 ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 93, G. Decocq.

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 et ne suffisent pas nécessairement à justifier de l'étendue du préjudice.

On note cependant, à travers ces exemples que malgré les efforts d'harmonisation demandés par la Commission, notamment à travers les guides qu'elle a élaborés, il reste une grande diversité d'approches sur les préjudices.

En matière de cartel les juridictions ont été bien accueillantes sur le lien de causalité. Sur les autres pratiques, le lien de causalité est établi par les pièces du dossier. La Cour de justice, quant à elle a une interprétation très large, régie par l'article 101 du TFUE du lien de causalité comme l'a montré la décision Otis⁸³.

E. - Intérêts compensatoires

35 - 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 qui donne lieu à l'établissement d'intérêts compensatoires.

Comme le rappelle la décision Digicel⁸⁴ : « *le préjudice de trésorerie résulte de la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital alloué en réparation du préjudice initial de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation. Il est réparé par le paiement d'intérêts compensatoires* ».

Nous avons cependant établi⁸⁵ que la reconnaissance de ce principe n'induit pas pour autant l'existence systématique, au niveau du quantum, d'un préjudice distinct de celui résultant de l'écoulement du temps. C'est ce qui est reconnu dans plusieurs décisions récentes.

Il faut rappeler que dans des jurisprudences antérieures à la transposition de la directive en 2017, différentes décisions relatives à l'industrie des télécoms s'étaient appuyées sur les taux de rentabilité fixés par l'ARCEP pour la rémunération du capital employé pour la comptabilisation des coûts et le contrôle tarifaire des activités régulées⁸⁶.

83 CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-435/18, préc.

84 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 17/23041, SA Digicel Antilles Françaises Guyane c/ SA Orange ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 129.

85 M. Nussenbaum, *Le préjudice du temps qui passe : approche économique des intérêts moratoires et compensatoires* : RD bancaire et fin. 2017, étude 26, § 10. - V. M. Nussenbaum, *La place des intérêts compensatoires (ou « pre-judgment interest ») dans l'évaluation des préjudices* : Contrats, conc. consom. 2018, étude 13.

86 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.

Le tribunal de commerce de Paris⁸⁷ et la cour d'appel de Paris⁸⁸, dans un autre secteur, le tourisme (arrêt Switch⁸⁹), prenant en compte la double composante du préjudice - érosion monétaire et perte de chance - avaient infirmé un rapport d'expertise qui avait conclu 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 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 de la réalité d'une réelle perte d'opportunité la victime⁹⁰.

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

a) Outremer Telecom c/ Orange

36 - Il s'agit d'indemniser les conséquences pour la victime du retard dans la mise à disposition des sommes correspondant aux dommages reconnus par le juge⁹¹.

Il s'agit donc de caractériser et d'évaluer une éventuelle perte de chance.

La cour énonce qu'il revient 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 doit démontrer que cette non-disponibilité 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 Outre-mer 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 mais la cour décide de le majorer de 0.5 point sans justification particulière si ce n'est, selon nous, de tenir compte du volet perte de chance mentionné plus haut.

87 T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2015, n° 2010/073867.

88 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 déc. 2016, n° 13/08975 : JurisData n° 2016-031086.

89 Cass. com., 29 janv. 2020, n° 17-15.156.

90 V. RD bancaire et fin. 2017, étude 26, M. Nussenbaum, préc.

91 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 10 mai 2017, n° 15/05918, Outremer Telecom c/ Orange : JurisData n° 2017-029329.

En matière de cartel les juridictions ont été bien accueillantes sur le lien de causalité

b) SCP B. R. c/ SA Orange

37 - 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 du fait de l'absence de démonstration d'une perte de chance de réaliser des projets plus rentables⁹².

c) Doux Aliments c/ Roullier et Timab Industries

38 - La cour renvoie à l'expertise le soin de déterminer « les taux d'actualisation des préjudices », permettant de calculer « le préjudice de trésorerie allégué »⁹³.

L'expert a actualisé ce montant par application du taux d'intérêt légal faute d'élément communiqué par Doux sur ses emprunts et dettes et sur l'usage que celle-ci aurait fait des sommes dont elle a été privée⁹⁴.

On constate donc à travers ces trois affaires un même principe mais des solutions qui ont évolué dans le temps.

d) SA Digicel Antilles Françaises Guyane c/ SA Orange⁹⁵

39 - Cette affaire va consacrer la doctrine actuelle.

Le tribunal de commerce de Paris⁹⁶ avait, dans cette affaire, 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 du capital (dans le cas présent sera retenu le taux de rémunération du capital des activités mobiles calculé par l'AR-CEP soit 10,4 %) ».

La cour d'appel de Paris⁹⁷ a cependant écarté l'application du taux 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 d'autant plus que la société a procédé à des distributions de dividendes durant la période affectée, ce qui a été interprété par la cour

d'appel comme l'absence d'emplois alternatifs plus rentables.

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. De ce fait, en l'espèce, la perte de chance d'éviter l'emprunt est quasi certaine. En fait, si la cour retient bien de manière générale une qualification de perte de chance pour ces préjudices d'indisponibilité de trésorerie, dans le cas présent d'indemnisation au taux d'emprunt, elle considère « qu'il n'y a pas lieu d'intégrer un coefficient d'aléa dans la mesure où le taux d'intérêt moyen de 5,3 % est le montant certain de l'économie qui aurait été réalisée s'il n'y avait pas eu les pratiques »⁹⁸.

Pour la période postérieure, elle retient le taux légal correspondant à un placement sans risque.

Il faut également noter que la cour retient comme point de départ de l'actualisation, le commencement des pratiques ce qui est plus cohérent avec le principe de réparation intégrale que la date de l'assignation ou celle de la fin des pratiques.

2° Tribunal de commerce de Paris

a) SAS Medias RCS c/ SA les Éditions Amaury⁹⁹

40 - Le tribunal¹⁰⁰ 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 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 à payer « la somme [...] avec intérêt au taux légal et capitalisation des intérêts à compter de l'assignation ».

Cette solution est confirmée par la cour d'appel¹⁰¹ qui indique que « la perte de chance peut-être évaluée en appliquant à la somme dont la société victime a été privée, le taux d'intérêt légal correspondant à un placement sans risque » Dans les deux cas le motif est que le demandeur ne justifie pas d'avoir été privé de la réalisation d'un projet avec des financements alternatifs ce qui entraîne qu'il n'a pas prouvé avoir subi un préjudice spécifique.

92 V. § IV 2. 2.2.1.

93 V. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101, préc. - § IV 2. 2.1.1.

94 V. CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 23 juin 2021, n° 17/04101, préc.

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

96 T. com. Paris, 15^e ch., 18 déc. 2017, n° 2009016849, Digicel Antilles Françaises Guyane c/ Orange Caraïbes : JurisData n° 2017-029745.

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

98 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 17/23041, préc.

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

100 T. com. Paris, 13^e ch., 11 juin 2019, n° RG 2013004738.

101 V. note supra 78.

b) SAS Carrefour France c/ Vania Expansion SAS

41 - Le tribunal¹⁰² rappelle la double composante du préjudice, érosion monétaire et perte de chance mais 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* ».

Il note cependant que la SAS 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, et il décide 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.

Par ailleurs, comme on l'a noté plus haut, la cour d'appel n'a pas retenu l'existence d'un préjudice dans l'affaire opposant Johnson & Johnson à Carrefour¹⁰³.

Ainsi 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. En pratique, le recours au WACC a été écarté dans les décisions récentes et semble difficile à établir ce qui peut se comprendre en se référant à la théorie financière de l'absence de repas gratuit (on ne rémunère pas un risque qui n'est pas supporté mais on indemnise une perte d'opportunité à condition qu'elle soit rigoureusement établie).

F. - Passing on

42 - Le principe du préjudice des victimes directes et indirectes a été développé dans le Guide de la Commission de 2013¹⁰⁴ et surtout dans la communication de la Commission du 9 août 2019¹⁰⁵.

On rappelle que sur ce thème la directive et l'ordonnance ont prévu un renversement de la charge de la preuve en considérant qu'était présumée la non-répercussion sur les consommateurs des hausses de prix issues des ententes et qu'il revenait à l'intimé d'établir cette répercussion. On a noté plus haut que les recommandations de la directive et de l'ordonnance n'ont pas été suivies dans la décision SASU Johnson et Johnson c/ Carre-

four évoquée plus haut¹⁰⁶ pour des raisons de date d'application de ces textes tout en méconnaissant ainsi la portée du principe d'effectivité. Une décision de novembre 2021- SAS Supermarchés MATCH, SAS CORA c/SNC NOVANDIE, SNC LACTALIS NESTLE ULTRA FRAIS MDD et al¹⁰⁷, prend en compte les demandes du demandeur sur la base d'études économiques.

43 - Deux décisions sont évoquées dans la communication de la Commission européenne¹⁰⁸ :

- Cheminova (2015)¹⁰⁹ ;

- Doux Aliments Bretagne c/ Ajinomoto (2014)¹¹⁰.

1° Affaire Cheminova

44 - Le tribunal danois¹¹¹ 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 qui ont montré 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 demandeur avait soutenu que le marché était très concurrentiel et empêchait toute répercussion.

2° Affaire Doux Aliments Bretagne c/ Ajinomoto

45 - Il s'agit d'un arrêt de renvoi après cassation¹¹². Le tribunal de commerce de Paris avait rejeté la demande initiale de la société Doux Aliments Bretagne¹¹³ au motif qu'elle n'avait pas prouvé son incapacité à répercuter la hausse anormale du prix de la lysine.

Un premier arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 10 juin 2009¹¹⁴ a infirmé le jugement et avait condamné la société Ajinomoto Eurolysine à payer des dommages et intérêts à la société Doux Aliments Bretagne.

La Cour de cassation, dans un arrêt de 2010 largement commenté, a considéré que la cour d'appel n'avait pas justifié sa dé-

106 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 avr. 2021, n° 19/19448, préc.

107 CA Paris, ch. 5.4, 24 nov. 2021, n° 20/04265.

108 Comm. UE, communication n° 2019/C 267/07, préc., § 110.

109 Handelsretten (tribunal maritime et commercial danois), 15 janv. 2015, SH2015.U-0004-07, Cheminova A/S c/ Akso Nobel Functionnal Chemicals BV e.a.

110 CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, n° 10/18285, SNC Doux Aliments Bretagne e.a. c/ Sté Ajinomoto Eurolysine : JurisData n° 2014-003551 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 139, note G. Decocq ; Europe 2014, comm. 236, L. Idot.

111 Handelsretten (tribunal maritime et commercial danois), 15 janv. 2015, SH2015.U-0004-07, préc.

112 CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, n° 10/18285, préc., rendu après Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15.816 : JurisData n° 2010-009653 ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 232, M. Malaurie-Vignal.

113 T. com. Paris, 29 mai 2007.

114 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 10 juin 2009, n° 07/10478.

102 T. com. Paris, 15^e ch., 4 nov. 2019, n° 2017013952.

103 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 avr. 2021, n° 19/19448, SASU Johnson & Johnson c/ SAS Carrefour France, préc.

104 Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.

105 Comm. UE, communication n° 2019/C 267/07, Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects : JOUE n° C 267, 9 août 2018, p. 4.

On peut retenir que la charge de la preuve du *passing on* est laissée au demandeur, ce qui en soi ne satisfait pas pleinement au principe d'effectivité

cision d'accepter les demandes de la société Doux Aliments car cette dernière n'avait pas justifié l'impossibilité de répercuter les surpris dans leurs prix de vente. La cour d'appel de renvoi dans son arrêt de 2014¹¹⁵ a cependant conclu que le demandeur avait bien 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.

46 - Dans une autre décision Doux Aliments de 2019, évoquée précédemment¹¹⁶, concernant une entente de producteurs de phosphates pour l'alimentation animale, la cour d'appel de Paris a considéré que Doux Aliments avait subi un préjudice dû aux surpris imposés par les défendeurs et s'appuyant sur le renversement de la charge de la preuve introduit par la directive, ne retient pas l'argument des défendeurs consistant à mettre à la charge de Doux Aliments la démonstration de l'absence de répercussion du surcoût sur ses clients. Cependant elle ne statue pas sur le préjudice qu'elle renvoie à l'expertise.

Dans une autre affaire, SAS Supermarchés MATCH, SAS CORA c/SNC NOVANDIE, SNC LACTALIS NESTLE ULTRA FRAIS MDD et al¹¹⁷, affaire de *follow on* après décision de l'ADLC du 11 mars 2015 (15-D-03) qui a sanctionné une entente entre différentes sociétés fabriquant des produits laitiers dont celles intimées dans l'affaire, les sociétés Cora et Match ont demandé réparation du préjudice qu'elles estimaient avoir subi du fait des pratiques identifiées par la décision de l'ADLC. Elles s'appuyaient sur une étude économique pour justifier différents surcoûts subis dans leurs achats qu'elles avaient bien identifiés sur l'ensemble de la période visée (entre septembre 2009 et décembre 2015). Elles demandaient en plus un préjudice d'ombrelle, considérant que des entreprises non parties à l'entente se sont placées dans le sillage des entreprises visées pour accroître leurs prix¹¹⁸.

La cour reconnaît l'existence du surcoût sur la base de l'étude fournie par les demandeurs mais s'interroge ensuite sur la possibilité d'une répercussion sur les consommateurs. Compte tenu de la date de l'affaire, la cour s'appuie sur les principes de droit commun en vigueur avant la transposition de la di-

rective 2014/104 et précise qu'il appartient au demandeur de démontrer qu'il n'a pas répercuté les surcoûts qu'il a subis. Considérant que les intimés ont critiqué les taux de répercussion admis par les demandeurs (entre 32 et 35%) sur la base d'études

théoriques et non à partir de données spécifiques aux enseignes concernées, comme l'ont fait les demandeurs pour justifier leur demande, la cour retient les estimations des demandeurs. Elle retient également le préjudice d'ombrelle sur une partie de la période (jusqu'en 2012) hors de la période dite d'inertie.

Une référence intéressante doit être faite à l'effet volume revendiqué par les demandeurs qui considéraient avoir subi des pertes de volume dues aux hausses de prix. Cette demande ne sera pas retenue par la cour qui considère, sur la base de l'argumentation des défendeurs, que la demande pour ces produits est relativement inélastique au prix et que les pertes de volumes n'ont pas été prouvées. Il en résulte un préjudice de 2,3 M€.

On peut retenir que la charge de la preuve du *passing on* est laissée au demandeur, ce qui en soi ne satisfait pas pleinement au principe d'effectivité même si en pratique les preuves apportées par les demandeurs sur la base d'études économiques spécifiques ont permis de retenir leurs hypothèses quant au taux de répercussion.

Par ailleurs, le taux d'intérêt retenu par la cour correspond au taux marginal des emprunts des demandeurs soit 2,79 et 3,65 % du fait de l'accroissement du besoin de financement des demandeurs ce qui confirme une approche très pragmatique retenue par cette cour.

47 - 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 Commission¹¹⁹.

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 nécessaire en l'absence de l'entente.

La CJUE saisie dans cette affaire considère que le préjudice est indemnisable dès lors qu'il découle directement de l'entente¹²⁰

115 V. CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, n° 10/18285, préc.

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

117 CA Paris, ch. 5.4, 24 nov. 2021, n° 20/04265, préc.

118 CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone AG e.a. : JCl. Commercial, Synthèse 40.

119 V. n° 17. - Comm. UE, déc. C (2007), 512 final, 21 févr. 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne (Affaire COMP/E-1/38.823 - Ascenseurs et escaliers mécaniques) : JOUE n° C 75, 26 mars 2008, p. 19.

120 CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-435/18, Otis e.a. c/ Land Oberösterreich, e.a (Otis II), préc., pt 33.

et que, de ce fait, on ne peut limiter le droit à indemnisation aux seuls fournisseurs et acheteurs concernés par l'entente et qu'il y a lieu de l'étendre à toutes les victimes potentielles (on peut noter la différence entre cette position et celle de la cour d'appel de Paris dans l'affaire EMC2 évoquée plus haut¹²¹).

On a rappelé précédemment que la mise en œuvre du principe d'effectivité va dans le sens d'une meilleure indemnisation des victimes. En particulier les juridictions nationales ne peuvent pas 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 répercussion¹²².

G. - Communication des pièces

48 - L'accès aux preuves du juge et des justiciables a été accru par les nouveaux textes que sont tant la directive 2014/104/UE et l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 que la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 sur le secret des affaires. Ces textes permettent au justiciable de demander au juge de délivrer une injonction de communication de pièces.

Cette exigence de communication de pièces est bien définie dans la directive qui précise notamment que la demande doit être circonscrite de manière aussi précise et étroite que possible¹²³ et être limitée uniquement à ce qui est proportionné¹²⁴ en tenant compte de l'intérêt légitime de l'ensemble des parties et tiers concernés, ce qui implique pour le juge de bien apprécier le contexte de la demande¹²⁵ pour en apprécier la proportionnalité.

Cette question est cruciale dans les actions de *follow on* pour lesquelles l'accès aux preuves rassemblées par l'ADLC est fondamental.

49 - De nombreuses décisions européennes s'inspirent des principes définis par la directive dans le sens d'une exigence accrue de communication.

50 - **Cartel des camions, actions de *follow on*.** - La Commission a indiqué que les demandeurs, recherchant une indemnisation doivent pouvoir comprendre de la manière la plus précise qui soit le fonctionnement du cartel¹²⁶. 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.

51 - « **disclosure hearing** ». - Le *Competition appeal tribunal* (CAT)¹²⁷ 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.

52 - **Orange c/ SFR**¹²⁸. - Organisation d'une *data room* afin de permettre l'accès aux experts de données sensibles nécessitées pour la démonstration du préjudice¹²⁹.

53 - De même l'article R. 483-1 du Code de commerce s'est inspiré de ces dispositions et a précisé que la « *catégorie de pièces [...] est identifiée, de manière aussi précise et étroite que possible, par référence à des caractéristiques communes et pertinentes de ses éléments constitutifs, tels que la nature, l'objet, le moment de l'établissement ou le contenu des documents* » de manière à laisser une marge d'appréciation aux juridictions pour apprécier la pertinence des demandes.

54 - Il faut cependant souligner que conformément à l'article 6, paragraphe 6 de la directive, les pièces produites dans le cadre des procédures de clémence ou de non-contestation de responsabilité, ne peuvent être produites à la demande d'une partie demanderesse à l'indemnisation ce qui limite l'application du principe d'effectivité.

Il faut également signaler que la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 2020¹³⁰, en cassant la décision de la cour d'appel sur la base de l'article L. 483-1 du Code de commerce interprété à la lumière des articles 5 et 6 de la directive, a tenu à rappeler que le droit à la preuve des demandeurs à l'instruction, bien que protégé par les articles 5 et 6 de la directive, doit faire l'objet d'un examen par le juge et d'une mise en balance avec les droits du défendeur concernant la confidentialité des pièces dont la production est demandée, indiquant par-là la nécessité d'une motivation par le juge de la proportionnalité de la demande au regard « *d'une part, de la protection du caractère confidentiel des éléments de preuve retenus concernant les tiers à la procédure envisagée par la société Eiffage infrastructures, d'autre part, de*

121 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/11824, B. et EMC2 c/ SA Signaux Girod e.a., préc.

122 Comm. UE, communication n° 2019/C 267/07, juill. 2019, préc., § 33.

123 PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, préc., art. 5, § 2.

124 PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, préc., art. 5, § 3.

125 PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, préc., art. 6, § 4.

126 EWHC 1994 (Ch) (Cour suprême d'Angleterre et du Pays de Galles), 16 juill. 2018, Suez Groupe SAS e.a. c/ Fiat Chrysler e.a. - Comm. UE, déc. n° C (2016), 4673, 19 juill. 2016 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire AT.39824 - Camions), § 17 : JOUE n° C 108, 6 avr. 2017, p. 6.

127 CAT (cour d'appel en matière de concurrence - UK), 1291/5/7/18 (T), 15 janv. 2020, Ryder Ltd & Another c/ MAN SE e.a.

128 T. com. Paris, 19^e ch., 28 juin 2017, n° 2015/038979 : JurisData n° 2017-029240.

129 P. Roth, président du CAT Londres, Private Enforcement in Conference Paris webinar, 17 au 22 juin 2020.

130 Cass. com., 8 juill. 2020, n° 19-25.065, pourvoi de Renault Trucks contre un arrêt rendu le 25 octobre 2019 (CA Paris, pôle 1, ch. 8, 25 oct. 2019, n° 19/05356) dans un litige opposant les demandeurs à la société Eiffage Infrastructures.

De nombreuses décisions européennes s'inspirent des principes définis par la directive dans le sens d'une exigence accrue de communication

la préservation de l'efficacité du droit de la concurrence mis en œuvre dans la sphère publique ». Il est en fait reproché à l'arrêt de n'avoir regardé que l'utilité des pièces pour le demandeur sans s'interroger sur les autres intérêts en jeu : préservation du

secret des affaires et « préservation de l'efficacité du droit de la concurrence mis en œuvre dans la sphère publique ».

La Cour de cassation sanctionne ainsi une insuffisance de motivation qu'il reviendra à la cour de renvoi de réparer.

55 - Il convient cependant de rappeler à cet égard que le droit à l'indemnisation des victimes privées ne répond pas uniquement à une volonté de rééquilibrage en faveur des droits des victimes de pratiques anti concurrentielles mais constitue un moyen pour faire mieux fonctionner les marchés et la concurrence et l'enjeu est avant tout de rendre effectives, c'est à dire pas excessivement difficiles voire impossibles, les réparations, ce qui suppose une hiérarchie entre le droit à réparation et la protection du secret des affaires qui ne peut s'opposer de manière trop contraignante à ce droit.

3. Conclusion

56 - Même si les nouveaux textes ne s'appliquent pas encore pleinement du fait du peu de recul dont nous disposons, 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.

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. Ainsi la nécessité de démontrer l'étendue du préjudice, même si son existence peut être présumée dans le cas des ententes, demeure entière.

Les deux principes d'effectivité et d'équivalence n'ont pas encore reçu une application pleine et entière tant ils s'opposent aux approches traditionnelles de l'imputabilité de la charge de la preuve au demandeur.

Il faut en effet distinguer les deux questions du standard de preuve et de la charge de la preuve. Si la directive a bien fait évoluer les règles sur le deuxième point, notamment en ce qui concerne les ententes et le *passing on*, la question du standard de preuve

n'a pas réellement évolué dans le sens d'un allègement.

Pourtant, l'application en pratique du principe d'effectivité sous-entend un allègement qui était déjà préconisé par le Guide de la Commission de 2013¹³¹.

Cependant cette question se heurte aux principes généraux mis en œuvre quant à l'établissement de la preuve et de plus, des standards de preuve allégés n'ont pas été définis sauf à recourir à des évaluations forfaitaires comme dans le cas des ententes, approches proscrites par ailleurs, comme l'a souvent rappelé la Cour de cassation¹³².

Il faut cependant souligner que la chambre 4, pôle 5 de la cour d'appel de Paris et la 15^e chambre du tribunal de commerce de Paris ont contribué à faire bouger les lignes sans pour autant changer le standard de preuve mais en recourant à l'expertise si nécessaire.

Le chemin parcouru sur le *passing on* est à cet égard exemplaire. L'approche ancienne mettait sur le demandeur la charge de démontrer l'absence de répercussion des surprix résultant d'une entente. Cette preuve souvent difficile à établir constituait un frein à l'indemnisation. La directive et la communication de la Commission de 2019 ont inversé la charge de la preuve en la faisant supporter par le défendeur.

Cela change tout et on pourrait suggérer qu'il en soit de même pour le préjudice d'éviction résultant d'un APD car ce serait conforme au principe d'effectivité en facilitant pour la victime l'établissement de sa demande laissant à l'intimé la charge d'en démontrer le caractère irréaliste. ■

¹³¹ Comm. UE, Guide pratique 2013, préc.

¹³² V. Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-71.665 : *JurisData* n° 2010-021985 ; *Propr. industr.* 2011, comm. 20, J. Larrieu.