

Private Enforcement in the EU

Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles

Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles

#2 Évaluation du préjudice : Questions d'actualité

Mardi 30 mars 2021

*Interview de Gildas de Muizon (Deloitte),
par Rafael Amaro (Université de Caen Normandie)**



Gildas de Muizon (Associé, Responsable Economic Advisory, Deloitte) a été interviewé par Rafael Amaro (Professeur, Université de Caen Normandie) dans la perspective de la conférence “Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles” qui aura lieu en ligne avec une série de 4 webinaires du 29 mars au 1er avril 2021.

Inscriptions & Programme [ici](#)

Rafael Amaro : D'une manière générale, quelles sont les principales difficultés que vous rencontrez lorsqu'il vous est demandé, comme expert de partie ou comme expert judiciaire, d'évaluer un préjudice de concurrence ?

Gildas de Muizon : La difficulté fondamentale lorsqu'on cherche à évaluer un préjudice réside dans l'élaboration du scénario contrefactuel, c'est-à-dire l'identification de ce qui se serait le plus vraisemblablement passé en l'absence de la faute reprochée. Par définition, la situation contrefactuelle ne peut être observée, et comme le souligne la fiche n°3a du recueil méthodologique publiée par la Cour d'appel de Paris, « *il est donc nécessaire de formuler des hypothèses* ».

Lorsque le préjudice a été causé par une pratique anticoncurrentielle, la construction du scénario contrefactuel est encore plus complexe car une spécificité des pratiques anticoncurrentielles réside dans le fait qu'elles produisent généralement des effets sur l'ensemble du marché (à la différence d'autres faits générateurs tels qu'une rupture brutale de relation commerciale ou une pratique de concurrence déloyale par dénigrement qui affectent essentiellement l'activité de la victime).

Puisque c'est tout le marché qui a été pu être impacté par une pratique anticoncurrentielle, il est essentiel de s'assurer que les évolutions observées sont entièrement imputables au fait générateur. Bien souvent, des phénomènes exogènes influencent les évolutions observées et il est alors nécessaire d'isoler leurs effets et de ne pas les attribuer au fait générateur. Par exemple, la hausse du prix observée pendant la période du cartel a-t-elle été causée par le cartel ou par l'évolution des prix des matières premières ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de collecter suffisamment de données pour pouvoir mettre en œuvre les techniques (économétriques notamment) afin de construire un scénario contrefactuel le plus robuste possible. Mais il faut savoir également être pragmatique et l'absence de données complètes ne doit pas être un motif pour renoncer à l'évaluation. Comme l'a souligné la Commission européenne dans son guide pratique, « *il ne peut être question de déterminer une seule «vraie» valeur du préjudice subi, mais uniquement de produire des estimations les plus précises possibles sur la base d'hypothèses et d'approximations* ». Il y a donc un équilibre délicat à trouver entre les légitimes exigences de robustesse de la quantification du préjudice et le principe d'effectivité du droit européen en matière de réparation.

En pratique, est-il possible, pour un demandeur, d'établir l'existence de projets d'investissement suffisamment probants, au sens des jurisprudences Outremer Télécom et Digicel, pour obtenir réparation de l'effet préjudiciable du temps au WACC ? Par quelles pièces l'existence de tels projets pourrait-elle être établie ?

La question du taux d'intérêt à appliquer pour capitaliser un préjudice subi dans le passé a suscité beaucoup de débats ces dernières années. Historiquement, la pratique des tribunaux consistait à appliquer le taux d'intérêt légal. Cependant, dans un contexte de taux très bas (le taux d'intérêt légal est inférieur à 1 % depuis plus de 10 ans) et compte tenu du fait que les victimes de pratiques anticoncurrentielles obtiennent éventuellement réparation du préjudice qu'elles ont subi de nombreuses années après, cela conduit à une faible compensation du

temps qui s'est écoulé : par exemple lorsqu'un préjudice de 10 M€ subi en 2010 est indemnisé en 2020 en appliquant le taux d'intérêt légal, c'est 10,7 M€ qui sont versés à la victime.

Les tribunaux ont donc cherché s'il n'était pas pertinent d'appliquer un autre taux que le taux d'intérêt légal, afin d'assurer l'indemnisation complète du préjudice subi par la victime. Certains jugements ont ainsi retenu un taux égal au coût moyen pondéré du capital, avec des impacts très significatifs en termes de montant : ainsi dans un jugement du 18 décembre 2017, le Tribunal de commerce de Paris avait retenu un taux de 10,4 % pour actualiser un préjudice de 179,64 millions d'euros à compter du 10 mars 2009, ce qui conduisait le montant des intérêts à être très supérieur au montant du préjudice.

La Cour d'appel de Paris a reconnu le principe selon lequel l'indisponibilité des préjudices passés peut être compensée en appliquant un taux d'intérêt. Par défaut, le taux appliqué est le taux d'intérêt légal lorsque le seul préjudice financier subi par le demandeur provient de l'érosion monétaire. Un taux d'intérêt plus élevé comme par exemple un taux correspondant au taux des emprunts du demandeur ou un taux de rendement approprié (par exemple le taux de rendement du coût du capital) ne peuvent être appliqués que si le demandeur apporte au préalable la démonstration de l'existence d'un préjudice financier complémentaire qu'il a subi. Ces principes sont notamment exposés dans la fiche méthodologique n°7 publiée par la Cour d'appel de Paris et intitulée « *Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?* ».

Dans son arrêt du 17 juin 2020, la Cour d'appel de Paris rappelle ainsi que pour justifier l'application d'un taux plus élevé que le taux d'intérêt légal, « *il faut une perte de chance (projet identifié et preuve du lien direct entre la non réalisation et le préjudice subi du fait de l'absence de moyens alternatifs de financement)* ». La Cour a examiné les éléments présentés par le demandeur pour, en particulier des projets précis d'investissement auxquels le demandeur indique avoir dû renoncer. La Cour considère que les éléments apportés ne sont pas suffisants et notamment que le demandeur « *n'apporte pas la preuve du refus de sa maison mère de les financer ainsi que de l'impossibilité de trouver d'autres sources de financement* ».

En pratique, il semble donc extrêmement compliqué pour un demandeur de satisfaire au standard de preuve fixé par la Cour d'appel. Il semble même que la démonstration que le projet que la victime n'aurait pas pu mettre en œuvre aurait généré avec suffisamment de certitude une certaine rentabilité et la démonstration que la victime ne disposait d'aucun autre moyen de le financer soit par nature contradictoire puisque si la rentabilité d'un tel projet était certaine, il aurait été vraisemblablement financé.

En revanche la cour accède à la demande subsidiaire du demandeur d'actualiser son préjudice à un taux reflétant le coût de ses emprunts et considère « *qu'il peut être retenu qu'elle [la demanderesse] aurait affecté les sommes dont elle est privée à son désendettement* ». L'actualisation est alors accordée ni sur la base du taux d'intérêt légal, ni sur la base d'un coût moyen pondéré du capital de 10,4 % mais sur un taux moyen des emprunts du demandeur estimé à 5,3 %. La démonstration semble plus aisée à établir et je ne serais pas étonné que cette approche se retrouve dans de futurs jugements.

Quelles seraient les pistes envisageables pour perfectionner la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et du Tribunal de commerce de Paris ?

Depuis quelques années, on peut se féliciter d'évolutions notables de la pratique des juridictions françaises pour améliorer le débat contradictoire sur les questions d'évaluation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Le format des audiences a notamment beaucoup évolué avec très souvent des moments entiers consacrés à l'interrogation des experts et consultants ayant produit des analyses pour chacune des parties.

Cela se ressent dans les jugements qui développent de plus en plus les raisonnements et arguments sous-tendant les évaluations, y compris sur des aspects très techniques tels que la pertinence d'un modèle économétrique. A ce sujet le jugement du Tribunal administratif de Grenoble du 18/12/2019 concernant une action en follow-on du cartel de la signalisation routière est particulièrement intéressant car le Tribunal a validé le principe d'une évaluation économétrique du préjudice « *tenant compte du prix corrigés des facteurs exogènes à l'entente* » mais en a modifié l'application afin d'intégrer un facteur exogène supplémentaire qui n'était pas pris en compte dans l'évaluation présentée par le demandeur. Le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 20/02/2020 est également un bel exemple des efforts des juges pour entrer dans le détail des analyses économétriques présentées par les parties et discuter de leurs forces et faiblesses.

Citons également l'initiative de la Cour d'appel de Paris qui a publié en 2017 un premier recueil de fiches méthodologiques sur l'évaluation des préjudices. Ce recueil a connu une profonde mise à jour en 2021 et comporte 23 fiches organisées en trois grands thèmes : les grands principes de l'évaluation des préjudices (9 fiches), les illustrations spécifiques (10 fiches) et la place de l'expertise (4 fiches). Il participe des efforts continus fournis par les juridictions françaises pour faire œuvre de pédagogie auprès de l'ensemble des parties prenantes.

Les demandes de réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle sont quasiment systématiquement appuyées par une analyse préparée par un expert de partie ou un consultant. Le recours à l'expertise de partie enrichit le débat contradictoire et permettent aux juges d'être éclairés sur les enjeux de la quantification des préjudices. Parfois les rapports produits par les parties peuvent conduire à des montants très différents et il peut être difficile pour les juges de comprendre les raisons qui expliquent de telles différences. Dans ce cas, le recours à la consultation plutôt qu'à une expertise judiciaire complète peut être un moyen efficace pour éclairer les juges sur les différences d'approches et d'hypothèses sous-tendant deux conclusions opposées. Cette faculté est prévue par l'article 256 du code de procédure civile qui indique que « *lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation* ». Il s'agit, me semble-t-il d'une piste intéressante qui mériterait d'être davantage testée par les juridictions.

Pour en savoir plus, consultez le programme et inscrivez-vous à la conférence [ici](#).

Les points de vue et opinions ici exprimés ne représentent pas ceux des institutions ou des clients des intervenants.