FICHES MÉTHODOLOGIQUES

RÉPARATION
DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE

Thibaud d'Alès
Nathalie Bourgeois-De Ryck
Muriel Chagny
Béatrice Charlier-Bonatti
Nathalie Dostert
Didier Faury
Michel Jockey
Irène Luc
Anne Perrot

COUR D'APPEL DE PARIS

SOMMAIRE

Présentation

1- Les Principes Généraux

- FICHE n°1
  Comment réparer le préjudice économique ?
- FICHE n°2
  Quelle appréciation du lien de causalité ?
- Fiche n°3
  Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer le préjudice économique ?
- Fiche n°4
  Comment réparer le préjudice économique résultant d'une perte de chance ?
- Fiche n°5
  Comment réparer le préjudice moral (extrapatrimonial) ?
- Fiche n°6
  Quel concept de marge ?
- Fiche n°7
  Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?

2- Illustrations Spécifiques

- Fiche n°8
  Comment réparer le préjudice résultant de faits de concurrence déloyale ?
- Fiche n°9
  Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ?
- Fiche n°10
  Comment réparer les préjudices résultant de la cessation du contrat d'agent commercial ?
- Fiche n°11-a
  Comment agir en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurretnielle ?
- Fiche n°11-b
  Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

Glossaire

Présentation

Comment évaluer le préjudice économique ? Quelle(s) méthode(s) de calcul retenir ? Quels principes appliquer ? Quels raisonnements suivre ? …

Ces questions se posent très fréquemment à tout praticien - qu'il soit magistrat, juge consulaire, avocat, juriste d'entreprise, économiste, expert-comptable - confronté aux difficultés d'évaluation et à la diversité des préjudices économiques.

Elles sont d'ailleurs souvent débattues dans des ouvrages ou à l'occasion de colloques. Pour autant, il est apparu que les praticiens ne disposent pas suffisamment d'outils opérationnels partagés permettant de déterminer le montant de la réparation du préjudice économique.

Aussi, Chantal Arens, première présidente de la cour d'appel de Paris et Muriel Chagny Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, directeur du master 2 Concurrence et contrats, membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales ont imaginé, à l'issue d'un colloque qui s'est tenu à la cour d'appel de Paris le 22 septembre 2016 intitulé "le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?" de créer un groupe de travail chargé d'engager une réflexion destinée à améliorer ces outils et notamment de rédiger des fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique.

Les fiches présentées dans ce recueil, à l'issue des premiers travaux, seront complétées au fil du temps. Elles ont une vocation uniquement pédagogique et ne sauraient, en aucun cas, engager leurs auteurs ni les institutions ou organisations auxquelles ils appartiennent.

Elles sont le fruit des réflexions du groupe composé de :

Thibaud d'Alès,
avocat au barreau de Paris, cabinet Clifford Chance
Nathalie Bourgeois-De Ryck,
chargée de mission, cabinet de la première présidence, cour d'appel de Paris
Muriel Chagny,
professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines,
directeur du master 2 Concurrence et contrats,
membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales
Béatrice Charlier-Bonatti,
magistrat, président de chambre honoraire au tribunal de commerce de Paris
Nathalie Dostert,
juge au tribunal de commerce de Paris
Didier Faury,
expert comptable, commissaire aux comptes, président du conseil national
des compagnies des experts de justice
Michel Jockey,
avocat au barreau de Paris, cabinet Altana
Irène Luc,
présidente de chambre à la cour d'appel de Paris
Anne Perrot,
associée du cabinet MAPP, ancienne vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

FICHE n°1

Comment réparer le préjudice économique ?

Le préjudice économique est un préjudice lié à une activité de production ou de service.

Sa réparation nécessite la démonstration, par la victime, d'une faute, d'un préjudice direct et certain et d'un **lien de causalité** entre les deux **(fiche n° 2)**.

Certaines présomptions, légales ou jurisprudentielles, facilitent la tâche de la victime. Ainsi, en l'état actuel de la jurisprudence, un principe de préjudice s'infère-t-il nécessairement de pratiques **de concurrence déloyale (fiche n°8)** et de **rupture brutale des relations commerciales établies (fiche n°9)**. Par ailleurs, l'article L. 481-7 du code de commerce (créé par l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017) institue une présomption simple, c'est-à-dire jusqu'à preuve contraire, qu'une entente entre concurrents cause un préjudice. Le législateur a également érigé des régimes particuliers de responsabilité. Il en va ainsi du régime des **agents commerciaux (fiche n°10)** ou des règles applicables à la **réparation des dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles (fiches n° 11-a et n° 11-b)**.

Dès lors qu'il ressort des éléments soumis au juge que le demandeur en réparation a subi un préjudice, celui-ci ne peut le débouter de sa demande d'indemnisation au motif qu'il ne fournit pas d'éléments suffisants ou de méthodes appropriées pour procéder à l'évaluation : le juge doit évaluer un dommage dont il admet l'existence en son principe et, au besoin, ordonner "*avant dire droit une mesure d'instruction*" (2ème Civ., 28 mars 2013, pourvoi n°12-14.655).

Selon l'article 1231-2 du code civil, "*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (…)*".

Les coûts subis ou pertes éprouvées peuvent par exemple consister dans la perte de valeur d'un bien, d'un droit ou des dépenses effectuées en pure perte.

Les gains manqués sont les gains perdus à raison du fait générateur de responsabilité. Ils se mesurent grâce au **concept de marge (fiche n°6)**.

La perte de chance réparable consiste dans la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Elle a pour conséquence la réduction ou la disparition d'un profit ou le défaut d'évitement d'une perte. La Cour de cassation est venue récemment rappeler l'importance d'indemniser ce préjudice : "*la perte certaine d'une chance même faible est indemnisable*" (1ère Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n°12-14.439) **(fiche n° 4)**.

Dans tous les cas, l'évaluation du préjudice présuppose l'élaboration d'un scénario "hypothétique" ou "contrefactuel", grâce à plusieurs **méthodes économiques (fiche n°3)**, qui déterminera la situation qui aurait dû se passer en l'absence du fait générateur de responsabilité, auquel sera comparée la situation réelle.

Une société commerciale peut subir un **dommage moral**, au sens d'une atteinte à sa considération et à sa réputation. C'est ainsi que les sociétés de produits de luxe ou de marque sont indemnisées pour atteinte à leur réputation, distinctement des gains manqués dûs à leur perte d'image **(fiche n° 5)**.

Mais l'indemnisation du préjudice moral des sociétés commerciales tend le plus souvent à réparer un préjudice économique difficilement évaluable.

La réparation intégrale du préjudice doit inclure la compensation des effets négatifs résultant de **l'écoulement du temps** depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction. Ces effets peuvent être liés à l'érosion monétaire et/ou à l'indisponibilité du capital (préjudice de trésorerie) **(fiche n° 7)**.

Version Octobre 2017

FICHE n°2

Quelle appréciation du lien de causalité ?

1. L'appréciation juridique du lien de causalité

La notion de lien de causalité n'est pas définie par le code civil. Si, de premier abord, il s'agit d'une notion intuitive qui suppose d'établir un lien de cause à effet entre le comportement reproché et le dommage allégué, sa démonstration est complexe, le lien de causalité devant être direct, ce qui recouvre des réalités différentes selon qu'elle est établie sous le prisme de "*l'équivalence des conditions*" ou de la "*causalité adéquate*". Tandis que la première théorie considère, de manière équivalente, l'ensemble des faits qui ont concouru à la production du dommage, la seconde théorie retient, parmi les multiples causes du dommage, la cause prépondérante comme fait générateur de responsabilité.

La preuve du lien de causalité est particulièrement difficile à établir en matière de litiges économiques :

Par exemple, une perte de clientèle peut aussi bien être imputable au comportement déloyal d'un concurrent qu'au jeu normal de la concurrence ou à la conjoncture économique.

Aussi, la jurisprudence et le législateur facilitent, en certaines matières, l'établissement du lien de causalité notamment par l'établissement de présomptions.

L'établissement de présomptions jurisprudentielles :

- ***En matière de concurrence déloyale et de dénigrement,*** la Cour de cassation a posé une présomption en faveur de la victime selon laquelle un "*préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale*" (Com., 28 sept. 2010, pourvoi n°09-69.272 ; Com., 11 janv 2017, pourvoi n°15-18669) ce préjudice "*fût-il seulement moral*".
- ***En matière d'accident sur le lieu de travail,*** toute lésion soudaine et brutale, se manifestant au temps et au lieu de travail, est présumée résulter d'un accident du travail.

L'établissement de présomptions légales :

- ***En matière de pratiques anticoncurrentielles*** et plus particulièrement d'entente entre concurrent, l'Ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 a institué une présomption réfragable de préjudice, laquelle allège considérablement la difficulté d'établir la preuve d'un lien de causalité entre la faute avérée et le préjudice présumé **(fiche n°11)**.
- ***En cas de rupture du contrat d'agence commerciale,*** les articles L. 134-11 à L. 134-6 du code de commerce prévoient une indemnisation de plein droit de l'agent commercial. Celle-ci recouvre généralement la valeur de deux années de

commissions brutes perçues par l'agent, sans qu'il soit nécessaire de démontrer un quelconque lien de causalité **(fiche n°10)**.

A contrario, pour échapper à son obligation d'indemnisation, le mandant doit démontrer une faute grave de l'agent commercial qui "*porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel*" (Com., 15 oct. 2002, Pourvoi n°00-18.122) ainsi que "*l'existence d'un lien de causalité direct entre le manquement imputable à l'agent commercial et la décision du commettant de mettre fin au contrat*".

- ***En matière de rupture brutale des relations commerciales établies*** (article L 442-6, I, 5° du code de commerce), dès lors que la rupture n'est pas accompagnée d'un préavis suffisant notifié par écrit, son auteur engage sa responsabilité et est tenu de réparer le préjudice subi par son partenaire commercial du fait de la brutalité de la rupture. Il ressort de la jurisprudence que la démonstration du lien de causalité n'est pas systématique et varie selon le chef de préjudice invoqué :

- *La perte de la marge **(fiche n°6)** escomptée durant la période de préavis qui n'a pas été exécutée est systématiquement indemnisée ;*
- *La réparation du coût des licenciements et des déséquilibres financiers et économiques consécutifs à la rupture suppose en revanche que soit démontré qu'ils sont la conséquence directe du caractère brutal de la rupture (Com., 23 janv. 2007, pourvoi n°04-16.779) ;*
- *L'insuffisance d'actif d'un cocontractant placé en procédure collective ne saurait peser sur l'auteur de la rupture sans qu'un lien de causalité soit démontré entre la situation de l'entreprise et la brutalité de la rupture.*

Le juge du fond, saisi d'une action en réparation, dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier les éléments de preuve, factuels, de la causalité.

Pour ce faire, le juge a naturellement recours à des présomptions de faits, en s'appuyant notamment sur :

- *L'indice tiré de la chronologie des évènements (Com., 23 mars 1999, pourvoi n°96-22.334);*
- *La concomitance des faits reprochés et de la chute du chiffre d'affaires (Com., 6 oct.2015, pourvoi n°13-27.419);*
- *L'analyse économique permettant de démontrer le lien entre un comportement et un préjudice.*

Pour le surplus, le juge du fond est soumis au contrôle de la Cour de cassation qui vérifie la méthode de constatation (2ème Civ., 9 juillet 1997, pourvoi n°95-22.149) et l'existence réelle du rapport de causalité (3ème Civ., 11 février 1998, pourvoi n°96-10.257), le lien de causalité étant une notion de droit.

2. Les enjeux économiques

Etayées par des données, les théories économiques permettent d'éclairer, voire d'identifier l'existence même d'un lien de causalité entre un fait et les valeurs observables des différentes variables dont on veut examiner l'évolution sous l'empire de ce fait, que l'on désigne habituellement sous le nom de "variables d'intérêt" :

- *Il peut s'agir de revenus, de profits, ou de toute autre variable permettant d'en décomposer la formation (prix, quantités, coûts, probabilité de survenue d'un évènement etc…).*
- *Le raisonnement sous-jacent provient de ce que le fait générateur a pu engendrer un préjudice qui se traduit par des valeurs de ces variables qui s'écartent de celles qu'elles auraient prises en l'absence du fait : le raisonnement économique permet de reconstituer ce qu'auraient été ces variables dans ce cas et de raisonner par référence à une situation « contrefactuelle » qui se serait produite en l'absence du fait générateur.*

Supposons que l'on cherche à évaluer l'existence d'un lien de causalité entre la rupture brutale d'une relation commerciale établie et l'évolution constatée du revenu (ou du profit) de la partie victime, par exemple le distributeur d'un produit habituellement acheté auprès d'un producteur.

- *On s'attend en effet à ce qu'une rupture brutale de relations commerciales aboutisse à une perte des volumes vendus par le distributeur, engendrant une perte de chiffre d'affaires et de profit.*
- *On peut être tenté d'attribuer **toute** baisse de chiffre d'affaires ou de profit du distributeur survenu après la rupture, et la **totalité** de celle-ci, à la rupture des relations commerciales en présumant en quelque sorte l'existence du lien de causalité entre la rupture des relations et la baisse des revenus du distributeur et en présumant aussi qu'aucun autre facteur n'a contribué à cette baisse.*
- *Cependant, de nombreux autres éléments sont susceptibles d'avoir une incidence sur le revenu d'un distributeur. Pour ne citer que quelques-uns d'entre eux, l'entrée d'un concurrent dans le marché pertinent, l'arrivée des ventes en ligne s'il s'agit d'un distributeur physique, le renchérissement d'autres facteurs de coût du distributeur, des changements dans la demande qui s'adresse au distributeur, constituent par exemple des facteurs de baisse de son revenu qui peuvent parfaitement se combiner aux effets de la rupture brutale incriminée pour expliquer l'évolution du profit à la baisse.*
- *Une fois qu'on a tenu compte de ces facteurs, les évolutions de chiffre d'affaires que connait le distributeur peuvent même se révéler **entièrement** imputables à ces différents éléments explicatifs, le "résidu" de cette évolution qui serait ainsi attribuable au fait générateur étant alors nul. Dans ce cas, aucun lien de causalité ne peut alors être établi, du point de vue économique, entre le fait générateur (la rupture brutale de relations commerciales établies dans notre exemple) et l'évolution à la baisse du chiffre d'affaires ou du revenu du distributeur.*

Le principe de raisonnement qui sous-tend l'exemple précédent est valable dans toutes les situations où il s'agit d'évaluer l'impact d'autres faits générateurs (pratique anticoncurrentielle, concurrence déloyale et pratiques de dénigrement…) sur la situation des agents économiques alléguant un dommage survenu, selon eux, à la suite de ce fait : dans chaque configuration, déterminer l'existence d'un lien de causalité entre le fait et ses conséquences éventuelles sur telle ou telle variable (profit ou revenu, quantités vendues, prix…) exige d'évaluer et d'isoler la contribution du **seul** fait générateur à l'évolution de la variable d'intérêt en question, c'est-à-dire finalement de déterminer l'ensemble des autres facteurs explicatifs qui contribuent à l'explication du comportement de la variable en question.

- *C'est pour lister ces facteurs que la théorie économique est utile.*
- *C'est pour en mesurer quantitativement l'importance respective que les données et leur utilisation par les statistiques et l'économétrie sont requises.*

En matière économique, les facteurs qui ont en général une incidence sur l'évolution d'une autre variable économique sont notamment :

des facteurs d'offre

- *nombre, entrée ou sortie des concurrents,*
- *positionnement des produits dans l'espace des caractéristiques,*
- *localisation des activités,*
- *capacités de production,*
- *évolutions technologiques dans la production ou la distribution,*
- *prix des matières premières, du capital et de la main d'œuvre…*

des facteurs de demande :

- *intensité de la demande,*
- *évolution des prix des biens substituables ou complémentaires,*
- *revenu des acheteurs,*
- *éventuels effets de mode, évolutions des préférences,*
- *saisonnalité de la demande…*

des facteurs liés à l'environnement institutionnel ou réglementaire :

- *normes de production ou de distribution,*
- *contraintes pesant sur les producteurs…*

- *Tous ces facteurs expliquent en temps normal les évolutions constatées des prix et des revenus dans un secteur d'activité. C'est par comparaison ou différence avec ces évolutions normales qu'apparait éventuellement un écart de la variable d'intérêt entre la situation observée et la valeur qui devrait résulter du jeu de ces différents facteurs (ou valeur contrefactuelle, **fiche n°3**).*

Si l'effet de tous les autres facteurs sur la variable d'intérêt a été correctement évalué et qu'aucun facteur n'a été omis, cet écart traduit en soi **un lien de causalité** entre le fait et son impact : ceci permet de qualifier le fait de générateur.

Il faut insister sur le fait que quand bien même un évènement serait survenu, il est possible qu'une fois « épurée » des autres facteurs explicatifs, l'évolution de la variable d'intérêt ne fasse apparaitre aucune hausse ou baisse autre que celle(s) imputable(s) aux facteurs qui en déterminent habituellement l'évolution.

Il est donc impossible pour un économiste de présumer l'effet d'un évènement sur la valeur ou l'évolution d'une variable, c'est-à-dire de présumer la causalité entre les deux. Seule la compréhension des mécanismes de formation habituels de telle ou telle variable et la quantification de l'impact de chaque facteur explicatif sur cette variable permet d'identifier, par différence, une causalité entre un fait et ses conséquences.

Dans le cas de la rupture brutale de relations commerciales établies, choisi ici comme illustration, il faut donc départager les effets des facteurs "de marché" **(Fiche**

n°3) et ceux, éventuels, qui seraient liés à la rupture en question de façon à isoler, le cas échéant, la contribution de ce facteur à la baisse de chiffre d'affaires et de profit. Pour cela, il faut pouvoir disposer d'un point de comparaison avec l'évolution du revenu de distributeurs qui seraient similaires en tous points, sauf en ce qui concerne le fait d'avoir été touchés par la rupture des relations commerciales : des distributeurs offrant le même type d'assortiment de produits, localisés dans des zones géographiques ayant les mêmes caractéristiques, constituent de bons candidats à être choisis comme comparatifs.

Ainsi épurés de tous ces éléments pouvant concourir à expliquer leur évolution, les profils des revenus des différents distributeurs ne font finalement apparaitre comme seul facteur de différence que le fait d'avoir été ou non soumis à la rupture brutale des relations commerciales.

Les différences peuvent alors être attribuées à une **cause** : la rupture brutale des relations commerciales. En d'autres termes, en l'absence d'effet mesurable, aucune causalité ne peut, du point de vue économique, être établie entre le fait générateur et le préjudice.

Toute la validité de l'approche économique réside alors dans le caractère convaincant du référentiel de comparaison choisi ce qui repose sur :

- *une bonne compréhension du marché en question ;*
- *un choix judicieux des modèles économiques de comportements ;*
- *des données suffisamment nombreuses et de bonne qualité pour se prêter à l'exploitation par l'économiste.*

De tels enjeux justifient que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour tenir compte de l'ensemble des éléments de preuve dont il dispose, spécifiques à chaque cas d'espèce.

Version Octobre 2017

FICHE n°3

Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer un préjudice ?

1. Principe général

On cherche à évaluer le dommage résultant de la survenue d'un fait générateur de responsabilité. Généralement cet exercice requiert d'évaluer l'impact du fait générateur (pratiques anticoncurrentielles, rupture brutale de relations commerciales, pratiques commerciales déloyales …) sur une variable (prix, quantités, profits …) appelée "variable d'intérêt".

L'approche économique du calcul d'un dommage consiste à évaluer le dommage par différence entre les valeurs prises par la variable d'intérêt dans deux situations :

- *la situation observée (le fait générateur s'étant produit) ;*
- *la situation contrefactuelle : celle (non observable par définition) où le dommage ne se serait pas produit.*

Ce principe général de comparaison avec une situation contrefactuelle vaut quelle que soit la nature du dommage : il n'y a fondamentalement pas de différence entre la méthodologie mise en œuvre dans l'évaluation d'un dommage lié à un acte de concurrence déloyale ou à une pratique anticoncurrentielle.

Différentes méthodes peuvent être utilisées pour construire et évaluer quantitativement les éléments de la situation contrefactuelle. La théorie économique, les descriptions des caractéristiques du secteur (notamment par ses acteurs) et les données quantitatives concourent à la définition et à la quantification du contrefactuel. Nous passons ici en revue les plus fréquemment utilisées.

2. Simples différences

Ici, il s'agit de comparer la valeur des variables avant/après la survenue du fait générateur de responsabilité.

Dans une entente par exemple, on peut comparer le prix avant/pendant (ou pendant/après) la mise en œuvre de l'entente.

- *La "situation contrefactuelle" est constituée par l'observation d'un marché et d'une période non affectée par les pratiques.*
- *Le marché ou le groupe de produits auquel on compare le marché potentiellement affecté par les pratiques peuvent être appelés "marché contrefactuel" ou "groupe contrefactuel". On trouve parfois aussi les termes de "groupe de contrôle" ou "groupe témoin".*
- *Le groupe de produits servant de contrefactuel doit être choisi aussi similaire*

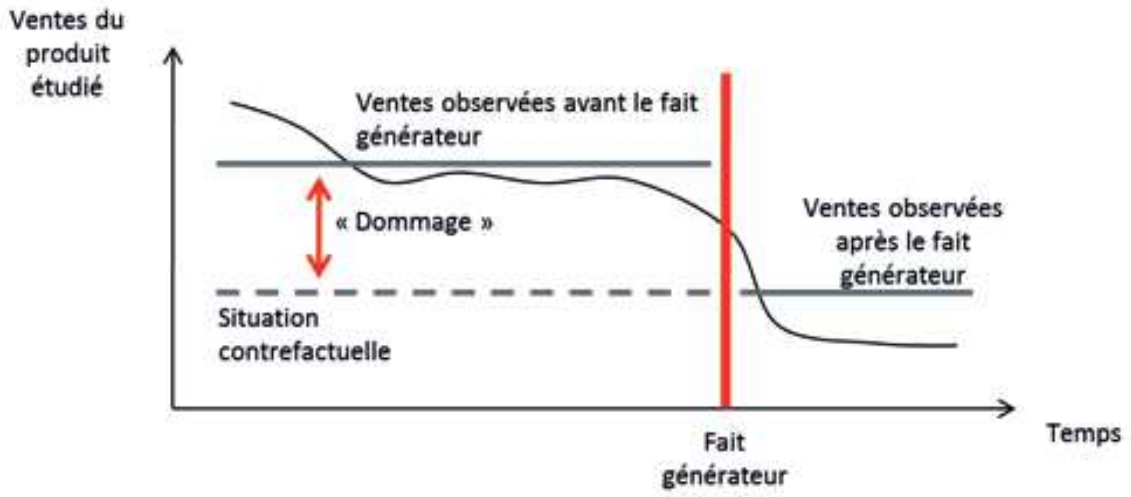
que possible au groupe affecté (groupe test), de manière à ce que les seules différences entre les deux groupes soient dues à l'incidence (dans la situation observée) ou à la non incidence (dans le marché contrefactuel) du fait générateur.

Force de cette analyse : Si on pense qu'aucun autre facteur que le fait générateur ne vient brouiller la comparaison entre les groupes de produits affectés et non affectés, c'est une bonne méthode car elle est économe en données.

Faiblesse de cette analyse : d'autres facteurs peuvent être survenus en même temps.

- *Par exemple si les coûts de production d'un produit baissent à la fin d'une entente, la baisse de prix du produit observée à cet instant peut résulter conjointement de deux facteurs : la baisse des coûts, la fin de l'entente.*
- *Ne pas en tenir compte aboutit à majorer le dommage car cela aboutit à attribuer la totalité de la baisse de prix à l'entente, alors qu'une partie de la baisse provient d'un autre facteur et aurait eu lieu de toutes façons.*

Simples différences



Si on dispose de données relatives à d'autres marchés non affectés (par l'entente) on peut comparer l'évolution des variables sur les marchés non affectés avant/pendant ou pendant/après, avec l'évolution du marché non affecté. C'est ce que permet de faire la méthode des doubles différences.

3. Doubles différences

Il s'agit de comparer l'évolution de la variable avant/pendant ou pendant/après (première différence) avec l'évolution de la variable avant/pendant ou pendant/après sur un autre marché non affecté par les pratiques (deuxième différence) : marché géographique du même produit mais exempt du fait générateur, ou marché de produits non affecté. On parle aussi de méthode "différence de différences".

Force de cette analyse : Lorsqu'il est possible de constituer un groupe de contrôle (non affecté) fiable, l'analyse en doubles différences permet d'isoler, parmi les effets qui ont pu influencer la variable d'intérêt, le seul effet de la pratique en cause. C'est

ainsi une véritable causalité entre le fait générateur et le dommage qui est mise en évidence quantitativement.

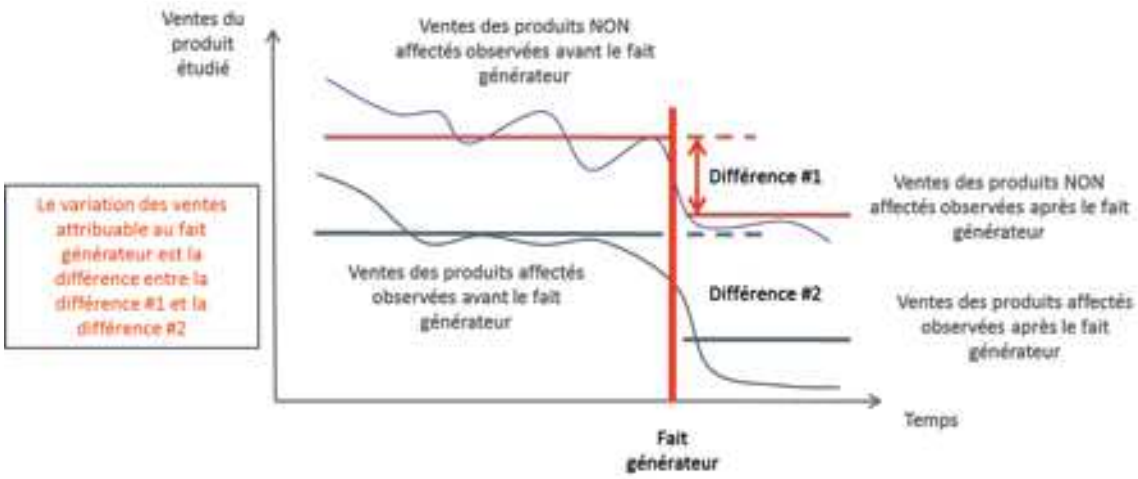
Faiblesse de cette analyse : Cette méthode est exigeante en données puisqu'elle nécessite des données portant sur les variables affectées et sur les variables non affectées par les pratiques.

- *Par exemple si l'on veut évaluer ce qui, dans l'évolution des prix dans un pays A affecté par les pratiques, est lié à ces seules pratiques, il faut disposer de données relatives à un pays B non affecté par les pratiques pour pouvoir mettre en œuvre la méthode des doubles différences.*

Par ailleurs, si le groupe de contrôle est mal choisi, on attribue aux pratiques des effets qui ne lui sont pas dus.

- *Par exemple le marché B peut être lui aussi, en réalité, affecté par les pratiques : dans ce cas il n'est pas pertinent pour servir de point de comparaison. Ou bien le pays B connait une structure de la demande très différente du pays A : dans ce cas les variations de prix dans le pays B peuvent être dues à des facteurs qui ne se manifestent pas dans le pays A. Encore une fois, ceci prive le pays B de pertinence comme point de comparaison pour évaluer l'effet des pratiques.*

Doubles différences



4. Méthode économétrique

Elle consiste à utiliser l'économétrie pour évaluer tous les facteurs qui influencent la formation d'une variable "en temps normal". C'est le modèle économétrique qui construit le contrefactuel. Dans le cas où il s'agit de comparer des prix, il convient ainsi de construire un modèle économétrique qui "explique" par d'autres variables la formation du prix dans des circonstances normales. Mais on peut envisager d'utiliser cette méthode dans d'autres cas.

Par exemple imaginons une situation où un laboratoire fabriquant un médicament princeps a empêché l'entrée des génériques sur le marché à la fin de son brevet. Le préjudice subi par les fabricants de génériques peut se traduire par la faiblesse du taux de pénétration de ces génériques sur le marché (appelé "taux de générification").

La méthode économétrique se fonde sur toutes les données disponibles sur les ventes de tous les médicaments au cours du temps (y compris ceux qui n'ont rien à voir avec les pratiques) pour identifier la manière dont se comporte en temps normal ce taux de générification. Le taux de générification du marché du produit affecté par les pratiques est ensuite comparé avec ce taux "normal". Il faut donc avoir un modèle qui indique comment, en général, on explique, par diverses variables, (les variables explicatives) le taux de pénétration des génériques (la variable expliquée) à une date donnée après l'entrée de ces génériques sur le marché.

- *On "explique" par exemple le taux de pénétration des génériques d'un produit (ou taux de générification, variable expliquée) à une date donnée par des variables (les "variables explicatives") comme le volume du princeps, son prix, le nombre de génériqueurs présents, le nombre de mois écoulés depuis le début de la générification etc. dont on pense qu'elles influencent le taux de pénétration des génériques en temps normal.*
- *On sait ainsi dire comment doit se comporter la variable "taux de générification" en temps normal. C'est la compréhension économique du marché qui permet de déterminer la structure du modèle (la liste des variables explicatives).*
- *Les données (ventes en volume, prix, identité des génériqueurs présents etc..) permettent de donner une valeur quantitative aux coefficients des variables : par exemple, on sait ainsi dire que lorsque le nombre de génériqueurs augmente d'une unité, ou de 1%, le taux de générification augmente de x%.*

Une fois ce travail fait, on peut comparer le niveau de la variable telle qu'on l'observe pendant la période d'examen (potentiellement affectée par les pratiques) avec le niveau qu'elle aurait dû atteindre en l'absence du fait générateur, donnée par le modèle économétrique et qui donne dans ce cas le contrefactuel.

Force de cette analyse : La méthode économétrique permet de prendre en compte finement les spécificités du marché, les comportements des acteurs, le mode de formation des prix sur le marché considéré etc…

Faiblesses de cette analyse : elle nécessite des données nombreuses et "propres", ce qui engendre un certain travail avec l'entreprise et du côté des économistes, de manière ce que les données brutes, une fois "nettoyées", soient aptes au traitement par l'analyse économétrique (élimination des données aberrantes ou entachées d'erreurs, regroupement pertinent de certaines catégories trop peu nombreuses pour constituer un groupe statistique fiable…).

5. Détection d'une rupture de tendance

Cette méthode est adaptée aux cas où un évènement est susceptible d'avoir affecté le comportement d'une variable sur le long terme.

L'idée est qu'en l'absence du fait générateur, la variable d'intérêt se comporte selon un certain schéma ou modèle qui explique son évolution, tandis qu'à partir du fait générateur, cette variable se comporte de manière différente, selon un schéma différent.

En d'autres termes, avant et après le fait générateur, ce sont deux modèles de comportement différents qui expliquent le comportement de la variable. Ce peut être

parce que des facteurs différents interviennent dans l'explication de l'évolution de la variable après la survenue du fait générateur, ou bien parce que ces facteurs se comportent eux-mêmes différemment après la survenue du fait en question.

Par exemple : Une entreprise fabrique des parapluies.

- *Avant la survenue du fait générateur, ses ventes dépendent de la météo et du prix des parapluies. Le modèle qui explique le volume des ventes fait donc intervenir deux variables explicatives : les précipitations et le prix.*
- *Le fait générateur est la décision de l'entreprise de faire désormais des campagnes publicitaires.*
- *Après cette décision, les ventes dépendent essentiellement du fait qu'il y a une campagne publicitaire en cours ou non.*
- *On a changé de modèle : désormais, la principale variable explicative est le montant des investissements publicitaires.*

L'approche par les ruptures de tendances permet de déceler qu'à un instant t, il s'est produit un fait (la décision de l'entreprise de faire des campagnes publicitaires dans cet exemple) qui induit un changement de modèle explicatif.

Les méthodes qui permettent de détecter une rupture de tendance sont généralement économétriques elles aussi. Elles permettent de mettre en évidence la différence entre les modèles explicatifs du comportement de la variable d'intérêt avant et après le fait générateur.

Elles possèdent les mêmes points de forces et faiblesses que la méthode économétrique présentée précédemment.

Force de cette analyse : Elle permet de prendre en compte finement les spécificités du marché, les comportements des acteurs, le mode de formation des prix sur le marché considéré etc…

Faiblesse de cette analyse : Elle nécessite des données nombreuses et "propres", ce qui engendre un certain travail avec l'entreprise et du côté des économistes, de manière à ce que les données brutes, une fois "nettoyées", soient aptes au traitement par l'analyse économétrique (élimination des données aberrantes ou entachées d'erreurs, regroupement pertinent de certaines catégories trop peu nombreuses pour constituer un groupe statistique fiable…).

6. Comment apprécier une étude économique pour en tenir compte dans l'évaluation du dommage ?

Ce qui suit constitue une liste de points pouvant être vérifiés par les juges et par les conseils juridiques pour apprécier la validité de l'analyse économique.

- *Les hypothèses doivent être explicitées.*
- *Les hypothèses doivent être en accord avec les principales caractéristiques du marché telles qu'elles sont décrites par les acteurs du secteur.*
- *Les données doivent être vérifiables (et fournies sur demande).*
- *Le processus de nettoyage des données, qui permet de passer des données brutes aux données finalement utilisées, doit être fourni sur demande. Le juge doit être capable d'évaluer la pertinence de la mise à l'écart de certaines données*

aberrantes, ou le caractère satisfaisant du regroupement de classes de données trop peu nombreuses à elles seules pour constituer un groupe propre à l'analyse statistique.

- *Des "tests de robustesse*" doivent être présentés avec l'analyse : des variantes de l'analyse principale doivent être fournies pour vérifier que les résultats obtenus ne dépendent pas de façon cruciale d'une hypothèse étroite.*
- *Les résultats doivent être crédibles et ne pas contredire les autres données du marché.*

Par exemple un petit concurrent qui fait habituellement 10% de parts de marché sur un marché de 100 millions d'euros ne peut prétendre de façon crédible qu'il a subi un dommage de 40 millions d'euros.

Version Octobre 2017

FICHE n°4

Comment réparer le préjudice économique résultant d'une perte de chance ?

1. Que peut-on espérer sur le fondement de la perte de chance ?

En matière économique, la perte de chance permet de réparer un large éventail de préjudices dès lors qu'il est possible de démontrer la disparition certaine d'une éventualité favorable, d'une chance d'obtenir un gain ou de limiter une perte.

L'indemnisation exclut à titre de principe toute demande à la hauteur de la totalité des pertes subies mais se limite à une certaine somme correspondant à la seule chance perdue (3ème Civ., 7 avril 2016, n°15-11.342).

Par exemple, elle permet de réparer :

Le préjudice caractérisé par la perte de chance de ne pas contracter ou de le faire à de meilleures conditions en cas de réticence dolosive ou de manquement d'un professionnel à son devoir de conseil précédent la conclusion d'un contrat : une SCP qui conseille l'acquisition d'un local dont le règlement de copropriété interdit l'exploitation de tout commerce engage ainsi sa responsabilité pour perte de chance (3ème Civ., 7 avril 2016, n° 15-14.888) ;

Les préjudices subis par les actionnaires victimes de fausses informations :

Les principes en sont fixés dans l'arrêt Gaudriot selon lequel "*celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé*" (Com., 9 mars 2010, n° 08-21547). Cela recouvre ainsi :

- *La perte de chance de n'avoir pu céder les titres à un cours plus avantageux (CA Paris, 26 sept. 2003, Soulier et autre c/ SA Flammarion) ;*
- *La perte d'une chance de réaliser un investissement plus avantageux (Com., 9 mars 2010, n° 08-21547) ;*
- *La perte d'une chance de renoncer à leur investissement lorsqu'ils ont conservé leurs titres.*

La perte de chance de souscrire une assurance couvrant les pertes d'exploitation éventuelles du fait du manquement de l'assureur à son devoir d'information (1ère Civ., 23 septembre 2003 n°01-02.775).

2. Quels éléments sont pris en compte par le juge dans sa prise de décision ?

L'existence d'une perte de chance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Une perte de chance, même infime, peut dès lors être indemnisable (1ère Civ., 12 octobre 2016, n°15-23.230 et n°15-26.147).

En théorie, cette appréciation doit être concrète et non pas forfaitaire. La décision du juge doit être systématiquement motivée (1ère Civ., 16 novembre 2016, n°15-25.513).

Au regard de la jurisprudence, pour être indemnisable, une "perte de chance" suppose la réunion de plusieurs conditions :

- *Un fait générateur de responsabilité ;*
- *La probabilité d'une éventualité favorable, cette probabilité étant caractérisée dès lors qu'il existe une chance, même minime, que l'évènement favorable se réalise ;*
- *La disparition de la probabilité de réalisation de l'événement favorable en raison du fait générateur de responsabilité :* ***"seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable"*** *(1ère Civ., 8 mars 2012, n°11-14.234).*

Une fois ces conditions réunies, le juge doit évaluer le préjudice économique indemnisable pour perte de chance en :

- *Déterminant la valeur des gains manqués par le demandeur du fait de l'absence de survenance de l'évènement favorable empêché par le fait générateur ;*
- *Déterminant la probabilité de l'évènement favorable avant la survenance du fait générateur ;*
- *Multipliant ensuite la valeur du gain manqué par la probabilité de son occurrence. Le résultat de cette opération correspond au préjudice indemnisable sur le fondement de la perte de chance.*

3. Quels documents fournir au juge au soutien de sa demande de réparation pour perte de chance ?

Pour optimiser les chances de succès de l'action en réparation sur le fondement de la perte de chance, le demandeur doit communiquer certains documents indispensables à la démonstration de son préjudice économique. A défaut, le juge ne fera pas droit à sa demande :

- *Les documents établissant le fait générateur de responsabilité (en général, la faute du défendeur) ;*
- *Les documents et analyses (étude économiques, données de marché) permettant de démontrer l'existence et la probabilité de l'éventualité favorable avant la survenance du fait générateur de responsabilité ;*
- *Les documents permettant d'établir le lien de causalité entre le fait générateur et la disparition de l'éventualité favorable ;*
- *Les documents permettant de démontrer la valeur des gains potentiellement manqués du fait de l'absence de survenance de l'évènement favorable, les parties ayant fréquemment recours à un expert privé pour analyser ces documents et expliquer la demande financière avancée.*

Version Octobre 2017

FICHE n°5

Comment réparer le préjudice moral (extrapatrimonial) ?

1. Que peut-on espérer sur le fondement du préjudice moral ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré l'existence d'un préjudice moral pour les sociétés (Com., 15 mai 2012, pourvoi n°11-10278).

Au regard de la doctrine, le préjudice moral d'une société revêt deux aspects :

- *L'un externe affectant l'image ou la réputation de l'entreprise, son honneur quand elle est porteuse de valeurs qui font son identité, que celles-ci soient professionnelles ou spirituelles, philosophiques ou politiques, ou dénigrant ses produits, ses clients, voire ses dirigeants,*
- *Et l'autre interne. L'atteinte peut alors se traduire par une dégradation diffuse du moral au sein de l'entreprise et la perte de confiance en son devenir, par des départs accrus ou le désintérêt de candidats à l'embauche.*

En pratique, les entreprises invoquent l'atteinte à leur image pour demander, dans les conditions posées par l'article 1240 du code civil, la réparation de ce préjudice spécifique.

2. Quels sont les éléments pris en compte par le juge pour apprécier le préjudice moral ?

Les comportements considérés comme fautifs sont notamment les suivants :

- *Usurpation de son nom, détournement d'image,*
- *Ceux qui portent atteinte à la réputation commerciale, à la qualité des services et du sérieux de son activité, à l'intérêt des clients pour les produits ou services,*
- *Comportements vexatoires,*
- *Les comportements qui portent atteinte à l'image de marque :*

  * *diffusion massive de produits similaires alors que le produit original s'adressait à une certaine clientèle,*
  * *diffusion de produits de moindre qualité,*
  * *commercialisation des produits identiques à moindre prix.*

Ces comportements peuvent se traduire notamment par :

- *Perte de licences de marque et/ou baisse du montant des redevances perçues,*
- *Banalisation et vulgarisation du produit,*
- *Perte de confiance des salariés dans l'avenir de la société se traduisant*

par exemple par un taux accru de démission, une difficulté à recruter, une communication négative sur les réseaux sociaux,…

Si ces éléments sont de nature à établir le caractère moral du préjudice, il n'en demeure pas moins que celui-ci s'indemnise selon les mêmes principes que le préjudice économique.

En matière de concurrence déloyale, la Cour de cassation a jusqu'à présent posé le principe qu'un préjudice, fût-il simplement moral, s'infère nécessairement de la faute établie.

Si l'existence d'un préjudice fait ainsi l'objet d'une présomption aujourd'hui irréfragable, le montant des dommages intérêts en réparation de ce préjudice résulte quant à lui de l'appréciation souveraine des juges du fond. Celle-ci est concrète et non forfaitaire ; le demandeur doit justifier du quantum du préjudice moral allégué.

3. Quels documents fournir au juge au soutien de sa demande de réparation ?

Le juge statuera sur la demande d'indemnisation qui lui est présentée et motivera sa décision. A défaut de justificatifs précis et chiffrés, la réparation intégrale du préjudice sera difficile à obtenir même si le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Le demandeur communiquera tous les documents permettant d'établir le préjudice moral subi et notamment :

- *Etudes de marché, de notoriété, coupures de presse datées pour établir la notoriété de la marque ou du modèle et démontrer les investissements réalisés,*
- *Sondages d'opinion auprès de la clientèle du demandeur,*
- *Budgets de promotion et de publicité certifiés conformes, frais de marketing et de promotion pour remédier au dommage,*
- *Analyses de marché et de l'évolution des parts de marché,*
- *Surcoûts internes pour remédier à la perte de confiance des salariés,*
- *Licences consenties,…*

Au regard de la particularité de l'exercice, les expertises sont peu fréquentes pour les demandes de réparation du préjudice moral mais elles peuvent venir compléter la demande de réparation du préjudice économique principal.

Pour rappel, le juge peut, outre la réparation pécuniaire du préjudice :

- *Ordonner toute mesure de nature à prévenir ou faire cesser, si nécessaire sous astreinte, un agissement déloyal générateur de préjudice, en particulier moral ;*
- *Ordonner la publication judiciaire du jugement.*

Version Octobre 2017

FICHE n°6

Quel concept de marge ?

L'indemnisation des préjudices économiques, quelle que soit la diversité de ceux-ci, nécessite fréquemment le recours à la notion de marge perdue du fait du dommage.

Ainsi, qu'il s'agisse de rupture brutale des relations commerciales ou de pertes d'exploitation consécutives à une faute ayant entrainé une perturbation de tout ou partie de l'activité d'une entreprise, la détermination de la réparation nécessitera, dans de nombreux cas, la recherche de la marge perdue par la victime.

1. De quelle marge s'agit-il ?

Si la notion de marge est fréquemment utilisée en comptabilité, en gestion, en finance, disciplines dans lesquelles on parle de marge brute, marge commerciale, marge sur coûts variables, marge sur coûts directs, ces termes ne sont cependant pas normalisés.

Pour définir laquelle de ces notions est pertinente dans la réparation des préjudices économiques, il est utile de revenir sur l'objectif de l'indemnisation dans la responsabilité civile.

En application du principe de la réparation intégrale du préjudice, la victime de celui-ci doit être rétablie, autant que faire se peut, dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de fait dommageable.

La notion de marge à retenir est celle qui va correspondre à l'objectif de réparation posé par le principe de réparation intégrale.

Lorsque la victime du fait dommageable a subi une perte temporaire de chiffre d'affaires, le rétablissement de celle-ci dans sa situation antérieure conduit à rechercher quel est le chiffre d'affaires dont elle a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité.

En effet, pour réaliser son chiffre d'affaires l'entreprise engage des charges qui peuvent être de nature variable (achats des marchandises qui seront revendues, achats de sous-traitance, frais du personnel intérimaire, primes d'objectif versées au personnel commercial, honoraires divers …..) ou de nature fixe (loyer des locaux, assurances, frais de personnel…)

Beaucoup de frais présentent un caractère mixte, c'est à dire une certaine variabilité, cette dernière qualification dépendant également de la durée sur laquelle l'analyse doit être conduite. En effet, sur une très courte période beaucoup de frais présentent une certaine fixité et ne peuvent être réduits que plus ou moins facilement en cas de baisse d'activité, en revanche sur une longue période l'ensemble des charges prend

un caractère variable, faute de quoi l'entreprise n'aurait aucune possibilité d'adapter ses coûts.

La question posée pour l'indemnisation des préjudices est donc la détermination, in concreto, des frais qui n'ont pas été engagés ou qui ont été « évités » pendant la période concernée, c'est à dire celle pendant laquelle le chiffre d'affaires a été perdu du fait du dommage.

Ces frais sont en premier lieu ceux qui présentent la plus grande variabilité par rapport au chiffre d'affaires, c'est pourquoi la notion de marge à rechercher est la marge sur coûts variables.

La comptabilité enregistrant les charges en fonction de leur nature, les charges qui présentent un caractère variable ou fixe n'y apparaissent pas en lecture directe et leur justification nécessite des analyses et justifications pertinentes par le demandeur à l'indemnisation.

2. Autres points à considérer

Il convient également d'observer que, dans certaines situations :

- *Le dommage a pu contraindre la victime de celui-ci à devoir restructurer ses coûts de fonctionnement et à procéder, par exemple, à des licenciements ;*
- *Par ailleurs pour faire face à la situation créée par le dommage des charges supplémentaires par rapport aux charges courantes de l'entreprise ont pu être engagées.*

Dans ces situations, l'indemnisation par la marge sur coûts variables perdue doit être complétée des coûts supplémentaires supportés et réduite des frais supprimés du fait de la restructuration.

Ainsi, si des licenciements ont dû être réalisés du fait des conséquences du dommage, il conviendra de tenir compte des indemnités de licenciements versées (coûts supplémentaires) et, en sens inverse, des coûts de personnel qui n'ont plus été supportés pendant la période ou le chiffre d'affaires a été réduit.

Le rétablissement de la victime dans sa situation antérieure au dommage peut ainsi conduire à une indemnisation déterminée sur la base suivante :

Chiffre d'affaires perdu
- charges variables qui auraient dû être engagées pour réaliser ce chiffre d'affaires

= marge sur coûts variables

+ Frais supplémentaires spécifiques supportés du fait du dommage

- frais de structure éventuellement réduits du fait du dommage

Version Octobre 2017

FICHE n°7

Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?

L'écoulement du temps peut créer un nouveau préjudice et/ou accroître le préjudice initial dont il est demandé réparation.

Afin de prendre en compte ce facteur temporel, plusieurs systèmes d'indemnisation ont été instaurés :

En premier lieu, un remède mécanique a été mis en place afin de réparer le préjudice né du retard à exécuter une obligation pécuniaire : les intérêts moratoires.

En second lieu, un préjudice peut naître de la privation des sommes qui seront allouées en réparation du préjudice initial calculé à compter de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement prononçant la réparation. Ce préjudice additionnel est réparé par le paiement d'intérêts compensatoires.

D'autres mécanismes prenant en considération l'écoulement du temps existent tels que l'exécution provisoire de la décision rendue, ou encore l'astreinte qui permet d'accélérer l'exécution de la décision.

1. Les intérêts moratoires

Les intérêts moratoires sont prévus aux articles 1231-6 et 1231-7 du code civil– anciens articles 1153 et 1153-1 du code civil – ainsi qu'à l'article L. 441-6, alinéa 12, du code de commerce, applicable à tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur dans le cadre de ses relations avec tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services pour les besoins de son activité professionnelle.

Les intérêts moratoires ont pour but de réparer le préjudice résultant du seul fait du retard du paiement d'une somme d'argent.

A la différence du système classique des dommages et intérêts, le préjudice est présumé, et le montant fixé par le législateur.

Le juge est ainsi privé de son pouvoir d'appréciation au profit d'un système d'indemnisation forfaitaire en vertu duquel le créancier perçoit un loyer d'argent limité à un taux d'intérêt fixé par le législateur.

Soulignons enfin que les intérêts moratoires ne doivent pas être confondus avec l'astreinte.

Taux applicable

A- Taux fixé par la loi

Les intérêts moratoires des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil correspondent à un taux légal fixé par décret chaque année, qui, conformément à l'article L. 313-2 du code monétaire et financier, est différent selon la nature de la créance (créancier personne physique n'agissant pas pour les besoins de son entreprise ou autres cas).

A titre d'exemple, pour le premier semestre de l'année 2017, le taux légal est fixé à :

- *4,16% lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour ses besoins professionnels,*
- *0,90 % dans tous les autres cas.*

En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, l'article L. 313-3 du code monétaire et financier prévoit que le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Toutefois, le juge de l'exécution peut exonérer le débiteur de cette majoration ou en réduire le montant.

Les intérêts moratoires de l'article 441-6 du code de commerce correspondent au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne ("BCE") à son opération de refinancement la plus récente majoré de dix points, soit 10 % pour le premier semestre 2017.

B- Taux conventionnel

Principe : L'application du taux légal ou du taux de la BCE n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent fixer un intérêt conventionnel de leur choix ou toute autre modalité d'indemnisation du retard.

A défaut de taux conventionnel mentionné, le taux légal ou le taux de la BCE s'appliquera de manière automatique.

Cette faculté est particulièrement intéressante ***s'agissant des intérêts moratoires des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil***, dans la mesure où le taux légal prévu par décret est assez faible.

Limite : ***S'agissant des intérêts moratoires des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil***, le taux conventionnel s'analyse juridiquement comme une clause pénale que le juge peut réduire, même d'office, s'il l'estime manifestement excessive.

En pratique, le juge s'attachera à déterminer si le taux conventionnel fixé par les parties est manifestement excessif au regard du préjudice effectivement subi par le créancier (1ère Civ., 3 juin 2015, pourvoi n°14-11.632 ; Com., 5 avril 2016, pourvoi n°14-20.169).

S'agissant des intérêts de l'article L. 441-6, alinéa 12, du code de commerce, il est expressément prévu que ceux-ci ne peuvent être fixés dans les conditions générales de vente à un taux supérieur à trois fois le taux d'intérêt légal mentionné précédemment.

La Cour de cassation a par ailleurs jugé que les pénalités dues par application de ce texte ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif (Com., 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-14.677 : Bull. civ. n° 178).

Point de départ

S'agissant des sommes d'argent nominales, l'article 1231-6 du code civil prévoit que les intérêts ne sont dus qu'à compter de la mise en demeure.

S'agissant des sommes d'argent dues en vertu d'une décision de justice, l'article 1231-7 du code civil prévoit que les intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

En cas d'appel, l'article 1231-7 distingue deux cas :

- *Si le juge d'appel confirme purement et simplement la décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, les intérêts sont dus à compter du jugement de première instance.*
- *Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel.*

S'agissant des intérêts de l'article L. 441-6, alinéa 12, du code de commerce, les pénalités de retard sont exigibles de plein droit, sans qu'il soit nécessaire d'adresser une mise en demeure à son débiteur. La créance naît automatiquement à l'échéance légale, soit le lendemain de la date à laquelle le paiement était prévu (CEPC, avis n° 10-08 du 12 mai 2010).

Le créancier peut-il obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire ?

L'article 1231-6, alinéa 3, du code civil prévoit que "*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire*".

L'octroi de dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires est donc subordonné à deux conditions cumulatives : la preuve d'un préjudice indépendant du retard et la preuve de la mauvaise foi du débiteur.

Peut-on cumuler les intérêts moratoires de l'article 1231-6 du code civil avec ceux de l'article L. 441-6 du code de commerce ?

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée clairement sur le cumul entre pénalités de retard et intérêts moratoires de l'article 1231-6 du code civil.

La question est débattue en doctrine dans la mesure où :

- *D'une part, la Cour de cassation a jugé que les pénalités de retard de l'article L. 441-6 du code de commerce s'analysent comme des intérêts moratoires, ce qui pourrait alors exclure le cumul d'intérêts de même nature (Com., 10 novembre 2015, pourvoi n° 14-15.968) ;*
- *D'autre part, il a également été jugé que les pénalités de retard dues en vertu de l'article L. 441-6 du code de commerce ne constituent pas une clause pénale*

soumise au pouvoir modérateur du juge, contrairement aux intérêts de l'article 1231-6 du code civil (Com., 2 novembre 2011, pourvoi n°10-14.677 : Bull. civ. n° 178).

2. Les intérêts compensatoires

Comment définir les intérêts compensatoires ?

Lorsqu'une personne subit un préjudice, le dommage économique entraîne pour la victime un préjudice additionnel qui résulte de la privation de la trésorerie pendant la durée qui s'étend de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation.

Ce préjudice additionnel est aussi appelé "préjudice de trésorerie" ou "préjudice financier".

Il peut être réparé par l'application d'un taux d'intérêt au montant alloué en réparation du préjudice initial : les intérêts compensatoires.

Cette pratique est aujourd'hui consacrée par la Cour de justice, par les juges du fond principalement en matière de concurrence, ainsi que par la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence (transposée en droit français par l'ordonnance n° 2017-303 et le décret n° 2017-305).

A cet effet, tant la Cour de justice que les juges du fond distinguent de manière constante deux types de préjudice résultant de l'écoulement du temps : l'érosion monétaire et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital *(CA Paris, 14 décembre 2016, n° 13/0875 ; CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918 ; CJCE, 3 février 1994, aff. C-308/87, Alfredo Grifoni, pt. 40)*.

Comment calculer les intérêts compensatoires ?

Point de départ et d'arrivée

Les intérêts compensatoires sont dus depuis le moment où le préjudice a été constaté jusqu'au jour du jugement statuant sur les intérêts compensatoires.

Taux applicable

Alors que les intérêts moratoires sont dus sans que le créancier soit tenu de démontrer l'existence d'une perte spécifique, l'octroi de dommages et intérêts compensatoires implique la démonstration de l'existence d'un préjudice provenant de la privation de la trésorerie correspondant au préjudice économique subi.

Sa réparation nécessite donc la connaissance de l'usage que la victime aurait fait de la trésorerie correspondante.

- *La réduction des flux de trésorerie a éventuellement conduit à un accroissement du besoin de financement de l'entreprise, ce qui a pu entraîner une augmentation de son endettement et donc de ses frais financiers. Le taux*

d'intérêt à retenir sera alors le taux marginal auquel les ressources de financement sont obtenues.

- *Si la réduction des flux de trésorerie consécutive au préjudice économique a eu pour conséquence de limiter les placements de l'entreprise, c'est le taux de la rémunération de ceux-ci qui sera utilisé.*
- *Dans les situations plus complexes où la victime peut démontrer que la réduction de sa trésorerie l'a empêchée de réaliser un investissement identifié, la rentabilité prévisionnelle de cet investissement, qui est fonction de sa spécificité et de ses modalités de financement, pourra être retenue.*

A cet égard, la cour d'appel de Paris a, dans un récent arrêt (10 mai 2017, n° 15/05918), repris la distinction entre le préjudice résultant de l'impossibilité de réaliser un investissement identifié et celui résultant de la simple limitation des placements financiers :

- *En l'absence de la preuve d'un préjudice spécifique, elle juge que la perte de chance peut être évaluée en appliquant le taux d'intérêt légal correspondant à un placement sans risque ;*
- *En revanche, si l'entreprise démontre que l'indisponibilité des sommes l'a conduite, (i) soit à restreindre son activité sans trouver de financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, (ii) soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital, la perte de chance est évaluée en appliquant le coût moyen pondéré du capital, aussi connu sous l'appellation WACC *(Weight Average Cost Of Capital).*

Version Octobre 2017

FICHE n°8

Comment réparer le préjudice résultant de faits de concurrence déloyale ?

L'action en concurrence déloyale est ouverte à toutes les parties même si elles ne sont pas titulaires d'une clientèle.

Le parasitisme* peut être invoqué aussi bien par une entreprise à l'encontre de son concurrent, que par une entreprise à l'encontre d'un autre opérateur économique n'entretenant pas, à son encontre, de rapport de concurrence.

Les actions en concurrence déloyale visent le plus souvent à obtenir réparation au travers de dommages-intérêts. Leur montant peut être très variable et résulte de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La simple réparation du préjudice, si celui-ci est établi, pourrait se révéler inefficace ou insuffisante dans certaines situations. Le juge peut imposer des mesures d'interdiction, voire sous astreinte, pour faire cesser les actions jugées de concurrence déloyale ou de parasitisme.

Des mesures de publication de la décision pourront également être demandées.

L'évaluation du préjudice subi est très délicate. En effet, il s'avère difficile d'estimer les dégâts causés par rapport à des critères qui peuvent facilement être trompeurs. Ainsi par exemple, à côté d'une perte caractérisée, le préjudice peut aussi consister en un manque à gagner qui peut être difficile à retracer, voire à modéliser.

Devant ces difficultés, il est nécessaire d'envisager, d'un point de vue analytique, les différents éléments et composantes des préjudices qui peuvent être présentés pour donner les outils chiffrés nécessaires au juge du fond pour son appréciation du préjudice.

1. Quels sont les éléments principaux de réparation du préjudice à présenter ?

Selon la doctrine usuelle en matière de détermination du préjudice, la recherche doit être faite selon les deux branches bien connues : les pertes subies (damnum emergens) et le gain manqué (lucrum cessans).

Mais au-delà de ces éléments et outre la qualification de la faute, il convient d'obtenir une analyse économique globale de la situation de la victime et de l'auteur des actes déloyaux. Il faudra examiner les caractéristiques du secteur, du positionnement de la victime, de sa stratégie d'innovation, de la nature de son activité, de la nature

des produits attaqués par l'acte de concurrence déloyale et de l'importance des investissements.

Les éléments ci-après permettent de donner des points de repère :

A- Gain manqué (*Lucrum cessans*)

- *Détournement de clientèle ;*
- *Baisse d'activité : baisse des ventes, baisse des commandes ou lettres d'annulation ;*
- *Baisse du chiffre d'affaires, perte de marge sur coûts variables ;*
- *Impossibilité d'accès au crédit ;*
- *Evolution du compte d'exploitation, du compte client sur plusieurs années, avant et après les actes de concurrence déloyale ;*
- *Non-accès à des marchés (études de marchés).*

B- Pertes subies (*Damnum Emergens*)

- *Perte de la marge commerciale : ajustement des prix ;*
- *Non-ventes de plusieurs modèles ;*
- *Perte de part de marché ou éviction totale du marché, perte de contrats : comparaison du chiffre d'affaires avant et après les actes déloyaux ;*
- *Perte des bénéfices afférents à un contrat du fait de sa rupture injustifiée ou de la perte de chance de le conclure ;*
- *Perte de commissions dues à l'utilisation d'un fichier client ;*
- *Perte de substance du patrimoine du demandeur, dépréciation d'un élément incorporel attractif de la clientèle, dépréciation d'un signe par :*

  * *atteinte à l'image de marque du fait de la vulgarisation du produit,*
  * *avilissement de la marque,*
  * *atteinte à la réputation commerciale (publicité dénigrante, perte d'image) ;*

- *Dépenses engagées pour corriger les effets néfastes des faits dommageables ;*
- *Perte de valeur de l'entreprise victime ;*
- *Perte de chance.*

C- Désorganisation*durable de l'entreprise

- *Coûts d'embauche du nouveau personnel pour compenser les effets d'une politique de débauchage menée à son encontre et coûts de formation de ce nouveau personnel ;*
- *Perte d'un avantage concurrentiel : banalisation et vulgarisation d'un produit en l'absence de tout droit privatif ;*
- *Divulgation de savoir-faire ;*
- *Appropriation d'un fichier de clientèle : reprise des mêmes arguments de vente en citant en référence des clients du demandeur.*

D- Diminution ou perte d'un avantage concurrentiel

- *Faisceau de faits de parasitisme démontrant la volonté délibérée du défendeur de se placer dans le sillage du demandeur ;*
- *Usurpation d'une valeur économique qui rend vains les investissements*

effectués : atteinte aux investissements ;

- *Gêne dans les initiatives commerciales et perte d'une chance de développement économique ;*
- *Frais de recherche, de création ou d'acquisition d'un modèle ;*
- *Etudes de marketing.*

E- Préjudice moral (Fiche n°5)

2. Quels documents fournir au juge au soutien de la demande de réparation ?

A- Documents comptables et financiers

- *Statistiques certifiées conformes des ventes par produit avec graphiques d'évolution ;*
- *Comparaison du chiffre d'affaires réalisé avec un chiffre d'affaires prospectif ;*
- *Factures d'achats indiquant le prix pratiqué chez l'auteur des actes de concurrence déloyale ;*
- *Coûts de recrutement du personnel ;*
- *Attestations d'experts comptables ou de commissaires aux comptes ;*
- *Budgets de promotion et de publicité certifiés conformes, frais de marketing et de promotion ;*
- *Documents prévisionnels de gestion et rapports de gestion ;*
- *Rapports des commissaires aux comptes.*

B- Documents commerciaux, marketing et publicitaires

- *Coûts du lancement de produit avec les dépenses marketing et publicité certifiées conformes par le commissaire aux comptes ;*
- *Coupures de presse datées pour établir la notoriété de la marque ou du modèle et preuve des investissements réalisés ;*
- *Supports publicitaires, publication de catalogues, campagnes de presse, salons professionnels ;*
- *Sondages d'opinion auprès de la clientèle du demandeur ;*
- *Analyses de marché et de l'évolution des parts de marché entre la victime ou ses concurrents ;*
- *Etudes de marché, de notoriété, de ressemblance ou d'opinion.*

C- Expertises

- *Expertises amiables faites des cabinets spécialisés en évaluation des préjudices ;*

Version Octobre 2017

FICHE n°9

Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ?

1. Les conditions de fond

Aux termes de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, "*Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.(...) Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure*".

L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce érige en faute le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie, sans préavis écrit ou avec un préavis insuffisant pour permettre à la victime de redéployer son activité. La brutalité de la rupture peut donc résulter soit d'un défaut de préavis écrit, soit de la durée insuffisante du préavis écrit donné.

La notion de "relations commerciales" ne coïncide pas avec la notion d'activité économique au sens du droit de la concurrence. La chambre commerciale de la Cour de cassation écarte du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce les professionnels libéraux "*lorsque leur statut professionnel ou leurs règles déontologiques leur interdisent l'exercice de la profession commerciale*". Elle a ainsi récemment jugé que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce n'était pas applicable à la relation nouée entre une société d'avocats et son client. Il en va de même des médecins, notaires et conseils en propriété industrielle. Les secteurs réglementés, comme ceux des agents commerciaux (article L. 134-11 du code de commerce) et des transporteurs, échappent également à l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 septembre 2015 (Com., 22 septembre 2015, société Dominique Alligier, 13-27626) : "*(...) l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ne s'applique pas à la rupture des relations commerciales de transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants lorsque le contrat-cadre liant les parties se réfère expressément au contrat type institué par la LOTI, qui prévoit en son article 12.2 la durée des préavis de rupture*".

La société qui se prétend victime de la rupture brutale doit établir au préalable le caractère suffisamment prolongé, significatif et stable du courant d'affaires ayant existé entre elle et l'auteur de la rupture, qui pouvait lui laisser augurer que cette relation avait vocation à perdurer. Une mise en concurrence annuelle, l'organisation

d'un appel d'offres ou encore la nature particulière des produits ou services concernés se prêtant mal à la reconduction systématique et pérenne des relations commerciales, peuvent conduire à exclure l'application de cet article.

L'article susvisé prévoit *in fine* que ses dispositions ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations contractuelles. Toutefois, son application nécessite que l'inexécution des obligations contractuelles qu'il vise présente un caractère de "*gravité suffisant*" pour justifier une rupture immédiate.

La durée du préavis doit être suffisante pour permettre à l'entreprise de se redéployer, c'est-à-dire de retrouver un flux d'affaires équivalent.

La rupture partielle

L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce permet également de sanctionner le fait de rompre, même partiellement, une relation commerciale établie. La notion de rupture partielle peut s'entendre soit de la rupture des relations concernant seulement certains produits, soit de la simple diminution des commandes. La modification substantielle des conditions contractuelles, notamment tarifaires, précédemment pratiquées dans une relation durable a été considérée comme une rupture partielle, car elle altère l'équilibre économique du contrat. La rupture partielle ne sera pas considérée comme "*brutale*" si elle est justifiée par des impératifs de marché, par exemple si l'acheteur qui rompt les relations commerciales subit lui-même une baisse des commandes conjoncturelle.

2. L'évaluation des préjudices

La victime de la rupture brutale peut, sur le fondement des dispositions de l'article 1231-2 du code civil (ancien article 1149), réclamer à son cocontractant une indemnisation au titre du gain manqué et de la perte subie.

Le gain manqué correspond à la marge que la victime de la rupture pouvait escompter tirer de ses relations commerciales avec le partenaire fautif pendant la durée du préavis qui aurait dû être respecté.

D'autres préjudices peuvent être réparés mais la victime ne peut obtenir réparation que du préjudice causé par le caractère brutal de la rupture et non du préjudice découlant de la rupture elle-même.

Le calcul de la durée du préavis qui aurait dû être consenti

Le délai du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances prévalant au moment de la notification de la rupture (Com., 9 juillet 2013, 12-20468).

La disposition légale vise expressément la durée de la relation commerciale et les usages commerciaux. Outre ces deux critères légaux, les juges du fond retiennent d'autres paramètres pour apprécier la durée du préavis à respecter tels que :

- *La dépendance économique (entendue non pas comme la notion de droit de la concurrence, mais comme la part de chiffre d'affaires réalisée par la victime*

avec l'auteur de la rupture), la circonstance que cette situation de dépendance résulte d'un choix volontaire ou que la victime se soit reconvertie après la rupture, ce qui atteste rétrospectivement que la reconversion était possible, pouvant moduler à la baisse la durée du préavis à consentir,

- *La difficulté à trouver un autre partenaire sur le marché, de rang équivalent,*
- *La notoriété du produit échangé, son caractère difficilement substituable,*
- *Les caractéristiques du marché en cause,*
- *Les obstacles à une reconversion, en terme de délais et de coûts d'entrée dans une nouvelle relation,*
- *L'importance des investissements effectués dédiés à la relation, non encore amortis et non reconvertibles.*

Lorsque la relation commerciale porte sur des marques de distributeurs (au sens restrictif de l'article L. 112-6 du code de la consommation) ou lorsque la rupture résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale du préavis est doublée.

Le calcul du gain manqué

Le préjudice s'évalue en comparant la marge qui aurait dû être perçue en l'absence des pratiques délictueuses, pendant le préavis qui aurait dû être octroyé, à la marge effectivement perçue. La référence à retenir est la marge sur coûts variables (**fiche n°6**), définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées par elle du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture.

En l'état de la jurisprudence, le calcul consiste à déterminer la moyenne mensuelle de la marge sur coûts variables sur deux ou trois exercices précédant la rupture, les années à retenir pouvant parfois être discutées, certaines pouvant être atypiques, et à multiplier le montant obtenu par le nombre de mois de préavis dont aurait dû bénéficier la victime de la rupture.

La reconversion effective de la victime, intervenue après la rupture, ne peut venir modérer l'évaluation de ce gain manqué, compte tenu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, spécifique en ce domaine : celle-ci exige en effet une évaluation au moment de la rupture. Mais, cette circonstance peut avoir été prise en compte au niveau de l'appréciation de la durée du préavis, en ce que cette reconversion démontre rétrospectivement que la victime pouvait trouver des solutions alternatives.

Les autres préjudices

Il faut distinguer les préjudices nés de la rupture elle-même, qui ne sont pas indemnisables au titre de l'article L. 442-6, I, 5 °du code du commerce, de ceux résultant de la brutalité, seuls indemnisables.

Au titre de la perte subie, les demandes des victimes peuvent par exemple porter sur les investissements dédiés à la relation commerciale, que la brutalité de la rupture a empêché d'amortir et qui ne sont pas aisément reconvertibles. Il peut également s'agir des coûts afférents aux licenciements que la brutalité de la rupture a rendu inévitables.

Un effort supplémentaire de démonstration portant sur le lien de causalité entre la brutalité de la rupture et le préjudice doit donc être réalisé par le demandeur.

3. Les pièces à produire a minima devant le juge

- *Les liasses fiscales des trois dernières années précédant la rupture, ou autres années si les trois dernières ne reflètent pas l'activité "normale" de l'entreprise,*
- *Pièces comptables ou autres permettant de calculer le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur de la rupture sur plusieurs années précédant la rupture, étant précisé que les calculs effectués doivent être étayés par des pièces probantes,*
- *Tout élément permettant au juge d'apprécier si la marge sur coûts variables de l'entreprise victime qui lui est proposée est cohérente, sous la même exigence que précédemment,*
- *Toutes autres pièces nécessaires pour moduler la durée du préavis.*

Version Octobre 2017

FICHE n°10

Comment réparer les préjudices résultant de la cessation du contrat d'agent commercial ?

La création du statut d'agent commercial avait pour principal objectif d'assurer à ce type d'intermédiaire une forme de stabilité contractuelle. C'est pour cette raison que la loi aménage non seulement les modalités, mais également les effets de la cessation du contrat qui lie l'agent à son mandant.

Les parties sont libres de conclure un contrat à durée déterminée ou indéterminée, étant noté que l'exécution, par les deux parties, après le terme convenu dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, transforme ce dernier en contrat à durée indéterminée.

Le contrat d'agence commerciale et sa rupture étant encadrés par la loi, seule l'indemnisation de l'agent est envisagée ci-après.

1. Objet de l'indemnisation

En cas de rupture du contrat d'agence commerciale, l'article L.134-12 du code de commerce prévoit une indemnisation de plein droit de l'agent commercial. Cette disposition étant **d'ordre public** les parties ne peuvent pas y déroger conventionnellement et prévoir une indemnisation inférieure à l'indemnité légale, ou forfaitaire.

Notion de mandat d'intérêt commun : Le concept d'intérêt commun, créé de manière prétorienne au 19ème siècle, a été défini par la jurisprudence : "*lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou l'autre des parties, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause légitime reconnue en justice ou enfin, suivant les clauses et conditions spécifiques dans le contrat*" (Civ., 11 février 1891, DP 1891.1.197).

La fin du contrat signifie donc la perte d'une part de marché pour l'agent, la part de marché étant la valeur commune au mandant et à l'agent.

La cessation du contrat d'agence ouvre ainsi droit à réparation du préjudice résultant de la perte des commissions qui auraient été acquises à l'agent si son activité s'était développée avec la clientèle qu'il a démarchée.

2. Conditions de l'indemnisation

Depuis la loi n°91-593 du 25 juin 1991, l'indemnisation de l'agent commercial est provoquée par la cessation du contrat, qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée venu à échéance ou de la rupture d'un contrat à durée indéterminée, dès lors que la rupture n'a pas été prise à son initiative.

La perte du droit à indemnisation : l'article L. 134-13, alinéa 1er, du code de commerce prévoit que l'indemnisation n'est pas due à l'agent lorsque "*la cessation du contrat est provoquée par la faute grave*" de ce dernier.

La preuve de la faute grave pèse sur le mandant : le mandant qui voudrait échapper à son obligation d'indemnisation doit démontrer une faute grave de l'agent et l'existence d'un lien de causalité direct entre le manquement imputable à l'agent commercial et la décision du commettant de mettre fin au contrat.

La caractérisation de la faute grave : la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du lien contractuel et qui porte atteinte à la finalité commune du mandat (Com., 15 octobre 2002, n°00-18.122). La faute est difficile à caractériser et reste appréciée de manière restrictive par la jurisprudence puisqu'elle a pour objet de priver l'agent de la protection légalement prévue en fin de contrat. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour évaluer le degré de gravité de la faute.

- *Existence d'une faute grave : une faute grave se définit généralement par tout manquement caractérisé de l'agent aux obligations mises à sa charge par la loi ou le contrat d'agence, tel que le manquement à l'obligation de diligence ou au devoir de loyauté (Com., 15 mai 2007, n°06-12.282).*
- *Absence de faute grave : la faute grave de l'agent n'est pas caractérisée par une baisse de rendement ou par une diminution du volume d'affaires conclues par l'agent. En somme, les clauses d'objectifs qui sont stipulées dans un contrat d'agence ne font naître qu'une obligation de moyens, de sorte que le défaut d'obtention de ces résultats ne suffit pas à caractériser un manquement de l'agent (Com., 15 sept. 2009, n°08-15.613).*

3. Evaluation du montant de l'indemnisation

Le principe du droit à indemnisation : aux termes de l'article L.134-12 du code de commerce, en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.

L'absence de règle légale d'évaluation : le code de commerce ne contient aucune indication sur le mode de calcul de l'indemnité de rupture et laisse le soin aux tribunaux d'évaluer le montant de cette indemnité, avec pour seule exigence que cette dernière compense la perte subie par l'agent en raison de la privation des commissions qu'il aurait dû percevoir sur les affaires traitées avec sa clientèle.

La règle d'usage : l'indemnité recouvre aujourd'hui généralement la valeur de deux années de commissions brutes perçues par l'agent. Il s'agit d'un simple usage professionnel ne liant pas le juge, mais qui a néanmoins été consacré par la Cour

de cassation (Com., 15 juin 1969, Bull. civ. IV, n°270, D. 1970 ; Com., 14 oct. 1974, Bull. civ. IV, n°244). Ce délai de deux ans, choisi dans la pratique prétorienne comme assiette d'évaluation, correspondrait au délai nécessaire à l'agent pour reconstituer une clientèle identique à celle qui lui a été retirée à la suite de la cessation des rapports contractuels.

Les éléments pris en compte dans l'évaluation : la doctrine, à la lumière de la jurisprudence, a dégagé différents éléments qui doivent être appréciés dans l'évaluation de l'indemnité notamment :

- *La durée des rapports contractuels ;*
- *Le chiffre d'affaires et son évolution ;*
- *Les pertes financières subies par l'agent du fait de la cessation du contrat (notamment les investissements non amortis ou encore les frais de licenciement du personnel de l'agent).*

Version Octobre 2017

FICHE n°11-a

Comment agir en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurretielle ?

1. Quelles sont les règles de droit applicables ?

Depuis la transposition de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 par l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 et le Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017, deux régimes différents sont applicables à l'indemnisation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle.

En dehors du régime particulier réservé à la prescription et des dispositions d'ordre procédural déclarées applicables aux instances introduites à compter du 26 décembre 2014, les dispositions nouvelles issues de l'ordonnance sont applicables aux faits générateurs de responsabilité survenus à compter du 11 mars 2017 tandis que les créances de réparation nées antérieurement à cette date restent soumises au droit antérieur, reposant pour l'essentiel sur le droit commun.

Cependant, dans ce dernier cas, une application anticipée des solutions dégagées sur le fondement des nouvelles règles est envisageable, à la condition qu'elle ne soit pas contraire à la loi ancienne.

Indépendamment de la date de survenance du fait générateur, le principe d'effectivité doit être respecté lorsque la pratique anticoncurrentielle, ayant affecté le commerce entre les Etats membres, relève du droit de l'Union européenne en même temps que du droit interne français. Il en résulte que les règles et procédures nationales ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit à réparation intégrale du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle. La directive a, en particulier, rappelé que "*la charge et le niveau de preuve et de l'établissement des faits requis pour la quantification du préjudice*" ne doivent pas contrevenir à l'exigence d'effectivité.

2. Qui peut agir en réparation ?

L'action en dommages et intérêts peut être exercée :

- *Par le concurrent du ou d'un des auteurs de la pratique anticoncurrentielle ;*
- *Par le cocontractant du ou d'un des auteurs de la pratique anticoncurrentielle ;*

y compris si ce cocontractant a lui-même pris part à la pratique anticoncurrentielle (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, Courage). Une réduction de son droit à indemnisation est cependant possible.

- *Par un tiers (qualifié de contractant "indirect") ayant contracté avec un contractant "direct" ayant répercuté sur lui tout ou partie du préjudice subi du fait de la pratique anticoncurrentielle ;*
- *Par un tiers qui, ayant contracté avec un concurrent n'ayant pas participé à la pratique anticoncurrentielle, a néanmoins subi un "préjudice d'ombrelle" ;*
- *lorsque son cocontractant s'est adapté à la situation du marché et a, par exemple, fixé ses prix à la hausse (CJUE, 5 juin 2014, C 557/12, Kone) ;*
- *Par une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs à raison de pratiques anticoncurrentielles (art. L. 623-1 et s. C. consomm.).*

Version Octobre 2017

FICHE n°11-b

Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

1. De quels préjudices peut-on demander réparation à raison d'une pratique anticoncurrentielle ?

Comme n'importe quel fait générateur de responsabilité à l'origine de préjudices économiques, une pratique anticoncurrentielle peut causer, non seulement des préjudices patrimoniaux, qu'il s'agisse du gain manqué, de la perte éprouvée ou de la perte de chance (**fiche n° 4**), mais également un préjudice moral (**fiche n°5**).

Par ailleurs, il convient de prêter attention à l'étendue des préjudices dans le temps, ceux-ci ayant pu se faire ressentir immédiatement, de façon différée ou encore se poursuivre après la fin de la pratique anticoncurrentielle (**fiche n°7**).

Si en principe, la charge de la preuve d'un préjudice réparable incombe à la victime, il en va autrement, au moins, dans le cas des ententes entre concurrents :

- *La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir admis qu'une entente entre concurrents avait* ***"nécessairement causé un trouble commercial"*** *(Com., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-24.854, et Paris, ch. 5 4, 26 juin 2013, JCB Services et a. c/ Central Parks)*
- *Le nouvel article L. 481-7 dispose qu' "****il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice****".*
- *Par ailleurs, le même raisonnement a parfois été mis en œuvre, à propos de pratiques d'éviction constitutives d'abus de position dominante (V. not. T. Com. Paris, 15e chambre, 30 mars 2015, DKT c. Eco emballages et Valorplast, RG n° 2012000109 ; T. Com Paris, 6e ch., 30 mars 2011, Numéricable et a. c/ France Telecom, RG 2009073089).*

Quel que soit le comportement concerné (entente, abus de position dominante, abus de dépendance économique …), qu'il corresponde à une restriction horizontale (entre concurrents) ou verticale, à une pratique d'exploitation ou d'éviction, l'identification des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle procède toujours du même raisonnement. Même si certains chefs de préjudice se rencontrent davantage, ou à l'inverse moins fréquemment, pour un type de pratique donné, une pratique anticoncurrentielle peut produire notamment :

Un effet prix : il peut s'agir d'une majoration du prix acquitté par la ou les victime(s) à l'un des auteurs de l'infraction ("surcoût") ou d'une minoration du prix payé par l'un des auteurs de l'infraction à la victime. La victime peut être un consommateur final ou une entreprise insérée dans une relation verticale avec un auteur de la pratique. Dans ce cas, il est possible que la victime ait répercuté tout ou partie du "surprix" aux acheteurs situés plus en aval ("*passing on*").

Un effet volume : par exemple, dans le cas où la victime a subi une perte de clients liée à la pratique anticoncurrentielle. Ce manque à gagner peut être non seulement passé, mais également futur, et trouver son origine aussi bien dans des pratiques d'éviction (prédation, rabais de fidélité, ..) que dans des pratiques d'exploitation. Ainsi une baisse du volume des ventes peut être intervenue parce que les prix pratiqués par la victime de prix trop élevés a répercuté tout ou partie du surenchérissement sur ses propres cocontractants ou sur ses clients.

Un effet sur l'innovation : la victime d'une pratique anticoncurrentielle peut renoncer à l'investissement dans une nouvelle technologie plus efficace si sa marge, qui lui permettrait de financer l'investissement, se trouve réduite par les surprix qu'elle paye à l'auteur de la pratique. Les auteurs eux-mêmes d'une pratique anticoncurrentielle peuvent, en réduisant l'intensité concurrentielle à laquelle ils sont normalement soumis (par le biais d'une entente par exemple), affaiblir leurs propres incitations et renoncer à certaines innovations qu'ils auraient sinon adoptées. Les acheteurs se trouvent donc lésés.

Peuvent également s'y ajouter, selon les cas, une perte de la valeur du fonds de commerce, des coûts spécifiquement engagés pour se maintenir sur le marché, des coûts correspondant aux licenciements s'ils sont la conséquence de la pratique ou bien encore un préjudice d'image.

Par ailleurs, l'hypothèse particulière de la répercussion de la majoration (ou de la minoration) de prix, le long de la chaine économique ("*passing on*"), qui ne se présente que dans le cas d'une relation verticale, soulève deux questions différentes selon qu'il s'agit de :

L'action de la victime directe

Le défendeur à l'action a la possibilité de faire valoir à titre de moyen de défense que le demandeur en réparation a procédé à une répercussion sur ses propres cocontractants (Com. 15 juin 2010, n° 09-15818)

Cependant, la règle d'attribution de la charge de la preuve est différente selon que la pratique anticoncurrentielle a été commise :

- *Antérieurement au 11 mars 2017 : la preuve de l'absence de répercussion incombe au demandeur en réparation (Com. 15 mai 2012, n° 11-18495)*
- *À partir du 11 mars 2017 : la répercussion est réputée n'avoir pas eu lieu sauf si l'auteur de la pratique anticoncurrentielle rapporte la preuve contraire (art. L. 481-4 C. com.)*

L'action de la victime ayant subi la répercussion

Il résulte du nouvel article L. 481- 5 que l'acheteur indirect "*est réputé avoir apporté la preuve de (la) répercussion lorsqu'il justifie que :*

1° Le défendeur a commis une pratique anticoncurrentielle (…)
2° Cette pratique a entraîné un surcoût pour le contractant direct du défendeur ;
3° Il a acheté des biens ou utilisé des services concernés par la pratique anticoncurrentielle, ou acheté des biens ou utilisé des services dérivés de ces derniers ou les contenant".

Il reste loisible au défendeur de rapporter la preuve que la répercussion n'a pas eu lieu ou a été seulement partielle.

Les mêmes règles sont "applicables aux fournisseurs directs ou indirects de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle qui invoquent un préjudice résultant d'une baisse du prix des biens ou services concernés par cette pratique" (art. L. 481-6 C. com.)

2. Comment évaluer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

L'évaluation de chacun des préjudices doit être effectuée conformément au principe de réparation intégrale en comparant la situation réelle, dans laquelle la pratique anticoncurrentielle s'est produite, avec celle "contrefactuelle" qui aurait été constatée en l'absence de pratique anticoncurrentielle. Il s'agit de replacer le marché, puis le demandeur en réparation, dans une situation virtuelle, non observable, ce qui peut nécessiter de recourir à des méthodes économiques (fiche n°3).

Une fois déterminé le quantum du préjudice, il importe de tenir compte de l'écoulement du temps et, pour ce faire, de procéder à son actualisation (fiche n°7).

Il résulte de la directive que le juge doit pouvoir "estimer le montant du préjudice", que ce soit dans le cas général ou dans le cas particulier d'une répercussion, lorsqu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier celui-ci avec précision sur la base des éléments de preuve disponibles. Si les textes de transposition n'y ont pas fait référence, le droit commun de la responsabilité civile permet de procéder par estimation.

3. Quels éléments de preuve trouver dans une décision d'une autorité de concurrence lorsqu'il en existe une ?

Selon que l'action en réparation est introduite en l'absence de toute décision préalable d'une autorité de concurrence (action indépendante ou "stand-alone") ou postérieurement à l'adoption d'une décision par une autorité de concurrence (action consécutive ou "follow-on"), la situation probatoire de la victime se présente sous un jour différent, notamment en ce qu'elle peut, dans le second cas, prendre appui sur la décision préexistante.

Démonstration du fait générateur de responsabilité

Pour rappel, le juge ne peut prendre de décisions allant à l'encontre de la décision adoptée par la Commission (Art. 16 Réglt 1/2003).

Pour les faits générateurs intervenus à compter du 11 mars 2017, la pratique anticoncurrentielle est établie de manière irréfragable par une décision de l'Autorité

de la concurrence ou de la juridiction de recours ayant constaté son existence (dans une procédure ordinaire, de clémence, de transaction, de non-contestation de griefs) et ne pouvant plus faire l'objet d'un recours ordinaire pour la partie relative au constat d'infraction. Une telle décision constitue seulement "un moyen de preuve" lorsqu'elle est rendue par une autorité de concurrence d'un autre Etat-membre.

Il est également possible, en dehors de tout effet liant, d'utiliser les décisions rendues par une autorité de concurrence pour caractériser une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles (par exemple, T com. Paris, 15e chambre, 30 mars 2015, DKT c. Eco emballages et Valorplast, RG n° 2012000109, dans le cas d'une décision d'acceptation d'engagements).

Démonstration des préjudices

Le dommage à l'économie est l'un des critères à partir desquels l'autorité de la concurrence fixe le montant des sanctions pécuniaires qu'elle inflige. Il se distingue des préjudices individuels donnant lieu à réparation sur le fondement de la responsabilité civile.

Certaines décisions, dans lesquelles l'Autorité de la concurrence a détaillé de nombreux éléments permettant de quantifier le dommage à l'économie, peuvent néanmoins comporter des enseignements utiles à l'identification et à l'évaluation des préjudices économiques individuels. Certains éléments peuvent en effet être communs aux deux évaluations : par exemple, le calcul d'un surprix imposé par l'entreprise auteur des pratiques, s'il est uniforme pour tous les agents, est identique dans les deux approches.

Version Octobre 2017

GLOSSAIRE

Astreinte

L'astreinte, définie par les articles 131-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution, est une condamnation pécuniaire au versement d'une somme d'argent proportionnelle au degré de résistance du débiteur.

L'article 131-2 du même code la distingue expressément des dommages et intérêts en prévoyant que "l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts".

L'astreinte est un moyen comminatoire qui a pour but de convaincre le débiteur d'exécuter son obligation, tandis que les intérêts moratoires ont vocation à réparer le préjudice né du retard du débiteur.

Charges, coûts, frais

Charges

En comptabilité générale, les charges sont constituées par tous les biens et services que l'entreprise consomme pour les besoins de son activité.

Les charges d'exploitation comprennent principalement :

- *les sommes versées ou à verser en contrepartie de marchandises, approvisionnements et services utilisés ;*
- *des charges calculées, c'est à dire de charges dont le montant fait l'objet d'évaluation mais qui n'entrainent pas de dépenses en trésorerie (dotation aux amortissements, aux dépréciations et aux provisions).*

Le plan comptable général distingue les charges d'exploitation, les charges financières, les charges exceptionnelles.

Les charges d'exploitation sont classées par nature par la comptabilité générale (achats, locations, honoraires, salaires et charges, amortissement, …), classement qui se prête aux agrégations macro-économiques et qui facilite les comparaisons entre les entreprises.

Coûts

Cette notion est essentiellement utilisée en comptabilité analytique. Un coût peut être défini comme la somme des charges relatives à un produit, une activité ou une fonction.

Coût moyen pondéré du capital

(Wacc en anglais : weighted average cost of capital) :

Notion fondamentale en finance qui exprime le taux de rentabilité minimum que les investissements d'une entreprise doivent dégager afin de lui permettre de satisfaire l'exigence de rentabilité des associés (soit le coût des capitaux propres) et l'exigence de rentabilité des créanciers (soit le coût de l'endettement net).

Il s'agit donc du coût de financement global de l'entreprise.

Frais

Ce terme désigne, soit des charges, soit un regroupement de charges.

Charges variables, fixes, directes, indirectes

Charges variables

Ce sont les charges qui varient avec le volume d'activité de l'entreprise (les marchandises achetées pour être revendues, la matière comprise dans un produit qui est fabriqué, les achats de sous-traitance, les frais de transport, …).

Il peut cependant ne pas y avoir une stricte proportionnalité entre la variation de ces charges et le volume des produits ou services destinés à être vendus.

Charges fixes

Ce sont les charges liées à la structure de l'entreprise et dont l'évolution avec le volume d'activité est discontinue (exemple : loyers des locaux).

Ces charges varient généralement par paliers liés à des augmentations ou diminutions sensibles d'activité.

La détermination des charges variables et fixes ne résulte pas d'une simple lecture de la comptabilité générale (qui classe les charges en fonction de leur nature) et nécessite des analyses extra comptables.

Charges directes et indirectes

Les charges directes, à l'inverse des charges indirectes, sont celles qu'il est possible d'affecter sans calcul intermédiaire au coût d'un produit ou service déterminé.

Exemples de charges directes : matière première incorporée à un produit, heures de main d'œuvre directe de fabrication, …

Exemples de charges indirectes : charges d'administration générales, charges d'entretien.

Comme pour les charges variables et fixes, la détermination des charges directes et indirectes ne résulte pas d'une simple consultation de la comptabilité générale.

Les charges variables et fixes peuvent être directes ou indirectes et réciproquement.

Comptabilité analytique

Une comptabilité analytique a principalement pour objet de connaître les coûts des différentes fonctions de l'entreprise (approvisionnement, production, distribution, administration, …) et de permettre le calcul des coûts des biens et services pour les comparer aux prix de vente correspondants.

Aucun texte d'application générale ne rend obligatoire une comptabilité analytique.

Concurrence déloyale

Usage excessif par un commerçant de sa liberté au point qu'il porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Quatre agissements sont susceptibles d'engager la responsabilité civile délictuelle de leur auteur : le dénigrement, la désorganisation de l'entreprise concurrente, la confusion et le parasitisme.

Le dénigrement : pratique consistant à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise, d'une personne ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur. **La diffamation** diffère **du dénigrement**.

La diffamation : allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la réputation de la personne. Il s'agit d'une infraction pénale incriminée par ***la loi du 29 juillet 1881*** sur la liberté de la presse.

La désorganisation : dommage certain, significatif et illicite subi par une organisation économique constituée par la perte d'un outil concurrentiel de l'organisation ou par la perte de la valeur concurrentielle nécessaire à son fonctionnement.

La confusion : on cherche à sanctionner des comportements qui ont pour trait commun de provoquer une confusion ou même un risque de confusion **entre les sociétés concurrentes**.

Le parasitisme : ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'autrui afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, l**es agents ne sont pas obligatoirement concurrents**.

Exécution provisoire

L'exécution provisoire permet à la partie gagnante d'un procès d'exécuter le jugement immédiatement, dès sa signification, sans attendre l'épuisement des voies de recours et l'issue définitive du litige.

Exécution provisoire de plein droit

Conformément à l'article 514 du code de procédure civile sont exécutoires de plein droit (i) les ordonnances de référés ou prises en la forme des référés, (ii) les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, (iii) les décisions qui ordonnent des mesures conservatoires, ainsi que (iv) les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier.

A noter que cette liste n'est pas limitative comme le montre l'exemple des décisions prises en matière de procédures amiables et collectives

Exécution provisoire facultative

Exécution provisoire prononcée d'office ou à la demande des parties, sauf dans les cas où la loi l'interdit.

Aux termes de l'article 515 du Code de procédure civile, deux conditions cumulatives doivent être satisfaites :

- *L'exécution provisoire doit être **nécessaire**. Le demandeur peut justifier la nécessité par l'urgence ou le péril en la demeure, mais aussi d'autres moyens comme la dissuasion des recours dilatoires (CA Nancy, 18 Avril 2013, n°13/515 ; CA Douai, 29 septembre 2011, n°11/00151, JurisData n° 2011-020891 ; 2ème Civ. 26 février 1970, n°69-10.170 : Bull. n° 72).*
- *L'exécution provisoire doit être compatible avec la nature de l'affaire. La jurisprudence interprète cette condition de manière négative : est incompatible avec la nature de l'affaire l'exécution provisoire susceptible d'engager des conséquences irréversibles, par exemple sur les questions d'état des personnes.*

Réformation de la décision de première instance

Dans l'hypothèse où la décision de première instance assortie de l'exécution provisoire a été infirmée par le juge, les parties doivent faire face à deux conséquences :

- ***Restitution** : la partie perdante en seconde instance doit restituer ce qu'elle a reçu en exécution de la décision de première condamnant son adversaire.*
- ***Réparation** : la partie perdante en seconde instance devra réparer les conséquences dommageables liées à l'exécution à titre provisoire du jugement de première instance.*

Intérêts compensatoires

Intérêts ayant pour but de réparer le préjudice supplémentaire découlant de l'indisponibilité des sommes allouées en réparation du préjudice initial.

Intérêts moratoires

Intérêts ayant pour but de réparer le préjudice subi par le créancier d'une somme d'argents du fait du retard de paiement du débiteur.

Marge

La notion

Une marge correspond à la différence entre un prix de vente et un prix d'achat.

Elle peut concerner un bien acheté pour être revendu, un bien fabriqué par l'entreprise ou un service (prestation de service vendue par l'entreprise).

On peut donc calculer une marge sous différentes formes : marge brute, marge commerciale, marge sur coûts variables, marge sur coûts directs,… (voir ci-après).

Marge brute

La marge brute représente, d'une manière générale, la différence entre le chiffre d'affaires et le coût d'achat ou de production des biens ou services vendus.

Il n'existe pas de définition normée.

Elle peut correspondre :

- *Pour une entreprise de négoce, à la marge commerciale (chiffre d'affaires moins coût des achats consommés) ;*
- *Pour une entreprise de services, au chiffre d'affaires moins coût de revient des prestations, ainsi pour une SSII cette marge correspondrait au chiffre d'affaires moins les salaires des consultants, et pour un opérateur télécom, au chiffre d'affaires moins les coûts d'interconnexion ;*
- *Pour une entreprise industrielle, au chiffre d'affaires moins le coût de fabrication des produits.*

La marge brute ne prend donc pas en compte toutes les charges de nature variable de l'entreprise.

Marge sur coûts variables

Elle représente la différence entre le chiffre d'affaires et les charges qui varient de façon proportionnelle ou non en fonction du niveau d'activité de l'entreprise (les charges dites fixes ne varient, quant à elles, qu'en cas de modification structurelle de l'activité).

Préjudice d'ombrelle

Le préjudice d'ombrelle désigne le préjudice subi par une victime qui a contracté, non pas avec l'un des auteurs d'une pratique anticoncurrentielle, mais avec un de leurs concurrents ; ce dernier, bien qu'étranger à la pratique anticoncurrentielle, s'est adapté à la situation du marché telle que modifiée par cette pratique et s'est donc placé dans le sillage des agissements anticoncurrentiels. Ainsi, une entreprise, bien que ne participant pas à une entente sur les prix entre concurrents, peut néanmoins fixer ses prix à la hausse, de sorte que ses clients subissent un préjudice dont ils peuvent demander réparation, non pas à leur vendeur n'ayant commis aucune faute, mais à l'un quelconque des membres de l'entente anticoncurrentielle (CJUE, arrêt du 5 juin 2014, affaire C-557/12, Kone AG et a.)

Test de robustesse

Un test de robustesse est destiné à vérifier qu'on ne s'écarte pas trop d'un résultat annoncé en faisant subir de petites variations aux hypothèses sous lesquelles ce résultat est obtenu.

Quelques exemples :

- *Si un résultat relatif à une variable X a été obtenu sous l'hypothèse d'une croissance de 10% d'une autre variable Y, alors ce résultat relatif à X ne doit pas trop varier si l'on suppose que la croissance de la variable Y a été contenue dans un intervalle [9%-11%]. Des résultats trop éloignés traduiraient l'extrême sensibilité du résultat obtenu aux hypothèses et feraient naitre des doutes sur sa crédibilité. Par exemple un changement d'année de référence au sein d'une période non affectée par les pratiques, choisie comme point de comparaison avec les résultats observés durant une année affectée par les pratiques ne doit pas amener un changement de résultat trop important dans la valeur du dommage. Si c'est le cas, c'est probablement parce que l'année choisie présente une particularité : choisir cette année particulière n'est donc pas innocent.*
- *Un autre type de test consiste à appliquer à d'autres acteurs le raisonnement tenu pour l'un d'entre eux et à vérifier que le résultat d'ensemble est bien cohérent avec les données du marché. Par exemple, un des plaignants prétend qu'en l'absence du fait générateur, sa part de marché serait de 10% alors qu'elle est de 5%. Un test de robustesse consiste à appliquer le même raisonnement à d'autres acteurs impactés de la même façon par une pratique, et à examiner le résultat obtenu : est-ce plausible ? Par exemple le total des parts de marchés est-il bien inférieur à 100% ?*

Surcoût

Aux termes de l'article L. 481-3 du code de commerce, le surcoût correspond "à la différence entre le prix du bien ou du service (…) effectivement payé (par la victime) et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction" au droit des pratiques anticoncurrentielles.