

L'émergence des préjudices concurrentiels

Benjamin Ménard

Volume 50, Number 2, 2020

Vers une typologie novatrice des préjudices moral et matériel

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1074604ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1074604ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ménard, B. (2020). L'émergence des préjudices concurrentiels. *Revue générale de droit*, 50(2), 437–444. <https://doi.org/10.7202/1074604ar>

Article abstract

It is with modernity that competitive injuries have emerged. If the need to specify its contours appeared very early, it is only recently that the legislator intervened to provide, in the Code de commerce, a self-contained set of rules for certain anti-competitive acts. This study is therefore an opportunity to review the way in which, in French law, the judge compensates these injuries, which are sometimes very difficult to apprehend.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2020

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'émergence des préjudices concurrentiels

BENJAMIN MÉNARD*

RÉSUMÉ

C'est avec la modernité que les préjudices concurrentiels sont apparus. Si le besoin d'en préciser les contours s'est très tôt fait ressentir, ce n'est que récemment que le législateur est intervenu pour prévoir, au sein du Code de commerce, un régime autonome pour certains actes anticoncurrentiels. Cette étude est dès lors l'occasion de revenir sur la manière dont, en droit français, le juge indemnise ces préjudices parfois bien difficiles à appréhender.

MOTS-CLÉS :

Préjudices concurrentiels, pratiques anticoncurrentielles, concurrence déloyale, nomenclature des préjudices, Directive 2014/104/UE, évaluation des préjudices, preuve des préjudices, présomption de préjudice.

ABSTRACT

It is with modernity that competitive injuries have emerged. If the need to specify its contours appeared very early, it is only recently that the legislator intervened to provide, in the Code de commerce, a self-contained set of rules for certain anti-competitive acts. This study is therefore an opportunity to review the way in which, in French law, the judge compensates these injuries, which are sometimes very difficult to apprehend.

KEY-WORDS :

Competitive injuries, anti-competitive practices, unfair competition, classification of injuries, Directive 2014/104/UE, assessment of injuries, proof of injuries, presumption of injuries.

* Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon III, Équipe de recherche Louis Josserand, Centre de droit de la responsabilité et des assurances.

SOMMAIRE

I.	La détermination des préjudices	440
II.	L'évaluation des préjudices	441
III.	La preuve des préjudices	443

L'étude de l'émergence des nouveaux préjudices réparables en droit de la responsabilité civile revêt un intérêt indéniable s'agissant des préjudices résultant d'actes anticoncurrentiels. Si c'est bien d'*émergence* dont il est question, c'est que, sur ce terrain, le sujet fait l'objet d'une attention croissante de la doctrine depuis une vingtaine d'années. Pourtant initialement fondée sur le droit commun de la responsabilité pour faute, l'indemnisation du dommage concurrentiel a très tôt montré sa singularité. En cause, principalement, l'importance et la complexité du contentieux, qui en font aujourd'hui une matière de spécialiste. Et cela ne va qu'en s'accroissant, l'ère du numérique compliquant plus encore non seulement la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles, mais également la détermination et l'évaluation des préjudices réparables¹.

La problématique ici abordée intéresse d'autant plus que le régime d'indemnisation a pris un récent tournant avec la *Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014* et sa transposition en droit interne par l'*Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles* et par le *Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles*.

L'évolution est d'importance, car le constat des lacunes indemnitaires en la matière était jusqu'alors largement partagé². En effet, s'il n'était pas rare que les auteurs de pratiques anticoncurrentielles fassent régulièrement l'objet de sanctions de la part des autorités de la concurrence (*public enforcement*), les actions en réparation (*private enforcement*) étaient, quant à elles, peu fréquentes et insatisfaisantes sur le plan indemnitaire. Pour cette raison, le nouveau dispositif prévu par

1. Voir, notamment, en ce sens, Thibault Schrepel, « Ententes algorithmiques et ententes par blockchain » [2020] D 1244 ; Jean-Christophe Roda, « L'entente algorithmique » [2019] JCP G 785.

2. Sur ce point, Suzanne Carval, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste » [2014] 2 Concurrences 52.

le *Code de commerce*³ a été accueilli avec un certain enthousiasme. L'objectif poursuivi par le législateur pouvait d'ailleurs difficilement être contesté, tant il était louable : assurer une égalité de traitement des victimes d'infractions au droit de la concurrence. Le *Code de commerce* comporte donc désormais un titre entier consacré *aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles* (Titre VIII, livre IV).

Pour prendre la mesure de cette évolution et de la modification de notre paysage juridique, il convient au préalable de préciser que les actes anticoncurrentiels visés par le législateur concernent essentiellement trois types de pratiques : les ententes prohibées, les abus de position dominante et de dépendance économique, et les offres et pratiques de prix abusivement bas⁴. Pour accueillante qu'elle soit, cette liste n'épuise cependant pas l'ensemble des pratiques qui faussent le jeu de la concurrence. Sont ainsi exclus, notamment, les actes de concurrence déloyale (dénigrement, acte de confusion, désorganisation de l'entreprise, parasitisme), qui demeurent soumis au droit commun de la responsabilité civile, et les pratiques restrictives de concurrence prévues aux articles L. 442-1 et suivants du *Code de commerce* (rupture brutale des relations commerciales établies, atteinte à l'intégrité d'un réseau de distribution, conditions manifestement abusives, par exemple). Bien que ces dernières pratiques ne soient pas considérées *stricto sensu* comme des actes anticoncurrentiels au sens du *Code de commerce*, sans doute faut-il regretter leur mise au ban alors même qu'elles peuvent résulter d'un même comportement. Il reste que, malgré ce cantonnement des régimes, rien n'interdit au juge, bien au contraire, d'instiller une certaine cohérence dans l'indemnisation des préjudices concurrentiels indépendamment de la nature du fait qui en est à l'origine. Une approche globale des préjudices réparables s'avère dès lors plus pertinente, d'autant que l'idée d'*émergence* y est, dans tous ces cas, parfaitement appropriée.

Dans cette perspective, il faut remarquer que l'indemnisation des préjudices anticoncurrentiels révèle certaines singularités par rapport aux règles classiques du droit de la responsabilité civile. Ce constat peut être fait à trois niveaux : la détermination des préjudices (I), l'évaluation des préjudices (II) et la preuve des préjudices (III).

3. Voir les articles L. 481-1 et s du *Code de commerce* [C com].

4. Voir l'article L. 481-1 du C com, qui renvoie aux pratiques visées aux articles L. 420-1 et s du même code.

I. LA DÉTERMINATION DES PRÉJUDICES

Ici comme ailleurs en droit de la responsabilité civile, la distinction entre le dommage et *les préjudices* est souvent mise à profit pour expliquer qu'il y a lieu de distinguer l'atteinte à la concurrence ou au processus concurrentiel (le « dommage concurrentiel ») des conséquences de cette atteinte sur les agents économiques, victimes de pratiques illicites (les « préjudices concurrentiels »). Le volet indemnitaire ne concerne que les répercussions sur les personnes et, donc, *les préjudices*.

Cette précaution de langage présente certes un intérêt pédagogique, mais le droit positif se montre toujours quelque peu réticent à lui donner son plein effet, car cette distinction induit le plus souvent l'exigence pour le juge de détailler les différents postes de préjudice qu'il répare. La Cour de cassation a rappelé pourtant de manière constante, encore récemment⁵, que « le juge apprécie souverainement le montant du préjudice, dont il justifie l'existence par la seule évaluation qu'il en fait, sans être tenu d'en préciser les divers éléments ».

D'une manière générale, conformément au reste du droit de la responsabilité civile, les préjudices réparables peuvent aussi bien être d'une nature patrimoniale que d'une nature extrapatrimoniale. Parmi les premiers, on peut compter la perte d'une marge, la baisse du chiffre d'affaires, les pertes de parts de marché ou encore les divers frais engagés par la victime pour compenser les effets du comportement anticoncurrentiel. Les préjudices extrapatrimoniaux peuvent, quant à eux, résider dans une atteinte à l'image de marque ou dans le préjudice de notoriété, c'est-à-dire l'atteinte à la réputation de la personne morale. Le préjudice réparable peut encore être passé ou futur (gain manqué, par exemple), et peut consister en une perte d'une chance (de réaliser un bénéfice, par exemple). L'indemnisation des victimes par ricochet est également parfaitement admise : un consommateur peut ainsi obtenir réparation du dommage qu'il a subi du fait de la répercussion d'un surcoût illicite le long d'une chaîne de vente.

De ce qui précède, si rien n'empêche le juge de procéder à une globalisation des préjudices concurrentiels, l'incitation quasi générale de la doctrine au détail des postes de préjudice, forte de l'expérience

5. Cass com, 12 février 2020, [2020] D 1086, n° 17-31.614 (note J-S Borghetti); [2020] CCC comm 62 (note M Malaurie-Vignal); [2020] RTD civ 391 (note H Barbier); *ibid* à la p 401 (note P Jourdain); [2020] RTD com 313 (note M Chagny).

acquise avec la nomenclature Dintilhac notamment, n'est pas sans avoir porté ses fruits. Il faut d'abord constater que le juge indemnise le plus souvent en procédant à une compartimentation des préjudices concurrentiels, ce qui n'est pas sans démontrer une certaine adhésion des magistrats à cette technique. Dans une certaine mesure, le régime prévu par le *Code de commerce* s'inscrit dans une volonté d'affiner la définition des préjudices réparables, bien que l'on soit tout de même loin d'une nomenclature. On citera à l'appui la définition énoncée à l'article L. 481-3 du *Code de commerce*, lequel prévoit l'indemnisation du préjudice né de la perte résultant « du surcoût correspondant à la différence entre le prix du bien ou du service qu'il a effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction, sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût qu'il a éventuellement opérée sur son contractant direct ultérieur ».

De manière plus claire encore, certaines initiatives ont vu le jour pour permettre au juge de mieux répertorier les préjudices consécutifs à des comportements anticoncurrentiels. Ainsi, à la demande de l'ancienne Première présidente de la Cour d'appel de Paris, des fiches méthodologiques pratiques ont été constituées à partir de décisions déjà rendues et isolées comme les plus représentatives des principales hypothèses rencontrées par les juges⁶. Ce travail fait suite à une autre initiative, cette fois de la Commission européenne, qui a publié en 2013 un guide pratique destiné à amorcer une réflexion sur une typologie des préjudices⁷.

Certains chantiers sont donc lancés, avec cette finalité de permettre aux praticiens, avocats et juges notamment, d'appréhender plus efficacement cette réparation. Sur le terrain de l'évaluation, les difficultés ne s'aplanissent pas et, là encore, certaines avancées sont à relever.

II. L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES

Malgré la spécificité du contentieux, l'indemnisation des préjudices concurrentiels ne fait pas exception aux règles générales du droit de la responsabilité civile. Ici aussi, la réparation intégrale fait

6. Muriel Chagny, « La réparation des dommages concurrentiels » [2017] 5 RJC 1 à la p 9.

7. *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur les infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, en ligne : <ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf> [Guide pratique].

figure de principe. Sa mise en œuvre, nous l'avons écrit plus en amont, est gouvernée par l'appréciation souveraine du juge, ce qui a pour conséquence pratique que les magistrats du fond n'ont pas à expliquer la manière dont ils calculent les dommages-intérêts. À quoi il convient d'ajouter que cette liberté se double tout de même d'une contrainte, car la Cour de cassation rappelle avec vigueur que dès l'instant où le juge constate un préjudice, il lui revient nécessairement de l'indemniser⁸.

Les difficultés et les obstacles que peut rencontrer le juge du fond pour évaluer les préjudices sont nombreux. Cela tient d'abord à la nature des répercussions que peut subir l'agent économique. Rares sont, en effet, les conséquences que la victime ressent immédiatement. Le plus souvent, les préjudices apparaissent de manière différée et se prolongent de surcroît dans le temps. Ce décalage entre le moment où le comportement illicite se produit et celui où il révèle ses effets négatifs ne facilite pas la tâche du juge, tant s'en faut. À cet égard, il n'est pas inintéressant de souligner que le législateur a pris l'occasion de la réforme de 2017 pour orienter l'office du juge sur ce point. Aux termes de l'article L. 481-8 du *Code de commerce*, il est ainsi précisé que le juge doit tenir « compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible »⁹.

Une autre difficulté réside plus simplement dans le fait que le juge n'est, *a fortiori*, pas rompu, ou très rarement, aux questions économiques d'une telle complexité. Pour cette raison, le recours à un expert économique est inévitable. Pour autant, bien que spécialiste, il n'est pas rare que les évaluations de l'expert soient approximatives, à charge pour le juge de choisir une quantification dans la fourchette qui lui est soumise. Cette pratique pousse certains auteurs à mettre plus ou moins franchement de côté le principe de réparation intégrale pour proposer d'autres modalités d'évaluation du préjudice. D'aucuns ont ainsi suggéré de calculer les dommages-intérêts en considération des profits réalisés par l'infraction¹⁰. Cette idée retient l'attention

8. Voir par ex Cass civ 3^e, 6 février 2002 [2002] Bull civ III 28, n° 00-10.543. Cette injonction faite au juge peut paraître contradictoire, car comment assurer l'intégralité de la réparation si tous les éléments de quantification du préjudice ne sont pas mis à sa disposition ? Voir en ce sens J-S Borghetti, *supra* note 5.

9. C'est d'ailleurs exactement ce que prévoit l'article 1262 du projet de réforme de la responsabilité civile, Chancellerie en date du 13 mars 2017.

10. Voir par ex Geneviève Viney, « L'appréciation du préjudice » [2005] 99 LPA 89.

puisqu'elle vient justement de recevoir très récemment une consécration en droit positif dans une décision remarquée de la Chambre commerciale, rendue en matière de concurrence déloyale¹¹. Une autre proposition est celle de forfaitiser les dommages-intérêts selon des modes de calcul préétablis. Selon ses défenseurs, on pourrait, par exemple, s'inspirer des *treble damages* du droit antitrust des États-Unis en appliquant à l'estimation basse du dommage un coefficient multiplicateur en fonction de la gravité de la faute commise¹².

On ne peut donc nier que les affres de l'évaluation des préjudices concurrentiels sont réelles et peuvent jouer en défaveur des victimes. C'est pour cette raison que les règles de preuve ont parfois été aménagées.

III. LA PREUVE DES PRÉJUDICES

Il n'est un secret pour personne que la preuve peut être un obstacle à l'indemnisation ou à une bonne indemnisation des victimes. Elle constitue donc un enjeu concernant autant l'existence du préjudice que son évaluation. Cela est particulièrement vrai dans ce domaine où les préjudices s'inscrivent dans le temps et évoluent avec lui, soit parce que de nouveaux préjudices apparaissent, soit parce que la consistance du préjudice augmente. Au jour du jugement, prévoir l'évolution du marché est chose, sinon divinatoire, du moins particulièrement ardue. La Commission européenne le concède elle-même en affirmant qu'il « ne peut être question de déterminer une seule "vraie" valeur du préjudice subi » et que, partant, l'appréciation de la responsabilité et de ses effets ne peut se faire qu'au moyen « d'estimations les plus précises possible sur la base d'hypothèses et d'approximations »¹³.

L'allègement du fardeau probatoire est de ce point de vue très vite apparu comme une nécessité pour les victimes. Le recours aux présomptions est privilégié, tant par le juge que par le législateur. Du côté du juge, la Cour de cassation a, par exemple, depuis les années 80, posé une règle aujourd'hui bien connue, selon laquelle « un préjudice

11. Cass com, 12 février 2020, *supra* note 5 : « il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes ».

12. Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani, *Droit du marché*, coll « Thémis Droit privé », Paris, Presses universitaires de France, 2002 à la p 980.

13. *Guide pratique*, *supra* note 7, à la p 13.

s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble commercial »¹⁴. L'existence du préjudice est donc présumée, et cela de manière irréfragable si l'on en croit le rapport de *nécessité* existant entre l'acte déloyal et le préjudice.

Le législateur a également fait preuve d'une certaine clémence probatoire dans le nouveau régime du *Code de commerce*. Deux exemples permettent de l'illustrer pour certaines pratiques. Le premier est tiré de l'article L. 481-7 du *Code de commerce*, en vertu duquel « est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice ». Contrairement à la présomption établie en matière de concurrence déloyale, il s'agit ici d'une présomption simple de préjudice. Le second exemple concerne non plus la preuve de l'existence du préjudice, mais celle de son évaluation : l'hypothèse des surcoûts. Cette pratique est utilisée lorsque l'acheteur qui subit un acte anticoncurrentiel de surcoût répercute tout ou partie de celui-ci à ses clients. Lorsqu'elle était constatée, cette répercussion fournissait une aubaine à l'auteur initial, qui pouvait l'invoquer en défense pour s'exonérer partiellement et, en définitive, minorer l'indemnisation versée à la victime. À rebours, l'article L. 481-1 du *Code de commerce* pose désormais une présomption simple de non-répercussion des surcoûts par l'acheteur victime de la pratique anticoncurrentielle.

14. Pour exemple, Cass com, 22 octobre 1985, [1985] Bull civ IV 206, n° 83-15.096. Sur cette règle, voir notre article, Benjamin Ménard, « Le dommage induit de l'acte de concurrence déloyale. Quelle explication ? Quelle application ? » [2019] D 1549.