

# & concurrence consommation

Revue trimestrielle de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

## Les actes des Ateliers

Exclusivité et consommation  
(novembre 2006)

➤ Grande distribution  
et concurrence

(décembre 2006)

➤ Soins et consommation

(décembre 2006)

Spécial Juin 2007

La documentation Française



# Les enjeux économiques

## Maurice Nussenbaum

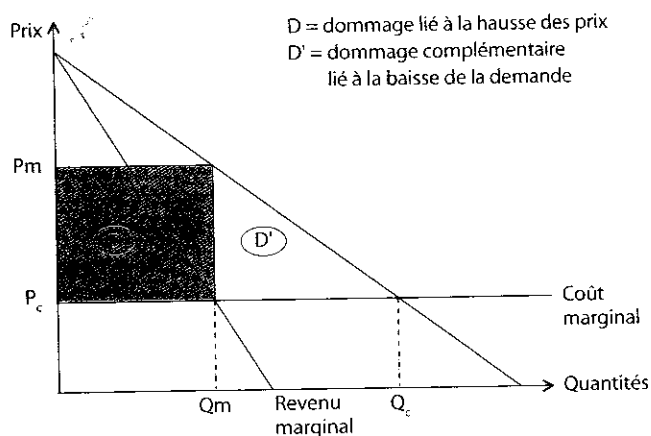
Professeur à l'université de Paris-Dauphine, expert financier agréé par la Cour de cassation, associé de Sorgem Évaluation

Nous allons parler successivement de l'analyse économique des sanctions et de la réparation ; ensuite, des problèmes d'évaluation de préjudice.

## I. L'analyse économique des effets des pratiques anticoncurrentielles et des actions civiles

Nous savons que les effets des pratiques anticoncurrentielles sont principalement d'accroître les prix, du fait des comportements monopolistiques et d'ententes, mais aussi de diminuer les incitations à la recherche et au progrès économique et également de développer des dépenses improductives pour entretenir des barrières à l'entrée et des rentes.

Mais, dans certains cas, les concentrations peuvent aussi contribuer au progrès économique. Il faut donc se livrer à une analyse coûts-avantages pour démontrer que les effets positifs sont susceptibles de l'emporter sur les effets négatifs.



Ces effets négatifs sont essentiellement des effets de transfert de revenus et d'éviction. On les représente généralement par un triangle et un rectangle. L'éviction par un triangle, le triangle D' : c'est le préjudice lié à une baisse de la demande. Au lieu d'avoir une demande située au niveau  $Q_c$  (cf graphique ci-dessus), du fait des restrictions imposées par l'entente ou le monopole, une quantité inférieure  $Q$  sera produite et, de ce fait, des consommateurs seront privés. Si le triangle D mesure l'éviction, le rectangle D, en revanche, mesurera le transfert de revenus. Les consommateurs qui subsisteront consommeront cette quantité  $Q$  et paieront un prix  $P$  au lieu

du prix  $PC$ . Le rectangle va donc mesurer le transfert de revenus des consommateurs vers les entreprises. C'est cela qu'essaie de mesurer M. Nannes, dans la description qu'il nous a faite tout à l'heure.

Dans ce contexte, la sanction a pour objet de dissuader les auteurs d'actions anticoncurrentielles en leur faisant perdre les avantages de leur stratégie, et en leur faisant restituer à la collectivité le dommage causé, d'où la nécessité d'apprécier le dommage causé à l'économie. Schématiquement, celui-ci devrait se limiter à la perte de surplus des consommateurs, c'est-à-dire au triangle, et l'on devrait considérer que le rectangle est un transfert de revenus des consommateurs vers les entreprises qui devrait faire plutôt l'objet de la réparation civile. En pratique, on constate que le triangle est difficile à évaluer, puisqu'il suppose de pouvoir caractériser la droite de demande, de mesurer son élasticité. On voit souvent, dans les décisions du Conseil de la concurrence, des références au rectangle, où il est dit que, finalement, le consommateur a payé  $X\%$  plus cher et que cela se traduit par un surplus de chiffre d'affaires de  $Y\%$ .

En revanche, pour les consommateurs, il est clair que le rectangle D constitue leur préjudice. Mais la sanction doit simultanément prendre en compte les deux (triangle et rectangle) pour qu'il y ait une réparation globale au niveau collectif. Elle doit aussi prendre en compte – et c'est souvent là qu'interviennent la difficulté et les malentendus avec les juristes – son caractère effectif. De ce fait – et c'est le résultat de l'analyse des économistes qui se sont intéressés notamment à l'analyse du crime –, il faut prendre en compte la probabilité de détection de l'infraction et de condamnation ( $p$ ) pour définir le montant de la sanction. Au niveau global de l'économie, pour qu'il y ait réparation, il faut que cette probabilité affectée à la sanction soit égale à la totalité du dommage ou bien que la sanction soit égale à la totalité du dommage divisée par la probabilité. Ainsi – et c'est ce qui choque les juristes –, la sanction doit être supérieure aux dommages. D'ailleurs, plus la probabilité de détection et de sanction sera faible, plus la sanction va augmenter, puisqu'elle est multipliée par l'inverse de la probabilité, qui dépend du coût de détection et des coûts d'exécution de la décision de justice. Si l'on suppose, par exemple, qu'on a une probabilité de l'ordre d'un tiers, il faudra multiplier la sanction par trois : implicitement, le triplement du dommage correspond à cette idée que, finalement, toutes les infractions ne sont pas réprimées et que celles qui le sont paient pour les autres (environ une infraction sur trois). Multiplier par trois permet de réparer l'ensemble des dommages causés à la collectivité.

En France, ce ne sont pas ces critères qui sont prévus par la loi, puisque chaque sanction doit être motivée et déterminée en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage à l'économie et de la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné, mais aussi de la situation du groupe auquel l'entreprise appartient. Mais vous remarquez que, quand on se réfère à l'importance du dommage causé à l'économie, il n'est pas indiqué de quelle manière ce dommage est pris en compte. La sanction n'est pas égale au dommage causé à l'économie, elle est fonction de ce dommage. Les plafonds ont été modifiés

par la loi « nouvelles réglementations économiques » (NRE), passant à 10 % du chiffre d'affaires mondial pour les personnes morales ; et ils ont rejoint les seuils communautaires. La loi NRE permet aussi au ministre de demander la cessation des pratiques et la répétition de l'indu avec une amende civile, dans la limite de deux millions d'euros.

Aux États-Unis, la situation est très différente. Les actions se répartissent entre le pénal et le civil. Elles sont menées par le Département de la justice et la FTC<sup>1</sup>, ainsi que par les victimes, avec, comme nous l'avons vu, un triplement des dommages qui s'ajoute aux sanctions administratives et pénales et qui sont tout à fait significatives.

Concernant l'administration de la sanction aux États-Unis, il ne serait théoriquement pas du ressort du concurrent de poursuivre l'atteinte à un droit collectif ; en pratique, le concurrent s'avère souvent être l'acteur le plus efficace pour exercer les poursuites, d'où son rôle essentiel dans le système américain, avec, comme élément d'incitation, le triplement du dommage.

La philosophie est différente en France, puisque l'élément incitatif n'est pas intégré dans le système, sauf peut-être avec les procédures de clémence. On considère que le système américain n'optimise pas la réparation des dommages causés à la collectivité, puisqu'il s'adresse essentiellement aux pertes privées et qu'il n'est guidé que par ces pertes privées. Mais on constate aussi qu'il est effectif, puisque 90 % des décisions sont prises sur la base d'actions civiles, alors qu'en France il n'existe pratiquement pas d'action civile autonome. Le faible nombre qui existe fait suite à des décisions du Conseil de la concurrence. Les actions civiles ont pourtant un intérêt majeur, puisqu'elles renforcent les effets dissuasifs, qu'elles permettent une justice correctrice et qu'elles complètent l'arsenal incitatif – ce point est très important –, du fait des informations disponibles pour les acteurs privés, qui s'avèrent complémentaires de celles détenues par les acteurs publics. Elles permettent surtout de mieux diffuser les règles et la culture de la concurrence.

Finalement, pour les économistes, il y a complémentarité entre les deux types d'actions, et aucun système ne peut reposer efficacement et exclusivement sur l'une ou l'autre des actions administratives ou civiles. C'est aussi l'un des points de base de réflexion du *Livre vert*.

Par ailleurs, en France, on constate que l'action civile est peu effective, sauf en matière d'atteinte aux droits privatifs, par exemple la concurrence déloyale, et que l'action administrative est essentielle. Mais la détermination de la sanction n'est pas suffisamment objective au sens propre : quelle est l'échelle de valeur du juge ? Ce n'est pas toujours très transparent et les plafonds sont souvent sans lien avec le préjudice, puisque la formule de plafonnement à 10 % du chiffre d'affaires n'est pas directement liée au préjudice causé.

Les sanctions civiles ne sont qu'un complément peu employé de l'action administrative. Elles sont peu efficaces,

à cause du système français d'administration de la responsabilité civile. En effet, on rencontre le problème de la preuve et l'absence de procédure de *discovery*<sup>2</sup> dans la procédure civile, qui constitue un frein pour le demandeur de l'action civile. Les juridictions civiles n'ont pas toujours été adaptées à l'analyse économique, ce qui peut conduire, pour définir le préjudice, à des décisions divergentes, renforcées par la règle du pouvoir souverain du juge du fond. La règle de réparation *in integrum* est peu dissuasive, puisqu'elle ne tient pas compte de la probabilité de détection. Ainsi, il peut toujours être « intéressant » pour un acteur de se livrer à une pratique anticoncurrentielle, s'il considère que la probabilité de sanction est inférieure aux bénéfices qu'il peut en tirer. Cette règle ne tient pas non plus compte des profits illicites, si ceux-ci n'ont pas généré de perte pour la victime. De fait, seule l'action pénale présente une efficacité à côté de l'action administrative. Sa limite est qu'elle n'a pas pour objet de déterminer le préjudice privé. Pour ce faire, il faut répondre à ces questions : démontrer la faute, le préjudice, le lien direct entre les deux. On peut ensuite être en droit d'obtenir une réparation limitée au préjudice subi.

La faute est constituée par la constatation d'une pratique anticoncurrentielle. Il s'agit d'une responsabilité stricte, et ce point est largement discuté dans le *Livre vert*. Il faut faire attention aux causes multiples. Notamment, l'entreprise pouvait déjà être en perte de vitesse avant le préjudice. Il faut donc distinguer, parmi les causes, celle qui a directement entraîné le préjudice. Enfin, à la différence de la *common law*, le demandeur ne pourra pas obtenir réparation des avantages obtenus de manière illicite par l'auteur du dommage. La notion de *disgorgement of profit*<sup>3</sup> n'existe pas en droit civil. Ce profit ne peut être obtenu dans la réparation que s'il a eu pour conséquence un appauvrissement de la victime. De ce fait, le demandeur se trouvera dans une situation difficile, puisqu'il devra apporter les preuves des gains illicites de l'auteur du dommage, sans pour autant toujours avoir les moyens d'aller rechercher des preuves. L'entreprise devra donc démontrer quelle aurait été sa situation en l'absence de fait dommageable, ce qui est difficile en cas d'entente ou de monopole pour une entreprise naissante, puisque cela suppose de modéliser la situation éventuelle. La loi a bien prévu que le ministre pouvait demander réparation à la place de la victime défaillante. Mais, à ce jour, à ma connaissance, cette disposition n'a pas été largement suivie d'effet.

Les actions civiles peuvent s'exercer dans les cas classiques des articles 80 et 82 du traité de Rome, en tant qu'abus de position dominante. Mais il faut aussi prendre en compte, malgré la grande diversité des cas de cette typologie, le fait que la victime est toujours confrontée à une situation d'éviction totale ou partielle.

2 *Discovery* : phase d'investigation de la cause préalable au procès. Elle fait obligation aux parties de produire tous les éléments de preuve dont elles disposent sous peine de sanctions pénales.

3 *Disgorgement of profit* : sanction pécuniaire prononcée à l'encontre d'une entreprise convaincue d'enrichissement sans cause, afin de l'empêcher d'en tirer profit.

1 Federal trade commission.

Par rapport à cette question, les hypothèses proposées par le *Livre vert* de la Commission en vue d'améliorer l'efficacité de l'action civile sont au nombre de cinq : il faut améliorer l'accès aux preuves pour les demandeurs. Cela résulte d'une analyse selon laquelle on se trouve dans une situation d'asymétrie de l'information, puisque le demandeur doit prouver et que le défendeur détient les preuves. Il faut donc à la fois faciliter cet accès aux preuves et, en même temps, réduire la charge pour le demandeur de les rechercher, d'où la notion d'informations « *reasonably identified* ». Dans ce domaine, il faut également prévoir la possibilité de communiquer les informations recueillies par les autorités de la concurrence, dans le cadre de leur procédure ; c'est en particulier le cas des programmes de clémence, qui se sont avérés plus efficaces que les dommages punitifs. Les dommages punitifs s'appuient sur une vision statique de la probabilité de détection. Ainsi, si l'on a une probabilité d'un tiers, on triple le dommage. Le programme de clémence a un caractère dynamique, et s'appuie sur la théorie des jeux avec le paradoxe du prisonnier : théoriquement, chaque partenaire de l'entente aurait intérêt à se taire ; en pratique, l'un d'entre eux aura toujours intérêt à parler, et donc, de ce fait, la probabilité de détection va se trouver améliorée. Plus cette dernière s'améliore, moins on a besoin de dommages punitifs.

Le *Livre vert* propose également d'alléger les charges de la preuve pour le demandeur. Il évoque la notion de « *just and reasonable estimate* ». Il propose aussi d'introduire la possibilité d'un doublement des dommages. Là encore est soulevée la question de la cohérence avec les sanctions civiles. Mais l'on se retrouve dans un problème qui est, d'une part, l'atteinte à un droit subjectif, c'est-à-dire à la privation d'une victime, et, d'autre part, celui du droit de la collectivité à bénéficier d'une situation de concurrence. Le *Livre vert* propose aussi de recourir aux *class actions*, ou actions collectives, mécanisme cohérent avec le caractère collectif des dommages. Il évoque également le problème de la *passing-on defence* dont on a parlé dans le cas américain : il suggère de l'exclure au profit des acheteurs indirects. Sur le plan économique, la question posée est celle de l'incitation à agir des acheteurs directs. Quant aux problèmes du programme de clémence, ils sont justifiés par l'analyse coûts-efficacité de ces programmes, puisqu'ils accroissent la probabilité de détection.

## II. Les problèmes rencontrés par l'expert économiste pour évaluer les dommages

Je vais maintenant passer au problème de l'évaluation du préjudice, tel qu'il se pose à l'économiste. Son rôle peut se situer dans la mise en évidence des pratiques. Il est alors de contribuer à définir le marché pertinent, en analysant la substituabilité des produits, ou de définir des prix excessifs ou prédateurs. Il réside aussi dans la détermination du lien direct, question complexe puisque ce lien n'est jamais totalement direct. Il faut passer de la notion de « lien direct certain » à celle de « lien très probable ».

Quels sont les moyens de preuve du lien direct ? Nous avons la comparaison avant/après, par exemple s'il existe une entente sur les prix entre les fournisseurs : une société cliente voit baisser ses marges après une hausse de ses prix d'achat. En l'absence d'autre cause, elle pourra invoquer un lien direct entre la baisse de ses marges et la hausse des prix résultant de l'entente. Il peut aussi s'agir de recherche de simultanéité ou de corrélation. On sait que la corrélation n'est pas une preuve de causalité, mais elle peut y contribuer. On peut notamment analyser la corrélation entre l'évolution du chiffre d'affaires d'une société et des indicateurs économiques du secteur, si l'évolution était auparavant corrélée et qu'elle se « décorrèle » ensuite. On peut alors justifier qu'il s'agit d'un effet des pratiques anticoncurrentielles.

Une fois que l'on a établi de manière raisonnablement certaine l'existence du préjudice, il faut ensuite le mesurer. La mesure, elle, est souvent incertaine. Elle peut même être aléatoire. Or, ces deux notions sont complémentaires et ne se superposent pas. La démonstration de l'existence du préjudice est une chose ; la mesure en est une autre. S'il est clair que l'existence doit être prouvée de la manière la plus certaine possible, la mesure, elle, emprunte nécessairement à des analyses plus probabilistes.

Alors, quelles sont les alternatives lorsque l'on est face à une mesure aléatoire ? C'est de définir le quantum certain, celui qui est le plus probable, ou le quantum le plus probable diminué d'un abattement pour incertitude ; définir l'intervalle de variations du quantum. Sur le plan pratique, toutes ces questions soulèvent des difficultés. C'est d'ailleurs pour cela qu'aux États-Unis l'Uniform Commercial Code (UCC) a souligné l'idée que les dommages compensatoires ne sont qu'une approximation et qu'ils doivent être prouvés avec la précision qui est autorisée par les faits et pas plus. On ne peut pas demander une précision microscopique à des faits qui sont, eux, macroscopiques. C'est donc la nature des faits qui va déterminer le niveau de précision possible.

Cela évoque une autre question : qui doit être pénalisé par l'incertitude de la mesure ? Dans le système de *civil law*, c'est principalement le demandeur, puisqu'il lui incombe de démontrer son préjudice. Mais on voit bien le caractère discutabile de cette règle. Le défendeur doit-il bénéficier de l'incertitude, dès lors qu'il ne fournit pas toutes les informations utiles ? Et il ne les fournit que si on l'enjoint à les fournir. Mais pour le pouvoir, encore faut-il pouvoir les déterminer. C'est là où se situe le débat sur la *discovery*, dont on connaît les excès par ailleurs. La question consiste à trouver un équilibre entre le fait de noyer le demandeur et le tribunal sous les documents inutiles ou inexploitable et le fait de ne rien fournir du tout. On peut donc penser que les effets de l'incertitude doivent être partagés. C'est ce que propose le *Livre vert* lorsqu'il parle de « *just and reasonable estimate* ».

Le système de la *civil law*, en France en particulier, est celui de l'intégralité de la réparation. Les préjudices comprennent des pertes subies et des manques à gagner, à la fois pour le passé et pour le futur. Pour les pertes subies, il s'agit principalement de coûts supplémentaires ou de des-

truction d'actifs ; pour le manque à gagner, ce sont soit des pertes de revenus passés, soit une insuffisance de revenus futurs. Comment les déterminer ? C'est le recours à l'analyse *but for*, qui consiste à comparer la situation normale et la situation réelle. Il convient donc de définir cette situation normale. C'est dans ce domaine que le rôle de l'économiste est majeur : il lui revient de définir cette situation normale. Mais il doit la définir sous le contrôle du juge, donc en interaction avec lui, puisque, s'il propose des hypothèses pour la caractériser, il faut encore qu'elles soient validées par le juge. Dans un des rares cas connus d'actions civiles, l'expertise a proposé quatre hypothèses pour définir la situation normale et c'est le juge qui a tranché sur celle qui lui semblait la plus pertinente (voir exemple Mors c/ Labinal, arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 1998, 1<sup>re</sup> chambre, section A). Il va donc falloir modéliser cette situation théorique selon des modèles prévisionnels ou économétriques, ou en se référant à des éléments de comparaison normatifs, notamment des parts de marché ou la déterminer par une comparaison avant/après.

Quels sont les principaux préjudices des pratiques anti-concurrentielles ? Ce sont principalement des surcoûts ou des pertes de substance, c'est-à-dire des pertes de valeur de l'entreprise. Le surcoût est la différence entre le prix effectivement payé, multiplié par les quantités effectivement consommées, moins le prix qui se serait établi en situation de concurrence, multiplié par les quantités qui seraient établies en situation de concurrence. On note qu'il faut prendre en compte les variations de quantités, puisque le surcoût a des effets sur les quantités, d'où la nécessité de déterminer les élasticités de la demande pour pouvoir déterminer ces variations de quantités.

Le prix de concurrence est soit un prix avant les pratiques, soit un prix comparable, soit un prix théorique déterminé par des modèles économétriques. Il comprend des coûts de fonctionnement, fixes et variables, des amortissements économiques, les impôts et un profit qui correspond au rendement normal des capitaux investis. On voit donc que, pour reconstruire une approche économique des coûts à partir des données comptables, il faut se servir des données comptables comme d'une matière première à retraiter. Ainsi, l'impact des règles comptables d'évaluation des amortissements est absolument considérable dans la détermination de la valeur comptable des actifs et peut conduire à des différences importantes avec les valeurs économiques.

Il faut aussi déterminer les coûts marginaux à court et à long terme, notion qui ne se trouve pas dans la comptabilité, et le coût total moyen. Il faut également déterminer le rendement des capitaux investis pour définir le niveau normal de profit. C'est une notion qu'on applique fréquemment pour les facilités essentielles et que l'ART<sup>4</sup> a utilisée pour définir les prix d'accès au réseau. Ce rendement normal correspond au taux sans risque, auquel on ajoute une prime de risque dépendante des caractéristiques de l'activité, qui peut s'inspirer des rendements observés sur le marché financier.

Pour définir le manque à gagner dû aux ventes perdues dans le passé, il faut évaluer la différence entre les ventes perdues et les coûts économisés, puisque le préjudice n'est pas une perte de chiffre d'affaires, mais une perte de marge. L'analyse doit être d'abord faite sur les ventes perdues, puisqu'il faut définir quelle aurait été la demande, s'il y avait un substitut, si l'entreprise a pu vendre autre chose à la place et quel aurait été le prix. Quant aux coûts économisés, ils s'appuient sur une notion de coût variable, elle-même dépendante de l'horizon temporel, puisque, à long terme, tous les coûts deviennent variables, étant donné que l'entreprise peut réduire ses structures. Il faut ensuite actualiser le préjudice. Si c'est un préjudice du passé, il faut le capitaliser avec un taux d'intérêt. Si c'est un préjudice anticipé sur l'avenir, il faut l'actualiser avec un taux qui tienne compte d'une prime de risque.

Il faut aussi tenir compte des pertes de capacité concurrentielle qui résultent des pratiques d'exclusion, puisque ces pertes de capacité constituent à la fois une perte de chance sur des ventes futures et une perte de valeur de l'entreprise qui peut s'avérer définitive.

Par rapport à toutes ces questions, la prise en compte de la répercussion du *passing-on* sur le client, pour l'évaluation du dommage, a une importance considérable. Cette technique consiste, pour le client direct, à répercuter le supplément de prix sur le client, ce qui conduit à faire passer tout ou partie du préjudice sur les clients indirects. Si la demande des clients indirects n'est pas sensible au prix, par exemple si elle est peu élastique ou si le client direct est en position dominante en tant qu'intermédiaire, il peut répercuter en totalité le surpris au client indirect qui ne subit pas de préjudice. C'est ce qui explique que cet argument soit soulevé en défense pour ne pas supporter le préjudice invoqué par le client direct. Mais cet argument, s'il peut être économiquement justifié, peut aboutir à ce que la demande des clients directs soit rejetée et, si les clients directs n'agissent pas, à ce que le préjudice ne soit finalement jamais réparé. C'est peut-être ce qui peut expliquer la position discutable – même si elle est pragmatique aux États-Unis – qui exclut l'action des clients indirects. Parce que l'on est sûr que les clients directs, eux, agiront et, si l'on a une conception plus collective qu'individuelle de la réparation, on sait que, globalement, le préjudice sera réparé.

Dans les pays de *civil law*, la situation est plus complexe. La *passing-on defence* est cohérente avec l'approche de réparation intégrale : si l'on a répercuté le préjudice, on n'a pas subi de préjudice. Par exemple, les tribunaux allemands ont envisagé d'exclure cette défense en limitant la possibilité de recourir à la *passing-on defence*, mais l'autorité de concurrence locale en a décidé autrement, en laissant la possibilité, dans certains cas, de pouvoir utiliser cet argument. En France, comme on l'a évoqué tout à l'heure, cet argument a été retenu dans le jugement du tribunal de commerce de Nanterre, dans l'affaire Arkopharma contre Roche et Hoffmann La Roche, du 18 mai 2006, où le tribunal a écarté la demande d'Arkopharma au motif que les entreprises, ne pouvant s'approvisionner qu'auprès des membres des ententes, supportent toute la majoration des prix et peuvent donc répercuter cette

4 ART : Autorité de régulation des télécommunications.

hausse sans craindre la concurrence, puisque les conditions de marché sont identiques pour toutes. Le tribunal a rappelé que la commission tient pour acquis que les effets et les ententes portent préjudice au consommateur final. On voit qu'il est difficile pour les demandeurs d'obtenir réparation si cette défense est entièrement admise. Cela pose, en plus des principes fondamentaux, un problème de charge de la preuve.

On peut aussi considérer qu'un autre avantage de l'exclusion de la *passing-on defence* est de renverser la charge de la preuve sur le défendeur, qui aura, lui, à démontrer qu'il y a eu répercussion, et non pas sur le demandeur, qui doit démontrer qu'il n'a pas répercuté. Sur le plan pratique, cela peut entraîner des différences significatives.

Cette question est complexe, puisqu'elle évoque deux logiques : une logique économique pour laquelle l'argument de la *passing-on defence* est recevable sur certains marchés à demande inélastique, à condition de bien analyser le taux effectif de *passing-on defence*, puisque les juristes considèrent souvent qu'il s'agit de 0 et 100, alors qu'en pratique cela peut être entre 0 et 100 ou plus de 100, selon la situation de l'entreprise ; la logique judiciaire, par ailleurs, qui dit que pour accroître l'efficacité du système on peut, dans certains cas, exclure la *passing-on defence*, ce qui peut être contradictoire avec les principes de la *civil law*.

Pour conclure, sur le plan économique, en termes d'efficacité globale, l'action civile est un complément nécessaire à l'action administrative, compte tenu de la meilleure information que détiennent les victimes sur le préjudice qu'elles ont subi. Pour l'action civile, celles-ci doivent établir le préjudice subi, ce qui suppose de pouvoir justifier de ce qu'aurait été leur situation en l'absence de préjudice ; c'est-à-dire la situation normative, dans des circonstances de concurrence. L'économiste dispose de différentes techniques d'analyse pour déterminer la situation normale de référence, analyse théorique ou de type économétrique, ou encore le recours à des éléments de comparaison, particulièrement en cas d'abus de position dominante. Cependant, cette évaluation doit faire l'objet d'une coopération et d'un contrôle étroit du juge.

Le faible niveau actuel des actions civiles en Europe soulève la question de l'incitation à agir des victimes, compte tenu des coûts et des difficultés de la procédure. Les principes sont une chose, mais il est nécessaire, aussi, d'intégrer l'effectivité dans leur analyse. En effet, l'efficacité d'un système de contrôle suppose que l'on puisse accéder plus facilement à l'information pertinente et que les victimes puissent récupérer une partie ou la totalité des frais engagés dans la procédure. Cela soulève le problème des dommages punitifs. Je pense qu'ils n'ont rien à voir avec l'évaluation du préjudice, car il est clair qu'ils constituent un problème de choix politique, sur lequel l'économiste fournit, à travers l'analyse économique du crime, sa propre analyse du lien optimal entre la probabilité de détection et de sanction et le multiple des dommages punitifs.

En dernier lieu, la question de la *passing-on defence* est un point clé devant faire l'objet de positions claires et cohérentes. Il est au minimum utile de renverser la charge de la preuve en

limitant ce type de défense et en imposant aux défendeurs le soin de démontrer un éventuel enrichissement sans cause du demandeur.

### Laurent Cohen-Tanugi

Merci beaucoup pour ce brillant exposé, qui montre toute la complexité de ce genre de questions, mais aussi que l'économiste n'est pas démuni. Cela milite peut-être aussi pour une certaine spécialisation des juridictions qui vont se trouver impliquées dans ce type de contentieux. Je vais maintenant donner la parole à M. Woods, qui vient directement et spécialement de Bruxelles pour nous faire part, notamment, des résultats de la consultation sur le *Livre vert*, et pourra peut-être nous dire quelques mots sur les enseignements qu'en tire la Commission.

## Bilan de la consultation sur le *Livre vert* de la Commission européenne

### Donncadh Woods

Chef d'unité à la DG Concurrence  
à la Commission européenne<sup>5</sup>

Bonjour. J'aimerais remercier la DGCCRF de m'avoir invité ici aujourd'hui, afin de vous faire une présentation du *Livre vert* et des commentaires reçus par la Commission, ainsi que de l'état actuel du débat, celui-ci étant loin d'être clos. La présentation de ce matin, que j'ai trouvée très équilibrée, m'a beaucoup intéressé.

Nous avons discuté de deux piliers : l'action privée et l'action publique. Notre problématique, notre position, en Europe, est de considérer que l'importance respective de ces deux piliers est inversée par rapport aux États-Unis. Il n'est pas question d'essayer d'atteindre en Europe le même stade qu'aux États-Unis, mais de trouver un juste milieu. La possibilité pour les particuliers d'agir en justice pour défendre leurs droits individuels date de quarante ans. Cela montre l'importance de la compréhension par les particuliers du droit communautaire afin d'assurer son effectivité. C'est un principe général du droit privé. Cependant, durant des années, la question se posait de savoir si ce même droit était applicable au domaine de la concurrence. Cette question a été tranchée par la Cour de justice, en 2001.

Nous allons examiner deux affaires de dommages à la suite d'infractions en matière de concurrence, dont le cas *Courage v. Crehan*. Plus tard, dans la présentation, j'aimerais également revenir sur le cas *Manfredi*, un arrêt rendu au mois de

<sup>5</sup> Membre de l'équipe rédactrice du *Livre vert* de décembre 2005.