

2 Actions indemnitaires en *follow-on* : faute établie, causalité présumée, préjudice à évaluer

3 questions à Gildas de MUIZON, expert judiciaire et associé du cabinet Deloitte



Les pratiques anticoncurrentielles sont depuis longtemps durement sanctionnées par les autorités de concurrence. Mais les conséquences financières pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne s'arrêtent pas au paiement de l'amende qui abonde le budget de l'État. De plus en plus les victimes obtiennent réparation de leurs préjudices devant les tribunaux. Gildas de Muizon, expert judiciaire et associé du cabinet Deloitte, nous explique les enjeux de ces actions indemnitaires. L'auteur et ses équipes sont intervenus dans plusieurs affaires évoquées. Il s'exprime à titre strictement personnel.

Qu'est-ce qu'une action en « *follow-on* » ?

Gildas de Muizon : Une action indemnitaire est dite en « *follow-on* » lorsqu'elle est initiée après qu'une décision sanctionnant une pratique anticoncurrentielle a été rendue par une autorité de concurrence. L'intérêt pour l'entreprise, victime de pratiques anticoncurrentielles, est que la charge de la preuve est considérablement allégée.

D'une part, la victime peut s'appuyer sur l'analyse très approfondie de la nature de la pratique anticoncurrentielle et de ses effets sur le marché que l'autorité de concurrence expose dans sa décision. Il est bien souvent compliqué pour une victime de pratiques anticoncurrentielles d'avoir accès aux informations et données nécessaires à la démonstration de son préjudice. Le travail d'instruction mené par l'autorité de concurrence conduit à rassembler et à organiser des éléments factuels et quantitatifs très précieux pour l'action indemnitaire.

D'autre part, la transposition de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 en droit français a introduit plusieurs présomptions qui facilitent la démonstration du fait générateur de responsabilité et de l'existence d'un préjudice.

Ainsi, l'article L. 481-2 du Code de commerce introduit une présomption irréfragable de faute dès lors que la pratique anticoncurrentielle a été sanctionnée de façon définitive par l'Autorité de la concurrence ou la cour d'appel de Paris.

L'article L. 481-7 introduit une présomption sur le lien de causalité entre une entente et le préjudice subi par les entreprises victimes : « *il est présumé, jusqu'à preuve du contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice* ». Cette présomption est simple et ne concerne pas les autres pratiques anticoncurrentielles comme une entente verticale entre un fournisseur et un distributeur ou un abus de position dominante.

Ces évolutions du cadre juridique s'inscrivent dans la volonté des pouvoirs publics de compléter l'action des autorités de concurrence (*public enforcement*) par les actions en réparation (*private enforcement*) devant les tribunaux. On note d'ailleurs un accroissement significatif des jugements rendus en *follow-on* par exemple dans le secteur de la distribution de billets dématérialisés, de la presse quotidienne sportive, de la téléphonie, de la signalisation routière, des produits en carbone ou encore des produits d'hygiène et d'entretien. Les entreprises potentiellement victimes de pratiques anticoncurrentielles scrutent la publication des décisions des autorités de concurrence et hésitent de moins en moins à chercher à obtenir réparation du préjudice qu'elles ont pu subir.

La présomption de lien de causalité épuise-t-elle tout débat sur l'existence d'un préjudice ?

Gildas de Muizon : La présomption de lien de causalité entre une entente et le préjudice subi par les entreprises victimes n'épuise pas tout débat sur l'existence d'un préjudice pour deux raisons principales.

D'une part, la présomption introduite par l'article L. 481-7 du Code de commerce ne concerne que les ententes entre concurrents (autrement dit les cartels). Dès lors que la pratique anticoncurrentielle est d'une autre nature, la nécessité de démonstration du lien de causalité reste entière. Dans le cas d'un abus de position dominante, elle est cependant généralement facilitée par la décision de l'autorité de concurrence qui caractérise les effets d'exploitation ou d'exclusion subis par la victime. Par exemple dans la décision n° 14-D-02 du 20 février 2014, l'Autorité de la concurrence a établi qu'il existait « un lien de causalité entre la pratique reprochée au groupe Amaury et la disparition du marché du quotidien Le 10Sport.com ».

D'autre part, même s'il est présumé qu'une entente entre concurrents cause un préjudice, cette présomption est simple, ce qui signifie qu'elle peut être renversée par le défendeur. Le lien de causalité entre une pratique anticoncurrentielle et le préjudice subi par une victime peut notamment être amoindri, voire annihilé, par plusieurs phénomènes à prendre en compte.

En effet, des facteurs exogènes, c'est-à-dire complètement indépendants de la pratique anticoncurrentielle, ont pu produire des effets sur le marché qui se combinent aux effets éventuels de la pratique anticoncurrentielle. Il n'est *a priori* pas évident de savoir si un prix qui augmente sur un marché est le résultat d'un cartel ou la simple conséquence du renchérissement des coûts des matières premières. Or, cette distinction est essentielle car établir l'existence d'un lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et la hausse de prix observée exige d'isoler la contribution du seul fait générateur et de la distinguer des effets d'autres facteurs. Cette analyse nécessite de mener des analyses quantitatives précises sur la base de données pertinentes et en mobilisant les outils statistiques adaptés (comme par exemple l'économétrie).

Le comportement de la victime peut lui-même interférer avec le lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et le préjudice subi. Le niveau de prix payé résulte-t-il intégralement du cartel ou peut-il également être (en partie) expliqué par l'absence de professionnalisme du département achat de la victime ? Dans quelle mesure l'éviction d'une entreprise concurrente résulte d'une pratique anticoncurrentielle initiée à son

encontre par l'entreprise en place ou d'un plan d'affaires mal ficelé et voué à l'échec ? Plusieurs jugements ont ainsi reconnu que le lien de causalité pouvait être remis en cause en raison de choix délibérés de la victime.

Enfin, le comportement de la victime peut également la conduire à choisir de répercuter à ses propres clients une partie du surcoût que lui cause l'entente de ses fournisseurs. La répercussion des surcoûts (*passing-on*) peut rompre le lien direct de causalité entre la faute et le préjudice de la victime directe des pratiques anticoncurrentielles, en le reportant en tout ou partie sur des acheteurs indirects. Lorsqu'il est établi que la victime directe a répercuté une partie de ses surcoûts à ses propres clients, son préjudice indemnisable est réduit à due proportion afin d'éviter tout enrichissement sans cause. Notons cependant que l'article L. 481-5 du Code de commerce a introduit une présomption simple de non-répercussion si bien que la démonstration d'un tel effet incombe à l'auteur de la pratique anticoncurrentielle.

Quels sont les enjeux d'évaluation du préjudice spécifiques aux actions en *follow-on* ?

Gildas de Muizon : L'évaluation des préjudices n'est pas un exercice nouveau pour les tribunaux. Il s'agit d'un exercice courant dans toutes les actions fondées sur l'article 1240 du Code civil. Les juges sont donc habitués à examiner des demandes en réparation et à déterminer les montants de préjudice, éventuellement en ayant recours à l'expertise judiciaire pour être éclairés sur des aspects techniques.

Que le préjudice ait été causé par un acte de concurrence déloyale, la violation d'un droit de propriété intellectuelle, une rupture brutale de relations commerciales ou une pratique anticoncurrentielle, sa réparation exige de déterminer la compensation financière replaçant le demandeur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'acte dommageable ne s'était pas produit. C'est précisément l'approche qualifiée de « contrefactuelle » par les économistes de la concurrence.

La spécificité des pratiques anticoncurrentielles réside dans l'étendue de l'impact qu'elles produisent en général sur le marché. Là où la rupture d'un contrat ou un acte de concurrence déloyale affecte généralement essentiellement les deux protagonistes concernés, un cartel ou un abus de position dominante produit généralement des effets sur un ensemble d'acteurs beaucoup plus large, à différents niveaux de la chaîne verticale et jusqu'aux consommateurs finaux.

Évaluer le préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle requiert de modéliser et quantifier des mécanismes de marché et des interactions entre agents économiques souvent complexes, afin d'être en mesure de reconstituer un scénario contrefactuel crédible.

Traditionnellement, l'évaluation des préjudices devant les tribunaux est réalisée selon une approche comptable et financière. Elle consiste à examiner les données comptables du passé, à reconstituer des modèles financiers et business plans, à calculer des gains manqués, des pertes constatées en se concentrant sur des données certifiées par un Commissaire aux comptes telles que les coûts, les chiffres d'affaires, les marges...

L'exemple typique est celui des ruptures brutales de relations commerciales. Le préjudice est calculé en multipliant la marge réalisée par la victime avant la rupture brutale par la durée du préavis qui aurait dû être respecté. Implicitement, le scénario contrefactuel considéré comme valide est donc le prolongement de la situation observée juste avant la rupture. Sur des marchés stables, avec peu de variations d'activité, cela peut être une hypothèse acceptable. En revanche dès lors que d'autres facteurs ont pu varier et influencer les ventes de la victime, il faut en tenir compte.

Or, l'approche comptable ne permet pas aisément de prendre en compte un nombre important de facteurs impactant le calcul du préjudice. Pour cela, il faut se tourner vers des méthodes

économiques, telles que l'économétrie ou la modélisation des marchés.

Ces approches sont celles qui sont couramment mises en œuvre devant les autorités de concurrence, notamment dans le cadre du débat sur l'importance du dommage à l'économie. Il n'est donc pas étonnant que le guide pratique élaboré par la Commission européenne y consacre l'essentiel de ses développements : sur la trentaine de pages que la Commission consacre aux méthodes d'évaluation des préjudices, plus des deux tiers concernent les méthodes économiques.

De façon très rapide, on peut distinguer deux grands types d'approche : les approches par comparaison et les approches par modélisation.

Dans le premier cas, le calcul du préjudice et la construction du scénario contrefactuel vont se fonder sur des comparaisons, par exemple des comparaisons inter-temporelles, des comparaisons entre zones géographiques ou des comparaisons avec d'autres produits.

Pour effectuer de telles comparaisons, on peut procéder par des études de cas. Par exemple pour déterminer quelle aurait été la courbe de développement normal d'un médicament générique qui a subi des pratiques de dénigrement, on peut chercher à identifier des médicaments génériques suffisamment semblables (mais non dénigrés) et suivre leur courbe de développement moyen (V. par ex. *CA Paris, 31 janv. 2014, n° 12/05485, Negma c/ Biogaran*, « en procédant par analogie avec des produits comparables pertinents par leur facilité de substitution »).

La difficulté est l'identification de produits « suffisamment comparables » car évidemment rien n'est jamais parfaitement transposable. D'où l'intérêt des méthodes économétriques, qui permettent de rendre comparables des réalités différentes.

Les méthodes économétriques sont particulièrement adaptées aux situations dans lesquelles il est indispensable de tenir compte des évolutions de multiples facteurs susceptibles d'affecter l'ampleur du préjudice. Pour calculer le préjudice causé par un cartel, un modèle économétrique permet par exemple de comparer les prix pendant le cartel et les prix avant ou après le cartel en tenant compte des variations des cours de matières premières. C'est sur la base d'une approche de ce type que le tribunal administratif de Grenoble (*TA Grenoble, 19 déc. 2019, n° 01503450, Dpt Savoie c/ Signalisation France, Signaux Girod, Franche Comté Signaux, Lacroix Signalisation et Nadia Signalisation*) a évalué le préjudice causé par le cartel de la signalisation routière en tenant compte de facteurs exogènes à l'entente tels que les variations du coût des films rétro réfléchissants.

Trouver de bons points de comparaison est beaucoup plus compliqué lorsque les pratiques anticoncurrentielles sont des pratiques d'éviction d'un nouvel entrant, *a fortiori* lorsqu'elles ont été mises en œuvre sur un nouveau marché, par exemple le marché naissant d'une nouvelle technologie. Bien souvent on ne dispose alors d'aucun point de comparaison. Il faut alors se tourner vers d'autres méthodes consistant par exemple à modéliser le fonctionnement du marché afin de reconstituer ce qui se serait vraisemblablement produit en l'absence des pratiques. C'est sur la base de modélisation de ce type que le tribunal de commerce de Paris a par exemple indemnisé des victimes de pratiques d'éviction dans les secteurs de la billetterie électronique et de la presse sportive.

La quantification du préjudice dans les affaires de « *follow-on* » est un sujet majeur et complexe : « le manque à gagner n'est pas le fruit d'un simple calcul mathématique, mais le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes » (*CJUE, 27 janv. 2000, aff. C-104/89 et C-37/90, Mulder*). En conclusion, pour chiffrer un préjudice, savoir compter ne suffit pas (même si cela est bien évidemment utile).

Mots-Clés : Concurrence - Pratiques anticoncurrentielles - Action indemnitaire en *follow-on*