

# Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

## 1. De quels préjudices peut-on demander réparation à raison d'une pratique anticoncurrentielle ?

---

Comme n'importe quel fait générateur de responsabilité à l'origine de préjudices économiques, une pratique anticoncurrentielle peut causer, non seulement des préjudices patrimoniaux, qu'il s'agisse du gain manqué, de la perte éprouvée ou de la perte de chance (**fiche n° 4**), mais également un préjudice moral (**fiche n°5**).

Par ailleurs, il convient de prêter attention à l'étendue des préjudices dans le temps, ceux-ci ayant pu se faire ressentir immédiatement, de façon différée ou encore se poursuivre après la fin de la pratique anticoncurrentielle (**fiche n°7**).

Si en principe, la charge de la preuve d'un préjudice réparable incombe à la victime, il en va autrement, au moins, dans le cas des ententes entre concurrents :

- *La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir admis qu'une entente entre concurrents avait "nécessairement causé un trouble commercial" (Com., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-24.854, et Paris, ch. 5 4, 26 juin 2013, JCB Services et a. c/ Central Parks)*
- *Le nouvel article L. 481-7 dispose qu' "il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice".*
- *Par ailleurs, le même raisonnement a parfois été mis en œuvre, à propos de pratiques d'éviction constitutives d'abus de position dominante (V. not. T. Com. Paris, 15e chambre, 30 mars 2015, DKT c. Eco emballages et Valorplast, RG n° 2012000109 ; T. Com Paris, 6e ch., 30 mars 2011, Numéricable et a. c/ France Telecom, RG 2009073089).*

Quel que soit le comportement concerné (entente, abus de position dominante, abus de dépendance économique ...), qu'il corresponde à une restriction horizontale (entre concurrents) ou verticale, à une pratique d'exploitation ou d'éviction, l'identification des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle procède toujours du même raisonnement. Même si certains chefs de préjudice se rencontrent davantage, ou à l'inverse moins fréquemment, pour un type de pratique donné, une pratique anticoncurrentielle peut produire notamment :

**Un effet prix** : il peut s'agir d'une majoration du prix acquitté par la ou les victime(s) à l'un des auteurs de l'infraction ("surcoût") ou d'une minoration du prix payé par l'un des auteurs de l'infraction à la victime. La victime peut être un consommateur final ou une entreprise insérée dans une relation verticale avec un auteur de la pratique. Dans ce cas, il est possible que la victime ait répercuté tout ou partie du "surprix" aux acheteurs situés plus en aval ("*passing on*").

**Un effet volume** : par exemple, dans le cas où la victime a subi une perte de clients liée à la pratique anticoncurrentielle. Ce manque à gagner peut être non seulement passé, mais également futur, et trouver son origine aussi bien dans des pratiques d'éviction (prédation, rabais de fidélité, ..) que dans des pratiques d'exploitation. Ainsi une baisse du volume des ventes peut être intervenue parce que les prix pratiqués par la victime de prix trop élevés a répercuté tout ou partie du surenchérissement sur ses propres cocontractants ou sur ses clients.

**Un effet sur l'innovation** : la victime d'une pratique anticoncurrentielle peut renoncer à l'investissement dans une nouvelle technologie plus efficace si sa marge, qui lui permettrait de financer l'investissement, se trouve réduite par les surpris qu'elle paye à l'auteur de la pratique. Les auteurs eux-mêmes d'une pratique anticoncurrentielle peuvent, en réduisant l'intensité concurrentielle à laquelle ils sont normalement soumis (par le biais d'une entente par exemple), affaiblir leurs propres incitations et renoncer à certaines innovations qu'ils auraient sinon adoptées. Les acheteurs se trouvent donc lésés.

Peuvent également s'y ajouter, selon les cas, une perte de la valeur du fonds de commerce, des coûts spécifiquement engagés pour se maintenir sur le marché, des coûts correspondant aux licenciements s'ils sont la conséquence de la pratique ou bien encore un préjudice d'image.

Par ailleurs, l'hypothèse particulière de la répercussion de la majoration (ou de la minoration) de prix, le long de la chaîne économique ("*passing on*"), qui ne se présente que dans le cas d'une relation verticale, soulève deux questions différentes selon qu'il s'agit de :

### **L'action de la victime directe**

Le défendeur à l'action a la possibilité de faire valoir à titre de moyen de défense que le demandeur en réparation a procédé à une répercussion sur ses propres cocontractants (Com. 15 juin 2010, n° 09-15818)

Cependant, la règle d'attribution de la charge de la preuve est différente selon que la pratique anticoncurrentielle a été commise :

- *Antérieurement au 11 mars 2017 : la preuve de l'absence de répercussion incombe au demandeur en réparation (Com. 15 mai 2012, n° 11-18495)*
- *À partir du 11 mars 2017 : la répercussion est réputée n'avoir pas eu lieu sauf si l'auteur de la pratique anticoncurrentielle rapporte la preuve contraire (art. L. 481-4 C. com.)*

### **L'action de la victime ayant subi la répercussion**

Il résulte du nouvel article L. 481- 5 que l'acheteur indirect "*est réputé avoir apporté la preuve de (la) répercussion lorsqu'il justifie que :*

1° Le défendeur a commis une pratique anticoncurrentielle (...)

2° Cette pratique a entraîné un surcoût pour le contractant direct du défendeur ;

3° Il a acheté des biens ou utilisé des services concernés par la pratique anticoncurrentielle, ou acheté des biens ou utilisé des services dérivés de ces derniers ou les contenant".

Il reste loisible au défendeur de rapporter la preuve que la répercussion n'a pas eu lieu ou a été seulement partielle.

Les mêmes règles sont "applicables aux fournisseurs directs ou indirects de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle qui invoquent un préjudice résultant d'une baisse du prix des biens ou services concernés par cette pratique" (art. L. 481-6 C. com.)

## 2. Comment évaluer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

L'évaluation de chacun des préjudices doit être effectuée conformément au principe de réparation intégrale en comparant la situation réelle, dans laquelle la pratique anticoncurrentielle s'est produite, avec celle "contrefactuelle" qui aurait été constatée en l'absence de pratique anticoncurrentielle. Il s'agit de replacer le marché, puis le demandeur en réparation, dans une situation virtuelle, non observable, ce qui peut nécessiter de recourir à des méthodes économiques (fiche n°3).

Une fois déterminé le quantum du préjudice, il importe de tenir compte de l'écoulement du temps et, pour ce faire, de procéder à son actualisation (fiche n°7).

Il résulte de la directive que le juge doit pouvoir "estimer le montant du préjudice", que ce soit dans le cas général ou dans le cas particulier d'une répercussion, lorsqu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier celui-ci avec précision sur la base des éléments de preuve disponibles. Si les textes de transposition n'y ont pas fait référence, le droit commun de la responsabilité civile permet de procéder par estimation.

## 3. Quels éléments de preuve trouver dans une décision d'une autorité de concurrence lorsqu'il en existe une ?

Selon que l'action en réparation est introduite en l'absence de toute décision préalable d'une autorité de concurrence (action indépendante ou "stand-alone") ou postérieurement à l'adoption d'une décision par une autorité de concurrence (action consécutive ou "follow-on"), la situation probatoire de la victime se présente sous un jour différent, notamment en ce qu'elle peut, dans le second cas, prendre appui sur la décision préexistante.

### **Démonstration du fait générateur de responsabilité**

Pour rappel, le juge ne peut prendre de décisions allant à l'encontre de la décision adoptée par la Commission (Art. 16 Réglé 1/2003).

Pour les faits générateurs intervenus à compter du 11 mars 2017, la pratique anticoncurrentielle est établie de manière irréfragable par une décision de l'Autorité

de la concurrence ou de la juridiction de recours ayant constaté son existence (dans une procédure ordinaire, de clémence, de transaction, de non-contestation de griefs) et ne pouvant plus faire l'objet d'un recours ordinaire pour la partie relative au constat d'infraction. Une telle décision constitue seulement "un moyen de preuve" lorsqu'elle est rendue par une autorité de concurrence d'un autre Etat-membre.

Il est également possible, en dehors de tout effet liant, d'utiliser les décisions rendues par une autorité de concurrence pour caractériser une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles (par exemple, T com. Paris, 15e chambre, 30 mars 2015, DKT c. Eco emballages et Valorplast, RG n° 2012000109, dans le cas d'une décision d'acceptation d'engagements).

### **Démonstration des préjudices**

Le dommage à l'économie est l'un des critères à partir desquels l'autorité de la concurrence fixe le montant des sanctions pécuniaires qu'elle inflige. Il se distingue des préjudices individuels donnant lieu à réparation sur le fondement de la responsabilité civile.

Certaines décisions, dans lesquelles l'Autorité de la concurrence a détaillé de nombreux éléments permettant de quantifier le dommage à l'économie, peuvent néanmoins comporter des enseignements utiles à l'identification et à l'évaluation des préjudices économiques individuels. Certains éléments peuvent en effet être communs aux deux évaluations : par exemple, le calcul d'un surpris imposé par l'entreprise auteur des pratiques, s'il est uniforme pour tous les agents, est identique dans les deux approches.

*Version Octobre 2017*