

## Les expertises judiciaires dans le cadre des dossiers de pratiques anticoncurrentielles

### Grande concurrence et concurrence déloyale

Claire KARSENTI et Maurice NUSSENBAUM ont présenté dans le cadre d'un colloque organisé par la CNEJFD (Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Finance et Diagnostic) en association avec l'EFB et l'ENB, la Cour d'appel de Paris et le Tribunal de Commerce de Paris, des interventions portant sur les expertises judiciaires dans le cadre des dossiers de pratiques anticoncurrentielles et de concurrence déloyale.

1. Maurice NUSSENBAUM a traité de **l'estimation des préjudices dans les actions en dommages et intérêts (infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE) à la lumière du guide pratique de 2013 et de la directive européenne transposée en France le 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anti-concurrentielles.**

Le « **Guide pratique des services de la Commission concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE** » (2013, *draft*) rappelle la nécessité de répondre à des principes d'effectivité et d'équivalence en matière de réparation des dommages.

Il traite principalement :

- des méthodes à mettre en œuvre pour construire les scénarios contrefactuels,
- des problématiques propres aux préjudices découlant des hausses de prix et des surcoûts dans le cadre des ententes,
- des préjudices résultant des situations d'exclusion du fait des abus de position dominante telle que les compressions de marge, les prix prédateurs, des ventes liées à des accords d'exclusivité.

Le principe d'effectivité ayant pour objet de permettre les réparations efficaces, peut nous éloigner de l'exigence de certitude, propre au droit civil

Il s'agit tout d'abord de remettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction n'avait pas été commise grâce à la construction d'une analyse contrefactuelle (« *but for analysis* »).

#### **La construction du scénario contrefactuel - les méthodes comparatives :**

- Comparaison avant-après : Comparaisons aux périodes qui ont précédé ou suivi la période concernée
- Comparaisons avec d'autres marchés non concernés par l'infraction (géographie ou produits différents) ;
- Méthode des doubles différences : Combinaison des comparaisons dans le temps et entre marchés, le premier concerné par l'infraction, le second non concerné.

#### **Les préjudices découlant des augmentations de prix : le cas des ententes**

Les augmentations de prix créent des surcoûts pour les acheteurs qui peuvent affecter à la fois le client initial et créer un préjudice aux clients indirects à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement.

Il faut distinguer les effets des ententes, du surcoût initial payé par le client direct et de sa répercussion éventuelle.

Les ententes peuvent porter sur :

- la fixation du prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction
- l'attribution de quotas de production ou de vente
- la répartition des marchés (y compris la manipulation des appels d'offre).

Le Guide cite différents facteurs susceptibles d'influencer l'ampleur de la répercussion (§ 171) :

- L'élasticité prix de la demande : répercussion probable en cas de faible élasticité,
- La variation du coût marginal suivant les modifications de la production : si la réduction de la production entraîne une forte baisse des coûts marginaux, la répercussion sera moins probable,
- L'incidence de l'infraction sur les différents types de coûts : une infraction qui affecte les coûts variables rend la répercussion plus probable que si elle affecte les coûts fixes,
- La durée de l'infraction : plus elle dure, plus la probabilité de la répercussion augmente.

L'éviction des concurrents est visée par les articles 101 et 102 à travers les pratiques de verrouillage telles que prédation, accords exclusifs, refus de fourniture, ventes liées, et groupées.

Ces pratiques ont des répercussions sur les concurrents en les évinçant d'un marché ou en les empêchant d'y entrer, elles se traduisent par des manques à gagner.

Elles ont aussi des effets sur les clients en réduisant la pression concurrentielle ce qui peut se traduire par une augmentation des prix, diminution de la qualité et de l'innovation.

Le Guide souligne la difficulté de l'établissement des préjudices dans le cas des pratiques d'éviction (§193) car l'établissement du scénario contrefactuel peut nécessiter des données complexes se rapportant à une **situation hypothétique, surtout lorsque l'entreprise évincée n'était pas présente avant l'infraction.**

**Le Guide suggère « de prévoir des exigences de preuve moindres aux fins de la quantification du préjudice.**

Des exemples de décisions sont ensuite évoqués :

- Prysmian (CA de Paris – 2 juillet 2015) – EDF c/ Nexans et al
- JCB / Central Parts (CA de Paris – 20 septembre 2017)
- Outremer Télécom c/ Orange (CA de Paris – 10 mai 2017)

**En conclusion, on peut dire que la mise en œuvre** des méthodes suggérées par le Guide est très influencée par les **principes d'effectivité et d'équivalence**, tant en ce qui concerne la notion de lien de causalité que celles relatives à la certitude du préjudice

Il en résulte en pratique une certaine **inversion de la charge de la preuve** puisque s'il on admet pour le demandeur un standard de preuve « allégé » on reporte sur le défendeur l'essentiel de la charge s'il veut contester le préjudice allégué.

Le Guide, suggère pour le juge d'exercer son propre jugement dans un souci d'application des principes d'effectivité et d'équivalence. **La proposition de directive introduit à cet égard la possibilité pour le juge de demander l'aide d'une autorité de la concurrence.**

Il revient donc aux experts de construire des raisonnements robustes en exploitant au mieux les données disponibles à l'aide de méthodologies pertinentes et non ésotériques.

2. Claire KARSENTI a traité de l'atteinte à l'image de marque et à la marque.

Après avoir rappelé en liminaire, la fiche n°5 de la Cour d'appel de Paris intitulée « *Comment réparer un préjudice moral (extrapatrimonial) ?* » en relevant qu'elle ne définit cependant pas la méthodologie en matière d'évaluation de ce type de préjudice, Claire KARSENTI a rappelé que la marque est une notion avant tout économique et marketing qui se définit comme un signe de reconnaissance constitué de différents attributs qui se caractérise par :

- sa **singularité** : les valeurs qu'elle s'approprie,
- sa **positivité**: qui lui est conférée par ses valeurs.

La marque s'alimente par l'innovation et la communication et s'épuise par l'oubli.

Ces valeurs ont été associées à la marque par l'ensemble des opérations de marketing de toute nature que la marque a réalisé dans le temps et parfois par toute son histoire (communications publicitaires, défilés de modes, agencements de magasins, sites internet, et bien entendu, nature et qualité des produits,...).

Ainsi **la marque, est-elle une sorte de mémoire qui s'est accumulée dans l'esprit des consommateurs**, cette mémoire étant faite de traits positifs lorsque la communication est bien faite; et éventuellement d'éléments négatifs si cette communication n'est pas conforme à sa vocation.

Afin de caractériser l'atteinte à l'image de marque, il est donc nécessaire d'étudier comment la marque et son image ont pu être atteintes et le caractère raisonnablement certain du préjudice.

Dans ce cadre, comme l'indique la fiche de la Cour d'appel, peuvent être produites des études marketing qualitatives et quantitatives permettant d'expliquer :

- quelles sont les valeurs de la marque et de son image : elles pourront être définies au travers des études faites sur la marque avant la faute.
- en quoi la faute atteint les valeurs de la marque et de son image: il faut alors démontrer le lien de causalité entre la faute et l'atteinte précise à une ou plusieurs de ces valeurs.
- L'ampleur de l'atteinte et ses conséquences ainsi que les mesures qui devront être mises en place pour la corriger.

Enfin, la question qui se pose alors est : **quelles sont les conséquences directes de l'atteinte à l'image ?**

- **Si ce sont des ventes perdues** : la demande sera **la marge perdue sur coûts variables**
- Mais souvent l'impact n'est pas visible sur les ventes, cependant si l'atteinte à l'image a été caractérisée précisément il y a nécessairement un impact sur les **investissements en communication**:
  - Soit les **investissements passés ont été dépréciés** voire **dépréciation de la valeur de la marque**
  - Soit **des investissements supplémentaires** seront nécessaires pour redresser l'image atteinte.

La méthode aujourd'hui couramment reconnue par la jurisprudence: **préjudice estimé par les dépenses nécessaires pour reconstituer l'image** car elles peuvent être estimées à partir :

- du montant des campagnes négatives faites sur la marque (cas de dénigrement par exemple) car la marque devra investir un montant au moins équivalent au coût d'insertion de cette publicité négative pour en neutraliser les effets...
- ... majoré d'un coefficient multiplicateur pour tenir compte du fait qu'il est toujours plus difficile et coûteux de réparer une image que de la dégrader et que les supports de communication pour la riposte peuvent être différents et plus coûteux que ceux de la campagne négative (surtout si elle est sur le web).
- qui peut être recoupée par recours à un tiers externe (agence de communication...) et comparée à la campagne de riposte réellement planifiée (voire en partie faite) par la victime de l'atteinte.

Enfin, Claire KARSENTI a illustré par différents exemples, les modalités de calcul qui auraient été retenues pour chiffrer un préjudice d'image de marque résultant d'une panne d'un industriel et suite à un dénigrement.