

CONTRIBUTION DU GROUPE DE TRAVAIL DE L'AFEC SUR LA REPARATION DU PREJUDICE ECONOMIQUE DECOULANT DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (l'« **AFEC** ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence (l'« **ADLC** ») et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

L'AFEC tient à remercier la Cour d'appel de Paris de l'avoir conviée à présenter au groupe de travail, constitué au sein de cette juridiction en vue d'œuvrer à une meilleure réparation des préjudices économiques, des pistes de réflexion destinées à améliorer la réparation des préjudices concurrentiels et à renforcer l'attractivité du droit et du système français en cette matière.

L'AFEC s'est fixée dès lors comme objectif dans cette contribution de formuler un certain nombre de propositions d'amélioration concrètes destinées à simplifier la procédure pour tendre vers une réparation dans un délai raisonnable et sur des bases plus prévisibles.

Dans cette perspective, l'AFEC a constitué un groupe de travail¹ dont l'état des réflexions à ce jour est synthétisé dans la présente note, mais qui va poursuivre, de façon pérenne, ces travaux, et reste, le cas échéant, à la disposition de la Cour d'appel pour le futur.

Si l'AFEC s'est concentrée dans la présente contribution au contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, il est toutefois à souligner que certaines des préconisations

¹ Le groupe de travail était dirigé par Jean-Louis FOURGOUX, Mathilde BOUDOU et Michel PONSARD et composé de MM Laurent BENZONI, Jérémie BERNARD, Emma BOUCHIAT, Elodie CAMOUS, Sibylle CHAUDOUET, Hervé DELANNOY, Benoît DURAND, Garance de GALZAIN, Delphine GLORIES, Lénaïc GODARD, Laetitia GOSSELET, Gaël HICHRI, Claire KARSENTI, Bernard LESAGE, Jade MAILLARD, Malka MARCINKOWSKI, Romain MAULIN, Maurice NUSSENBAUM, Alexandre PREDAL, Jacqueline RIFFAULT-SILK, Antoine RIQUIER, Anne ROGEZ et Laure SCHULZ. L'AFEC remercie particulièrement les membres du groupe de travail pour leurs riches contributions.

pourraient s'appliquer au droit de la concurrence dans son ensemble, voire à la réparation du préjudice économique qui correspond au périmètre du groupe de travail de la Cour d'appel.

Les observations ci-dessous n'engagent en rien les membres de l'AFEC à titre individuel mais constituent une synthèse des opinions diverses et parfois nuancées échangées lors des travaux du groupe de travail.

Après un bref rappel du cadre légal et du contexte (1), les pistes de réflexion suggérées ci-après sur la base de constats sont destinées à mieux prendre en compte la spécificité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles que ce soit dans l'organisation judiciaire (2) et dans l'organisation du procès (3), ou à faciliter la situation de la victime sur le plan probatoire (4) et à améliorer le résultat de l'action en réparation (5).

* * * *

1 Rappel du cadre légal et du contexte

A titre liminaire, le groupe de travail s'est fondé pour mener ses travaux non seulement sur les textes applicables et la jurisprudence existante, mais également pour partie sur les fiches méthodologiques de la Cour d'appel de Paris dont l'apport est d'ores et déjà particulièrement précieux pour les entreprises, leurs conseils et/ou experts économistes et de façon générale tous les intervenants concernés par cette typologie de dossiers.

Les règles régissant la réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle, initialement constituées en France par le droit commun, a connu une importante évolution sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice ainsi que de la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 (la « **Directive** »)², cette dernière entraînant l'introduction de règles spéciales dans le Code de commerce.

Le groupe de travail a constaté que cette Directive et sa transposition dans les différents Etats-membres, la communication de la Commission européenne (la « **Commission** ») relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts³ reprenant

² Directive 2014/104/EU du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne.

³ Communication de la Commission 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, JOUE13 Juin 2013, C167/19

la jurisprudence de la Cour⁴, ont conduit au développement des actions introduites en France et en Europe par des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

En France, la transposition de cette directive par l'ordonnance 2017-303 du 9 mars 2017 n'a pas pour autant écarté toute application du droit commun pour les questions non spécifiquement traitées par la Directive. Le droit de la responsabilité civile reste applicable à titre subsidiaire lorsque les règles spécifiques ne prévoient rien.

Au demeurant, le droit commun reste applicable, pour les règles de fond, aux faits générateurs de responsabilité commis avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition (11 mars 2017).

C'est à ce jour une difficulté à prendre en considération d'autant que l'essentiel du contentieux étant constitué d'actions consécutives (*follow on*), les règles antérieures à la transposition de la Directive sont applicables à la plupart des affaires pendantes et que cette situation pourrait perdurer encore quelques années.

Au-delà de ces dispositions, compte tenu des spécificités de ce contentieux, les sources relevant de la « *soft law* » sont apparues pour tous les membres du groupe de travail comme des outils essentiels pour la mise en œuvre du droit à réparation. Nous pensons en particulier aux fiches méthodologiques de la Cour d'appel, mais aussi au Guide Pratique⁵ établi par la Commission et à la Communication⁶ qu'il accompagne⁷ ainsi qu'à la Communication d'orientation à l'intention des juridictions nationales⁸.

Il faut enfin tenir compte de l'usage fréquent des modes alternatifs de règlement des différends dans ces contentieux et en particulier des solutions transactionnelles qui sont encore fréquemment adoptées par les entreprises qui, au-delà du contentieux de la réparation, restent, dans un grand nombre de cas, des partenaires commerciaux. La complexité du contentieux peut également expliquer le choix du recours tant à la transaction qu'à l'arbitrage.

⁴ Pour mémoire, l'arrêt Manfredi, CJCE 13 juil. 2006, aff. 295/04 à 298/04, reprenant l'arrêt Courage Arrêt Cour de Justice de l'Union européenne du 20 septembre 2001. CJCE, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd et autres*, aff. C-453/99, rappelle au paragraphe 95 : « ... il résulte du principe d'effectivité et du droit de toute personne de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*) mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts ».

⁵ 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.

⁶ Communication de la Commission 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, 2013/C 167/07.

⁷ A ces outils peut être ajouté, pour ce qui concerne la transposition de la Directive, la Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017 NOR / JUSC1708788C BOMJ 2017-03, 31 mars 2017.

⁸ Communication de la Commission, Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcôt répercuté sur les acheteurs indirects, JOUE 2019/c 267/4.

Dans tous les cas, le groupe de travail a constaté l'euphémisation grandissante du contentieux de la réparation, particulièrement favorisée par le règlement Bruxelles I bis⁹ et son interprétation par la Cour de justice¹⁰, conduisant à la multiplication des sièges de compétence, et ainsi à une mise en concurrence accrue entre juridictions.

La France ne paraît pas en reste au regard du nombre d'affaires traitées¹¹, toutefois il apparaît que l'attractivité du droit et du système français en la matière pourrait encore être sensiblement améliorée.

Outre les propositions d'ordre juridique effectuées ci-après, l'AFEC considère que des actions pourraient être développées de façon à mieux mettre en lumière le rôle et la jurisprudence des juridictions françaises et en particulier de la Cour d'appel (mise en ligne de décisions significatives, communiqués de presse de la Cour, chroniques de jurisprudence, organisation de manifestations...).

* * * *

2 **Organisation judiciaire**

L'amélioration de la réparation des préjudices concurrentiels et le renforcement de l'attractivité du droit et du système français nécessitent une bonne accessibilité lisibilité des décisions rendues et une appréciation économique des pratiques et des préjudices qu'elles causent telles que cela incite les victimes à avoir recours aux juridictions françaises et les auteurs à prendre garde aux conséquences de leurs pratiques.

2.1 **Favoriser l'harmonisation de la jurisprudence**

Pour une part importante du contentieux, la France a fait le choix de la spécialisation (huit ressorts en première instance) et la Cour d'appel de Paris¹². Dans ce contexte, les fiches

⁹ Règlement (UE) n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹⁰ Notamment CJUE 21 mai 2015, aff. 352/13, Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA et plus particulièrement en dernier lieu, CJUE, 15 juill. 2021, Volvo e.a. aff. C-30/20 « ...au sein du marché affecté par des arrangements collusoires sur la fixation et l'augmentation des prix de biens, est internationalement et territorialement compétente pour connaître, au titre du lieu de la matérialisation du dommage, d'une action en réparation du dommage causé par ces arrangements contraires à l'article 101 TFUE soit la juridiction dans le ressort de laquelle l'entreprise s'estimant lésée a acheté les biens affectés par lesdits arrangements, soit, en cas d'achats effectués par cette entreprise dans plusieurs lieux, la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège social de celle-ci ».

¹¹ J.- F LABORDE, Actions en réparation faisant suite à des ententes : comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts ? (éd. 2021), sept. 2021, concurrences N° 3-2021, Art. N° 1055101, pp. 232-242.

¹² Code de commerce, articles L. 420-7, R. 420-3 à R. 420-5.

méthodologiques de la Cour d'appel sont d'ores et déjà un facteur d'harmonisation de la jurisprudence et de la pratique entre les différentes juridictions consulaires.

Cet effort pourrait être accentué par **des échanges réguliers et des actions de formation** organisées à l'initiative de la Cour d'appel de Paris et/ou de l'Ecole Nationale de la Magistrature à destination des tribunaux de commerce et tribunaux judiciaires compétents.

Par ailleurs, outre l'exception de l'action de groupe¹³, le contentieux demeure réparti entre deux ordres de juridiction puisque, lorsqu'il concerne une personne publique – qu'elle soit auteur de la pratique ou victime – le contentieux de la réparation relève des juridictions administratives¹⁴, sans spécialisation. Il y a lieu de souligner toutefois que les actions portées devant les juridictions administratives sont quasiment toutes des actions indemnitaires à la suite d'ententes dans les marchés publics, engagées par les collectivités publiques maîtresses d'ouvrage.

Dans ce contexte, des échanges devraient également être organisés avec les juridictions administratives.

S'agissant de la Cour d'appel de Paris, il faudrait poursuivre la logique de la spécialisation lui ayant confié le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. A l'heure actuelle, certaines décisions s'y rapportant sont traitées, non pas par la chambre 5-4 pourtant spécialisée dans ce contentieux ainsi que dans les affaires de distribution, mais par d'autres formations. Cela est, par exemple, le cas, pour des affaires se rapportant au numérique, de la chambre 5-11¹⁵. Par ailleurs, de nombreuses affaires sont portées, s'agissant des affaires urgentes (référé ou ordonnances article 145) devant les chambres des référés de la Cour d'appel, qui ne sont pas davantage spécialisées¹⁶.

La centralisation au sein d'une seule formation, dans la logique du choix effectué de la spécialisation, semble préférable afin de disposer, au stade de l'appel, d'une jurisprudence uniformisée.

Elle devrait s'accompagner d'un renforcement des moyens dévolus à cette formation, qu'il s'agisse du nombre de magistrats composant la chambre (qui devrait être significativement augmenté) ou de l'adjonction de compétences en matière économique.

En parallèle, il conviendrait de recentrer l'activité de cette formation autour du seul droit de la concurrence (droit des pratiques anticoncurrentielles et actions du Ministre de l'économie sur le fondement du droit des pratiques restrictives)

¹³ Code de la consommation, article R. 623-2.

¹⁴ T.conf. 16 nov. 2015, n° 4035.

¹⁵ Cour d'appel de Paris, 11 mars 2022, n°19/15219.

¹⁶ Pour un exemple récent, Paris Pôle 1, ch. 3, 18 mai 2022, n° 20/13878.

La comparaison des moyens dévolus en France au contentieux privé de la concurrence avec ceux des autres principaux pays européens est particulièrement évocatrice : des juridictions y sont, par exemple, entièrement dédiées en Angleterre et aux Pays-Bas ; pays constituant, à l'heure actuelle, les forums les plus actifs pour les victimes en matière d'actions indemnitaires.

Les magistrats siégeant dans cette chambre spécialisée devraient pouvoir bénéficier d'une formation en économie et de l'appui d'économistes.

2.2 Le recours à des économistes

Les affaires relatives aux préjudices économiques impliquent souvent des experts désignés par les parties elles-mêmes. Or, il peut être difficile pour le juge de trancher entre deux thèses économiques complexes qui peuvent être assez contradictoires.

Le groupe de travail constate que l'option la plus satisfaisante serait la présence d'un économiste attaché à la formation spécialisée en charge du contentieux privé de la concurrence. Celui-ci serait chargé d'apprécier les éléments qui lui sont remis et de faire rapport à la Cour.

A défaut, un technicien extérieur nommé par la Cour avec une mission précise et de bref délai, de type consultation, telle que prévue dans le Code de procédure civile à l'article 232 ou à l'article 256, selon la situation, permettrait une présentation distincte et simplifiée aux juges.

Se pose toutefois la question de savoir si de tels « consultants » devraient travailler en chambre ou recevoir les parties. Dans tous les cas, la mission devrait être strictement encadrée dans le temps afin d'éviter un allongement de la procédure qui ne pourrait qu'être dissuasif pour les victimes.

Ce recours pourrait tenir compte de la pratique du système anglo-saxon où les experts nommés ont l'obligation d'assister la Cour. Ils sont donc missionnés pour simplifier la compréhension par les juges des thèses économiques¹⁷.

Des audiences spécifiques pourraient être organisées avec cet économiste désigné par la juridiction et les économistes éventuellement désignés par les parties afin que l'économiste désigné par la cour puisse poser aux économistes des parties, ou aux parties dans les dossiers simples, les questions qui lui paraissent nécessaires afin de rapporter à la Cour.

Ce point, particulièrement important, fait ressortir la nécessité de doter la chambre 5-4 de moyens matériels et humains suffisants et de la recentrer sur le contentieux privé de la concurrence, enfin unifié devant elle (affaires en référé, recours des ordonnances 145 et

¹⁷ « *The Private Competition Enforcement Review: UK* », 25/02/22

affaires au fond). A l'heure actuelle, les audiences de cette chambre, structurellement surchargées, ne permettent pas un tel examen, individuel et approfondi, d'une seule affaire.

2.3 Faire usage de la possibilité de saisir l'ADLC

- **Dans le cadre des actions consécutives**, les motivations des décisions de l'ADLC constituent souvent une source précieuse d'information sur l'ampleur du préjudice.

A ce titre, la caractérisation du dommage à l'économie favorisait de tels développements¹⁸. Toutefois, la notion de « *dommage à l'économie* » a été récemment supprimée des critères légaux retenus par l'ADLC à la suite de la transposition de la directive ECN+. Cette disparition risque d'entraîner un assèchement des décisions de l'ADLC, ce qui pourrait rendre encore plus nécessaire une demande d'avis à l'ADLC.

En effet, l'instruction du dossier par l'ADLC ou la Commission permet de réunir des éléments sur l'évolution du marché et de la concurrence qui peuvent contribuer à éclairer les juridictions ultérieurement saisies en matière de contentieux indemnitaires. A ce titre, la Cour d'appel pourrait souligner dans ses arrêts (comme elle le fait déjà au moment de caractériser la faute), l'apport de la motivation des décisions de l'ADLC afin d'inciter celle-ci à retranscrire autant que possible les informations recueillies dans le cadre de l'instruction, au sein des motifs de la décision et en particulier de son appréciation de la gravité des faits, dès lors qu'elles fondent cette décision¹⁹.

A défaut, le recours à l'avis de l'ADLC comme cela est prévu à l'article R. 481-1 du Code de commerce, paraît souhaitable et cette faculté pourrait être mise en avant par les juridictions, sous réserve que ces demandes d'avis n'allongent pas de manière significative les délais de procédure. Dans tous les cas, l'ADLC pourrait être invitée à partager le plus d'informations possibles avec le juge de la réparation afin de faciliter l'accès aux preuves du demandeur²⁰.

Sans utiliser les pièces ayant servi de base à une demande de clémence²¹, il serait peut-être souhaitable que l'autorité de concurrence saisie n'hésite pas à fournir les autres éléments à sa disposition obtenus indépendamment de la demande de clémence (art. L. 483-7 du Code

¹⁸ Voir à ce titre Fiche méthodologique de la cour d'appel de Paris, 11-b.

¹⁹ Il faut noter que les informations résultant des décisions de l'ADLC ou de la Commission sont utiles non seulement pour établir le préjudice mais encore pour justifier la responsabilité du défendeur à l'action, même lorsqu'il n'était pas l'auteur de la pratique retenue au titre de cette décision, voir en ce sens pour une filiale Cass. Com., 6 oct. 2015, n° 13-24.854, à titre d'exemple.

²⁰ A titre d'exemple Tribunal administratif de Strasbourg, 20 octobre 2021, 14-05-02 C : le Tribunal a repris les données de l'Avis de l'ADLC pour déterminer le surprix.

²¹ En l'état du droit et au regard de la préservation de l'effectivité des programmes de clémence, il ne paraît pas envisageable de se référer aux déclarations écrites ou orales des demandeurs de clémence (L 483-5 du code de commerce), certains membres du groupe de travail le regrettent. On observera que la position de la CJUE pouvait sembler plus nuancée CJUE, 14 juin 2011, aff. C-360/09, Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt. et CJUE 6 juin 2013, aff. C-536-11, Bundeswettbewerbshörde c/ Donau Chemie et al. Elle souligne ainsi la nécessaire mise en balance de la préservation de la procédure de clémence et de l'effectivité du droit à réparation. Cette exigence de mise en balance a été rappelée par les participants au groupe de travail.

de commerce). Cette question rejoint celle de l'accès aux pièces qui sera abordée dans la suite du rapport.

Dans tous les cas, les juridictions nationales pourraient utiliser la faculté de demande d'avis dont elles disposent en cas de difficulté dans l'évaluation du préjudice. Elles pourraient ainsi faciliter l'action de la victime, notamment en cas de réticence de l'auteur des pratiques, en systématisant ces demandes d'avis.

Cela pourrait limiter l'intérêt des restrictions que l'auteur des pratiques peut vouloir mettre à l'accès aux pièces. De tels avis pourraient permettre aux plaignants de disposer d'éléments quantitatifs concrets pour nourrir leurs demandes.

- **Dans le cadre des actions autonomes**, le recours à une demande d'avis à l'ADLC (article L. 462-3 du Code de commerce) pourrait également être mis en avant afin de favoriser l'action de la victime et soutenir les juges dans leur analyse économique de la situation qui leur est présentée.

Il convient d'observer que l'ADLC et la Commission pourraient également intervenir comme *amicus curiae* devant les juridictions nationales. Rien ne s'y oppose dans les textes. Il faudrait cependant que ces autorités soient le plus en amont possible informées²² des actions introduites et disposent des moyens des parties, afin qu'elles puissent, systématiquement, apprécier l'opportunité de leur intervention.

3 ORGANISATION DE LA PROCEDURE

3.1 Favoriser ou mettre en place les mesures utiles à la limitation de la durée de la procédure

Les délais de procédure actuels sont particulièrement longs, en particulier dans le cadre des affaires de réparation du préjudice concurrentiel. Ces délais expliquent probablement le déficit d'attractivité dont souffre la place française par rapport à d'autres juridictions européennes (en particulier le Royaume-Uni et les Pays-Bas). En effet pour les victimes qui engagent de telles procédures, ce qui est essentiel, est la prévisibilité de la durée du contentieux qui a pour corollaire la question du coût.

La durée de la procédure est apparue comme constituant un frein sensible à l'action de la victime et à l'attractivité des juridictions françaises. Cette appréciation résulte en particulier du cumul des procédures dans la mesure où l'essentiel du contentieux résulte d'actions consécutives.

3.1.1 Favoriser les mesures en référé

²² Rien n'empêche un demandeur à l'action d'informer, de manière informelle, les services de l'ADLC de ce qu'il a introduit une action en réparation.

Dans le cadre des actions consécutives, **le recours au référé-provision** pourrait être favorisé par les juridictions puisque dans ce cas la faute est manifestement établie, que l'affaire relève du droit commun de la responsabilité où l'existence de la faute concurrentielle favorise la preuve de la faute civile²³ ou plus encore du droit résultant de la transposition de la directive (art. L 481-1).

De même, sans attendre la quantification du dommage, il serait possible de favoriser les actions visant à obtenir en référé des **mesures conservatoires ou de remise en état**, sur le fondement des articles 809, al. 1 et 873 al. 1 du Code de procédure civile en particulier²⁴. Cette procédure pourrait également être encouragée dans les actions autonomes lorsque la pratique est manifeste.

3.1.2 Ensermer ces procédures dans des durées prévisibles et raisonnablement rapides.

La juridiction a la maîtrise de son calendrier. Afin d'encadrer la durée de la procédure et de lui donner de la prévisibilité, il paraît nécessaire **de raccourcir les délais de mise en état et d'établir un calendrier de procédure strict** et que les juridictions, en particulier les tribunaux de commerce, pourraient tirer les conséquences en cas de manquement délibéré des parties.

Pour une action indemnitaire de suivi, un calendrier maximum de 6 mois à 1 an serait, à notre sens, envisageable et apporterait de la prévisibilité nécessaire aux demandeurs.

S'agissant de la rapidité d'examen des recours devant la Cour d'appel de Paris, les règles du Code de procédure civile ont accéléré les échanges contradictoires entre les parties. Les délais résultent donc essentiellement du rôle surchargé de la chambre 5-4.

Dans le cadre de ce calendrier de procédure, le groupe de travail a exprimé le besoin **d'échelonner le contentieux en le fractionnant en étapes « bien définies »** qui pourraient, par exemple, être comme suit :

- en cas d'actions de suivi : fins de non-recevoir, recevabilité, accès aux pièces détenues par l'auteur de la pratique ;
- en cas d'actions autonomes : définition du marché ou démonstration de la faute (en cas de procédures dites *stand alone*), caractérisation de la position dominante etc.

Cet échelonnement permettrait notamment une meilleure visibilité et imprimerait un rythme au contentieux, afin de faciliter les possibilités de transaction.

²³ CJUE 6 nov. 2012 aff. 199/11, Otis ; CA Paris 26 juin 2013 n° 2012/04441 pour ce qui concerne les décisions de la Commission mais aussi, même si la solution doit être nuancée, en cas de décision de l'ADLC, au regard de l'appréciation de la faute concurrentielle comme constituant une faute civile pour le juge de la réparation, notamment Com. 29 janv. 2020, n° 17-15.156 F-D et CA Paris 12 sept. 2018, n° 18/04914 et 6 mars 2019, n° 17/21261.

²⁴ Par exemple, CA Paris, 7 déc. 2016, n° 16/15228.

C'est dans ce contexte qu'une audience spécifique pour entendre les experts des parties, en présence de l'économiste de la Cour ou de celui qu'elle aurait désigné à cette fin, pourrait être fixée pour maintenir un débat contradictoire sur les préoccupations économiques.

Afin de favoriser les actions des victimes des affaires aux enjeux limités, le groupe de travail a exprimé le besoin d'un traitement plus rapide de ces affaires.

Il propose de disposer d'un **cadre spécifique à ces affaires permettant des procédures simplifiées.**

3.2 Favoriser la réparation du préjudice diffus

L'AFEC constate que le contentieux de la réparation est complexe et particulièrement coûteux pour les victimes. Cette situation dissuade manifestement les victimes individuelles, tant consommateurs qu'entreprises, d'agir lorsque le montant du préjudice est faible.

Il paraît alors nécessaire de favoriser, notamment en faisant mieux connaître ces procédures, les actions collectives possibles. On pense en particulier à l'utilisation de l'action en représentation conjointe (articles L. 622-1 et suivants du Code de la consommation) dont la complexité actuelle est toutefois dissuasive et qui pourrait donc faire l'objet d'une réforme de simplification. L'action de groupe prévue aux articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation pourrait également être mise en valeur.

Enfin, s'agissant de la situation des entreprises victimes de pratiques emportant un préjudice diffus, c'est-à-dire subi respectivement par un grand nombre de victimes, il apparaît que la Cour d'appel, dans le cadre de son action de mise en avant du droit applicable aux actions en réparation, pourrait souligner auprès des organisations professionnelles la faculté que leur confère l'article L. 490-10 du Code de commerce qui semble trop peu mis en œuvre. En outre, il pourrait être proposé d'étendre l'habilitation des organisations professionnelles au titre de cet article afin de permettre une action en substitution des intérêts de ses membres.

4 ALLEGER LA CHARGE PROBATOIRE DE LA VICTIME

4.1 Capitaliser sur les dispositions susceptibles de sanctionner les tentatives d'obstruction

Force est de constater qu'aujourd'hui les modalités d'accès aux preuves dans le Code de commerce sont plus caractérisées par des interdictions (article L. 483-4 du Code de commerce et suivants) que par un principe d'ouverture de cet accès.

Comme l'a souligné la Directive, « *les preuves constituent un élément important lorsqu'il s'agit d'engager une action en dommages et intérêts pour infraction au droit national de la*

concurrence ou à celui de l'Union », dans un contexte marqué par une asymétrie de l'information (Pt 15). Il s'agit donc d'un fort enjeu, non seulement pour l'effectivité du droit à réparation, mais aussi dans une perspective d'attractivité comparée des places de droit.

Il pourrait être opportun de consacrer une fiche méthodologique à cette question de l'accès aux preuves, de façon à faire mieux connaître les dispositions légales ainsi que la pratique des juridictions françaises en la matière, ce qui permettrait également d'harmoniser celle-ci.

Le groupe de travail constate la difficulté d'accès aux preuves, en particulier dans le cadre de l'application du droit commun de la responsabilité pour les contentieux antérieurs à la transposition de la Directive. Au demeurant, cette transposition n'a pas écarté toutes les difficultés, spécialement dans le cadre des actions autonomes. Cette situation est susceptible de décourager les victimes lorsqu'elles envisagent d'engager une action en réparation.

Cela est d'autant plus vrai que les demandes de communication de pièces peuvent se heurter à des pratiques destinées à faire obstruction à l'accès aux preuves.

Si l'article R. 483-14 du Code de commerce issu de la transposition de la Directive prévoit l'application d'une **amende civile** d'un montant maximum de 10.000 euros, se pose la question de savoir si cette sanction est suffisamment dissuasive. Certains membres du groupe de travail ont suggéré d'en renforcer l'efficacité au moyen d'une grille forfaitaire, ce qui nécessiterait une modification de la règle actuelle.

Cela étant, le dispositif issu de la transposition prévoit aussi la possibilité pour le juge de « **tirer toute conséquence de fait ou de droit** au préjudice de la partie ayant été à l'origine de l'un quelconque des comportements » (surlignement ajouté) contraires à l'article R. 483-14. Il pourrait être utile d'illustrer, dans la fiche méthodologique pratique évoquée ci-dessus, les conséquences susceptibles d'être tirées.

D'autre part, l'AFEC constate que l'utilisation des moyens offerts par le Code de procédure civile pourrait être encouragée.

L'usage du pouvoir **d'injonction et d'astreinte** du juge en application des articles 133 et, le cas échéant, 134 du Code de procédure civile²⁵ et une communication renforcée sur cette faculté seraient de nature à conforter l'effectivité du droit à réparation dans le cadre de ce contentieux.

De même s'agissant, des **mesures d'instruction**, les possibilités offertes devant le juge civil et consulaire français pourraient être mieux exploitées par les parties au procès. Une incitation des parties à demander des mesures d'instruction, dans un temps limité, notamment par l'utilisation des articles 143 et 144 du Code de procédure civile pourrait donner une plus

²⁵ Ces dispositions prévoient respectivement, pour l'article 133, que « si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication », pour l'article 134, que « le juge fixe, au besoin à peine d'astreinte, le délai, et, s'il y a lieu, les modalités de la communication ».

grande attractivité aux juridictions nationales que les fiches méthodologiques de la Cour pourraient rappeler.

En effet, le groupe de travail constate que le plus souvent les difficultés probatoires rencontrées par la victime résultent de sa situation et non d'une éventuelle carence de sa part. Elle n'a donc pas à craindre l'exclusion d'une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 146 du même code.

Ainsi, tant l'utilisation des dispositions du droit commun que de celles du Code de commerce résultant de la Directive peut, selon l'analyse du groupe de travail, tenir compte des intérêts légitimes des parties comme des tiers. A cet égard, le recours, le cas échéant, à une demande d'avis à l'autorité de concurrence concernée, dès lors qu'elle est enserrée dans un délai court, pourrait être utilisée pour inciter les victimes à agir (article R. 483-12 du Code de commerce).

S'agissant de la conciliation à opérer entre droit à la preuve et secret des affaires, la Fiche n°9 consacrée à la gestion de la confidentialité et au secret des affaires pourrait être enrichie à partir de pratiques pragmatiques parfois mises en œuvre, là encore de façon à les faire mieux connaître des victimes et à développer leur utilisation ; data rooms, cercles de confidentialité etc...

On pourrait par ailleurs s'interroger sur la pratique consistant en la revue, pièce par pièce, en chambre de la confidentialité des documents qui, dans le cas de dossiers comportant un très grand nombre de documents, est très consommatrice de ressources et de temps. En présence d'un tel volume de pièces, il faudrait réfléchir à une rationalisation concertée des procédures, par exemple en procédant au contrôle de confidentialité par catégorie de pièces, à tout le moins pour celles qui sont les moins sensibles. Cette approche semble indispensable tant le tri des pièces peut être chronophage pour les parties et la juridiction.

4.2 L'appréciation des conditions d'engagement de la responsabilité civile en vue de l'effectivité du droit

Deux aspects doivent être évoqués selon qu'il s'agit de dispositions issues de la transposition de la Directive ou, à l'inverse, du lien de causalité pour lequel aucune disposition n'a été prévue par la Directive.

4.2.1 Les présomptions prévues par la Directive

Plusieurs dispositions de la Directive, transposées en droit français, édictent des présomptions qui visent à répondre aux difficultés rencontrées par les demandeurs en réparation en améliorant leur situation du point de vue probatoire.

Cependant, la présomption irréfragable de faute attachée par l'article L. 481-2 du Code de commerce à la décision constatant une infraction comme la présomption d'existence du

préjudice énoncée par l'article L. 481-7 du Code de commerce en cas d'entente entre concurrents, constituent des règles de fond et ne sont donc applicables dans le temps qu'aux contentieux concernant des pratiques anticoncurrentielles commises postérieurement au 11 mars 2017²⁶ sous réserve du respect du principe d'effectivité²⁷

- A l'examen de la jurisprudence, il apparaît que l'impossibilité de faire jouer l'article L. 481-2 du Code de commerce prévoyant une **présomption irréfragable de faute** ne constitue pas un obstacle insurmontable car la juridiction peut utiliser, pour caractériser la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, les constatations effectuées par l'ADLC ainsi que par la juridiction de contrôle lorsqu'un recours a été formé²⁸. Bien évidemment, ces dispositions ne résolvent pas la situation du demandeur dans une action autonome pour lequel du fait générateur reste la première difficulté.
- En revanche, la jurisprudence semble avoir fluctué sur le point de savoir s'il est possible, sur le fondement du droit antérieur à la transposition, de faire jouer **une présomption d'existence du préjudice**²⁹.

Dans le cas des cartels renchérissant les prix, les demandeurs en réparation qui revendent le produit cartellisé ou l'intègrent dans leur production destinée à être vendue à des acheteurs subséquents se heurtent à une difficulté majeure liée à l'invocation du moyen de défense tiré de **la répercussion des surcoûts**.

L'article L. 481-4 du Code de commerce, relatif à la charge de la preuve en pareil cas, prévoit que l'acheteur est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sauf démonstration contraire par le défendeur. Cette disposition prend le contrepied de la solution jurisprudentielle française en vertu de laquelle il incombe à celui qui demande réparation de prouver qu'il n'a pas répercuté le surcoût³⁰, solution qui, selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, demeure applicable lorsque le litige relève du droit antérieur à la transposition de la Directive³¹.

Cette solution nuit, selon nous, à l'attractivité relative de la France par rapport à d'autres pays européens. Il pourrait éventuellement être considéré à son propos que la disposition de la

²⁶ V. not. CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239

²⁷ La CJUE a certes écarté le principe d'application rétroactive de la directive mais ajouté « *le principe d'effectivité doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, qui, d'une part, prévoit que le délai de prescription en ce qui concerne les actions en dommages et intérêts est de trois ans et commence à courir à compter de la date à laquelle la personne lésée a eu connaissance de son droit à réparation, même si le responsable de l'infraction n'est pas connu et, d'autre part, ne prévoit aucune possibilité de suspension ou d'interruption de ce délai au cours d'une procédure suivie devant l'autorité nationale de concurrence* » (CJUE 28 mars 21019 Cogeco Communications aff. C-637/17)

²⁸ Cass. Com 26 Avril 2017 n°15-28197 : « *si le juge ne peut statuer par voie de référence à des décisions étrangères au litige, il ne lui est pas interdit d'apprécier, au regard des pièces qui lui sont soumises notamment des décisions et avis rendus par une autorité de régulation, les éléments de la partie poursuivie constitutifs d'une faute* » ; Cour d'appel de Paris, 5-4 12 Septembre 2018 n° 18/04914 : « *il ne peut être exclu* » que la juridiction trouve dans la décision « *des éléments suffisants en soi à fonder la responsabilité de l'opérateur* ».

²⁹ Comp. Com. 6 octobre 2015, n°13-24.854, et Cass. com. 13 sept. 2017, nos 15-22.837 et 15-23.070 : Comp Paris ch. 5-4, 6 février 2019, avec Paris ch. 5-4, 14 avril 2021, RG : 19/19448.

³⁰ Cass. Com. 15 mai 2012, n° 11-18495.

³¹ Par exemple, CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239.

Directive en la matière, consacrée à un moyen de défense, constitue une règle procédurale, ce qui conduirait à admettre l'application de la présomption de non-répercussion dans les instances initiées postérieurement au 26 décembre 2014³².

Plus largement, et comme l'évoque la Fiche méthodologique 10 a), il semble possible et même souhaitable **d'appliquer par anticipation la nouvelle solution**, dès lors qu'elle n'est pas contraire à la loi ancienne. Cela est possible aussi bien pour la présomption d'existence du préjudice en cas de cartel que pour la présomption de non-répercussion des surcoûts.

Comme le souligne la Directive, la présomption d'existence du préjudice permet de « *garantir l'effectivité des actions en dommages et intérêts* », (Pt 47).

S'agissant de la répercussion des surcoûts, il convient d'observer que la solution actuellement retenue semble contrevenir au principe d'effectivité³³ et que telle est d'ailleurs l'analyse retenue par le juge administratif³⁴.

4.2.2 L'exigence d'un lien de causalité

- **L'exigence d'un lien de causalité**, régulièrement rappelée tant par la Cour de justice³⁵ que par la jurisprudence française, peut constituer pour la victime entendant demander réparation un obstacle sérieux.

La Directive a souligné, à ce propos, la nécessité de respecter le principe d'effectivité (pt 11). Cela implique que cette exigence ne doit pas être « *appliquée de façon telle que l'exercice du droit à réparation garanti par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en deviendrait excessivement difficile ou pratiquement impossible* ». C'est notamment le cas, lorsque le défendeur invoque la répercussion des surcoûts. Comme l'a bien montré l'arrêt Koné, dans lequel la Cour de justice a admis la réparation du préjudice d'ombrelle, la juridiction européenne privilégie une conception très large du lien de causalité.

Comme le souligne la fiche méthodologique n° 2, la reconnaissance d'un lien de causalité est facilitée dans le cas où est retenue **la théorie de l'équivalence des conditions** plutôt que celle de la causalité adéquate.

En effet, tandis que la théorie de la causalité adéquate conduit à retenir, parmi les multiples causes du dommage, la seule cause prépondérante, celle de l'équivalence des conditions retient tous les faits ayant concouru à la survenance du dommage, de manière équivalente, comme les causes juridiques dudit dommage, sans qu'il y ait lieu de les distinguer, ni de les hiérarchiser.

³² En ce sens M. Chagny, Actu concurrence, Commentaire de CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239.

³³ CJCE, 9 novembre 1983, Aff. 199/82, Administration des finances de l'Etat italien et San Giorgio, pts 13 et 14.

³⁴ CAA Paris 4^e ch. 13 juin 2019, n° 14PA02419 : « *faire reposer sur (la victime) le fardeau de la preuve de la non-répercussion des surcoûts à ses clients reviendrait à exiger d'elle une preuve négative, ou établirait une présomption selon laquelle les surcoûts auraient été répercutés, qui ne serait pas conforme au droit de l'Union européenne* ».

³⁵ CJCE, 13 juill. 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, Manfredi, § 61 : « *toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par le Traité* ».

Elle est donc plus simple à mettre en œuvre pour la victime et pour le juge, dans la mesure où il n'est pas nécessaire d'opérer un tri drastique entre toutes les causes qui ont concouru à la production du dommage. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris³⁶ paraît avoir opté pour la théorie de l'équivalence des conditions.

S'il devait s'agir, sinon d'une jurisprudence, du moins d'une pratique habituelle, elle constituerait à n'en pas douter **un facteur d'attractivité des juridictions françaises**

5 Sur le résultat de l'action : la quantification de la réparation

Le principe de la réparation intégrale du préjudice implique que tous les types de préjudices soient pris en compte et indemnisés. Indépendamment de la difficulté probatoire que peut rencontrer la victime pour établir l'existence de ce préjudice, l'évaluation de celui-ci est le plus souvent source de difficultés et de déception dans nombre de cas.

L'article L. 481-3 du Code de commerce, suivant la Directive, a établi une liste des préjudices les plus courants en cas de pratique anticoncurrentielle mais il ne s'agit pas d'une liste limitative.

S'agissant de la quantification de la réparation du préjudice, la méthode recommandée par la Commission dans son document d'orientation est « *la comparaison entre la situation réelle de la partie lésée et celle dans laquelle elle aurait été en l'absence d'infraction* »³⁷, c'est-à-dire la méthode contrefactuelle.

Cependant, comme l'indique la Commission, il est impossible de savoir avec certitude comment un marché aurait évolué de manière certaine en l'absence d'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE et, partant, « *l'estimation du scénario contrefactuel hypothétique se fera donc par définition sur la base d'un certain nombre d'hypothèses.* »³⁸.

Par ailleurs, l'arrêt Mulder³⁹ a précisé que le manque à gagner n'est pas le fait d'un simple calcul mathématique mais le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes.

Ainsi le préjudice économique peut être particulièrement complexe à déterminer.

5.1 L'AFEC recommande d'adapter, de manière pragmatique, l'approche de quantification selon le type de dossier et de recourir, dans toute la mesure du possible, à une approche simplifiée de la quantification du préjudice.

³⁶ CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239

³⁷ §9 de la Communication de la Commission, précitée.

³⁸ §15 du Guide pratique accompagnant la Communication de la Commission, précité.

³⁹ CJUE 27 janvier 2000, C-104/89 et C-37/90 ; §79 et suivants

Il conviendrait de distinguer selon les enjeux des dossiers.

Pour les dossiers aux enjeux limités⁴⁰, outre les références à la décision d'une autorité de concurrence, une méthode plus simple fondée sur études académiques/empiriques faisant référence à des données économiques (visées éventuellement dans une fiche établie par la Cour d'appel) pourrait être appliquée pour déterminer le préjudice. La complexité de cette détermination justifie le recours à une telle approche pour que l'effectivité de la réparation soit réelle.

Le juge pourrait ici encore avoir recours à un technicien susceptible de fournir une consultation sans investigation complexe sur le fondement de l'article 232 ou de l'article 256 du Code de procédure civile.

Pour les dossiers aux enjeux plus conséquents, le recours à un économiste attaché à la juridiction ou nommé par elle avec des audiences spécifiques entre experts économiques, une fois les problèmes de droit et de définition de marché clarifiés, pourrait permettre d'avancer efficacement.

Toutefois, dans l'hypothèse où le préjudice serait impossible ou excessivement difficile à établir avec précision en raison par exemple d'un manque flagrant et établi de données, reconnaître, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, une liberté plus grande au juge pour déterminer le montant du préjudice par référence à des méthodes plus simples (cf. supra) paraît souhaitable. Cette liberté serait d'autant plus logique si le juge peut s'appuyer sur l'assistance d'un économiste attaché à la juridiction.

5.2 Observations sur les difficultés propres à certains postes de préjudice

Certains types de préjudice pourraient être plus largement pris en compte ou donner lieu à des précisions.

- En ce qui concerne la quantification du **gain manqué**, il a été relevé pendant les travaux du groupe de travail que la sémantique utilisée par les juridictions sur les coûts n'est pas la même que celle utilisée par l'ADLC. En effet, cette dernière se base sur les coûts économiques et non sur les coûts comptables auxquels se réfèrent les juridictions. Or, la différence entre les deux coûts est assez importante notamment au regard des amortissements, non pris en compte dans les coûts économiques.

En effet, un bien peut disparaître comptablement car il a été amorti sans pour autant cesser d'être utilisé et avoir de ce fait une valeur économique.

⁴⁰ Voir par exemple : Landgeritch Dortmund, 30 septembre 2020, 8 O 115/14 qui retient une estimation sans recours à une expertise spécifique au regard des données disponibles sur le marché.

Ainsi, la valeur économique du bien est différente de sa valeur comptable. Une telle différence peut avoir un impact important sur la quantification du préjudice notamment dans le cadre des activités à coûts fixes.

Il serait donc intéressant que **les cours d'appel utilisent la même sémantique que l'ADLC afin d'unifier le calcul du préjudice et d'arriver à un résultat le plus proche possible de la réalité économique**. Cette option pourrait être précisée dans la fiche méthodologique n°4.

Par ailleurs, **les coûts internes** de la victime, soit pour réduire le dommage soit pour faire valoir ses droits, pourraient être retenus, sous réserve de justification. Dans d'autres domaines, ce principe a déjà été accepté par la Cour de cassation qui a retenu que « *la mobilisation de salariés pour la réparation de dommages causés à l'entreprise par un tiers constitue un préjudice indemnisable* »⁴¹.

- Le groupe de travail souhaite souligner qu'un préjudice économique peut exister quand bien même il y a eu **répercussion partielle ou totale du surcoût**. En effet, l'entreprise victime qui répercute le surcoût peut potentiellement vendre des **volumes moindres** et donc nécessairement subir un préjudice économique du fait du surcoût répercuté sur ses clients. En tout état de cause, l'entreprise peut ne pas répercuter nécessairement l'intégralité du surcoût notamment l'entreprise, sauf le cas où elle dispose d'un produit incontournable et/ou d'un pouvoir de négociation fort significatif, est rarement en mesure de répercuter totalement le surcoût

La présence d'économistes en appui des juridictions, permettrait de mieux prendre en compte cette dimension dans l'analyse du transfert d'un surcoût.

En outre il est important d'imposer au défendeur qui soulève le *passing on* de démontrer la répercussion de la pratique.

- Le groupe de travail a souligné que le préjudice appréhendé au titre du **surprix** ne découle pas forcément d'une augmentation du prix mais peut découler également de la différence entre le prix pratiqué et le prix qui aurait dû être pratiqué en l'absence du comportement anticoncurrentiel en cause⁴². Il ne faut donc pas l'exclure dans de telles hypothèses. La notion de surpris est donc plus large et mérite une étude attentive des parties et des juridictions.

- La Cour de justice dans l'affaire OTIS⁴³ a reconnu le principe d'indemnisation d'un opérateur (entité publique) qui n'était ni acheteur direct ni membre du même marché que les entreprises parties au cartel dès lors qu'elle avait fourni des aides aux acheteurs des produits fournis par les entreprises cartellistes qui se sont révélées plus élevées qu'elles n'auraient dues du fait de l'augmentation des prix résultant du cartel.

⁴¹ Cour de cassation, chambre civile 3, 10 mars 2016, pourvois n° 15-10897 et n° 15-16679.

⁴² Tribunal administratif de Strasbourg, 20 octobre 2021, 14-05-02

⁴³ Cour de Justice de l'Union Européenne C 435/18 Otis GmbH et autres c/ Land Oberösterreich e. a du 12 décembre 2019 ; Cour de Justice de l'Union Européenne C 451/18 Tibor-Trans du 29 juin 2019.

Si le **préjudice d'ombrelle** doit être pris en compte, la difficulté de quantification d'un tel préjudice et la mise en évidence du lien de causalité peuvent être source de complexité et d'allongement inutile de la procédure. L'AFEC s'interroge sur la possibilité de n'accorder une réparation sur ce poste que lorsqu'il est clairement établi.

- Dans un objectif de réparation intégrale du préjudice, le droit à réparation doit aussi couvrir la compensation des effets négatifs résultant de **l'écoulement du temps** depuis la survenance du préjudice.

La jurisprudence européenne a souligné à cet égard que l'octroi d'intérêts est une composante essentielle du droit à la réparation intégrale du préjudice pour compenser les effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction, à savoir l'érosion monétaire et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital⁴⁴.

L'AFEC tient à souligner l'effort de pédagogie réalisé en la matière par la Fiche méthodologique consacrée à cette question⁴⁵ en distinguant bien selon l'usage que la victime aurait fait de la trésorerie correspondante. Cet effort doit être poursuivi afin d'accompagner au mieux les victimes dans la compréhension de ces préjudices et de leur évaluation pour que la demande identifie bien spécifiquement les conséquences de la perte de trésorerie (réduction d'activité, perte d'opportunités, intérêts financiers..).

- **Le préjudice moral** peut être externe, il se rapproche alors du **préjudice d'image** ou interne se traduisant par une « *dégradation diffuse du moral au sein de l'entreprise et par la perte de confiance en son avenir* »⁴⁶. L'AFEC constate que la jurisprudence pourrait largement reprendre les solutions adoptées dans des contentieux proches afin de faciliter l'appréciation de ces préjudices.

Ainsi, **l'atteinte à l'image** est souvent reconnue par les juridictions dans le cadre de contentieux de concurrence déloyale consistant notamment en des actes de dénigrement⁴⁷. A ce titre, la Cour d'appel de Paris a reconnu qu'il découle forcément une atteinte à l'image du fait d'un tel comportement⁴⁸. Il serait opportun de fixer une règle de détermination de ce préjudice en matière économique en se référant à un pourcentage du chiffre d'affaires, ce qui est souvent retenu en jurisprudence en matière de concurrence déloyale⁴⁹ sauf démonstration détaillée d'un montant de préjudice différent par le demandeur.

⁴⁴ CJCE, aff. C-271/91 du 2 août 1993, Marshall, Rec.1993 p.I-4367 point 31. V. aussi §17 du document de la Commission.

⁴⁵ « FICHE n°7 Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ? » Fiches sur la réparation du préjudice économique.

⁴⁶ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 21 mars 2018, 17-14.582, Inédit ; Cour d'appel de Paris, 24 septembre 2021, n° 18/15698

⁴⁷ Cour d'appel de Paris, 24 septembre 2021, n° 18/15698 et Cour d'appel Paris, Pôle 5 ch 4, RG n°17/04101

⁴⁸ Ibid

Si pendant longtemps il était reconnu une présomption d'existence du **préjudice moral** découlant d'une pratique anticoncurrentielle, la Cour d'appel de Paris est récemment revenue sur une telle présomption⁵⁰. En effet, elle a précisé qu'il ne peut exister une présomption de préjudice moral dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle et qu'il appartient donc à la partie demanderesse de démontrer l'existence d'un tel préjudice.

Bien que reniant l'existence d'une présomption, la Cour reconnaît toutefois, l'existence du préjudice moral dans cette affaire. Néanmoins les modalités de calcul de ce préjudice sont totalement inexpliquées par la Cour. Il serait souhaitable, pour donner plus de prévisibilité aux demandeurs, de fournir dans les décisions à venir les modalités de détermination du préjudice.

Enfin, l'AFEC ne recommande pas d'établissement de barème dont les effets pervers seraient à proscrire.

• ***Néanmoins l'AFEC souhaite encourager l'octroi d'indemnités au titre de l'article 700 plus significatives.***

L'imprévisibilité du dédommagement accordé au titre de l'article 700 du Code de procédure civile peut dissuader certains justiciables à déposer des demandes en réparation, notamment lorsque les montants à indemniser sont faibles, ou incertains. En effet, quand bien même une victime d'infraction obtient réparation du préjudice subi, les frais engagés en lien avec ce contentieux sophistiqué (experts, avocats, ...), qui peuvent du reste être sensiblement accrus lorsque la(es) partie(s) défenderesse(s) déploie(nt) des stratégies dilatoires et/ou des stratégies d'obstruction, sont tels qu'elle sera dissuadée de d'engager une ou des demandes en réparation.⁵¹ Les membres de l'AFEC recommandent une systématisation de la production des factures⁵² et/ou des paiements par les parties pour permettre aux juridictions d'évaluer de façon plus concrète les sommes devant revenir aux plaideurs.

⁴⁹ Pour un exemple Tribunal de commerce de Paris du 15 mai 2018 (confirmé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 janvier 2021, n° 18/19582) opposant l'éditeur indépendant d'ouvrages Editions Dis Voir et la maison d'édition et de vente de livres Actes Sud, le Tribunal a apprécié le préjudice d'image par rapport à son **impact sur le chiffre d'affaires** : « *DIS VOIR justifie ne pas avoir pu honorer certaines commandes et ne pas avoir pu participer à plusieurs événements en raison de la situation de blocage de ses stocks générée par le litige en cours. Le tribunal, au regard du chiffre d'affaires de DIS VOIR qu'il déduit des pièces et qui serait de l'ordre de 50.000 € annuel, d'un taux de marge brute sur frais variables estimé à 80%, et de l'évaluation du chiffre d'affaires manqué à 5% du chiffre d'affaires total, évaluera ainsi le préjudice subi : 50.000 x 80% x 5% = 2.000 €. Toutefois, reprenant le raisonnement déjà retenu, il n'imputera à ACTES SUD que la moitié de la responsabilité de ce préjudice. En conséquence, le tribunal condamnera ACTES SUD à payer à DIS VOIR la somme de 1.000 € au titre du préjudice d'image.* »

⁵⁰ Cour d'appel de Paris, pôle 5 - chambre 4, arrêt du 23 février 2022

⁵¹ En ce sens Mission relative à l'évolution de la profession d'avocat, présidée par Dominique Perben, juillet 2020 « *Le juge ne dispose donc d'aucun élément pour arbitrer le montant de l'indemnité allouée sur le fondement de l'article 700. En outre, de nombreux avocats ne souhaitent pas communiquer le montant des honoraires qu'ils facturent. Il est dès lors rare que les décisions rendues sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile couvrent l'ensemble des frais exposés par la partie gagnante au titre de ses frais d'avocat. Elle est dès lors pénalisée alors même que le juge a fait droit à ses demandes. Ce mécanisme peut être amélioré en adoptant une nouvelle rédaction de l'article 700 et en prévoyant que l'indemnité prévue par ce texte est fixée au vu de pièces justificatives. Le secret professionnel n'est pas un obstacle à la production des factures d'intervention* »

⁵² Comme le prévoit l'article 1, 13° du décret 2022-245 du 25 Février 2022

* * * *

L'AFEC relève que les contentieux judiciaires en matière de réparation d'un préjudice économique se caractérisent par (i) une grande complexité, et par voie de conséquence un coût qui peut restreindre l'accès à la réparation de nombreux plaignants, (ii) une durée trop importante en première instance et (iii) une difficulté certaine de quantification du préjudice du fait d'un accès difficile à la preuve et de la complexité du calcul de ce préjudice complexe qu'est le préjudice économique conduisant à des analyses peu uniformes des juridictions consulaires. Ces obstacles portent atteinte au principe d'effectivité du droit de demander réparation du préjudice subi par les victimes.

Au regard des échanges du groupe de travail, il apparaît que la spécialisation des juridictions et la centralisation du contentieux en appel devant la Cour d'appel de Paris sont des avantages et doivent être renforcés.

De même, le volume d'affaires croissant devant les juridictions nationales montre la progression de la connaissance de ce contentieux et de la confiance dans le recours au juge.

Ces éléments d'attractivité peuvent être renforcés pour répondre aux préoccupations des acteurs économiques tant au regard de la durée du contentieux que de sa technicité et des difficultés probatoires et d'évaluation qu'il suscite encore à l'analyse de la jurisprudence.

A ce titre le groupe de travail préconise :

- le renforcement de la communication de la Cour d'appel sur les procédures en réparation et les outils à disposition des parties et des juges pour leur mise en œuvre,
- le renforcement de la spécialisation en concentrant le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles au sein de la chambre 5-4 et en renforçant en parallèle les moyens dévolus à cette formation,
- un encadrement de la durée des procédures par un calendrier de procédure strict et des étapes permettant de renforcer la prévisibilité de cette procédure,
- un recours systématisé à l'expertise économique avec l'appui d'un économiste dédié à la Cour d'appel de Paris ou désigné par elle pour une mission précise, notamment lorsqu'il s'agit d'interroger les experts des parties sur leurs travaux et d'analyser la robustesse de ces travaux.

Le renforcement de la coopération avec l'ADLC et plus généralement les autorités de concurrence tant pour l'appréciation de la faute concurrentielle que pour celle de la détermination du préjudice et de sa quantification.

En synthèse, dans cette perspective, l'AFEC propose :

- d'enserrer les procédures dans des délais plus limités et prévisibles par une planification des audiences et leur séparation entre points techniques,
- un aménagement de l'organisation actuelle de la Cour d'appel avec la nomination d'expert économique pour appuyer le travail de la Cour,
- de faciliter la démonstration de la faute et du lien de causalité,
- de faciliter l'accès aux pièces du dossier de l'autorité de la concurrence concernée,
- une approche pragmatique d'évaluation du préjudice.
- le maintien et le développement des différents postes de préjudice mentionnés dans les fiches.