

Proposition de nomenclature des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles

Rafael AMARO¹

Professeur de droit privé à l'Université Caen Normandie

Janvier 2022

1. Parmi les défis que pose aux juridictions françaises l'essor du contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles, l'évaluation du préjudice s'annonce comme l'un des plus relevés. Les raisons sont connues : l'évaluation mobilise des savoirs économiques dont les juristes sont peu familiers, elle suppose la collecte et l'analyse de quantités considérables de données et, malgré les ressources importantes qui lui sont souvent consacrées, elle ne dissipe jamais totalement l'incertitude consubstantielle aux scénarii contrefactuels qui permettent de mesurer les effets préjudiciables des pratiques anticoncurrentielles.

Ces difficultés ont été largement commentées depuis les premières réflexions européennes sur les moyens de renforcer l'efficacité des actions en réparation. Plusieurs instruments de *soft law* dédiés aux méthodes d'évaluation ont même été publiés pour guider les juridictions nationales².

2. Toutefois, aussi utiles que puissent être ces instruments, ils ne suffisent pas à uniformiser totalement la pratique des juridictions françaises. Les raisons de ce manque d'uniformité sont variées mais on peut en mentionner deux ici.

La première est intuitive ; elle tient à l'étendue du pouvoir souverain des juridictions du fond dans l'évaluation du préjudice.

La seconde l'est moins mais semble résider dans l'usage généralisé par ces juridictions d'une terminologie empruntée aux sciences économiques. « Actualisation », « effet volume », « effet rémanent », « surpris » : les exemples sont nombreux. Or cette habitude, très vraisemblablement liée au rôle cardinal que jouent les experts dans les

¹ L'auteur a pu échanger sur le sujet de façon continue avec plusieurs professionnels qui se reconnaîtront et qu'il remercie chaleureusement ici pour leurs précieuses observations.

² Not. les *Fiches sur la Réparation du préjudice économique*, de la cour d'appel de Paris, dont la 2^e édition est disponible à cette adresse : <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020> et les instruments de *soft law* publiés par la Commission européenne : Comm. eur., *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* : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf ; ce guide accompagne une communication qui en synthétise les apports : Comm. eur., *Communication 2013/C 167/07 relative à 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* : JOUE n° C 167, 13 juin 2013, p. 19 ; la Commission a aussi publié l'étude A. Komninos (dir.), « Quantifying Antitrust Damages: Towards Non-Binding Guidance for Courts », study prepared for the European Commission : Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers, déc. 2009 (en anglais), qui complète le Guide pratique. Elle a publié enfin un dernier document en août 2019 sur une question plus spécifique mais souvent cruciale, celle de l'évaluation de la répercussion des surcoûts : Comm. eur., *Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects*, Communication 2019/C 267/07 : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=EN).

procès de concurrence, conduit à ce que ces notions économiques se substituent souvent aux notions éprouvées du droit de la responsabilité. Les motivations sur l'évaluation en deviennent parfois peu intelligibles, voire hétérodoxes par rapport aux principes qui gouvernent la matière. Un exemple : faut-il traduire « l'actualisation » du préjudice - dont la réparation est admise en jurisprudence - par un gain manqué ? Une perte de chance ? Voire une perte subie ? A quel régime se rattache cette « actualisation » ? Celui des intérêts moratoires de l'article 1231-7 du code civil ? Un régime *sui generis* ? Inclut-elle nécessairement la capitalisation des intérêts au sens de l'article 1343-2 du même code ? Ces hésitations ont donné lieu à des réponses contradictoires des juridictions du fond.

3. Logiquement, ces variations de la pratique décisionnelle ont aussi nourri un sentiment d'insécurité juridique des justiciables et de leurs conseils. Qu'un tel sentiment soit fondé ou non, son ressenti est déjà un problème en soi mais dans un contexte d'intense concurrence entre justices nationales, il peut avoir pour effet plus concret de saper l'attractivité du for français. C'est ce qui explique que des entreprises françaises préfèrent s'adresser à un juge étranger, voire à transmettre leurs droits à des sociétés spécialisées dans le rachat de créances indemnitaires au prix de commissions élevées, plutôt que saisir leur juge naturel.

4. Le phénomène n'est pas généralisé et les critiques dont font parfois l'objet les juridictions françaises méritent sans doute d'être relativisées. Les études empiriques sur le sujet démontrent, en effet, que par comparaison avec les juridictions réputées plus « attractives », les juridictions françaises rendent beaucoup plus de jugements sur le préjudice. Ceci tient très vraisemblablement au fait que la plupart des affaires sont transigées ailleurs. Elles peuvent l'être avant toute décision au fond. C'est le cas devant les juridictions britanniques et néerlandaises. Elles peuvent l'être aussi après un jugement mixte sur le seul principe de la responsabilité, qui renverra à une expertise judiciaire et à un jugement ultérieur l'évaluation du préjudice. C'est le cas devant les juridictions allemandes.

5. En définitive, malgré les critiques dont peuvent faire l'objet les juridictions françaises, elles ont peut-être plus d'expérience que d'autres sur la question de l'évaluation du préjudice. C'est là sans doute une autre explication au manque d'uniformité relevé plus haut, l'augmentation du nombre de décisions accroissant logiquement la probabilité qu'émerge des pratiques manquant d'uniformité. Dans les années à venir, la tendance devrait se maintenir si l'on en juge au contentieux naissant et abondant, consécutif au cartel des camions ou aux affaires Google. Qui plus est, contrairement au contentieux actuellement porté devant le juge, ce contentieux impliquera sans doute plus de PME, parfois défendues par des conseils moins familiers des affaires de concurrence. Or, et c'est une évidence, le juge restant assez largement tenu par les écritures des parties, leurs chances de succès s'en trouveront affectées.

6. C'est dans ce contexte d'essor du contentieux de la réparation et d'accroissement des risques de voir émerger des pratiques disparates qu'il a paru opportun de proposer la présente nomenclature. Ses objectifs ne surprendront pas : elle vise à garantir aux justiciables sécurité juridique et égalité de traitement en uniformisant la pratique des juridictions mais aussi des conseils.

7. Pour ce faire, il est proposé d'identifier des postes de préjudices réparables à l'instar de la nomenclature dite « Dintilhac » dont elle s'inspire très imparfaitement. Précisons qu'il n'est pas question d'ignorer les apports considérables des sciences économiques à la matière. Lorsqu'elle est suffisamment intelligible, la terminologie déjà en usage sera donc reprise pour nommer les postes de préjudice, tout en étant plus explicitement rattachée à des notions connues du droit de la responsabilité à l'instar de la trilogie *perte subie, gain manqué et perte de chance*.

Par exemple, **pour appréhender l'effet préjudiciable du temps de la façon la plus fine possible, il est préconisé d'abandonner la notion « d'actualisation » ou même celle d'intérêts compensatoires ou de préjudice de trésorerie, confuses et mal définies, pour raisonner à partir des notions du droit de la responsabilité civile, auxquelles s'ajouteront les postes de préjudices de la présente nomenclature.**

Ainsi, lorsque la victime soutiendra avoir dû emprunter pour reconstituer sa trésorerie, elle pourra se prévaloir de la perte éprouvée que constitue le paiement des intérêts de l'emprunt. Ici, il n'y aura aucune incertitude (ce n'est pas une perte de chance) et la somme perdue aura bel et bien été payée en intérêts d'emprunt (ce n'est pas un gain manqué). La qualification de perte éprouvée s'imposera. Précisons qu'il s'agira alors, dans la nomenclature ici proposée, d'un « **préjudice de surcoût indirect** ».

En revanche, lorsque la victime prétendra avoir renoncé à des investissements du fait de l'indisponibilité du capital, elle aura plus vraisemblablement subi une perte de chance. Par hypothèse, lorsque l'on investit une somme d'argent, il y a une incertitude quant à la survenance de l'événement favorable qu'est la rentabilité de cet investissement (ce n'est pas un gain manqué) et la somme perdue n'a pas été payée puisque l'investissement n'a pas été réalisé (ce n'est pas une perte éprouvée). Dans la nomenclature, il ne s'agira plus d'un préjudice de surcoût indirect mais plutôt de ce que nous proposons de dénommer un « **préjudice d'investissement** ».

Observons que pour ce même effet préjudiciable du temps, une victime pourra invoquer un préjudice de surcoût indirect et un préjudice d'investissement si, pendant la durée de la pratique alléguée, ses effets ont eu des conséquences différentes sur son fonctionnement. Lors d'une période t , elle aura pu investir mais en s'endettant (préjudice de surcoût indirect) et, lors d'une période $t + 1$, elle n'aura pu s'endetter et aura donc dû renoncer à ses investissements, faute de financement alternatif (préjudice d'investissement).

On comprend enfin que le « taux » auquel réparer cet effet préjudiciable du temps variera selon le type de préjudice identifié. En général, on s'endette à un taux moins élevé que celui que l'on espère pour rentabiliser ses investissements. Le préjudice de surcoût sera donc calculé le plus souvent en appliquant sur les sommes dont la victime a été privée, un taux moindre que celui qui sera appliqué pour le préjudice d'investissement.

8. A l'instar de la nomenclature dont elle s'inspire, celle ici proposée n'a pas vocation à être dotée d'un quelconque effet contraignant. Elle méritera aussi d'être enrichie ou corrigée au gré des évolutions de la pratique décisionnelle des juridictions du fond.

9. Elle repose sur quatre principaux « types » de préjudices patrimoniaux correspondant aux quatre principaux effets économiques dont la réparation a déjà été admise :
- les **préjudices de surcoûts** ;
 - les **préjudices d'éviction** ;
 - les **préjudices d'investissement** ;
 - la **perte de valeur d'un bien incorporel**.
10. Sur le plan terminologique, observons que si les expressions de *préjudices de surcoûts* et de *préjudices d'éviction* sont peu utilisées en dehors des contentieux de concurrence, elles sont banales dans le vocabulaire des experts et des juges spécialisés, quoiqu'elles puissent parfois couvrir des réalités variables. Leur usage ne surprendra pas.

C'est moins vrai de la notion de *préjudice d'investissement* proposée ici et qui paraîtra sans doute plus inhabituelle, n'étant employée ni par le juge ni par les experts. Elle a toutefois semblé indispensable pour singulariser une conséquence préjudiciable des pratiques anticoncurrentielles encore mal appréhendée par la jurisprudence : l'atteinte aux capacités d'investissement de l'entreprise en raison de la privation de la somme d'argent qui lui est accordée en réparation des différents préjudices qui découlent de la pratique anticoncurrentielle. Cette expression a aussi été préférée à celles « d'actualisation », de « préjudice de trésorerie », « d'intérêts compensatoires » ou encore de « préjudice financier » employées parfois pour renvoyer sensiblement à la même réalité.

Il est enfin suggéré de distinguer aussi la *perte de valeur d'un bien incorporel*. Si la perte de valeur d'un bien corporel semble un cas d'école pour les contentieux de concurrence, la perte de valeur d'un bien incorporel a déjà été discutée devant les juridictions sans aboutir encore à des réparations substantielles. On songe, par exemple, à la perte de valeur des parts sociales d'une société affectée par une pratique anticoncurrentielle ou à celle du fonds de commerce. Pour être réparable, cette perte de valeur devrait sans doute faire l'objet de certaines conditions supplémentaires. Il n'appartient pas à la présente nomenclature de les développer en détail mais on peut imaginer que la valeur des biens incorporels pouvant se rétablir tant qu'ils sont dans le patrimoine de leur propriétaire, cette perte ne deviendra réparable que lorsqu'ils en seront sortis. Deux cas de figure sont alors envisageables : soit le bien a été définitivement perdu (ainsi de la société dissoute à la suite d'une procédure collective ou du fonds de commerce qui a disparu faute de pouvoir être exploité), soit le bien a été vendu au prix d'une moins-value. Autrement dit, la perte de valeur du bien incorporel ne serait réparable *en tant que perte subie*, qu'à la condition que le bien ait été aliéné ou détruit. Dans le cas contraire, la perte ne sera qu'éventuelle donc impossible à réparer. On peut toutefois admettre qu'indépendamment de la disparition ou de la vente du bien incorporel, sa dépréciation ait pu conduire à une altération de la capacité d'arbitrage de sa victime ou à une limitation de sa marge de manœuvre. Ces chefs de préjudice « alternatifs », dont on pressent qu'ils devraient être qualifiés de *perte de chance* en raison du caractère incertain de l'événement favorable qu'ils ont empêché, ne sont que des conséquences de la perte de valeur du bien, pas la perte elle-même. Il en résulte une conséquence importante : la base servant à l'évaluation de ces pertes de chances ne sera pas la valeur du bien mais la marge attendue des projets auxquels son propriétaire a dû renoncer ou le coût des financements alternatifs auxquels il a dû recourir. En outre, cette marge devra encore

être affectée d'une probabilité tenant compte du caractère plus ou moins plausible que l'événement favorable survienne.

11. Ces quatre principaux types de préjudices sont ensuite déclinés en postes de préjudices réparables afin d'embrasser la variété des situations dommageables consécutives aux violations du droit de la concurrence.

Par exemple, le **préjudice de surcoût peut être un surpris ou un surcoût indirect**. Il s'agira d'un surpris lorsque le prix d'un produit ou d'un service aura été directement affecté à la hausse par la violation du droit de la concurrence. On songe notamment au cartel ou à l'abus d'exploitation qui viserait précisément à augmenter le prix d'un produit ou d'un service. Il s'agira plutôt d'un surcoût indirect lorsque la violation du droit de la concurrence aura pour effet de renchérir les coûts de fonctionnement et de production de la victime au-delà du produit ou du service directement visé par l'auteur de la pratique anticoncurrentielle. Pour le surpris comme pour le surcoût indirect, l'effet économique reste le même, la victime paye trop cher un produit ou un service. Ce qui diffère, c'est le produit ou le service affecté. Une victime pourra donc avoir subi plusieurs préjudices de surcoût : un préjudice de surpris si elle a payé trop cher un produit ou un service vendu par l'auteur de la pratique anticoncurrentielle ; un surcoût indirect si, par exemple, elle a dû compenser ce surcoût par de la dette, si elle a dû assumer des frais d'assurance supplémentaires proportionnés au surpris du bien ou du service directement affecté ou encore si elle a dû exposer des frais de justice pour faire cesser les pratiques en cause.

Il est à noter qu'à ces préjudices patrimoniaux a été ajouté le **préjudice moral** dont la réparation est bien admise en jurisprudence, quoiqu'elle demeure discutée en doctrine.

12. Les préjudices patrimoniaux font l'objet de trois **critères d'évaluation additionnels** qui ne sont pas, à proprement parler, des postes de préjudices réparables mais des facteurs pris en compte pour moduler l'évaluation à la hausse (pour les deux premiers) ou à la baisse (pour le troisième). Ils peuvent s'appliquer à un ou plusieurs types de préjudices identifiés :

- l'**effet « rémanent »** parfois identifié de façon ambivalente comme le « préjudice futur » ;
- l'**érosion monétaire** ;
- la **répercussion partielle ou totale des surcoûts**.

* *
*

NOMENCLATURE

1. Les préjudices de surcoûts

1.1. Le surpris : surpris direct, surpris après répercussion et effet d'ombrelle

Définition : augmentation illicite du prix du service ou du bien sur le marché affecté, directement causée par la pratique anticoncurrentielle, au détriment :

- de l'acheteur direct en l'absence de répercussion (surprix direct)
- de l'acheteur indirect en cas de répercussion (surprix après répercussion)
- ou d'un acheteur qui n'est pas dans la chaîne de contrats de l'auteur de l'infraction mais qui subit une augmentation du prix de vente d'un produit ou d'un service vendu par une entreprise extérieure à la pratique anticoncurrentielle rendue possible par l'augmentation généralisée des prix sur le marché affecté par la pratique anticoncurrentielle (effet d'ombrelle)

Type de préjudice : perte éprouvée

1.2. Les surcoûts indirects

Définition : tout frais renchérissant les coûts de fonctionnement et de production de la victime de la pratique anticoncurrentielle directement liés à l'infraction. Le lien causal entre la pratique anticoncurrentielle et les surcoûts indirects devra toujours être établi et son évaluation obéira sans doute à d'autres méthodes que celle qui présidera à l'évaluation des surpris.

Type de préjudice : perte éprouvée

Exemples

- a) Le surcoût causé par la nécessité de faire appel à un fournisseur plus onéreux
- b) Le surcroît de travail que la réaction au dommage a entraîné pour l'une des fonctions de l'entreprise
- c) Les frais d'avocats exposés dans le cadre de la procédure devant les autorités de concurrence
- d) Les investissements inutiles
- e) Les pertes de trésorerie
- f) Les frais d'assurance supplémentaires proportionnés au surpris du bien ou du service

2. Les préjudices d'éviction

Définition : préjudices découlant de l'éviction partielle ou totale du marché ou de l'empêchement de rentrer sur le marché. Cette éviction peut être la suite des surcoûts ou d'autres conséquences néfastes de la pratique anticoncurrentielle (éviction à la suite de stratégies d'auto-préférence, de prédation, de refus de vente ou de fourniture de service, de dénigrement...).

2.1. Les effets volume causés par la répercussion du surpris

Définition : perte de chiffre d'affaires due à l'augmentation du prix de revente en raison de la répercussion du surcoût sur les marchés de services ou de produits directement affectés par la pratique anticoncurrentielle.

Type de préjudice : gain manqué ou perte de chance

2.2. Les effets volume causés par l'éviction sur le marché de services ou de produits directement affectés

Définition : perte de chiffre d'affaires due à l'éviction découlant de toutes les conséquences négatives autres que la répercussion d'un éventuel surprix.

Type de préjudice : gain manqué ou perte de chance

2.3. L'effet volume causé par l'éviction sur les marchés de services ou de produits indirectement affectés (préjudices « en cascade »)

Définition : très proche du préjudice précédent, si ce n'est que c'est un autre marché – souvent connexe - sur lequel la victime subit le préjudice, d'où l'idée de préjudices en cascade.

Type de préjudice : gain manqué ou perte de chance, plus volontiers la perte de chance en raison de l'incertitude fréquente sur la capacité à réaliser les ventes sur des marchés qui ne sont pas directement affectés par la pratique anticoncurrentielle.

3. Le préjudice d'investissement

Définition : investissement qui n'est pas réalisé du fait de la privation d'une somme découlant de la pratique anticoncurrentielle et qui empêche la victime de gagner des parts de marché. Ce préjudice est subi indépendamment de l'éviction de la victime sur le marché affecté. La victime peut soutenir, par exemple, qu'à parts de marchés égales, elle aurait proposé un produit ou un service moins coûteux en raison de ses investissements et qu'elle en aurait tiré une meilleure rentabilité.

Type de préjudice : perte de chance

4. La perte de valeur d'un bien incorporel

4.1. La perte subie découlant de la perte définitive de valeur d'un bien incorporel

Définition : atteinte à la valeur d'un bien incorporel dont il résulte une perte définitive en cas d'aliénation ou de disparition du bien.

Type de préjudice : perte subie

4.1. La perte de chance découlant de la perte temporaire de valeur d'un bien incorporel

Définition : perte de chance découlant de l'altération de la capacité d'arbitrage ou de la limitation de la marge de manœuvre de la victime dont le bien a vu temporairement sa valeur affectée négativement par la pratique anticoncurrentielle.

Type de préjudice : perte de chance

5. Le préjudice moral

Définition : atteinte à l'image de l'entreprise (effet « externe ») ou dégradation diffuse du moral au sein de l'entreprise se traduisant par des départs ou le désintérêt de candidats à l'embauche (effet « interne »)³.

Type de préjudice : sans objet

³ Conformément à la doctrine de la cour d'appel de Paris, exprimée à l'occasion de ses fiches méthodologiques, v. not. Fiche n° 5, « Comment réparer le préjudice moral (extrapatrimonial) ? ».

Critères d'évaluation additionnels applicables à tous les préjudices

Comme indiqué dans le propos introductif, ces préjudices ne visent qu'à moduler à la hausse ou à la baisse le montant du préjudice.

1) Effet rémanent : persistance des effets de l'infraction dans le temps pris en compte dans l'hypothèse où le préjudice est subi au-delà de la période d'infraction.

2) Érosion monétaire : prise en compte de l'inflation par l'application d'un taux compensant l'érosion monétaire, si elle n'a pas été prise en compte dans l'évaluation des différents postes de préjudice (par exemple en appliquant un taux prenant déjà en compte l'inflation lors de l'évaluation d'un préjudice d'investissement ou d'un préjudice d'éviction).

3) La répercussion totale ou partielle : prise en compte de la répercussion du surcoût sur un acheteur direct ou indirect qui minore l'ampleur du préjudice initialement subi par la victime qui demande réparation.