

Club des Juristes
Commission Europe
Groupe abus de marché

L'indemnisation du préjudice en matière d'infractions aux règles de concurrence

Les auteurs de ces lignes abordent la question avec prudence, leur très faible connaissance en droit boursier ne leur permettant pas toujours d'apprécier la pertinence des rapprochements suggérés.

Le préjudice des plaignants en droit de la concurrence est de longue date sujet à débats, tant dans ses modalités d'évaluation que dans les moyens d'en obtenir réparation par le recours au droit commun de la responsabilité. L'objet des développements subséquents est donc de broser à grands traits les contours de la notion de préjudice civil causé par une infraction aux règles de concurrence telle qu'elle se dessine en jurisprudence **(I)** puis de souligner les points qui demeurent problématiques **(II)**. Dans la perspective analogique qui est la notre, il nous paraît que ces « pierres d'achoppement » sur lesquelles trébuchent les demandeurs semblent susceptibles d'apporter d'intéressants enseignements en matière d'abus de marché.

I. Identification du préjudice civil

Dompage à l'économie et préjudice des plaignants sont traditionnellement dissociés¹. Mais peu de précédents permettent pour l'instant d'apprécier l'exacte application de cette exigence, même si l'on dispose d'un certain recul sur l'appréciation du dompage à l'économie (A) et que l'évaluation du préjudice civil a déjà fait l'objet de plusieurs tentatives d'identification sans qu'aucune ne soit encore définitivement assise (B)².

A. Consistance et appréciation du dompage à l'économie

La question du dompage à l'économie semble a priori étrangère aux préoccupations du groupe de travail ; son ombre pèse cependant sur la question, parce que les autorités de concurrence prennent en compte le transfert de surplus dans le calcul du dompage à l'économie et par suite dans la fixation de la sanction administrative. On peut de ce fait se demander si la sanction pécuniaire ne présente pas, *de facto*, une nature hybride englobant partiellement un aspect réparateur.

Par transfert de surplus, les économistes désignent le *surprofit*, *i.e.* le transfert de revenu de la victime (consommateur ou concurrent) procuré par le comportement incriminé. Ce profit peut, par exemple, être constitué par un prix supérieur à celui qui aurait résulté du jeu normal du marché.

Figure également dans les composantes du dompage à l'économie le déficit d'innovation qu'a pu produire le comportement incriminé.

Plusieurs facteurs sont utilisés par les autorités de concurrence et la Commission européenne pour calculer le montant du dompage à l'économie³ :

¹ ; Cons. conc., 22 juill. 2005, Déc. n° 05-D-45 *relative à des pratiques mises en œuvre lors de la passation d'un marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy les Moulineaux*, point 44.

² E. CLAUDEL, « La mise en œuvre par les juridictions », in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 603, n° 658.

³ Cons. conc., *Rapport annuel 1997*, p. 94 et 95, « Le dompage à l'économie qui peut s'analyser théoriquement comme la conséquence d'une allocation sous-optimale des ressources et d'un détournement de tout ou partie du surplus collectif au profit des auteurs des pratiques anticoncurrentielles, ne se réduit pas à une " perte " objectivement mesurable qui serait facteur de l'étendue du marché concerné, de

- taille et part respective du marché ;
- effets conjoncturels de la pratique ;
- effets structurels de la pratique ;
- durée de la pratique ;
- répétition de la pratique ;
- caractéristiques du marché ;
- importance du marché affecté dans la consommation des ménages.

B. L'appréciation du préjudice civil

La nature du préjudice (1) et ses modalités d'évaluation (2) méritent d'être brièvement abordées.

1. Nature du préjudice

Même s'il peut apparaître moins volatil que celui des investisseurs en droit boursier, le préjudice des plaignants reste délicat à cerner en droit de la concurrence, pour un ensemble de raisons. Ce qui nous intéresse ici est de savoir si ces difficultés et les méthodes proposées pour les résoudre peuvent être utilement comparées avec celles observées en droit boursier.

La première difficulté tient à la grande diversité des pratiques anticoncurrentielles et par suite des dommages individuels qu'elles peuvent engendrer. La CJCE a posé en 2006 la possibilité d'indemniser deux types de préjudices civils, dans une affaire d'ententes sur les prix entre assureurs (Manfredi, l'assuré, se plaignant d'avoir payé des primes trop élevées). Deux types de dommage ont ainsi été identifiés par la Cour : le dommage réel et le manque à gagner⁴.

Le dommage réel se décompose en deux branches⁵ :

- dommage réel passé (*damnum emergens* pour les civilistes): coûts supplémentaires (ex : surcoût payé par le consommateur ou le concurrent) ou destruction d'actifs⁶ ;
- dommage réel futur : coûts supplémentaires futurs.

Le manque à gagner se décompose lui aussi en deux branches :

- manque à gagner passé (*lucrum cessans* pour les civilistes) : pertes de revenus passés (ex : transactions non réalisées en raison du paiement par le client de surcoûts affectant ses capacités économiques) ;
- manque à gagner futur : insuffisance des revenus futurs (ex : pertes de capacités concurrentielles → pertes de chances de voir réaliser des transactions futures → pertes de profits futurs) et/ou

la durée de la pratique et de son " effet " sur le marché. D'autres facteurs sont également pris en compte pour apprécier le dommage à l'économie, tels que la nature du produit ou du service ainsi que les caractéristiques du marché selon par exemple qu'il s'agit d'un marché où les demandeurs sont avertis et ont un pouvoir d'expertise et de négociation –marchés interindustriels par exemple- ou d'un marché de biens ou de services de première nécessité, caractérisés par une faible élasticité des prix, pour lesquels il n'existe pas de substituts et auxquels les demandeurs, quels que soient leurs revenus, sont obligés de recourir. »

⁴ CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. C-295/04 à C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-6619, points 95 et 96.

⁵ La terminologie qui suit est empruntée à M. NUSSENBAUM, « L'approche économique, financière et comptable du préjudice », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque tenu le 27 oct. 2005 à la Cour de cassation, disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation.

⁶T. com. Paris, 22 oct. 1996, *Eco System c/Peugeot*, cité par D. FASQUELLE, « Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », in *Juge civil, juge commercial et droit de la concurrence*, Ateliers de la concurrence., *Rev. conc. et consom.*, n° 115, mai-juin 2000. Dans cette affaire la perte de résultat de l'entreprise victime a été calculée par comparaison entre différents exercices avec et sans les pratiques condamnées.

affaiblissement des capacités concurrentielles (ex : surcoûts payés auraient été investis dans le développement, l'innovation...)

2. Modalités de calcul du préjudice

- Dommage réel : calcul du surcoût : (prix du marché - prix de concurrence) x quantité :
 - o Le calcul du prix de concurrence (le *but for price*) peut s'effectuer selon différentes méthodes :
 - Prix avant les pratiques : méthode dite *before and after* (examen du prix pratiqué avant l'infraction et après).
 - Prix comparables : méthode dite *yardstick approach* (examen du prix pratiqué sur un marché voisin, pour produit similaire ou un territoire non affecté par une pratique).
 - Prix théoriques : calculé selon des projections économétriques.

L'énumération de ces méthodes ne postule évidemment pas qu'elles soient intéressantes en elles-mêmes ; il s'agit seulement de se demander si ces modes de raisonnement peuvent (ou risquent ?) ou non être importés en droit boursier.

- Manque à gagner : ventes perdues – coûts nécessaires à ces ventes.

Transparaît en filigrane la question du lien de causalité, selon une problématique qui nous a semblé commune à beaucoup de matières : une fois observée la variation d'un prix – qu'il s'agisse d'un prix pratiqué en droit de la concurrence ou du prix d'échange d'un titre en matière boursière – la question des causes de la variation de coût constatée influe directement sur le montant de l'indemnisation. Cette question est abordée infra II.A.3.

II. Problèmes soulevés par l'indemnisation du préjudice civil

On peut espérer tirer des enseignements de deux difficultés :

- celles tenant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de l'auteur de l'infraction aux règles de concurrence (A) ;
- celles issues du principe *non bis in idem* (B).

A. Difficultés relatives aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile

Le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles obéit aux règles de droit commun de la responsabilité du fait personnel⁷. Mais chacune des conditions indispensables à la mise en œuvre de l'article 1382 soulève des difficultés⁸ qui pourraient surgir à l'identique dans le contentieux civil des abus de marché, qu'il s'agisse de prouver la faute de l'entreprise (1), de chiffrer le quantum des dommages et intérêts (2) et d'établir le lien de causalité entre ces deux éléments (3).

1. Faute

⁷ Com., 1^{er} mars 1982, *Bull. civ.*, n° 76, n° de pourvoi : 80-15834.

⁸R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in *Les sanctions judiciaires du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LPA, 25 janv. 2005, p. 55.

Des interrogations ayant surgi sur le point de savoir si les infractions à l'ordre public concurrentiel constituaient forcément des fautes civiles, des Etats-membres de l'UE, Grande-Bretagne⁹ et Allemagne¹⁰ en tête, ont, pour couper court à toute discussion, conféré autorité de chose décidée aux décisions de leurs autorités de concurrence, comme pour celles de la Commission européenne¹¹. Le droit positif semble donc pencher vers la thèse dite de l'*identité des fautes*¹². En France, les quelques arrêts se prononçant sur la question ont considéré que la violation des articles du Code de commerce et du TFUE constituaient automatiquement une faute délictuelle¹³.

2. Préjudice

Afin de calculer le quantum des dommages et intérêts, deux options principales sont envisageables :

- *Harm-based damages*¹⁴ : fixation de l'indemnisation sur le préjudice effectivement subi par la victime, calculé grâce aux méthodes d'évaluation décrites ci-dessus.
- *Gain-based damages*¹⁵ : fixation de l'indemnisation sur le gain illicite tiré de l'infraction par l'entreprise.

L'absence de dommages et intérêts punitifs dans les législations des Etats-membres et l'intégrité du principe *non bis in idem* conduisent jusqu'à présent les juridictions nationales à fixer l'indemnisation à ce qu'elles estiment être le préjudice effectivement subi (*harm-based*) et non au montant du gain illicite¹⁶.

En outre, la jurisprudence communautaire a rappelé à maintes reprises que la protection des droits subjectifs des justiciables européens ne devait pas entraîner à leur profit un enrichissement sans cause¹⁷.

3. Lien de causalité

⁹ Art. 18. 6. a) b) c) du *Enterprise Act* de 2002. La cohérence étant assurée par la compétence nouvelle du Competition Appeal Tribunal britannique pour statuer sur les intérêts civils en même temps qu'il examine en appel la décision de l'OFT (l'ANC britannique).

¹⁰ Art. 33 al. 4 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

¹¹ Régl. (CE) n° 1/2003, préc., art. 16 disposant à son premier alinéa : « Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. À cette fin, la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure. Cette obligation est sans préjudice des droits et obligations découlant de l'article 234 du traité. »

¹² D. FASQUELLE, R. MESA, « Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », *Concurrences*, n° 1-2006, p. 35, n° 9 : « Il n'existe en effet aucune raison juridiquement cohérente de considérer qu'une atteinte au droit communautaire de la concurrence génératrice d'un préjudice ne soit pas une faute civile. Dès lors, la preuve du manquement au traité doit être considérée comme suffisante pour permettre l'action en réparation, non pas en raison de l'existence d'une présomption de faute, comme l'indique le Livre vert, mais à cause de l'unité des fautes concurrentielles et civiles, l'atteinte au marché étant, en elle-même, un fait générateur de responsabilité. »

¹³ CA Paris, 25e ch. A, 28 juin 2002 ; *SARL Philippe Streiff Motorsport et a. c/ SAS Speedy et a.*, Juris-Data n° 2002-186210 ; *RTD com.*, 2003, p. 77, note E. CLAUDEL ; *JCP G*, 2003, II, 10183, note F. VETU ; *Com.*, 1^{er} mars 1982, préc. ; CE, 19 déc. 2007, n° 268918, *Sté Campenon Bernard et a.* ; JurisData n° 2007-072854.

¹⁴ Option 14 du Livre vert préc.

¹⁵ Option 15 du Livre vert préc.

¹⁶V. notamment CA Paris, 25e ch. A, 28 juin 2002, préc. ; England and Wales Court of Appeal, 14 oct. 2008, *Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2008] EWCA Civ 1086 ; [2008] WLR (D) 317.

¹⁷ CJCE, 4 oct. 1979, *Ireks-Arkady/Conseil et Commission*, aff. 238/78, *Rec.* 1979, p. 2955, point 14 ; 21 sept. 2000, *Michailidis*, aff. C-441/98 et C-442/98, *Rec.* 2000, p. I-7145, point 31, 20 sept. 2001, *Courage*, préc., point 30

L'appréciation du lien de causalité en droit de la concurrence et en droit civil est soumise à plusieurs évolutions significatives, marquées notamment par l'apparition d'une approche probabiliste (3.1) et par certains aménagements de la charge de la preuve (3.2).

3.1. Approche probabiliste

Il n'est pas interdit de penser que tant le droit boursier que celui de la concurrence pourraient être touchés par l'évolution en cours sur un plan plus général. Avec l'apparition de ce qu'on a appelé les risques invisibles (ex : les maladies observées après une exposition à l'amiante), les jurisprudences française, britannique, européenne et canadienne, semblent en passe de renoncer à l'exigence d'un lien de cause à effet indiscutable entre le facteur causal supposé et le dommage survenu. Ce lien certain et individuel tend de plus en plus à être remplacé par une appréciation statistique – donc jouant sur les grands nombres – l'approche probabiliste commençant maintenant d'être regardée comme une preuve suffisante. Nous ne sommes pas à même de dire si et dans quelle mesure ce phénomène de portée générale est susceptible d'affecter l'appréciation du lien de causalité entre variation de cours et comportement incriminé. Une réponse affirmative à cette question présenterait évidemment un danger pour les personnes poursuivies.

3.2. Renversement de la charge de la preuve

La preuve du lien de causalité entre préjudice et faute pourrait être évincée par un raccourci intellectuel. Si une infraction aux règles de concurrence a occasionné un dommage dit anormal à un concurrent ou à un consommateur présent sur le marché affecté, toute demande subséquente en réparation devrait mécaniquement aboutir, *a fortiori* si elle est adossée à la thèse de l'unité des fautes. Ce n'est pourtant pas en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation italienne cassant un jugement d'appel qui s'était engagé dans cette voie. Dans un arrêt instructif, les juges suprêmes italiens ont estimé que cette concomitance entre infraction et dommage anormal ne produisait qu'un simple renversement de charge de la preuve, au détriment de l'entreprise à qui l'infraction avait été imputée. Désormais, cette dernière peut donc échapper à la mise en cause de sa responsabilité en apportant la preuve que le dommage subi par le demandeur trouvait sa source dans un facteur autre que l'infraction.¹⁸ Il est à noter qu'en droit français, on ne dispose pas de décision s'étant prononcée en ce sens, même si une doctrine y semble favorable.¹⁹

B. L'application du principe non bis in idem

Ce principe a été formulé en termes clairs par l'arrêt *Aalborg* : « Concernant le respect du principe non bis in idem, il convient de rappeler que l'application de ce principe est soumise à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé. Ce principe interdit donc de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique. »²⁰ La CJCE a en outre rappelé dans la décision *Walt Wilhelm* que « si, cependant, la possibilité d'une double procédure, devait conduire à un cumul de sanctions, une exigence générale d'équité, telle qu'elle a trouvé par ailleurs son expression dans la fin de l'alinéa 2 de l'article 90 du traité C.E.C.A., implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction ; »²¹

¹⁸ Corte suprema di cassazione, 15 déc. 2006, *Fondiarria Societa Assicuratrice Industriale c/ Nigriello*.

¹⁹E. CLAUDEL, *op. cit.*, p. 596, n° 651.

²⁰ CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland e.a. / Commission*, aff. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P *Rec.*, 2004, p. I-12, point 338.

²¹ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68, *Rec.* 1969, p. 1, point

Le principe a été confirmé par le Règlement (CE) n° 1/2003²².

Reste que la majoration du prix de l'offre et le transfert de surplus sont déjà pris en compte dans la modulation de la sanction administrative (v. I.A.), ces éléments constituant une partie du gain illicite réalisé au détriment du consommateur par le transfert de surplus acquis grâce à l'infraction. Or ce transfert de surplus constitue une part non négligeable du préjudice subi par les victimes de la pratique anticoncurrentielle et coïncide précisément avec le « dommage réel passé » identifié ci-dessus (v. I.B.1.). Dès lors, intégrer ce transfert de surplus dans le calcul de la sanction administrative peut poser problème au regard du principe *non bis in idem*. On peine aujourd'hui à distinguer clairement la part du dommage à l'économie et celle du dommage subi par les plaignants, problème que l'on semble aussi rencontrer en droit boursier.

Dany COHEN et Rafael AMARO

²² Rappelé en des termes généraux par le considérant 37.