

Les enjeux du contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles

Sarah SUBREMON

Avocat Associée, bureau Brandeis Paris

Près d'une décennie s'est écoulée depuis l'adoption de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts (ci-après, la « directive *Dommages* »), créant un cadre juridique favorable au contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles en Europe.

Les différentes présomptions (faute, préjudice, absence de répercussion des surcoûts) favorables aux victimes constituent toutefois des règles de fond qui ne sont applicables qu'aux faits générateurs de responsabilité postérieurs au 11 mars 2017, date d'entrée en vigueur des dispositions françaises issues de l'ordonnance du 9 mars 2017¹. Ainsi, très peu de décisions sont à ce jour concernées par ce cadre juridique nouveau.

De nombreux États européens se sont engagés dans la proposition d'une offre de justice visant à attirer les grands contentieux internationaux, notamment le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles. L'enjeu est déterminant dans la mesure où ces contentieux participent à la régulation des relations économiques et permettent à de nombreuses victimes françaises d'obtenir réparation dans leur pays.

La clarté, l'intelligibilité et la cohérence des règles de droit constituent un enjeu fondamental pour permettre au contentieux indemnitaire de se développer en France. La jurisprudence européenne a très largement contribué à diffuser une culture commune pour permettre aux juridictions françaises d'offrir un cadre juridique stable et prévisible au profit de toute personne ou entreprise lésée par des pratiques anticoncurrentielles (I).

La France espère rendre la place de Paris plus attractive aux yeux des entreprises françaises et étrangères et a initié une révolution procédurale en mettant en place des chambres internationales, qui peuvent juger des litiges commerciaux internationaux et dont les audiences peuvent se tenir en anglais, même si les actes de procédure seront rédigés en français. Dans le cadre du contentieux indemnitaire, la Place de Paris fait face à d'autres défis en particulier celui du nombre de victimes et de la complexité du contentieux indemnitaire. Améliorer l'attractivité des juridictions françaises revient à faciliter l'accès au droit et à la justice des entreprises et consommateurs lésés par ces pratiques anticoncurrentielles et requiert de moderniser encore davantage les outils existants (II). Pourtant, la France dispose d'avantages non répliqués à ce jour qu'il convient de mettre en avant pour renforcer l'attractivité des juridictions françaises (III).

I. D'un contentieux européen à une culture partagée

À l'échelon européen, alors même qu'à première vue le droit de la responsabilité civile apparaît bien éloigné des préoccupations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») en matière de concurrence, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « Cour de justice »), dans son arrêt *Courage* du 20 septembre 2001², est venue renforcer la place donnée au droit de la responsabilité dans le cadre de la sanction attachée aux pratiques anticoncurrentielles. Au nom de l'effet utile du Traité, la Cour de justice énonce que toute personne doit pouvoir « effectivement » demander la réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement restrictif de concurrence. Dans le prolongement de cet arrêt, le règlement n° 1/2003³ et la

¹Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

²Arrêt de la CJUE, 20 sept. 2001, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, Aff. C-453/99.

³Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions consacrent le droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles⁴.

Les autorités de concurrence nationales et européenne ont très rapidement compris qu'une sanction civile, en plus de renforcer encore la dissuasion des entreprises qui souhaiteraient se livrer à des pratiques anticoncurrentielles, qui était jusque-là uniquement assurée par la sanction administrative, permettait également de réparer le préjudice des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Dans les années 2000, des échanges au sein de l'OCDE ont permis, à partir de l'expérience des États-Unis, de mesurer les avantages et les inconvénients résultant d'une incitation donnée aux actions privées en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles.

En France, plusieurs événements ont mis en avant la question de la place et du rôle des actions privées et, en particulier, celle de la réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle.

En effet, le Conseil de la concurrence s'était déclaré favorable, dans un avis de 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles⁵, à ce que soient permises les actions de groupe des consommateurs en matière de concurrence, afin de recentrer la politique de concurrence sur la protection du bien-être des consommateurs.

La nécessité de créer une culture partagée de ce contentieux s'est ensuite progressivement construite à grand renfort de Livre vert⁶, Livre blanc⁷, d'études économiques et autres guides pratiques⁸.

La jurisprudence de la Cour de justice et les juridictions françaises ont dégagé les grands principes protecteurs de l'intérêt des victimes de pratiques anticoncurrentielles garantissant leur indemnisation.

A. L'influence des concepts issus de l'action publique vers l'action privée

Pour assurer l'efficacité du droit de la concurrence, la Cour de justice a transposé les solutions retenues pour l'action publique aux actions privées. Elle a suscité une émulation mutuelle entre les juridictions des États-membres pour s'approprier ce nouveau contentieux.

L'affaire du cartel des camions en est une illustration parfaite.

Dans une décision *Trucks* du 19 juillet 2016⁹, la Commission européenne a sanctionné cinq fabricants de poids lourds pour leur participation à un cartel sur la période 1997-2004 et leur a imposé des amendes, atteignant un montant total de 2,93 milliards d'euros. Cette décision a entraîné une vague d'actions indemnitaires en Europe et en particulier en Allemagne, en Espagne, aux Pays-Bas, au Portugal, au Royaume-Uni, en Hongrie, et en France. Ces contentieux ont permis de régler de nombreuses questions d'interprétation concernant la directive *Dommages*.

⁴Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, 27 avr. 2004, (2004/C 101/04).

⁵Avis du Conseil de la concurrence du 21 sept. 2006 relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

⁶Livre vert – Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 19 déc. 2005, [COM(2005) 672 final].

⁷Livre blanc sur les actions et dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avr. 2008, [COM(2008) 165 final].

⁸Communication relative à la quantification du préjudice (2013/C 167/07) ; guide pratique relatif à cette quantification (C(2013) 3440) ; orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer le surcoût répercuté « passing-on » sur les acheteurs indirects (2019/C 267/07).

⁹Décision *Trucks*, AT.39824, de la Commission du 19 juill. 2016.

La Cour de justice a par exemple transposé la très souple notion d'« entreprise » utilisée dans l'action publique, dans les affaires *Skanska*¹⁰ et *Sumal*¹¹. Le premier arrêt fixe des règles de désignation du juge territorialement compétent. Le second transpose aux actions en réparation la notion d'entreprise telle que définie et appliquée par les autorités de concurrence. L'action privée peut ainsi, comme l'action publique, être dirigée contre le repreneur lorsque ce dernier assure la continuité économique de la société qui a participé à l'infraction.

Ainsi, la Cour de justice, dans son arrêt *Skanska*, a jugé que la question de l'identification des personnes pouvant être tenues au paiement de dommages et intérêts devait être appréciée à partir de la notion d'« entreprise », telle que visée à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dans l'affaire *Sumal*, la Cour a précisé que la victime d'une infraction au droit de la concurrence européen commise par une société mère peut demander à la filiale de cette dernière la réparation des dommages qui en découlent. En l'espèce, la Cour de justice a considéré que les produits commercialisés par la société mère étaient de même nature que ceux commercialisés par sa filiale, pour caractériser non plus la responsabilité ascendante, mais une responsabilité descendante. La responsabilité civile d'une filiale peut donc être engagée si l'unité économique entre la filiale et la société mère peut être prouvée par la victime du dommage.

À l'occasion de ces deux arrêts, la Cour de justice a étendu l'application du concept d'« unité économique » au contentieux indemnitaire. Cette solution ouvre opportunément aux victimes le choix de la juridiction nationale la plus favorable à la protection de leurs intérêts. En effet, cette jurisprudence de la Cour de Justice permet à la victime de choisir de porter son action contre la filiale ou la société mère « défendeur d'ancrage » devant les juridictions du pays où est domiciliée la filiale ou la société mère et d'attirer le contentieux indemnitaire vers une juridiction plus favorable.

La Cour suprême hongroise a récemment interrogé la Cour de justice, à l'occasion d'une question préjudicielle, sur la possibilité de faire application de ce même concept d'unité économique à la victime. La réponse de la Cour de justice est attendue en 2024.

Au total, il existe une réelle incitation à ce que les juridictions françaises soient considérées comme des « juridictions plus favorables » pour éviter une fuite du contentieux indemnitaire vers d'autres juridictions européennes.

B. Le recours au principe d'effectivité du droit de l'Union mis en œuvre par les juridictions françaises

De nombreuses juridictions des États-membres¹² ont saisi la Cour de justice de questions préjudicielles pour l'interroger sur les règles d'application de la directive *Dommmages*.

S'agissant de la date d'entrée en vigueur d'une nouvelle règle de nature substantielle, la Cour de justice a précisé dans l'arrêt *Volvo-Daf Trucks*¹³ qu'en cas de transposition après la date limite fixée par la directive, ce qui est le cas de la France, le droit ancien est applicable aux manquements commis avant le 28 décembre 2016, le droit nouveau s'appliquant aux manquements commis à compter de cette date.

L'article 9 § 1 de la directive, transposée en droit interne avec l'introduction de l'article L. 481-2 du Code de commerce prévoit que la pratique anticoncurrentielle fautive est présumée établie de manière irréfragable par la décision devenue définitive de l'Autorité de la concurrence. À cet égard, la Cour de justice a, dans son arrêt *Repsol*¹⁴, retenu qu'au regard de « la nature et du fonctionnement

¹⁰Arrêt de la CJUE, 14 mars 2019, *Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*, aff. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100.

¹¹Arrêt de la CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal S.L. c/ Mercedes Benz Trucks España S.L.*, aff. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800.

¹²Arrêt de la CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco*, aff. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263.

¹³Arrêt de la CJUE, 22 juin 2022, *Volvo Daf Trucks*, aff. C-267/20.

¹⁴Arrêt de la CJUE, 20 avr. 2023, *ZA e.a. c/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.*, aff. C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298.

de l'article 9 § 1 » de la directive, il convient, pour l'application de cette présomption, de se référer à la date à laquelle la décision de l'autorité nationale de concurrence est devenue définitive¹⁵.

En vertu du principe d'effectivité du droit européen de la concurrence, le juge national est tenu de s'assurer que la norme nationale applicable n'empêche pas la bonne mise en œuvre des dispositions européennes qui trouvent aussi à s'appliquer au litige.

Les juges français appliquent, par anticipation, certaines règles substantielles en application du principe d'effectivité, en présence d'une décision ou d'un jugement définitif postérieur à la date d'entrée en vigueur des règles substantielles de la directive *Dommages* en France, le 28 décembre 2016. La cour d'appel de Paris¹⁶ a ainsi fait application de ces nouveaux principes, dans le cadre d'une procédure en follow-on engagée dans l'affaire des revêtements de sols résilients¹⁷. En l'espèce, la décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 est devenue définitive, postérieurement au 28 décembre 2016. En conséquence, la cour d'appel a considéré qu'il y avait lieu de retenir que la présomption était applicable et ainsi que la faute civile découlant de la pratique anticoncurrentielle était présumée établie de manière irréfragable.

Le traitement efficace de ces actions indemnitaires par les juridictions nationales françaises témoigne de la vitalité de ce contentieux et apparaît comme un signal fort adressé aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, aussi bien françaises qu'étrangères.

II. Le défi de la modernisation des outils existants

Encourager l'exercice des actions en réparation des préjudices économiques en France suppose de lever les obstacles qui peuvent dissuader la victime d'agir. Les paramètres d'appréciation, lors de la prise de décision, peuvent se ramener, pour les principaux d'entre eux, à un triptyque constitué des aspects financiers, de la qualité de la réponse judiciaire et des difficultés probatoires. Sur chacun de ces aspects, l'attractivité du for français dépendra de sa capacité à adapter ou créer de nouveaux outils.

A. Rééquilibrer le rapport de force par un modèle d'action collective efficace

Se défendre seul dans des contentieux longs et complexes, tout en étant soumis à de possibles représailles commerciales, constituent autant d'obstacles et de freins au développement des actions privées pour lesquelles il paraît nécessaire d'adapter les procédures et les usages.

Disposer en France d'une véritable action collective au service de toute personne ou entité lésée par des pratiques anticoncurrentielles permettrait de lutter efficacement contre le « *forum shopping* ». Les victimes ne sont pas incitées à obtenir réparation lorsque le préjudice subi est inférieur aux frais de justice. Les actions collectives constituent un moyen simple et efficace de défendre plusieurs victimes partageant des intérêts communs et décidant d'agir ensemble. Ce type de recours présente certains avantages en ce qu'il, d'une part, favorise l'accès à la justice, en divisant le coût par le nombre de victimes agissant ensemble et, d'autre part, permet d'obtenir une réparation à la hauteur du préjudice subi par chaque victime.

Actuellement, seize pays européens (Allemagne, Autriche, Bulgarie, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni et Suède) ont mis en œuvre dans leurs ordres juridiques nationaux des mécanismes judiciaires de recours collectif ou sont en train de le faire. Les systèmes de recours collectif reposent, en règle générale, sur le principe du consentement exprès (« *opt-in* ») selon lequel les parties demanderesse ne sont constituées que des personnes lésées qui auront expressément consenti à participer à

¹⁵ *Ibid*, points 42 à 44 de l'arrêt.

¹⁶ CA de Paris, 28 juin 2023, RG n° 21/13172.

¹⁷ Aut. conc., déc. n° 17-D-20, 18 oct. 2017, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

l'action collective. L'existence de ces recours collectifs présente un avantage compétitif considérable pour les juridictions européennes.

La justice néerlandaise, à titre d'exemple, a organisé son système judiciaire pour accueillir les actions collectives formées contre le cartel des constructeurs de camions, sanctionné par la Commission européenne en 2016. À l'occasion de ce contentieux, les juges néerlandais font face à plusieurs « vagues », expression consacrée pour évoquer les milliers de demandes indemnitaires portant sur des millions de camions dont les ventes ont été affectées par le cartel. Ces victimes ont ainsi rejoint des actions collectives portées par des « *stichting* » (fondations) ou « *bundling* » (cession de créances indemnitaires). Ces actions collectives permettent ainsi de mutualiser les coûts et d'obtenir des jugements avant-dire droit sur les étapes clés du procès (la loi applicable, la prescription) et de bénéficier des avancées réalisées dans les vagues précédentes pour réduire les délais des procédures. Ce système, également mis en œuvre au Royaume-Uni et en Allemagne, prend en compte les difficultés liées au nombre important de victimes et réduit les coûts de la procédure.

En 2020, le rapport parlementaire de Madame L. Vichnievsky et Monsieur P. Gosselin¹⁸ a formulé plusieurs préconisations pour relancer et dynamiser les actions collectives, qui n'ont à ce jour pas été suivies.

En attendant qu'une réforme efficace soit adoptée, le droit des obligations a permis de contourner l'absence d'action collective. Le contrat de cession de créances, ayant la nature d'une vente, est une option séduisante pour les victimes souhaitant se rassembler autour d'un seul et même véhicule juridique. Ce mécanisme est prévu aux articles 1321 du Code civil et consiste pour le cessionnaire à acquérir les créances indemnitaires d'entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles et d'en obtenir le paiement par voie extrajudiciaire. Ce modèle est d'ailleurs utilisé avec succès en Allemagne, aux Pays-Bas et en Finlande.

La validité de la cession de créances liées à des dommages et intérêts résultant d'infractions au droit de la concurrence semble avoir été reconnue, à tout le moins implicitement, par la Commission européenne dans la directive *Dommmages*. En effet, son article 2, paragraphe 4, prévoit qu'une action en dommages-intérêts est « une action introduite en vertu du droit national par laquelle une juridiction nationale est saisie d'une demande de dommages et intérêts par une partie prétendument lésée, *par une personne agissant au nom d'une ou de plusieurs parties prétendument lésées*, lorsque cette possibilité est prévue par le droit de l'Union ou par le droit national, ou par une personne physique ou morale *qui a succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande* » (soulignements ajoutés).

Régi par les articles 2011 et suivants, le mécanisme de la fiducie est également un outil qui présente un vif intérêt. La fiducie est l'« opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Ce type de contrat convient parfaitement aux actions indemnitaires puisqu'il permet le transfert de propriété d'un bien à une personne chargée de gérer ce bien dans un but déterminé.

Les éventuelles réserves qui pourraient être formulées tiennent au fait que la fiducie est peu pratiquée, mal connue des praticiens. Le frein principal au développement de cette institution est lié aux conditions restrictives posées par la loi relative à la qualité de fiduciaire. En vertu de l'article 2015 du Code civil : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire ».

¹⁸Rapport d'information n° 3085 sur le bilan et des perspectives des actions de groupe, présenté par M. Philippe Gosselin et Mme Laurence Vichnievsky, le 11 juin 2020.

Le développement en France de ces actions collectives suppose la définition d'un nouveau cadre juridique.

B. Faciliter le recours au financement de litiges par des tiers financeurs

Le recours à un tiers financeur (ou « *third party funding* » en anglais) propose de prendre en charge l'intégralité des frais relatifs au procès en réglant les honoraires des avocats et experts en contrepartie d'une partie des dommages et intérêts éventuellement obtenus. Le financement des procédures par les tiers est une pratique relativement nouvelle, qui pourrait se répandre au regard de ses nombreux avantages, à la fois pour les avocats, les financeurs, et surtout les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles. Le tiers financeur prend en charge l'avance des frais du procès en réglant les honoraires des avocats et des experts et se rémunère en prélevant un pourcentage des dommages et intérêts alloués.

Ce procédé, couramment utilisé dans les arbitrages, se développe timidement en France avec les actions en réparation en droit de la concurrence. L'intérêt en est double. D'une part, le financement des procédures par les tiers favorise l'accès à la justice en palliant ainsi les asymétries de ressources financières des entreprises sanctionnées face à des victimes souvent isolées. D'autre part, les victimes sont mieux armées pour s'engager dans ce contentieux au long cours de la réparation.

En France, l'expérience de l'UFC Que Choisir dans l'affaire des cartels de téléphonie mobile¹⁹, illustre l'une des difficultés rencontrées par les victimes vis-à-vis des coûts de procédure. L'UFC Que Choisir a choisi la juridiction à saisir en fonction de la manière dont sont calculés les dépens auxquels peut être condamnée l'une des parties, et a ainsi opté pour la juridiction commerciale, et non pour le tribunal judiciaire civil.

Un groupe de victimes sans moyens n'aura pas forcément la capacité de rapporter la preuve nécessaire pour obtenir réparation. Inversement, les entreprises économiquement puissantes peuvent engager une guerre d'usure pour dissuader les victimes d'agir en engageant des frais dépassant le montant de leurs créances indemnitaires.

Il est toutefois important de relever que la France possède des atouts indéniables, parfois même uniques en Europe, qui devraient renforcer l'attractivité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles.

III. Les spécificités de la Place française

A. Les décisions de l'Autorité de la concurrence « *tailor-made* » pour le contentieux indemnitaire

Le fait que la France dispose d'une autorité nationale de concurrence indépendante et innovante constitue indéniablement un atout majeur et un pilier fondateur des actions en réparation.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont en effet « taillées » sur mesure pour le contentieux indemnitaire. Saisie pour avis par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, au sujet du fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne²⁰, l'Autorité de la concurrence a été la première autorité en Europe à définir le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche et a affirmé que Google détenait une position dominante. Moins d'une décennie plus tard, l'Autorité sanctionnait Google à une sanction de 150 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches²¹ et lui a imposé de clarifier les règles de sa plateforme *Google Ads* ainsi que les procédures de suspension des comptes des annonceurs. Deux ans plus tard, l'Autorité de la concurrence a sanctionné à nouveau Google,

¹⁹CA Paris, pôle 5 - chambre 11, 22 janv. 2010, RG n° 08/09844.

²⁰Aut. conc., avis n° 10-A-29 du 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

²¹Aut. conc., déc. n° 19-D-26, 19 déc. 2019, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches.

à hauteur de 220 millions d'euros, pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des serveurs publicitaires pour éditeurs de sites web et d'applications mobiles²². Encouragées par ces deux décisions définitives, de nombreuses entreprises victimes ont engagé des contentieux devant les juridictions commerciales françaises. Mieux, dans sa décision de 2021²³, en définissant le marché des serveurs publicitaires pour éditeurs de sites web et d'applications mobiles de dimension égale à l'EEE, l'Autorité a ouvert la voie à un contentieux européen.

Disposer d'une autorité de concurrence active et innovante présente d'indéniables attraits pour les justiciables lésés par des pratiques anticoncurrentielles et favorise les actions en réparation.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence se distinguent sensiblement des décisions rendues par les autres autorités européennes, en ce qu'elles sont motivées, conformément aux prescriptions de la loi 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs : elles sont explicites, circonstanciées, spécifiques à l'espèce et non génériques²⁴. Les motivations doivent permettre à la cour d'appel de Paris d'exercer son contrôle sur l'appréciation des faits, l'application des textes et le caractère proportionnel de la sanction pécuniaire infligée²⁵. Cette exigence de motivation, qui n'était pas prévue initialement dans l'ordonnance de 1986, a été requise par la jurisprudence, avant d'être consacrée par le législateur par la loi du 31 décembre 1992, imposant la motivation de la sanction²⁶ (C. com., art. L. 464-2, I, al. 3). Ce principe s'applique également aux décisions de désistement, d'irrecevabilité²⁷ et de transaction. Contrairement aux décisions de la Commission européenne, par exemple, qui ne permettent pas aux victimes d'établir aisément l'existence d'un lien de causalité, les décisions de l'Autorité de la concurrence, en ce compris les procédures négociées, permettent aux entités lésées et aux juridictions d'exploiter les constatations factuelles pour établir la faute, le lien de causalité et parfois même le préjudice.

En outre, pour remplir sa mission d'« *advocacy* » (pédagogie de la concurrence) et d'informations, les décisions de l'Autorité de la concurrence identifient les catégories de victimes des pratiques anticoncurrentielles concernées²⁸, facilitant ainsi le développement des actions en réparation. Enfin, il conviendra de noter qu'en règle générale, le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence s'accompagne toujours de la décision, ce qui permet de connaître le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité civile.

B. Optimiser le montant des dommages et intérêts en réduisant les difficultés d'évaluation des préjudices

Les principes de la responsabilité extracontractuelle en droit français permettent à la victime d'obtenir la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi, une appréciation souveraine du préjudice étant laissée aux juges du fond. Ainsi, l'exercice du droit à réparation garanti par le traité fondateur de l'Union européenne, selon les principes de la responsabilité civile de droit commun n'est donc pas rendu excessivement difficile ou pratiquement impossible.

Ce principe de la réparation intégrale soulève néanmoins de sérieuses difficultés.

Il énonce que le responsable doit remettre la victime dans la situation la plus proche possible de celle qui était la sienne avant l'infraction. Soucieuse de faire respecter cette règle fondamentale, la cour d'appel de Paris a publié en 2017 des fiches méthodologiques pour faciliter la réparation du

²²Aut. conc., déc. n° 21-D-11, 7 juin. 2021, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet.

²³*Ibid*, point 286.

²⁴CA Paris, 29 mars 1996, n° FCEC9610105X, *BOCCRF*, mai 1996.

²⁵CA Paris, 19 mai 2016, RG n° 2013/01006.

²⁶CA Paris, 19 janvier 1999, n° ECOC9910015X, *BOCCRF*, 29 janv. 1999, sur les éléments contenus dans le rapport relatifs à la sanction et, sur pourvoi, Cass.com, 13 mars 2001, n° 99-12073, *BOCCRF*, 23 avr. 2001.

²⁷Art. L. 462-8 Code de commerce.

²⁸Aut. conc., déc. n° 15-D-19, 15 déc.2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express, paragraphes 16 et suivants.

préjudice économique, actualisées en 2021²⁹. Composé de 27 fiches avec des illustrations spécifiques, ce guide constitue un outil très précieux pour les praticiens et les juridictions.

Toutefois, certains préjudices sont particulièrement difficiles à évaluer, en raison par exemple de l'ancienneté des pratiques qui rendent impossible l'utilisation d'un contrefactuel pertinent et la mobilisation de données de marché précises, de la durée des pratiques qui ne permet pas toujours de déterminer un prix hypothétique qui aurait prévalu en situation de concurrence, de l'existence d'une grande variété de produits qui rend en pratique impossible d'analyser le très grand nombre de transactions.

Dans cette situation, la directive *Domages* énonce à l'article 17 de manière très claire qu'une approche fondée sur une estimation du préjudice est pertinente : « Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles ».

Cette approche est également partagée par la Cour de cassation qui admet que « le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage (et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu) »³⁰.

Ainsi, en admettant que les actions en responsabilité civile tendent à la réparation aussi exacte que possible d'un dommage, les juridictions françaises pourraient accepter de retenir une indemnisation plancher, c'est-à-dire d'une approximation *a minima* des dommages et intérêts. Dans l'évaluation du préjudice moral, la cour d'appel de Paris³¹ a rendu un arrêt dans le cadre d'une procédure en follow-on de la décision de l'Autorité de la concurrence du 28 mai 2013 dans l'une des affaires dites « de la distribution des commodités chimiques »³² au terme de laquelle elle avait sanctionné plusieurs entreprises pour une pratique anticoncurrentielle double de répartition de clientèle et de coordination tarifaire dans différentes régions de France, sachant que chaque région constitue un marché distinct. La cour d'appel de Paris a retenu à l'égard de (...) l'existence d'un préjudice moral évalué à 200 000 euros en raison du discrédit causé par les pratiques anticoncurrentielles et qui a rejailli tant dans l'organisation interne de la victime que dans sa relation avec ses clients en ajoutant à la pression habituelle dans la conduite des affaires une perturbation anormale du marché et de l'activité en cause.

Au-delà même de ce seul cas, nul doute que des améliorations peuvent être apportées quant à l'évaluation des préjudices économiques, par exemple par des approches statistiques. Sur un ensemble de marchés conclus en 1999 entre des entreprises, qui s'entendaient sur l'attribution des marchés, et le département de la Seine-Maritime, la cour administrative d'appel de Douai a retenu un taux de surcoût en raison de l'entente correspondant à 58 % de la valeur des marchés. En d'autres termes, pour 100 euros payés par le département de la Seine-Maritime au titre de ces marchés, la Cour a ordonné la restitution de 58 euros³³.

À ce jour, les enjeux liés à l'évaluation du préjudice, qui se chiffre parfois en centaines de millions d'euros, sont considérables³⁴.

²⁹Fiches de la cour d'appel de Paris sur la « Réparation du préjudice économique », mises à jour en 2021, <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020>.

³⁰Cass. 2^e civ., 28 oct. 1954, *JCP G* 1955, II, 8765. Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n^o 12-14655.

³¹CA Paris, pôle 5 - chambre 4, 17 mai 2023, RG n^o 21/01033.

³²Aut. conc., déc. n^o 13-D-12, 28 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques.

³³CAA Douai, 22 févr. 2018, *Dpt de la Seine Maritime c/ Sté Lacroix Signalisation*.

³⁴Pour un panorama des affaires jugées par des juridictions nationales en Europe, v. J.-F. Laborde, *Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les tribunaux ont évalué les surcoûts* [éd. 2017], nov. 2017, *Concurrences* 2017, n^o 4.

Notons qu'en France, l'acheteur public se situe dans une situation plus favorable que l'acheteur privé en ce qu'il peut non seulement obtenir réparation du préjudice au titre des dommages et intérêts mais obtenir alternativement la restitution des sommes perçues au titre de l'article L. 420-3 du Code de commerce. Cette action, simple à mettre en œuvre et radicale dans ses effets, mériterait d'être révisée par les juridictions civiles et étendue aux acheteurs privés.

Conclusion

Moyennant une adaptation de notre législation sur quelques points, sans nécessité de réformer en profondeur notre droit national, les victimes françaises et européennes pourraient être efficacement incitées à s'adresser aux juridictions françaises pour obtenir réparation de leurs préjudices et faire de la France une place du droit encore plus attractive.

Les acheteurs publics devraient utilement ouvrir la voie. La commande publique est en effet la première affectée par ces pratiques anticoncurrentielles.

Tous les secteurs et tous les acteurs publics sont concernés : collectivités, services de l'état, EPIC, autorité de régulation qui mettent en concurrence leurs prestataires. Les ententes et les abus de position dominante n'épargnent aucun acteur économique. Les juridictions ont un rôle déterminant à jouer en ce que leurs jugements complètent utilement l'action publique. Il leur appartient de diffuser une culture de ce contentieux indemnitaire mal connu et d'encourager ce type d'actions en accordant des dommages et intérêts à la hauteur des préjudices subis.

Aut. conc., déc. n° 09-D-36, 9 déc. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane.