



# **Indemnisation civile du préjudice anticoncurrentiel : Les actions en dommages et intérêts des entreprises victimes**

*Paris, 6 février 2013*

**Emmanuel Combe**, *Vice-président, Autorité de la concurrence*

*Professeur affilié ESCP Europe*

**Joseph Vogel**, *Avocat à la Cour, Vogel & Vogel*

**Laurent Flochel**, *Économiste, CRA*



# Indemnisation civile du préjudice anticoncurrentiel : une introduction

Emmanuel COMBE

*Vice Président de l'Autorité de la concurrence*

*Professeur des Universités*

→ Une réflexion initiée par la Commission

- constat : l'application des articles 101 et 102 reste essentiellement le fait des pouvoirs publics (antitrust)

- or, la pleine effectivité des règles de concurrence suppose également le droit à l'indemnisation des victimes de PAC :  
cf. Courage/Crehan [1999] ; Manfredi [1996]

→ encourager le “*private enforcement*”

## → Une initiative en suspens

- La Commission a ouvert le débat sur l'action en réparation dès 2005 :

Livre vert, Livre blanc (2008), consultation publique

- L'initiative de la Commission en 2009 (N. Kroes) n'a pas aboutit

- nouvelle consultation publique en 2011

Document d'orientation sur la quantification du préjudice

- prochaine étape : une directive en 2013 ?

→ Une pratique qui se développe en Europe

- de manière différenciée selon les pays : « forum shopping » avec prééminence du Royaume-Uni
- de manière différenciée selon les entreprises (effet taille)
- un contentieux très long et qui se clôt le plus souvent ... par une transaction
- un nouveau “marché”, avec de nouveaux acteurs (cf. Cartel Damage Claims et rachat des droits dans le « cartel du ciment ») ?



# Enjeux

## → La preuve de la faute

- difficulté pour les victimes d'accéder aux éléments de preuves (en particulier dans les affaires d'entente)
- obligation d'un niveau minimal de divulgation *inter partes* de preuves (procédure de discovery) ?
- si décision préalable d'une ANC, accorder valeur de preuve aux décisions définitives ? (cf. Allemagne)
- système du « *follow on* » ?

→ L'incitation à demander réparation

- constat : difficulté pour des victimes éparses (et ayant subi chacun un dommage individuel limité) à demander réparation

→ introduction d'une action de groupe ?

- le « design » de l'action de groupe :  
filtre de l'action, médiation, «*opt in*»/«*opt out* », mode de publicité, rémunération des avocats, réparation simple/triple, etc

→ L'articulation action publique/privée

- tension entre deux objectifs : répression des cartels via la clémence/ droit à réparation  
→ nécessité d'une mise en balance
- arrêt Pfleiderer (CJCE 2011) : autonomie procédurale des Etats membres
- en 2012, le Tribunal d'instance de Bonn valide le refus d'accès aux documents de clémence remis au BKA
- en France : loi du 17 mai 2011 (article 50) + loi du 20 Novembre 2012 (article 5)

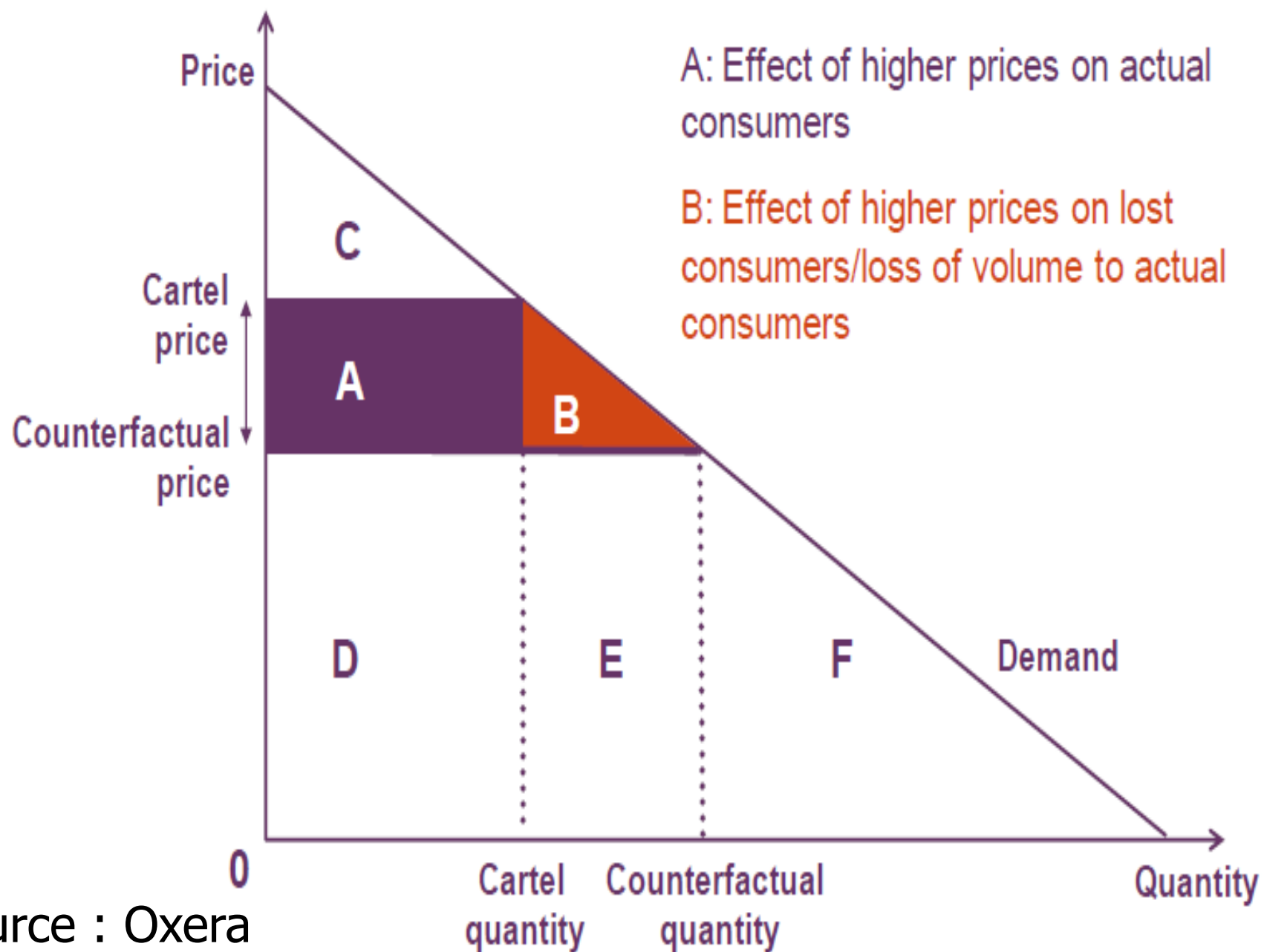
« L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction. »

→ La nature du dommage : cas d'un cartel

- cartel = « overcharge »
- on dispose de séries statistiques sur l'«overcharge » (moyenne /médiane) ...mais il est nécessaire de quantifier au cas par cas, compte tenu de la variance des résultats

*NB : le dommage à l'économie causé par un cartel n'est pas réductible au préjudice subi par les victimes d'une PAC*

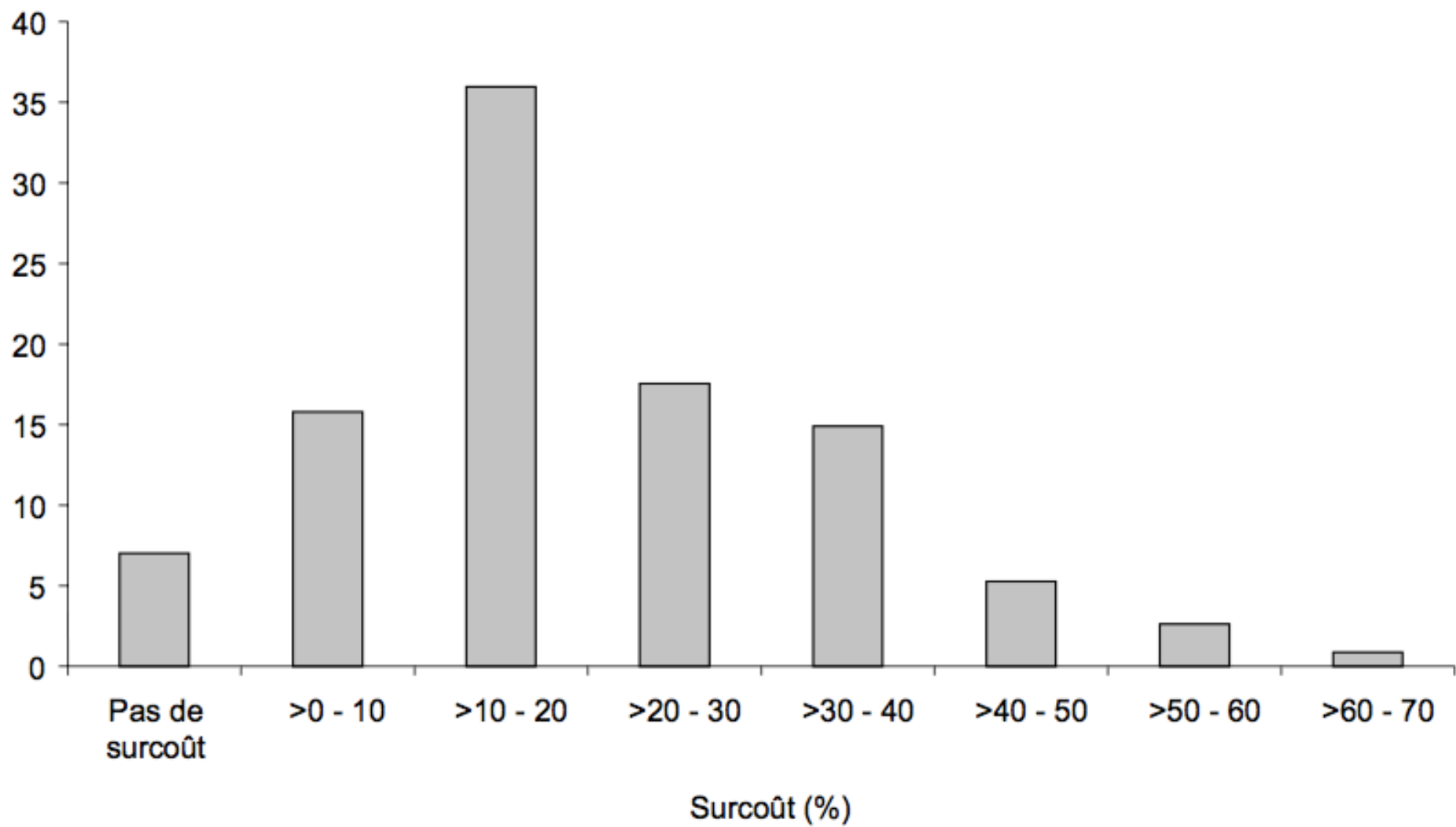
Figure 2.1 Stylised illustration of the main effects of a price-fixing cartel



Source : Oxera

**Tableau 6 : estimation de la hausse de prix infligée par les cartels**

<b>Etudes</b>	<b>Nombre de cas</b>	<b>Augmentation de prix (moyenne)</b>
<b>Werden [2003]</b>	13 cartels	21%
<b>Posner [2001]</b>	12 cartels internationaux	49%
<b>Levenstein et Suslow [2006a]</b>	22 cartels internationaux	43%
<b>Griffin [1989]</b>	38 cartels	46%
<b>OCDE [2003]</b>	12 cartels nationaux	15-20%
<b>Combe &amp; Monnier [2012]</b>	12 cartels condamnés par la Commission européenne	34%
<b>Connor [2006]</b>	25 cartels condamnés par le <i>DOJ</i>	30%
<b>Connor [2006]</b>	248 cartels condamnés à travers le monde	43%
<b>Connor [2006]</b>	674 cartels	17-19% pour les cartels domestiques 30-33% pour les cartels internationaux
<b>Connor [2006]</b>	136 cartels nationaux 126 cartels européens	47% 53%
<b>Connor [2006]</b>	64 cartels condamnés par la Commission	35%
<b>Connor et Bolotova [2006]</b>	200 cartels nationaux et internationaux	30-33% pour les cartels internationaux et 17-19% pour les cartels nationaux
<b>Bolotova, Connor Miller [2007]</b>	395 cartels	18,5%



Source : Commission Européenne 2011

→ La nature du dommage : cas d'un APD

- préjudice = « manque à gagner » (baisse du prix ; hausse des coûts ; pertes de volumes)
- quid d'un nouvel entrant ... qui n'est pas entré à cause d'une pratique de verrouillage ?
- quid de l'indemnisation du manque à gagner futur (cas d'un APD dont les effets perdurent dans le temps) ?

→ La répartition du dommage entre les victimes

- ne pas se limiter à priori à l'aval de la chaîne de valeur

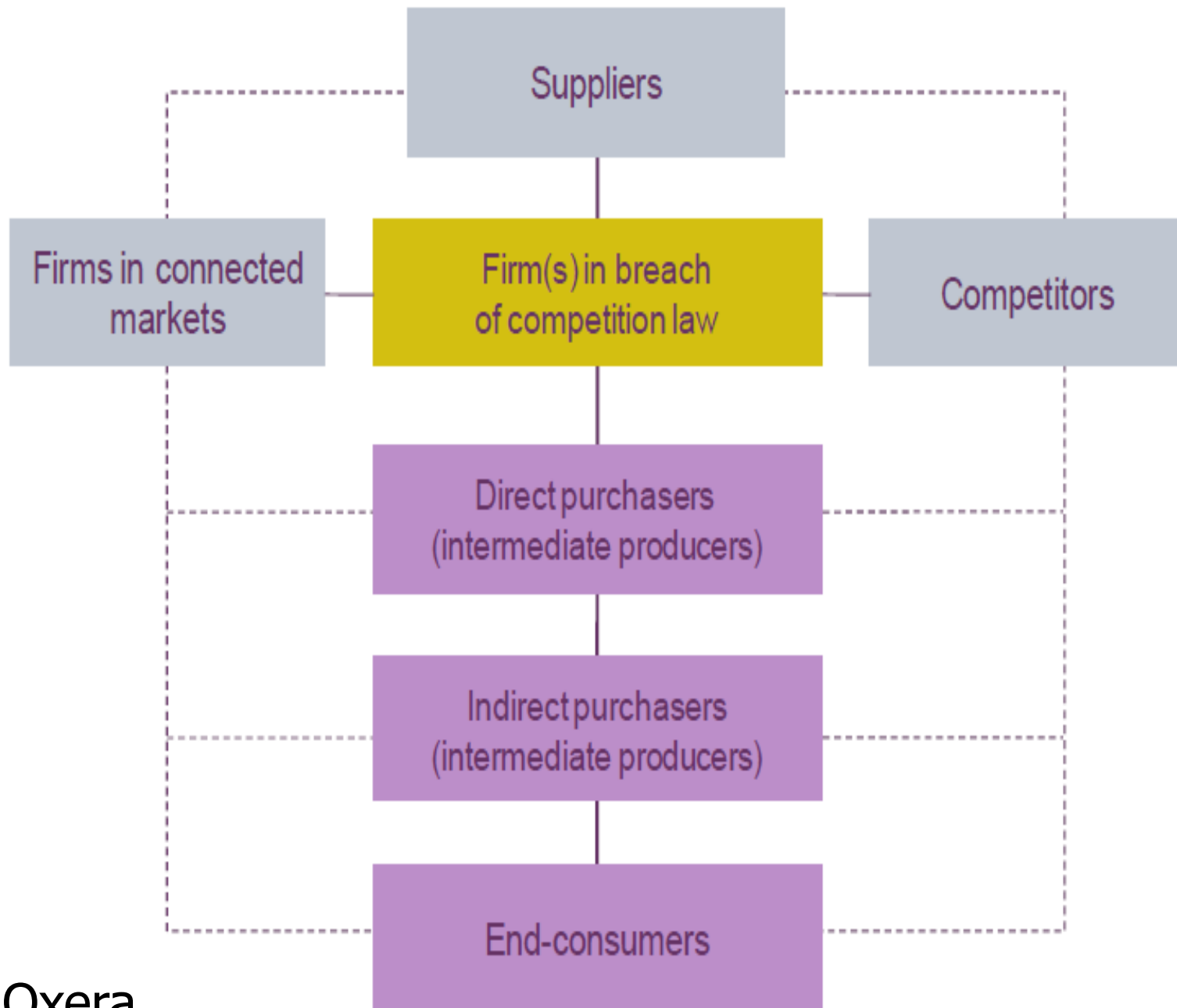
→ appréhender l'ensemble de l'écosystème

- ne pas se limiter aux clients directs

→ rôle du « passing on » (recevabilité du « passing on défense » ?)

*NB : quid des «clients potentiels», qui n'ont pu acheter à cause d'un prix trop élevé ?*

Figure 2.5 Which parties may be harmed by a breach of competition law?



Source : Oxera

## → Le cas américain

- Refus du *passing on defence* au niveau fédéral : Hanover Shoe (1968), Illinois Brick (1977)

- un débat fondamental : équité (pas d'enrichissement sans cause)/efficacité (dissuasion)

Anti (Lande & Posner 1979)/ Pros (Harris & Sullivan 1980 )

## → Le cas français : l'arrêt Doux (2010)

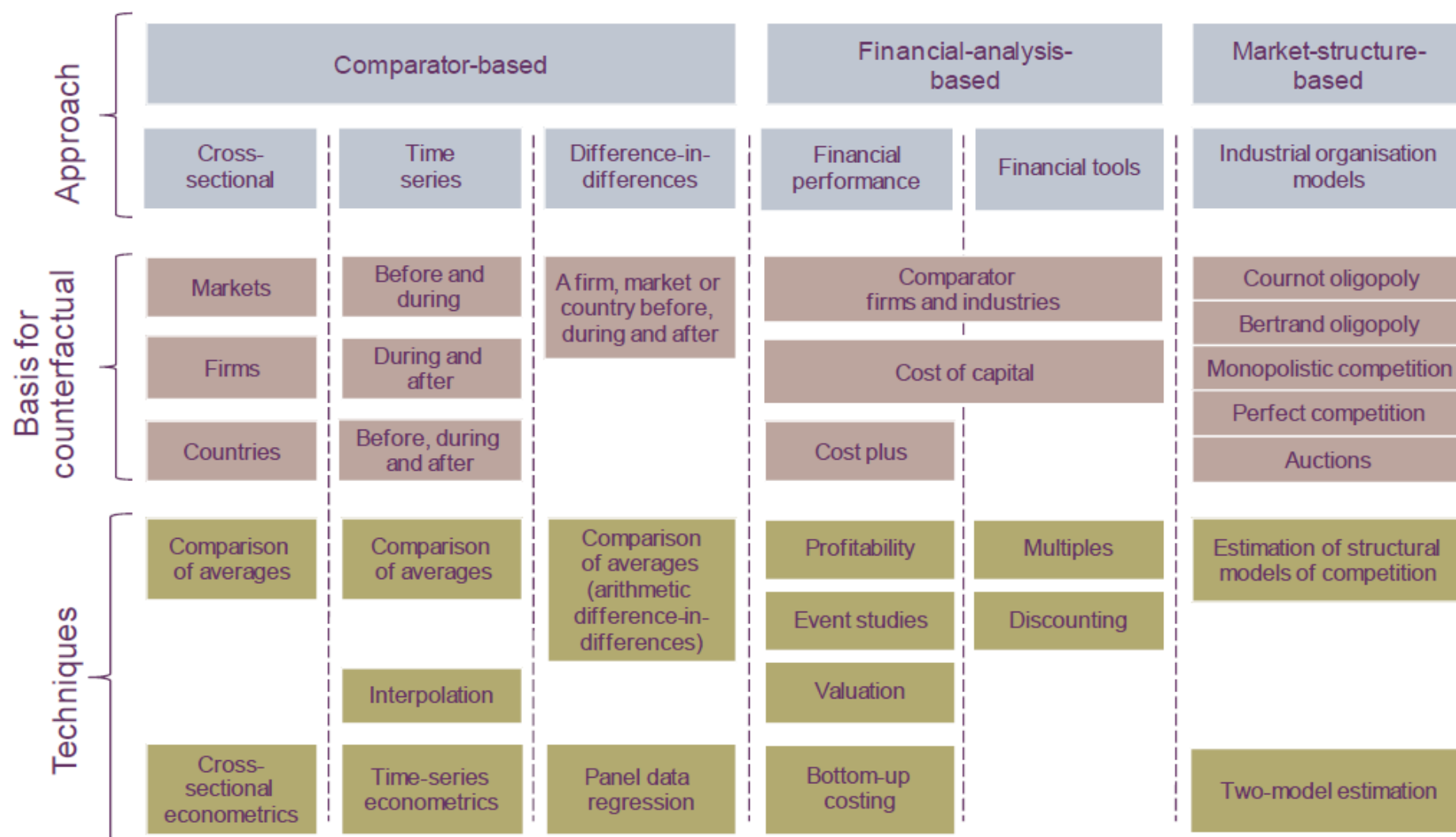
Attendu que, pour condamner la société AE à payer des dommages-intérêts aux sociétés Doux, l'arrêt, après avoir constaté que la réalité d'une faute commise par la société AE résulte de la décision du 7 juin 2000 de la Commission européenne et relevé que cette faute a engendré, pour les sociétés Doux, un surcoût des achats de lysine, retient que la circonstance que les sociétés Doux auraient été en mesure de répercuter ce surcoût sur les hausses de prix du produit est sans incidence sur l'étendue de leur droit à réparation ; qu'il ajoute que les charges accrues supportées par ces sociétés par suite des majorations de prix ont été la cause d'un préjudice constitué par une perte de la compétitivité de leurs produits et constituent la cause d'une perte de chance devant être indemnisée ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, **sans rechercher si les sociétés Doux avaient, en tout ou partie, répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l'infraction commise par la société AE, de sorte que l'allocation de dommages-intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause**, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

→ L'estimation du dommage

- nécessité d'élaborer un scénario « contrefactuel » .... en s'appuyant sur une méthode d'estimation
- il existe une multiplicité de méthodes  
→ laquelle choisir ? dépend des données disponibles et du type de pratique

**Figure 3.1 Classification of methods and models**



Note: The categories from previous classifications fit into this classification as follows. Before and after falls under 'time series'; yardstick or benchmark falls under 'cross-sectional'; cost-based approach falls under 'financial performance'; regression analysis falls largely under the 'comparator-based approaches', but can also be used for the 'financial-analysis-based approaches' and 'market-structure-based approaches'; oligopoly modelling and critical-loss analysis fall under 'market-structure-based approaches'.

Source: Oxera.

## → Le montant de la réparation

- Europe : réparation simple (mais intégrale) du dommage ; « pas d'enrichissement sans cause »
- Etats-Unis : « triples dommages » ; logique punitive & réparatrice
- quelles justifications au « triples dommages » ? Lande 2004

# Affaire Visa/Mastercard , USA [2009]

## *'Holiday Bonus' for Retailers*

### **U.S. RETAILERS RECEIVE \$1.1 BILLION PAYMENT IN LANDMARK VISA/MASTERCARD ANTITRUST CASE**

#### **Hundreds of thousands of merchants to receive checks this week as part of the largest antitrust settlement in history**

NEW YORK, NY (December 8, 2009) – In an unprecedented payment to U.S. retailers, the law firm Constantine Cannon LLP today announced that merchants across the nation will receive checks this week for approximately \$1.1 billion as part of a landmark antitrust settlement over Visa and MasterCard-branded signature debit cards.

The payments, which will be mailed starting today to approximately 634,000 merchants in cities across the United States, will provide a unique boost to profits in the midst of an especially difficult holiday retail season. With retail operating margins for most retailers averaging less than 5 percent, the \$1.1 billion payment is the equivalent to a \$22 billion increase in merchants' overall holiday revenue.

Jeffrey I. Shinder, Managing Partner of the New York office of Constantine Cannon, said: "This is likely the largest single payment to businesses in a class action in history, and it comes at a time when banks have all but stopped lending to the smaller retailers that make up the backbone of the class."

# Why Antitrust Damage Levels Should Be Raised

By Robert H. Lande\*

Nevertheless, this article will show that, if it is examined carefully, the current antitrust “treble” damages remedy really only constitutes approximately single damages. Even the award of “treble” damages to both direct and indirect purchasers only equals double damages. Yet, a multiplier, such as three, is necessary if we are to deter anticompetitive behavior optimally. Far from being duplicative or excessive, the current total should be raised.

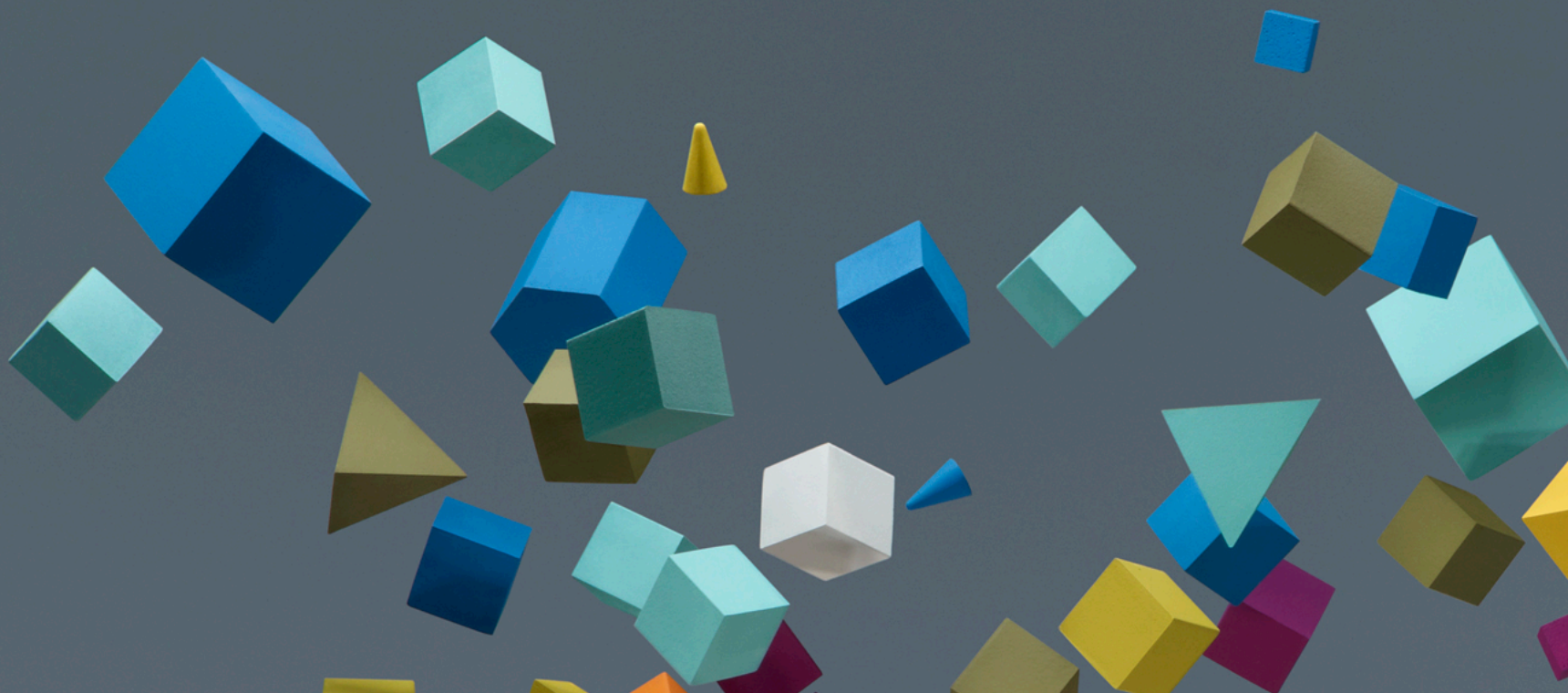
# Méthodes d'estimation du préjudice concurrentiel



Evaluation du préjudice concurrentiel  
Laurent Flochel  
6 février 2013

**CRA** Charles River  
Associates

# 1. Méthodes d'évaluation



Evaluation du préjudice concurrentiel

Laurent Flochel

6 février 2013

**CRA** Charles River  
Associates

---

# Introduction

Méthodes présentées sont des méthodes économiques d'évaluation utilisées dans de nombreux domaines (évaluation politique publique, étude d'impact etc...)

⇒ Vaste littérature économique, principalement empirique

## Cas de l'évaluation du **préjudice concurrentiel**

- Différentes études de synthèse réalisées dans le cas du préjudice concurrentiel
- Etude externe pour la Commission européenne (2009)
- Document d'orientation de la Commission (juin 2011)

---

# Introduction

## Cartel

1) Déterminer ce qu'aurait été le « marché » en l'absence des pratiques infractionnelles : contrefactuel ou situation de référence.

Ex : quels auraient été les prix ? Quelles auraient été les quantités vendues par chaque partie ?

2) La victime a-t-elle pu répercuter au moins en partie l'impact de la pratique infractionnelle (pass-through)

## Abus de position dominante

Dommmage certain, probable (*likely*) ou potentiel => lien avec théorie des effets réels ou potentiels

**Dans les deux cas** : quel est le profit perdu du fait des pratiques ?

=> Analyse de marge ou de **coûts** (incrémentaux ou évitables)

---

# Présentation des différentes méthodes

## **Comparaison simples**

- Avant – après
- Autre marché / produit similaire

## **Econométrie (analyse de régression)**

- Variable expliquée = ensemble de variables explicatives
- Avant – après ou double différence

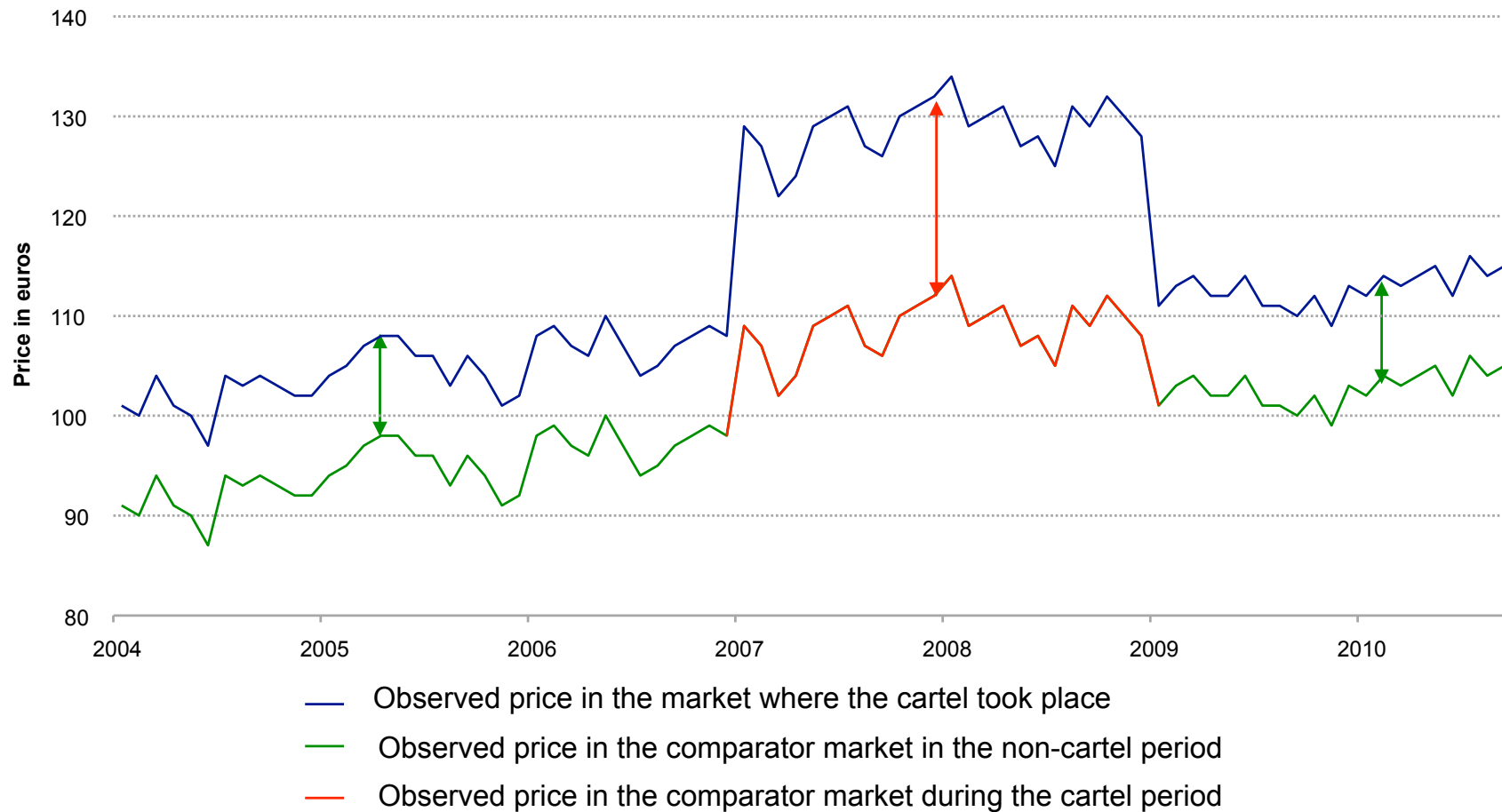
## **Basée sur les coûts / méthodes financières**

## **Modèles théoriques d'oligopoles (calibration)**

# Comparaisons simples



# Comparaisons simples – double différence

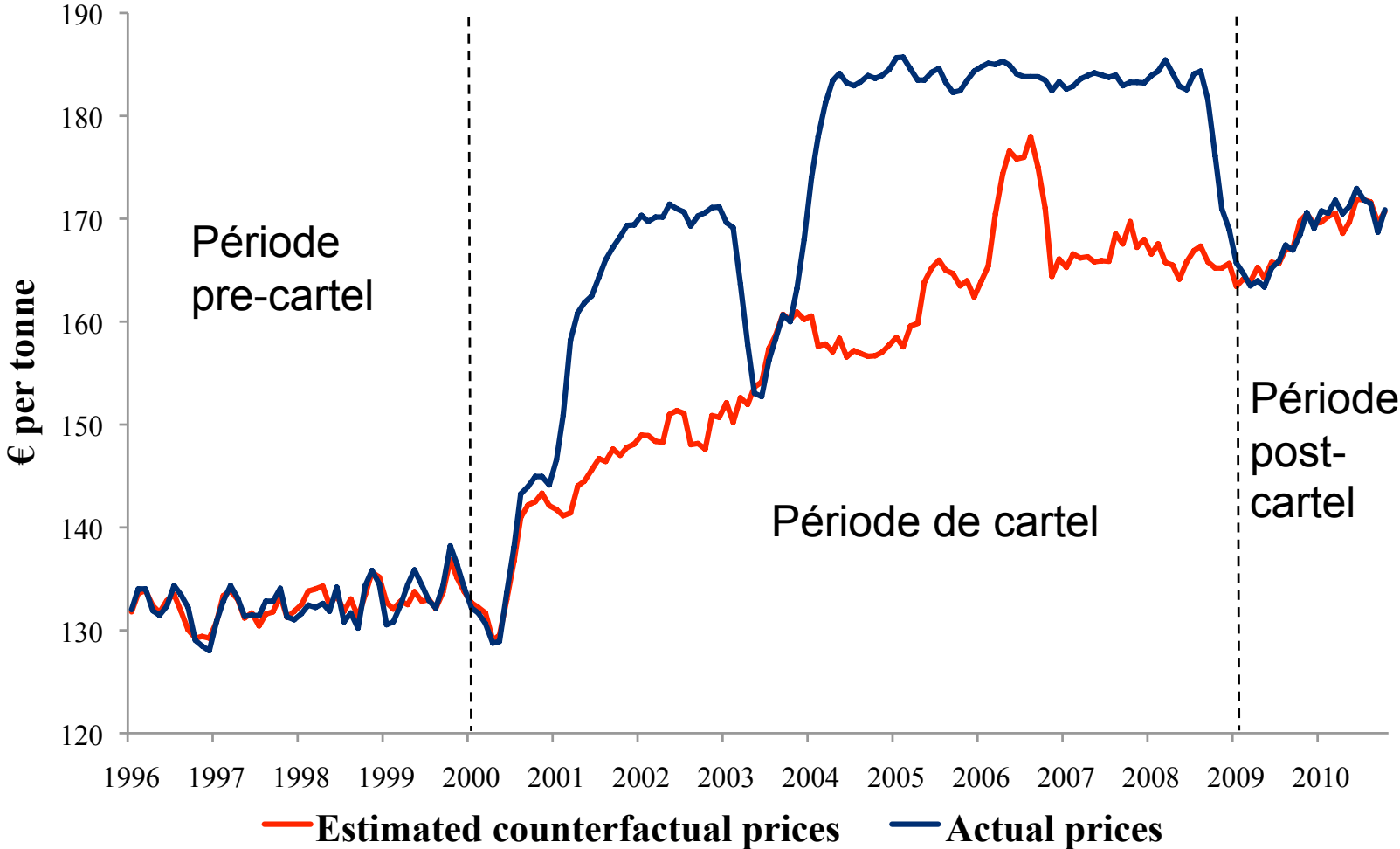


---

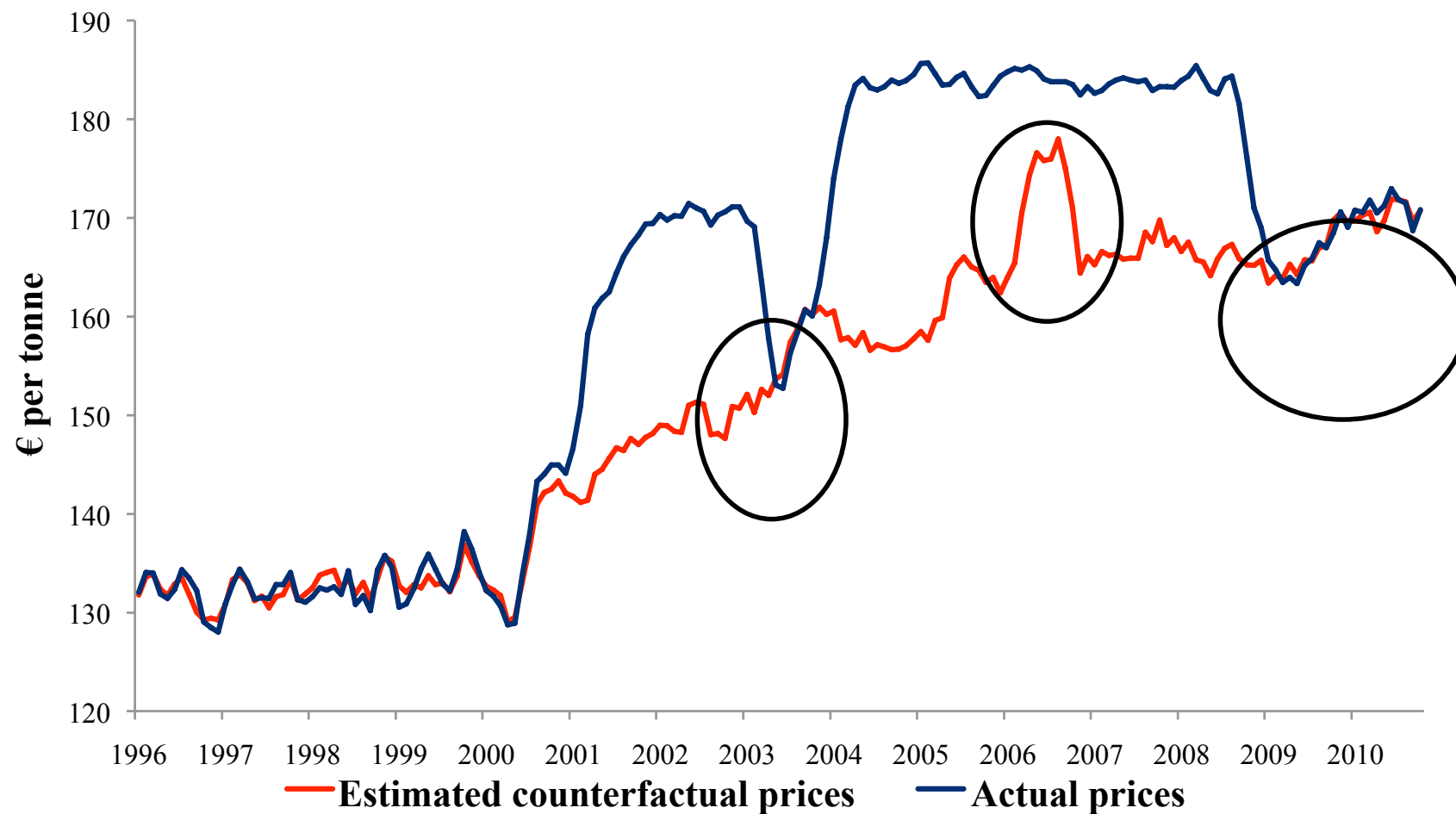
# Limites de ces analyses

- Peut-on identifier la date de début et de fin de l'infraction?
- Vaut-il mieux comparer les périodes avant et après ou de ne retenir qu'une seule des deux ?
- Le groupe de contrôle est-il suffisamment similaire/comparable ?
- Le groupe de contrôle n'a-t-il pas été affecté par les pratiques infractionnelles ?
- Certains facteurs exogènes ont pu affecter le marché des pratiques mais pas de groupe de contrôle. On risque alors de faire porter aux pratiques les effets de ces facteurs exogènes.

# Exemple d'analyse de régression



# Exemple d'analyse de régression



Evaluation du préjudice concurrentiel

Laurent Flochel

6 février 2013

**CRA** Charles River  
Associates

---

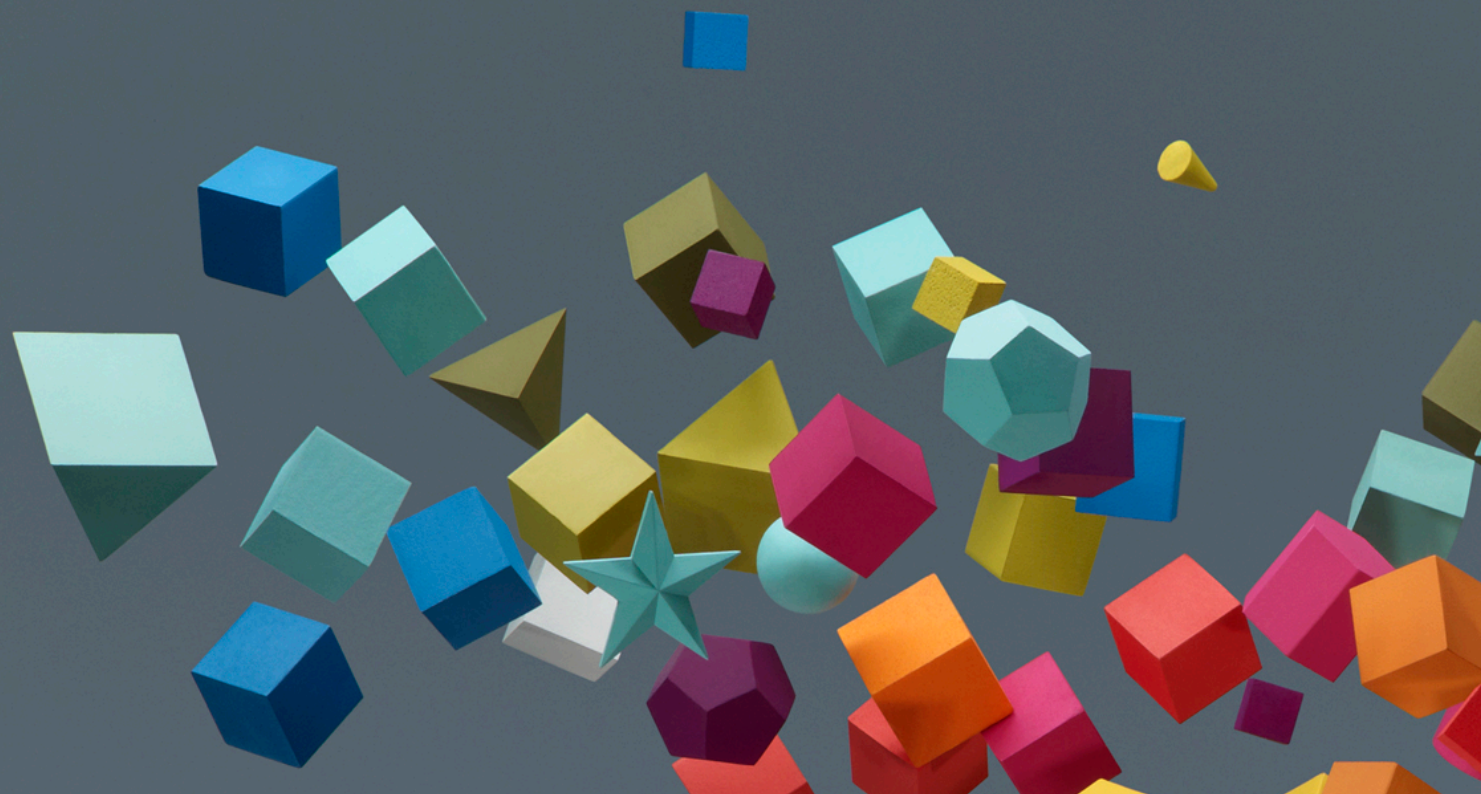
# Le modèle doit expliquer les faits

Il est important que le modèle explique les faits connus (le mieux possible).

## Illustration

- Cartel a cessé en 2003
- Prix estimé contrefactuel doit être le même que le prix réel durant cette période
- Réduction de capacité en 2006 en raison d'un incendie : le prix dans le contrefactuel a augmenté durant cette période
- Les prix post cartel sont sensiblement plus élevés que les prix pre cartel : ceci s'explique en partie par des coûts plus élevés.

## 2. L'effet des pratiques a-t-il été repercuté ?



Evaluation du préjudice concurrentiel

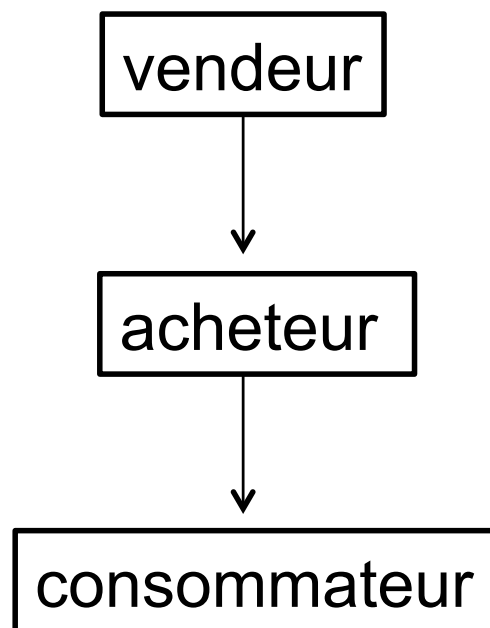
Laurent Flochel

6 février 2013

**CRA** Charles River  
Associates

---

# La répercussion (*pass-on*)



---

# La répercution (*pass-on*)

Théorie économique prédit que la répercution d'une hausse des coûts sera :

- totale en cas de concurrence parfaite ou de concurrence à la Bertrand
- de 50% de la hausse en cas de monopole avec demande linéaire
- Répercution peut être supérieure à 100%
  - Supposons qu'une firme fixe son prix à coût input + 10%  $\Rightarrow$  110% de pass through
  - Demande à élasticité constante conduit à une répercution supérieure à 100%
- Stennek & Verboven 2001 montre que les augmentations de coûts sont en général répercutées partiellement ou presque totalement

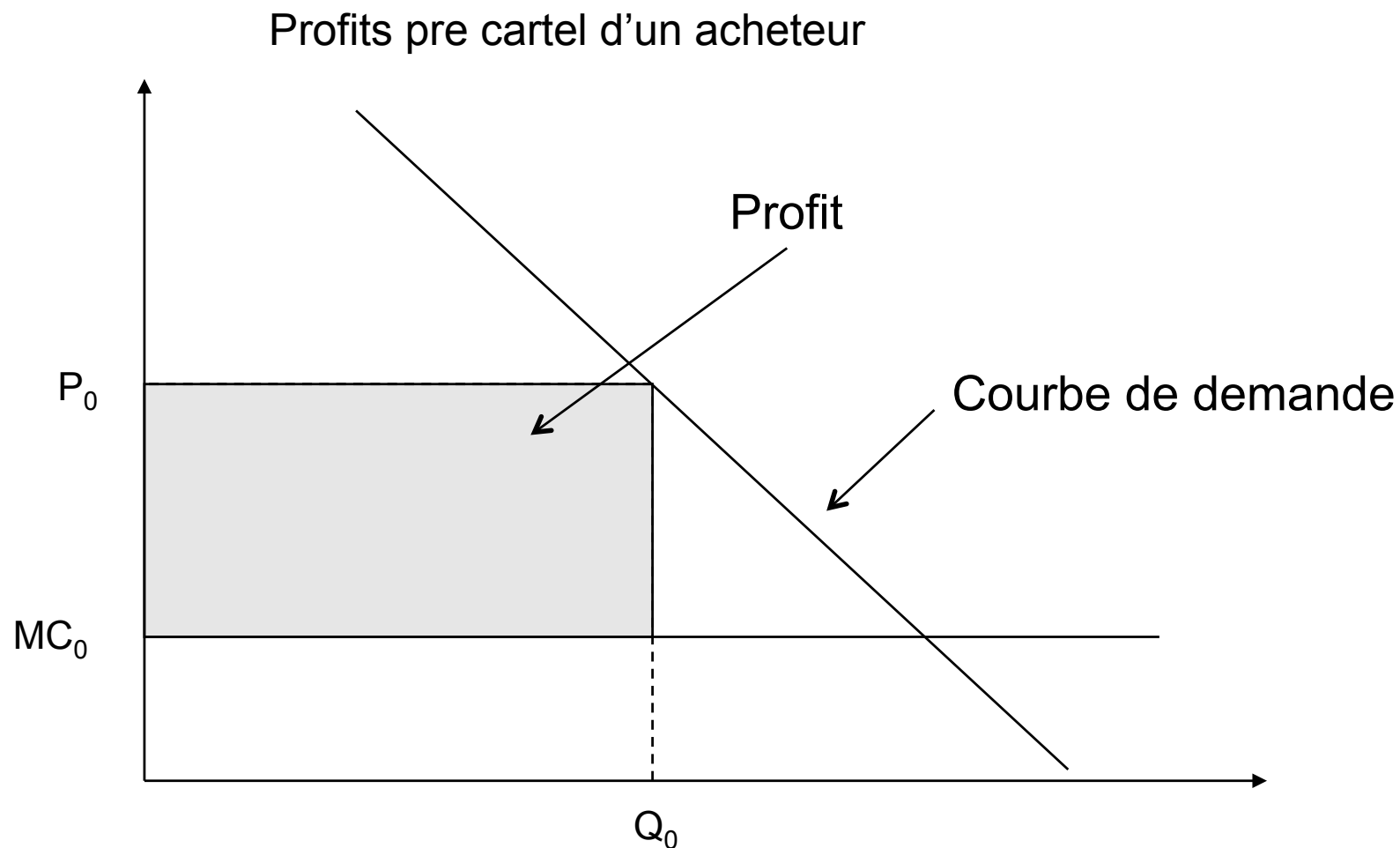
---

# Les effets

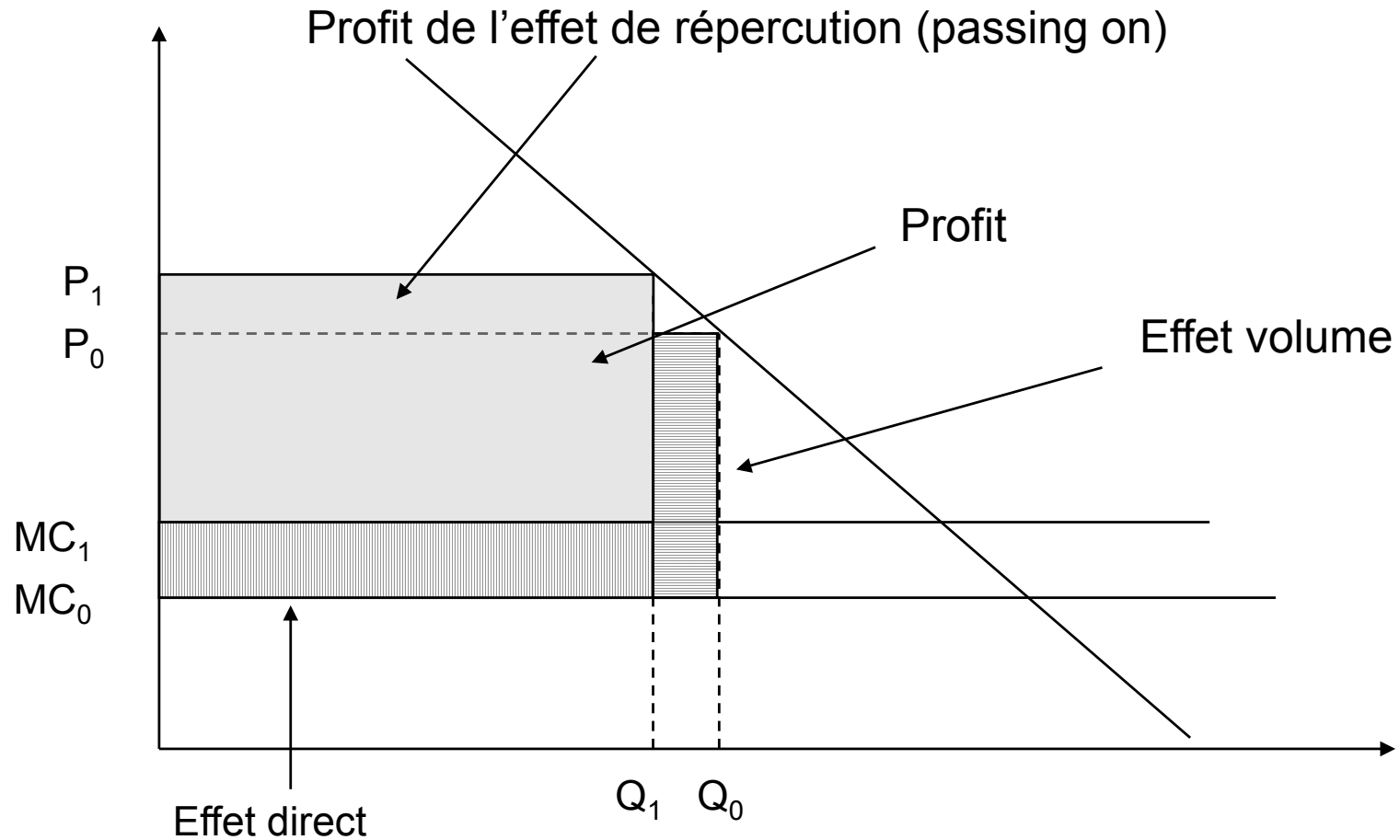
Le dommage de l'acheteur peut être décomposé en trois effets :

- **Effet direct** : surprix x quantité achetée
  - (souvent traité à tort comme le seul effet)
- **Effet de répercution** (*passing-on effect*) : perte réduite si une partie de la hausse de coût a été répercutée
- **Effet volume** : répercution de la hausse des coûts conduit à une baisse des volumes

# Les effets



# Les effets

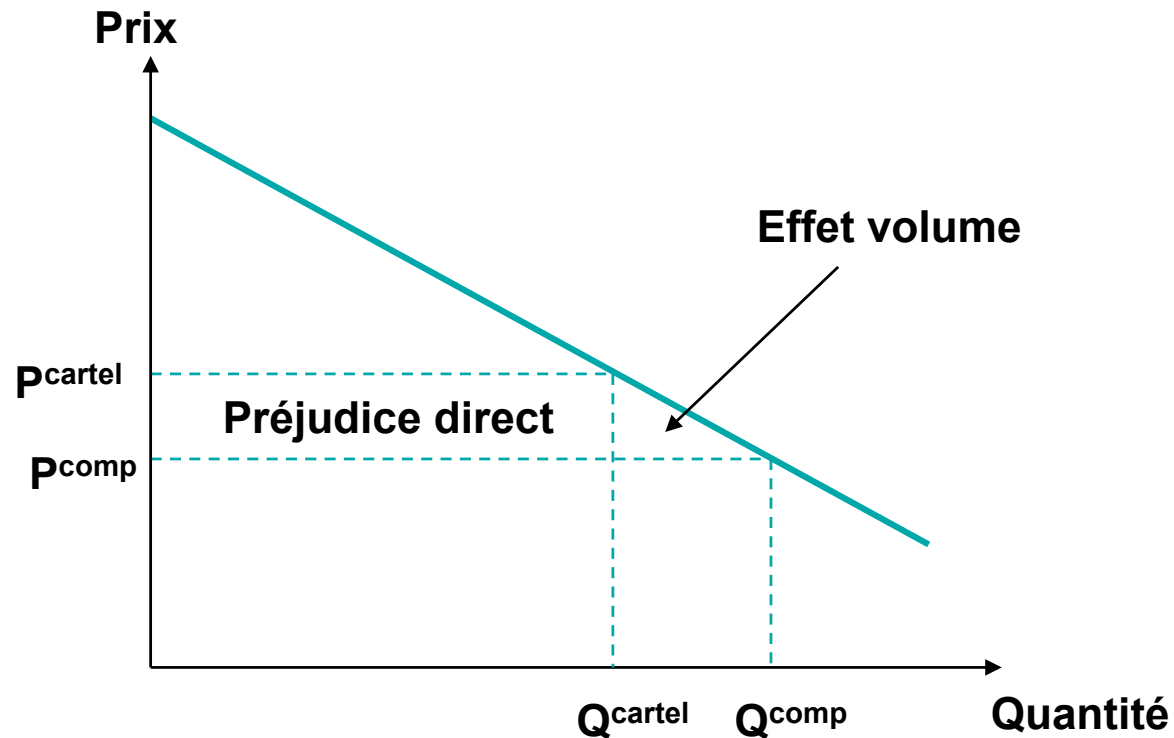




# Le préjudice subi par le consommateur final

Consommateurs finaux subissent un double préjudice :

- payer trop cher
- ne pas assez consommer



### 3. Préjudice en cas de pratiques unilatérales



Evaluation du préjudice concurrentiel

Laurent Flochel

6 février 2013

**CRA** Charles River  
Associates

---

# Préjudice en article 102

Plus compliqué qu'en cas d'entente :

- Conceptuellement moins clair
- Moins de cas (ou transaction secrète)
- Prix plus élevés causent un préjudice aux consommateurs – prix plus bas (effets indirects à moyen terme) ??
- Même logique que pour les ententes mais le contrefactuel est plus compliqué à identifier

Remarque : responsabilité limitée à ce que peut payer le coupable (peut être inférieur au dommage (cf injonction))

---

# Préjudice en article 102

- Importance de la théorie des effets bien documentée
- Bien souvent prospectif (profits futurs non réalisés ou moindres en raison de la pratique)
- Effets **potentiels** (perte de chances : ne doit pas être spéculatif) vs **réels**

**London**

Tel +44 (0)20 7664 3700  
Fax +44 (0)20 7664 3998  
99 Bishopsgate  
London EC2M 3XD  
United Kingdom

**Brussels**

Tel +32 (0)2 627 1400  
81 Avenue Louise  
Brussels B-1050  
Belgium

**Paris**

Tel +33 (0)1 70 38 52 78  
27 Avenue de l'Opéra  
75001 Paris  
France

Laurent Flochel  
lflochel@crai.com



[www.crai.com/ecp](http://www.crai.com/ecp)

Evaluation du préjudice concurrentiel  
Laurent Flochel  
6 février 2013

**CRA** Charles River  
Associates



**PIEGES, ARCANES ET  
CHAUSSE-TRAPPES DANS LES  
PROCEDURES DE *PRIVATE*  
*ENFORCEMENT***

# INTRODUCTION

- Intérêt grandissant pour les actions de *private enforcement*
- Réalité plus contrastée
- Arcanes, pièges et chausse-trappes dans la procédure et au fond

# I. Les pièges, arcanes et chausse-trappes procéduraux

## A. Les arcanes de la procédure

### 1. Les moyens d'incompétence

- Incompétence matérielle
- Incompétence territoriale
  - Spécialisation
  - Appel
  - Portée de la spécialisation
- Forum shopping international

## 2. L'accès aux preuves

- Article L. 463-6 du Code de commerce
- Accès aux preuves résultant d'une demande de clémence

### 3. Le sursis à statuer

- Sursis à statuer en raison d'une procédure européenne
- Sursis à statuer en raison d'une procédure nationale

## **B. Les pièges et chausse-trappes de la procédure**

### **1. La prescription**

- Réforme du droit de la prescription
- Portée de la décision de l'Autorité de la concurrence

## 2. Les fins de non-recevoir

- Concentration des moyens
- Nemo auditur ?

## 3. Le démarchage juridique

## **II. Les pièges, arcanes et chausse-trappes au fond**

### **A. Les arcanes au fond**

#### **1. La caractérisation de la faute**

Portée de la décision de l'autorité de concurrence

- Engagements
- Non-contestation des griefs
- Condamnation : ADLC, Commission

## 2. La matérialité du dommage

- Médiamétrie
- Arkopharma

### 3. L'évaluation du dommage

- La contestation des méthodes

## **B. Les pièges et chausse-trappes au fond**

1. La passing on defence
2. Le lien de causalité
3. Le lien de causalité

## CONCLUSION

- Nécessité d'anticiper les moyens de défense
- Fréquence des transactions
- Réformes envisagées