

L'ACTUALITE DE L'EVALUATION DU PREJUDICE CONCURRENTIEL A TRAVERS LE CAS DIGICEL
ET
LA DECISION DE LA COUR DE CASSATION DU 1^{ER} MARS 2023 (ARRET N°160-FS-B)

Sorgem Evaluation a accompagné les demandeurs, la société SA DIGICEL Antilles Françaises Guyane, dans un litige les opposant à la société Orange SA et Orange Caraïbe SA.

L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars rend définitive la condamnation d'Orange à payer 181,5 M€ de dommages et intérêts en principal à BTC / Digicel. Cette décision constitue une décision de private enforcement parmi les plus importantes en France pour laquelle Sorgem Evaluation a assisté les demandeurs.

Les pratiques condamnées consistaient en **un abus de position dominante** de la part de Orange et de France Télécom. Cette pratique a freiné le développement de BTC/Digicel et entraîné des surcoûts notamment à travers des clauses d'exclusivité au bénéfice de l'unique réparateur agréé et à travers un programme de fidélisation des abonnés conduisant à une différenciation tarifaire abusive entre les appels on-net (vers son réseau) et off-net (vers un réseau concurrent). Il en est résulté une stagnation des parts de marché de BTC/Digicel au « mépris de la progression normale qui aurait dû être celle d'un second entrant sur un marché de téléphonie mobile ». Sorgem avait d'ailleurs montré que dès la fin des pratiques, les parts de marché avaient augmenté et que cette progression aurait normalement dû se produire plus tôt.

Ces pratiques ont fait l'objet de **mesures conservatoires et d'injonctions** de la part du Conseil de la Concurrence suivies d'une assignation en réparation du préjudice causé par les pratiques identifiées ayant conduit la cour d'appel de Paris à condamner in solidum la SA Orange Caraïbe et la SA Orange à payer 181,5M€ aux demandeurs.

La décision de la Cour de cassation permet d'éclairer plusieurs questions méthodologiques :

- **La détermination du lien de causalité entre les pratiques et les gains manqués allégués :**
La Cour a rejeté l'argument des défendeurs alléguant d'une faute de la victime en considérant qu'il ne revient pas au demandeur de démontrer qu'il n'a pas commis de faute mais au défendeur d'établir que les demandeurs sont de leur fait à l'origine de leur croissance insuffisante ce qui aurait constitué un comportement fautif. La Cour a ainsi validé la constatation d'un unique préjudice de développement causé par les différentes pratiques mises en œuvre.
- Afin d'appliquer le principe de réparation intégrale, la Cour valide la **méthode du scénario contrefactuel permettant de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'infraction**. Elle expose les deux méthodes utilisées par les deux économistes intervenant pour Digicel : **pour Sorgem** en comparant la situation de la victime pendant les pratiques à sa situation après les pratiques et **pour Tera** en comparant la situation de la victime avec celle de sociétés comparables sur d'autres marchés géographiques similaires à celui de la téléphonie dans la zone Antilles-Guyane. Ces deux méthodes permettent d'évaluer la part de marché qui aurait été celle de la société Digicel en l'absence des pratiques.
- Tout en considérant implicitement que la Cour d'appel ne pouvait pas fonder son jugement sur une seule expertise privée, la Cour retient que ce n'est pas le cas en l'espèce puisque la **Cour d'appel « a tranché entre deux analyses divergentes** sur la nature des coûts à prendre en compte pour déterminer la marge brute pertinente devant servir de base au calcul du préjudice de développement subi par la société Digicel ... ».

- Concernant le 4^{ème} moyen portant sur la **capitalisation des intérêts compensatoires**, la Cour considère tout d'abord que le principe de capitalisation est distinct de l'anatocisme défini par l'ancien art. 1154 du code civil car il s'agit d'un « préjudice accessoire au gain manqué selon un taux différent de ceux retenus par le tribunal (sous-entendu le taux légal), par application d'une actualisation nécessitant la capitalisation des intérêts ». La Cour considère que la capitalisation des intérêts compensatoires se distingue de la capitalisation des intérêts moratoires au sens de l'art. 1243-2 du code civil et que c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu cette capitalisation qui est de nature à assurer une réparation intégrale de la victime.
- Concernant le **choix du taux d'intérêt compensatoire**, distinct du taux légal, la Cour suit la cour d'appel qui a invalidé le choix du WACC en considérant que la perte de chance de réemployer les fonds constitutifs du préjudice constitue un préjudice additionnel et « qu'il appartient à la victime d'établir le caractère certain et direct de cette perte de chance en prouvant la réalité du projet d'investissement qui n'a pu être réalisé ainsi que l'impossibilité de le financer autrement que par les sommes dont elle a été privée ».
- La Cour a également validé, sur le principe, la **demande subsidiaire de Digicel de réparer la perte de chance** qu'elle prétendait avoir subie en raison de l'impossibilité de se désendetter ou d'être rémunérée pour des prêts inter-groupe, mais elle a cependant considéré que la Cour d'appel n'aurait pas dû retenir pour le calcul des intérêts perdus, la date du 1^{er} avril 2003, « date à laquelle toutes les pratiques qui ont donné lieu à une évaluation globale, ont été mises en œuvre ». La Cour considère en effet qu'en « retenant comme point de départ des intérêts réparant le préjudice additionnel né de l'indisponibilité de la somme qu'elle a alloué au titre du préjudice de développement, celui des pratiques fautives, qui avait duré plusieurs années, alors qu'à cette date, ce préjudice n'était pas entièrement constitué et qu'il était nécessairement progressif ».

Cet arrêt est intéressant à plusieurs titres :

- **Sur la causalité**, dès lors que la faute est démontrée et un préjudice établi, il revient au défendeur qui veut en réduire la portée de démontrer l'existence d'une faute de la victime.
- **Sur les intérêts compensatoires**, il valide la composition des intérêts en tant que composante de la réparation mais il exige que la durée retenue soit en concordance avec la réalité de la constitution du préjudice. Il réaffirme la nécessité de démontrer la réalité d'une opportunité perdue et l'impossibilité de financer sa réalisation par d'autres moyens pour retenir un taux de rentabilité de projet ou d'entreprise.
- Enfin **sur les expertises privées**, elle rappelle le principe du contradictoire.