

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

PERSPECTIVES JUDICIAIRES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

- Résumé des discussions -

7-8 décembre 2017

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est un résumé détaillé des discussions tenues lors de la Session II du Forum mondial sur la concurrence les 7 et 8 décembre 2017.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :

www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/perspectives-judiciaires-droit-de-la-concurrence.htm.

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Lynn Robertson [courriel : Lynn.Robertson@oecd.org].

JT03464531

Résumé des discussions

Par le Secrétariat

1. Le **Président** ouvre la session en expliquant que si le Forum mondial sur la concurrence s'intéresse généralement aux autorités de la concurrence, la présente session portera néanmoins sur les difficultés auxquelles se heurtent les juges. Il détaille le plan de cette session, qui se divisera en trois parties : la première traitera des difficultés que posent les différents types de preuves que les tribunaux doivent évaluer dans les affaires de concurrence ; la deuxième partie, à caractère plus institutionnel, sera consacrée aux tribunaux spécialisés ainsi qu'aux avantages et inconvénients qu'ils peuvent présenter ; dans la troisième partie, enfin, il sera question de la relation entre tribunaux et autorités de la concurrence, et des problèmes particuliers qu'elle soulève. Le Président présente ensuite les divers intervenants.
2. Avant de poursuivre, le Président signale que le Secrétariat a reçu un grand nombre de contributions et que, par conséquent, il ne pourra pas inviter tous les pays à prendre la parole. Il demande également à chacun de respecter le temps de parole qui lui est imparti.
3. Le Président, après avoir donné un aperçu de la première partie de la session, consacrée aux preuves, demande à **Paul Crampton** de prendre la parole. M. Crampton décrit le système canadien comme un système accusatoire dans lequel il appartient à l'autorité de la concurrence de porter une affaire devant les tribunaux. Ces derniers ont souvent indiqué à l'autorité de la concurrence qu'elle pouvait présenter des preuves de type quantitatif et de type qualitatif, mais que la force probante des premières avait tendance à être supérieure à celle des secondes. Le volume d'informations que les parties souhaitent soumettre au tribunal constituant une source de difficultés non négligeable, il est important d'exercer un contrôle sur la communication des pièces avant le procès, et de se doter d'outils, tels les charges et les présomptions, aux fins de la gestion des preuves pendant le procès. L'intervenant explique en outre qu'il importe de donner des informations sur les preuves à caractère économique de telle manière que les tribunaux puissent suivre l'exposé.
4. Une fois M. Crampton remercié pour son intervention, le Président présente le juge coréen **Donghwan Shon**. Celui-ci souhaiterait évoquer une affaire dans laquelle la loi exigeait une définition du marché, bien que cet usage soit proscrit en tant que tel dans la plupart des juridictions, l'autorité coréenne de la concurrence ayant sanctionné un certain nombre d'entreprises sans avoir défini leur marché. La Cour suprême de la Corée a cassé la décision rendue dans cette affaire, en obligeant l'autorité de la concurrence à rechercher une définition du marché. Ce cas de figure illustre la différence entre le rôle des tribunaux, c'est-à-dire faire respecter le droit, et celui des autorités de la concurrence, qui s'attachent à le faire appliquer concrètement. En pratique, les tribunaux sont capables de s'employer, avec pragmatisme, à concilier ces motivations.
5. Le **Président** souligne que l'exemple qui vient d'être présenté montre bien que les économistes devraient peut-être se former en droit, et, dans la même mesure, les juges se former en économie.
6. Il demande ensuite à **Nils Wahl** de prendre la parole. Celui-ci indique que dans l'Union européenne (UE), la Commission adopte des décisions présumées légitimes, qui ne peuvent être contestées que pour un nombre limité de motifs. Les critères d'examen des faits et la classification juridique sont beaucoup plus stricts que les critères d'examen applicables dans le cadre d'une analyse économique complexe. M. Wahl poursuit son

exposé en décrivant la façon dont les tribunaux de l'UE s'emploient à faire face aux critiques selon lesquelles le champ limité des critères d'examen est source d'inéquité et désavantage les parties contrevenantes, même s'il semblerait que, dans l'usage, on parte du principe suivant lequel les décisions de la Commission sont légitimes. L'orateur explique en outre comment la procédure préjudicielle permet de contester certaines interprétations du droit de la concurrence émanant des autorités nationales de la concurrence. Dans ce régime, on ne s'intéresse pas aux faits. Aussi M. Wahl souligne-t-il que le système européen rend difficile la contestation de la légitimité des décisions des autorités de la concurrence. Il estime cependant que ces conditions témoignent d'un bon équilibre compte tenu des exigences de procédure auxquelles doivent se soumettre les autorités de la concurrence.

7. Le Président **Mouhamadou Diawara** décrit alors le système africain, qui revêt une dimension communautaire en Afrique de l'Ouest. Il fait remarquer que différents niveaux de preuve sont susceptibles de s'appliquer - droit civil, droit administratif et même droit pénal - étant donné en particulier que les régimes juridiques de différents pays peuvent être applicables, et que l'influence du droit de l'UE s'exerce dans l'usage. M. Diawara cite l'exemple de deux affaires de concurrence tranchées au Sénégal, où plusieurs affaires ont surgi autour de la question de savoir à qui incombait la charge d'établir l'infraction ou de prouver les gains d'efficacité. Il insiste sur l'importance du caractère explicite des preuves car il est difficile pour les juges de justifier leurs décisions, comme ils y sont tenus, faute de preuves explicites.

8. Le Président invite **Dennis Davis** à commenter les exposés précédents. M. Davis explique que dans les systèmes de *common law*, les preuves ne sont pas considérées de la même façon que dans le système juridictionnel romano-germanique de l'UE. En effet, dans les systèmes de *common law*, la gestion des preuves en première instance est cruciale car le traitement des affaires dans ces systèmes nécessite généralement une quantité de preuves bien plus importante. De ce fait, l'orateur est résolument favorable au *hot-tubbing*, mécanisme en vertu duquel le juge organise une table ronde avec des experts pour faire toute la lumière sur le point de litige. M. Davis relève deux problèmes associés au mécanisme de *hot-tubbing* : i) il s'avère assez lourd pour le juge ; ii) les parties ne l'apprécient pas car il est synonyme pour elle d'une perte de contrôle sur la procédure. Les répercussions d'éléments de preuve partiels émanant des experts s'en trouvent avantageusement limitées. Il est à noter que les règles et les présomptions - de nature législative comme judiciaire - facilitent également la gestion des affaires. M. Davis donne l'exemple de décisions rendues aux États-Unis dans des affaires de prix de revente, et celui des règles sud-africaines en matière de répartition de marché. Le juge Davis fait part de sa perplexité à l'égard de la présomption selon laquelle les décisions de l'autorité de la concurrence sont légitimes : une attitude de réserve sur le plan technique peut se justifier, mais elle ne devrait pas se traduire par un réexamen des décisions dans les seuls cas d'erreur manifeste.

9. Le Président demande au **juge Douglas Ginsburg** de commenter à son tour les exposés. Selon ce dernier, il est important que les preuves soient présentées de manière explicite, même s'il est bon que les juges aient reçu une formation élémentaire en économie.

10. Après l'intervention du juge Ginsburg, le Président demande au **Taipei chinois** d'expliquer une affaire dans laquelle les tribunaux ont exigé un complément de preuves économiques au titre de la définition du marché pertinent. Le Taipei chinois relate l'affaire en question, et montre comment elle a abouti à une analyse économique plus poussée de la part des autorités dans les affaires ultérieures.

11. La **Lettonie** fait état de ce que, dans de nombreuses affaires, les tribunaux ont besoin d'une analyse économique détaillée. Dans une telle affaire, par exemple, les tribunaux ont conclu qu'une entente intramarque était à l'origine d'avantages économiques. Une autre affaire de ce type, dans laquelle l'analyse économique a joué un rôle important pour la détermination de méthodes propres à permettre la détection des affaires de tarification excessive, est citée en exemple. Un ensemble d'affaires dans lesquelles les tribunaux n'étaient pas convaincus de l'opportunité d'une analyse économique fait office de dernier exemple.

12. La **Lituanie** fait observer que la plupart des affaires dont les tribunaux ont été saisis ne faisaient pas intervenir de véritable analyse économique. Dans les affaires qui nécessitaient résolument une analyse économique approfondie, les tribunaux ont bénéficié de l'expérience de consultants externes, généralement étrangers. Bien que n'étant pas impartiaux, ces consultants sont capables de présenter les deux facettes d'une affaire. Un problème peut se poser toutefois pour les petites entreprises, qui n'ont pas les moyens de s'offrir les services de consultants étrangers.

13. L'**Australie** demande à expliquer ce qu'est le *hot-tubbing* : un mécanisme, utilisé aussi bien par l'autorité de la concurrence que par les tribunaux, permettant de confronter des experts. Ce mécanisme peut se révéler être plus fructueux lorsqu'il fait appel à des notions d'économétrie pointues, mais s'avère plutôt utile dans les autres cas. Le **Président** explique en outre qu'un économiste développe une argumentation différente s'il est prévu qu'un autre économiste l'interroge.

14. Le Président s'adresse alors au **Pérou**. Dans ce pays, l'évaluation des preuves à caractère économique par les tribunaux est longue et extrêmement difficile - dans une affaire, il a fallu attendre 13 ans pour qu'une décision soit rendue. De plus, le tribunal de première instance confirme souvent les décisions de l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI) sans évaluer les preuves à caractère économique, ce qui conduit la cour d'appel à annuler le jugement du tribunal de première instance au titre d'un défaut de motivation. Le Pérou insiste par ailleurs sur le fait que les juges ont bénéficié d'une formation dispensée par des experts internationaux, dispositif que l'INDECOPI s'est attaché à promouvoir.

15. La **Turquie** est invitée à présenter plusieurs affaires dans lesquelles les tribunaux n'étaient pas convaincus de l'absence d'infraction à laquelle avaient conclu les autorités. Le tribunal de première instance a estimé que l'analyse du marché était insuffisante, et un complément d'enquête nécessaire - de même que certains types d'analyse. Une fois ce complément d'enquête réalisé, les autorités ont conclu malgré tout à l'absence d'infraction.

16. **El Salvador** évoque les circonstances dans lesquelles l'autorité de la concurrence a fait face à des plaintes constitutionnelles déposées au motif que les demandes de production de preuves à caractère économique allaient à l'encontre du droit de ne pas s'auto-incriminer. La Cour constitutionnelle a considéré que les procédures d'enquête relative au marché respectaient les garanties constitutionnelles et que l'opposition d'un refus à la demande de communication de renseignements économiques équivalait à une entrave au bon fonctionnement de la justice.

17. La **Serbie** dispose d'un tribunal administratif qui se montre réticent à examiner en profondeur les affaires de concurrence. Cette réticence semble due à la nature de la récente loi sur la concurrence, et au manque d'aisance des juges s'agissant d'entreprendre une analyse économique approfondie.

18. En **Ukraine**, le système de contrôle juridictionnel est en train de subir une transformation dans la perspective d'analyses plus détaillées. On a recensé depuis deux ans un certain nombre d'affaires sensibles dans lesquelles les preuves économiques ont joué un rôle important.

19. Le **Président** enchaîne en demandant à deux juridictions dotées d'expérience de parler des enseignements qu'elles en ont tirés sur la façon de présenter des preuves économiques complexes aux juges.

20. Les **États-Unis** commencent par préconiser l'adoption d'un système fondé sur des données probantes et axé sur le bien-être des consommateurs lorsqu'on prévoit de mettre en place un ordre normatif facilement applicable. En ce qui concerne la façon de présenter des preuves économiques devant les juges, les États-Unis expliquent que le fait de porter une affaire de concurrence devant un tribunal impose de communiquer l'analyse économique d'une manière compréhensible par un juge n'ayant pas forcément reçu de formation spéciale en économie, et qui ne possède peut-être aucune expérience en matière de droit de la concurrence. Il convient pour ce faire : d'intégrer une dimension économique aux principales preuves liées à l'affaire ; d'expliquer les preuves avec clarté et simplicité ; de fonder les preuves économiques sur des données probantes et de les soumettre à une vérification empirique.

21. L'**UE** évoque les efforts considérables déployés par la Commission européenne pour parvenir à des résultats satisfaisants et prendre en compte les preuves économiques disponibles. Elle indique avoir compilé dans un document les pratiques optimales en matière de présentation de preuves à caractère économique aux tribunaux, ainsi qu'à la Commission européenne. Ces pratiques optimales sont également valables pour la Commission, et pas uniquement pour les parties aux litiges.

22. L'**Afrique du Sud** attire l'attention sur le problème suivant : la plupart des économies émergentes reprennent les règles plus anciennes d'autres pays, ce qui pose un problème quant à la façon de les interpréter. Il est difficile de convaincre les juges, lorsqu'ils se penchent sur ces règles pour la première fois, qu'ils n'ont pas besoin de les interpréter sur des bases entièrement nouvelles et devraient plutôt s'intéresser à l'usage correspondant dans le monde.

23. La **Mongolie** explique que son autorité nationale de la concurrence étant relativement nouvelle, elle ne dispose pas d'une longue expérience. C'est pourquoi elle suit l'usage d'autres pays, tels que le Japon. La Mongolie laisse entendre qu'elle pourrait tirer avantage du soutien de la communauté internationale et d'une coopération renforcée avec cette dernière.

24. Le **Mexique** fait état de sa situation, dans laquelle l'Institut fédéral des télécommunications (IFT) vient de formuler des avis qui, étonnamment, n'ont souvent pas été contestés en justice. Bien que les tribunaux compétents soient aujourd'hui spécialisés, il y a peu de chances qu'ils se livrent à une analyse économique détaillée. Le Mexique demande au groupe d'intervenants des conseils pour faire en sorte que l'analyse économique occupe une place plus importante.

25. Le **Cameroun** signale qu'il est difficile de trouver des preuves directes dans des affaires où, souvent, seules des preuves indirectes sont disponibles.

26. **Dennis Davis** dit que les jugements prononcés en Afrique du Sud sont parsemés de références à l'usage dans d'autres pays ou groupes de pays, en particulier l'UE. En même temps, une conception étroite du bien-être des consommateurs présentait une utilité limitée en Afrique du Sud, compte tenu des difficultés d'unification de la société après l'*apartheid*. Il est donc important de tenir compte du contexte national.

27. **Paul Crampton** convient qu'il faut éviter de « réinventer la roue », tout en transposant dans le contexte national l'usage constaté dans d'autres pays ou groupes de pays.

28. Le Président donne la parole au **Brésil** car son représentant va devoir quitter la session. Le Brésil parle du PROCADÉ, organe semi-autonome qui est chargé de défendre les décisions de l'autorité de la concurrence devant les tribunaux. Le PROCADÉ jouit d'une solide réputation, et bénéficie d'une reconnaissance tant au niveau national qu'au niveau international, les décisions étant confirmées dans 75 % des cas. Aspect important, les membres du PROCADÉ sont rattachés au Conseil administratif de défense économique (CADE) en qualité de fonctionnaires, mais sont spécialisés et semi-autonomes. Le Brésil souhaite également faire savoir qu'en mai 2016, le Conseil national de la justice a recommandé de créer des tribunaux spécialisés. L'orateur estime que de tels tribunaux sont susceptibles de se prononcer plus rapidement et de façon plus cohérente sur les affaires de concurrence. Il mentionne en outre un certain nombre de plaidoyers prononcés devant les tribunaux, lesquels pourraient devenir moins urgents une fois les tribunaux spécialisés en place.

29. Selon le **Président**, les tribunaux devraient au bout du compte développer une plus grande sensibilité aux questions relatives aux preuves en acquérant de l'expérience.

30. Le Président passe maintenant à la deuxième partie de la session, consacrée à la spécialisation des tribunaux. Il demande à **Dennis Davis**, juge de la Haute Cour d'Afrique du Sud et Président de la Cour d'appel de la concurrence de ce pays, de présenter le thème, M. Davis déclarant tout d'abord que la spécialisation des tribunaux est, dans l'ensemble, une bonne idée. Le juge Davis évoque le défi que représente la création de tribunaux spécialisés dans un pays où les spécialistes font défaut, comme c'était le cas en Afrique du Sud. Pour résoudre ce problème, le pays a nommé plusieurs arbitres-rapporteurs pour un mandat de longue durée et investi lourdement dans la formation des juges. L'orateur explique ensuite pourquoi il est important que les juges spécialisés dans les affaires de concurrence aient un minimum de connaissances en économie – même si ce besoin de connaissances peut être moindre dans le cas où les juges se contentent d'examiner les décisions de l'autorité de la concurrence sous un angle restreint.

31. Le Président donne ensuite la parole à **Enrique Vergara**, qui souligne l'importance de la nature du lien unissant tribunaux spécialisés et tribunaux généralistes. En effet, la nature de ce lien, qui prend généralement la forme d'un examen réalisé par un tribunal généraliste, peut poser des problèmes. Au Chili, la Cour suprême conduit un examen complet au fond des décisions adoptées par le tribunal spécialisé. Si la Cour suprême a fait preuve à l'origine d'une certaine retenue, de nombreuses décisions ont néanmoins été annulées pour des raisons de procédure (insuffisance des preuves, en règle générale, ainsi que de l'analyse économique, quelquefois).

32. **Paul Crampton** souscrit aux exposés précédents, et présente une solution intermédiaire consistant à doter les tribunaux généralistes d'une chambre spécialisée. Il donne également des exemples d'examen de décisions de l'autorité de la concurrence par un tribunal généraliste, dans lesquels, notamment, des spécialistes de l'administration se sont penchés, en dehors de tout contexte juridique, sur des argumentations fondées sur les gains d'efficacité, ou ont laissé prévaloir l'obtention de gains d'efficacité limités contre l'existence de risques de monopole.

33. Le **Président** intervient pour expliquer que le risque d'un manque de cohérence dans l'application du droit à l'échelle des différents domaines juridiques est une critique courante visant les tribunaux spécialisés.

34. **Mouhamadou Diawara** estime que si un juge n'a pas besoin d'être économiste, il doit toutefois comprendre l'économie. Lorsque lui-même est devenu membre de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal, il a compris que le droit de la concurrence était différent des domaines du droit plus traditionnels. Dans son pays, les parties à un litige s'appuient sur des experts, mécanisme sur lequel M. Diawara serait incapable d'exercer une quelconque maîtrise s'il n'avait pas au moins des rudiments d'économie. Le **Président** dit que les juges ne peuvent pas vraiment se contenter de s'appuyer sur des experts, car il est important qu'ils sachent quelles questions poser, ce qui nécessite un minimum de connaissances en économie.

35. **Nils Wahl** fait remarquer que le nombre limité d'affaires peut constituer un obstacle à la création de tribunaux spécialisés. Le **Président** souligne que ce problème est particulièrement perceptible dans les petits pays ou dans ceux qui manquent de ressources. Les règles de progression de carrière, qui peuvent dissuader les juges de vouloir siéger dans un tribunal assez longtemps pour se spécialiser, ou même de vouloir se spécialiser, constituent un autre obstacle.

36. Le Président donne ensuite la parole au **Portugal**, qui a mis en place un tribunal spécialisé, notamment en raison de la propension des tribunaux généralistes à éviter de traiter les affaires de concurrence et à privilégier les affaires simples, plus faciles à trancher. Le tribunal spécialisé semble bien fonctionner et les juges s'efforcent de développer leur expertise. Ces derniers ont également conscience de leurs limites et sont susceptibles de faire appel à des experts externes, afin non seulement qu'ils participent aux procès mais aussi qu'ils fournissent des rapports (lesquels sont souvent repris dans les décisions). Les principaux problèmes résident dans la rotation des effectifs du tribunal, et dans le fait que la cour d'appel ne soit pas spécialisée et qu'elle ait tendance à trancher les affaires sur la base de vices de forme.

37. S'agissant de la relation entre les tribunaux et les autorités de la concurrence, **Paul Crampton** recense plusieurs mécanismes grâce auxquels les tribunaux s'emploient à résoudre les affaires, et qui peuvent offrir un cadre d'échange en bonne et due forme avec l'autorité de la concurrence. **Enrique Vergara** décrit des mécanismes semblables en vigueur au Chili, tout en évoquant des échanges entre tribunaux et autorité de la concurrence liés au contrôle des procédures ou des enquêtes, ainsi que la participation conjointe de ces acteurs à des forums internationaux et à des initiatives nationales de promotion et de réforme.

38. **Dennis Davis** expose un cas particulier dans lequel l'économiste en chef a expliqué les raisons sous-jacentes à plusieurs affaires de tarification excessive. Il évoque en outre différentes conversations avec le barreau au sujet du manque de diversité parmi les avocats plaidants, car il est important de veiller à ce que les juges spécialisés dans les affaires de concurrence affichent une diversité suffisante à l'avenir.

39. **Nils Wahl** montre que le concept de normalité peut être propre à chaque système.

40. La **Corée** explique ensuite que des fonctionnaires de la Commission coréenne de la concurrence ont régulièrement été envoyés auprès de la Cour suprême pour soumettre leur avis sur des affaires de concurrence. À l'inverse, dans une affaire, la Cour suprême a délégué un juge à la Commission en tant que conseiller juridique, fonction que ce juge avait exercée dans le passé. Des membres de la Commission coréenne de la concurrence et des magistrats entretiennent également des contacts informels.

41. Le **Mexique** indique qu'autrefois, les juges évitaient les affaires de concurrence. Le nouveau tribunal spécialisé est plus ouvert aux preuves et à l'analyse économiques. En coopérant, les autorités mexicaines de la concurrence s'attachent à développer une langue (économique) commune.

42. L'**Italie** s'exprime sur la question de l'interaction entre actions privées et actions publiques visant à faire appliquer le droit de la concurrence. Elle considère qu'il est important de rendre compte de son expérience de la présentation d'*amici curiae* dans les affaires judiciaires et de sa participation à deux projets européens de formation des juges.

43. Le **Président** saisit cette occasion pour faire état des nombreuses façons dont les autorités de la concurrence peuvent échanger avec les juges, et des efforts déployés par l'OCDE à cet égard.

44. Le Président clôt ensuite la session en remerciant l'ensemble des participants, et en concluant que le traitement judiciaire des preuves économiques complexes par les tribunaux pose relativement peu de problèmes. L'importance de mettre les preuves à caractère économique au service de démonstrations compréhensibles par les juges fait consensus. En ce qui concerne les tribunaux spécialisés, leur rôle consistant à réaliser des examens complets au fond suscite un enthousiasme mitigé. Un certain nombre de coûts ont également été mis en lumière. Quant à la coopération entre tribunaux et autorités de la concurrence, elle a fait l'objet d'un débat sur les nombreuses formes qu'elle peut prendre.

45. Le Président **Diawara** salue les efforts déployés par l'OCDE pour dialoguer avec les juridictions nouvellement mises en place, et remercie l'Organisation de l'avoir invité.