



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## L'application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France

---

**Pratiques** | Concurrences N° 4-2010

**Maurice NUSSENBAUM**

[mnussenbaum@sorgemeval.com](mailto:mnussenbaum@sorgemeval.com)

*Expert judiciaire agréé par la Cour de cassation  
Professeur à l'Université Paris IX Dauphine*

**Claire KARSENTI**

[ckarsenti@sorgemeval.com](mailto:ckarsenti@sorgemeval.com)

*Expert Judiciaire près la Cour d'appel de Paris*

**Maurice NUSSENBAUM**  
mnussenbaum@sorgemeval.com

Expert judiciaire agréé par la Cour de cassation  
Professeur à l'Université Paris IX Dauphine

**Claire KARSENTI**  
ckarsenti@sorgemeval.com

Expert Judiciaire près la Cour d'appel de Paris

## Abstract

*The Daubert criteria have been defined 20 years ago in the American procedural context to clarify the criteria for admissibility of testimonies and expert reports. They concern both the relevance to the task at hand and the reliability of the method used to the facts of the case. An analysis is conducted on a possible transposition of these criteria in the French procedural system to apply them to the judicial expertises.*

*Article focuses on the benefits but also the difficulties raised by a greater involvement of the judge in the technical discussions and the articulation of its role with the judicial expert. Antitrust litigation should be a privileged area for using Daubert standard because economic and legal analysis are intimately tied regarding qualification of practices, assessment of the damage to the economy and to the victims of the anti-competitive practices. Based on some recent decisions, we show that, even before any formal transposition, the issues raised by the Daubert criteria are at the heart of current debates between the competition authorities, judges and parties.*

*Les critères Daubert ont été définis il y a près de 20 ans dans le contexte procédural américain afin de préciser les critères de recevabilité des témoignages et rapports présentés par les experts de parties. Ils concernent à la fois la pertinence de la méthode mise en œuvre par rapport aux faits étudiés et sa fiabilité. Des réflexions sont menées sur une possible transposition de ces critères dans le système procédural français pour les appliquer notamment aux expertises judiciaires. L'article s'intéresse aux avantages mais également aux difficultés soulevées par une plus forte implication du juge dans les débats techniques et à l'articulation de son rôle avec celui de l'expert judiciaire. Les contentieux de concurrence constituent un champ d'application privilégié pour l'application des critères Daubert car l'analyse économique et juridique y sont intimement liées tant en ce qui concerne la qualification des pratiques, que l'évaluation du dommage à l'économie ou l'évaluation du préjudice subi par les victimes des pratiques anti-concurrentielles. Sur la base de quelques décisions récentes, nous montrerons que, même avant toute transposition formelle, les questions soulevées par les critères Daubert sont au cœur des débats actuels entre les autorités de concurrence, les juges et les parties.*

# L'application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France

1. Les critères Daubert ont été définis par la Cour Suprême des États-Unis afin de préciser les critères de recevabilité des rapports d'expert dans le contexte procédural américain. Leur transposition éventuelle dans la procédure judiciaire française soulève de nombreuses questions et a fait récemment l'objet d'un colloque organisé par la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation (CEACC), le 7 avril 2010.

L'objet du présent article est de présenter ce que sont les critères Daubert dans le contexte américain (I.), afin d'étudier leur intérêt potentiel dans le cadre judiciaire français (II.) et en particulier en matière de contentieux de concurrence (III.).

## I. Les critères Daubert dans le contexte américain

### 1. Les critères Daubert ont été définis par la Cour Suprême des États-Unis dans le contexte procédural américain

2. Le contexte procédural américain est celui de la liberté de la preuve dans le cadre d'un échange contradictoire. Chaque partie apporte ses preuves à l'aide de témoignages, dont des rapports d'expert de parties, d'où la nécessité de décider, en préalable à l'examen du fond, de la recevabilité de ces rapports. Cette étude préalable se déroule dans le cadre des audiences Daubert ("Daubert Hearings") dont l'objectif est de décider de l'admissibilité de ces rapports.

3. Les règles Daubert sont venues renouveler le cadre procédural relatif à l'admissibilité des rapports d'expert de parties. En effet, depuis 1923, avec l'arrêt *Frye*, avait été instauré le critère du "general acceptance" selon lequel l'expertise scientifique n'est recevable que si elle correspond au savoir partagé par la communauté de spécialistes du sujet traité. Ce critère obligeait le juge à s'informer de l'état de la science au moment du litige ce qui n'était pas toujours simple et a pu conduire à des interprétations soit trop restrictives, soit trop laxistes.

4. L'arrêt *Daubert* de la Cour Suprême en 1993<sup>1</sup>, précisé par les deux autres arrêts de la trilogie, arrêts *Joiner*<sup>2</sup> (1997) et *Kumho*<sup>3</sup> (1998/1999), est venu modifier l'approche en indiquant que le juge doit réaliser une évaluation préliminaire pour déterminer si non seulement :

→ Le raisonnement ou la méthodologie qui sert de base au rapport est scientifiquement valide ;

→ mais aussi s'il peut être appliqué aux faits de la cause, afin de décider la recevabilité de l'expertise.

5. Dans le cas des expertises techniques, la décision *Kumho* de 1999 a consacré l'applicabilité des règles Daubert aux expertises techniques et non scientifiques en énonçant que l'expert technique doit mettre en œuvre la même rigueur intellectuelle que celle qu'il aurait eue dans son activité professionnelle.

1 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

2 *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

3 *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1997).

6. Les deux critères de recevabilité d'un rapport sont donc la pertinence ("relevancy") et la fiabilité ("reliability"). En pratique, est également examinée la compétence et l'expérience de l'expert par rapport au sujet traité, ce qui constituait un moyen privilégié de l'application du critère précédent de "general acceptance". Précisons le contenu de ces deux critères :

→ *Relevancy* ou pertinence : ce critère consiste à justifier que la méthode utilisée s'applique bien aux faits de l'espèce<sup>4</sup> ;

→ *Reliability* ou fiabilité : Cette exigence imposée au juge est la plus contraignante car plus complexe<sup>5</sup>, c'est pourquoi cette exigence a été précisée par quatre sous-critères dans la décision *Daubert* :

→ peut-elle et a-t-elle été testée empiriquement ?

→ a-t-elle été examinée par ses pairs ou donnée lieu à des publications ?

→ connaît-on le taux d'erreurs auxquels elle donne lieu ?

→ les normes permettant de contrôler sa mise en œuvre sont-elles admises par la communauté scientifique ?

7. La question s'est alors immédiatement posée de savoir si ces critères s'étendaient également aux sciences non exactes. La réponse est positive, de même que pour l'expertise technique comme il a été indiqué plus haut.

En décembre 2000, la Rule 702 des Federal Rules of Evidence ("FRE702") a été modifiée pour intégrer les critères utilisés dans l'arrêt *Daubert* et les arrêts qui l'ont suivi.

Afin d'éclairer le débat, il est intéressant d'étudier le cas américain de la Silicose (2005 E, États-Unis, *Southern District of Texas Corpus Christi Division*).

## 2. Le cas de la Silicose

8. En 2005, des personnels (plus de 10 000 plaignants) exposés durant de nombreuses années aux poussières de silice se plaignent à travers une forme de class-action en se regroupant sur plusieurs territoires simultanément dans des actions coordonnées contre différentes entreprises (dont 3M) ayant provoqué cette exposition. Ils présentent tous des expertises réalisées par des médecins choisis par leurs avocats à travers des firmes spécialisées dans le contentieux. Les défendeurs mettent en cause la validité des expertises produites.

9. Les demandeurs ont listé environ 8 000 médecins. Cependant les rapports ont été établis par les mêmes 12 médecins, qui n'étaient pas les médecins traitants des malades, n'avaient pas de relations avec eux mais travaillaient habituellement avec leurs avocats. Certains d'entre eux ont

4 "The expert's theory must be tied sufficiently to the facts of the case" see *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

5 "Ground[ed] in the methods and procedures of science", see *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

précisé n'avoir pas diagnostiqué personnellement de silicose chez aucun des patients mais avoir témoigné, que, compte tenu des symptômes présentés à travers notamment les radiographies des patients, il y avait une forte certitude en faveur du diagnostic de silicose.

10. La mise en œuvre d'auditions *Daubert* portant sur la recevabilité des rapports va être décidée. Leur analyse détaillée illustre l'applicabilité des critères *Daubert* aux expertises techniques. Elles vont consister tout d'abord à la suite d'auditions contradictoires des experts médecins à définir les méthodes de diagnostic reconnues par la profession. Cette approche implique l'élimination des autres diagnostics possibles. Elle suppose un examen individuel approfondi de 60 à 90 minutes.

De plus, le diagnostic ayant été produit par des sociétés spécialisées ayant fait procéder à la fois aux radiographies, à leurs interprétations, aux examens physiques et aux rapports médicaux destinés aux procès, il a fallu procéder à des auditions des médecins pour examiner les méthodes de diagnostic effectivement mises en œuvre.

11. Il apparaît à cette occasion qu'ils n'ont pas mis en œuvre valablement le diagnostic, en ne recherchant pas l'exclusion des autres causes possibles (ou diagnostics différentiels), notamment l'asbestose.

De ce fait, les défendeurs remettent en cause les diagnostics de silicose et les rapports en invoquant l'application des critères *Daubert* : le juge doit s'assurer que tout témoignage ou preuve (rapport) de nature scientifique, doit être non seulement pertinent ("relevant") mais aussi fiable ("reliable").

12. L'application des critères *Daubert* au cas de silicose nécessitait de rappeler et respecter les critères de diagnostic généralement admis par la communauté scientifique, soit :

→ une exposition à la silice sur une durée suffisamment longue ;

→ une preuve radiographique de silicose ;

→ un diagnostic différentiel : l'absence de raison de penser que les résultats de la radio puissent être dus à une autre affection.

13. La conclusion des auditions *Daubert* a donc été :

→ une absence de preuve d'une exposition suffisante ;

→ une absence de preuves suffisantes des diagnostics radiographiques ;

→ une absence de prise en compte du critère des diagnostics différentiels par les experts médicaux ;

→ une absence de respect des mêmes standards par les médecins experts dans leurs diagnostics légaux et dans des diagnostics médicaux (comme nous l'avons rappelé précédemment il s'agit d'un aspect important des critères : l'expert technique doit démontrer qu'il applique la même

rigueur intellectuelle dans son témoignage que celle qu'il mettrait en œuvre dans sa profession).

Il a donc été conclu que les témoignages n'étaient pas admissibles eu égard aux critères Daubert et la Cour a alors proposé de choisir des experts médicaux indépendants pour déterminer parmi l'ensemble des diagnostics ceux qui pourraient être recevables, ce qui a été refusé par les demandeurs.

14. Les défendeurs ont alors requis des sanctions à l'encontre des demandeurs. La Cour a effectivement conclu au caractère abusif des demandes. Les demandeurs ont accepté l'estimation de la Cour fixée, compte tenu du nombre d'avocats impliqués, à 275 000 \$ par journée d'audition, soit au total environ 825 000 \$ pour 3 jours.

## II. L'intérêt potentiel dans le cadre judiciaire français

15. La question centrale posée par les critères Daubert est celle du rôle du juge pour apprécier la validité des témoignages techniques et scientifiques et par là même leur acceptabilité pour les débats du procès. Il en résulte que le juge ne peut pas écarter un témoignage sans justifier sa décision par une argumentation précise sur la pertinence et la fiabilité des rapports qui lui sont soumis.

Au niveau des experts, les implications des critères Daubert sont claires : ils opposent des critères de validité scientifique à ceux d'autorité et d'expérience de l'expert.

Au niveau des juges, la règle en vigueur aux États-Unis est de confier la responsabilité de l'appréciation de la validité des rapports d'experts de parties au juge qui ne peut se prononcer sur la causalité sans simultanément apprécier la fiabilité des expertises qui lui sont présentées.

16. Si on accepte cette approche, il en résulte la nécessité d'une plus forte implication du juge dans l'appréciation des méthodes de l'analyse technique et scientifique mais on est face à un dilemme : le juge ne peut être spécialiste dans toutes les disciplines.

17. Les critères Daubert indiquent cependant qu'il doit en maîtriser les enjeux :

- en procédant à l'examen contradictoire ;
- en faisant le point sur l'état de l'art ;
- en contrôlant les travaux de l'expert judiciaire ;
- en s'assurant de la pertinence de la mission et des moyens mis en œuvre.

On peut s'interroger sur les implications d'une éventuelle transposition de ces critères dans le cadre judiciaire français qui impliquerait pour la Cour d'appel de se prononcer sur la validité scientifique des témoignages et des rapports d'expert

et pour la Cour de cassation de contrôler les analyses effectuées par la Cour d'appel.

## 1. Peut-on transposer au cadre judiciaire français l'exemple américain qui s'appuie essentiellement sur des expertises de parties ?

18. Dans le contexte américain, les parties viennent avec leurs propres rapports d'expert et le juge se retrouve seul à trancher sur leur admissibilité. Le juge doit se prononcer sur la pertinence et la fiabilité des rapports des parties notamment sur la causalité et l'existence d'un préjudice (cf. cas de la silicose), sans être nécessairement aidé par des spécialistes. Dans le cas de silicose, le juge avait proposé la nomination d'un panel d'experts indépendants qui a été refusée par les parties.

19. En France, en matière de contentieux subjectif (notamment dans le cas de demande d'indemnisation d'un préjudice) le juge ne dispose que des rapports des parties mais peut se faire aider par un expert judiciaire sans toutefois se décharger sur lui de la décision car il conserve la pleine maîtrise du procès. On constate cependant souvent en pratique que le rapport de l'expert judiciaire, dans des matières très techniques, est entériné sans que le débat technique qui s'est déroulé devant l'expert ne soit réitéré devant le juge.

20. Dans le cas des contentieux objectifs, et notamment dans les recours sur une décision d'autorité de régulation (notamment en matière de concurrence), le juge dispose des rapports à la fois des autorités concernées et des parties.

Le cadre judiciaire français, tout en présentant des spécificités liées notamment à la possibilité pour le juge d'être assisté par un expert judiciaire, ne semble donc pas poser de difficultés pour la transposition des critères Daubert.

## 2. Le fait pour le juge de devoir se prononcer sur la validité des analyses scientifiques et techniques qui contribuent à sa décision n'est-il pas contradictoire avec son pouvoir souverain ?

21. L'avis du juge sur la pertinence et la fiabilité des méthodes est un problème de droit et non de fait. Il résulte de la question de l'admissibilité des preuves pour laquelle seul le juge a le pouvoir de décider. Cela implique qu'il acquiert la compréhension des principes et méthodes expertales utilisés à travers leur discussion contradictoire.

22. Il y a des domaines où la séparation entre le droit et le fait est simple et évidente : c'est en général les cas où l'appréhension des faits et de leurs conséquences est suffisamment simple pour que la faute puisse être démontrée par des seuls raisonnements juridiques :

→ la définition de ce qu'aurait été la situation normale (situation qui se serait produite sans les faits litigieux) ne pose pas de problème particulier (exemple : l'atteinte à un immeuble dans le cas d'un incendie) ;

→ la quantification de ses effets se trouve dans l'analyse des comptes (évaluation des coûts de remise en état) ;

→ les références recherchées peuvent être facilement observées : par exemple à travers les valeurs locatives (pour estimer la perte de jouissance de l'immeuble).

**23.** Dans ces cas, le droit français considère que l'analyse juridique peut être séparée de l'analyse scientifique. L'analyse des preuves ressort soit du domaine commun soit s'appuie sur des analyses scientifiques (faute médicale) totalement séparables de l'analyse juridique. Le juge apprécie alors souverainement les éléments de preuve qui lui sont soumis et si la preuve est d'ordre technique, scientifique ou technique, il renvoie à l'expertise dont il retient les observations qui lui paraissent pertinentes.

**24.** Dans d'autres cas, la démonstration de la faute et l'analyse de ses conséquences ressort d'une analyse scientifique qui est intégrée dans la qualification juridique : les pratiques anticoncurrentielles entrent dans cette catégorie. Par exemple, pour sanctionner un abus de position dominante qui a causé un dommage à l'économie, il faut en effet établir :

→ le marché pertinent ;

→ la position dominante et son abus ;

→ et ses effets sur l'économie.

**25.** La caractéristique du droit de la concurrence est d'avoir ainsi incorporé dans le droit des concepts issus de l'analyse économique tels que le marché pertinent, la position dominante et son abus ou le dommage à l'économie de sorte que l'autorité de la concurrence ou le juge ne peuvent se prononcer sur la faute et ses conséquences sans procéder à l'analyse de ces concepts ce qui requiert de leur part une analyse économique notamment pour pouvoir développer les tests définis par la jurisprudence (cf. l'exemple des vedettes vendéennes développé ci-après).

D'une manière générale, le juge ne peut se décharger du problème de l'appréciation de la pertinence des analyses qui lui sont présentées car gardant toute sa liberté par rapport au rapport d'expertise, il doit en apprécier et vraisemblablement, il devra demain compte tenu de l'influence européenne, contrôler son caractère scientifique ou conforme aux règles de l'art.

**26.** Appréciation souveraine ne signifie pas absence de justification car si la Cour de cassation ne contrôle pas les faits, elle peut contrôler la démarche et censurer l'absence de motivation ou l'insuffisante pertinence ou cohérence de la motivation sur le fait d'avoir ou non justifié des raisons pour lesquelles telle démonstration aura ou n'aura pas été retenue.

### III. Les applications des critères Daubert dans les contentieux de concurrence en France

**27.** On a noté précédemment que le droit de la concurrence a forgé des concepts en ayant recours à l'analyse économique ce qui crée une particularité pour l'application des critères Daubert puisque le juge doit se prononcer en se livrant à une analyse économique. Celle-ci trouve à s'appliquer à différents stades du processus judiciaire tant pour l'établissement des pratiques anticoncurrentielles que pour l'évaluation du dommage à l'économie ou du préjudice subi dans le cadre d'une action privée.

On présentera trois exemples liés à la problématique de la qualification des pratiques ou d'évaluation du dommage à l'économie. Le premier se rapporte au cas de la lysine où il s'agissait d'apprécier la validité d'études portant sur l'analyse de l'impact sur le marché de comportements de coordination et d'échanges d'informations. Le second est relatif aux vedettes vendéennes et pose non seulement le problème de la qualification de comportements anticoncurrentiels par le juge, mais plus spécifiquement pour l'établissement de l'existence de prix prédateurs, celui de la mise en pratique par lui de tests définis par la jurisprudence. Le troisième comprend deux cas d'appréciation du dommage à l'économie (cas de la sidérurgie et de la téléphonie mobile).

On présentera ensuite un exemple d'appréciation du préjudice subi dans le cadre d'une action privée (cas du cartel des vitamines).

On notera également dans l'analyse de ces exemples deux acceptations distinctes de l'applicabilité des critères Daubert : la première (originelle) a trait à la recevabilité des rapports ou témoignages d'expert, c'est le cas de la lysine, du cas de la sidérurgie ou de la téléphonie mobile. C'est l'essence même des critères que de s'appliquer dans ce contexte ; la seconde acceptation porte par extension sur l'utilisation par le juge lui-même d'une méthodologie issue de la jurisprudence et s'appuyant sur une analyse de nature économique. C'est le cas des vitamines et des vedettes vendéennes. Enfin parmi ces contentieux, il convient d'opposer ceux qui sont d'ordre objectif : respect ou non des règles : c'est le cas de la plupart des exemples et les contentieux subjectifs qui ressortent des droits, c'est le cas des vitamines (affaire *Arkopharma cl Roche*).

## 1. Qualification des pratiques et recevabilité de témoignages d'expert

### 1.1. Le cas de la Lysine

**28.** Il s'agit dans cet exemple pour le juge de se prononcer sur la recevabilité de témoignages d'expert visant à démontrer l'absence d'effets d'une entente. Il vise un contentieux porté devant la Commission européenne : le cas ADM devant la Commission européenne relatif au marché de la lysine (7 juin 2000)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Décision de la Commission européenne du 7 juin 2000 (Case COMP/36.545/F3, *Amino Acids*).

Pour démontrer l'absence d'impact sur le marché de la lysine de comportements de coordination et d'échange d'information, ADM produit deux expertises :

→ la première expertise met en œuvre un modèle de jeu concurrentiel s'appuyant sur un oligopole à la Cournot et montre que les prix qui se sont établis sur le marché (situation réelle) sont les mêmes que ceux qui se seraient établis sans collusion (situation normale ou *"but-for situation"*) compte tenu du faible nombre de concurrents qui induit des comportements d'alignement indépendamment de toute coordination des acteurs ;

→ la seconde montre que l'arrivée d'ADM en tant que cinquième acteur favorisait le fonctionnement concurrentiel du marché.

29. Suivant une analyse proche de celle des critères Daubert, la Commission rejette l'argumentation d'ADM du fait :

→ d'une absence de cohérence interne du modèle s'agissant de la première étude : les études sur lesquelles sont fondées les hypothèses de l'étude ADM se contredisent entre elles s'agissant des hypothèses sur le coût marginal et sur l'élasticité de la demande ;

→ d'une absence de pertinence s'agissant de la deuxième étude : la Commission considère que la capacité à maintenir l'entente ne dépend pas mécaniquement des résultats d'un modèle de théorie des jeux prenant en compte le fait qu'ADM soit le cinquième acteur ou pas. La Commission considère que la capacité d'une industrie à maintenir un cartel dépend des faits d'espèce.

## 1.2. Qualification de comportement d'abus de position dominante par des prix prédateurs : Mise en œuvre par le juge des tests appropriés issus de la jurisprudence – L'affaire des vedettes vendéennes

30. La procédure dure depuis 11 ans, deux cassations<sup>7</sup> et deux arrêts de la Cour d'appel ne sont toujours pas venus à bout de la définition du marché pertinent relatif aux services de transports de passagers entre l'île d'Yeu et le continent proposés par la Régie départementale des passages d'eaux de la Vendée (ci après "la Régie") et la société Vedettes Inter-Iles Vendéennes (ci après "la VIIV"), depuis liquidée, sortie du marché et représentée par son liquidateur judiciaire.

31. À la question de définition du marché pertinent s'ajoute celle de la position dominante de la Régie sur son marché durant la période estivale (période où elle est en concurrence avec d'autres opérateurs) et de l'existence ou non d'un abus de cette position au moyen de prix prédateurs. L'abus de position dominante reproché aurait consisté pour la Régie à utiliser une partie des subventions reçues du département durant les années 1998, 1999 et 2000 pour financer la vedette rapide "l'Amporelle" et à pratiquer des prix de vente inférieurs aux coûts totaux afin d'éliminer son principal concurrent, c'est-à-dire une pratique de prix prédateurs, sur le transport de passagers durant la période estivale.

<sup>7</sup> Comm, 17 Juin 2008, Pourvoi n° X 05-17.566 et Comm, 13 juillet 2010, Pourvoi n° Q 09-67.439.

32. Par sa décision du 23 décembre 2004 (n°04D-79), le Conseil de la Concurrence a dit non établi que la Régie ait enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour statuer ainsi, le Conseil a retenu pour marché pertinent le transport maritime de passagers entre l'île d'Yeu et le continent au départ des ports de Fromentine, La Fosse et Saint-Gilles-Croix-de-Vie entre avril et septembre par vedettes rapides et par ferries en considérant les ferries et les vedettes rapides substituables entre eux pour les passagers durant la période estivale. Le Conseil a considéré que la Régie détenait une position dominante sur ce marché durant la période 1998-2000 avec une part de marché de 70 %.

33. Pour déterminer le caractère prédateur des prix pratiqués, le Conseil a considéré que les coûts pertinents à prendre en compte étaient, en application de la jurisprudence *Deutsche Post AG*, les coûts incrémentaux c'est-à-dire ceux que la Régie n'aurait pas supportés si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle du transport de passagers durant la période estivale. En revanche, dans cette analyse, les coûts que l'entreprise est obligée d'engager même si elle n'offrait pas l'activité concurrentielle n'ont pas à être couverts.

34. Afin de savoir si le loyer de l'Amporelle était ou non attribuable à l'activité de service public (en dehors de la période estivale) ou à l'activité concurrentielle (durant la période estivale), le Conseil s'est appuyé sur une décision du 30 juin 2004 du Conseil d'État relative à la légalité de l'arrêté du 30 mars 1998 qui relevait : *"Considérant toutefois qu'il ressort des pièces du dossier que la régie départementale assure en ce qui concerne la desserte de l'île d'Yeu une mission de service public qui implique des traversées régulières toute l'année et par tous temps ; que l'accomplissement de cette mission explique que l'unité rapide de la régie départementale ait un tirant d'eau sensiblement plus important que celui des unités de la société Vedettes Inter-Iles Vendéennes (VIIV)"*.

35. Le Conseil en a conclu que *"Les coûts fixes liés à l'exploitation de « l'Amporelle », et notamment le loyer, ne constituent donc pas des coûts incrémentaux que la Régie pourrait ne pas supporter pendant la période estivale si elle n'exerçait pas d'activité concurrentielle"* et ainsi en a déduit que la Régie a fixé de 1998 à 2000 des tarifs supérieurs aux coûts incrémentaux et que de ce fait, il n'était pas établi que la Régie ait abusé de sa position dominante.

36. Sur recours en annulation par la VIIV de la décision du Conseil de la Concurrence, la Cour d'appel, par arrêt du 28 juin 2005, a considéré que pour établir le coût incrémental c'est-à-dire celui que la Régie n'exposerait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle, il fallait prendre en compte les coûts variables spécifiques à l'activité concurrentielle et une partie des coûts fixes communs à l'activité de service public et à l'activité concurrentielle tout en reconnaissant que l'essentiel des coûts fixes de l'Amporelle était lié à sa mission de service public. La Cour confirmait ainsi que l'Amporelle avait couvert ses coûts incrémentaux liés à la fourniture de ses services durant la période estivale.

37. Le 17 juin 2008, la Cour de cassation a cassé l'arrêt au visa de l'article L. 420-2 notamment au motif que la Cour d'appel

avait décidé que la mise en service de l'Amporelle constituait un coût fixe commun à la situation de service public et à l'activité concurrentielle de la Régie et que de ce fait, elle n'établissait pas que, indépendamment de l'activité concurrentielle d'avril à septembre, la Régie serait obligée de supporter le coût de l'Amporelle pour assurer ses missions de service public.

38. Dans son arrêt du 9 juin 2009, la Cour d'appel ressaisie rejette les segmentations opérées tant par la Rapporteuse du Conseil de la Concurrence que par le Conseil lui-même et par la Cour d'appel dans son arrêt cassé car elles distinguent saison d'hiver et saison d'été et qu'elle considère que seule une segmentation géographique qui oppose la desserte depuis les Sables d'Olonne (plus distante) aux autres dessertes mais aucun des griefs articulés contre la Régie n'est relatif à ce port.

39. Par ailleurs, elle considère que “[...] les notions centrales de la décision « Deutsche Post » de « coûts fixes communs (à plusieurs activités) » et de « coûts de fourniture isolée » n'ont pas de sens économique pour la Régie dans les circonstances d'espèce. [...]”

Ainsi, il en résulte que la Cour d'appel “ne retrouve pas la preuve que la Régie ait bénéficié sur un marché pertinent clairement et rationnellement défini, d'une position qui serait conséquemment dite « dominante », ni qu'elle ait abusé de cette position selon un examen fiable des coûts engagés pour exploiter ce marché”.

40. La Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 2010 va censurer de nouveau la Cour d'appel notamment sur les motifs suivants :

→ Violation du contradictoire en proposant une définition du marché pertinent en présence d'un opérateur chargé de mission de service public sans inciter les parties à s'expliquer sur le moyen

→ Au visa de l'article L. 420-2 du Code de commerce, la Cour de cassation retient trois motifs supplémentaires de cassation :

i. La Cour d'appel aurait dû rechercher si les services de transport de passagers entre l'île d'Yeu et le continent, proposés par la VIIIH et la Régie durant la période estivale étaient interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de leur usage.

ii. L'arrêt retient que dès lors qu'un SIEG est en cause, il convient de retenir une définition du marché pertinent aussi peu segmentée que possible en lien avec une évaluation plausible des coûts ce qui signifie qu'il faut selon la Cour d'appel être en mesure de déterminer les coûts pour chaque segment. La Cour de cassation considère que les considérations relatives aux coûts ne peuvent être retenues pour la définition du marché pertinent car elles se rapportent à la question de l'abus reproché à la Régie des pratiques de prix prédateurs et non à celle de la définition du marché pertinent qui repose uniquement sur des critères liés à la demande, c'est-à-dire à l'appréciation de la substituabilité, admis par la doctrine économique.

iii. La Cour de cassation reproche enfin à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir considéré que les jurisprudences

*Akzo et Deutsche Post* qui permettent d'établir le caractère abusivement bas des prix pratiqués par une entreprise sur un marché concurrentiel, ne s'appliqueraient pas lorsque l'entreprise qui est un SIEG, reçoit des aides d'État.

Or la Cour de cassation relève que les tests issus de ces jurisprudences ont précisément vocation à permettre de calculer le coût auquel doit être comparé le prix pratiqué sur le marché concurrentiel par l'entreprise exerçant par ailleurs une mission de service public, afin de déterminer si elle a abusé de sa position dominante.

41. On est donc de retour à la case départ et il convient de répondre à la question posée initialement par la Cour de cassation lors du premier renvoi qui est de savoir si la mise à disposition de l'Amporelle par le Conseil général de Vendée était nécessaire, indispensable à la Régie pour assurer la mission de service public de continuité territoriale à elle confiée toute l'année par ce dernier.

En effet, il s'agit bien de pouvoir dire si l'ensemble des coûts fixes relatifs à l'Amporelle sont oui ou non imputables aux missions de service public car la réponse à cette question est le préalable nécessaire pour permettre le calcul des coûts inhérents de l'Amporelle sur son activité concurrentielle des mois d'avril à septembre.

42. Ce feuillet à rebondissement des “vedettes vendéennes” montre qu'au terme de l'analyse trois positions divergentes sont exprimées par l'Autorité de la Concurrence, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ce qui montre la difficulté que rencontrent les magistrats dans le droit de la concurrence où l'analyse économique des faits à l'aide des tests issus de la jurisprudence inséparable de l'analyse juridique.

### 1.3. Appréciation du dommage à l'économie : La Cour d'appel ou la Cour de cassation fondent leur décision sur l'absence de pertinence d'une méthodologie – Le cas du cartel de la sidérurgie et des échanges d'informations entre les opérateurs français de téléphonie mobile

43. *Le cartel de la sidérurgie* : la Cour d'appel réduit les sanctions sur la base d'une démonstration du conseil de la concurrence considérée par elle comme non pertinente et qui avait été retenue par le conseil de la concurrence.

La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt le 19 janvier 2010 qui a conduit à réduire les sanctions prononcées par le Conseil de Concurrence et indiquait que s'agissant de l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie, elle avait écarté les analyses économétriques aux “motivations purement mathématiques” au profit des analyses économiques plus proches de ce faisceau “« qualitatif », ou au moins « qualitatif et quantitatif » comme y invite la loi, le mot « importance » n'étant évidemment pas arithmétique ; qu'il s'agit d'un ordre de grandeur ou, comme le dit le TPIUE (anciennement TPICE), d'une « probabilité raisonnable » de dommage collectif.”

44. *Les échanges d'informations entre les opérateurs de téléphonie mobile* : la Cour de cassation rejette une décision

pour absence de justification par la Cour d'appel de Paris de la non prise en compte d'une méthodologie *a priori* pertinente.

Le 7 avril 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, à travers sa décision, a rejeté l'affirmation de la Cour d'appel de Paris selon laquelle "*l'existence d'un dommage à l'économie est présumée dans le cas d'une entente*" et précisant "*Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans tenir également compte de la sensibilité de la demande au prix, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale*".

**45.** Ces deux décisions nous apparaissent particulièrement intéressantes par rapport à notre problématique relative à l'introduction des critères Daubert dans la procédure judiciaire française.

En effet, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris énonce un avis méthodologique qui vise à relativiser la portée des seules analyses mathématiques et économétriques s'appuyant sur des situations théoriques artificielles, difficilement compréhensibles pour les juges qui ne perçoivent pas toujours le lien entre les hypothèses, abstraites ou même arbitraires, retenues et la réalité économique que ces analyses sont censées expliquer pour revenir à une analyse économique fondée sur les faits et l'analyse des comportements réels des individus (critère de *pertinence*).

Quant à la décision de la Cour de cassation, elle met en avant la nécessité pour l'Autorité de Concurrence de ne pas faire l'économie des démonstrations économiques usuelles (sensibilité de la demande aux prix) pour démontrer au cas d'espèce l'existence d'un dommage à l'économie (critère de *pertinence et de fiabilité*).

## 2. Établissement du dommage subi par des victimes d'actes anticoncurrentiels : Préjudice dérivé pour les fabricants de compléments alimentaires du cartel des vitamines (jugement *Arkopharma cl Roche*, 11 mai 2006)

**46.** En 2001, la Commission européenne a sanctionné différents laboratoires pour ententes anticoncurrentielles. Cette affaire qui concernait l'approvisionnement en vitamines a pris le nom de "*Cartel des vitamines*".

De nombreux clients de ces laboratoires ont cherché, à travers une action en réparation, à obtenir une indemnisation devant les Tribunaux comme ce fut le cas notamment pour Arkopharma, fabricant de compléments alimentaires et qui se fournissait en vitamines auprès de la filiale française du groupe pharmaceutique Hoffman La Roche. La demande d'indemnisation s'appuyait sur le fait que le prix d'achat d'Arkopharma aurait été artificiellement élevé en raison de l'entente.

**47.** Le 11 mai 2006, le Tribunal de Commerce de Nanterre déboute Arkopharma de ses demandes considérant que le lien de causalité n'est pas suffisamment démontré. En effet, le Tribunal retient la théorie dite du "*passing on*" (c'est-à-dire la capacité pour une entreprise à répercuter le

surprix payé sur son propre prix de vente) en considérant que, en tant qu'acheteur intermédiaire dans la chaîne de commercialisation, Arkopharma devrait démontrer "*non seulement [qu'elle] n'a pas augmenté ses prix de vente aux consommateurs comme elle le soutient, mais surtout qu'elle était dans l'impossibilité de procéder à une telle augmentation*". Or, le Tribunal s'appuyant sur un avis d'expert soumis par les défenderesses, relève que "*les entreprises ne pouvant s'approvisionner qu'auprès des membres des ententes supportent toutes la majoration des prix et peuvent donc répercuter cette hausse sans craindre la concurrence puisque les conditions du marché sont identiques pour toutes*".

Dans cette affaire, le juge a considéré comme pertinent un témoignage d'expert qui a analysé le "*passing on*" sans évoquer la question de l'impact de la hausse des prix d'achat des vitamines (qu'il suppose donc répercutée sur les prix de vente finaux) sur les quantités effectivement vendues. Pour justifier de son préjudice, le demandeur aurait dû montrer que l'élasticité de la demande était suffisamment élevée pour que la répercussion de la hausse des prix d'achat ne soit pas possible compte tenu de ses effets sur la demande finale.

## IV. Conclusion

**48.** Les règles Daubert s'appliquent d'abord à l'expert en lui donnant un cadre à respecter pour que le rapport soit admissible : à la fois pertinence et fiabilité dans le choix et la mise en œuvre des méthodes d'analyse.

Mais elles s'appliquent aussi aux autorités de concurrence et aux juges à qui revient le contrôle du caractère pertinent et fiable des expertises et des décisions rendues.

**49.** Il est clair que pour se prononcer sur des fautes d'ordre professionnel ou sur des diagnostics de toutes natures, le juge devra s'appuyer sur des expertises qu'elles soient judiciaires ou de parties. L'expertise judiciaire pourra l'aider à démêler l'écheveau dressé par les rapports des parties mais la décision finale lui revient et pour que celle-ci soit motivée, le juge devra parvenir à définir les vrais enjeux scientifiques et techniques et à trancher en faveur des différents arguments.

Pour ce faire, il importe d'une part que le juge, ainsi que l'expert judiciaire qu'il pourra nommer pour l'assister, se forment continuellement à mieux comprendre ces méthodologies.

**50.** Par extension, ces critères s'appliquent aussi à l'analyse que mène le juge dans des domaines comme le droit de la concurrence où il est amené à conduire une analyse s'appuyant sur des tests issus de l'analyse économique et consacrés par la jurisprudence dès le stade de l'examen des fautes et non pas uniquement pour l'appréciation du quantum du préjudice, ce qui l'oblige à justifier du bien-fondé scientifique de la méthodologie qu'il utilise.

Les règles Daubert constituent de ce fait, un guide utile à la décision du juge. Comme l'écrivait le juge Breyer de la Cour Suprême des États-Unis dans le manuel de référence sur la preuve scientifique à propos d'études statistiques, on ne demande pas au juge de devenir un expert en statistique mais de comprendre comment l'analyse statistique fonctionne. ■



**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

# CONCURRENCES

## Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

## Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege*, *Cartel Profiles in the EU*...

## Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...



## Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ, Laurent FLOCHEL, Penelope PAPANDROPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel DEBROUX  
Laurence NICOLAS-VULLIERME  
Cyril SARRAZIN

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY  
Mireille DANY  
Marie-Claude MITCHELL  
Jacqueline RIFFAULT-SILK

### DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO  
Dominique FERRÉ  
Didier FERRIÉ

### CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

### AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL  
Christophe LEMAIRE  
Agnès MAÏTREPIERRE  
Chantal MOMÈGE

### RÉGULATIONS

Joëlle ADDA  
Emmanuel GUILLAUME  
Jean-Paul TRAN THIET

### SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne  
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

## Revue Concurrences | Review Concurrences

|  | HT<br>Without tax | TTC<br>Tax included<br>(France only) |
|--|-------------------|--------------------------------------|
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier)<br><i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>  | 445 €             | 454,35 €                             |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives)<br><i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>                      | 395 €             | 472,42 €                             |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives)<br><i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + free access to e-archives)</i> | 645 €             | 771,42 €                             |
| <input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier)<br><i>1 issue (print version)</i>   | 140 €             | 142,94 €                             |

## Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions

|   |       |         |
|---|-------|---------|
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives<br><i>1 year subscription + free access to e-archives</i> | 575 € | 687,7 € |
|---|-------|---------|

## Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions

|   |       |           |
|---|-------|-----------|
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin<br><i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>                   | 745 € | 891,02 €  |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin<br><i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions) + e-bulletin</i> | 845 € | 1010,62 € |

## Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : ..... e-mail : .....

Institution | *Institution* : .....

Rue | *Street* : ..... Ville | *City* : .....

Code postal | *Zip Code* : ..... Pays | *Country* : .....

N° TVA intracommunautaire/VAT number (EU) : .....

## Formulaire à retourner à | Send your order to

### Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France : 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France**