



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

**L'approche économique, financière
et comptable du préjudice**

Grand'Chambre de la Cour de cassation

Intervenants :

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

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I- LES PROBLEMES RENCONTRES PAR L'EXPERT

1. La détermination du lien direct au plan de l'analyse économique et financière
2. Le caractère certain du préjudice et l'incertitude de sa mesure
3. La nature des dommages : surcoûts et manque à gagner

II- L'APPLICATION AUX CONSEQUENCES DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

1. L'évaluation des surcoûts résultant d'ententes de prix
2. Le manque à gagner dû à des ventes perdues
3. L'actualisation du préjudice
4. Le manque à gagner futur et la perte de capacité concurrentielle résultant de pratiques d'exclusion

INTRODUCTION (1)

L'expertise en matière de concurrence se situe à 2 niveaux :

- pour établir les pratiques anticoncurrentielles
- et
- pour permettre à une victime d'en obtenir réparation

INTRODUCTION (2)

Le rôle de l'expert dans la mise en évidence des pratiques :

- Contribuer à définir le marché pertinent en analysant la substituabilité des produits,
- Démontrer l'existence de prix excessifs (abus de position dominante, facilités essentielles ...)
- Ou de prix prédateurs.

INTRODUCTION (3)

L'intervention de l'expert peut être diligentée

ou

soit par le Tribunal (a)

soit par le Conseil de
la concurrence (b)

Problème de preuve
(absence de procédure
de discovery)

Meilleur accès
aux preuves

I LES PROBLEMES RENCONTRES PAR L'EXPERT

1. La détermination du lien direct au plan de l'analyse économique et financière

- Du lien direct « certain » au lien « très probable »,
 - * s'assurer qu'il n'y a pas d'autres causes,
ex : la baisse de PDM était-elle déjà présente avant les faits litigieux ?
 - * séparer ce qui relève directement du préjudice et ce qui se rattache à des faits extérieurs ou antérieurs (attention à la causalité adéquate !)
- Les moyens de preuve utilisés par l'expert pour l'analyse du préjudice

Caractériser l'écart entre la situation réelle et la situation normale ou analyse « but-for ».



Comment caractériser cet écart ?

1. La détermination du lien direct au plan de l'analyse économique et financière (suite)

Ecart entre situation réelle et situation normale.

Les moyens :

- ⇒ comparaison avant – après,
- ⇒ recherche de simultanités ou de corrélations (utilisation de modèles prévisionnels ou statistiques),
- ⇒ modélisation de la situation normale
- ⇒ Référence à des éléments de comparaison normatifs (ou « Yardsticks ») tels que PDM, PER, etc...

2. Le caractère certain du préjudice et l'incertitude de sa mesure

Si le préjudice doit être certain, sa mesure peut-être entâchée d'aléas et par là même déboucher sur plusieurs estimations .



Quelles alternatives ?

- Le quantum certain,
- Le quantum le plus probable,
- Le quantum le plus probable diminué d'un abattement pour incertitude,
- L'intervalle de variations du quantum et l'analyse de sensibilité

Principe énoncé par l'UCC (Uniform Commercial Code) aux Etats Unis :

Les dommages compensatoires sont une approximation : ils doivent être prouvés avec la définition et la précision autorisée par les faits et pas plus.



- C'est la nature des faits qui doit déterminer le niveau de précision possible.
- Le défendeur ne peut pas bénéficier de l'incertitude (surtout s'il continue à l'accroître en ne fournissant pas toutes les informations utiles)
- De fait, les effets de l'incertitude sur la mesure doivent être partagés entre demandeur et défendeur.

3. Définir la nature des dommages

	Passés	Futurs
coûts subies ou à subir (Damnum emergens)	① Coûts supplémentaires ou destruction d'actifs	② Coûts supplémentaires futurs
Manque à gagner (Lucrum cessans)	③ Perte de revenus passés	④ Insuffisance de revenus futurs ou perte de capacité concurrentielle .

3. Définir la nature des dommages (2)

Il existe des difficultés à la fois :

- **Pour distinguer les coûts et les manques à gagner :**
 - La notion économique de coût d'opportunité
 - les coûts subies pouvaient-ils être utilisés dans des emplois alternatifs et générer des revenus ou des économies ?
- **Pour déterminer le caractère évitable des coûts :**
 - Distinction coûts variables / directs / fixes,
 - Charges de structure et durée du préjudice.
- **Pour déterminer l'horizon du préjudice lorsqu'il s'agit du futur**

II. L'APPLICATION AUX CONSEQUENCES DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Les dommages en matière de pratiques anti-concurrentielles sont le plus souvent :

- des surcoûts (ou overcharges)
- une perte de substance (de valeur de l'entreprise)

qui proviennent le plus souvent de prix excessifs ou de prix prédateurs :

Comment définir des prix excessifs :

ou

Soit par
comparaison

Soit parce qu'ils
génèrent des
rendements excessifs

Comment définir des prix prédateurs :

ou

Non couverture des coûts
variables

non couverture
intentionnelle des coûts
moyens (avec volonté
d'évincer).

1. L'évaluation des surcoûts résultant d'ententes de prix

Surcoûts



(prix effectif – prix de concurrence)

X

quantités achetées

1.1 Détermination du prix de concurrence (1)

- prix avant les pratiques,
- prix comparables,
- prix théoriques.

Le prix de concurrence comprend (2) :

- les coûts de fonctionnement variables et fixes,
- les amortissements,
- les impôts,
- et également le rendement normal des capitaux investis.

Nécessité de construire une approche économique des coûts à partir des données comptables :

- coûts de reconstitution des actifs et non valeur nette comptable quand cela est possible,
- coûts marginaux à court et long terme et non coûts comptables moyens.



Nécessité de passer des coûts comptables aux coûts économiques

Le rendement des capitaux investis :

- permet de déterminer le niveau de profit normal (cas des facilités essentielles pour lesquelles il s'agit de fixer un prix d'accès aux infrastructures) ;
- il comprend :
 - le taux sans risque et une prime de risque,
 - il peut s'inspirer des rendements observés sur des sociétés comparables.

1.2. L'impact de la répercussion (passing on) du préjudice sur le client pour l'évaluation du dommage

- L'expert doit établir sa réalité.
- Si elle supprime l'effet de surcoût, elle n'en élimine pas l'existence.
- La répercussion sur le client peut entraîner une baisse de la demande et la perte de certains clients.

2. Le manque à gagner dû à des ventes perdues dans le passé

Préjudice = ventes perdues – coûts économisés

Quelle aurait été la demande ?

Coûts variables

Y avait-il un substitut pour l'entreprise ?

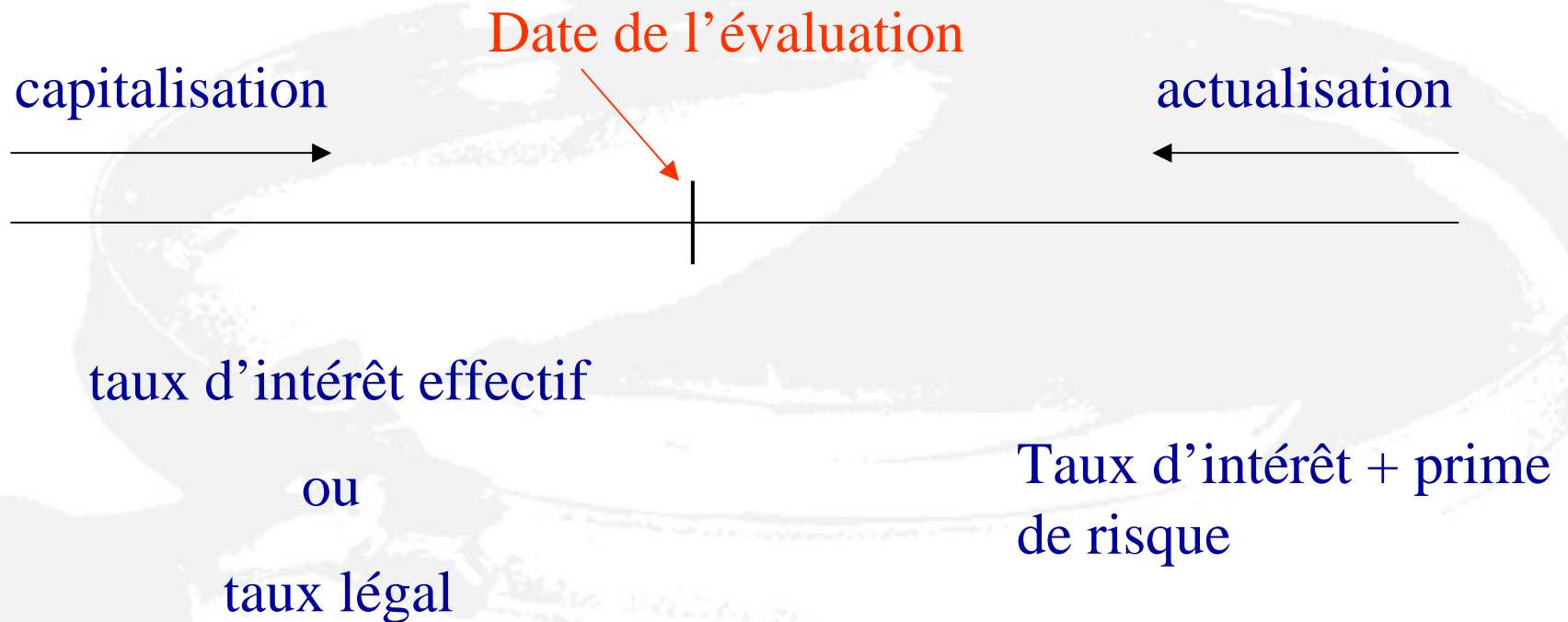
- à long terme tout est variable

Quel aurait été le prix de vente ?

- à court terme, une grande partie des coûts est fixe.

Aurait-il limité la perte des ventes ?

3. L'actualisation du préjudice



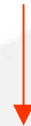
Le passé étant certain et le futur aléatoire, les taux applicables sont nécessairement différents.

4. Le manque à gagner futur et la perte de capacité concurrentielle résultant de pratiques d'exclusion (1)

- il s'agit de pertes de chances sur des ventes futures perdues,
- se traduisant par une perte de substance de l'entreprise,
- qui peut :
 - soit se limiter à une perte de marge limitée dans le temps,
 - soit constituer une perte définitive.

4. Le manque à gagner futur et la perte de capacité concurrentielle résultant de pratiques d'exclusion (2)

Perte de capacité concurrentielle



Pertes de ventes



Pertes de profits futurs

4. Le manque à gagner futur et la perte de capacité concurrentielle résultant de pratiques d'exclusion (3)

L'évaluation se fait à partir d'une somme actualisée de flux de trésorerie (cash-flows) futurs :

- qui est soit limitée dans le temps (par la durée nécessaire à l'entreprise pour retrouver sa position antérieure),
- soit étendue à l'infini ce qui équivaut à une dépréciation d'actif.

Car valeur d'actif = somme de revenus futurs



Il existe un continuum Entre la perte de ventes futures, le manque à gagner et la dépréciation partielle ou totale de certains actifs incorporels de l'entreprise.