



**Bureau
d'économie
théorique
et appliquée
(BETA)**
UMR 7522

Documents de travail

« Expertise économique et droit français de la concurrence »

Auteurs

Marc Deschamps, Bruno Jeandidier

Document de Travail n° 2018 – 02

Janvier 2018

**Bureau d'Économie
Théorique et Appliquée**
BETA - UMR 7522 du CNRS

BETA Université de Strasbourg
Faculté des sciences
économiques
et de gestion
61 avenue de la Forêt Noire
67085 Strasbourg Cedex
Tél. : +33 (0)3 68 85 20 69
Fax : +33 (0)3 68 85 20 70
Secrétariat : Géraldine Del Fabbro
g.delfabbro@unistra.fr

BETA Université de Lorraine
Faculté de droit, sciences
économiques
et de gestion
13 place Carnot C.O. 70026
54035 Nancy Cedex
Tél. : +33(0)3 72 74 20 70
Fax : +33 (0)3 72 74 20 71
Secrétariat : Sylviane Untereiner
sylviane.untereiner@univ-lorraine.fr



Expertise économique et droit français de la concurrence

Marc Deschamps* et Bruno Jeandidier[‡]

* CRESE EA 3190, Univ. Bourgogne Franche-Comté, F-25000 Besançon, France, BETA-CNRS, GREDEG-CNRS, et OFCE-Sciences Po.

[‡] BETA UMR 7522, CNRS et Université de Lorraine

L'expertise économique dans le domaine de la concurrence se compose, d'une part, des recherches théoriques et empiriques menées, dans un cadre académique, par les universitaires et les chercheurs sur l'objet, la nature et la portée des règles ainsi que sur les décisions de justice et, d'autre part, dans un cadre amiable ou contentieux, des missions réalisées par des « hommes de l'art ». L'objet de cet article consiste à présenter, dans le cadre du droit français, un panorama des différentes modalités d'expertise pouvant être mobilisées dans le cadre d'une affaire de concurrence et la place qu'y occupent les économistes. Nous centrerons notre analyse sur les experts judiciaires et les cabinets d'expertise économique et soutiendrons que les économistes peuvent utilement contribuer à la résolution des contentieux, mais qu'ils n'ont pas encore toute la place qu'ils pourraient avoir.

The economic expertise in the field of competition consists, on the one hand, of theoretical and empirical research carried out by academics and researchers on the object, nature and scope of competition rules and on judicial decisions and, on the other hand, in an amicable or contentious framework, missions carried out by practitioners. The purpose of this article is to present an overview of the different types of expertise that can be mobilized in the context of a competition case as well as the role played by economists in this context, within the framework of French competition law. We will focus our analysis on judicial experts and economic consulting firms and prove their differences.

Mots clés : expertise judiciaire, cabinets d'expertise, droit de la concurrence

Codes JEL : L40, K13, K21

« Je n'ai encore aucune donnée. Et bâtir une théorie avant d'avoir des données est une erreur monumentale : insensiblement on se met à torturer les faits pour qu'ils collent avec la théorie, alors que ce sont les théories qui doivent coller avec les faits » *Sherlock Holmes*
Sir A. Conan Doyle [1891, p. 7]

INTRODUCTION

Lorsque les économistes considèrent l'expertise économique, en matière de concurrence, il nous semble qu'ils songent immédiatement aux travaux académiques portant sur la nature et le fonctionnement des marchés et, éventuellement, à la manière dont ces travaux pourraient permettre de rendre *concrètement* les marchés plus efficaces. Ensuite, ils considèrent les dépositions et témoignages d'universitaires ou de chercheurs très prestigieux, lors de litiges devant les autorités américaines, à l'instar de F. Fisher lors du procès IBM ou de R. Schmalensee lors du procès Microsoft. Enfin, les mieux informés en la matière, évoqueront le rôle grandissant joué par l'analyse économique dans les affaires traitées par la Commission européenne ou, en France, par l'Autorité de la concurrence.

Or cette perception commune n'est pas suffisamment précise pour rendre compte des diverses modalités d'expertise en matière de concurrence, en France, pour au moins trois raisons. Premièrement elle ne prend pas en compte l'ensemble des spécificités du schéma institutionnel français dans lequel évoluent les acteurs du marché et qui articule, en matière d'application des règles de concurrence, les juridictions civiles (tribunaux de grande instance, Cours d'appel, Cour de cassation), commerciales (tribunaux de commerce), sociales (conseils des prud'hommes) et administratives (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, Conseil d'Etat), l'Autorité de la concurrence, ainsi que la médiation et l'arbitrage¹. En effet, le domaine de la concurrence couvre différents aspects dont les contentieux sont éclatés et il n'existe pas de monopole institutionnel s'agissant des infractions aux règles de concurrence².

¹ Ces spécificités proviennent, pour partie, du fait que toutes les dispositions relatives au droit de la concurrence ne figurent pas dans le Code de commerce comme le soutient B. Saintourens [2010].

² A titre d'illustration, on peut remarquer qu'à la suite de la condamnation, par le Conseil de la concurrence, d'une entente dans le secteur de la téléphonie mobile (Décision n°05-D-65 du 30 novembre 2005), l'association *UFC-Que Choisir ?* a décidé de saisir le Tribunal de commerce de Paris et non le Tribunal de Grande Instance, notamment en raison du risque encouru sur le montant des dépens (c'est-à-dire des frais engendrés par le procès que le gagnant à l'instance peut se faire payer par le perdant, sauf si la juridiction en décide autrement). Pour plus de détails sur ce point et sur la possibilité, pour les parties s'estimant victimes, de développer des stratégies judiciaires, voir notamment E. Claudel [2006], A. Masson [2009] et M. Deschamps et R. Poésy [2013].

Il faut d'ailleurs rappeler que les juges judiciaires, lorsqu'ils appliquent les dispositions internes ou européennes de la concurrence, ne sont pas liés par les décisions de l'Autorité de la concurrence. Deuxièmement, cette perception commune ne souligne pas suffisamment les différences entre les actions privées (*private enforcement*), c'est-à-dire celles initiées par une ou plusieurs parties dans le but de faire valoir leurs droits subjectifs, et l'action publique (*public enforcement*) dont le fondement est la préservation de l'ordre public économique¹. Troisièmement, cette perception regroupe sous le vocable d'« expertise » deux acceptions proches mais distinctes, puisque l'expert y est tantôt assimilé à un spécialiste d'un domaine (sens commun), tantôt à un auxiliaire ou collaborateur occasionnel du service public de la justice (sens juridique).

Autrement dit, il nous semble qu'en France, de manière générale, les économistes connaissent mal, même dans le domaine spécialisé de la concurrence, les diverses modalités d'expertise économique présentes au sein de leur ordre juridique comme en témoigne, à notre connaissance, la très rare littérature académique en économie sur le sujet. A certains égards il semble même possible de soutenir que les économistes français sont plus familiers des dispositions américaines que de celles s'appliquant dans leur pays², ce qui, d'une part, rend parfois leurs propositions impossibles à mettre en œuvre ou décalées par rapport aux évolutions judiciaires en cours et, d'autre part, ne favorise pas le nécessaire et fructueux dialogue avec les juristes. La société, tout comme les économistes eux-mêmes, nous paraissent ainsi subir une perte liée à cette méconnaissance de l'industrie des services juridiques en France, laquelle est en forte croissance et représente, selon les estimations de P. Durand-Barthez et F. Lenglard [2012], environ 1,5% du PIB, soit 24 milliards d'euros.

Face à ce constat, cet article vise à présenter, dans le contexte français, l'expertise économique en matière concurrentielle et à en faire ressortir les aspects les plus saillants. A ce

¹ Pour une présentation de la littérature sur le sujet, dans le cadre américain, et d'un modèle théorique articulant les actions privées et l'action publique on peut consulter P. McAfee, H. Mialon et S. Mialon [2008].

² Cela provient à l'évidence du fait que l'analyse économique du droit est très largement plus développée aux Etats-Unis. Mais cela pourrait, peut-être, également être lié, pour la période récente, au système incitatif mis en place avec le référencement et la hiérarchisation des revues académiques en France puisque seules les revues anglo-saxonnes sont les mieux notées et que l'on peut remarquer que ces dernières ne publient quasiment jamais d'articles consacrés aux affaires de concurrence française. Il faut cependant souligner qu'il s'agit-là plus d'une remarque que d'une analyse car cette situation pourrait provenir du fait que ces revues ne se voient jamais proposer de tels articles (biais de sélection). Toutefois, si une analyse des articles refusés dans ces prestigieuses revues démontrait qu'il n'existe aucune soumission correspondant à ce type d'article, il faudrait alors déterminer pourquoi les économistes francophones ne s'intéressent pas aux affaires françaises, ce dont nous sommes incapable, tant au vu de la richesse et de la portée de ces dernières, que de la compétence de ces économistes.

titre, il faut noter que, si l'on excepte le cas de l'universitaire ou du chercheur se consacrant exclusivement aux activités d'enseignement et de recherche sur ce thème, un économiste peut intervenir dans le cadre d'une affaire de concurrence selon cinq modalités. Il peut en effet être : membre d'une juridiction¹ ou de l'Autorité de la concurrence, médiateur ou arbitre², *amicus curiae*³, expert judiciaire, ou encore membre d'une structure légale (auto-entrepreneur, SARL, SAS, etc.) dont l'objet social comprend la réalisation de travaux d'expertise économique.

Nous ne nous consacrerons dans la suite qu'aux deux dernières catégories, lesquelles nous paraissent à la fois les moins connues et les plus centrales pour les opérateurs économiques, tant au niveau des contentieux indemnitaires que contractuels. Dans un premier temps, nous développerons les questions relatives au statut et à l'office de l'expert judiciaire⁴ en matière de concurrence. Dans un second temps, nous présenterons les cabinets d'expertise exerçant en France et les types d'interventions qu'ils réalisent.

¹ A l'exception notable de F. Jenny, professeur à l'ESSEC et autrefois conseiller extraordinaire auprès de la Cour de cassation (nommé par G. Canivet, alors Premier président de la Cour de cassation), nous n'avons pas connaissance d'un économiste occupant ou ayant occupé *ex officio* une fonction officielle au sein d'une juridiction française.

² S'agissant de la mise en œuvre du droit de la concurrence en arbitrage interne et en arbitrage international (à l'exclusion du contrôle des concentrations et de la clémence, lesquels reviennent uniquement aux autorités de concurrence), on peut se reporter à l'étude de G. Canivet [2008]. A titre accessoire, on peut noter qu'il existe la possibilité d'utiliser stratégiquement l'arbitrage, notamment en matière de concurrence, afin de réaliser de l'évasion fiscale. Le procédé consiste tout d'abord, pour une société française, à s'arranger avec une société située dans un paradis fiscal pour inventer un *faux* différend. Ensuite, la société française perd et doit payer à la société *offshore* une certaine somme qu'elle peut légalement déduire de ses bénéfices, ce qui mécaniquement diminuera ses impôts. Enfin, elle récupérera, sur un compte situé dans un paradis fiscal, la somme qu'elle a perdue moins le versement d'une commission à l'entreprise complice.

³ L'*amicus curiae* (ou « ami de la Cour ») correspond à la possibilité pour une personnalité ou une institution (e.g Commission européenne, Autorité de la concurrence, DGCCRF, CNRS, INRA, etc.), qui n'est pas partie prenante dans un litige, de fournir à titre bénévole des informations ou des analyses à la demande de la cour chargée de juger de ce litige. Les articles L. 462-3 et L. 470-5 du Code de commerce ou l'article R.625-3 du Code de justice administrative permettent d'utiliser cette procédure dans le domaine de contentieux concurrentiels. Pour les établissements à caractère scientifique et technologique (EPST), tels que le CNRS ou l'INRA, ce type de mission correspond à une expertise institutionnelle et s'inscrit ainsi dans le cadre organisationnel et déontologique prévu par ces organismes pour ce type de mission. L'*amicus curiae* ne peut être refusé (pour une présentation complète de la procédure de l'*amicus curiae* et de sa faible utilisation en droit français et européen de la concurrence, voir l'analyse d'E. Claudel [2012] et, plus largement, l'ouvrage de S. Menétrey [2010]). Il convient cependant de ne pas confondre l'intervention d'un *amicus curiae* et une intervention volontaire accessoire (art. 330 CPC) dans laquelle une personne physique (ou morale) intervient *d'elle-même*, lors d'une instance, en prenant l'initiative d'adresser au juge ses analyses et observations.

⁴ Sur tous les éléments relatifs à l'expertise, voir O. Leclerc [2005] et T. Moussa [2011].

I. L'EXPERTISE JUDICIAIRE

En droit civil français, le juge n'est ni l'une des parties, ni un arbitre passif. Il a pour office de trancher les litiges qui lui sont soumis par les parties en disant le droit. Autrement dit, il revient aux parties de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de leurs prétentions, comme le stipule l'article 4 du Code de procédure civile (CPC). Ainsi le juge applique au(x) demandeur(s) comme au(x) défendeur(s) l'adage : « Donne-moi le fait et je te donnerai le droit » (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Pourtant, la fonction de juger nécessite de comprendre et il est des situations où les éléments fournis par les parties ne paraissent pas suffisants au juge pour pouvoir trancher. Or, le juge ne peut légalement refuser de trancher. Dès lors, sans jamais pallier les carences des parties dans l'administration des preuves (art. 146 CPC)¹, le droit autorise le juge, lorsqu'il l'estime nécessaire, à mettre en œuvre des mesures d'instruction (art. 143 à 284-1 CPC). Celles-ci sont destinées à prouver les faits allégués du litige – tout fait non prouvé est juridiquement inexistant – et donc à lui permettre d'assurer son office. Parmi ces dernières, on distingue les mesures d'instructions non-exécutées par un technicien (vérifications personnelles du juge, comparution personnelle des parties, déclaration de tiers – attestations, déclaration orale, enquête –)² et les mesures d'instructions exécutées par un technicien. L'expertise judiciaire appartient à cette seconde catégorie. L'expert judiciaire a donc été qualifié d'auxiliaire de justice par la Cour de cassation et de collaborateur occasionnel du service public par le Conseil d'Etat.

Afin de mettre en lumière la place et le rôle de l'expertise judiciaire dans le cadre des affaires de concurrence, nous examinerons d'abord la figure de l'expert judiciaire, puis nous présenterons, sans prétendre à l'exhaustivité, les principaux types d'interventions réalisées.

I.1.L'expert judiciaire

L'expert judiciaire intervenant dans le domaine des contentieux concurrentiels n'a pas juridiquement de spécificité par rapport à tous les autres experts judiciaires intervenant devant les juridictions civiles, commerciales, sociales, pénales ou administratives³. L'expert

¹ Devant les juridictions civiles, le procès est la chose des parties. En revanche, devant les juridictions administratives celles-ci ne font qu'apporter leur litige devant le juge.

² Dans ses opérations de vérifications, le juge peut en effet se faire assister d'un technicien (art. 181 CPC), il peut également interroger les parties en présence d'un technicien (art. 190 CPC), enfin il peut auditionner des témoins en présence d'un technicien (art. 215 CPC).

³ Nous consacrerons la suite de nos développements à l'expertise civile (c'est-à-dire à celle pratiquée devant les juridictions civiles, commerciales et sociales) car, d'une part, l'expertise économique en matière pénale est, à notre connaissance, quasi-inexistante et, d'autre part, parce que les dispositions relatives à l'expertise en matière

judiciaire est, dans tous les cas, un technicien chargé par le juge d'effectuer des mesures d'instruction afin d'éclairer celui-ci sur les faits hors de sa portée directe, pour lui permettre de trancher le litige pour lequel il a été saisi.

Pour mieux appréhender ces différentes caractéristiques¹, nous allons successivement développer le mode de désignation de l'expert judiciaire, les types de missions qu'il peut être appelé à effectuer², les éléments relatifs à l'accomplissement de sa mission et les questions relatives à sa rémunération. Nous terminerons par une présentation succincte de l'expertise dans le cadre du droit américain afin d'en faire ressortir les principales différences.

Tout d'abord, il faut souligner que, sauf dispositions légales contraires (inexistantes dans le domaine de la concurrence), le juge dispose seul du choix de recourir (ou non) à un technicien. La Cour de cassation accepte même qu'un juge revienne sur sa décision et supprime *ex post* une mesure d'instruction qu'il avait ordonnée avant qu'elle ne soit exécutée et qu'il statue sur le fond. La décision du juge n'est pas, en elle-même, susceptible de recours, il faut attendre le jugement de fond (art. 150 CPC), sauf en matière d'expertise judiciaire où une demande, sous la forme d'un référé, peut être faite pour un motif grave et légitime devant le premier président de la Cour d'appel (art. 272 CPC)³. Ainsi, il n'existe pas pour les parties et par principe, un droit à obtenir la nomination d'un technicien, même lorsqu'elles sont d'accord sur ce point. En pratique, c'est le juge qui, de lui-même ou à la demande d'une (des) partie(s) – au fond ou en référé, en première instance ou en appel –, va envisager le recours à un technicien puis, le cas échéant, le choisir. En effet, en droit français, le juge est libre de choisir le technicien – personne physique ou personne morale⁴ – de son choix quelle que soit sa nationalité (art. 232 CPC)⁵, et il n'existe légalement aucune disposition exigeant, de la part

administrative nécessiteraient un traitement spécifique (marchés publics, délégation de service public, partenariats public-privé, droits exclusifs ou spéciaux, etc.). Nous ne nous interdirons pas toutefois de souligner, le cas échéant, certaines différences entre l'expertise civile et l'expertise administrative. Les sources que nous avons utilisées pour présenter les dispositions relatives à l'expertise civile sont le Code de procédure civile, la Conférence de consensus [2007], CNCEJ [2009], N. Fricero et P. Julien [2011] et J. Héron et Th. Le Bars [2012].

¹ Celles-ci ont été peu analysées puisque, à notre connaissance, la contribution de S. Harnay [2005] est la seule dans la littérature économique à s'intéresser explicitement à l'expertise judiciaire en France.

² Nous ne traiterons ni de l'expertise amiable ou conventionnelle (où les parties conviennent, sans passer par le juge, de charger un technicien d'une certaine mission), ni de l'expertise officieuse commandée par une seule partie et non divulguée.

³ L'ordonnance de référé qui ordonne une expertise (art. 145 CPC) constitue une exception à cette règle puisqu'elle peut faire l'objet d'un appel sans avoir besoin de demander l'autorisation du premier président de la Cour d'appel.

⁴ Dans le cas où une personne morale est choisie, le représentant légal de celle-ci soumettra à l'agrément du juge la (les) personne(s) physique(s) qui effectuera (ont) la mission définie par le juge (art. 233 CPC).

⁵ De rares textes réservent cependant certaines expertises à des professionnels déterminés, mais il n'existe aucune disposition de ce type dans le domaine des contentieux concurrentiels.

de ce dernier, un niveau de formation ou une d'expérience professionnelle minimale¹. Ainsi, dans les faits, une personne physique est expert judiciaire si et seulement si elle est inscrite sur les listes d'experts judiciaires des Cours d'appel et/ou de la Cour de cassation (lesquelles ne sont qu'indicatives)², ou si un juge décide de faire appel à cette personne physique pour réaliser une expertise judiciaire alors même qu'elle n'est inscrite sur aucune liste³. Les parties n'ont que la possibilité, dans les cas déterminés par la loi, de demander la récusation du technicien⁴ et, dans ces cas, il est alors pourvu à son remplacement par le juge.

Par ailleurs, le titre d'« expert judiciaire » et son usage sont protégés par la loi, mais ce titre ne correspond pas à une profession réglementée (comme peuvent l'être les professions de notaire, médecin, avocat, huissier, expert-comptable, etc.)⁵. Autrement dit, si une personne physique se prévaut à tort du titre d'« expert judiciaire », elle commet une usurpation de titre et encourt, pour ce délit pénal, une peine d'une année de prison et de 15 000 euros d'amende (art. 433-17 du Code pénal). Elle peut également se voir condamnée, au titre des peines complémentaires, à une interdiction temporaire de ses droits civiques et familiaux, une interdiction temporaire d'exercer toute activité professionnelle ou sociale en lien avec l'infraction, et à diffuser à ses frais, par voie de presse, la décision la condamnant ou certains extraits de celle-ci.

¹ Depuis le décret 2012-1451 du 24 décembre 2012, le juge qui ordonne une expertise doit cependant motiver sa désignation d'un expert non inscrit sur une liste.

² Il est possible de consulter l'ensemble de ces listes actualisées sur le site Internet de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/informations_services/6/experts_judiciaires_8700.html. Il faut remarquer que ces listes sont, quant à elles, établies sur la base de la compétence et de l'expérience. L'inscription sur une liste est acquise la première fois pour une durée de 3 ans (période probatoire), puis pour 5 ans renouvelable. L'âge limite pour figurer sur une liste est fixé à 70 ans. La liste de la Cour de cassation dresse une liste d'experts judiciaires justifiant d'une notoriété nationale et ayant au préalable une ancienneté minimale sur la liste d'une Cour d'appel. Lors du processus de réinscription, il y a un contrôle des aptitudes, des formations suivies et de l'activité passée. A ce titre, chaque année, les experts judiciaires doivent adresser au chef de la Cour d'appel à laquelle ils sont rattachés (ou à la Cour de cassation) un rapport d'activités dans lequel ils indiquent le nombre de rapports qu'ils ont déposés au cours de l'année précédente, les dates des décisions qui les ont commis, les juridictions qui ont rendu ces décisions et les délais impartis pour le dépôt des rapports, ainsi que les formations suivies et les organismes qui les ont dispensés.

³ Dans tous les cas, les experts judiciaires prêtent le serment suivant : « Je jure d'accomplir ma mission, de faire mon rapport, et de donner mon avis en mon honneur et en ma conscience ». L'expert non inscrit sur une liste prête serment ponctuellement alors que ceux figurant sur une liste ont déjà prêté serment pour la durée de leur inscription sur la liste. Par ailleurs, la loi indique que le technicien doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité (art. 237 CPC). Dans l'expertise administrative, l'expert doit à chaque fois prêter serment par écrit, ce qui vaut acceptation de sa mission (art. R621-3 du Code de justice administrative).

⁴ Les causes de récusation sont les mêmes que celles pour les juges (L'expert ou son conjoint ne doivent pas être dans l'une au moins des situations suivantes : 1/ avoir un intérêt personnel au litige, 2/ être créancier, débiteur, héritier ou donataire d'une des parties, 3/ être parent ou allié jusqu'au quatrième degré, 4/ avoir eu préalablement un procès avec l'une des parties, 5/ avoir eu préalablement connaissance de l'affaire comme juge, arbitre ou conseil, 6/ être chargé d'administrer les biens de l'une des parties, 7/ avoir un lien de subordination avec l'une des parties, et 8/ avoir une amitié ou une inimitié notoire avec l'une des parties).

⁵ Au sens de la directive 2005/36/CE, il existe en France, actuellement, tous niveaux de qualifications confondus, 150 professions réglementées. Voir http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/regprof/index.cfm

Il existe, à notre connaissance, extrêmement peu de données quantitatives ou même qualitatives sur les experts judiciaires relevant de la catégorie D (« Economie et Finance ») de la classification de la Cour de cassation dont les experts, en matière concurrentielle, constituent un sous-échantillon. On doit ainsi remarquer le caractère exceptionnel du travail de sociographie comparée des experts judiciaires de J. Péglise, C. Protais, K. Larchet et E. Charrier [2009]. En effet, selon cette étude, les experts économiques et financiers représentaient en 2007, sur l'ensemble de la France, 1069 personnes et étaient, selon les données recueillies par les auteurs, des hommes (91%), âgés en moyenne de 57 ans, de formation comptable (84%), exerçant en cabinet libéral (86%), dont le taux de rémunération horaire se situait entre 75 et 125 euros (78%), missionnés pour des interventions de moins de 100 heures (74%) et qui avaient une ancienneté moyenne comme expert de 15 ans, un volume médian de missions de 350 heures par an, avec 4 missions terminées dans l'année en moyenne.

L'article 147 CPC impose au juge de limiter le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux. Le juge doit donc déterminer à la fois les missions qu'il souhaite voir accomplies lors des mesures d'instruction et le nombre de techniciens auxquels il souhaite recourir. Parmi les missions pouvant être confiées à un technicien, le Code de procédure civile distingue, par ordre croissant, trois catégories. Tout d'abord, le juge peut demander au technicien une (des) *constatation(s)* (art. 249 à 255 CPC). Celle(s)-ci ne nécessite(nt) aucune explication de la part du technicien commis, ni aucun avis sur les conséquences qui peuvent en résulter. En principe le technicien effectue cette mission à travers la rédaction d'un rapport écrit. Puis le juge peut demander une *consultation* (art. 256 à 262 CPC). Cela suppose que la (les) question(s) soulevée(s) ne nécessite(nt) pas d'investigation complexe. Toutefois, à la différence d'une constatation, une consultation comprend un avis du technicien. En principe la consultation fait l'objet d'une présentation orale, mais le juge peut demander que l'avis soit rendu par écrit. Enfin et troisièmement, le juge peut demander une *expertise* (art. 263 à 284-1 CPC). Celle-ci est ordonnée par une décision du juge exposant les circonstances qui la rendent nécessaire (art. 265 CPC), c'est-à-dire dans les cas où des constatations ou une consultation ne sauraient suffire à éclairer le juge sur les faits (art. 263 CPC). C'est la solution la plus onéreuse et qui nécessite le plus de temps pour être réalisée. Dans ce cas, l'expert doit impérativement consigner son avis dans un rapport écrit, excepté lorsque le juge autorise l'expert à ne développer son avis qu'à l'audience (art. 282 CPC). Le juge n'a habituellement

recours qu'à un seul expert, mais il peut également prendre la décision de recourir à un panel d'experts, soit pour répondre à une même mission (un seul rapport doit alors être rendu, le cas échéant en distinguant les conclusions de chacun s'ils n'ont pu se mettre d'accord), soit pour répondre à plusieurs missions, chaque expert rendant alors son propre rapport (art. 264 CPC). Selon le rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise [2011], le recours à l'expertise est très répandu puisqu'il y eut en 2009, tous domaines confondus, 53 914 rapports d'expertises déposés en matière civile (soit plus de 147 rapports par jour), pour un coût total de 59 millions d'euros.

Le contenu de la mission effectuée par l'expert judiciaire est défini par le juge qui fait appel à ses services et par les questions que les parties ont d'un commun accord posées par écrit (art. 238 CPC). Sa mission ne peut porter que sur les faits (art. 232 CPC). Le juge peut, à tout moment, élargir ou rétrécir la mission de l'expert après avoir recueilli ses observations (art. 245 CPC), mais il ne peut pas se décharger sur lui de sa fonction d'examiner tous les éléments de fait et de droit de l'affaire et surtout de juger. De plus, le juge ne peut confier à l'expert la mission de concilier les parties (art. 240 CPC)¹ mais, en cas de conciliation des parties, la mission de l'expert devient sans objet (art. 281 CPC). Dans le cadre de la mission qu'il a explicitement acceptée², l'expert travaille donc uniquement pour le juge qu'il représente. A ce titre, l'expert judiciaire doit respecter les principes généraux du droit, et notamment le respect du contradictoire. Ainsi, non seulement les parties doivent être en mesure de discuter le rapport final de l'expert, mais elles doivent également tout au long de la réalisation de l'expertise, être informées et en mesure de faire valoir leurs prétentions (art. 276 CPC). La violation du principe du contradictoire par l'expert justifie l'annulation de son avis. En outre, le juge peut d'office ou à la demande d'une partie, après lui avoir demandé des explications, décider de remplacer un expert qui manquerait à ses devoirs (art. 235 CPC).

S'agissant de la réalisation de sa mission, l'expert peut se trouver dans une situation où certaines investigations ne relèvent pas de sa compétence technique. La loi dispose alors que l'expert pourra recourir, sans avoir besoin d'en référer au juge³ et sous sa responsabilité, à un sappeur (c'est-à-dire à un technicien d'une autre spécialité que la sienne) ou à un sachant,

¹ L'expert administratif peut se voir confier la mission de concilier les parties (art. R621-1 du Code de justice administrative).

² Tout refus doit être motivé avec précision et pertinence. Outre la mission demandée par le juge, l'expert peut consulter les dossiers des parties avant de prendre sa décision.

³ Devant les juridictions administratives, l'expert doit demander préalablement l'autorisation de recourir à l'intervention d'un sappeur ou d'un sachant (art. R621-3 du Code de justice administrative), tout recours à une personne non autorisée est cause de nullité.

c'est-à-dire un technicien apportant des informations utiles à la réalisation de la mission de l'expert (art. 278 CPC)¹. L'expert pourra également faire part de ses difficultés au juge et demander au juge de nommer un autre expert judiciaire (dans la même spécialité) s'il n'est pas compétent pour répondre à certains points, mais c'est au juge que revient la décision.

Le déroulement de l'expertise s'effectue sous le contrôle du juge et ce dernier doit veiller à son bon déroulement, notamment en s'assurant du concours des parties à la mission de l'expert. Les parties peuvent être condamnées pour escroquerie au jugement (art. 313-1 Code pénal) en cas de manipulation destinée à tromper un expert judiciaire, comme par exemple avec la production d'une liste de clients partiellement fictive, dans une affaire de concurrence déloyale. Le rapport écrit de l'expert doit contenir son avis, les conclusions des sapiteurs ou des sachants, les suites qu'il a données aux observations et réclamations des parties, et toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions examinées (art. 244 CPC). S'il ne trouve pas toutes les réponses aux questions posées, le juge va demander à l'expert de compléter ou préciser ses conclusions soit par écrit, soit lors de l'audience (art. 283 CPC).

L'expert peut voir sa responsabilité engagée de diverses manières. Au niveau de sa responsabilité civile, dans le cas d'une faute, au niveau de sa responsabilité professionnelle au sens du droit des assurances (erreurs, défaillances, s'il n'accomplit pas personnellement sa mission, s'il a omis de solliciter un spécialiste pour des questions dépassant sa connaissance), au niveau de sa responsabilité pénale (violation du secret professionnel, corruption, falsification) et il encourt également des sanctions disciplinaires s'il est inscrit sur une liste².

Le juge n'est jamais lié par les constatations³ ou les conclusions de l'expert judiciaire (art. 246 CPC) car, même sur les faits, c'est toujours au juge qu'il appartient de juger puisqu'il ne peut déléguer ses pouvoirs juridictionnels. Il faut également noter que c'est le juge qui est le maître du temps, puisque c'est lui qui impartit à l'expert le délai dans lequel il devra accomplir sa mission, ce dernier ne pouvant, éventuellement, que faire part de ses difficultés.

¹ Un cabinet d'expertise économique peut être le sapiteur ou le sachant d'un expert judiciaire.

² En outre, l'expert administratif qui ne remplit pas sa mission ou rend son rapport en retard peut-être condamné par la juridiction qui l'a commis, sur demande d'une partie et au terme d'une procédure contradictoire, à tous les frais frustratoires (c'est-à-dire aux frais de procédure jugés inutiles) et à des dommages-intérêts (art. R621-4 du Code de justice administrative).

³ Sauf lorsqu'elles proviennent d'un huissier de justice dont les constatations font foi jusqu'à preuve du contraire.

Enfin, concernant la rémunération de l'expert judiciaire, il faut noter, d'une part, que c'est *in fine* le juge qui en fixe le montant et, d'autre part, que c'est lui qui indique la (les) partie(s) qui doit (doivent) consigner le montant des frais liés à l'expertise et que c'est son jugement qui désignera la (les) partie(s) qui succombe(nt) et qui aura (auront) à payer les dépens (art. 695 CPC) – dont la rémunération des techniciens fait partie – et éventuellement les coûts irrépétibles (art. 700 CPC). En effet, comme l'Etat ne se substitue jamais au débiteur défaillant¹ et, pour que l'expert soit certain d'être rémunéré, le décret n°89-511 du 20 juillet 1989 a posé le principe que la rémunération de l'expert doit à tout instant être assurée et donc que le juge doit demander la consignation des sommes nécessaires auprès du greffe à la partie ou aux parties qu'il désigne. En règle générale, c'est le demandeur qui est désigné. Ainsi, l'expert qui a accepté la mission que lui a confiée le juge ne commence celle-ci, sauf décision contraire du juge, que dès qu'il est averti par le greffier que la provision a été consignée (art. 267 CPC) et il avertira le juge si le coût de l'expertise dépasse le montant déjà provisionné afin que le juge, selon son appréciation, demande une nouvelle provision. Dans l'éventualité d'un défaut de consignation, sauf décision de prorogation du délai, la décision ordonnant l'expertise sera caduque et le juge tirera toutes les conséquences de cette absence ou refus de consigner de la (des) partie(s) (art. 271 CPC). Dès le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni (art. 284 CPC). Si le juge envisage de lui-même ou, suite à des observations écrites des parties, de ne pas rémunérer l'expert à la hauteur de ce que ce dernier demande, il doit au préalable l'inviter à formuler ses observations. Dans l'éventualité où la somme consignée n'est pas suffisante, le juge ordonne à la partie (ou aux parties) le versement de sommes complémentaires. A contrario, si la somme consignée dépasse la demande de l'expert, le juge ordonne la restitution de la somme consignée en excédent.

Il est intéressant de souligner que les éléments précédents relatifs à l'expertise judiciaire en matière concurrentielle en France mettent en évidence des spécificités qui la distinguent de l'expertise pratiquée devant les tribunaux américains. Sans nous livrer à une comparaison exhaustive, trois différences majeures peuvent brièvement être évoquées.

Premièrement, dans le système américain, la procédure est accusatoire et il revient donc à chaque partie de produire ses expertises, faire témoigner ses experts et de contre-

¹ Devant les juridictions administratives, si le débiteur est défaillant, l'expert dispose d'une action contre l'Etat.

interroger ceux des parties adverses, afin de convaincre le juge qui est essentiellement un arbitre neutre et passif. Le litige occasionne donc nécessairement des expertises contradictoires avec des experts rémunérés par les parties qui les ont choisis et dont ils représentent les intérêts (*expert witness*). Ainsi, par exemple, dans l'affaire Microsoft aux Etats-Unis, R. Schmalensee est-il intervenu au soutien de Microsoft, alors que F. Fisher et F. Warren-Boulton sont intervenus au soutien des Etats et du ministère américain de la Justice, lesquels étaient parties dans le procès. Le droit américain autorise le juge à nommer son propre expert (*Rule 706 des Federal Rules of Civil Procedure*), mais cette disposition n'est que très rarement mise en œuvre et, à notre connaissance, encore moins dans une affaire de concurrence.

Deuxièmement, le droit de pouvoir être jugé par un jury pour tout différend supérieur à 20 dollars est un droit constitutionnel américain (VII^{ème} amendement de la Constitution) alors qu'il n'existe aucun jury en matière civile en droit français. Il s'ensuit que l'auditoire, et donc l'office de l'expert, est différent dans les deux systèmes juridiques puisque dans un cas il s'adresse à des jurés, des avocats et des juges, alors que dans l'autre il s'adresse uniquement à des magistrats. Et l'on peut aisément convenir que si les juges peuvent, initialement ou peu à peu, être formés à la compréhension de l'analyse économique, en particulier lorsqu'ils sont spécialisés dans le domaine de la concurrence, il n'en va pas facilement de même pour les citoyens devenus jurés.

Enfin, troisièmement et en lien avec les points précédents, il existe aux Etats-Unis une réelle implication des économistes dans l'expertise devant les tribunaux. La *forensic economics*¹ est une discipline et un secteur économique reconnu avec des associations professionnelles (*National Association of Forensic Economics – 1986 -*, *American Academy of Financial and Economic Experts – 1991 -*, *American Rehabilitation Economics Association – 1989 -*), des revues spécialisées (*Journal of Forensic Economics*, *Litigation Economics Review*, *Journal of Legal Economics*), des ouvrages spécialisés (e.g G. Martin et M. Weinstein [2012] et R. Dunn [2005]), des codes éthiques, et également, dans certaines universités, des formations universitaires spécifiques (e.g *University of Missouri-Saint Louis*). Et, même si les contentieux relevant des pratiques anticoncurrentielles (*antitrust*) sont en général traités par des économistes spécialisés en concurrence, lesquels forment une communauté à part souvent regroupés au sein de cabinets d'expertise économique de grande

¹ Pour une présentation plus détaillée, voir en particulier Th. Ireland [2001], F. Tinari [2010], et F. Slesnick, R. Luthy, et L. Brookshire [2013].

taille¹, les *forensic economists* traitent, notamment, de tous les autres contentieux relevant de la concurrence où ils appliquent les concepts et outils de l'analyse économique, pour quantifier un dommage économique déjà réalisé ou à venir dans le cadre d'un litige.

Au-delà de cet aspect comparatif, ce qui interroge donc le plus dans l'expertise judiciaire en France, en matière économique et plus spécifiquement dans le domaine de la concurrence, c'est à la fois la très faible utilisation des apports de l'analyse économique mais aussi l'absence des économistes². Evidemment, ce terme « économiste » n'a pas de définition légale ni un contenu accepté par tous et prête donc souvent à débat, mais il nous semble que quel que soit le critère utilisé (formation, association professionnelle, métier exercé, expérience professionnelle, etc.) cette conclusion demeure. Cela est d'autant plus surprenant que les missions exercées par ces experts judiciaires nous paraissent parfaitement pouvoir être remplies par des économistes (le cas échéant en ayant recours, par exemple, à des sapiteurs expert-comptables), et surtout qu'elles pourraient bénéficier des concepts et outils développés par l'analyse économique comme le suggère la présentation suivante des contentieux traités.

I.2.L'office de l'expert judiciaire en matière concurrentielle

En matière concurrentielle, les experts judiciaires peuvent être conduits à intervenir devant plusieurs instances. Le juge civil traite des affaires concernant la concurrence déloyale, une clause de non-concurrence, une pratique restrictive de concurrence ou une pratique anticoncurrentielle. L'Autorité de la concurrence, protectrice de l'ordre public économique, analyse et réprime les pratiques anticoncurrentielles ou celles qui en sont le support ou la conséquence. Le juge administratif traite des affaires dans lesquelles une personne publique assure une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique³.

Nous allons à présent illustrer ces différents types de contentieux par des affaires récentes et faire ressortir que, dans chaque cas, il s'agit de prouver l'existence d'un dommage

¹ Voir sur ce point M. Schinkel [2007].

² Nous n'avons connaissance que d'un économiste figurant sur une liste d'expert judiciaire (G. de Muizon, expert près la Cour d'appel de Paris) et d'aucune affaire de concurrence dans laquelle un économiste serait intervenu comme sapiteur ou sachant. Ainsi, alors que les articles L. 463-8 et R. 463-16 du Code de commerce permettent au Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de recourir à un expert judiciaire, il semble qu'aucun économiste n'ait jamais été sollicité. Cela est d'autant plus surprenant que l'Autorité de la concurrence a déjà utilisé cette disposition pour recourir à des spécialistes d'autres domaines (e.g la décision n°10-D-36 du 17 décembre 2010 où un expert en informatique et électronique a été commis) et qu'elle peut décider de faire peser ces frais sur la (les) partie(s) sanctionnée(s) par sa décision finale.

³ Le Tribunal des conflits a en effet établi que les personnes publiques exerçant des activités de production, de distribution et de services relèvent du champ de compétence des juridictions civiles et de l'Autorité de la concurrence.

concurrentiel réel (ou à venir), de le calculer et de le réparer. Nous tenterons alors de démontrer que l'absence d'économiste et la non-utilisation des concepts et méthodes de l'analyse économique constituent à la fois un paradoxe et, sans doute, une perte pour la société. Nous distinguerons successivement les contentieux administratifs et les contentieux judiciaires.

Dans le domaine concurrentiel, le juge administratif dispose de ses pouvoirs habituels et peut ainsi être saisi pour annuler ou modifier une décision administrative, prononcer des mesures d'urgence, ou condamner une personne publique à payer des dommages et intérêts. A titre d'illustration nous pouvons mentionner trois affaires.

Dans la première, le maire de la commune du Crotoy a décidé, par un arrêté du 7 novembre 2008, de limiter la vente directe aux consommateurs par les artisans pêcheurs, sur le quai de la commune, « aux pêcheurs, membres de l'équipage et enfants du patron pêcheur rattachés au foyer fiscal disposant d'un bateau attaché au port de la commune du Crotoy et ayant obtenu une autorisation de vente » pour des « raisons d'ordre public [imposant] de réglementer la vente sur le quai du produit de leur pêche par les artisans pêcheurs ». Cet arrêté a été attaqué pour excès de pouvoir par des artisans pêcheurs dont le bateau n'était pas attaché au port de la commune et qui se trouvaient, de ce fait, dans l'impossibilité de vendre sur le quai le fruit de leur pêche. Le Tribunal administratif d'Amiens a, le 24 mai 2011¹, décidé que « [le maire] ne pouvait, sans méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, interdire la vente aux artisans pêcheurs dont le bateau n'est pas attaché au port de la commune dès lors qu'il existe des mesures moins restrictives permettant de prévenir les éventuels manquements aux règles d'hygiène et qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les modalités de cette vente directe aux consommateurs par des artisans pêcheurs dont le bateau n'est pas attaché au port de la commune soient de nature à présenter un risque de trouble à la sécurité ou la tranquillité publiques ».

Dans la deuxième affaire, à la suite d'un accident de circulation ayant entraîné la mort de deux personnes et, informé du fait qu'il y avait eu dans un passé récent plusieurs autres accidents mortels à proximité, le préfet du Calvados a décidé d'ordonner par arrêté, le 5 octobre 2011, la fermeture administrative pour un mois d'une discothèque située non loin des lieux. Le propriétaire de la discothèque a alors formé un référé devant le Tribunal

¹ TA Amiens, 24 mai 2011, n°0900013.

administratif de Caen, lequel a été rejeté pour défaut d'urgence. En appel, le Conseil d'Etat, le 28 octobre 2011¹, estima que :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment des documents comptables fournis tant en première instance qu'en appel, que la discothèque, qui n'ouvre que les soirées de week-end et veilles de jours fériés, réalise une part importante de son chiffre d'affaire annuel au mois d'octobre et de novembre ; que l'arrêté litigieux prive la société requérant du chiffre d'affaires qu'elle aurait normalement réalisé pendant cinq week-ends consécutifs ; que, compte tenu des charges fixes qui pèsent sur la SARL PCRL EXPLOITATION et de l'obligation de rémunérer ses quatorze employés durant la période de fermeture administrative, l'arrêté du 5 octobre 2011 entraîne des conséquences économiques difficilement réparables ; qu'alors même que la mesure litigieuse ne prive, à ce jour, la discothèque que de deux week-ends d'activité, il résulte de l'instruction que la perte de bénéfices escomptés à l'occasion de deux spectacles prévus le 29 octobre et le 5 novembre prochains et de la soirée organisée pour fêter "Halloween" menace à brève échéance son équilibre financier ; qu'il résulte de ce qui précède que la société requérant est fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté ses conclusions au motif que les conséquences économiques et financières de l'arrêté litigieux ne caractérisaient pas une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

La troisième affaire concerne la très délicate question de l'autorisation d'occupation du domaine public. En l'occurrence, il s'agit de la distribution de journaux gratuits dans le métro parisien. En résumé², la RATP a décidé, d'une part, de conférer une exclusivité dans la distribution des quotidiens d'information à caractère général sur son domaine et, d'autre part, de procéder à des mesures de publicité et à une mise en concurrence pour vendre cette exclusivité à l'entreprise qui lui proposerait le montant de redevance le plus élevé. La société Bolloré Média a remporté ce marché et la société 20 Minutes France conteste cette procédure et son résultat en soutenant notamment l'existence d'une entente avant la mise en concurrence et un abus de position dominante, compte tenu de l'existence d'une infrastructure essentielle.

¹ CE, 28 octobre 2011, n°353553.

² Pour plus de renseignements sur ce cas, voir G. Clamour [2013b]. Plus généralement, les revues de droit offrent des chroniques spécialisées (voir notamment la Revue Lamy de la concurrence et la revue Concurrences) dans lesquelles il est possible de trouver les exemples que nous avons choisis, et bien d'autres encore, qui mériteraient sans doute plus d'attention de la part des économistes.

Le Tribunal administratif de Paris a, le 5 novembre 2010, accueilli favorablement cette contestation. Toutefois, le 7 février 2013, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé ce jugement en considérant, premièrement, qu'il n'y avait eu aucune pratique anticoncurrentielle dans l'attribution par la RATP d'une autorisation unique d'occupation du domaine public pour la diffusion de journaux gratuits et, deuxièmement, « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'activité économique de distribution de journaux gratuits s'exercerait dans des conditions différentes à l'intérieur ou à l'extérieur des stations de métro ; que l'accès au domaine de la RATP n'étant pas indispensable pour exercer cette activité de distribution de journaux gratuits, lesquels sont largement distribués dans d'autres lieux et notamment à l'entrée des stations du métro, ce domaine ne constitue donc pas une infrastructure indispensable à cet égard ».

La lecture de ces trois affaires nous paraît prouver la réalité et l'importance du contentieux administratif en matière concurrentielle, ainsi que les gains potentiels si l'analyse économique était mobilisée. En effet, s'agissant des deux premières affaires, celles-ci mettent en évidence la question de la réparation d'un dommage et donc la nécessité de construire un scénario contrefactuel pour lequel les économistes disposent de concepts et d'outils scientifiques performants. Quant à la troisième affaire, on ne peut que regretter l'absence de considérations relatives aux analyses portant sur les marchés de plateforme, pour comprendre les enjeux de la distribution de journaux gratuits, et sur l'économie comportementale, pour estimer notamment si la distribution *dans* le métro est réellement équivalente à la distribution *à l'entrée* du métro.

Tout comme le juge administratif, le juge judiciaire a pour mission de sanctionner les pratiques violant les dispositions relatives au droit de la concurrence, mais aussi d'assurer la réparation des préjudices subis. En matière contractuelle, il devra réparer la perte ou le gain espéré en raison de la nature du contrat et, en matière délictuelle, il devra replacer par équivalent la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait avant la commission de la faute (principe de la réparation intégrale). Cependant, comme il revient au juge judiciaire de traiter de toutes les affaires dans lesquelles les parties sont soit des personnes privées, soit des personnes publiques exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la masse des contentieux est beaucoup plus importante. Nous proposerons successivement des illustrations concernant la concurrence déloyale, les clauses de non-concurrence, les pratiques restrictives et les pratiques anticoncurrentielles.

Les actes de concurrence déloyale forment un ensemble de pratiques illicites dont il est notamment possible de trouver des traces dans le Code de la consommation (e.g art. L.120-1), le Code du travail (e.g art. L.213-2) ou encore le Code de la propriété intellectuelle (e.g art. L.713-3), mais qui demeurent une construction prétorienne régie par les principes généraux de la responsabilité civile. La doctrine juridique a cependant pris l'habitude, au moins depuis l'œuvre de P. Roubier, de distinguer : le dénigrement, la confusion, la désorganisation et le parasitisme. L'action en concurrence déloyale obéit aux règles générales de compétence et peut ainsi être menée devant un tribunal de commerce, un tribunal de grande instance ou un conseil des prud'hommes¹.

A titre d'exemple illustrant un acte de concurrence déloyale, on peut songer à une affaire ayant opposé les sociétés Free et Neuf Cegetel aux sociétés France Telecom et Orange Sports, ou les premiers contestaient le fait que France Telecom réserve l'accès à sa chaîne Orange Foot à la souscription d'un abonnement Internet haut débit chez Orange. Le Tribunal de commerce de Paris², le 23 février 2009, a considéré dans son jugement que France Telecom s'était rendue coupable d'acte de concurrence déloyale en employant ce système de vente (qualifié de vente subordonnée, laquelle est prohibée par l'article L.122-1 du Code de la consommation). A ce titre le tribunal a enjoint France Telecom, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard, de cesser cette subordination et l'a condamné à réparer le préjudice qu'elle avait causé aux demanderesse. Considérant qu'il était « insuffisamment éclairé pour se prononcer sur le quantum de ce préjudice » le jour de sa décision, il a désigné un collègue expertal (composé de deux experts), afin de lui fournir les éléments nécessaires pour apprécier le montant du préjudice.

La clause de non-concurrence dans un contrat de travail vise pour l'employeur à s'assurer que son employé ne travaillera pas pour un de ses concurrents dès qu'il aura quitté l'entreprise. A ce titre, elle représente une contrainte exercée sur le salarié et elle nécessite donc l'accord écrit du salarié (au moment de l'embauche, durant l'exécution du contrat, ou même à la suite de la rupture de celui-ci). Par ailleurs, compte tenu de l'asymétrie entre les contractants, la jurisprudence de la Cour de cassation a posé, sous peine de nullité, quatre conditions cumulatives à sa licéité. Ainsi, cette clause doit : être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée quant à la nature des activités interdites, être limitée

¹ Les juridictions administratives sont compétentes pour ce type d'infractions uniquement si toutes les parties sont concessionnaires de service public.

² Voir le jugement sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2577 .

dans le temps et dans l'espace, et comporter une contrepartie financière. Et, face à une clause de non-concurrence illicite, sauf si l'employeur y renonce expressément, la Cour de cassation a estimé qu'une telle stipulation causait « nécessairement un préjudice au salarié »¹, en particulier parce qu'elle limitait sa liberté de démissionner, et que ce dernier avait donc droit à réparation.

Par ailleurs, dans le cadre d'un contrat, deux entreprises peuvent également prévoir un engagement de non-concurrence tant que celui-ci ne constitue pas une entente ou est justifié au sens du droit de la concurrence. Ainsi, dans l'affaire opposant Traceval et GS1 France sur le développement d'un logiciel, le Tribunal de commerce de Paris a-t-il le 28 septembre 2010² considéré, notamment³, que GS1 avait violé la clause de non-concurrence et qu'en conséquence Traceval devait être indemnisé du préjudice en résultant.

Les dispositions de l'article L. 442-1 à l'article L. 442-10 du Code de commerce définissent les comportements que la loi considère comme étant des pratiques restrictives de concurrence, lesquelles se composent de fautes pénales (pratiques tarifaires) et de fautes civiles (pratiques non tarifaires). Parmi ces articles, l'article L. 442-6 contient à lui seul treize comportements interdits. Ne pouvant toutes les présenter, même succinctement, nous renvoyons le lecteur à J.-B. Blaise [2013] et V. Pironon [2009] et choisissons de n'évoquer que l'infraction de la rupture brutale de relation commerciale établie, qui donne lieu chaque année à un important contentieux judiciaire.

Aux termes de l'article L. 442-6-I-5 il est interdit de « rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ». Ainsi, sans attenter au principe de la liberté contractuelle, la loi oblige à une certaine loyauté dans les relations commerciales en protégeant l'opérateur, ce qui suppose que ses relations commerciales habituelles seront maintenues à l'avenir de manière aussi stable. La jurisprudence considère que la durée du préavis doit être appréciée *in concreto*. Une rupture sera ainsi considérée comme brutale (sauf inexécution des obligations

¹ Cour de cassation, Chambre sociale, 12 janvier 2011, n°08-45.280.

² Voir le jugement sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2987.

³ Le tribunal a également considéré que GS1 avait violé les clauses de confidentialité et de propriété intellectuelle.

ou force majeure) si elle s'effectue sans préavis ou avec un préavis réduit par rapport à celui dû¹. En ces cas, il en résulte pour le cocontractant, victime de cette brutalité (et non de la rupture), un préjudice, lequel sera apprécié, notamment, à partir de la perte de marge brute, du manque à gagner, de l'atteinte à l'image, des frais de licenciements induits par la brutalité et des dépenses de restructuration. Il est à noter que l'action en responsabilité, pour obtenir réparation de ce préjudice, peut être engagée par le ministre de l'Economie, le ministère public, ou le président de l'Autorité de la concurrence. L'infraction est prescrite par un délai de cinq ans à compter de la rupture (art 110-4-I du Code de commerce)².

Dans l'affaire relative à la distribution exclusive de potages déshydratés certifiés Halal et opposant Nestlé France à la société Charles, la Cour de cassation a, le 25 septembre 2012³, rejeté le pourvoi de Nestlé France en considérant que la Cour d'appel de Paris avait, à juste titre, considéré que les relations commerciales entre les cocontractants avaient commencées en 1991 et non en 2003 comme le soutenait Nestlé France. Elle a de ce fait validé l'existence d'un préjudice lié à la brutalité de la rupture de la relation commerciale établie puisque, en l'occurrence, Nestlé France avait résilié le contrat en 2008 et respecté un préavis de douze mois : celui-ci était calculé sur cinq années de relations commerciales alors qu'il aurait dû l'être sur une période dix-sept années. La Cour d'appel de Paris déclarant le préavis insuffisant avait octroyé à la société Charles la somme de 450 000 euros à titre de dommages et intérêts.

Enfin, s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, il faut noter que les juridictions judiciaires ne semblent aujourd'hui que rarement saisies. Elles ne semblent pas l'être sur le fond car, d'une part, saisir la DGCCRF (Direction Générale de la Concurrence et de la Répression des Fraudes) ou l'Autorité de la concurrence apparaît souvent comme beaucoup moins coûteux et, d'autre part, ces dernières disposent de forts pouvoirs d'investigations. A notre connaissance, les rares cas où les juridictions de l'ordre judiciaire sont saisies de pratiques anticoncurrentielles concernent les clauses de non-réaffiliation post-contractuelle liant les centrales d'achat de la grande distribution et les exploitants indépendants de fonds de commerce de distribution alimentaire⁴. Les juridictions civiles ne sont également que peu

¹ La menace de rupture brutale des relations commerciales, dans le but d'obtenir d'un cocontractant un avantage injustifié, est également interdite.

² Cette action ne s'applique pas lorsque l'auteur du préjudice est un établissement public à caractère industriel et commercial, une association loi 1901, ou une profession libérale. En revanche, elle s'applique quel que soit le statut juridique de la victime et même si celle-ci n'est qu'indirecte (ex : un sous-traitant).

³ Cour de cassation, Chambre commerciale, 25 septembre 2012, n°11-24301.

⁴ Voir R. Amaro [2013] sur cette question.

saisies au titre de la réparation subie du fait du préjudice concurrentiel¹. Ce fait étonnant s'explique quant à lui, selon la plupart des observateurs auxquels nous nous sommes adressés, par le recours à des règlements amiables. On peut cependant noter que la presse s'est récemment fait l'écho d'une plainte qui aurait été déposée devant le Tribunal de commerce de Paris par Bouygues Telecom, Virgin Mobile, Only et NRJ Mobile à l'encontre d'Orange et SFR, auxquels ils réclameraient plus de 1,4 milliard d'euros au titre de réparation, suite à la décision n°12-D-24 du 13 décembre 2012 de l'Autorité de la concurrence condamnant ces entreprises pour pratiques anticoncurrentielles².

Toutefois, il faut remarquer que cet état de fait devrait prochainement changer. En effet, il faut tout d'abord souligner avec T. Picot et J. Bombardier [2013] que les décisions de transaction et d'injonction sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale – avec un chiffre d'affaires cumulé inférieur à 100 millions d'euros – (art. L. 464-9 du Code de commerce) sont depuis décembre 2012 publiées sur le site Internet de la DGCCRF³. De ce fait, alors que par le passé personne n'était informé de ces décisions, aujourd'hui les partenaires commerciaux et clients des entreprises concernées peuvent avoir l'information et donc faire valoir leur droit à réparation. Par ailleurs, prenant appui sur les enseignements de l'expérience américaine en matière d'actions privées⁴, lesquelles sont complémentaires aux sanctions pécuniaires infligées par les autorités de concurrence sous l'angle de la dissuasion, l'Autorité de la concurrence et, surtout, la Commission européenne, ont tenté durant plusieurs années de favoriser les contentieux en matière de réparation en cas d'infraction aux règles de concurrence. Une nouvelle ère a sous cet angle commencé avec la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres de l'Union européenne⁵. On doit enfin, pour finir, remarquer que le Gouvernement français a décidé, après bien des années de réflexion, de constater l'insuffisance de l'action en représentation conjointe (art. L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation), et

¹ Il n'existe pas, à notre connaissance, de dispositif permettant de répertorier l'ensemble des affaires françaises en la matière. On peut cependant en avoir une approximation avec l'annexe aux observations rendue par l'AFEC en 2011, sur le projet de document d'orientation intitulé « La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », laquelle est disponible sur le site Internet de la DG concurrence à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/index_en.html#contributions.

² La décision n'étant pas définitive puisqu'elle fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Voir <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=12-D-24>.

³ Voir <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-anticoncurrentielles-transactions-et-injonctions>.

⁴ Sur ce point on peut consulter C. Prieto [2008].

⁵ Voir notamment M. Deschamps [2017] pour une présentation synthétique des questions de reconnaissance, estimation et répartition du dommage concurrentiel.

d'introduire le concept d'action de groupe en droit français grâce à la loi sur la consommation présentée au nom du Gouvernement par le ministre délégué chargé de l'Economie sociale et solidaire et de la Consommation.

De la présentation de l'ensemble de ces contentieux auxquels les experts judiciaires participent, il nous semble ressortir clairement que les économistes disposent de concepts et d'outils, scientifiques et puissants, permettant de prouver l'existence et d'estimer un dommage concurrentiel¹. Ce point est d'ailleurs acquis pour la Commission européenne qui, dans son document portant sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts, expose nettement les principales méthodes économiques en la matière². Il y aurait donc sens à voir les économistes sollicités en tant qu'experts judiciaires, sapiteurs ou au moins sachant. Or, comme nous l'avons montré, les économistes ne sont pas présents dans ces contentieux. Ce constat est très surprenant et tranche nettement avec celui de l'existence et du développement de cabinets d'expertise économique.

II. LES CABINETS D'EXPERTISE ECONOMIQUE

Si la place des économistes dans les contentieux judiciaires s'avère, pour l'heure, décevante, il n'en est évidemment pas de même lorsque l'on s'intéresse aux activités des autorités de régulation sectorielle ou à celles de l'Autorité de la concurrence. Ainsi de nombreuses autorités administratives indépendantes emploient-elles *ex officio* des économistes, à commencer évidemment par celle chargée de veiller, pour l'ensemble des secteurs économiques, à l'ordre public économique. Toutefois, la présence significative d'économistes n'est que très récente, puisqu'elle date du début des années 2000. A titre d'illustration, le poste de Chef économiste de l'Autorité de la concurrence fut créé en 2007³. Cette évolution accompagne le recours croissant à des économistes par les opérateurs économiques et ceux chargés de leur défense. Ces économistes appartiennent souvent aujourd'hui à des cabinets d'expertise économique⁴.

¹ A titre d'illustration on peut facilement comprendre ce qu'est un ciseau tarifaire (un opérateur verticalement intégré en position dominante tarife un prix plus élevé en amont pour fournir les entreprises qui sont ses concurrentes sur le marché aval que sa propre tarification sur le marché aval), mais la démonstration de son existence par un test n'est pas chose aisée comme le soulignent notamment O. Sautel et A. Muñoz [2017].

² Pour une présentation et une analyse critique de ce document, voir E. Frot et O. Sautel [2011].

³ En Europe, le poste de Chef économiste au sein de la DG concurrence fut créé en 2003.

⁴ Pour une analyse de cette émergence voir D. Neven [2006] et I. Lianos [2012].

Afin de mettre en lumière la place et le rôle de ces cabinets d'expertise économique dans le cadre des affaires de concurrence, nous tenterons tout d'abord de présenter ceux qui interviennent en France, puis nous présenterons, sans prétendre à l'exhaustivité, les principaux types d'interventions qu'ils réalisent.

II.1. Les cabinets intervenant en France

En dépit de leur existence et de leurs activités, les cabinets d'expertise économique exerçant en France n'ont reçu, à notre connaissance, aucune attention à ce jour dans la littérature économique ou juridique. Par ailleurs, il n'existe aucun moyen de les recenser exhaustivement puisqu'il n'existe aucune liste officielle. Constat dont nous avons eu confirmation en interrogeant certains membres de l'Autorité de la concurrence (en particulier un ancien Chef économiste) ou du Comité directeur de l'Association Française de Sciences Economiques. En outre, on doit souligner que les avis et décisions rendus par l'Autorité de la concurrence ne citent que très rarement le nom des cabinets d'expertise qui sont intervenus et qu'il n'y a pas d'association professionnelle les regroupant. Partant de ces éléments, nous ne sommes donc pas en mesure de donner des informations qualitatives ou quantitatives très précises sur les cabinets d'expertise économique intervenant en France.

Cependant, en utilisant les listes des personnes qui sont intervenues lors des consultations publiques et certaines listes des participants aux événements organisés par l'Autorité de la concurrence¹, la liste des membres de l'Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC) et en consultant la liste des auteurs d'articles dans deux revues spécialisées (*Revue Lamy Concurrence* et *Concurrences*), nous avons été en mesure d'identifier un certain nombre de cabinets d'expertise économique intervenant en France. Nous avons alors décidé de leur envoyer un questionnaire² afin de connaître, notamment, leur marché et leurs caractéristiques. Sur la base de ces éléments, ainsi qu'à partir de la consultation des sites Internet des cabinets d'expertise économique³, nous proposons en

¹ Les listes des personnes ayant fait des observations sont publiques et disponibles sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence. A contrario les listes des participants aux événements ne sont malheureusement fournies qu'à ceux-ci et nous n'avons donc pu avoir accès qu'à certaines d'entre elles.

² Ce questionnaire est disponible sur demande. Par ailleurs, nous signalons que nous n'avons reçu que trois réponses écrites (sur les dix entreprises que nous avons contactées). Nous ne pouvons donc pas, d'une part, nous livrer à une étude quantitative des réponses qui nous ont été données et, d'autre part, exposer ces réponses sans violer le respect de l'anonymat que nous avons garanti aux répondants.

³ Nous sommes seuls responsables de nos interprétations et les cabinets d'expertise économique avec lesquels nous avons été en relation ne sauraient être tenus responsables ou solidaires de celles-ci.

première approche¹ de les décrire, ainsi que le marché qu'ils constituent, sous la forme de cinq caractéristiques.

Caractéristique n°1 : Le produit vendu est un bien de confiance

De prime abord, il pourrait sembler évident que le produit vendu par les cabinets d'expertise économique est une prestation de services. En effet, on pourrait considérer qu'un cabinet entretient une relation de service avec son client au sens où ce dernier est intégré dans la prestation de service, laquelle est coproduite². Il serait ainsi impossible de réaliser une expertise économique sans le client, tout comme il est impossible à un coiffeur d'effectuer une coupe de cheveux sans son client ou à un médecin de pratiquer son art sans son patient. Le service rendu au client d'un cabinet d'expertise économique ayant alors simplement, à la différence des exemples précédents, une dimension matérielle plus forte puisqu'il se matérialise au final par un rapport.

Toutefois, cette analyse ne nous semble pas la plus pertinente pour caractériser le produit vendu par les cabinets d'expertise économique pour au moins deux raisons. Premièrement, l'implication du client semble extrêmement variable et semble se limiter dans de nombreux cas à expliquer certains points techniques et à fournir les données dont il dispose. Autrement dit, cette relation n'est pas une co-production et semble assimilable à celle qu'entretient un client avec un vendeur lorsqu'il rentre dans un magasin vendant des vêtements et décide de consacrer plus ou moins de temps pour son achat. Deuxièmement, l'Autorité de la concurrence a publié des Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence, dans lesquelles elle indique qu'elle « reçoit un nombre croissant d'études économiques dans le cadre de ses différentes missions, qu'il s'agisse du contrôle des concentrations, des contentieux ou des avis sectoriels ». De même, tant dans le cadre de leurs interventions devant la DGCCRF (pour des pratiques anticoncurrentielles de portée locale), que devant la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation, ou encore le Conseil d'Etat, la place de l'écrit apparaît centrale. Dès lors, nous considérons que le produit vendu correspond davantage à un bien, à savoir un rapport

¹ Etant données nos très fortes difficultés à obtenir des informations, nous ne pouvons fournir ici qu'une vue d'ensemble. Il nous semble donc qu'il serait souhaitable que les instances représentatives des économistes (notamment l'AFSE et l'AFEP), qui disposent d'autres moyens, s'intéressent à cette question, ne serait-ce que parce qu'elle représente une « vitrine » de la profession d'économiste et qu'à ce titre elle est susceptible de produire des externalités sur la discipline et l'ensemble des économistes. Pour une analyse qui nous semble aller dans le même sens, on peut se reporter à A. Bénassy-Quéré, O. Blanchard et J. Tirole [2017].

² Pour une présentation de la notion de service, voir J. Gadrey [2003].

d'expertise économique, et que toutes les autres prestations fournies sont complémentaires à celui-ci et s'apparentent soit au contenu technique de ce rapport (ce sont, par exemple, les interventions devant les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence), soit à la mise en valeur de ce rapport (ce sont, par exemple, les interventions en séance devant les différentes formations du collège de l'Autorité de la concurrence¹).

Puisque le produit dont il s'agit est un bien, il faut, selon la tripartition classique, déterminer s'il s'agit d'un bien de recherche, d'expérience ou de confiance. A l'évidence il ne nous semble pas possible de considérer que le rapport d'un cabinet d'expertise économique s'apparente, de manière générale, à un bien de recherche. Considérer le contraire reviendrait en effet à faire l'hypothèse que le client connaît exactement *ex ante* toutes les caractéristiques du rapport – y compris l'ensemble de ses conclusions – et donc, implicitement à postuler soit que le client a une anticipation parfaite de l'analyse fournie par le rapport, soit que le cabinet d'expertise économique ne rend pas un rapport objectif. Or, si ces cas semblent théoriquement possibles, il ne nous paraît pas vraisemblable de croire qu'ils constituent la norme. De même, il ne nous semble pas que le rapport puisse être considéré comme un bien d'expérience. En effet, cela reviendrait à considérer que le client est *ex post* en mesure d'appréhender l'ensemble des caractéristiques du rapport et donc, notamment, d'en évaluer la qualité. Or, sauf à faire l'hypothèse que le client est capable de comprendre et de juger de la pertinence de l'ensemble des hypothèses et méthodes utilisées par le cabinet d'expertise économique, cela ne semble pas être le cas. Dès lors, le rapport peut être assimilé à un bien de confiance, c'est-à-dire à un bien dont le client n'est pas en mesure, même *ex post*, de saisir l'ensemble des caractéristiques et en particulier la qualité². Dans la mesure où l'on s'accorde sur ce point, il nous semble intéressant de souligner que l'analyse de O. Bonroy et C. Constantatos [2004] offre une réponse possible à la question de l'absence de label de qualité sur ce marché où, par ailleurs, on peut noter qu'il n'existe aucun mécanisme de garantie.

Caractéristique n°2 : Le client est l'avocat

La question de savoir qui est le client du rapport du cabinet d'expertise économique est faussement évidente. En effet, on pourrait être tenté de considérer, tout simplement, qu'en

¹ Ces dernières peuvent également intervenir concernant le contenu technique du rapport, mais comme toutes les formations ne comprennent pas la présence d'un économiste, une telle intervention nous paraît moins probable.

² Notre analyse suppose que la qualité du rapport est exogène à la relation entre le client et le cabinet d'expertise économique. Pour une analyse différente, on peut se reporter à F. Eymard-Duvernay [2004] pour une analyse en termes de convention, ou à L. Karpik [2007] pour une approche fondée sur le concept de singularité.

qualité de payeur, l'opérateur économique est le client. Or, cela ne nous semble pas, en règle générale, être le cas. En effet, il faut noter que ce rapport est dans la plupart des cas une des composantes de la stratégie mise en œuvre par l'avocat, que ce dernier intervienne au soutien d'un demandeur ou d'un défendeur, ou dans toute autre configuration non contentieuse. Dès lors, s'il peut arriver qu'un opérateur économique choisisse directement un cabinet d'expertise économique tout comme il a choisi son avocat, le cas le plus fréquent semble plutôt être un choix de l'avocat ou une mise en concurrence entre cabinets d'expertise organisée par l'avocat. L'opérateur économique n'intervenant alors, puisque c'est lui qui paiera, que pour confirmer (ou infirmer) le choix de l'avocat et de la mission que ce dernier souhaite confier au cabinet d'expertise économique, sauf dans les cas où l'opérateur économique dispose d'une compétence lui permettant d'évaluer, de lui-même, les prestations proposées.

Il nous semble qu'une preuve de ce schéma réside, d'une part, dans le fait qu'aucun cabinet d'expertise économique ne propose de publicité dans les médias généralistes, dans ceux destinés aux opérateurs économiques, ni même sur Internet, alors qu'ils en ont légalement la possibilité sans aucune contrainte (à la différence des experts judiciaires). Pour leur promotion, laquelle vise d'abord les avocats et, ensuite, les juristes des opérateurs économiques (pour lesquels ils ont déjà travaillé ou qui selon leurs informations peuvent avoir besoins de leurs services¹), les cabinets d'expertise économique utilisent plutôt la formule de focus ou d'articles dans des revues juridiques, afin de mettre en avant leurs compétences. D'autre part, selon les informations que nous avons pu recueillir, il apparaît que les cabinets d'expertise économique participent fréquemment à des événements organisés par les avocats ou qui leur sont destinés.

Ainsi peut-on considérer que, de façon usuelle, le client est l'avocat.

Cette caractéristique, ainsi que la précédente (bien de confiance), nous paraissent conduire les avocats à partiellement choisir les cabinets d'expertise économique auxquels ils vont avoir recours, en fonction du choix des autres avocats – c'est-à-dire à inférer de l'information à partir du signal public² constitué par l'action des autres –, ce qui ne garantit

¹ Nous n'avons pas en effet connaissance d'une démarche de promotion commerciale systématique destinée, par exemple, à l'ensemble des directeurs juridiques, à l'ensemble des entreprises appartenant au SBF120, ou à l'ensemble des entreprises figurant dans les classements annuels des magazines économiques généralistes (e.g Challenges, L'Expansion, etc.).

² Cette information n'est pas publique pour tous comme nous l'avons démontré précédemment, mais on peut justifier cette hypothèse en considérant que soit par rumeur (C. Sunstein [2012]), soit par information directe (obtenue lors de l'échange de pièces du dossier dans une affaire ou par les cabinets d'expertise économique eux-mêmes), les avocats la connaissent.

pas systématiquement un choix optimal. Et, même si l'on fait l'hypothèse que les avocats choisissent leurs cabinets en utilisant cette information publique ainsi qu'un signal privé plus fiable, la littérature portant sur les cascades informationnelles (e.g. R. Shiller [1995]) démontre qu'il est possible que l'influence collective élimine l'information privée et conduise à un choix sous-optimal.

Caractéristique n°3 : Il s'agit d'un marché oligopolistique de petit nombre

La question de savoir s'il existe un ou plusieurs marchés peut se poser du fait de la coexistence de cabinets d'expertise économique et de cabinets de conseils généralistes. Les réponses apportées à notre questionnaire nous ont convaincus de l'existence d'un seul marché, s'agissant des affaires de concurrence. En effet, à notre connaissance, extrêmement peu de cabinets de conseils généralistes interviennent, en France, dans le cadre d'affaires de concurrence. La seule exception paraissant être le cabinet *PricewaterhouseCoopers*, qui s'attache à accompagner ses clients directement, sous l'angle de l'expertise économique, dans les domaines des pratiques anticoncurrentielles et des fusions-acquisitions, en employant des économistes.

Par ailleurs, si la plupart des marchés sont des marchés oligopolistiques, celui des cabinets d'expertise économique intervenant en France sur des affaires de concurrence est, selon nos informations, un marché oligopolistique de petit nombre comportant seulement huit entreprises, à savoir :

Tableau n°1 : Cabinets d'expertise économique exerçant en France

Nom de la structure	Site Internet	Responsable(s)
Accuracy	http://fr.accuracy.com/client-service/service-offerings/forensics-litigation-arbitration_89_offer8.html	Monsieur Frédéric Duponchel
Charles River Associate	http://www.crai.com/Europe/content.aspx?tID=4938	Monsieur Laurent Flochel
Compass Lexecon	http://www.compasslexecon.com/professionals/bio?id=203	Monsieur David Sevy
MAPP	http://www.mapp-economics.com/fr/associe	Madame Anne Perrot et Messieurs Antoine Chapsal, Philippe Février et David Spector
Deloitte Economic Advisory	http://www.microeconomix.fr/	Messieurs François Lévêque et Gildas de Muizon
NERA Economic Consulting	http://www.nera.com/274_office3.htm	Monsieur Franck Maier-Rigaud
RBB Economics	http://www.rbbecon.com/	Monsieur Benoît Durand
Tera Consultants	http://www.teraconsultants.fr/fr/Accueil.html	Messieurs Laurent Benzoni, Pierre-Yves Deboudé, Denis Basque et Olivier Salesse

Les réponses fournies à notre questionnaire ne nous permettent pas de proposer une étude quantitative des activités précises de ces acteurs et donc de ce marché. Tout ce que nous pouvons affirmer avec certitude, outre les deux caractéristiques que nous exposerons par la suite, c'est que l'implantation et surtout la taille de ces entreprises varient fortement¹. En effet, alors qu'une seule firme paraît actuellement n'être implantée qu'au niveau national (Tera Consultants), la plupart sont des firmes internationales (Accuracy, Charles River Associate, Compass Lexecon, Deloitte Economic Advisory², MAPP, NERA Economic Consulting, RBB Economics). Il faut également noter que, selon nos informations, à l'exception de MAPP, aucune de ces entreprises ne se concentre uniquement sur les affaires de concurrence.

Par ailleurs il faut souligner que les caractéristiques oligopolistiques de ce marché paraissent pouvoir, dans une certaine mesure, être compensées par le fait que les cabinets d'avocats spécialisés en matière de concurrence ne sont pas non plus en nombre infini. En effet, d'une part, la consultation des statistiques sur la profession d'avocat établies par le ministère de la Justice et des Libertés [2012] permet de remarquer que sur les 56 176 avocats français recensés, seuls 9,7% font mention d'une spécialisation³ en droit commercial et 4,8% en droit économique⁴ et, d'autre part, la lecture des arrêts de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation et du Conseil d'Etat permet de penser que très peu de cabinets interviennent dans des affaires entrant dans le cadre du champ de compétence de l'Autorité de la concurrence. Ainsi, même si par principe tout avocat peut se charger d'une affaire de concurrence, il est permis d'envisager que ce marché pourrait avoir les caractéristiques d'un oligopole bilatéral, quand bien même le côté offre est beaucoup plus concentré.

¹ Toutes ces entreprises paraissent cependant dépasser un million de chiffre d'affaires en moyenne.

² Le 12 décembre 2016, Deloitte France a annoncé l'acquisition de Microeconomix, les membres de celle-ci travaillant à présent pour Deloitte Economic Advisory. Notre envoi de questionnaire auprès des cabinets d'expertise économique s'est déroulé avant ce rachat.

³ Le ministère de la Justice [2012, p. 31] rappelle que : « Pour obtenir une mention de spécialisation l'avocat doit justifier d'au moins quatre ans d'exercice dans la matière dont il souhaite obtenir la spécialisation et passer une épreuve de contrôle des connaissances. Un avocat peut faire mention de plusieurs spécialisations. Le nombre de mentions est limité à deux, mais peut exceptionnellement être porté à trois. Les avocats spécialistes ont par ailleurs une obligation de formation continue renforcée dans leur spécialité puisqu'un quart de la durée de leur formation continue doit y être consacrée ».

⁴ Nous avons retenu ces deux spécialisations mais, comme nous l'avons indiqué précédemment, les avocats mentionnant d'autres spécialisations (e.g. droit public) peuvent également se charger d'affaires de concurrence.

Caractéristique n°4 : C'est un marché sans barrières à l'entrée ou à la sortie

Alors que le marché de l'expertise judiciaire contentieuse en matière concurrentielle se caractérise explicitement par des barrières à l'entrée¹ d'origine légale, il ressort que le marché sur lequel évoluent les cabinets d'expertise économique ne contient, significativement, ni barrière à l'entrée, ni barrière à la sortie.

S'agissant de l'entrée sur ce marché, trois points sont à souligner. Tout d'abord, elle est libre car il n'existe ni définition légale du terme « économiste » (tout le monde peut se prévaloir de cette qualité sans usurpation de titre), ni licence professionnelle. En particulier toute personne, quelles que soient sa formation et ses compétences, peut intervenir en tant qu'expert pour un opérateur économique devant l'Autorité de la concurrence (il s'agit d'une sorte de *commercial marketplace test*)². Ensuite, il n'y a aucune démarche administrative particulière, ni aucune forme commerciale imposée, pour créer un cabinet d'expertise économique. Enfin, cette activité productive ne nécessite aucun matériel coûteux.

S'agissant de la sortie de ce marché, on peut noter deux éléments. Premièrement, ce marché a connu dans la période récente deux sorties avec la disparition de Glais C.E. et celle de Stratégies & Concurrence. Deuxièmement, il nous semble que ces sorties (dont nous ne sommes pas en mesure d'expliquer les raisons) ont démontré l'absence de coûts irrécupérables sur ce marché, notamment du fait que les fondateurs de ces entreprises étaient des économistes universitaires et donc que toutes les compétences et connaissances acquises furent parfaitement redéployables dans leurs activités d'enseignement et de recherche.

Caractéristique n°5 : C'est un marché extrêmement lié au monde académique

Le marché des cabinets d'expertise économique est fortement lié au milieu académique pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, la quasi-totalité des cabinets ont été fondés par des personnes disposant d'une position dans le monde académique et les salariés ont, dans la plupart des cas, une activité d'enseignement à l'Université ou dans une Grande école d'ingénieurs ou de commerce. On peut d'ailleurs noter que certains membres de ces cabinets démissionnent ou se

¹ Le concept de barrière à l'entrée n'est pas univoque comme l'ont notamment souligné P. McAfee, H. Mialon et M. Williams [2004]. Nous comprenons ici ce terme dans une acception stiglerienne.

² Compte tenu du fait que le produit vendu (un rapport d'expertise économique) est un bien de confiance et que toute personne bénéficiant d'un prestige académique peut rentrer sur ce marché, la réputation d'un cabinet d'expertise économique ne nous semble pas constituer une réelle barrière à l'entrée.

mettent en disponibilité du statut qu'ils occupent dans la fonction publique d'Etat. La loi permet également, sous certaines conditions, le détachement dans une entreprise privée, mais nous n'avons pas connaissance d'un tel cas¹. S'agissant des personnes qui continuent à appartenir à temps complet au corps des enseignants-chercheurs ou à celui des chargés ou directeurs de recherche d'un EPST, leur situation correspond légalement à un cumul d'activités, lequel est strictement encadré par la loi². Cette situation nous paraît cependant pouvoir poser la difficulté consistant à savoir si une personne s'exprime en tant que fonctionnaire (donc dans l'intérêt général), ou en tant que membre d'un cabinet d'expertise économique privé (donc dans l'intérêt de ses clients actuels ou futurs)³. C'est la même difficulté que l'on retrouve à l'évidence dans le monde des avocats et qui met au jour la possibilité (non systématique) de conflits d'intérêts⁴. En outre, il ne nous semblerait pas illégitime que l'Etat organise mieux la question de cette double appartenance, notamment en demandant à ce que les personnes mentionnant leur appartenance à la fonction publique d'Etat dans le cadre de leurs activités privées versent une rémunération à celui-ci. Après tout, si ces personnes font une telle mention, c'est qu'elles en tirent un avantage. Il n'est donc pas inconvenant de demander à ce que l'Etat reçoive la part qui lui revient et ce, d'autant plus que si la personne commet un manquement ou une infraction, elle portera préjudice à la réputation de l'institution à laquelle elle appartient. Sous cet angle, la solution adoptée jadis par le cabinet Microeconomix (aujourd'hui racheté par Deloitte) nous semble être particulièrement intéressante, puisque Mines ParisTech faisait partie des actionnaires⁵ et recevait donc à ce titre des dividendes. D'autres solutions sont bien sûr envisageables.

Ensuite, les cabinets d'expertise économique font appel à titre onéreux à des experts extérieurs, lesquels sont quasiment tous des membres du CNRS, de l'INRIA, ou des enseignants-chercheurs du supérieur. Dans ce cas, à nouveau la loi encadre clairement ces

¹ Pour tous ces points il faut se reporter au décret n°2009-460 du 23 avril 2009 et O. Dord [2012].

² Sur cette question, voir <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1648.xhtml> et O. Dord [2012].

³ La question peut également se poser dans le cadre d'une activité d'enseignement puisque l'on pourrait, par exemple, imaginer qu'un enseignant qui aurait repéré un bon étudiant lui propose de traiter un sujet en lien (direct ou indirect) avec les besoins relatifs à son activité privée sans passer par une convention de stage et/ou l'orienter vers un emploi dans son cabinet, privant ainsi peut-être l'Etat d'un fonctionnaire talentueux.

⁴ On peut également constater que certains économistes membre de l'Autorité de la concurrence ont, d'une part, créé ou travaillé pour un cabinet d'expertise économique directement après leur départ de celle-ci et, d'autre part, que certains ont créé, durant la période où ils occupaient une fonction à l'Autorité de la concurrence, un cabinet d'expertise économique. Ces cas posent la question de la possibilité de conflits d'intérêts dans le temps et sont, pour l'essentiel, résolus par le respect de l'article L. 461-2 du Code de commerce, la Charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence ainsi que, le cas échéant, par la saisine de la Commission de déontologie de la fonction publique. Il serait cependant utile de mieux définir les règles relatives à ces questions, en particulier pour les douze membres non-permanents du collège de l'Autorité de la concurrence et pour le Président qui, depuis 2008, n'est plus nécessairement un magistrat et pourrait donc à l'avenir être, par exemple, associé ou membre d'un cabinet d'expertise économique.

⁵ Cette participation s'effectue via Transvalor, voir http://www.armines.net/microeconomix_132.php.

activités. Toutefois, là aussi, il nous semble qu'il est possible de concevoir la possibilité de conflits d'intérêts, d'autant plus que l'information n'est pas publique puisque très peu d'économistes font mention sur leur *curriculum vitae* ou sur leur site Internet d'une telle activité. Il faut donc vivement saluer les dispositions relatives à ces questions contenues dans les « Bonnes pratiques en matière d'éthique scientifique des enseignants-chercheurs et chercheurs en économie, employés par des institutions publiques ou financées sur fonds publics », qui ont été édictées par l'AFSE¹. Elles sont d'autant plus pertinentes si l'on considère que ces cabinets d'expertise économique peuvent être candidats et, dans certains cas, bénéficier d'un crédit impôt recherche.

Enfin, les membres de ces cabinets d'expertise économique sont extrêmement liés au monde académique car ils se forment et/ou contribuent aux développements de l'analyse économique, notamment en publiant des articles dans des revues académiques ou des ouvrages de recherche. C'est là la seule partie totalement visible de leurs activités.

Au vu de l'ensemble de ces caractéristiques, il ressort que les cabinets d'expertise économique paraissent actuellement être le principal point aveugle de l'expertise économique dans le domaine de la concurrence, tant pour les autorités judiciaires, l'Autorité de la concurrence, les avocats, les organisations professionnelles d'économistes, que pour le public. Pourtant, les interventions qu'ils réalisent sont essentielles à la préservation de l'ordre public économique et des droits des individus ou des organisations.

II.2. Les différents types d'interventions réalisées

Les cabinets d'expertise économique réalisant leur activité en France, dans le domaine des affaires de concurrence, interviennent pour l'heure, selon nos informations, devant la DGCCRF, l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Toutefois, l'essentiel de leurs interventions s'effectue dans le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence, et nous centrerons donc notre analyse sur celle-ci. Par ailleurs, sur la base de notre questionnaire, d'entretiens avec les parties prenantes et des différents types de documents publiés par l'Autorité de la concurrence, nous sommes parvenus à la conclusion que les cabinets d'expertise interviennent actuellement dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles et dans celui des concentrations. Autrement dit, ils

¹ Voir http://www.afse.fr/gene/main.php?base_id_ref=239. Pour une analyse critique de cette question, on peut se reporter à M. Deschamps et J. Helstroffer [2014].

n'interviennent que très peu dans le cadre de la fonction consultative de l'Autorité de la concurrence (c'est-à-dire pour les avis)¹ ou dans la mise en œuvre de programmes de conformité aux règles de concurrence².

Notre présentation s'articulera ainsi successivement sur l'exemple de missions pouvant être réalisées par les cabinets d'expertise économique, au soutien des parties, devant l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de ses décisions concernant des pratiques anticoncurrentielles, puis dans celles relatives au contrôle des concentrations. Nous soulignerons enfin que l'aspect commun de ces interventions réside dans la montée en puissance, durant la période récente, d'études quantitatives et plus spécifiquement d'études économétriques.

Lorsque ni la DGCCRF, ni l'Autorité de la concurrence ne sont à l'origine d'une affaire c'est, dans l'essentiel des cas, d'un opérateur économique que provient la saisine. En ce cas, sauf irrecevabilité, l'Autorité de la concurrence a l'obligation de traiter cette saisine (art. L. 462-6 du Code de commerce), car elle ne dispose pas d'un pouvoir équivalent à celui de l'opportunité des poursuites du procureur de la République. Toutefois, la loi autorise l'Autorité de la concurrence à rejeter par décision motivée une saisine lorsqu'elle estime que les faits invoqués par la (les) saisissante(s) ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants (art. L. 462-8, al. 2 du Code de commerce). A titre d'illustration, dans sa décision n°12-D-14 du 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft, l'Autorité de la concurrence rejette la saisine de deux sociétés qui l'avaient saisie en rejetant en particulier, sur la base du concept de marché biface, l'existence d'un abus de la part de Microsoft du fait de la gratuité de ses services de stockage, de partage et de synchronisation de fichiers sur Internet. Ainsi, même lorsque l'opérateur économique qui s'estime victime d'une pratique anticoncurrentielle choisit de saisir l'Autorité de la concurrence, il ne peut se reposer sur cette dernière pour rassembler tous les éléments nécessaires à la démonstration des faits invoqués.

¹ A notre connaissance, la participation d'un cabinet d'expertise économique au soutien du groupe Casino dans l'avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 constitue l'un des rares contre-exemples. Cette absence des cabinets d'expertise économique semble s'expliquer, au moins pour la période récente, par les deux arrêts du 11 octobre 2012 du Conseil d'Etat jugeant que les prises de positions et recommandations de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de ses avis ne constituaient pas des décisions faisant grief (sauf s'il s'agit de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité de la concurrence pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance ; voir CE, n°357193 et n°346378). Plus généralement, sur les dispositions et pratiques relatives aux avis, nous renvoyons à P. Spilliaert [2010], M. de Drouâs, P. Hubert et C. Faurant [2011] et G. Clamour [2013a].

² Les cabinets d'expertise économique pourraient utilement contribuer à la fois à la construction de tels programmes et à leur fonctionnement, par exemple en assurant des formations pour les salariés. Nous n'avons cependant pas connaissance de telles pratiques.

Il doit impérativement, s'il souhaite voir prospérer sa saisine, fournir l'ensemble des preuves dont il dispose. A ce titre, les cabinets d'expertise économique peuvent avoir un rôle important en donnant à la partie saisissante, sur la base des informations qui leur ont été fournies ou qu'ils ont pu recueillir, une (des) preuve(s) intellectuelle(s) de l'existence d'une infraction aux règles de concurrence. Cette intervention paraît d'autant plus probable dans les cas où un opérateur demande également des mesures conservatoires¹.

Cela étant, selon nos informations, les cabinets d'expertise économique paraissent quantitativement intervenir plus souvent au soutien des opérateurs économiques accusés par l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles. Dans le domaine des ententes, si l'on excepte les débats relatifs à la démonstration d'une entente tacite (lesquels peuvent cependant être particulièrement âpres)², l'essentiel des interventions vise à évaluer économiquement le dommage causé à la fois aux consommateurs et aux concurrents actuels ou potentiels. Pour ce faire, ces cabinets vont mobiliser l'analyse économique afin d'identifier les effets spécifiques liés à l'entente, notamment le surprix, en se livrant à une analyse contrefactuelle (*but-for analysis*). Le principe d'une telle analyse réside dans la comparaison entre l'évolution constatée du marché à la suite de l'entente et celle qui aurait dû prévaloir en l'absence de cette dernière. Le point central de cette comparaison réside donc dans la détermination de l'évolution de marché qui va servir de comparaison. Classiquement trois méthodes sont utilisées : la comparaison avant/après du même marché, la comparaison avec l'évolution d'un marché considéré comme suffisamment proche mais non affecté par l'entente, ou une comparaison en termes de double différences³. L'objectif recherché par les cabinets d'expertise économique est, à ce niveau, de démontrer l'existence de phénomènes indépendants de l'entente et ayant eu un effet sur le prix, afin de réduire, voire de supprimer, le montant total des dommages causés par la (les) partie(s) à l'entente au soutien duquel (desquelles) ils interviennent. Par ailleurs, s'agissant du dommage causé aux clients dans le cadre d'une entente entre fournisseurs, ces cabinets peuvent chercher à soutenir que les clients

¹ En effet, nous rappelons que devant l'Autorité de la concurrence il ne peut être demandé de mesures conservatoires que si cette dernière est au préalable ou simultanément saisie sur le fond.

² On peut en particulier songer à la question des cycles d'Edgeworth, voir en particulier G. de Muizon [2011] pour une présentation de cette question, dans le cadre d'une analyse d'une enquête sectorielle conduite par le Bundeskartellamt sur les stations-services.

Les débats relatifs aux ententes explicites sont quasi-exclusivement de nature juridique car ils reposent sur l'existence de documents matérialisant celle-ci, d'échanges d'informations, ou de rencontres, et donc sur la manière dont l'Autorité de la concurrence en a connaissance.

³ La méthode des doubles différences (ou différences de différences) consiste, par exemple, à : 1/ prendre le secteur de la firme qui s'estime victime d'une pratique anticoncurrentielle et un secteur comparable avant la supposée infraction, 2/ faire la différence entre les deux en terme de profits, 3/ faire la même opération après la supposée infraction, 4/ faire la différence en terme de profits, et enfin 5/ regarder la différence entre les résultats des étapes 2/ et 4/.

n'ont subi aucun préjudice (ou un préjudice réduit) en démontrant qu'ils ont été capables de répercuter sur leurs propres clients le surcoût lié à l'entente : c'est le *passing-on defense*. L'idée est alors de prouver, d'une part, qu'il n'y a pas (ou peu) de quantité non-vendues et qui aurait pu l'être en l'absence de l'entente et, d'autre part, de démontrer qu'il n'y a pas (ou peu) de préjudice lié à une perte de marge sur les quantités vendues, puisque les clients de l'entente ont pu compenser celle-ci en augmentant le prix auprès de leurs propres clients. La difficulté est, à ce niveau, de prendre en compte, entre autres, le degré de concurrence aval, la part du surcoût dans les coûts de production et l'élasticité de la demande. Enfin, une fois le *quantum* du préjudice déterminé, les cabinets d'expertise économique peuvent également intervenir dans le calcul de son actualisation, opération qui n'a rien de trivial.

Dans le cadre d'un abus de position dominante, les interventions réalisées par les cabinets d'expertise économique sont encore plus nombreuses et complexes et il est donc impossible d'en fournir ici une description détaillée¹. En effet, schématiquement, il va tout d'abord se poser la question de la délimitation du marché pertinent, puis celle du pouvoir de marché, celle de l'abus de ce pouvoir de marché, et enfin celle des dommages. Chacune de ces questions est en elle-même extrêmement complexe puisqu'elles ne font pas, même au niveau de l'analyse théorique, l'objet d'un consensus entre économistes². Cependant, il ne faut pas sombrer dans le relativisme, car on doit souligner que les progrès conceptuels et techniques de l'analyse économique offrent aux cabinets d'expertise économique un cadre au sein duquel ils peuvent exposer leurs raisonnements et décrire la réalité. Ainsi, même si des analyses totalement divergentes peuvent légitimement coexister, l'utilisation de la théorie économique permet scientifiquement, d'une part, de s'assurer de leur pertinence et, d'autre part, de leur cohérence. Selon l'opérateur économique qui l'emploie, un cabinet d'expertise économique cherchera à démontrer l'existence (ou non) d'un abus de position dominante mais, du fait de la théorie économique, tout ne peut pas être objectivement soutenu.

Le contrôle des concentrations représente quantitativement la mission la plus importante de l'Autorité de la concurrence avec, en moyenne, 170 décisions par an. Beaucoup ne soulèvent pas de problème de concurrence et sont donc acceptées très rapidement par des décisions extrêmement courtes (de l'ordre de deux pages). Néanmoins, il existe des cas, souvent matérialisés par l'ouverture d'une procédure d'examen approfondi (dite procédure de

¹ On doit d'ailleurs constater que, même sur le plan théorique, le *Handbook of antitrust economics* de P. Buccirossi (ed) [2008] ne parvient pas à traiter de l'ensemble de ces questions dans le cadre d'un seul chapitre.

² Pour une analyse générale de cette question voir en particulier H. Varian [1995].

phase 2), pour lesquels l'Autorité de la concurrence estime soit qu'il peut y avoir des difficultés concurrentielles, soit que les engagements proposés sont insuffisants. Dans la quasi-totalité de ces cas, mais également dès que l'opération atteint une taille importante ou que les acteurs concernés sont des entreprises leaders sur leurs marchés, il apparaît que les cabinets d'expertise économique interviennent. Ces interventions paraissent également être en moyenne, selon nos informations, les plus rémunératrices pour ces cabinets. En matière de concentration, la mission d'un cabinet d'expertise économique consiste essentiellement à analyser, si possible avant que l'opération ne soit notifiée, les données du (des) marché(s) concerné(s) et à évaluer quels pourraient être les gains d'efficacité¹ et les effets horizontaux, verticaux et congloméraux de l'opération envisagée afin, le cas échéant, de définir avec les parties notifiantes les engagements structurels et comportementaux qui pourraient être proposés à l'Autorité de la concurrence pour obtenir l'accord de cette dernière. Autrement dit il s'agit, avant ou simultanément, de faire le même exercice d'analyse prospective que l'Autorité de la concurrence, laquelle a défini sa méthode dans des lignes directrices².

Par ailleurs, un cabinet d'expertise économique peut en ce domaine intervenir pour trois autres types de missions. Premièrement, il peut intervenir au soutien d'un opérateur économique qui souhaite faire valoir, dans le cadre d'un test de marché organisé par l'Autorité de la concurrence, que la concurrence serait réduite si l'opération notifiée par ses concurrentes était acceptée. Deuxièmement, il peut intervenir au soutien d'une entreprise qui aurait omis de notifier préalablement à l'Autorité de la concurrence une concentration et qui encourrait, à ce titre, une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 5% de son chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, le cas échéant, augmenté de celui qu'a réalisé l'autre partie à l'opération (art. L. 430-8-I du Code de commerce)³. Enfin, troisièmement, un cabinet pourrait⁴ intervenir au soutien d'une partie en fournissant un rapport à destination du ministre chargé de l'économie, afin que ce dernier évoque l'affaire pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, c'est-à-dire accepte une opération refusée (art. L. 430-7-1 du Code de commerce). Dans un tel cas, le cabinet

¹ A la suite de l'article séminal de O. Williamson [1968], il est admis qu'il faut procéder à un bilan concurrentiel lors de l'analyse d'une opération de concentration, afin de comparer ses effets négatifs (e.g. une augmentation du prix) et ses effets positifs (e.g. réduction des coûts de production). Pour une présentation de cette question tant au niveau européen que français, et une explication du constat qu'aucune opération n'a jamais été approuvée sur ce fondement, voir D. Sevy et F. Palomino [2012].

² Voir http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=325.

³ Nous songeons en particulier à l'affaire Colruyt, voir décision de l'Autorité de la concurrence n°12-D-12 et le recours CE, 24 juin 2013, n°360949.

⁴ Pour l'heure il n'y a jamais eu un tel cas.

d'expertise économique pourrait, par exemple, faire valoir que l'atteinte portée à la concurrence par l'opération est compensée par l'importance des créations d'emplois.

La présentation succincte de ces diverses modalités possibles d'intervention des cabinets d'expertise économique met en évidence le rôle central de la théorie économique¹ et en particulier du traitement quantitatif des données. On doit ainsi relever que l'économétrie, dans toutes ses composantes (en coupes instantanées, séries chronologiques, en panels) est de plus en plus mobilisée par ces cabinets. Cela provient à l'évidence des progrès réalisés dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, notamment des bases de données dont disposent aujourd'hui les entreprises et de la très grande disponibilité d'ordinateurs et de logiciels permettant de les exploiter. Mais il faut également noter que cette évolution est directement liée aux progrès de l'analyse économétrique et au développement de méthodes de plus en plus précises et calibrées selon la nature et le nombre des données.

Au final, en dépit de son manque de visibilité, les éléments que nous avons recueillis nous conduisent à affirmer que l'expertise économique pratiquée par ces cabinets offre un bel exemple d'économie appliquée.

CONCLUSION

Quatre conclusions principales peuvent se déduire de notre présentation de l'expertise judiciaire et de l'expertise pratiquée par les cabinets d'expertise économique.

Premièrement, les instances en charge des affaires relatives à la concurrence sont de plus en plus directement mises en relation avec l'analyse économique. On peut évidemment regretter, en tant que citoyen, justiciable, comme en tant qu'économiste qu'elles ne le soient pas plus et mieux, en particulier dans les affaires où intervient un expert judiciaire, mais il nous semble toutefois très difficile en ce domaine de reprendre la conclusion centrale de l'analyse de P. Cahuc et S. Carcillo [2012] (menée en matière de contrôle du licenciement économique en France) d'une « défiance généralisée » des juges à l'égard de la concurrence et des entreprises. Cela est tout spécialement faux pour l'Autorité de la concurrence.

Deuxièmement, il ressort des éléments qui précèdent que l'expertise économique est, pour l'heure, essentiellement composée de deux segments différents et étanches. Beaucoup de

¹ Sur ce point voir, par exemple, D. Card, K. Hatzitaskos et V. Howell [2013] ou P. Davis et E. Garcès [2010].

critères distinguent en effet un expert judiciaire et un membre d'un cabinet d'expertise économique

Tableau n°2 : Différences entre l'expert judiciaire et un cabinet d'expertise économique

	Expert judiciaire	Cabinet d'expertise économique
Contentieux	Subjectif	Objectif
Rôle principal	Auxiliaire de justice	Mandataire des parties
Limites aux conditions d'exercice	Oui	Non
Existence de listes officielles	Oui	Non
Serment	Oui	Non
Règles déontologiques légales	Oui	Non
Procédure de récusation	Oui	Non
Sanction légale en cas d'irrégularité	Oui	Non
Contradictoire	Oui	Non
Procédure de radiation	Oui	Non
Rémunération	Fixée par le juge	Libre
Titre	Protégé	Non-protégé
Publicité	Encadrée	Libre
Assurance responsabilité professionnelle	Imposée par les Compagnies d'expert et le Conseil national des compagnies d'expert de justice	Facultative
Obligation de formation	Oui	Non
Refus de mission	Doit être motivé	Sans besoin de motivation

Il ressort toutefois, selon nos informations, qu'il existe de plus en plus de configurations dans lesquelles ces deux types d'acteurs interviennent pour réaliser le même type de mission dans le cadre d'une affaire de concurrence¹, révélant ainsi une intersection entre ces acteurs. En effet, un expert judiciaire peut également accepter d'effectuer des missions au soutien de parties privées. Il faut toutefois souligner que, dans ce cadre, il n'intervient plus en tant qu'expert judiciaire. Et même s'il peut toujours se prévaloir de cette qualité, disons à titre informatif à l'égard de ceux qui l'emploient, il ne dispose plus des moyens judiciaires qu'il possède lorsqu'il est au service du juge. Il garde semble-t-il toujours, néanmoins, les obligations déontologiques relatives à sa qualité d'expert judiciaire. On peut, à titre d'illustration, songer à Monsieur Maurice Nussenbaum expert judiciaire agréé par la Cour de cassation et, par ailleurs, dirigeant de Sorgem Evaluation, entreprise qui réalise une assistance dans le cadre des contentieux et arbitrages².

¹ Nous ne sommes toutefois pas en mesure de quantifier ces cas, ni leur progression, même s'il nous semble qu'ils restent pour l'heure minoritaires, ce qui validerait notre analyse d'un cloisonnement entre les missions réalisées par ces deux types d'acteurs.

² Voir <http://www.sorgemeval.fr/-Assistance-aux-contentieux-et-.html>.

Troisièmement, comme le souligne F. Lebaron [2013], il n'existe toujours actuellement que très peu de littérature portant sur l'univers professionnel des économistes français. Notamment sur leurs pratiques en tant qu'experts. Or, si l'on suit les conclusions relatives aux attentes révélées par le sondage réalisé entre le 3 mai et le 19 juin 2011 auprès des membres de l'AFSE par M.-C. Villeval¹, 67% des répondants exprimaient être très ou extrêmement intéressés par une réflexion sur les incitations et la validation des diverses facettes du métier d'enseignant-chercheur. Sous cet angle, l'expertise judiciaire ne paraît pas encore en faire partie, mais les missions réalisées par les cabinets d'expertise y appartiennent sûrement.

Quatrièmement, la réalité de la vie des affaires et son traitement dans le cadre de contentieux offre aux économistes un terrain exceptionnel pour démontrer leurs connaissances et compétences, ainsi que pour faire valoir leur utilité sociale.

A notre sens, les économistes devraient donc prêter attention aux questions relatives à l'expertise économique dans les affaires de concurrence en France.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Amaro R. [2013], « L'efficacité du contentieux contractuel autonome des pratiques anticoncurrentielles. A propos des arrêts *Segurel* et *Diapar* de la cour d'appel de Paris », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°36, pp. 105-109.

Bénassy-Quéré A., Blanchard O. et Tirole J. [2017], « Les économistes dans la cité », *Conseil d'Analyse Economique*, n°42, 12 p.

Blaise J.-B. [2013], *Droit des affaires*, 7^{ème} édition, LGDJ, 560 p.

Bonroy O. et Constantatos C. [2004], « Bien de confiance et concurrence en prix. Quand aucun producteur ne souhaite l'introduction d'un label », *Revue Economique*, vol. 55, n°3, pp. 527-532.

Buccirossi P. (ed.) [2008], *Handbook of antitrust economics*, MIT Press, 687 p.

Cahuc. P et Carcillo S. [2012], *Les juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, 59 p.

Canivet G. [2008], « La mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions arbitrales », in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, M. C. Boutard-Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem et J. Vialens, LGDJ, 822 p.

¹ Voir http://www.afse.fr/gene/main.php?base_id_ref=198.

Card D., Hatzitaskos K. et Howell V. [2013], *Guidelines on quantitative techniques for competition analysis*, CRC America Latina, 72 p.

Clamour G. [2013a], « De la contestation contentieuse des avis de l'Autorité de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°34, pp. 55-57.

Clamour G. [2013b], « Rame la concurrence dans le métro », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°35, pp. 61-63.

Claudiel E. [2006], « La processualisation du droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), LGDJ, 486 p.

Claudiel E. [2012], « La procédure d'*amicus curiae* : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences*, n°4, pp. 38-55.

Commission de réflexion sur l'expertise [2011], *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise*, mars, 56 p.

Conan Doyle A. [1891], *Un scandale en Bohême*, disponible sur le site Internet www.ebooksgratuits.com/pdf/conan_doyle_scandale_boheme.pdf

Conférence de consensus [2007], *L'expertise judiciaire civile. Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles*, 15-16 novembre, 47 p, disponible sur le site Internet http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/recommandations_bonnes_pratiques_juridictionnelles_11103.html#

Davis P. et Garcès E. [2010], *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*, Princeton University Press, 580 p.

Deschamps M. [2017], « Reconnaître, estimer et répartir le dommage concurrentiel. Réflexions liminaires sur le contentieux privé et l'articulation entre droit civil et droit de la concurrence au sein de l'Union européenne », in *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, S. Ferey et F. G'Sell (eds.), Bruylant.

Deschamps M. et Helstroffer J. [2014], « Garantir la confiance du public en la discipline économique : les recommandations en matière d'éthique scientifique de l'Association Française de Sciences Economiques », *Revue d'Economie Politique*, vol. 124, pp. 667-678.

Deschamps M. et Poésy R. [2013], « Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles », *Revue Internationale de Droit Economique*, t. XXVII, pp. 569-578.

Dord O. [2012], *Droit de la fonction publique*, 2^{ème} édition, PUF, 373 p.

Drouâs (de) M., Hubert P. et Faurant C. [2011], « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n°3, pp. 230-234.

Dunn, R. [2005], *Recovery of damages for lost profits*, 6ème édition, Lawpress Corporation, 1080 p.

Durand-Barthez P. et Lenglard F. (eds.) [2012], *Choisir son droit – conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, L'Harmattan, 260 p.

Eymard-Duvernay F. [2004], « Coordination des échanges par l'entreprise et qualité des biens », in *Analyse économique des conventions*, A. Orléan (dir.), PUF, 432 p.

Fricero N. et Julien P. [2011], *Procédure civile*, 4^{ème} édition, LGDJ, 544 p.

Frot E. et Sautel O. [2011], « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°66, pp. 35-41.

Gadrey J. [2003], *Socio-économie des services*, 3^{ème} édition, Repères, 128 p.

Harnay S. [2005], « L'analyse économique de l'expertise judiciaire : quelques éléments et pistes de recherche », Communication à la Cour de cassation, 2 juin, 5 p., disponible sur le site Internet

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/expertise_judiciaire_8056.html

Héron J. et Le Bars Th. [2012], *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} édition, Montchrestien, 1030 p.

Ireland T. [2001], « Origins of the American Academy of Economic and Financial Experts », *Journal of Legal Economics*, vol. 11, n°2, pp. 81-87.

Karpik L. [2007], *L'économie des singularités*, Gallimard, 384 p.

Lebaron F. [2013], « Qui sont les économistes ? Une sociologie méconnue », *L'Economie Politique*, n°58, pp. 24-34.

Leclerc O. [2005], *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Bibliothèque de droit privé, tome 443, LGDJ, 471 p.

Lianos I. [2012], « The emergence of forensic economics in competition law: foundations for a sociological analysis », *CLES Working Paper Series*, 5/2012, september, 41 p.

Martin G. et Weinstein, M. [2012], *Determining economic damages*, James Publishing, 1025 p.

Masson A. (dir) [2009], *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 560 p.

McAfee P., Mialon H. et Williams M. [2004], « What is a barrier to entry? », *American Economic Review*, Papers and Proceedings, vol. 94, n°2, pp. 461-465.

McAfee P., Mialon H. et Mialon S. [2008], « Private v. public antitrust enforcement: a strategic analysis », *Journal of Public Economics*, vol. 92, n°10-11, pp. 1863-1875.

Menétrey S. [2010], *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, 499 p.

Ministère de la Justice et des Libertés [2012], *Statistique sur la profession d'avocat. Situation au 1^{er} janvier 2011*, 45 p, disponible sur le site Internet

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_commentaires2012.pdf

Moussa T. (dir) [2011], *Droit de l'expertise*, Dalloz, 591 p.

Muizon (de) G. [2011], « Evolution cyclique des prix : concurrence ou collusion ? », *Les Echos*, disponible sur le site Internet <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-eco-conjoncture/conjoncture/221139319/evolution-cyclique-prix-concurrence>

Neven D. [2006], « Competition economics and antitrust in Europe », *Economic Policy*, vol. 21, n°48, pp. 741-791.

Pélisse, J., Protais, C., Larchet, K., et Charrier, E. [2009], *Des chiffres, des maux et des lettres. Eléments sociographiques relatifs aux experts judiciaires en économie, en psychiatrie et en interprétariat-traduction*, Mission de Recherche Droit et Justice, 256 p.

Picot T. et Bombardier J. [2013], « Mode d'emploi du dispositif d'injonction et de transaction en matière de pratiques anticoncurrentielles locales et nouvelles règles du jeu », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°36, pp. 177-181.

Pironon V. [2009], *Droit de la concurrence*, Gualino, 276 p.

Prieto C. [2008], « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de *private enforcement* », *Concurrences*, n°4, pp. 50-63.

Saintourens B. [2010], « L'adaptation du Code de commerce », in *La libre concurrence face aux juges*, L. Gard et B. Saintourens (dir.), Presses Universitaires de Bordeaux, 223 p.

Sautel O. et Muñoz A. [2017], « Le test de ciseau tarifaire en pratique : les défis de son implémentation », *Revue Lamy de la concurrence*, n°63, pp. 36-40.

Schinkel M. [2007], « Forensic economics in competition law enforcement », *Journal of Competition Law and Economics*, vol.4, n°1, pp. 1-30.

Sevy D. et Palomino F. [2012], « Réflexions sur le traitement des gains d'efficacité en contrôle des concentrations », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°30, pp. 8-12.

Shiller R. [1995], « Conversation, information, and herd behavior », *American Economic Review*, Papers and Proceedings, vol. 85, n°2, pp. 181-185.

Slesnick, F., Luthy M., et Brookshire M. [2013], « A 2012 survey of forensic economists: their methods, estimates, and perspectives », *Journal of Forensic Economics*, vol. 24, n°1, pp. 67-99.

Spilliaert P. [2010], « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n°3, pp. 58-64.

Sunstein C. [2012], *Anatomie de la rumeur*, Editions Markus Haller, 190 p.

Tinari F. [2010], « The practice of Forensic Economics: an introduction », *Eastern Economic Journal*, vol. 36, n°3, pp. 398-406.

Varian H. [1995], « A quoi sert la théorie économique ? », in *L'économie devient-elle une science dure ?*, A. d'Autume et J. Cartelier (eds.), Economica, 320 p.