Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ?

Les apports de l'analyse économique du droit

Bruno Deffains et Laurent Benzoni
Professeurs, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

I. Private enforcement et responsabilité civile en droit de la concurrence

1. Cadre d'analyse

133. Le *private enforcement* comme complément ou substitut de l'action publique est un sujet de recherche en économie du droit. Le mécanisme de mise en œuvre privée décrit les situations où les activités de détection et de poursuite devant la justice sont confiées aux parties privées. La décision sur l'affaire continue en principe de relever de la sphère publique, le plus souvent dans le cadre d'un jugement rendu par un tribunal. Le mécanisme privé serait donc clairement limité à la mise en œuvre du droit. En principe, ce type de dispositif apparaît inutile puisque le mécanisme public devrait être suffisant pour atteindre l'optimum économique. En particulier, dans le domaine du droit de la concurrence, les autorités seraient en mesure de détecter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, au niveau européen, l'ensemble des dispositifs concentre historiquement le pouvoir de mise en œuvre du droit de la concurrence entre les mains de la Commission. Un tel choix implique, bien entendu, une forte centralisation. Les autorités de concurrence se doivent en effet de rechercher et de traiter l'information, d'instruire les cas et de juger les cas d'espèce. Chacune de ces étapes implique un travail complexe et hautement qualifié. En d'autres termes, la mise en œuvre du droit de la concurrence dans un tel contexte s'avère particulièrement coûteuse. C'est l'une des raisons qui ont conduit la Commission à promouvoir une participation plus active des parties privées dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. La publication en 2008 du livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante est l'illustration la plus manifeste de cette évolution. Si l'objectif affiché est clairement de fournir un mécanisme d'indemnisation des victimes de dommages causés par l'infraction, ce texte pose plus généralement la question des avantages du recours à un mécanisme de mise en œuvre privée.

134. D'une manière générale, les avantages liés à un tel mécanisme peuvent être regroupés en trois grandes catégories selon la littérature. En premier lieu, les victimes d'un dommage sont souvent les mieux placées pour identifier ceux ou celui qui en sont à l'origine. Non que des agents publics n'y parviendraient pas, mais les agents privés bénéficient d'avantages informationnels (Polinsky et Shavell, 2000). En second lieu, les incitations des agents privés peuvent être plus efficaces pour détecter et poursuivre les comportements à l'origine des dommages dans la mesure où ils sont directement motivés par le montant des dommages et intérêts qu'ils peuvent obtenir. Enfin, les coûts relatifs à la recherche et à la détection des comportements condamnables ainsi que les coûts des poursuites pourraient être plus faibles (Posner, 1970). En effet, la détection des cartels pourrait alors passer par la surveillance des victimes plus promptes à dénoncer ces pratiques si elles y trouvent un intérêt[345]. Sur la base de ces différents arguments, la littérature s'est efforcée d'identifier les conditions de mise en œuvre optimale de mise en œuvre du droit. C'est ainsi par exemple que Garoupa et Klerman (2000) proposent un modèle général permettant de délimiter les champs respectifs des mécanismes privés et publics[346].

135. Au regard de ces arguments de nature à la fois théorique et empirique, il semble donc que le recours à un mécanisme de mise en œuvre privée soit particulièrement adapté au droit de la concurrence. On comprend également qu'une telle procédure de rachat de créances dépasse largement ce seul champ juridique et couvre de nombreux cas de responsabilité civile. Loin d'y voir un simple mécanisme d'échange des droits de poursuite, il contribue à l'effectivité du droit. Reste que les principes juridiques trouvent-ils leur compte dans le développement de tels mécanismes qui participent, de fait, à une "marchandisation" des droits à réparation ?

136. Il nous semble que cette question appelle deux séries de commentaires. D'une part, il est clair que si ce genre de solution venait à se généraliser, on devrait voir apparaître un véritable "marché des droits" où les offreurs seraient les victimes, et les demandeurs, les entreprises spécialisées dans ce genre de contentieux en droit de la concurrence[347]. Ce risque a d'ailleurs été vu en France par exemple, où la Cour de cassation a rejeté l'action en représentation de l'UFC-Que choisir précisément au motif que l'association

345 On peut rapprocher ce phénomène de celui mis en place par les cartels eux-mêmes lorsqu'ils utilisent (...)

346 Cependant, on doit noter qu'un certain nombre d'auteurs doutent que les sanctions civiles soient ré (...)

347 V. aff. *CDC*.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

de consommateurs se serait rendue coupable de démarchage illégal de mandats. Cependant, cet argument n'est qu'à moitié convaincant, car dès lors que l'on reconnaît que de tels droits à agir sont patrimoniaux et qu'ils peuvent être compensés au titre d'une réparation monétaire, on voit mal ce qui ferait obstacle à leur vente entre agents privés. D'autre part, il reste un argument plus décisif, celui de l'effectivité des normes. Ce problème est bien connu en droit communautaire, et notamment en droit communautaire de la concurrence. En effet, il y aurait un caractère somme toute assez paradoxal à reconnaître la possibilité d'une action en dommages et intérêts tout en ne prévoyant aux victimes aucun dispositif institutionnel pour rendre effectif ce droit ou en déclarant illégaux tous mécanismes juridiques qui joueraient un tel rôle d'effectivité (Komninos, 2008). En suivant Komninos, on peut ici faire trois remarques. Premièrement, le droit à une protection effective est un droit reconnu aux articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. Deuxièmement, et plus spécifiquement, le droit communautaire voit dans les actions privées un élément essentiel de l'effectivité du droit communautaire en faisant des agents privés les compléments de l'action publique dans la réalisation du droit communautaire. Enfin, des dispositions procédurales différentes selon les États affaibliraient l'ensemble de la construction du droit communautaire de la concurrence. Certes, il est généralement reconnu aux États membres une liberté procédurale, mais si les écarts de solutions juridiques étaient trop importants entre les systèmes juridiques, la cohérence et l'uniformité du droit communautaire seraient en jeu et ne manqueraient de créer des effets pervers par la voie de stratégies juridiques et économiques différenciées.

2. Économie et responsabilité civile

137. L'analyse économique du droit ne pose pas directement la question de l'effectivité des normes, dans la mesure où elle se concentre sur les problèmes d'efficience. Pour autant, le sujet n'est pas ignoré. Nous en voulons pour preuve les débats relatifs à l'utilisation de la responsabilité civile comme instrument d'internalisation des risques de dommages. Les études sur le sujet cherchent à décrire les mérites respectifs des différents systèmes de responsabilité civile basés ou non sur la notion de faute. Mais une fois ces mérites constatés au plan théorique, l'analyse se concentre sur les limites rencontrées en pratique. Les problèmes d'information du Tribunal ainsi que les difficultés liées à la solvabilité des agents responsables ont ainsi souvent été mis en avant (v. p. ex. Shavell, 1987). Mais il est une autre limite qui nous ramène directement à la question de l'effectivité, celle de la probabilité que l'agent responsable aille en procès.

138. Pour illustrer notre propos, nous nous placerons dans le cas le plus simple d'un accident unilatéral avec niveau d'activité exogène (Deffains, 2000). Pour cela, on considère une situation où l'activité d'un agent impose un risque de dommages à des tiers, les victimes subissant une perte de montant D en cas d'accident. La probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. Soit $p(x)$ cette probabilité, où x représente l'effort de prévention de l'agent avec $p' < 0$ et $p'' > 0$. Les précautions de l'agent réduisent les bénéfices qu'il retire de son activité, ce coût de prévention étant dénoté par $C(x)$ avec $C' > 0$ et $C'' > 0$.

139. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers :

$$Minx\ CS(x) = C(x) + p(x)D \quad (1)$$

140. En supposant une solution intérieure à ce problème, l'effort de prévention socialement optimal x^* satisfait la condition de premier ordre :

$$C'(x^*) + p'(x^*)D = 0 \quad (2)$$

141. En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul. Dans ce qui suit, on analyse le rôle de la responsabilité civile en tant que mécanisme d'incitation à la prévention. Dans certains cas, ce mécanisme réalisera l'optimum ; dans d'autres cas, le niveau de précaution sera sous-optimal. On suppose ici que l'activité générant les risques est socialement désirable, quel que soit le degré de précaution de l'agent.

142. Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est légalement responsable des dommages qu'il provoque, quel que soit par ailleurs le degré de précaution avec lequel il exerce son activité. L'agent générateur de risques fait alors face à la fonction de coût "sans faute" :

$$Ks\,(x) = C(x) + p(x)D \quad (3)$$

143. En supposant la neutralité au risque, l'agent minimise ce coût, ce qui implique qu'il adopte le niveau de précaution socialement optimal.

144. Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent imposant les risques n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme ou à un standard de comportement "raisonnable" fixé par le tribunal compte tenu des caractéristiques de la situation. On suppose que la norme juridique est efficace, en ce sens qu'elle correspond au niveau de précaution optimal. Dans ce cas, l'agent fait face à la fonction de coût "pour faute" :

$$K_f(x) = \begin{cases} C(x) + p(x)D & si\ x < x^* \\ C(x) & si\ x \geq x^* \end{cases}$$

145. Avec une telle règle, l'agent adoptera donc également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le Tribunal : s'il ne respecte pas le niveau de précaution x^*, son coût privé se confond avec le coût social, ce qui n'est plus vrai à partir de x^* puisque le Tribunal ne lui impute plus la charge des dommages. L'intérêt de l'agent est donc de respecter x^* de façon à minimiser son coût privé.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

146. Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le Tribunal doit en effet être en mesure de fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal. Si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop élevée, l'optimum sera encore réalisé, car son coût privé continuera d'être minimisé en x^*. En d'autres termes, l'équivalence des deux formes de responsabilité ne sera avérée que si le Tribunal détient les informations permettant de fixer la norme de comportement en x^*. Remarquons que cette équivalence concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime de responsabilité retenu. Avec la responsabilité sans faute, l'agent générateur de risque supporte la totalité des coûts ; avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

147. Ce raisonnement soulève toutefois une difficulté immédiate en termes d'effectivité. En effet, nous avons implicitement supposé tout au long de l'analyse que la probabilité de la victime d'aller devant le juge est égale à l'unité. Plus précisément, nous pourrions réécrire notre problème du coût social sous la forme :

$$\text{Minx } CS(x) = C(x) + qp(x)D$$

$$\text{avec } q = 1$$

148. Cette hypothèse n'est pas réaliste. De ce fait, on observera que si la probabilité est strictement inférieure à 1, les incitations à prévenir le dommage sont insuffisantes. Dans notre exemple, l'effort sera strictement inférieur au niveau optimal. Il s'agit bien là d'une question d'effectivité dans la mesure où le signal reçu par l'agent à l'origine du risque s'avère inadapté. En pratique, il existe de nombreuses raisons de croire que la probabilité d'accéder au juge est strictement inférieure à 1. On peut bien entendu mettre en avant les contraintes financières de certains agents. Mais d'autres raisons peuvent également contribuer à réduire la probabilité d'agir en justice. Nous pensons plus particulièrement ici à la dispersion des dommages. En effet, lorsqu'un très grand nombre de personnes sont atteintes si faiblement que personne n'a intérêt, individuellement, à mener l'affaire devant les tribunaux, il est clair que les incitations de l'agent générateur du risque sont très insuffisantes. Imaginons par exemple que 10 000 personnes soient victimes d'un produit mis en vente par une seule entreprise et que seule la moitié de ses victimes décide d'aller devant le juge. Au mieux, les incitations seront de moitié inférieures à ce qui serait socialement souhaitable. Si l'on considère ici que le problème réside moins dans une contrainte financière des agents que dans la faiblesse de l'enjeu au niveau individuel, différents moyens d'action existent pour rétablir l'effectivité de la norme juridique. On pense notamment aux politiques agissant sur D (dommages-intérêts punitifs par exemple) ou à celles influençant directement q, notamment la possibilité d'engager des actions collectives.

149. Nous pouvons toutefois remarquer que ce problème de "sous-investissement au procès" par les victimes est d'autant plus important qu'il y a une dimension collective à l'action. En effet, dès lors que le défendeur subit une externalité négative liée au procès (le risque d'être poursuivi sur le même fondement par plusieurs victimes), il a intérêt à surinvestir dans le procès. Cela lui permet en effet de signaler à l'ensemble des victimes que la bataille judiciaire sera difficile. Au contraire, la victime seule n'investit qu'à hauteur de ses bénéfices attendus. Or, le décalage sera d'autant plus important que la victime percevra la défense agressive de l'auteur du dommage comme une probabilité plus faible d'une issue favorable. Un résultat classique en économie du droit veut d'ailleurs que l'aversion pour le risque influence négativement la probabilité d'aller devant le juge.

150. Nous avons ici décrit un phénomène bien connu dans la littérature consacrée à l'évaluation des règles de responsabilité civile. Ce phénomène nous permet de bien comprendre l'importance de la notion d'effectivité de la norme en matière économique. Nous pouvons souligner que cette question est tout aussi importante en matière pénale. La question n'est plus simplement celle de l'indemnisation des victimes de dommages, mais plus généralement celle de la sanction optimale. Si la probabilité de détection est insuffisante (en particulier si les victimes ne portent pas plainte), les auteurs d'actes criminels ou délictueux peuvent être insuffisamment dissuadés.

II. La réparation du dommage concurrentiel : Une efficacité en devenir ?

151. Comme nous venons de le voir, les principes de l'analyse économique du droit participent au fond d'une approche utilitariste du droit où l'agent prend une décision de transgression des règles en fonction des avantages *versus* inconvénients que procure cette décision[348]. Dans les affaires de concurrence, les avantages obtenus sont de nature économique – augmentation des gains à un terme plus ou moins éloigné –, tandis que les inconvénients sont jaugés à l'aune de la sanction et de la réparation potentielles en fonction de la probabilité d'être "pris" et condamné par une autorité de concurrence et de devoir verser des dommages aux victimes de la pratique. Dans cette perspective, la sanction et la réparation constituent un coût global traité comme un tout par les entreprises.

152. Un arbitrage précis entre le coût global et l'avantage d'une pratique anticoncurrentielle n'est pas explicitement effectué par les entreprises. On notera néanmoins qu'une "culture" du respect plus ou moins strict de la règle de droit peut s'établir en fonction de l'expérience collective et non de la seule expérience individuelle. En d'autres termes, si à l'examen des multiples contentieux concurrentiels il transparaît que le coût de la transgression des règles du droit de la concurrence coûte peu au regard des gains obtenus, alors la "convention" peut s'instaurer dans le monde des affaires que le respect du

348 L'article séminal de G. Becker, Crime and Punishment…

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (Art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

droit de la concurrence constitue une contrainte subsidiaire dans la prise de décision des entreprises. Le non-respect du droit peut alors s'ériger en une sorte de norme, car seraient au final pénalisés ceux qui le respectent.

153. En ce sens, une politique de la concurrence efficace, c'est-à-dire qui réprime et surtout prévient les comportements anticoncurrentiels, se doit donc de vérifier que la sanction et la réparation présentent ensemble un coût, ou une menace, qui contrebalance substantiellement les gains anticipés du non-respect du droit de la concurrence. La question de la réparation doit être traitée en cohérence avec celle de la sanction alors même que ces deux questions font l'objet d'un traitement juridique apparemment parfaitement distinct. Pour autant, les calculs de la sanction et de la réparation, s'ils sont effectués dans le respect des méthodes proposées par l'Autorité de la concurrence et les tribunaux de commerce, sont étroitement liés l'un à l'autre.

154. Rappelons que l'Autorité de la concurrence calcule le montant de base de la sanction en fonction (i) de la gravité des faits, (ii) du dommage à l'économie causée par la(es) pratique(s) en cause dans le cas d'espèce[349]. S'agissant du dommage à l'économie, l'Autorité en donne la définition suivante : "*Le dommage causé à l'économie (…) ne se limite pas d'ailleurs aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités (…) directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer (…), mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation. Il ne se réduit donc pas à une perte précisément mesurable*" (communiqué, § 27).

155. Partant de cette définition, l'Autorité précise immédiatement le "*dommage causé à l'économie ne se présume pas. L'Autorité en apprécie l'importance de façon objective, au vu de tous les éléments pertinents (…) sans toutefois devoir le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel*" (communiqué, § 28). En d'autres termes, l'évaluation du dommage à l'économie relève plus d'une appréciation que d'un calcul qui doit être effectué pour une demande de réparation.

156. D'ailleurs, l'Autorité précise ensuite sur cette distinction de méthode : "*Dans le cas où elle apprécie des éléments de nature quantitative (…) l'Autorité ne procède pas, ce faisant à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction*" (communiqué, § 30). L'Autorité entend bien ne pas se livrer à l'exercice hypothétique de construction d'un scénario contrefactuel nécessaire pour toute évaluation d'impact d'une pratique anticoncurrentielle.

157. En revanche, l'Autorité s'engage à examiner, donc à critiquer, l'éventuel travail de chiffrage du dommage à l'économie qui lui serait soumis par les parties : "*Lorsque les parties produisent (…) des études économiques visant à mesurer certains aspects du dommage ayant, selon elles, pu être causé à l'économie, l'Autorité s'engage à les soumettre à son analyse et à faire état du résultat de celle-ci dans sa décision*" (communiqué, § 29).

158. Une fois le dommage apprécié, l'Autorité établit alors le montant de base de la sanction comme un pourcentage des ventes réalisées en France sur le(s) produit(s) concerné(s).

159. Sur le plan économique, il est donc possible de se livrer à un exercice de quantification du dommage à l'économie respectant la définition qu'en donne l'Autorité, lequel doit servir de base au calcul de la sanction. Pour l'Autorité de la concurrence, les accords horizontaux constituent l'infraction concurrentielle la plus grave. À ce titre l'Autorité évalue, dans ce cas, la sanction comme un pourcentage des ventes réalisées en France sur les produits concernés. En cas d'accord horizontal, infraction jugée comme la plus grave par l'Autorité, le pourcentage ne peut être inférieur à 15 % des ventes, mais ne peut dépasser le seuil de 30 % des ventes en cause.

160. S'agissant de la réparation, le principe général du droit français consiste à indemniser la victime au strict prorata du dommage subi, soit en cas d'infraction concurrentielle à compenser l'écart entre la situation de marché qui a prévalu du fait de l'infraction (le factuel) et la situation de marché qui aurait dû prévaloir en l'absence de l'infraction (le contrefactuel).

161. Sur ces bases, il est possible de se livrer à un petit exercice de simulation chiffrée pour comprendre la relation existant *de facto* entre la sanction et la réparation.

162. Selon une recension récente portant sur des études économiques concernant des cas de cartels, les prix pratiqués sur le marché ont augmenté en moyenne de 40 % au-dessus du prix de concurrence (v. *tableau 1*). Le prix de concurrence résulte du contrefactuel qui indique ce qui devait se passer sur le marché si l'accord de cartel n'avait pas prospéré.

Tableau 1. Extrait de la synthèse d'augmentations de prix causées par des cartels[350]

Etudes	Nombre de cas étudiés	Augmentation des prix
Werden (2003)	13 cartels	21%
Posner (2001)	12 cartels internationaux	49%
Levenstein et Suslow (2006)	22 cartels internationaux	43%
Griffin (1989)	38 cartels	46%
Connor (2006)	248 cartels (monde)	43%
Connor (2006)	64 cartels européens	53%
Bolotova, Connor (2006)	126 cartels européens	53%
	Moyenne	plus de 40%

163. Posons ainsi que le prix de concurrence d'un produit vendu sur un marché devait être de 10 €. Le cartel a pu augmenter le prix de 40 % et a ainsi vendu le produit au prix de 14 € au lieu de 10 €. Soixante unités de produit ont été achetées au prix de cartel. Les acheteurs de ces produits ont donc payé 4 € de trop chaque unité achetée, soit un trop-payé de 240 € (60 x 4 €). Ce montant de 240 € représente à la fois

349 Communiqué du 16 mai 2011de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

350 Source : d'après E. Combe et C. Monnier, Les cartels en Europe : une analyse empirique, *Revue française d'économie*, vol. XXVII, n° 2, octobre 2012.

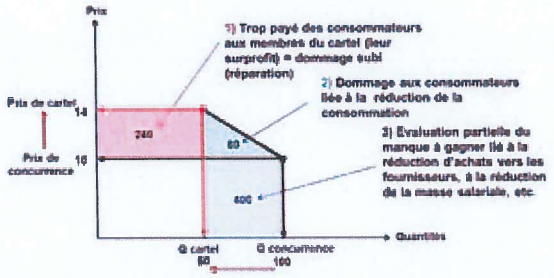
Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122-5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

une première composante du dommage à l'économie défini par l'Autorité (v. *supra*), mais aussi le dommage patrimonial subi par les consommateurs du produit, à savoir le trop-versé au cartel dont ils pourront demander le remboursement (v. rectangle rouge dans le *schéma 1*, *infra*).

164. Mais, le dommage à l'économie défini par l'Autorité dépasse amplement le seul surprix du produit puisqu'il englobe toutes les perturbations causées par la pratique. Ainsi, l'augmentation du prix par le cartel a engendré une moindre demande du produit. Posons qu'en cas de concurrence, au prix de 10 € la demande pour le produit aurait été de 100 unités (le contrefactuel), au lieu des 60 unités vendues constatées au prix de 14 € (le factuel)[351]. Cette réduction des ventes concerne directement la demande (les consommateurs), mais aussi l'offre, car de moindres ventes impliquent une moindre production.

165. Côté consommateurs, la réduction de la demande représente de moindres achats pour un montant de 80 € (v. triangle vert dans le *schéma 1*). Côté offreurs, la perte de chiffre d'affaires est de 400 € (v. rectangle bleu sur le *schéma 1*).

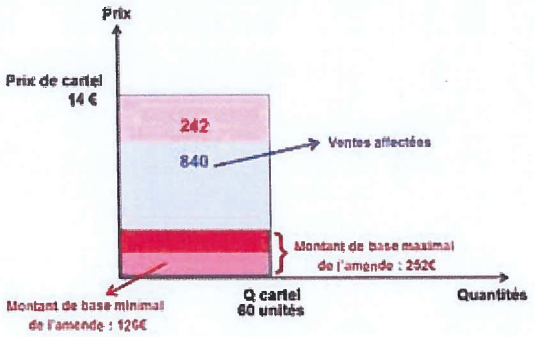
Schéma 1. Dommage à l'économie : Simulation sur un cas de cartel



166. Une part plus ou moins importante de ce chiffre d'affaires non vendu s'est traduit par de moindres achats en amont, soit un manque à gagner pour les fournisseurs du cartel, ou par de moindres flux de vents en aval pour les distributeurs notamment, soit aussi un manque à gagner pour ces entreprises. Pour une moyenne nationale de 55 % de la part des consommations intermédiaires dans les ventes des entreprises, cela signifie que les seuls fournisseurs en amont ont subi une perte de chiffre d'affaires de 200 €.

167. Pour le calcul de la sanction, l'Autorité va changer de repère et calculer le montant de base de l'amende en fonction des ventes réalisées sans aucune référence directe au dommage à l'économie. Il reste comme indiqué précédemment que le dommage des consommateurs est bien une composante des ventes réalisées. Le *schéma 2* représente ainsi, dans l'exemple chiffré ci-dessus, l'intervalle dans lequel l'Autorité fixera le montant de base de l'amende. Celui-ci, basé sur les ventes totales réalisées, à savoir 840 €, se situera entre 126 et 252 € selon que le taux retenu par l'Autorité sera minimal (15 % des ventes) ou maximal (30 %).

Schéma 2. Montant de base de l'amende minimal et maximal



168. En tout état de cause, la sanction est inférieure au dommage causé à l'économie. Dans notre petit exemple chiffré, il faut même que l'Autorité se situe dans le haut de la fourchette pour que l'amende compense les gains empochés par le cartel. En effet, un taux minimal (15 %) conduit à une amende de 126 € à comparer au 242 € de trop-payé par les consommateurs au cartel. Or, il ressort que l'Autorité sanctionne à des taux plus proches de 20 que de 30 % en général. On retiendra que le principal avantage de la méthode de calcul de l'amende retenue par l'Autorité est d'éviter de réaliser un scénario contrefactuel. L'assiette pour réaliser le calcul de l'amende ne ressort donc pas d'un scénario hypothétique : elle est factuelle, peu contestable et simple à mettre en œuvre.

169. En revanche, il ressort que l'amende présente un fort risque d'être inférieure, voire très inférieure, aux gains récupérés par les auteurs d'infractions concurrentielles, qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante. Sur le plan économique, si l'on s'en tient à cette méthode de calcul des sanctions, une politique de la concurrence efficace doit aussi comprendre un volet "réparation" substantiel. Sur ce point, il semble que l'Europe accuse une certaine déficience.

170. Dans une étude de cas approfondie sur le cartel mondial des vitamines, l'économiste J. Connor a mesuré l'écart subsistant entre les gains obtenus par les membres du cartel et les sommes reversées sous forme d'amendes et de dommages aux consommateurs dans différentes régions du monde[352]. Il ressort que le cartel a dû rétrocéder 85 % de ses gains indus aux États-Unis, mais seulement 15,4 % en Europe. On en déduit logiquement que, dans cette affaire emblématique, la pratique de cartel, même jugée, aura été une affaire très profitable pour les auteurs de l'infraction concurrentielle sur le marché européen.

171. L'étude de la structure de ces débours est intéressante. Pour les États-Unis, les amendes ont représenté 24,8 %, les dommages pour les acheteurs directs 51,9 %, dont 11,9 % obtenus auprès des tribunaux et 49 % par transactions, tandis que les dommages perçus par les acheteurs indirects montaient à 9,6 %, dont par 7,8 % par décisions de justice et 1,8 % par transactions. En résumé, la sanction compte pour un peu plus du quart des sommes reversées et la réparation pour les trois quarts. Plus de 80 % des dommages perçus par les victimes l'ont été à l'issue de transactions.

351 Soit, tacitement, une élasticité-arc de la demande égale à – 1.

352 J. M. Connor, The Great Global Vitamin Conspiracy: Sanction and Deterrence, 2006.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est autorisée dans les limites de l'article L. 122-5 CPI et des mesures techniques de protection ont été mises en place conformément à l'article L. 331-5 CPI. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorized use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L. 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

172. En Europe, la structure des débours est totalement différente puisqu'aucune réparation, sous quelque forme que ce soit, n'a été identifiée par l'auteur de l'étude. Si ce cas du cartel des vitamines n'est pas nécessairement parfaitement représentatif, il n'en demeure pas moins qu'il révèle bien une faiblesse de la politique de la concurrence en Europe : à savoir l'insuffisante réparation des dommages. Sur ce point, il ne s'agit pas ici de se poser en défenseur des victimes lésées, mais principalement de pointer, dans la logique de l'analyse économique du droit, le fait qu'une politique efficace de concurrence doit clairement afficher que le "crime" concurrentiel ne paie pas. À défaut, les effets positifs d'une concurrence effective mue par des comportements loyaux sur les marchés seront altérés non seulement au détriment des consommateurs, mais aussi au détriment des entreprises de moindre taille qui favorisent l'animation concurrentielle (*mavericks*) et la dynamique économique (*innovation*).

173. Consciente de ces enjeux, la Commission européenne a publié en 2013 une communication sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages fondées sur les infractions concurrentielles[353] accompagnée d'un guide pratique mis en ligne avec statut de "document provisoire". L'objectif de la Commission est double : d'une part, "labelliser" les méthodes permettant de produire les expertises économiques "robustes" indispensables à l'évaluation du dommage et, d'autre part, créer un référentiel commun utilisable par les différentes juridictions nationales.

174. Au-delà du principe posé dans ces documents "*Il faut réparer*" et des modalités techniques "*Comment mesurer la réparation*", il importe de revenir sur une question de fond : la notion de dommage concurrentiel est-elle compatible avec la pratique des tribunaux en France ? En effet, sur une trentaine de décisions de demande de réparation pour infraction concurrentielle présentée devant les tribunaux français au cours des dix dernières années, on relève que les indemnités accordées représentent 7 % en moyenne de la demande de dommage des victimes. Les montants de la réparation paraissent dérisoires et se traduisent par ce déséquilibre relevé plus haut dans le cas du cartel des vitamines entre gains estimés de l'infraction et montant de la réparation.

175. Or, la mesure de l'effet préjudiciel d'une infraction concurrentielle repose sur la construction d'un scénario contrefactuel qui impose nécessairement des hypothèses ; l'Autorité de la concurrence parle à ce propos de scénario "*hypothétique*" (v. citation, *supra*). Cette sémantique n'est pas neutre. En langue française, les synonymes d'hypothétique sont : aléatoire, équivoque, éventuel, douteux, spéculatif, préconçu, incertain, improbable, imaginé, etc. Des qualificatifs qui s'accordent particulièrement mal avec l'approche du dommage qui, pour être réparable, doit être certain en droit civil français. D'où la nécessité pour les victimes de montrer l'existence d'une perte ou d'une dégradation par rapport à un état antérieur avec un standard de preuve particulièrement élevé.

353 Commission européenne, Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 TFUE, *JOCE* du 13 juin 2013.

176. La communication de la Commission et son guide pratique mentionnés ci-dessus précisent les méthodes permettant d'atteindre ces standards. Ce sont des méthodes économiques et économétriques, souvent lourdes à mettre en œuvre, donc coûteuses. Il faut alors noter que la méthode de calcul du dommage la plus simple pour répondre aux exigences du droit français, dite du "avant-après", à savoir prolonger les tendances antérieures pour déceler des ruptures à partir du moment où la pratique condamnée entre en vigueur est souvent impossible à mettre en œuvre (pas de séries de données disponibles), insuffisante, voire inopérante, car les pratiques condamnées peuvent émerger à l'occasion du lancement de nouveaux produits ou pour empêcher l'entrée sur un marché de nouveaux concurrents. Dans ces circonstances, par définition, l'antériorité n'existe donc pas.

177. En outre, pour mettre en œuvre ces méthodes, il faut requérir les compétences de cabinets économiques en sus des compétences des conseils juridiques. Une compétence qui n'est pas identifiée en tant que telle dans la liste des experts judiciaires, et une charge certaine pour les victimes face à une espérance de résultat faible au regard de la jurisprudence des tribunaux français rappelée ci-dessus. Quand on sait les pratiques des tribunaux en matière d'application de l'article 700 du code de procédure civile, versement d'un pourboire plus que remboursement des frais réellement encourus, le contexte n'incite guère à la réparation.

178. Pourquoi mal réparé au total :

→ dossiers plus complexes et difficiles (lien de causalité entre la faute et le préjudice) : problème de moyens, de formation des juges, des avocats, des experts ;

→ prescription courte (cinq ans) et procédures très (trop) longues : dépérissement des preuves, contrefactuel comparé au réel postinfraction (redoutable, même si c'est erroné) ;

→ la *passing-on defense* annihile nombre de demandes ;

→ preuves difficiles à rassembler, surtout dans les procédures négociées ;

→ Parfois, le juge judiciaire ne s'estime pas tenu par la décision de l'Autorité (surtout en cas de non-contestation, le tribunal de commerce demande que tout soit redémontré) ;

→ enfin, ces procès opposent souvent des victimes aux moyens limités face aux auteurs des pratiques qui disposent des conseils pour assurer par tous moyens leur défense (l'investissement dans la baisse du dommage est "rentable").

179. Comment :

→ plus sanctionner (problème d'une peine disproportionnée ?) ;

→ mieux réparer : l'action de groupe est un premier pas même si très imparfait ;

→ faciliter la circulation de l'information entre la procédure de sanction et celle de réparation ;

→ une rubrique expertise économique pour pratique anticoncurrentielle et déloyale dans la liste d'experts des tribunaux de commerce ;

→ rejeter l'argument de la *passing-on defense* ;

→ instaurer des dommages punitifs bien encadrés pour en conserver les vertus et en éliminer les effets pervers bien connus (Stella Awards) ;mieux appliquer l'article 700 du code de procédure civile. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.