

Non classifié

Français - Or. Anglais

2 février 2026

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Compte rendu des discussions de la Table ronde sur le critère et la charge de la preuve
dans les affaires relevant du droit de la concurrence****Annexe au compte rendu succinct de la 144e réunion du Comité de la concurrence**

5 December 2024

Ce document établi par le Secrétariat présente un compte rendu détaillé de la table ronde consacrée au critère et à la charge de la preuve dans les affaires relevant du droit de la concurrence organisée par le Comité de la concurrence le 5 décembre 2024.

On trouvera des documents supplémentaires en lien avec cette table ronde à l'adresse suivante :
www.oecd.org/en/events/2024/12/the-standard-and-burden-of-proof-in-competition-law-cases.html

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco.
[Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org]

JT03580224

Projet de compte rendu des discussions de la Table ronde sur le critère et la charge de la preuve dans les affaires relevant du droit de la concurrence

Le 5 décembre 2024, le Comité de la concurrence a organisé une table ronde pour débattre du critère et de la charge de la preuve dans les affaires relevant du droit de la concurrence. La session était présidée par Frédéric Jenny.

1. Introduction

Après avoir souhaité la bienvenue aux participants, **le Président** relève que le volume des contributions reçues atteste de la pertinence de ce thème dans les différentes juridictions. Malgré des cadres juridiques distincts, les autorités font toutes face à une même difficulté : présenter des preuves qui soient suffisamment rigoureuses d'un point de vue juridique et solides d'un point de vue économique pour résister à l'examen des instances judiciaires. Afin de répondre aux différentes questions qui se posent, la session se déroulera en trois temps :

- Elle s'attachera d'abord à expliquer les concepts de critère et de charge de la preuve, leur importance et l'évolution qu'ils ont connue.
- Elle examinera ensuite les obstacles pratiques que rencontrent les instances chargées d'appliquer le droit de la concurrence face à des exigences de preuve élevées.
- Enfin, elle s'intéressera à l'équilibre entre efficacité de l'application du droit et équité procédurale, en se penchant notamment sur le rôle des présomptions et des règles « per se ».

Le Président précise que plusieurs spécialistes présenteront des observations liminaires préalablement à l'ouverture des débats. Une note de référence élaborée par le Secrétariat guidera les discussions. Le Président invite ensuite le Secrétariat de l'OCDE à prendre la parole.

2. Présentation de la note de référence

Le Secrétariat rappelle la structure de la note de référence sur le critère et la charge de la preuve et explique que les autorités de la concurrence doivent établir le bien-fondé de leurs allégations en parvenant à un certain degré de persuasion. Le document commence par présenter le concept de critère d'établissement de la preuve et la façon dont il s'applique dans différents contextes (concentrations, abus de position dominante, ententes), et apporte des éclaircissements sur plusieurs points, par exemple ce que cela signifie de statuer selon le critère de la « prépondérance des preuves ». Il s'intéresse ensuite aux éléments de preuve nécessaires pour s'acquitter de la charge de la preuve et à la façon dont les autorités procèdent pour monter un dossier solide à partir de preuves directes et indirectes. Le Secrétariat précise qu'en cas de difficulté à obtenir des preuves directes, les autorités compétentes peuvent se voir contraintes de construire un raisonnement cohérent fondé sur des déductions et des preuves indirectes. Des facteurs tels que la complexité du marché, la normalité économique et le type de comportements ou de préjudices en cause, passés ou

futurs, ajoutent de la difficulté à l'exercice de persuasion de l'instance chargée de statuer sur l'affaire. Enfin, le Secrétariat rappelle que tous ces éléments sont soumis à examen judiciaire, ce qui fait qu'il est essentiel pour les autorités compétentes de monter des dossiers suffisamment solides pour passer cette épreuve.

Le Président remercie le Secrétariat et invite M. Andriani Kalintiri à faire part de ses observations.

3. Critère et charge de la preuve

M. Kalintiri commence par souligner l'importance des règles de preuve en droit de la concurrence. Il explique que la charge de la preuve permet de désigner la partie qui doit apporter les principaux éléments à l'appui d'une infraction ou d'un moyen de défense, tandis que le critère d'établissement de la preuve correspond au degré de probabilité ou de certitude que doivent revêtir ces éléments. Ces concepts sont distincts des seuils de préjudice (par ex., s'il est « probable » que le comportement restreigne la concurrence), qui relèvent du droit matériel. Au sein de l'UE, la charge légale de la preuve d'une violation du droit de la concurrence ou des concentrations est supportée par les autorités, tandis que les entreprises supportent celle de la preuve des gains d'efficacité qu'elles allèguent ; la charge de la production des preuves peut quant à elle passer d'une partie à l'autre à mesure qu'elles présentent de nouveaux éléments à l'appui de leurs allégations. Dans les affaires portant sur des pratiques anticoncurrentielles, le niveau de preuve requis est plus élevé en raison du principe de présomption d'innocence, tandis que dans les affaires de fusion, c'est le critère de la prépondérance de la preuve qui s'applique en raison de l'absence de sanctions quasi-pénales et de la nature prospective de l'examen des opérations de concentration. M. Kalintiri attribue l'impression de difficulté croissante qu'ont les autorités à s'acquitter de la charge de la preuve à deux facteurs principaux : des affaires plus complexes d'un point de vue économique, et l'accent mis sur la régularité de la procédure allié à un contrôle juridictionnel plus approfondi des décisions des autorités de la concurrence dans le sillage des affaires Tetra Laval et Menarini. Alors que la formulation de certaines décisions récentes de l'UE dans des affaires de comportement unilatéral peut induire un certain assouplissement de la charge de la preuve qui pèse sur la Commission, comme le fait d'admettre de multiples modes de preuves à défaut d'une analyse contrefactuelle exhaustive, le cadre général lui impose toujours de présenter des arguments factuels et économiques rigoureux.

Le Président remercie M. Kalintiri et donne la parole à M. Ibañez-Colomo.

M. Ibañez-Colomo se demande si le critère et la charge de la preuve ont réellement évolué au fil du temps et de quelle façon, et souligne que la cause première d'un désaccord entre les autorités de concurrence et les tribunaux peut résider davantage dans des points de fond non résolus que dans un relèvement du niveau de preuve requis. Plusieurs affaires importantes qui semblent liées au critère de la preuve, comme celle de CK Telecoms, tournent souvent autour de désaccords plus larges au fond, par exemple sur les critères légaux applicables aux opérations de concentration. Les frictions survenant entre les autorités compétentes et les tribunaux peuvent également être dues au simple fait qu'une affaire soulève des questions nouvelles, plutôt que d'indiquer que les autorités font face à un niveau de preuve plus élevé.

M. Ibañez-Colomo relève également que les tribunaux sont de plus en plus attentifs au respect par les autorités de principes économiques établis, à l'examen méticuleux des arguments des parties et à la rigueur procédurale. Ainsi, dans certaines affaires, les autorités n'avaient pas dûment tenu compte de la nature biface d'un marché ou avaient négligé des

éléments de preuve importants présentés par les parties. Bien que ce contrôle juridictionnel minutieux puisse donner à penser que le critère de la preuve s'est durci, M. Ibañez-Colomo fait observer que, souvent, il vise essentiellement à assurer que les autorités compétentes suivent une démarche analytique et procédurale rigoureuse.

Le Président invite la délégation autrichienne à développer les deux éléments abordés dans sa contribution : le principe de la libre appréciation des preuves et le niveau de preuve « pénal », ainsi que les exceptions qui permettent d'appliquer des seuils de preuve plus souples.

La délégation autrichienne explique que si, à l'occasion d'une enquête sur une infraction potentielle, son Autorité fédérale de la concurrence met au jour des preuves de violation, elle introduit une requête auprès du Tribunal des ententes. Dans les procédures non contentieuses, le Tribunal des ententes peut adopter un jugement déclaratoire ou prononcer des amendes, et l'appel ne peut être formé que sur des points de droit. Le principe retenu par la législation autrichienne est celui de la « liberté de la preuve », ce qui signifie que la preuve peut être apportée par tout moyen pertinent et véridique. Les juges évaluent les éléments de preuve librement et requièrent un niveau élevé de probabilité, sans aller jusqu'à la certitude absolue, pour fonder leur décision. Dans quelques cas expressément énumérés par la loi, un niveau de preuve plus faible (« prima facie » par exemple) peut s'appliquer. Toutefois, même dans ces hypothèses, le juge doit se forger « une conviction personnelle complète » sur les faits en cause.

En ce qui concerne la charge de la preuve, elle repose généralement sur la partie qui allègue un fait, et le tribunal suit une procédure inquisitoire tout en préservant l'attribution de principe de la charge de la preuve. La délégation de l'Autriche fait également remarquer que sa loi sur les ententes contient des présomptions explicites en matière de position dominante sur le marché. Toute entreprise détenant une part de marché d'au moins 30 % est présumée détenir une position dominante et doit présenter des éléments de preuve contraires pour renverser cette présomption.

Le Président souligne que plusieurs contributions traitent de l'utilisation de preuves indirectes (ou circonstancielles), très importantes notamment dans les affaires de concentration dans lesquelles les autorités s'appuient souvent sur des analyses économiques et l'observation de l'évolution du marché.

La délégation du Costa Rica indique que tant la COPROCOM que la SUTEL considèrent les preuves circonstancielles comme essentielles en l'absence de preuves directes (d'accords formels, par ex.), en particulier dans les opérations de concentration non déclarées ou en cas de pratiques anticoncurrentielles informelles. Ces preuves circonstancielles, qui découlent des tendances du marché, des chevauchements opérationnels, de la coordination des prix ou de la production et de transferts de clientèle, aident les autorités à bâtir des raisonnements cohérents à l'appui de pratiques collusoires ou d'opérations de consolidation. Le Costa Rica prend l'exemple de l'affaire **Transdatelecom / Cable Arenal** pour illustrer la façon dont les preuves indirectes peuvent mettre au jour des opérations de concentration potentiellement illicites qui n'ont pas été dûment déclarées. Dans cette affaire, les enquêteurs ne disposaient pas de preuve directe d'un accord formel ; en revanche, ils ont constaté que Transdatelecom avait commencé à utiliser les infrastructures de Cable Arenal et récupéré une partie de sa clientèle, ce qui suggérerait une acquisition fonctionnelle. L'autorité de la concurrence du pays, la SUTEL, a également fait part du déploiement d'un système d'analyse de données basé sur l'IA (la plateforme « SMAC ») pour surveiller le comportement du marché, les passations de marchés publics et le respect de la réglementation qui a facilité la détection d'opérations suspectes ou d'anomalies de marché.

Le Président s'intéresse ensuite à la contribution de la France, qui décrit la façon dont son autorité de la concurrence est passée d'un modèle de preuve à trois branches à une approche plus souple, en particulier dans les affaires d'accords verticaux qui reposent essentiellement sur des preuves documentaires.

La délégation française explique que le critère et la charge de la preuve sont essentiels pour trouver le juste équilibre entre efficacité de l'application du droit de la concurrence et solidité des garanties procédurales. Alors que l'application du droit des ententes s'intéresse traditionnellement à des pratiques horizontales, les pratiques verticales de fixation des prix, par exemple l'imposition de prix de revente, peuvent également léser les consommateurs en augmentant ces prix. La délégation française évoque plusieurs mesures de répression récentes, dont le prononcé d'une amende de 470 millions EUR à l'encontre de fournisseurs et de distributeurs d'équipements électriques, pour illustrer l'attention portée par son autorité de la concurrence à ce type de pratiques. Historiquement, l'autorité de la concurrence française utilisait un « faisceau d'indices à trois branches » pour démontrer l'existence de prix de revente imposés, ces trois branches étant la communication par le fournisseur de prix de revente spécifiques, la mise en œuvre d'un système de surveillance des prix voire d'une police des prix, et l'application effective par les distributeurs des prix communiqués. Toutefois, ce faisceau d'indices donnait lieu à des contestations croissantes de la part des parties, notamment en raison de l'ajustement rapide des prix de détail en ligne. L'autorité a donc adopté un test en deux temps inspiré de la jurisprudence : la preuve d'une invitation par une partie à mettre en œuvre une pratique potentiellement illicite, et celle de l'acquiescement de l'autre partie à cette invitation. Dans l'application de ce test, l'Autorité de la concurrence accorde davantage de poids aux preuves documentaires, comme les échanges de courriers électroniques ou des communications internes, susceptibles d'indiquer l'acceptation des instructions du fournisseur portant sur les prix de revente. L'autorité peut donc plus facilement établir des pratiques de modification subtile ou rapide des prix, notamment dans les marchés en ligne.

Le Président fait observer qu'alors que l'on pourrait penser que le durcissement des exigences de preuve résulte des tribunaux, l'expérience de la France montre que c'est l'autorité elle-même qui a révisé la méthode probatoire, que les tribunaux ont ensuite adoptée. Il revient également sur le fait que, selon M. Kalintiri, la difficulté croissante à appliquer le droit ne tient pas nécessairement du relèvement du niveau de preuve et peut résulter d'autres facteurs. L'Italie semble avoir un point de vue légèrement différent, puisqu'elle indique dans sa contribution un durcissement progressif de l'examen mené par ses tribunaux, en particulier sur le plan de la rigueur méthodologique. Le Président invite la délégation italienne à expliquer pourquoi elle estime que le critère d'établissement de la preuve s'est durci.

La délégation italienne expose que, dans son application du droit, l'établissement de la preuve est devenu plus complexe, d'une part, parce que les tribunaux appliquent des critères plus stricts et, d'autre part, parce que les entreprises parviennent mieux à dissimuler les pratiques concertées. Par le passé, il était plus simple de mettre au jour des preuves « flagrantes », des comptes rendus de réunion explicites par exemple. Désormais, les autorités de la concurrence s'appuient souvent sur une combinaison de preuves directes et indirectes. Dans la droite ligne de cette évolution, les tribunaux italiens appliquent la notion de « scénario vraisemblable », qui nécessite que la présentation des événements livrée par l'autorité soit la seule explication possible aux faits ou, à tout le moins, la plus convaincante. Il peut subsister des incohérences mineures tant qu'elles ne sapent pas la cohérence d'ensemble des preuves. Par conséquent, l'autorité de la concurrence italienne doit mener une enquête approfondie qui tienne compte du contexte et exclue toute autre explication plausible afin de résister à un examen rigoureux des éléments de droit et de fait.

Selon **le Président**, la position de l'Italie est le reflet d'une double évolution, à savoir des stratégies de dissimulation plus élaborées côté entreprises, et des exigences de preuve plus strictes côté tribunaux. Il s'adresse ensuite à la délégation de la Commission européenne dont la contribution écrite opère une distinction entre la charge et le critère de la preuve dans l'examen des opérations de concentration et dans les enquêtes portant sur des pratiques anticoncurrentielles, ce qui suggère un degré de sévérité différent dans ces deux types de contextes.

La délégation de la Commission européenne souligne, pour ce qui est du contrôle des opérations de concentration, l'importance de l'arrêt CK Telecom qui a confirmé que le niveau de preuve requis dans l'UE reposait sur la « mise en balance des probabilités », indépendamment de la théorie du préjudice retenue. Alors que la Commission doit démontrer qu'il est plus probable qu'improbable que l'opération de concentration aura des effets préjudiciables pour la concurrence, elle conserve une marge d'appréciation en ce qui concerne son analyse économique, sous réserve d'examiner rigoureusement les éléments de preuve. La Commission concède que les marchés dynamiques ou oligopolistiques requièrent des analyses économiques de plus en plus pointues, mais ne voit pas de justification à modifier le niveau de preuve requis. Au lieu de cela, des indicateurs qualitatifs, tels que des documents internes et des facteurs de concurrence hors prix, peuvent être utilisés pour compléter les modèles économiques.

En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, les représentants de l'UE notent que la charge légale de la preuve et la charge de production de preuves résultent du règlement 1/2003. La partie qui allègue une infraction, généralement la Commission, doit en premier lieu prouver la violation des articles 101 ou 102 du Traité, bien que certaines présomptions, comme une part de marché élevée dans les affaires de position dominante, puissent inverser la charge de la preuve et la faire peser sur l'entreprise. Dans les situations telles que les restrictions par objet de l'article 101 ou les pratiques abusives comme la fixation de prix d'éviction visées par l'article 102, les effets peuvent être présumés, ce qui allège la charge de la preuve qui pèse sur la Commission. Globalement, la Commission souligne que le contrôle juridictionnel mené par les tribunaux de l'UE est essentiel pour garantir le respect des droits procéduraux, mais fait cependant observer qu'une approche trop stricte des évaluations économiques complexes pourrait saper l'efficacité de l'application du droit.

Le Président demande à la délégation de la Commission européenne ce qui permet de déterminer que l'application du droit est « excessivement fastidieuse ».

La délégation de la Commission européenne répond qu'une application du droit qui confinerait à l'« impossible » peut en constituer un indicateur, mais concède qu'il est difficile de définir une limite précise.

Le Président se tourne à présent vers la délégation tchèque et pointe les similitudes entre son admission des preuves circonstancielles, qui ne sont recevables qu'à défaut d'autre explication plausible, et le critère du « scénario vraisemblable » de l'Italie. La contribution de la Tchéquie suggère qu'en ce qui concerne les preuves indirectes, les exigences des tribunaux ont évolué. Le Président invite donc la délégation tchèque à expliquer comment son autorité s'adapte à cette évolution des critères.

La délégation de la Tchéquie explique que son autorité de la concurrence s'appuie souvent sur des preuves indirectes, par exemple des corrélations mathématiques entre des soumissions d'offres, pour prouver des comportements anticoncurrentiels. Bien que le niveau de preuve ne soit pas expressément défini par la loi tchèque, il résulte de la jurisprudence qu'un comportement peut être prouvé à l'aide d'éléments circonstanciels dès lors qu'il n'y a pas d'autre explication possible au comportement en question. En pratique,

ce seuil se rapproche de la preuve « au-delà du doute raisonnable », les tribunaux se montrant réceptifs à des explications alternatives même improbables : la subsistance du moindre doute aboutit généralement à l'annulation de la décision de l'autorité.

Depuis peu, les tribunaux tchèques exigent en outre que l'autorité prouve individuellement chaque occurrence d'une infraction alléguée, en apportant notamment la preuve d'un accord et de ses composantes entre la partie qui a imposé le comportement et chacune de ses contreparties en cause. Les tribunaux n'acceptent plus de reconnaître une allégation de violation individuelle, répétée, déduite d'une stratégie globale : l'existence d'un accord spécifique doit pouvoir être établie pour chacune des contreparties. L'autorité tchèque se voit donc contrainte de modifier son approche et ne peut plus se contenter de prouver un acte unilatéral de fixation des prix ; elle doit désormais démontrer une réelle « concertation des volontés », des deux côtés. L'évolution de la jurisprudence révèle l'importance d'ajuster en permanence les techniques d'enquête et les méthodes probatoires pour répondre au durcissement des exigences des tribunaux.

Le président remercie la délégation de la Tchéquie pour ses explications sur le niveau de preuve extrêmement élevé, qui se rapproche de celui exigé en matière pénale, et demande à la délégation italienne si la démonstration qu'il n'existe pas d'autre explication possible revient à prouver une violation du droit de la concurrence au-delà de tout doute.

La délégation italienne précise que l'exigence de l'absence de toute explication alternative plausible découle en grande partie du droit européen, citant à ce titre l'affaire CISA, et que les tribunaux italiens, liés par la jurisprudence de l'UE, appliquent un niveau de preuve semblable à celui de la Tchéquie.

Le Président fait observer que cela témoigne d'un niveau de preuve très élevé en Italie.

La délégation italienne acquiesce et explique que ce niveau de preuve élevé s'applique dans l'ensemble de l'Europe.

Le Président s'adresse ensuite à la délégation du BIAC et cite sa contribution sur l'évolution des exigences de preuve, qui sont passées de règles *per se* à la règle de raison aux États-Unis, et des approches par objet aux approches par effet dans l'UE. Il invite la délégation du BIAC à développer ces propos et à les illustrer par quelques affaires.

La délégation du BIAC remercie le Président et le Secrétariat d'avoir organisé cette session et fait part du soutien des entreprises à une application du droit de la concurrence visant à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, il met en garde contre la tentation de modifier la charge de la preuve dans le seul but de faciliter la tâche des autorités en cas de contentieux et relève que, de manière générale, les tribunaux ont cessé d'appliquer à la plupart des comportements une présomption d'illégalité. La délégation du BIAC, citant en exemple des arrêts de la Cour de Justice de l'UE (*Budapest Bank*) et de la Cour suprême des États-Unis (*Continental TV c. GTE Sylvania*), estime que cette approche ne devrait être écartée que pour les comportements qui causent un préjudice manifeste et ne produisent que des effets proconcurrentiels minimes. Face aux difficultés rencontrées pour prouver un comportement anticoncurrentiel, les autorités devraient mener une analyse fondée sur les effets plus rigoureuse plutôt que de s'en remettre à des présomptions. La délégation ajoute que tout durcissement de la charge de la preuve supportée par les parties devrait être contrebalancé par un renforcement des droits liés à la communication des preuves, de manière à ce que les défendeurs aient un accès aux éléments de preuve suffisant pour présenter une défense efficace.

Le Président remercie la délégation du BIAC pour ses observations et indique que les présomptions seront à nouveau évoquées ultérieurement. Il invite la délégation irlandaise à présenter ses pouvoirs d'application du droit parallèles en matière pénale et administrative,

sachant que l'autorité irlandaise peut opter pour la voie pénale ou civile en fonction de la solidité de son dossier. Il demande à l'Irlande comment ce choix est opéré.

La délégation irlandaise indique qu'il existe deux régimes parallèles en cas de violation du droit de la concurrence : un régime pénal, qui permet de juger les affaires devant jury et nécessite de prouver la violation « au-delà du doute raisonnable », et un régime administratif dans lequel un arbitre peut décider d'une amende, le niveau de preuve étant alors celui de la « mise en balance des probabilités ». Ces deux régimes s'appliquent aux affaires d'entente et de position dominante, mais l'introduction de poursuites au pénal requiert en outre de prouver l'intention ou la négligence du prévenu. La délégation irlandaise explique ensuite qu'en raison de la complexité des preuves économiques dans les affaires de position dominante, ces dernières ne se prêtent généralement pas à des procès devant jury et que, par conséquent, la voie administrative est souvent plus adaptée.

La délégation précise que sa législation a établi des présomptions simples afin d'alléger le fardeau de la preuve de son instance d'application du droit. Par exemple, des accords entre concurrents visant à fixer les prix sont présumés anticoncurrentiels jusqu'à preuve contraire, et certains dirigeants sont présumés responsables des infractions commises par leur entreprise. Ces présomptions peuvent être renversées par les défendeurs selon les modalités de la preuve en matière civile. Certains praticiens du droit ont mis en doute la conformité de ces dispositions aux garanties constitutionnelles, notamment celle de la présomption d'innocence, mais ces questions n'ont pas encore été tranchées par les tribunaux irlandais.

Le Président fait remarquer que ce système mixte mis en place par l'Irlande permet aux autorités d'ajuster leur approche en fonction de la solidité et de la complexité du dossier.

4. Difficultés à satisfaire le critère d'établissement de la preuve

Le Président passe au second point de la discussion, à savoir les difficultés à satisfaire le critère d'établissement de la preuve et la façon dont les instances judiciaires l'appréhendent. Il note que, alors que certaines affaires ne présentent pas de difficulté majeure, d'autres mettent en exergue des incohérences dans les exigences des tribunaux qui font qu'il peut être difficile pour les autorités de la concurrence de déterminer ce qui est attendu. Il invite ensuite M. Kalintiri à ouvrir le débat.

M. Kalintiri répète que les règles de preuve en droit de la concurrence visent à garantir l'exactitude, l'efficacité et la loyauté de l'établissement des faits. Néanmoins, les autorités de la concurrence rencontrent de nombreuses difficultés face au niveau de preuve exigé. Ces difficultés sont principalement de trois ordres :

1. Trouver l'équilibre entre une approche plus économique et une application du droit efficace : le recours accru à l'analyse et aux données économiques, qui sont au cœur d'une « approche plus économique », renforce le bien-fondé et la rigueur des décisions de concurrence. Mais il a également pour effet de rendre les enquêtes plus longues, plus complexes, et d'ouvrir davantage la voie aux erreurs techniques ou méthodologiques. De fait, même des analyses exactes peuvent n'avoir qu'une valeur probante limitée si les hypothèses ou données sur lesquelles elles se fondent sont discutables.
2. L'adaptation au changement économique : les marchés en pleine mutation, en particulier ceux impliquant des plateformes numériques, peuvent donner naissance à des dynamiques de la concurrence et des théories du préjudice nouvelles. Sans indications claires de ce qui constitue « la norme », les autorités peuvent peiner à

démontrer un préjudice de manière convaincante. L'élaboration et la démonstration de nouvelles théories sont souvent un travail de longue haleine qui requiert une compréhension approfondie de liens de cause à effet complexes, parfois indirects.

3. Le passage de la preuve physique à la preuve numérique : les preuves prennent de plus en plus une forme numérique (courriers électroniques, grands ensembles de données, algorithmes), et les autorités doivent démêler quantité d'informations, ce qui requiert des outils spécialisés et de bonnes connaissances techniques. Cette évolution peut compliquer les processus d'enquête, accroître les coûts, ralentir le traitement des affaires et donner lieu à de nouveaux contentieux juridiques, notamment sur les questions de confidentialité ou d'étendue des pouvoirs d'enquête. Bien que les tribunaux aient jusqu'ici eu tendance à valider les approches des autorités (en avalisant par exemple les salles d'information visant à protéger les informations sensibles), ces questions ajoutent à la complexité de la démonstration des violations du droit de la concurrence.

Le Président remercie M. Kalintiri et invite Mme Maria de la Luz Domper à faire part de son point de vue.

Mme Domper, une économiste ayant exercé en tant que juge au Tribunal de la concurrence chilien, met en avant trois difficultés principales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence au Chili.

1. Des critères judiciaires divergents : une affaire d'entente impliquant des producteurs de papier absorbant CMPC et PISA a mis en lumière des divergences entre la Cour suprême et le Tribunal quant à la définition de la notion de « coercition ». Les deux entreprises coopéraient en vertu du programme de clémence chilien, la CMPC en qualité d'organisateur de l'entente. Selon les critères du Tribunal, la notion de coercition se limitait aux menaces physiques ou psychologiques imminentes. Mais, considérant que cette notion devait englober les menaces d'exclusion du marché, la Cour suprême est revenue sur l'admissibilité de CMPC au programme de clémence. Cette divergence souligne la nécessité d'établir des critères de preuve stables afin d'améliorer la prévisibilité et de parvenir à un juste équilibre entre efficacité de l'application du droit et rigueur économique.
2. Règle *per se* ou analyse fondée sur les effets : dans une affaire impliquant des opérateurs de bus à Temuco, cinq juges du Tribunal ont infligé des amendes pour collusion. Pourtant, tandis que les trois spécialistes du droit ont retenu la règle *per se*, Mme Domper et un autre économiste préconisaient une analyse basée sur les effets, soulignant le risque de faux positifs si tous les accords étaient automatiquement considérés comme illégaux. Bien que les réformes législatives intervenues en 2016 au Chili aient supprimé certaines exigences de preuve pour démontrer l'existence d'un pouvoir de marché dans les affaires d'ententes, elles n'ont pas entièrement clarifié le rôle des analyses fondées sur les effets. Selon Mme Domper, certains accords ne sont pas intrinsèquement préjudiciables pour la concurrence et méritent donc que l'on examine leurs effets réels sur le marché.
3. Niveau et charge de la preuve : au Chili, tant le Tribunal de la concurrence que la Cour suprême appliquent le critère de la « preuve claire et convaincante » dans les affaires d'entente et d'abus de position dominante, Mme Domper précisant qu'il équivaut à un degré de certitude d'environ 75 %. Bien qu'en lui-même, le critère d'établissement de la preuve soit constant, la présentation de preuves indirectes se complique dans les affaires complexes ou qui font intervenir de vastes volumes de données. Elle conclut qu'il conviendrait de renforcer les pouvoirs de collecte de

données du ministère public et de le doter d'outils d'enquête plus puissants afin qu'il soit en mesure de satisfaire à ce niveau de preuve élevé.

Le Président invite à présent Nils Wahl à apporter des éclairages du point de vue des instances judiciaires.

M. Wahl évoque son expérience en matière de contrôle des décisions de la Commission européenne au Tribunal et à la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi qu'en sa qualité d'avocat général. Il explique que l'examen effectué par les tribunaux de l'UE ne porte pas sur l'intégralité des décisions mais uniquement sur les points contestés par les requérants. Dans les domaines qui se rapportent aux éléments constitutifs d'une infraction, par exemple pour déterminer si une entreprise donnée a participé à une réunion sur une entente, c'est généralement un examen complet qui sera effectué : les juges étudieront toutes les preuves présentées par les parties et décideront si elles les ont personnellement « convaincus », sans se référer à un seuil précis de type « au-delà du doute raisonnable ». Dans les affaires plus complexes, qui exigent par exemple de délimiter le marché en cause ou de calculer le montant d'amendes, la Commission dispose traditionnellement d'une marge d'appréciation et sa décision est alors soumise au contrôle de « l'erreur manifeste ». M. Wahl rappelle une affaire (KME Germany) dans laquelle le Tribunal de l'Union européenne a indiqué que la marge d'appréciation de la Commission ne justifiait pas une retenue judiciaire si les faits ne correspondaient pas aux conclusions de l'autorité. En définitive, le tribunal continue de procéder à un examen approfondi des preuves pour garantir la légalité des décisions, et les « difficultés » actuelles à satisfaire le critère d'établissement de la preuve tiennent souvent davantage à une extension de l'objet du contrôle qu'à un durcissement du contrôle exercé en lui-même.

Le Président s'interroge sur l'articulation de l'approche judiciaire dans des affaires telles que Hutchison et Marshall, dans lesquelles les tribunaux de première instance auraient appliqué un niveau de preuve trop élevé, avec l'idée que, dans les affaires de fusion, le critère d'établissement de la preuve serait la mise en balance des probabilités plutôt qu'un seuil d'absence de conviction. Est-ce que cela pourrait indiquer un glissement progressif vers une approche plus anglo-saxonne du critère d'établissement de la preuve ?

M. Wahl renvoie à l'affaire CK Telecoms dans laquelle le Tribunal de l'UE a statué qu'il devait y avoir une probabilité sérieuse que les théories du préjudice sont correctes avant d'interdire une opération de concentration. En effet, ces opérations requièrent des décisions intrinsèquement neutres, ce qui signifie qu'elles ne sont ni présumées licites, ni présumées illicites. Cette neutralité impose le même niveau de preuve tant pour autoriser que pour interdire une concentration, ne laissant qu'un choix équilibré entre les deux résultats. M. Wahl établit ensuite une comparaison avec les décisions de violation des articles 101 ou 102, dans lesquelles la situation diffère parce qu'elles ne sont contestées qu'après une allégation d'infraction. Il explique que dans les affaires de concentration, la question n'est pas de se forger une conviction au-delà du doute raisonnable, mais de soupeser des éléments de preuve de manière équilibrée.

Le Président demande ensuite des précisions sur le niveau de preuve requis dans les affaires portant sur des pratiques contraires aux articles 101 et 102. Il souhaite savoir si la Cour de justice exige que les preuves soient suffisamment solides pour éliminer tout doute, ce qui impliquerait que sans preuve irréfutable, toute condamnation est exclue.

M. Wahl précise son approche quant à l'examen des preuves : soit il était convaincu par la thèse de l'autorité, soit il ne l'était pas. Tout en reconnaissant que l'examen des opérations de concentration implique une « mise en balance des probabilités » pour établir l'infraction, que ce soit en matière administrative ou pénale, il est d'avis que les juges devraient être absolument convaincus de la culpabilité et non « suffisamment » persuadés. M. Wahl

ajoute que, lorsqu'il officiait à la Cour de justice et au Tribunal de l'Union européenne, il n'a pas connu de décisions dans lesquelles l'un de ces tribunaux se serait dit partiellement convaincu.

Le Président relève que cela corrobore ses propres constatations après avoir interrogé ses confrères sur le niveau de preuve qu'ils appliquaient, ces derniers ayant également indiqué qu'ils devaient être « convaincus », ce qui n'est pas nécessairement rassurant pour les autorités de la concurrence. Le Président évoque ensuite deux affaires de soumissions concertées en Roumanie, l'une portant sur les marchés du pain et du lait, l'autre sur ceux des pommes et du lait, dans lesquelles l'autorité de la concurrence roumaine s'est appuyée sur une analyse économique probabiliste pour conclure à une violation. Le Président invite la délégation roumaine à développer.

La délégation roumaine explique que l'une des principales difficultés lors de l'établissement de pratiques anticoncurrentielles est d'obtenir des preuves irréfutables, ce qui a conduit son autorité de la concurrence à compléter ses outils d'enquête traditionnels par une analyse économique. La délégation illustre son propos par une affaire impliquant quatre producteurs de produits laitiers qui étaient soupçonnés d'avoir coordonné leurs offres dans des marchés publics pour des programmes à destination d'établissements scolaires, un segment de marché qui concerne plus de deux millions d'enfants. Chaque entreprise avait soumis des offres en bonne et due forme pour chaque lot dans la région concernée, mais elles ne s'étaient pas réellement mises en concurrence les unes les autres lors de la procédure d'enchères électroniques, et chacune avait ainsi obtenu des lots distincts, sans chevauchements.

Pour déterminer si ces modèles d'offres pouvaient résulter exclusivement de prises de décisions indépendantes, l'autorité de la concurrence roumaine a appliqué une analyse probabiliste prenant en compte les contraintes de capacité de production indiquées par les entreprises. D'après ses calculs, sur les 14 000 possibilités de répartition des lots entre les quatre soumissionnaires, seules 48 auraient produit le scénario sans chevauchement auquel a abouti la procédure, soit une probabilité inférieure à 0.1 %. Cette faible probabilité, associée à la récurrence de la situation au fil des ans, a convaincu l'autorité que le modèle de soumission était le fait d'une collusion. Les quatre entreprises ont fini par admettre leur comportement anticoncurrentiel ; la décision de l'autorité de la concurrence a ensuite été confirmée en justice, dont la recevabilité de l'analyse économique comme mode de preuve.

Le Président s'adresse à la délégation israélienne pour aborder l'affaire du Port d'Ashdod, qui semble avoir donné lieu à une approche souple de l'application du critère d'établissement de la preuve. Relevant que, d'après la discussion, la charge de la preuve dont a dû s'acquitter le directeur général de l'autorité de la concurrence n'était pas d'un niveau particulièrement élevé, il demande à la délégation israélienne d'expliquer les ressorts de cette circonstance favorable.

La délégation israélienne explique que l'article 29A de sa loi sur la concurrence économique interdit tout monopole résultant d'un abus de position sur le marché qui réduit la concurrence ou porte préjudice au public. Si certains comportements sont expressément présumés abusifs, d'autres pratiques peuvent également être considérées comme abusives lorsqu'il existe un risque démontrable qu'elles nuisent à la concurrence.

L'affaire du Port d'Ashdod illustre la question des exigences de preuve d'un préjudice potentiel. Le Port d'Ashdod, qui détient un monopole dans le marché de l'importation de véhicules sur certaines routes maritimes, proposait des remises substantielles, individualisées et rétroactives à de grands importateurs sur les frais de manutention et d'entreposage dès lors qu'ils atteignaient certains seuils de déchargement. Ce système alliant confidentialité, seuils de gros volumes et application rétroactive était soupçonné de

dissuader les importateurs de se tourner vers le Port d'Haifa. Le Port d'Ashdod estimait que les effets préjudiciables pour la concurrence dans les affaires de rabais ne pouvaient être démontrés qu'à l'aide d'une analyse économique complexe appliquant le test du « concurrent aussi efficace ». Or, le Directeur général et le Tribunal de la concurrence ont tous deux décidé que la structure des remises créait une barrière significative à l'entrée pour le Port d'Haifa, en s'appuyant sur son effet incitatif probable sur les importateurs. Par la suite, la Cour suprême d'Israël a confirmé la décision d'abus de position dominante à l'encontre du Port d'Ashdod. L'un des juges a même préconisé un abaissement du niveau de preuve dans les marchés dans lesquels la concurrence est limitée, notamment lorsque l'intention d'éviction est évidente, tandis que les autres juges mettaient en garde contre un assouplissement injustifié du critère de la preuve, soulignant que les autorités restaient tenues de démontrer l'existence d'un risque plausible d'effets anticoncurrentiels.

Le Président remercie les différents spécialistes pour leurs contributions et note que certains juges se montrent réservés. La délégation du Taipei chinois est invitée à prendre la parole.

La délégation du Taipei chinois explique que sa loi relative à la loyauté des échanges ne définit pas explicitement le critère ou les règles de preuve dans les affaires de concurrence, ce qui laisse aux juges une latitude importante et conduit parfois à une jurisprudence inégale, en particulier dans les affaires d'entente qui reposent sur des preuves indirectes ou circonstancielles. Les tribunaux varient dans leur appréciation de l'analyse économique, souvent cruciale pour relier des preuves indirectes à un comportement collusoire. Pour y remédier, la loi relative à la loyauté des échanges a été modifiée afin de préciser certains facteurs économiques et caractéristiques des marchés qui peuvent être utilisés comme preuves indirectes. L'autorité de la concurrence a également organisé au mois de juillet un premier atelier de sensibilisation à destination des juges consacré à la bonne application de l'analyse économique aux fins de l'établissement de faits d'entente. Face au succès inattendu du programme, le Taipei chinois prévoit de le reconduire dans l'espoir qu'un dialogue régulier entre les juges et l'instance d'application du droit améliorera la clarté et la cohérence des règles de preuve.

Le Président relève que dans certaines juridictions, les juges se montrent méfiants à l'égard de l'autorité de la concurrence, craignant qu'elle cherche à s'immiscer dans la détermination du niveau de preuve, et que le dialogue entre ces deux instances varie en fonction des pays. La délégation lettone est à présent invitée à faire part de son expérience quant aux difficultés à définir le marché en cause et à analyser les effets d'une opération de concentration.

La délégation lettone explique que son autorité de la concurrence applique le critère « plus probable qu'improbable » dans les affaires de concentration. Malgré cela, dans l'affaire *Maxima* présentée dans sa contribution, le tribunal de première instance a appliqué le critère plus strict du « degré de probabilité élevé » et infirmé la décision de l'autorité de la concurrence. En appel, la Cour administrative suprême a réaffirmé l'application du critère « plus probable qu'improbable ». Pourtant, tout au long de la procédure, l'affaire a révélé des lacunes dans les expertises judiciaires sur les questions économiques complexes : le tribunal de première instance avait désigné des experts qui ne disposaient pas de compétences solides en droit de la concurrence et dont les conclusions n'étaient pas étayées par une analyse rigoureuse. La délégation lettone insiste sur l'incertitude actuelle dans la jurisprudence nationale quant à la marge d'appréciation dont disposent les autorités de la concurrence lors du recours aux analyses économiques. L'affaire *Maxima* est toujours en cours et continue de donner lieu à des controverses sur les données et le choix des méthodes économiques ainsi que sur leur interprétation, notamment en ce qui concerne la définition des marchés en cause. La délégation lettone espère voir davantage de cohérence dans les

décisions des tribunaux du pays à mesure que la dynamique des marchés évolue et que les affaires de concurrence gagnent en complexité, et souligne l'importance de clarifier le critère d'établissement de la preuve et de reconnaître la compétence de l'autorité en matière économique.

Le Président fait observer que dans de nombreuses juridictions, les positions varient d'un tribunal à l'autre, ce qui crée de l'incertitude pour les autorités de la concurrence quant à ce qui doit être prouvé. Il ajoute que la Pologne a signalé des difficultés à déterminer si un comportement était constitutif d'une restriction par objet ou par effet, notamment dans les affaires de fixation des prix de revente.

La délégation polonaise confirme que la distinction entre infractions « par objet » et « par effet » a suscité d'intenses débats au sein de l'Union européenne, tout particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix de revente. Historiquement, l'autorité de la concurrence polonaise examinait les faits de fixation des prix de revente à l'aune du droit national, parfois en conjonction avec le droit de l'Union, ce qui a conduit à une activité considérable des tribunaux et à des interprétations divergentes par ces derniers. Les juges des degrés inférieurs cherchaient parfois à appliquer une analyse plus économique, ou basée sur les effets, pour les pratiques verticales de fixation des prix, mais peinaient à définir le critère ou l'élément de preuve spécifique qui était requis. En revanche, la Cour suprême de Pologne a toujours considéré les faits de fixation des prix de revente comme des infractions par objet, ce qui a conduit à des frictions entre tribunaux de différents degrés. Depuis quelques années, dans ces affaires, la Pologne applique de plus en plus le droit national conjugué aux règles de concurrence de l'UE. Le pays a salué la décision préjudicielle rendue par la Cour européenne de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Super Bock Bebidas*, qui a précisé les critères de détermination des restrictions par objet dans les affaires de fixation des prix de revente. Néanmoins, la délégation polonaise explique que son système judiciaire ne fournit toujours pas d'orientations claires et unifiées sur la direction que doivent prendre les efforts d'application du droit, et oscille entre l'approche ancienne excluant toute analyse économique et une approche nouvelle, plus économique. Alors que tout critère d'établissement de la preuve doit pouvoir être mis en œuvre au sein de son propre cadre institutionnel, elle craint que, à défaut d'orientations claires, des évolutions timides voire neutres de la jurisprudence puissent être interprétées comme le signal d'un glissement plus large vers une analyse basée sur les effets.

Le Président remercie la délégation polonaise et invite celle de la Hongrie à prendre la parole.

La délégation hongroise présente l'évolution de la position de ses tribunaux en ce qui concerne la catégorisation des infractions « par objet » ou « par effet » et cite à ce titre plusieurs affaires dont le pays a eu à connaître qui ont conduit à des décisions préjudicielles de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour suprême hongroise applique généralement une approche conforme à la jurisprudence de l'UE et considère qu'une enquête portant sur un comportement qui serait constitutif d'une restriction « par objet » n'a pas à faire intervenir une analyse exhaustive des effets sur le marché. Bien que dans la majorité des cas, les tribunaux hongrois aient confirmé les décisions de l'autorité concluant à des infractions par objet, ils ont parfois considéré que les éléments de preuve étaient insuffisants.

La délégation hongroise cite une affaire récente dans laquelle la Cour suprême a élargi la catégorie des infractions par objet en y incluant les « accords de non-débauchage actif » par lesquels des entreprises avaient explicitement accepté de ne pas solliciter ou embaucher leur personnel respectif. Dans une espèce concernant une société de services RH, le tribunal a vu dans l'accord concerné une forme de restriction de l'offre et l'a considéré comme une infraction par objet en raison de son mécanisme de sanctions intégré. Toutefois, d'autres

types d'accords de non-débauchage ont reçu un traitement différent : lorsque les parties avaient simplement accepté de ne pas embaucher leur personnel respectif précédemment employé en sous-traitance, le tribunal a estimé que cela n'était pas automatiquement constitutif d'une restriction par objet et qu'une analyse des effets réels ou potentiels était alors nécessaire.

En ce qui concerne la nécessité de démontrer un effet sur les échanges entre des États membres de l'UE, la délégation hongroise explique qu'un arrêt récent impose à l'autorité de la concurrence nationale de prouver la délimitation du marché et la part de marché avec une rigueur très proche de celle exigée pour établir l'infraction sous-jacente elle-même, le niveau de preuve se rapprochant alors du seuil de conviction « au-delà du doute raisonnable ». Le représentant de la Hongrie reconnaît que cette exigence liée à la démonstration de l'impact transfrontières a pour effet de relever le niveau de preuve, mais précise que la Hongrie est prête à s'adapter en conséquence.

Le président remercie la délégation de la Hongrie et invite celle de la Grèce à présenter ses observations.

La délégation grecque explique que son cadre juridique ne fixe pas formellement de critères d'établissement de la preuve pour les affaires de concurrence et que ces derniers évoluent donc au gré de la jurisprudence. Les tribunaux grecs admettent les preuves tant directes qu'indirectes, y compris les présomptions, afin de pallier les difficultés inhérentes à l'établissement de conduites anticoncurrentielle complexes, souvent dissimulées. Cependant, les parties, en particulier dans les enquêtes sur les abus de position dominante, insistent souvent pour qu'une analyse économique détaillée soit menée et considèrent que la Commission grecque de la concurrence (HCC) devrait appliquer une approche rigoureuse fondée sur les effets.

Deux récentes affaires d'abus de position dominante illustrent la façon dont les tribunaux traitent les preuves économiques. Dans une première affaire dans le secteur des collations salées, le principal point de contentieux tournait autour de l'intégration ou non des noix sous emballage au marché des collations salées. Le défendeur avait présenté de nombreuses études quantitatives, dont un test selon le critère de l'augmentation limitée mais significative et non transitoire du prix, dit test SSNIP, une analyse de corrélation des prix et une analyse de co-intégration, à l'appui de la prise en compte d'un marché plus large. Mais la HCC a considéré que les données et les hypothèses utilisées pour ces analyses étaient biaisées ou non fiables. En définitive, la Commission a exclu les noix du marché en cause : la cour d'appel a confirmé cette décision dans un arrêt qui n'a pas été attaqué par la suite. Une enquête portant sur le marché des bières a donné lieu à un scénario similaire : l'entreprise historique concernée avait présenté des modèles économiques pointus (avec notamment une analyse des pertes critiques et l'application du système de demande quasi-idéale) pour contester la décision de la HCC qui avait conclu à une position dominante. Ici encore, la HCC a considéré que ces études n'étaient pas suffisamment étayées. Les tribunaux ont confirmé le constat d'une position dominante auquel avait abouti la Commission, reconnaissant ainsi son pouvoir d'appréciation discrétionnaire de la qualité et de la fiabilité des preuves économiques.

Le président relève que plusieurs participants ont fait part d'un certain scepticisme quant aux analyses économiques proposées, ce qui suggère que la confiance qu'ils prêtent aux économistes n'est pas toujours élevée. Il introduit ensuite la dernière partie de la table ronde en se concentrant sur les évolutions qui pourraient permettre de remédier aux difficultés évoquées au fil de la discussion. Le Président revient également sur le débat sur la classification des violations en infractions par objet ou par effet. Il constate que, tandis que certaines juridictions ont intégré une présomption d'infraction par objet dans leur législation, dans d'autres juridictions, cette catégorisation résulte de la jurisprudence. En

référence à la discussion engagée par M. Wahl sur les conditions et le bien-fondé des présomptions, le Président souligne que cette discussion devrait être abordée dans le cadre du programme d'action tourné vers l'avenir. Il invite ensuite M. Kalintiri à faire part de ses impressions sur l'évolution potentielle du recours aux analyses économiques dans l'application du droit de la concurrence.

M. Kalintiri récapitule les difficultés auxquelles font face les autorités de la concurrence pour satisfaire au niveau de preuve requis, notamment dans le cadre d'une approche plus économique, et propose trois pistes de réflexion.

1. Améliorer la faisabilité de l'approche « plus économique » : plutôt que de l'écarter purement et simplement, il conviendrait de clarifier et de rendre opérationnels les critères de fond sur lesquels reposent les tests, notamment en identifiant précisément le seuil de préjudice requis et les facteurs utilisables pour l'analyse. Les autorités pourraient également employer des « raccourcis analytiques » tels que des équivalents, des postulats et des présomptions, dès lors que l'affaire s'y prête. Un équivalent est un élément de mesure indirect qui permet de fournir une estimation d'un facteur difficile à quantifier (par ex., les téléchargements d'une application pour évaluer le pouvoir de marché). Un postulat est une proposition qui érige en généralité un fait fréquemment observé sur un marché (par ex., partir du principe que les ententes nuisent à la concurrence) et qui fournit un étalon de la conduite normale. Une présomption a pour effet de déplacer ou de satisfaire la charge de la preuve dès lors que certaines conditions sont remplies (par ex., le fait d'assister à une réunion collusoire caractérise le consentement, sauf preuve contraire). Ces mesures peuvent renforcer l'efficacité de l'application du droit sans saper l'équité des procédures tant qu'elles reposent sur un raisonnement solide et sont définies de façon suffisamment claire pour permettre une défense efficace de l'entreprise visée.
2. Répondre rapidement aux évolutions et perturbations du marché : la prospective stratégique est cruciale en ce qu'il faut anticiper activement les évolutions des technologies, des modèles d'affaires et des environnements économiques. Ces efforts sont souvent engagés bien avant toute enquête officielle, par exemple par une veille constante des marchés et l'actualisation régulière des instruments d'orientation non contraignants.
3. Doter les autorités de pouvoirs d'enquête et de capacités institutionnelles solides : les autorités doivent disposer d'outils, de capacités et de compétences adéquats pour traiter les preuves, et être en mesure de collecter et d'analyser des ensembles de données vastes et complexes. La rationalisation de ces processus permet aux instances compétentes de s'acquitter plus efficacement de la charge de la preuve et de défendre adéquatement leurs décisions lors du contrôle juridictionnel.

5. Efficacité de l'application du droit et équité procédurale

Le Président donne maintenant la parole à M. Pablo Ibañez-Colomo.

M. Pablo Ibañez-Colomo souligne qu'il est primordial d'assurer l'efficacité de l'application du droit, tout en insistant sur la nécessité de distinguer deux stratégies. D'un côté, les autorités peuvent chercher à modifier la loi en établissant des interdictions de principe ou des présomptions, ce qui peut être à la fois compliqué et potentiellement mal venu car ces modifications peuvent compromettre l'équilibre difficile entre exactitude, prévisibilité et efficacité. D'un autre côté, l'application du droit peut être améliorée au sein

des cadres juridiques existants en précisant la façon dont sont appliquées les approches fondées sur les effets (ou « plus économiques »).

À cet égard, il suggère de donner davantage de poids aux « équivalents », qui sont des mesures indirectes qui simplifient la démonstration d'un préjudice pour la concurrence sans imposer les mêmes exigences de preuve ou d'analyse qu'entraîne l'élaboration de modèles économiques complets. Pour illustrer son propos, M. Pablo Ibañez-Colomo cite l'arrêt Intel de la Cour de Justice de l'UE, dans lequel cette dernière a énuméré des facteurs tels que la couverture du marché par le système de rabais et l'importance de la position dominante de l'entreprise. Plutôt que de les ériger en présomptions formelles, ces facteurs peuvent faire office de seuils pratiques et ainsi guider plus efficacement les autorités dans leur démonstration d'un préjudice probable tout en préservant l'essence de l'approche fondée sur les effets. Avec le temps, un dialogue régulier entre les autorités de la concurrence et les tribunaux pourrait clarifier et affiner ces équivalents afin de rendre l'analyse plus prévisible et plus praticable, sans avoir à s'en remettre à des règles *per se* ou à modifier les critères fondamentaux d'établissement de la preuve.

Le Président remercie M. Ibañez-Colomo et note que ses propos complètent ceux de M. Kalintiri. Il donne ensuite la parole à M. Wahl.

M. Wahl s'interroge sur la nature et l'utilité des présomptions dans le droit de la concurrence, notamment eu égard à la distinction entre infractions par objet et par effet. Il note que certaines présomptions sont réfragables, dans la droite ligne du principe de présomption d'innocence, tandis que d'autres n'ont pas à l'être, sous réserve qu'il soit fermement établi que la pratique en question est intrinsèquement préjudiciable. Il cite en exemple l'affaire Alliance, en Hongrie, et s'inquiète de ce que certains accords aient été classés en infractions par objet malgré le peu d'éléments étayant leur impact prétendument négatif sur la concurrence. L'efficacité des présomptions repose sur la création d'un juste équilibre entre efficacité de l'application du droit et sécurité juridique. Une pratique dont le caractère préjudiciable est démontré par de nombreuses données historiques ou une expérience constante peut légitimement être traitée selon la règle *per se* ou par objet, ce qui permet d'économiser les ressources lors de l'enquête. En revanche, les pratiques nouvelles ou encore peu comprises ne devraient pas être automatiquement catégorisées en infractions par objet, à moins d'une démonstration solide et de constatations bien documentées de leurs effets délétères pour la concurrence. M. Wahl note également que d'autres cadres juridiques, tels que le droit des consommateurs ou le Règlement sur les marchés numériques (DMA), peuvent interdire purement et simplement une pratique, sans qu'il soit donc nécessaire de mener une analyse détaillée de ses effets, ce qui offre une illustration supplémentaire de la façon dont le législateur et les tribunaux cherchent à concilier simplicité administrative et nécessité de preuves économiques rigoureuses.

Le Président remercie M. Wahl et lui demande si l'analyse économique seule peut justifier l'issue de l'application du droit.

M. Wahl répond par l'affirmative, au vu de son expérience personnelle.

Mme Domper proteste, expliquant que chaque affaire est unique et devrait donc être examinée de manière individuelle. En sa qualité d'économiste, elle n'apprécie pas les présomptions et estime que le risque de faux positif (erreur de type 1) l'emporte sur le risque de faux négatif.

M. Wahl lui demande en retour si cela se justifie d'enquêter sur toutes les affaires si, sur 100 affaires d'ententes, une ou deux seulement sont susceptibles d'être bénéfiques ?

Mme Domper estime que la sévérité des sanctions infligées dans les affaires d'ententes justifie en effet de se montrer prudent.

M. Wahl rétorque que toute présomption crée inévitablement certaines injustices, étant donné que le propre des présomptions est de tirer une généralité à partir de l'expérience plutôt que d'examiner chaque situation individuellement. Or, ce compromis est souvent considéré comme nécessaire à une application efficace du droit au vu des ressources limitées des autorités. Sans présomptions, les autorités de la concurrence seraient contraintes de diligenter une enquête approfondie pour chaque infraction suspectée, ce qui se révélerait extrêmement onéreux. Les présomptions permettent aux instances compétentes de se concentrer sur les conduites qui suscitent les préoccupations les plus graves, et l'analyse économique aide ensuite à déterminer si une pratique a effectivement pour effet de restreindre la concurrence. Citant les ententes à titre d'exemple, M. Wahl indique que le caractère bien établi du préjudice justifie de les traiter en infractions par objet, sans mener d'enquête approfondie, au cas par cas.

Le Président constate que les spécialistes semblent s'entendre sur le fait que leurs vues sont irréconciliables et annonce que, en raison de contraintes de temps, toutes les contributions ne pourront pas être abordées. Il évoque néanmoins brièvement celle de l'Indonésie, où des discussions entre parties prenantes sont en cours concernant le critère d'établissement de la preuve qui serait le plus adapté, dans une tentative de concilier débat démocratique et complexité croissante des marchés modernes. Il se tourne vers la délégation suédoise, dont l'autorité de la concurrence a confié à des chercheurs indépendants la mission d'évaluer son activité contentieuse de 2016 à 2021, et l'invite à présenter les principaux éléments à retenir de cet examen externe.

La délégation suédoise explique qu'après la création en 2016 d'une cour d'appel spécialisée dans les affaires de concurrence, l'Autorité de la concurrence suédoise a eu le plus grand mal à remporter ses procès en appel. De 2016 à 2021, huit affaires à l'initiative de l'autorité ont été attaquées devant la cour d'appel, avec une issue défavorable pour la plupart. Au cours de cette même période, les actions privées en dommages et intérêts peinaient également à aboutir en appel. En réaction, l'autorité a chargé des chercheurs indépendants d'analyser ses performances contentieuses et de proposer des pistes d'amélioration.

Parmi les recommandations formulées figurent le perfectionnement des méthodes de détermination des affaires à traiter en priorité, l'établissement de délais internes pour rationaliser les enquêtes et le renforcement des contrôles de la qualité par des vérifications et des contrepoids supplémentaires. Malgré de premiers signes encourageants, comme en témoigne un récent jugement de première instance confirmant la décision de l'autorité, la délégation suédoise indique qu'il est trop tôt pour en déduire un réel tournant. Les chercheurs ont également suggéré de soumettre le niveau élevé de preuve dans les affaires de concurrence en Suède à l'examen de la Cour de Justice de l'UE par le biais d'un renvoi préjudiciel, sachant que les règles de preuve appliquées au niveau national ne doivent pas compromettre indûment l'efficacité du droit de la concurrence européen. Toutefois, cette possibilité n'a pour l'heure pas été mise en œuvre. La délégation suédoise indique également que les chercheurs ont constaté que, même si le critère d'établissement de la preuve continue de relever de la compétence des États, il ne doit pas empêcher l'application effective du droit de la concurrence de l'UE. L'une des solutions consisterait à demander une décision préjudicielle à la Cour de justice de l'UE pour déterminer si le niveau de preuve retenu en Suède contrevient à ce principe, mais cette approche n'a pas encore été tentée dans le cas de la Suède.

Le Président remercie la délégation suédoise. Il mentionne brièvement la contribution du Japon, qui a établi des interdictions par la voie législative dans le marché des appareils mobiles, montrant ainsi que les évolutions législatives peuvent rationaliser l'application du droit. Cette situation rappelle les observations de la délégation chilienne, qui indiquait que

la présence d'économistes au sein de son Tribunal de la concurrence compliquait la tâche de l'autorité de la concurrence et ajoutait une difficulté inattendue par rapport à la composition habituelle des tribunaux. **Le Président** annonce ensuite la clôture des débats de ce jour.