

Le 3 octobre 2018

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

ORIENTATIONS A L'INTENTION DES JURIDICTIONS NATIONALES SUR LA FACON D'ESTIMER LA PART DU SURCOUT REPERCUTEE SUR LES ACHETEURS INDIRECTS

Par ce document, soumis à consultation, la Commission européenne entend aider les juridictions nationales à estimer la part des augmentations de prix causées par une entente répercutées sur les acheteurs indirects et les consommateurs finals. Il doit être lu en parallèle avec le « Guide pratique » élaboré en 2013.

Après lecture de ce projet, les entreprises souhaitent apporter divers commentaires développés infra.

* * *

Accompagnée du Guide Pratique, rédigé en 2013, dont la praticité doit être soulignée, cette communication à visée économique se présente comme un outil aux services de juristes qui doivent prononcer, dans le respect des systèmes judiciaires nationaux, des décisions indemnitaires différentes des amendes prononcées contre des pratiques anticoncurrentielles.

Les entreprises considèrent que, s'il est légitime de réparer un préjudice tel qu'un surcoût, il demeure essentiel d'en vérifier l'existence et l'étendue avec les outils classiques du droit de la responsabilité.

Les contentieux en matière de pratiques anticoncurrentielles et en réparation civile relèvent de procédures différentes qu'il n'est pas possible d'inscrire dans une chaîne unique sauf à remettre en cause les principes de l'ordre juridique national et communautaire et le droit à un procès équitable. A ce titre, les méthodes d'évaluations économiques, reposant sur des hypothèses théoriques et nécessitant un calibrage propre à chaque cas étudié, si elles peuvent permettre de quantifier certains dommages, dans des circonstances standards, ne sauraient se substituer à un examen au cas par cas – encore moins l'une d'entre-elles.

Or les orientations envisagées, telles que rédigées dans le document communiqué, contribuent à rendre confuse à la fois la portée que l'on peut donner aux estimations économétriques et l'application des grands principes du droit par les juridictions nationales. Ce document soulève en effet des difficultés de lisibilité et de praticité qui conduisent les entreprises à proposer des réflexions complémentaires ainsi que diverses améliorations pouvant permettre de mieux articuler la réflexion économique et la rigueur juridique.

Lisibilité

— Sa nature

Les entreprises comprennent que cette communication, non obligatoire, est destinée à l'usage des juridictions. Ce document présente différentes thèses, exemples et situations économiques particulières destinés à les éclairer pour leur servir de base de référence, donnant de facto au dit document une valeur d'exemplarité. Le risque potentiel est de conduire progressivement celles-ci à en faire une vérité juridique, par souci d'efficacité et de rapidité.

Pour autant, tout au long des remarques et commentaires proposés, il est recommandé ou suggéré d'agir selon les orientations proposées dans le cadre juridique national.

Ainsi, ce document est à la fois non obligatoire mais doit être pris comme base de travail afin d'unifier la pratique développée dans les juridictions ayant à estimer les éventuelles répercussions des pratiques anticoncurrentielles sur les acheteurs indirects et, dans le même temps, il prend soin de souligner que ces « recommandations » doivent s'inscrire dans les cadres nationaux maintenant ainsi l'hétérogénéité des approches juridiques qu'il est censé corriger.

Il est donc difficile de connaître la véritable nature de ce document et, donc, sa portée juridique - ce qui est insécurisant pour les justiciables.

A ce titre, il serait d'emblée préférable que soit rappelé que le cadre juridique reste précisément défini et que cette communication ne peut être qu'un outil subsidiaire à la décision dont la mise en œuvre doit être subordonnée à un débat contradictoire et à une vérification de l'adéquation de l'analyse économique.

— Sa technicité

L'analyse économique appliquée ne fait usage des cadres théoriques de perfection des marchés qu'à titre de simplification. Il est requis dans tout cas concret de passer par deux étapes distinctes d'analyse – souvent en interaction. Il est ainsi nécessaire de vérifier les conditions précises des marchés (nombre d'acteurs, biens échangés, formation des prix...) afin d'asseoir une modélisation théorique du marché permettant – éventuellement – d'envisager un ou plusieurs contrefactuels. Cette modélisation se nourrit de données et de mesures qualitatives qui ne peuvent, généralement, être utilisées sans un travail économétrique précis. Au total, ces deux étapes nécessitent un travail complexe, *ad-hoc*, souvent loin des considérations générales et dont un ressort fondamental est d'être évalué.

Fondé sur des postulats économiques souvent simplifiés, le texte proposé repose sur des théories présentées de manière complexe, propre à décourager le questionnement juridique qui devrait en accompagner la lecture, alors que précisément ce débat, d'un point de vue économique comme juridique, devrait avoir lieu. La lecture, ardue pour un juriste, ne permet pas d'en critiquer le bien-fondé si l'on n'est pas soi-même versé dans la matière économique.

S'adressant par construction à des juristes, ceux-ci auront donc peu de capacité pour s'extraire de ces recommandations. Les degrés de compétence et de connaissance en ce domaine variant d'un niveau de juridiction à un autre comme d'un Etat Membre à un autre, ces recommandations d'ordre économique comme les encadrés proposés à titre d'exemples deviendront donc la référence unique pour ces juristes.

Ainsi, alors même que le document prend soin de proposer différentes méthodes et de souligner auprès des juridictions l'importance d'inscrire leur approche dans leur contexte national, sa technicité découragera toute lecture et application critique faisant *in fine* de ce document non obligatoire la référence s'imposant progressivement comme une seule manière d'envisager l'approche de la répercussion du surcoût.

A ce titre, il semble utile que le document puisse séparer de manière claire ce qui relève de la définition de concepts techniques (régression, type de concurrence, définition des biens, des acteurs...), ce qui relève de méthode de vérification de la cohérence interne aux questions économiques des modèles qu'un économiste puisse proposer (tests économétriques, faits stylisés portés par les modèles indépendamment des données...) et ce qui relève du questionnement juridique quant à l'adéquation

d'un modèle particulier au cas traité. Cette séparation devrait en particulier être plus claire dans les exemples proposés : s'agit-il d'introduire un concept – auquel cas il serait bon d'expliquer en quoi il relève bien du cas examiné ; s'agit-il d'introduire une méthode économétrique et un modèle, s'agit-il d'introduire l'idée que plusieurs modèles devraient de manière contradictoire pouvoir être proposés au jugement ?

Praticité

- Le juge judiciaire doit s'appuyer sur les principes de responsabilité civile (lien de causalité)

Dans de nombreux Etats membres, les principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile reposent sur des mécanismes rigoureux de droit de la preuve, garants de l'existence d'un droit légitime à réparation vérifié par le juge dans chaque procédure. Cette réparation au civil requiert les trois éléments caractéristiques de la responsabilité que sont une faute, un lien de causalité et un dommage certain.

Le contentieux lié à un surcoût dû à une pratique anticoncurrentielle, visé dans le document de la Commission, relève de la même démarche juridique.

Pour ce faire, le document en consultation oriente les juridictions sur des outils à privilégier et la manière d'utiliser les moyens de preuve afin de parvenir à identifier les composantes du préjudice dérivant du surcoût et de l'effet de la répercussion sur le prix et le volume.

Cependant, il tend à leur proposer un mode d'emploi rapide, et donc efficace, afin que celles-ci prononcent des décisions indemnitaires dans le prolongement de la décision de l'autorité de concurrence, sans prendre en considération le lien de causalité, pourtant central dans toute mise en cause de la responsabilité civile.

Les juridictions nationales sont donc invitées à se départir d'une partie essentielle de leurs procédures et les justiciables perdent un moyen de défense essentiel. Ce constat découle notamment du point (38) qui dispose que « *les juridictions nationales ne peuvent pas rejeter une demande concernant la répercussion au motif qu'une partie n'est pas en mesure de quantifier avec précision les effets de la répercussion.* » Une telle assertion revient à modifier la charge de la preuve et à estimer le montant du préjudice et la part de surcoût répercutée en l'absence de tout élément probatoire sans avoir à la quantifier, portant ainsi une atteinte aux grands principes du droit (principe d'équivalence) et tendant à assimiler ce type de réparation à du dommage punitif.

- La réalité du marché impose de croiser analyses économiques et approche juridique

Si ce document entend réduire les incertitudes économiques, les entreprises craignent que sa technicité de ne se substitue en réalité à une véritable analyse de marché et ne revienne à lisser les approches pour les réduire *in fine* à une seule méthode applicable au cas mis en exergue.

A ce stade, le document propose des approches économiques naturellement complexes de manière sommaire en les réduisant souvent à un exemple, sorti de son contexte et sans prendre en considération l'ensemble des paramètres de la réalité du marché concerné. Il en est ainsi de l'encadré 4, p. 24, qui présente un cas avec *une* méthodologie et *un* expert économique au risque de simplifier excessivement d'abord la méthode puis le cas visé lui-même.

Cela conduit, *in concreto*, à assimiler une méthode à un cas déterminé et à tronquer le débat juridique qui doit démontrer le préjudice comme le lien de causalité. Une méthode normée ne peut pas être présentée comme une approche *a priori* compatible avec toutes les situations similaires.

La réalité des marchés est beaucoup plus complexe, faisant intervenir différents paramètres : un prix identique sur un marché donné ne signifie pas systématiquement une entente - qu'il reste à démontrer. Une augmentation de prix ne se fait pas systématiquement au détriment du consommateur si l'offre qui y est attachée a été modifiée en sa faveur.

Les effets économiques sur les consommateurs de second rang peuvent être complexes et complexes à distinguer – l'examen économique de la formation des prix et des volumes devant prendre en compte aussi des facteurs géographiques, techniques, contractuels... de la formation des prix. Dans ces conditions, les modèles économiques employés ne sauraient être univoques.

En l'état, le document revient à priver le débat juridique du point de vue du demandeur comme du défendeur en présentant des situations figées peu en phase avec l'activité économique et le travail de modélisation qui devrait sous-tendre l'aide à la décision.

Propositions : laisser des marges d'appréciation aux juridictions

Les entreprises constatent donc que ce document est d'une expression économique trop technique pour la cible visée. **Il rend son usage peu réaliste voire inapplicable** par des juridictions pour lesquelles la responsabilité civile demeure l'approche principielle. Les entreprises souhaitent donc que les juridictions concernées conservent toutes leurs marges d'appréciation sur la crédibilité des méthodes économiques et sur la nécessité de croiser les approches au cas par cas.

A cette fin, elles invitent la Commission européenne à :

- **supprimer le point (38)** en contradiction avec le principe d'équivalence ;
- **pondérer l'encadré 4** afin de signifier qu'une méthode unique n'est pas réaliste pour apprécier une certaine situation ;
- **clarifier la rédaction de ses documents** en séparant ce qui relève de la définition de concept techniques (régression, type de concurrence, définition des biens, des acteurs...), ce qui relève de méthode de vérification de la cohérence interne aux questions économiques des modèles qu'un économiste puisse proposer (tests économétriques, faits stylisés portés par les modèles indépendamment des données ou de la réalité...) et ce qui relève du questionnement juridique quant à l'adéquation d'un modèle particulier au cas traité (discrimination entre modèles, relations de causalité juridiques).
- **mettre à jour le guide pratique de 2013** pour qu'il prenne en compte les dispositions de la directive de 2014/104/UE, en y ajoutant un glossaire économique et juridique repris de ce texte européen afin de contribuer à harmoniser la compréhension générale des textes.

*

A propos de l'Afep

L'Afep est depuis 1982 l'association réunissant les grandes entreprises présentes en France. Elle est basée à Paris et à Bruxelles. L'Afep a pour objectif de contribuer à l'élaboration d'un environnement favorable au développement de l'activité économique et de porter la vision des entreprises qui la composent auprès des pouvoirs publics français, des institutions européennes et des organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour assurer une croissance et des emplois durables en Europe et répondre aux défis de la mondialisation est au cœur des préoccupations de l'Afep. L'Afep compte 120 membres. Les entreprises de l'Afep emploient plus de 8 millions de personnes ; leur chiffre d'affaires annuel cumulé est de l'ordre de 2600 milliards d'euros.

L'Afep contribue à l'élaboration des réglementations françaises et européennes à caractère horizontal dans les domaines suivants : économie, fiscalité, droit des sociétés et gouvernement d'entreprise, financement des entreprises et marchés financiers, concurrence, propriété intellectuelle, consommation, droit du travail et la protection sociale, environnement et énergie, responsabilité sociétale des entreprises, et commerce international.

www.afep.com

Contacts :

Emmanuelle Flament-Mascaret, Directrice Affaires commerciales et Propriété intellectuelle | concurrence@afep.com | +33 1 43 59 85 36

Jérémie PELERIN, Directeur des Affaires européennes, Responsable du bureau de Bruxelles | j.pelerin@afep.com | +32 2 227 57 23