

Revue Lamy de la concurrence

Indemnisation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles : le « pass-on » est-il le maillon faible ?

Mélanie THILL-TAYARA et Marion PROVOST

- La possibilité d'une clémence privée en droit de la concurrence - Le décalque de la clémence publique dans le cadre du private enforcement *Maxime BARBA*
- Vers l'exemption catégorielle des contrats de réparation automobile agréée ?
Xavier HENRY
- Un retour bienvenu à une plus stricte orthodoxie juridique dans le fardeau probatoire du « rapport de soumission » exigé pour l'application du déséquilibre significatif du Code de commerce
Gaëlle LEROY et Sylvain BEAUMONT

Éclairage

RLC 3740

Indemnisation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles : le « pass-on » est-il le maillon faible ?

L'indemnisation des préjudices trouvant leur source dans une violation du droit de la concurrence suppose, outre la démonstration des conditions classiques de la responsabilité civile, de quantifier le dommage dont la réparation est demandée. Or, de par les notions très spécifiques qu'elle fait intervenir, essentiellement économiques, cette quantification s'avère être un exercice particulièrement complexe, mais pourtant nécessaire au regard du principe de réparation intégrale qui prévaut en droit français. Dans ce contexte, la question de la répercussion du surcoût subi par une victime de pratiques anticoncurrentielles, plus communément appelée *pass-on*, soulève de nombreuses difficultés, tant conceptuelles que pratiques. Si ces difficultés doivent aujourd'hui principalement être surmontées par les demandeurs, sur qui pèse la charge de la preuve de l'absence de répercussion, les défendeurs seront, demain, du fait des présomptions instaurées par la loi, concernés au premier chef par la question du *pass-on*.

Avec la prolifération des actions en dommages et intérêts fondées sur le droit de la concurrence, de nouvelles problématiques sont apparues, essentiellement économiques, jusqu'alors absentes des prétoires, et qui ne sont pas aujourd'hui sans poser de difficultés pratiques.

En France, le droit à réparation suppose la démonstration cumulative d'une faute, d'un préjudice, ainsi que d'un lien de causalité entre les deux⁽¹⁾. Or, là où dans de nombreuses matières le débat se cristallise autour de la faute et du lien de causalité avec le préjudice allégué, dans les actions en responsabilité consécutives à une condamnation en droit de la concurrence, il porte

moins sur la caractérisation de ces trois éléments mais davantage sur la quantification du préjudice.

En pratique, le préjudice subi par la victime d'un comportement anticoncurrentiel résulte principalement de trois composantes distinctes, qui doivent successivement être évaluées et prises en compte pour déterminer l'ampleur réelle du dommage subi :

- le « surpris » ou « surcoût », qui correspond à la différence entre le prix effectivement payé et celui qui aurait dû être payé en l'absence d'infraction ;
- le « pass-on », qui correspond à l'éventuelle répercussion, totale ou partielle, de ce surpris par l'acheteur direct à ses propres clients (les acheteurs indirects) ; et
- « l'effet volume », c'est-à-dire les pertes associées à la diminution des volumes



Par Mélanie
THILL-TAYARA
Avocat associée,
Cabinet Dechert LLP



Et Marion
PROVOST
Avocat
collaboratrice
Senior, Cabinet
Dechert LLP

(1) C. civ., art. 1240.

de ventes consécutives à l'augmentation des prix de vente résultant du *pass-on*.

Le *pass-on*, qui peut être opposé en défense par l'auteur de la pratique anticoncurrentielle, constitue donc l'un des éléments de quantification du préjudice, susceptible d'avoir un impact plus ou moins important sur le montant d'indemnisation auquel le demandeur peut prétendre.

Cette question, intimement liée au principe de réparation intégrale, selon lequel la somme due au titre des dommages et intérêts doit correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable, est donc centrale dans l'évaluation des préjudices découlant de pratiques anticoncurrentielles.

Dans un contexte où la France cherche à devenir une place forte du contentieux indemnitaire en droit de la concurrence, cet article a pour objectif d'apporter un éclairage sur la notion de *pass-on* et son application. Ainsi, là où par le passé les juges ont pu se contenter d'une analyse sommaire, essentiellement juridique, aboutissant à des solutions parfois critiquables, l'appréciation du *pass-on* requiert en réalité une analyse économique complexe, nécessaire pour garantir la pleine effectivité du droit à réparation et une juste indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

I. – Considérations théoriques sur l'analyse du *pass-on* dans les actions en dommages et intérêts

La notion de *pass-on* et son corollaire la « *passing-on defence* » sont, depuis longtemps, reconnus par la jurisprudence européenne et française, au contraire des États-Unis où cette défense n'est pas admise en droit fédéral⁽²⁾. Toutefois, alors même que les instances européennes ont adopté les outils nécessaires pour encourager les actions en réparation fondées sur une violation du droit de la concurrence, la conception et l'application du *pass-on* en France peut parfois aboutir à rendre excessivement difficile l'indemnisation des victimes.

A. – Le *pass-on* dans la jurisprudence communautaire et française

La notion de *pass-on* trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en ma-

tière fiscale⁽³⁾. En droit de la concurrence, le principe a été reconnu, notamment dans l'affaire *Courage*⁽⁴⁾ où la Cour de justice, tout en affirmant le droit pour toute victime d'une pratique anticoncurrentielle d'obtenir réparation du dommage subi, a néanmoins rappelé la possibilité pour les juridictions nationales de veiller à ce que l'exercice de ce droit n'aboutisse pas à un enrichissement sans cause du demandeur. La Cour de justice a ainsi admis la possibilité pour le juge de prendre en compte, dans le calcul du préjudice, l'éventuelle répercussion aux acheteurs indirects du surprix payé par l'acheteur direct à raison d'un comportement anticoncurrentiel, et ce aux fins d'éviter d'indemniser un préjudice qui ne serait pas avéré ou, a minima, surévalué.

En France, ceci s'est traduit par l'invocation systématique du *pass-on* par les défendeurs à l'action, laissant au juge le soin de déterminer, dans chaque cas, s'il y a ou non eu répercussion, totale ou partielle, du surcoût. Or, ceci a donné lieu, à ce jour, au développement d'une jurisprudence plutôt défavorable aux demandeurs, sur lesquels repose, en l'état actuel du droit, la charge de la preuve.

Ainsi, dans l'affaire des *Vitamines*, qui remonte à 2006, aux balbutiements du contentieux indemnitaire en droit de la concurrence, le tribunal de commerce de Nanterre avait présumé le *pass-on* et dès lors considéré, de manière quelque peu abrupte, que « *s'il existe un lien entre la faute des auteurs des ententes et la majoration du prix des matières premières, le lien de causalité entre ces prix majorés et le préjudice allégué n'est quant à lui pas établi du fait de la possibilité pour [l'acheteur direct] de répercuter cette majoration dans ses prix de vente* »⁽⁵⁾. Pour le tribunal, l'acheteur direct ayant librement arrêté sa politique tarifaire, la responsabilité des participants au cartel des vitamines ne pouvait être engagée.

À suivre ce raisonnement, dès lors que l'acheteur direct a la possibilité – ne serait-ce que théorique – de répercuter le surprix subi sur ses propres clients, il ne pourrait y avoir de lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice allégué, qui devient en conséquence inexistant. Cette conception, qui confond très clairement la question de l'étendue du préjudice avec celle du lien de causalité entre l'existence de principe du préjudice et

(2) Selon une jurisprudence constante, seuls les acheteurs directs (qui sont présumés ne pas avoir répercutés le *pass-on*) peuvent agir contre leur(s) fournisseur(s) auteur(s) d'une infraction au droit de la concurrence, à l'exclusion des acheteurs indirects (v. décision de la Cour Suprême américaine du 9 juin 1977, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, récemment confirmée par une décision du 13 mai 2019, *Apple Inv. v. Pepper Et Al*).

(3) CJCE, 9 nov. 1983, aff. 199/82, *Administration des finacés de l'État italien contre SpA San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318 ; CJCE, 14 janv. 1997, aff. jtes. C-192/95 à C-218/95, *Comateb*, ECLI:EU:C:1997:12. Dans ces affaires, la Cour de justice a jugé que les États membres pouvaient tenir compte, pour refuser le remboursement d'impôts, du fait que les taxes indument perçues ont pu être incorporées dans le prix des marchandises et répercutées ainsi sur les acheteurs, dans le but d'éviter un enrichissement sans cause de l'opérateur sollicitant le remboursement.

(4) CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

(5) T. com. Nanterre, 11 mai 2006, n° 2004F02643.

la faute, ne fait, comme il sera démontré ci-après, pas de sens.

Fort heureusement, elle semble depuis lors avoir été abandonnée, au profit d'une solution plus nuancée. Dans l'affaire *Doux Aliments*, la Cour de cassation a sanctionné la cour d'appel de Paris pour n'avoir pas effectivement recherché « *si les sociétés Doux avaient, en tout ou partie, répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l'infraction commise par la société AE, de sorte que l'allocation de dommages et intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause* »⁽⁶⁾. Néanmoins, la Cour de cassation a de nouveau semé le doute postérieurement, dans une seconde affaire concernant le cartel de la lysine, en jugeant que « *la répercussion des coûts [étant] la pratique habituelle et normale* », il appartenait aux demandeurs de démontrer « *qu'[ils] n'avaient pas pu répercuter les effets de la hausse de prix de la lysine sur leurs clients* »⁽⁷⁾.

Dès lors, à défaut de pouvoir prouver, au moyen d'éléments qualitatifs ou quantitatifs, dans le cadre de la quantification de leur préjudice, l'impossibilité de répercuter tout ou partie du surpris subi, les demandeurs s'exposent à un rejet pur et simple de leurs prétentions.

Cette solution, qui exige des demandeurs un standard de preuve très élevé, est en soi critiquable, d'autant plus suite à la transposition de la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence⁽⁸⁾ (ci-après la « Directive Dommages et Intérêts »). L'article L. 481-4 du code de commerce érige désormais en faveur des victimes une présomption selon laquelle « *l'acheteur direct ou indirect (...) est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une telle répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur, auteur de la pratique anticoncurrentielle* ». Toutefois, du fait des règles générales relatives à l'application de la loi dans le temps, cette nouvelle disposition n'est en principe applicable qu'aux actions visant à obtenir réparation de préjudices trouvant leur source dans des comportements anticoncurrentiels postérieurs au 11 mars 2017.

Il est néanmoins permis de s'interroger sur la compatibilité de cette approche avec le principe d'effectivité du droit communautaire, dont la primauté est reconnue par la cour d'appel de Paris, lorsque la pratique anticoncurrentielle à l'origine du dommage est également contraire aux dispositions du Traité⁽⁹⁾. Plus particulièrement, il

pourrait être considéré que la non-application de la présomption⁽¹⁰⁾, combinée à l'interprétation assez stricte du *pass-on* par les juridictions françaises, contribue, de fait, à rendre plus difficile l'exercice par les victimes de leur droit à réparation. Les magistrats pourraient à cet égard échapper à cette difficulté procédurale en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice en matière fiscale, où celle-ci a jugé qu'il serait inéquitable de laisser à la seule charge du demandeur la preuve de la non-répercussion⁽¹¹⁾.

B. – Le *pass-on*, un élément de quantification du préjudice distinct du lien de causalité

En tant qu'élément de quantification du préjudice, la question du *pass-on* est nécessairement distincte de celle du lien de causalité. Dès lors, s'ils devaient rattacher ces deux notions, comme l'a fait en son temps – certes dans une espèce isolée – le tribunal de commerce de Nanterre, au motif qu'en cas de répercussion totale, il n'y aurait plus de lien de causalité entre la faute, constituée par la pratique anticoncurrentielle, et le préjudice dont il est demandé réparation, les tribunaux commettraient une grave erreur d'interprétation.

Cette logique va tout d'abord à l'encontre de la jurisprudence communautaire précitée et des principes qui en découlent. En effet, en jugeant que « *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 l'article [101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne]* »⁽¹²⁾, la Cour de justice n'a à aucun moment entendu subordonner la caractérisation du lien de causalité, qui constitue une condition autonome de la responsabilité civile⁽¹³⁾, à la démonstration de l'absence de *pass-on*, qui doit être appréciée dans le cadre de l'évaluation de l'étendue du préjudice.

Autrement dit, qu'il y ait *pass-on* ou non n'empêche pas la caractérisation d'un préjudice dans son principe et d'un lien de causalité avec la pratique anticoncurrentielle sanctionnée. En revanche, dès lors qu'il y a eu répercussion, ne serait-ce que partielle, c'est le quantum du préjudice

date de survenance du fait générateur, le principe d'effectivité doit être respecté lorsque la pratique anticoncurrentielle, ayant affecté le commerce entre les États membres, relève du droit de l'Union européenne en même temps que du droit interne français ».

(10) T. com. Paris, 26 mars 2018, n° 2017021571.

(11) CJCE, 25 févr. 1988, aff. jtes. 331/85, 376/85 et 378/85, Les fils de Jules Bianco, ECLI:EU:C:1988:97, § 13 : « *un État membre n'est pas en droit d'adopter des dispositions qui subordonnent le remboursement de taxes nationales perçues en violation du droit communautaire à la preuve que ces taxes n'ont pas été répercutées sur les acheteurs des produits les ayant supportées, en rejetant la charge de cette preuve négative sur les seules personnes (...) sollicitant le remboursement* ».

(12) CJCE, 13 juill. 2006, aff. jtes. C-295/04 à C-298/04, Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, § 61.

(13) CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918.

(6) Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15.816.

(7) Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-18.495.

(8) Dir. 2014/104/UE, 26 nov. 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 États membres et de l'Union européenne.

(9) CA Paris, Fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique, 19 oct. 2017, Fiche 11 a : « *[i]ndépendamment de la*

qui s'en trouve d'autant diminué. C'est d'ailleurs précisément en ce sens qu'il convient d'interpréter les récentes orientations publiées en août 2019 par la Commission européenne concernant le *pass-on*⁽¹⁴⁾. Celles-ci précisent en effet que « *lorsque les juridictions nationales estiment la répercussion partielle ou totale d'un surcoût dans une action en dommages et intérêts, il leur est nécessaire de déterminer le préjudice subi à cause du surcoût subsistant à un niveau donné de la chaîne de distribution* »⁽¹⁵⁾.

En pratique, le préjudice ne peut donc devenir nul que s'il apparaît que le demandeur a répercuté l'intégralité du surpris subi sur ses propres clients. Dans cette hypothèse, le préjudice ne disparaît pas pour autant ; il est alors supporté par l'acheteur indirect, qui devient le seul à pouvoir prétendre à indemnisation, sauf à avoir lui-même répercuté le surcoût sur ses propres clients, et ainsi de suite jusqu'au consommateur final.

En outre, du point de vue économique, il n'est pas possible de considérer qu'une entreprise n'aurait pas subi de préjudice du seul fait qu'elle avait la possibilité théorique de répercuter le surcoût subi, mais qu'elle a décidé, pour des raisons qui lui sont propres, de ne pas le faire.

En effet, la théorie économique nous enseigne qu'une entreprise bien gérée fixe ses prix de vente en vue de maximiser son profit. Or, lorsqu'une entreprise est confrontée à une augmentation de ses coûts, elle peut soit décider de répercuter entièrement cette augmentation, au risque toutefois de perdre des volumes importants, soit décider d'absorber une partie ou la totalité du surcoût subi. En réalité, le choix procède d'un arbitrage financier entre la réduction des marges ou la perte de volumes, les deux occasionnant un manque à gagner pour l'entreprise.

En pratique, cet arbitrage se fait en fonction de multiples facteurs qui, chacun, influent sur la détermination du prix de vente. La théorie économique cite, entre autres, la propension des clients de l'entreprise à continuer d'acheter ses produits en cas d'augmentation des prix de vente, le coût que représente l'intrant affecté par un surpris parmi la totalité des coûts supportés par l'entreprise, la structure et l'intensité de la concurrence sur le marché sur lequel évolue l'acheteur victime du surpris, etc. Ainsi, plus l'élasticité de la demande au prix est faible, plus l'entreprise devrait avoir intérêt à répercuter le surpris, dès lors qu'elle ne s'exposerait pas, *a priori*, à des pertes importantes de volume. De même, plus l'intrant ou le produit affecté par un surpris constitue une part importante des coûts totaux de l'entreprise, plus il est probable que le surcoût soit au moins partiellement répercuté. Enfin, la théorie économique considère que, lorsqu'un surcoût af-

fecte l'ensemble des acheteurs, il est davantage probable qu'il soit répercuté.

Mais les modèles économiques présentent des limites, en ce qu'ils ne peuvent pas prendre en compte les spécificités de chaque situation. Or, en réalité, les particularités de chaque entreprise et de chaque marché jouent un rôle fondamental dans la détermination du prix de vente. Ainsi, les entreprises victimes d'un surpris, quand bien même tout le marché est concerné, peuvent ne pas être toutes affectées de la même manière, ne serait-ce parce qu'elles disposent d'un pouvoir de négociation différent avec leurs fournisseurs, en fonction de leur poids sur le marché, des volumes qu'elles achètent, de la durée des contrats, etc. Le positionnement qu'une entreprise choisit d'adopter sur le marché influe également sur ses prix : une entreprise qui mène une politique de prix bas peut décider, pour rester compétitive sur le marché, de rogner sur ses marges plutôt que de répercuter à ses clients les augmentations de coûts qu'elle subit. Enfin, l'ajustement d'un prix pouvant également générer un coût, il peut ne pas être profitable pour une entreprise de modifier ses prix à l'aval à chaque fois qu'elle subit un surcoût en amont.

En conséquence, ce sont tant des facteurs externes que la politique interne de l'entreprise qui ont un impact sur le *pass-on*, sans que la décision unilatérale de ne pas répercuter intégralement un surcoût ne puisse aboutir à refuser toute indemnisation.

Par ailleurs, au moment où l'entreprise qui se considère victime d'une pratique anticoncurrentielle fixe ses prix de vente, elle n'a généralement pas connaissance de l'existence de la pratique anticoncurrentielle qui affecte ses coûts. Il ne peut donc lui être reproché, *a posteriori*, de ne pas avoir répercuté l'intégralité d'un surcoût, sauf à prouver qu'elle avait connaissance du comportement anticoncurrentiel qui en est la cause, ce qui, au moins en matière d'entente, n'est pas sérieux compte tenu du caractère secret des cartels ou échanges d'informations. Une telle approche serait d'autant plus absurde qu'elle aurait pour conséquence que toute entreprise, dès lors qu'elle subit un surcoût – sans en connaître la raison réelle⁽¹⁶⁾ –, soit décide par précaution de le répercuter intégralement, soit accepte d'en absorber tout ou partie mais au risque de ne jamais pouvoir être indemnisée de son dommage, en violation des règles sur la responsabilité, d'une part,

(14) Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects (2019/C 267/07).

(15) *Ibid.*, § 15.

(16) V. pour exemple Aut. conc., déc. n° 19-D-24, 17 déc. 2019, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des fruits vendus en coupelles et en gourdes, § 393 et 449 ; Aut. conc., déc. n° 15-D-03, 11 mars 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais, § 94, 314 ; Aut. conc., déc. n° 14-D-19, 18 déc. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, § 566, 581.

et de l'objectif de dissuasion du *private enforcement*⁽¹⁷⁾, d'autre part.

Il y a donc deux étapes bien distinctes dans l'appréciation du préjudice subi à raison d'un comportement anticoncurrentiel : la détermination du surcoût, tout d'abord, et, si celui-ci est établi, l'évaluation de son éventuelle répercussion, totale ou partielle. En application du principe de réparation intégrale, seule la différence entre les deux doit être indemnisée, à laquelle peuvent le cas échéant s'ajouter d'autres composantes comme le manque à gagner résultant d'une diminution des volumes de vente des produits affectés par le surcoût (l'effet volume).

Dès lors, imposer à l'acheteur direct qu'il apporte la preuve qu'il n'avait pas d'autre choix que de ne pas répercuter la hausse de prix subi revient à exiger de lui une preuve négative (ou « *probatio diabolica* »). En effet, par définition, dès lors que l'entreprise est seule décisionnaire quant à la détermination de son prix de vente, elle a toujours le choix de répercuter ou non un surpris. La véritable question que doivent se poser les juges n'est donc pas celle de savoir pourquoi une entreprise a répercuté ou non le surpris qu'elle a subi, mais uniquement si elle l'a fait ou non, et si oui, dans quelle proportion.

Et pour cause. Du fait de la présomption instaurée par l'article L. 481-4 du code de commerce, ce sont les défendeurs qui, demain, devront démontrer que l'acheteur direct a effectivement répercuté le surpris à ses propres clients. Or, comment le fournisseur, auteur de la pratique anticoncurrentielle, qui n'a en principe pas accès aux déterminants du prix de revente de son produit par son client, pourrait-il remettre en cause la présomption de non répercussion dont ce dernier bénéficie ? La théorie économique, qui traite de situations abstraites, étant insuffisante pour renverser une présomption, le défendeur devra nécessairement procéder à une analyse empirique.

Dès lors que les juges seront amenés, demain, à raisonner sur la base d'études économiques évaluant le niveau de *pass-on*, il n'y a aucune raison qu'ils n'en fassent pas d'ores et déjà de même aujourd'hui, nonobstant la complexité et la lourdeur de l'exercice.

II. – L'évaluation du *pass-on* : un exercice économique complexe indispensable pour parvenir à une juste réparation

Tout comme la quantification du surcoût subi à raison d'une pratique anticoncurrentielle, l'évaluation du *pass-on* requiert une analyse factuelle et économique complexe, ce qui n'est pas sans soulever un certain

nombre de difficultés, tant du côté des entreprises et de leurs conseils que des juridictions.

A. – Quelle méthode pour une analyse robuste du *pass-on* ?

Comme indiqué, la théorie économique peut constituer un point de départ utile pour évaluer la propension d'une entreprise à répercuter les augmentations de coûts qu'elle subit sur ses propres clients, mais dans les faits, l'ampleur du *pass-on* est hautement plus complexe à appréhender et dépend d'un grand nombre de facteurs, économiques certes, mais aussi financiers et commerciaux, à un instant donné. Dès lors, s'en tenir aux généralités de la théorie économique serait extrêmement dangereux et pourrait conduire à des situations où la victime d'un dommage ne serait pas indemnisée ou, inversement, serait surindemnisée.

Il est donc indispensable, dans chaque cas, de procéder à une évaluation la plus précise possible du *pass-on*. Selon les orientations de la Commission européenne⁽¹⁸⁾, plusieurs méthodes peuvent être mises en œuvre pour le quantifier.

L'une d'elles consiste à procéder par comparaison entre la situation réelle (prix de vente effectivement appliqués par la victime à ses clients) et une situation de référence, dite contrefactuelle (prix de vente qui auraient été pratiqués en l'absence d'infraction au droit de la concurrence). De la même manière que pour la quantification du surcoût, il est alors possible de procéder à une comparaison temporelle (méthode avant-après), à une comparaison transversale (sur un autre marché de produits) ou à une comparaison mêlant ces deux approches (la double différence).

Les méthodes comparatives, bien que préconisées par la Commission, présentent toutefois plusieurs écueils : outre leur coût très élevé, qui peut ne pas être proportionné par rapport au montant des dommages et intérêts demandés, leur mise en œuvre suppose l'identification d'un contrefactuel pertinent et dépend de la disponibilité et de la qualité des données.

Par ailleurs, lorsque la charge de la preuve du *pass-on* sera inversée, et pèsera sur le défendeur, celui-ci devra soit reprendre la méthodologie proposée par le demandeur pour l'estimation du surcoût, ce qui implique qu'il ne pourra pas la critiquer efficacement au stade de l'évaluation du surpris, soit dépendra de la fourniture par le demandeur de ses données de vente sur un marché où, par définition, le défendeur n'est pas présent, avec la difficulté que le demandeur aura alors la possibilité, dans le cadre du débat contradictoire, de remettre en cause la pertinence des éléments chiffrés demandés avant de les produire.

(17) Arrêt Courage précité, § 26-27.

(18) Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects (2019/ C 267/07).

Une autre méthode est celle du taux de répercussion. Celle-ci consiste à comparer l'augmentation subie en amont par l'acheteur direct avec celle imposée en aval aux acheteurs indirects, la différence correspondant au *pass-on*. À titre d'exemple, supposons qu'une entreprise achète en temps normal auprès de son fournisseur ses produits à 10 euros l'unité et les revende à 15 euros. Si, du fait de la participation de son fournisseur à un cartel, cette même entreprise subit une augmentation de ses coûts d'achat de 2 euros et répercute intégralement cette hausse à ses propres clients en augmentant son prix à 17 euros, le taux de *pass-on* est alors de 100 %, et le préjudice égal à zéro (hors effet volume potentiel, qu'il appartient à l'acheteur direct de démontrer). Inversement, si l'acheteur direct absorbe cette augmentation de coûts en continuant de revendre le produit concerné à 15 euros, le taux de *pass-on* est nul. Dans bien des cas, la réalité se situera quelque part entre 0 % et 100 %⁽¹⁹⁾.

Cette méthode présente néanmoins elle aussi un aléa : à défaut de procéder à une analyse des différents facteurs explicatifs des prix de revente, l'augmentation des prix à l'aval peut ne pas seulement refléter la répercussion du surcoût subi à raison d'une infraction au droit de la concurrence, mais également l'effet d'autres facteurs, pouvant conduire à gonfler le *pass-on* et diminuer artificiellement le préjudice.

B. – Les difficultés pratiques d'estimation du *pass-on*

On l'aura compris, estimer un *pass-on* est un exercice complexe et nécessairement approximatif dès lors que sa quantification, quelle que soit la méthodologie retenue, repose en partie sur une situation contrefactuelle.

En matière de préjudice économique, l'impossibilité d'évaluer avec précision l'étendue du préjudice ne doit pas conduire à rejeter la demande. Dès lors que le préjudice allégué est direct et certain, le rôle du juge est, selon les termes de la Cour de cassation, « *de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage* »⁽²⁰⁾.

Pour ce faire, le juge doit s'appuyer sur les éléments de preuve versés au débat, qu'il s'agisse de preuves qualitatives et/ou quantitatives. Les premières correspondent notamment aux documents qui reflètent le comportement commercial adopté et la stratégie de tarification retenue par l'entreprise au moment de déterminer son prix de vente. Les secondes incluent, entre autres, toutes les données chiffrées nécessaires à la réalisation d'études

économiques (prix d'achat et de vente), permettant une comparaison entre le prix payé par l'acheteur direct et celui acquitté par l'acheteur indirect, à qui tout ou partie du surcoût a pu être répercuté.

Force est néanmoins de constater que, plus les faits à l'origine du dommage sont anciens, plus les entreprises peuvent rencontrer des difficultés pour prouver l'étendue de leur dommage au moment où le débat sur la responsabilité civile a lieu, généralement plusieurs années après l'infraction.

S'agissant plus particulièrement du *pass-on*, trouver trace de documents contemporains détaillant la stratégie de détermination du prix de vente et la manière dont les augmentations de coûts subies sont répercutées est une véritable gageure. À défaut, le juge doit tenir compte de tout document utile versé au débat, concernant par exemple l'environnement concurrentiel et le positionnement de l'entreprise sur le marché (que ce soit en termes de positionnement prix, de la clientèle ciblée, des critères différenciant vis-à-vis des concurrents, etc.).

En conséquence, sauf cas exceptionnel où aucun élément ne serait apporté, le juge ne devrait pas céder à la tentation de rejeter les prétentions des victimes de pratiques anticoncurrentielles, pour insuffisance de preuves, mais doit au contraire utiliser tous les éléments à sa disposition pour tenter d'estimer au mieux leur préjudice, se conformant ainsi au texte et à l'esprit de la Directive Dommages et Intérêts⁽²¹⁾.

Enfin, une dernière difficulté, et pas des moindres, tient à la nouveauté de la matière et au manque de moyens des juridictions qui, contrairement aux autorités de concurrence, ne disposent pas d'un service économique pour les assister dans l'évaluation du dommage causé par une pratique anticoncurrentielle. Dès lors, face au développement fulgurant des actions en dommages et intérêts et au manque de recul des parties en présence (juges, mais aussi entreprises et conseils), il est important, ne serait-ce que pour rendre attractives les juridictions françaises sur la scène européenne, de garder une grande ouverture d'esprit sur les différentes problématiques rencontrées, voire d'être précurseur, en osant des solutions innovantes.

Propos conclusifs

La prise en compte du *pass-on* peut aboutir à réduire significativement le montant des dommages et intérêts alloués à une victime de pratique anticoncurrentielle et ainsi éviter qu'une entreprise perçoive, par ce biais, des sommes indues. Dès lors, quelles que soient les difficultés que cela pose, l'estimation du *pass-on* est indispensable,

(19) V. Concurrences n°4-2011, Le « Passing-on defence ».

(20) V. pour exemple Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.837 ; Cass. soc., 29 mai 2019, n° 17-23.028, publié au Bulletin. V. égal. 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, Fiche 5.

(21) Dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, art. 17.1.

au nom du principe de réparation intégrale et plus généralement, de l'équité.

Le risque de ne pas être totalement équitable ne doit cependant pas conduire les magistrats à adopter une position trop stricte qui consisterait à faire prévaloir la théorie sur la réalité et, en conséquence, à refuser toute indemnisation à un demandeur qui ne parviendrait pas à démontrer qu'il n'était pas en mesure de répercuter en totalité un surpris. Une telle approche reviendrait en effet à faire peser une présomption de *pass-on* sur les demandeurs, en dehors de tout texte la prévoyant, et à rebours de l'objectif de dissuasion recherché par la Directive Dommages et Intérêts. L'étendue du préjudice doit s'apprécier dans sa globalité, en tenant compte de ses différentes com-

posantes, dont le *pass-on*, sans quoi la pleine effectivité du droit à réparation serait considérablement remise en question.

Dans ce contexte, c'est donc à un véritable exercice d'équilibriste que doivent se livrer les juges lorsqu'ils apprécient l'étendue du préjudice subi, dans ses différentes composantes, par une entreprise se considérant victime de pratiques anticoncurrentielles. Sans tomber dans l'écueil d'accorder des dommages et intérêts trop facilement, il est de leur responsabilité de contribuer, par leur action, à la mise en œuvre effective des règles de concurrence, dont le *private enforcement* constitue aujourd'hui un pan tout à fait essentiel. ■