

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE LIÉ AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Maurice NUSSENBAUM

Professeur à l'université Paris-Dauphine

Expert financier agréé par la Cour de cassation

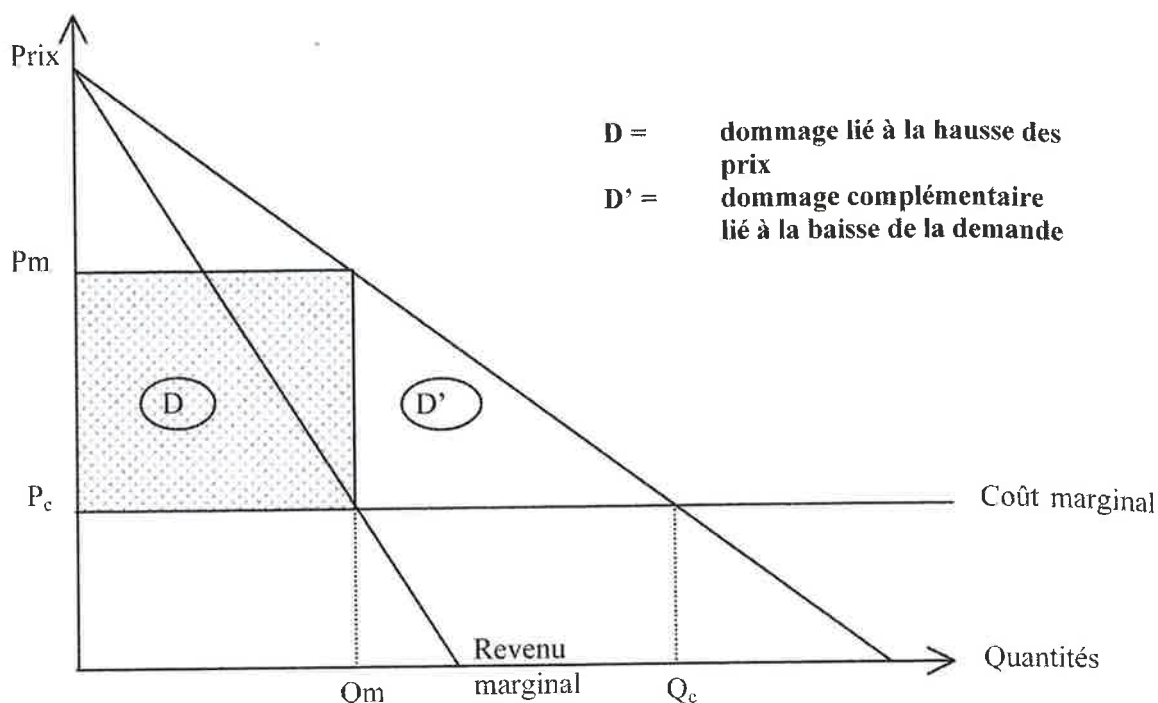
Président de Sorgem évaluation

Les pratiques anticoncurrentielles sont préjudiciables à deux niveaux différents : pour les marchés, et pour les producteurs et consommateurs victimes de ces pratiques. C'est pourquoi il convient de distinguer l'analyse économique des sanctions et de la réparation du dommage causé aux marchés, de celle de l'évaluation des préjudices subis par les victimes de ces pratiques. Nous présenterons successivement l'analyse économique des pratiques et les problèmes méthodologiques d'évaluation des dommages subis par les différents acteurs.

I. – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DES EFFETS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET DES ACTIONS CIVILES

Les effets des pratiques anticoncurrentielles sont principalement d'accroître les prix, et par là même de réduire les quantités produites, 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.



Les effets négatifs sont essentiellement des effets de transfert de revenus et d'éviction. Une représentation graphique permet de les visualiser (cf. graphique ci-dessus). Au lieu d'avoir une demande située au niveau Q_c , les restrictions d'offre engendrées par l'entente ou le monopole vont déplacer la demande au niveau inférieur Q_m et de ce fait, les consommateurs seront privés de la différence ($Q_c - Q_m$). Il en résultera une perte de surplus représentée par le triangle D' qui mesure ainsi l'éviction. Parallèlement, les producteurs, compte tenu de cette limitation de l'offre, vont pouvoir faire payer le prix P_m au lieu du prix P_c . Ils vont ainsi bénéficier d'un supplément de revenus mesurés par le rectangle D qui représente le transfert de revenus des consommateurs en faveur des producteurs.

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 à l'économie, d'où la nécessité de l'apprécier. Conceptuellement, il pourrait se limiter à la perte de surplus des consommateurs, c'est-à-dire au triangle D' , et on pourrait considérer que le rectangle D est un transfert de revenus des consommateurs vers les entreprises, qui devrait constituer la base 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, et de mesurer son élasticité. Les décisions de l'Autorité de concurrence se réfèrent de ce fait au rectangle, en énonçant que, finalement, le consommateur a payé x % plus cher et que cela se traduit par un surplus de chiffre d'affaires de y %.

Par contre, 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 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 considérer la probabilité de détecter l'infraction et de la condamner (p) pour définir le montant de la sanction. Au niveau collectif global, 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 heurte souvent les juristes attachés au concept de réparation intégrale — 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 devra être multipliée par l'inverse de la probabilité, qui dépend du coût de détection et des coûts d'exécution de la décision de justice. Si on suppose, par exemple, une probabilité de l'ordre d'un tiers, il faudra multiplier la sanction par trois : implicitement, le triplement du dommage en vigueur aux États-Unis 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. Cependant, 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 NRE, passant à 10 % du chiffre d'affaires mondial pour les personnes morales, et 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 limitées par le département de la justice et la *Federal Trade Commission* (FTC), ainsi que par les victimes, avec 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 pour réparer 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 de réparation, sauf depuis l'entrée en vigueur des procédures de clémence. Beaucoup considèrent que le système américain n'optimise pas la réparation des dommages causés à la collectivité, puisqu'il s'adresse essentiellement aux pertes privées et n'est guidé que par ces pertes privées. Mais, on constate aussi qu'il est efficace, 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. Celles qui existent font suite à des décisions de l'Autorité de concurrence (*follow on*). Les actions civiles ont pourtant un intérêt majeur, puisqu'elles renforcent les effets dissuasifs, permettent une justice correctrice et complètent l'arsenal incitatif 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 administrative ou civile. C'est aussi un des points de base de réflexion du Livre Blanc publié par la Commission européenne en 2008.

En France, on constate que l'action civile est peu effective, sauf en matière d'atteinte aux droits privatifs, par exemple dans le cas de la concurrence déloyale ; de ce fait, l'action administrative est essentielle. Mais, la détermination de la sanction n'est pas suffisamment objective : quelle est l'échelle de valeur du juge ? Ce n'est pas toujours très clair 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.

En pratique, les sanctions civiles ne sont qu'un complément peu employé de l'action administrative. Elles sont, à ce jour, peu efficaces à cause du système français d'administration de la responsabilité civile. En effet, les demandeurs se heurtent au problème de la preuve particulièrement difficile à établir dans ce domaine, et à l'absence de procédure de « *discovery* » (même limitée) dans la procédure civile qui constitue un frein pour le demandeur de l'action civile. De plus, les juridictions civiles ne se sont pas toujours 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 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 de ne pas avoir pour objet de déterminer le préjudice privé. À cet effet, il faut répondre aux questions traditionnelles de la responsabilité civile : 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. Concernant le lien direct avec le préjudice, il faut faire attention aux causes multiples. Notamment lorsque l'entreprise se trouve être en perte de vitesse avant le préjudice. Il faut donc séparer, parmi les causes, celle qui a directement entraîné le préjudice. Enfin, à la différence de la *Common law*, le demandeur ne pourra pas obtenir restitution des avantages obtenus de manière illicite par l'auteur du dommage. La notion de *disgorgment of profit* n'existe pas en droit civil. Ce profit

ne peut être restitué à la victime à travers la réparation, que s'il a eu pour conséquence son appauvrissement. De ce fait, le demandeur se trouve dans une situation difficile, puisqu'il doit apporter les preuves des gains illicites réalisés par l'auteur du dommage, sans pour autant toujours avoir les moyens d'aller rechercher des preuves. L'entreprise devra 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 sa situation théorique normale. La loi a bien prévu que le ministre pouvait demander réparation à la place de la victime défaillante, mais cette action est peu utilisée en pratique.

Les actions civiles peuvent s'exercer dans les cas classiques des articles 81 et 82. 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 ce qui renforce la difficulté de la démonstration, puisqu'il faut se référer à une situation normale théorique.

Par rapport à cette question, les propositions énoncées en 2008 dans le Livre blanc de la Commission, en vue d'améliorer l'efficacité de l'action civile sont principalement :

– définir la qualité pour agir afin d'améliorer l'indemnisation des victimes, en combinant les recours collectifs intentés par les entités qualifiées (associations de consommateurs par exemple) avec des actions collectives assorties d'une option de participation explicite ;

– 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 alors que le défendeur détient les preuves. La Commission propose donc un niveau minimal de divulgation *inter partes* avec un accès aux preuves reposant sur l'établissement des faits et un contrôle juridictionnel strict de la plausibilité de la demande d'indemnisation et de la proportionnalité de la demande de divulgation. Les déclarations faites dans le cadre d'une demande de clémence ainsi que les enquêtes des autorités de concurrence bénéficient cependant d'une protection adéquate. Le Livre blanc propose d'examiner plus avant la possibilité de limiter la responsabilité civile des bénéficiaires des programmes de clémence aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs et indirects. La question est donc ouverte d'une éventuelle contradiction entre le souci légitime de garantir l'attractivité de ces programmes de clémence et de favoriser les actions privées en responsabilité civile ;

– rendre contraignantes, pour les juridictions nationales appelées à statuer sur les dommages et intérêts résultant d'une pratique visée aux articles 81 et 82, les décisions définitives d'une Autorité nationale de concurrence (ANC) concluant à l'existence d'une infraction à ces articles ;

– poser le principe d'une réparation intégrale du dommage subi égale au minimum à la valeur réelle de ce dommage, ce qui semble ouvrir la voie à des sanctions supérieures comprenant le dommage réel imputable non seulement à une augmentation anticoncurrentielle des prix mais aussi au manque à gagner résultant de toute diminution des ventes et de la perception d'intérêts dus sur la

période. Ces notions sont classiques en France, puisque la réparation intégrale se définit à la fois comme la perte subie et le manque à gagner. À cet égard, le Livre blanc propose d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes, pour l'évaluation des dommages et intérêts dans les affaires d'entente et d'abus de position dominante, par exemple au moyen des méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages subis ;

– le Livre blanc évoque également le problème de la *passing-on defence* : il suggère de l'exclure au profit des acheteurs indirects et, pour pouvoir être utilisé comme moyen de défense face à un acheteur direct, le moyen de preuve requis doit être au moins égal à celui nécessaire pour prouver le dommage subi.

La commission procède à des réflexions en vue de définir un guide destiné aux juridictions afin de les aider à apprécier les dommages résultant des pratiques anticoncurrentielles (cf. à cet effet *Quantifying antitrust damages – Towards a non-binding guidance for courts – Study prepared for the European Commission – Oxera – décembre 2009*)

L'analyse des problèmes de principe évoqués plus haut conduit ensuite à se poser les questions pratiques rencontrées par l'expert économiste.

II. – LES PROBLÈMES RENCONTRÉS PAR L'EXPERT ÉCONOMISTE POUR ÉVALUER LES DOMMAGES

Le rôle de l'expert économiste peut d'abord se situer dans la mise en évidence des pratiques. Il contribue d'abord à la définition de marché pertinent, en analysant la substituabilité des produits, évalue ensuite les effets des pratiques sur la concurrence en établissant notamment l'existence de prix excessifs ou prédateurs. Son rôle réside aussi dans la détermination du lien direct entre les pratiques et leurs effets, question complexe puisque ce lien n'est jamais totalement direct. Il faut donc passer de la notion de « lien direct certain » au « lien très probable ».

Quels sont les moyens de preuve du lien direct ?

Tout d'abord, la comparaison avant/après : à titre d'exemple, s'il existe une entente sur les prix entre les fournisseurs : une société client 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 à l'aide de modèles économétriques. 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 établie de manière raisonnablement certaine l'existence du préjudice, il faut ensuite le mesurer. La mesure 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.

Quelles sont les alternatives lorsque l'on est face à une mesure aléatoire ?

On peut définir la notion de quantum certain par celui qui paraît le plus probable ou encore par ce dernier diminué d'un abattement pour incertitude ; il faut également définir l'intervalle de variation du quantum. Sur le plan pratique, toutes ces questions soulèvent des difficultés. C'est d'ailleurs pour cela qu'aux États-Unis l'UCC (*Uniform Commercial Code*) a insisté sur l'idée que les dommages compensatoires ne sont qu'une approximation et qu'ils doivent être prouvés avec la précision 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 entraîne une question complémentaire : 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 discutable 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 de le faire. Mais, pour les lui demander, 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 submerger le demandeur et le tribunal sous les documents inutiles ou inexploitable et celui 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 blanc en matière de preuves (cf. *supra*).

Le système de la *civil law*, en France en particulier, est celui de l'intégralité de la réparation. Les préjudices comprennent les pertes subies et les manques à gagner, à la fois pour le passé et pour le futur (auxquels s'ajoutent les intérêts courant sur la période). Pour les pertes subies, il s'agit principalement de coûts supplémentaires ou de destruction d'actifs ; pour le manque à gagner, ce sont soit des pertes de revenus passés, soit une insuffisance de revenus futurs.

Comment déterminer les revenus futurs ?

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 et cela est souvent complexe, d'où la proposition du Livre blanc d'établir un cadre d'évaluation (cf. *supra* ainsi que l'étude OXERA 2009).

Lorsque l'expert économiste intervient à la demande d'un juge, il est essentiel qu'il détermine cette situation normale (c'est-à-dire celle qui aurait prévalu en absence de faute) sous le contrôle du juge, car sa définition dépend de celle de la faute 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 (qui allaient d'une simple perte de commandes à l'éviction du marché) et c'est le juge qui a tranché en faveur de celle qui lui semblait la plus pertinente (V. par ex. CA Paris, 1^{re} ch., sect. A, 30 sept. 1998, *Mors c/ Labinal*). Il va donc falloir modéliser cette situation théorique avec des modèles prévisionnels ou économétriques, ou encore en se référant à des éléments de comparaison normatifs, notamment des parts de marché ou bien la déterminer par une comparaison avant/après.

Quels sont les principaux préjudices des pratiques anticoncurrentielles ?

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 de ces dernières 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 et incrémentaux 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'ARCEP 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 dépendant 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 est nécessaire d'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 déterminer d'abord les ventes perdues, puisqu'il faut définir quelle aurait été la demande s'il y avait un substitut, si l'entreprise avait pu vendre un autre produit à la place et quel aurait été le prix. Quant aux coûts économisés, ils s'appuient sur une notion de coût variable, elle-même dépendant 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 tient compte d'une prime de risque du fait du caractère aléatoire des revenus futurs.

Il faut aussi tenir compte des pertes de capacités concurrentielles qui résultent des pratiques d'exclusion, puisqu'elles 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 du *passing on* (ou répercussion) 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, 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 (ce qui est rare et doit être démontré), 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 et ne subir pas de préjudice. C'est ce qui explique que cet argument soit soulevé en défense, pour contester 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 la prise en compte des clients indirects. Parce qu'on est sûr que les clients directs, eux, agiront et, si on a une conception collective plus 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 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, 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 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 des ententes portent préjudice au consommateur final. On voit qu'il est difficile pour les demandeurs, d'obtenir réparation si cette défense est entièrement admise et 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. C'est pour cette raison que le Livre blanc a fait cette proposition (cf. *supra*).

Cette question est complexe, puisqu'elle évoque deux logiques :

a) 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 à tort qu'il s'agit de 0 ou de 100 % alors qu'en pratique, cela peut être entre 0 ou 100 ou plus de 100, selon la situation de l'entreprise ; cependant même si on admet le principe, si la demande est tant soit peu élastique on doit s'interroger sur l'impact d'une hausse des prix sur les quantités vendues et de ce fait on ne peut faire l'hypothèse d'une absence d'effet pour la victime.

b) la logique judiciaire, qui est d'ordre politique, et considère que pour accroître l'efficacité du système, on peut, dans certains cas, exclure la *passing-on defence*, même si cela peut être contradictoire avec les principes de la *civil law*.

En conclusion, 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, elles 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 cette 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 discussion juridique puisqu'elle s'appuie sur la définition d'une faute, et d'un contrôle étroit du juge quand l'expert intervient à sa demande.

Le faible nombre actuel d'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 considérés aux États-Unis comme une incitation à agir. Ils n'ont rien à voir avec l'évaluation du préjudice, car il est clair qu'ils constituent un problème de choix politique, qui ne peut être séparé du contexte des amendes civiles existantes, pour ne pas superposer les sanctions. L'économiste fournit, à travers notamment l'analyse économique du crime, sa propre analyse sur le lien optimal existant entre la probabilité de détection et de sanction et le multiple appliqué aux dommages punitifs non que les réparations et sanctions soient globalement efficaces.

**ÉTUDES À LA
MÉMOIRE DE**

Fernand Charles
Jeantet