

A LA UNE

DDC20113 *Private enforcement* : précisions sur la réparation du préjudice causé par l'indisponibilité du capital que constituent les dommages-intérêts

• Cass. com., 1^{er} mars 2023, n° 20-18356, FS-B

Cet arrêt statue sur l'une des affaires les plus emblématiques de la décennie et donne à la Cour de cassation l'occasion d'apporter des solutions inédites à d'importantes questions de responsabilité civile.

Les lecteurs se souviennent peut-être qu'un jugement remarqué avait accordé 179,6 millions d'euros à Digicel en réparation des gains manqués et des surcoûts causés par un abus de position dominante d'Orange (T. com. Paris, 15^e ch., 18 déc. 2017, n° 2009016849). Ce jugement avait aussi réparé un préjudice additionnel découlant de l'indisponibilité de cette somme en lui faisant produire des « intérêts », sur presque neuf ans, calculés au taux annuel de 10,4 % reflétant le coût moyen du capital du marché affecté (le WACC). Il fut infirmé sur ce point par un arrêt connu lui aussi qui précisait qu'un tel préjudice n'est réparable au WACC qu'à la condition que le demandeur établisse des projets d'investissements abandonnés du fait de l'indisponibilité de la somme – preuve quasiment diabolique, sur laquelle butera Digicel (CA Paris, 5-4, 17 juin 2020, n° 17/23041 : LEDICO sept. 2020, n° 113f0, note M. Celaya). Cet arrêt admettait aussi deux autres modalités de réparation de ce préjudice : (i) au taux légal si le demandeur ne prouve pas l'usage qu'il aurait fait de la somme, (ii) au taux représentant le coût de sa dette, s'il prouve qu'il aurait employé la somme pour se désendetter. Cette preuve, plus aisée, avait permis à Digicel d'obtenir réparation de ce préjudice au taux de 5,3 % sur trois années et au taux légal pour le temps restant.

L'arrêt commenté confirme presque intégralement cet arrêt d'appel. S'il est difficile de lui faire justice ici en raison de sa densité (49 attendus !), on retiendra surtout son apport à la délicate question du préjudice causé par l'indisponibilité du capital qui vient d'être évoquée. D'abord, la Cour de cassation énonce que ce préjudice est une « perte de chance de faire un certain usage de sommes perdues par la faute d'autrui, exprimé par l'application d'un taux d'intérêt ». Puis elle ajoute une précision à presque cent millions d'euros en l'espèce : la somme produite chaque année par l'application de ce taux est automatiquement capitalisée. Elle échappe donc au régime des intérêts moratoires de l'article 1343-2 du Code civil (anc. art. 1154) qui suppose une demande expresse. La Cour confirme aussi la jurisprudence de la cour d'appel de Paris dégagée à l'occasion de l'arrêt attaqué : pour obtenir réparation de ce préjudice, le demandeur doit établir la « réalité du projet d'investissement qui n'a pu être réalisé ainsi que l'impossibilité de le financer autrement que par les sommes dont elle a été privée. » Enfin, et c'est le seul point sur lequel l'arrêt est censuré : l'assiette sur laquelle sont appliqués les taux qui réparent ce préjudice doit croître à mesure que les gains manqués s'accumulent. Il n'est donc pas possible, comme l'avait jugé l'arrêt attaqué, de retenir, dès la première année où le demandeur subit ce préjudice, l'intégralité de la somme finale accordée en réparation des gains manqués et des surcoûts.

La solution, plus en phase avec la réalité économique, participe d'une clarification bienvenue du régime de ce préjudice, même si sa dénomination aurait besoin d'être fixée. On en dénombre cinq différentes dans l'arrêt lui-même comme dans l'arrêt attaqué (!), ce qui ne paraît pas complètement étranger aux incertitudes que la Cour s'efforce de dissiper... (v. P. Jourdain, « Les préjudices de retard de paiement » et J. Klein, « La réparation du préjudice lié à l'écoulement du temps », *Mél. S. Carval*, IRJS éd., 2021, p. 451 et p. 467 ; R. Amaro, « Esquisse d'une nomenclature des préjudices en droit de la concurrence », D. 2022, p. 1323).

Rafael Amaro, professeur de droit privé à la faculté de droit de l'université de Caen Normandie, ICREJ (Institut caennais de recherche juridique)

Directrice scientifique : Anne-Sophie Choné-Grimaldi

Directeur de la publication : Bruno Vergé

Responsable de rédaction : Angélique Farache

Conseil scientifique : Michel Debroux,

François-Luc Simon, Olga Zakharova-Renaud

SOMMAIRE

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

- Franchise participative et obligation d'information **2**
- Nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle non indispensable à la protection du savoir-faire **2**
- La cour d'appel de Paris prône une conception large de la notion de commerce de détail **3**

► PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

- Dénigrement : un revers pour l'Autorité de la concurrence **3**
- Droit des ententes : l'article L. 420-2-1 du Code de commerce, nouveau Janus du droit économique **4**
- *Private enforcement* : dépens et estimation judiciaire du préjudice **4**
- Cartels : précisions sur les garanties procédurales dans les procédures hybrides **5**
- Les décisions d'inspection de la Commission prises sans autorisation préalable d'un juge ne violent pas le droit à un recours juridictionnel effectif **5**
- OVS : de la saisissabilité des éléments présents ou accessibles depuis les locaux visités **6**

► AIDES D'ÉTAT

- La Commission adopte une série de mesures en vue d'accélérer la transition écologique et numérique **6**

► DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- Géo-rectification sur internet : application de l'approche « mosaïque » **7**
- Option de compétence et distribution internationale, encore et toujours des questions **7**