

# **Cour de Cassation**

*Cycle de conférences Droit et économie  
de la concurrence*

*La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle  
en France et à l'étranger : bilan et perspectives*

**lundi 17 octobre 2005**

**Quels sont les enseignements à tirer des affaires  
Mors/Labinal et CAMIF/UGAP**

**Grand'Chambre de la Cour de cassation**

**Intervenants :**

Maurice Nussenbaum, professeur à l'Université Paris Dauphine, associé de Sorgem et responsable de Sorgem Evaluation

## 2- La méthode retenue par l'expert et les difficultés de mise en œuvre

### 2.1. Méthode retenue

*Définition du champ de l'expertise : définir et lister les conventions litigieuses (1)*

*L'expert doit faire une succession de choix qu'il doit expliciter:*

*Conventions conclues par l'Ugap*

- signées par les collectivités territoriales et autres personnes publiques,
- portant sur des produits communs à l'Ugap et à la Camif,
- signées sur la période 1986 / 1987,
- écrites et quelque soit leurs montants.

## *Définition du champ de l'expertise : définir et lister les conventions litigieuses (2)*

### *Conditions rendant une convention litigieuse*

- existence d'un montant prévisionnel minimum d'achats correspondant à une partie importante de la dotation budgétaire.
  - détermination de la dotation budgétaire des collectivités territoriales par enquête par la comptabilité publique
  - détermination de la dotation budgétaire des autres personnes publiques par enquête  $\Rightarrow$  extrapolation

## *Définition du champ de l'expertise : définir et lister les conventions litigieuses (3)*

- appréciation de l'importance du montant de la convention par rapport à la dotation budgétaire

→ *Deux seuils sont envisagés :*  
*conventions > 50% dotations budgétaires*  
*conventions > 33% dotations budgétaires*

→ *Concernant les destinataires des conventions :*  
*2 hypothèses :*

- *Education Nationale seule*
- *tous destinataires*

## *Évaluation du préjudice (1)*

***Définition*** : Le gain manqué par la Camif résultant des conventions litigieuses

***Méthode*** : Détermination de la part de marché absolue de la Camif sur les marchés « ouverts » et transposition de cette part de marché aux conventions litigieuses.

## *Etapes :*

- détermination du chiffre d'affaires litigieux (réel ou prévisionnel)
- détermination de la part de marché de la Camif
  - Par circularisation auprès des collectivités territoriales
  - Pour les autres personnes publiques, on a utilisé une approximation :
- Examen de l'hypothèse d'un transfert d'achats des conseils régionaux (CR) vers les EPLE (effet de décentralisation) :

Ce phénomène n'a pu être prouvé par la Camif.

## *Évaluation du préjudice (2)*

**Objectif** : Evaluer le profit supplémentaire que la Camif aurait réalisé en l'absence des conventions litigieuses

Deux approches :

- les appels d'offre : analyser le taux de succès de la Camif sur les marchés ouverts (hors conventions litigieuses)
- la part de marché relative et absolue de la Camif sur les marchés ouverts

## Données nécessaires

- CA réalisé par l'Ugap au titre des conventions litigieuses : difficultés statistiques
- part de marché de la Camif sur les marchés ouverts
- taux de marge de la Camif



## Plusieurs types de difficultés

- Informations comptables ne correspondant pas aux catégories recherchées
- Existence supposée de transfert des achats des Conseils Régionaux vers les EPLE dans les collectivités ouvertes (effets de décentralisation).

D'après la Camif, cela conduit à minorer le calcul de son préjudice.

Différents taux de marge selon les résultats.

**Fonction des hypothèses suivantes :**

- Destinataire appartient ou non à l'Education Nationale
- Seuils d'avances 60,70, 80 et 90%
- Convention  $> 1/3$  ou  $> 50\%$  de la dotation
- Existence ou non de transfert d'achats des CR vers les EPLE.

## RESULTATS DE L'EXPERTISE

### Hors transfert :

En fonction du seuil d'avances,  
Préjudice compris entre 6 et 10 MF.

### Avec hypothèse de transfert :

En fonction du seuil d'avances  
Préjudice compris entre 7,5 et 12,5 MF.

## *2.2 Les difficultés de mise en œuvre*

- Définir le CA litigieux : interpréter l'Arrêt :
  - part importante de la dotation budgétaire
  - avances significatives
  - domaine public et notamment l'Education Nationale
- Connaissance de la part de marché de la Camif
  - ⇒ collecte des données
  - ⇒ harmonisation des nomenclatures comptables publiques entre elles (EPLÉ et CR)

## 5- Décision de la Cour

- Elle retient le seuil d'avance de 60%  
(correspondant au critère d'épuisement fixé par la Cour)
- Elle écarte l'hypothèse de transfert d'achat des CR vers les EPLE.
- Elle fixe à 10 MF le montant de la réparation.

## 6- Observations de l'expert

- **Nécessité pour l'expert de traduire quantitativement les critères qualitatifs définis pas le juge , en explicitant ses choix**
- **Grandes difficultés dans la collecte des informations auprès des collectivités territoriales et autres personnes publiques et nécessité d'un pouvoir d'investigation plus important de l'expert tant vis-à-vis des parties que des collectivités territoriales.**
- **Nécessité pour l'expert de définir les valeurs les plus probables des nombreux paramètres utilisés pour l'évaluation.**

. L'indemnité (environ 10 MF) a été jugée comme faible par le demandeur ...

. car la situation de référence est en elle-même non concurrentielle et l'indemnité ne porte que sur l'abus et ne vise pas à rétablir une situation de concurrence parfaite. De plus Son calcul s'appuie sur le taux de succès de la Camif sur les marchés ouverts lui même impacté par la position dominante de l'UGAP .

. Les problèmes d'informations ont rendu la preuve difficile et l'indemnité, à la différence de l'amende, ne s'apprécie qu'à partir du préjudice démontré.

. Cette situation se différencie de celle de MORS où l'éviction était à la fois totale et plus facile à établir.

- . L'expert doit aider le juge à définir ce qui relève de la normalité économique dans les différents domaines de l'économie**
- . De ce fait il doit prendre différentes options dans son évaluation , qu'il doit expliciter afin qu'elles puissent être discutées .**



## Dans l'exemple UGAP / CAMIF,

- L'expert doit proposer des seuils pour qualifier les pratiques,
- Mais il ne peut caractériser seul la frontière entre ce qui est licite et illicite.

- En conséquence , il faut envisager que l'expert retourne, en cours d'expertise, devant le juge en présence des parties pour qu'il se prononce sur certains de ses choix.
- Cependant, cela risque parfois de soulever des problèmes procéduraux en conduisant le juge à se prononcer (surtout dans une expertise avant dire droit) sur des questions de fond avant la clôture des débats.

## 8- L'exemple MORS / LABINAL ou un cas de perte de chance

- Jugement du Tribunal de Commerce de Paris : 3 juin 1992
- Arrêt Cour d'Appel : 19 mai 1993:  
reconnait l'existence d'une entente sous la forme d'une pratique concertée entre Westland et Labinal et d'une position dominante de Labinal et d'un abus de position dominante de Labinal
- Dépôt du rapport d'expertise : janvier 1998
- Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 30 septembre 1998

La société MORS a été retenue comme fournisseur en 1<sup>ère</sup> monte pour les Airbus A330/340 de TPIS (Tyre Pressure Indicator System ou encore système de contrôle de la pression des pneus).

Elle a été évincée du marché par son concurrent LABINAL, déjà fortement implanté sur le marché en disposant d'une position quasi-monopolistique chez BOEING...

... à la suite de comportements qui seront qualifiés d'abus de position dominante à travers des pratiques tarifaires abusives : rabais de fidélité auprès des compagnies leaders et alignement sur les prix du concurrent.

## Le demandeur invoquait différents préjudices :

- surcoûts et pertes subies à la suite des commandes détournées par Labinal (première monte et pièces de rechange ).
- perte de chance de disposer d'une part de marché à laquelle il pouvait prétendre compte tenu de son référencement par Airbus .
- perte de chance également sur le marché d'autres avions et des produits adjacents ,

**L'expertise identifiera les « manques à gagner » résultant de ces pratiques litigieuses pour Mors en distinguant plusieurs niveaux d'analyse :**

- les commandes fermes des compagnies (pour lesquelles les pratiques tarifaires abusives de Labinal avaient été constatées)
- ces commandes auxquelles seront ajoutées les options (formulées mais non formalisées ),
- le 3ème niveau d'analyse évaluera le potentiel de marge représenté par ces clients ( au delà des commandes et options ,
- le 4ème niveau estimera la totalité du marché perdu.

A hand holding a magnifying glass over a globe. The globe is the central focus, showing continents and oceans. The hand is positioned at the bottom left, holding the handle of the magnifying glass. The magnifying glass is held over the globe, with the lens focused on the center. The background is a light, textured surface.

L'analyse du marché identifiera des hypothèses de répartition normale des parts de marché et des niveaux de taux de marge.

- L'expertise identifie les différents niveaux de préjudice correspondant aux différentes appréciations possible de la situation normale sans opérer de choix entre elles .
- Elle indique cependant l'absence de lien direct ,au plan économique , entre la présence sur le marché des Airbus , sur celui des autres avions et sur celui des marchés adjacents .
- On constate un écart de 1 à 3 dans les évaluations du préjudice selon les niveaux de prise en compte de la perte de chance .



## **Ainsi la cour devait dire si elle retenait :**

- Uniquement les pertes subies du fait des surcoûts,
- Ainsi que le manque à gagner du fait des détournements de certains clients,
- S'il fallait ou non inclure les options,
- et la perte de chance de bénéficier d'une part de marché .

## **Ce choix :**

- ne peut être effectué par l'expert en cours d'expertise ,
- Cependant la question peut difficilement être tranchée a priori par le juge au stade de la définition de la mission car elle nécessite une connaissance préalable détaillée des faits d'où la nécessité :

- D'une bonne analyse des enjeux économiques par le juge,
- D'une interaction entre le juge et l'expert.

## La position de la Cour sur la perte de part de marché :

Les agissements de Labinal ont fait perdre à Mors une chance très sérieuse de faire admettre sa technologie nouvelle et performante tant auprès des compagnies Air France, Lufthansa et UTA, compagnies de lancement pour le A 340... qu'auprès des autres compagnies...

... que cette perte de chance doit dès lors être calculée sur l'ensemble du marché potentiel des A 330/340.



- C'est bien à l'expert de définir cette perte de chance éventuelle,
- et c'est bien au juge qu'il revient de dire si cette perte de chance était certaine.

De ce fait, la Cour d'appel retient l'hypothèse la plus large (H4) correspondant à la perte du marché.

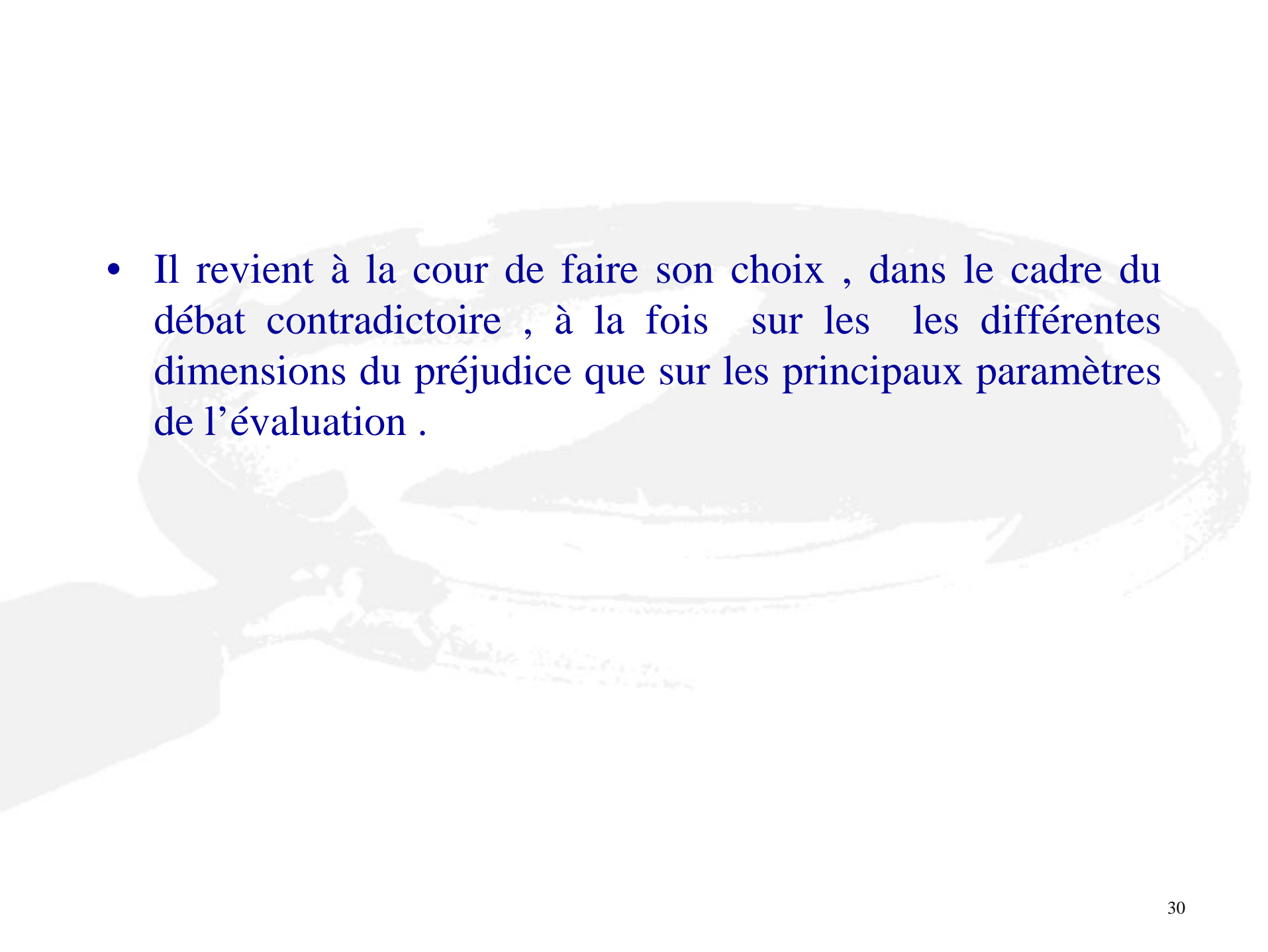
*« cette approche est celle qui traduit le mieux, au plan économique, l'impact sur le marché des TPIS A 330/ A 340 des pratiques tarifaires illicites de Labinal. »*

*Le chiffrage retenu ( 34 MF ) correspondait à 3 fois l'hypothèse minimale .*

- La Cour a donc retenu une interprétation économique du préjudice (perte de part de marché potentielle) et l'a estimé à 34,2 MF.
- En s'appuyant sur la théorie de la causalité adéquate, elle a cependant écarté les préjudices non liés directement tels que les produits adjacents ou les autres marchés d'avions.

## 9- Questions en guise de conclusion

- Les réponses des disciplines économiques sont le plus souvent multiples,
- l'expert doit à la fois faire des choix relevant de sa technique et restituer toutes les hypothèses et les solutions auxquelles elles conduisent,
- Ces hypothèses portent à la fois sur la nature du préjudice :
  - pertes subies , manque à gagner , perte de chance,
  - sur ses conséquences éventuelles : pertes de capacité concurrentielle, dévalorisation de certains actifs incorporels ,
  - Que sur sa mesure pour laquelle l'expert doit montrer le champ des incertitudes et leurs déterminants .

- 
- Il revient à la cour de faire son choix , dans le cadre du débat contradictoire , à la fois sur les les différentes dimensions du préjudice que sur les principaux paramètres de l'évaluation .

## En effet ,

- Les analyses ne se déduisent pas uniquement des faits ;
- Elles requièrent la mise en œuvre d 'outils d 'analyse économique (notamment pour estimer les parts de marché perdues ) ,
- qui s'appuient sur des choix de paramètres qui doivent pouvoir être contrôlés par le juge,



- L'expert doit restituer au juge les différentes options du débat.

- . L'expert est confronté à de nombreuses difficultés (comme dans Ugap/Camif) pour collecter de manière précise toutes les données pertinentes, ce qui risque de se traduire par une minoration du dommage.
- . D'où le débat sur l'insuffisance des sanctions et l'opportunité des sanctions punitives .
- . Ce choix ne relève pas de l'expertise .
- . Par contre ce qui doit s'imposer c'est l'analyse de la sensibilité du préjudice en fonction des paramètres retenus de manière à éclairer le juge à la fois sur les certitudes et sur les incertitudes .