

Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer un préjudice ?

1. Principe général

On cherche à évaluer le dommage résultant de la survenue d'un fait générateur de responsabilité. Généralement cet exercice requiert d'évaluer l'impact du fait générateur (pratiques anticoncurrentielles, rupture brutale de relations commerciales, pratiques commerciales déloyales ...) sur une variable (prix, quantités, profits ...) appelée "variable d'intérêt".

L'approche économique du calcul d'un dommage consiste à évaluer le dommage par différence entre les valeurs prises par la variable d'intérêt dans deux situations :

- *la situation observée (le fait générateur s'étant produit) ;*
- *la situation contrefactuelle : celle (non observable par définition) où le dommage ne se serait pas produit.*

Ce principe général de comparaison avec une situation contrefactuelle vaut quelle que soit la nature du dommage : il n'y a fondamentalement pas de différence entre la méthodologie mise en œuvre dans l'évaluation d'un dommage lié à un acte de concurrence déloyale ou à une pratique anticoncurrentielle.

Différentes méthodes peuvent être utilisées pour construire et évaluer quantitativement les éléments de la situation contrefactuelle. La théorie économique, les descriptions des caractéristiques du secteur (notamment par ses acteurs) et les données quantitatives concourent à la définition et à la quantification du contrefactuel. Nous passons ici en revue les plus fréquemment utilisées.

2. Simples différences

Ici, il s'agit de comparer la valeur des variables avant/après la survenue du fait générateur de responsabilité.

Dans une entente par exemple, on peut comparer le prix avant/pendant (ou pendant/après) la mise en œuvre de l'entente.

- *La "situation contrefactuelle" est constituée par l'observation d'un marché et d'une période non affectée par les pratiques.*
- *Le marché ou le groupe de produits auquel on compare le marché potentiellement affecté par les pratiques peuvent être appelés "marché contrefactuel" ou "groupe contrefactuel". On trouve parfois aussi les termes de "groupe de contrôle" ou "groupe témoin".*
- *Le groupe de produits servant de contrefactuel doit être choisi aussi similaire*

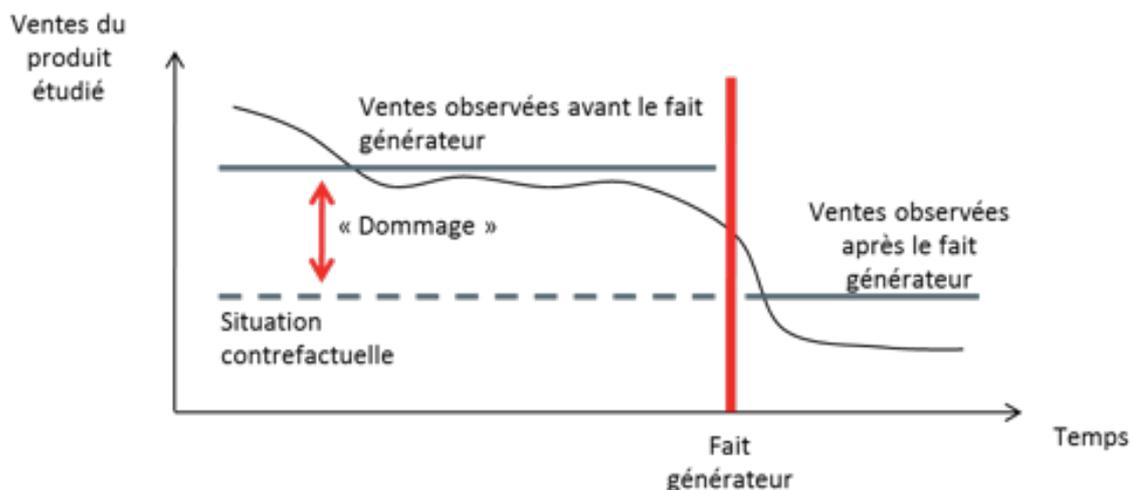
que possible au groupe affecté (groupe test), de manière à ce que les seules différences entre les deux groupes soient dues à l'incidence (dans la situation observée) ou à la non incidence (dans le marché contrefactuel) du fait générateur.

Force de cette analyse : Si on pense qu'aucun autre facteur que le fait générateur ne vient brouiller la comparaison entre les groupes de produits affectés et non affectés, c'est une bonne méthode car elle est économe en données.

Faiblesse de cette analyse : d'autres facteurs peuvent être survenus en même temps.

- Par exemple si les coûts de production d'un produit baissent à la fin d'une entente, la baisse de prix du produit observée à cet instant peut résulter conjointement de deux facteurs : la baisse des coûts, la fin de l'entente.
- Ne pas en tenir compte aboutit à majorer le dommage car cela aboutit à attribuer la totalité de la baisse de prix à l'entente, alors qu'une partie de la baisse provient d'un autre facteur et aurait eu lieu de toutes façons.

Simple différences



Si on dispose de données relatives à d'autres marchés non affectés (par l'entente) on peut comparer l'évolution des variables sur les marchés non affectés avant/pendant ou pendant/après, avec l'évolution du marché non affecté. C'est ce que permet de faire la méthode des doubles différences.

3. Doubles différences

Il s'agit de comparer l'évolution de la variable avant/pendant ou pendant/après (première différence) avec l'évolution de la variable avant/pendant ou pendant/après sur un autre marché non affecté par les pratiques (deuxième différence) : marché géographique du même produit mais exempt du fait générateur, ou marché de produits non affecté. On parle aussi de méthode "différence de différences".

Force de cette analyse : Lorsqu'il est possible de constituer un groupe de contrôle (non affecté) fiable, l'analyse en doubles différences permet d'isoler, parmi les effets qui ont pu influencer la variable d'intérêt, le seul effet de la pratique en cause. C'est

ainsi une véritable causalité entre le fait générateur et le dommage qui est mise en évidence quantitativement.

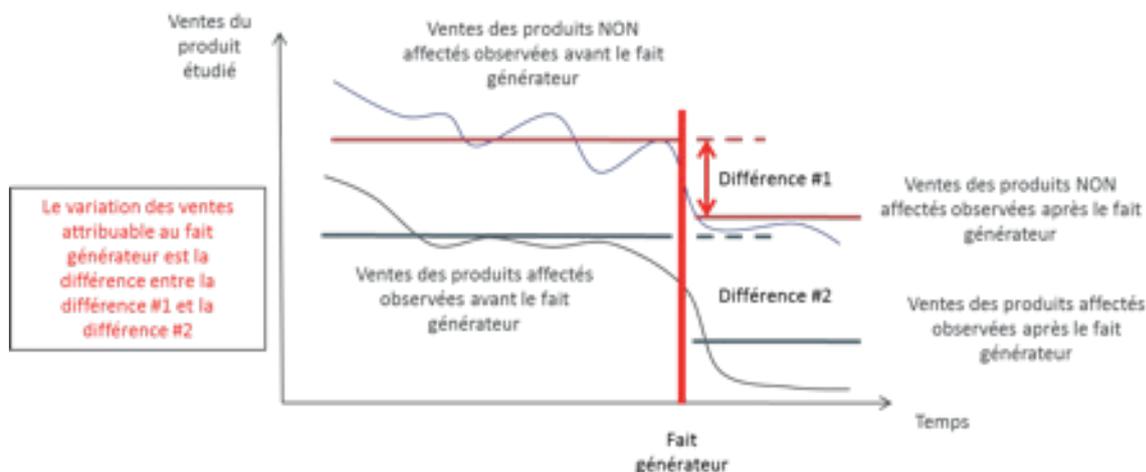
Faiblesse de cette analyse : Cette méthode est exigeante en données puisqu'elle nécessite des données portant sur les variables affectées et sur les variables non affectées par les pratiques.

- *Par exemple si l'on veut évaluer ce qui, dans l'évolution des prix dans un pays A affecté par les pratiques, est lié à ces seules pratiques, il faut disposer de données relatives à un pays B non affecté par les pratiques pour pouvoir mettre en œuvre la méthode des doubles différences.*

Par ailleurs, si le groupe de contrôle est mal choisi, on attribue aux pratiques des effets qui ne lui sont pas dus.

- *Par exemple le marché B peut être lui aussi, en réalité, affecté par les pratiques : dans ce cas il n'est pas pertinent pour servir de point de comparaison. Ou bien le pays B connaît une structure de la demande très différente du pays A : dans ce cas les variations de prix dans le pays B peuvent être dues à des facteurs qui ne se manifestent pas dans le pays A. Encore une fois, ceci prive le pays B de pertinence comme point de comparaison pour évaluer l'effet des pratiques.*

Doubles différences



4. Méthode économétrique

Elle consiste à utiliser l'économétrie pour évaluer tous les facteurs qui influencent la formation d'une variable "en temps normal". C'est le modèle économétrique qui construit le contrefactuel. Dans le cas où il s'agit de comparer des prix, il convient ainsi de construire un modèle économétrique qui "explique" par d'autres variables la formation du prix dans des circonstances normales. Mais on peut envisager d'utiliser cette méthode dans d'autres cas.

Par exemple imaginons une situation où un laboratoire fabriquant un médicament princeps a empêché l'entrée des génériques sur le marché à la fin de son brevet. Le préjudice subi par les fabricants de génériques peut se traduire par la faiblesse du taux de pénétration de ces génériques sur le marché (appelé "taux de générification").

La méthode économétrique se fonde sur toutes les données disponibles sur les ventes de tous les médicaments au cours du temps (y compris ceux qui n'ont rien à voir avec les pratiques) pour identifier la manière dont se comporte en temps normal ce taux de généralisation. Le taux de généralisation du marché du produit affecté par les pratiques est ensuite comparé avec ce taux "normal". Il faut donc avoir un modèle qui indique comment, en général, on explique, par diverses variables, (les variables explicatives) le taux de pénétration des génériques (la variable expliquée) à une date donnée après l'entrée de ces génériques sur le marché.

- On "explique" par exemple le taux de pénétration des génériques d'un produit (ou taux de généralisation, variable expliquée) à une date donnée par des variables (les "variables explicatives") comme le volume du princeps, son prix, le nombre de génériqueurs présents, le nombre de mois écoulés depuis le début de la généralisation etc. dont on pense qu'elles influencent le taux de pénétration des génériques en temps normal.
- On sait ainsi dire comment doit se comporter la variable "taux de généralisation" en temps normal. C'est la compréhension économique du marché qui permet de déterminer la structure du modèle (la liste des variables explicatives).
- Les données (ventes en volume, prix, identité des génériqueurs présents etc..) permettent de donner une valeur quantitative aux coefficients des variables : par exemple, on sait ainsi dire que lorsque le nombre de génériqueurs augmente d'une unité, ou de 1%, le taux de généralisation augmente de x%.

Une fois ce travail fait, on peut comparer le niveau de la variable telle qu'on l'observe pendant la période d'examen (potentiellement affectée par les pratiques) avec le niveau qu'elle aurait dû atteindre en l'absence du fait générateur, donnée par le modèle économétrique et qui donne dans ce cas le contrefactuel.

Force de cette analyse : La méthode économétrique permet de prendre en compte finement les spécificités du marché, les comportements des acteurs, le mode de formation des prix sur le marché considéré etc...

Faiblesses de cette analyse : elle nécessite des données nombreuses et "propres", ce qui engendre un certain travail avec l'entreprise et du côté des économistes, de manière ce que les données brutes, une fois "nettoyées", soient aptes au traitement par l'analyse économétrique (élimination des données aberrantes ou entachées d'erreurs, regroupement pertinent de certaines catégories trop peu nombreuses pour constituer un groupe statistique fiable...).

5. Détection d'une rupture de tendance

Cette méthode est adaptée aux cas où un événement est susceptible d'avoir affecté le comportement d'une variable sur le long terme.

L'idée est qu'en l'absence du fait générateur, la variable d'intérêt se comporte selon un certain schéma ou modèle qui explique son évolution, tandis qu'à partir du fait générateur, cette variable se comporte de manière différente, selon un schéma différent.

En d'autres termes, avant et après le fait générateur, ce sont deux modèles de comportement différents qui expliquent le comportement de la variable. Ce peut être

parce que des facteurs différents interviennent dans l'explication de l'évolution de la variable après la survenue du fait générateur, ou bien parce que ces facteurs se comportent eux-mêmes différemment après la survenue du fait en question.

Par exemple : Une entreprise fabrique des parapluies.

- *Avant la survenue du fait générateur, ses ventes dépendent de la météo et du prix des parapluies. Le modèle qui explique le volume des ventes fait donc intervenir deux variables explicatives : les précipitations et le prix.*
- *Le fait générateur est la décision de l'entreprise de faire désormais des campagnes publicitaires.*
- *Après cette décision, les ventes dépendent essentiellement du fait qu'il y a une campagne publicitaire en cours ou non.*
- *On a changé de modèle : désormais, la principale variable explicative est le montant des investissements publicitaires.*

L'approche par les ruptures de tendances permet de déceler qu'à un instant t, il s'est produit un fait (la décision de l'entreprise de faire des campagnes publicitaires dans cet exemple) qui induit un changement de modèle explicatif.

Les méthodes qui permettent de détecter une rupture de tendance sont généralement économétriques elles aussi. Elles permettent de mettre en évidence la différence entre les modèles explicatifs du comportement de la variable d'intérêt avant et après le fait générateur.

Elles possèdent les mêmes points de forces et faiblesses que la méthode économétrique présentée précédemment.

Force de cette analyse : Elle permet de prendre en compte finement les spécificités du marché, les comportements des acteurs, le mode de formation des prix sur le marché considéré etc...

Faiblesse de cette analyse : Elle nécessite des données nombreuses et "propres", ce qui engendre un certain travail avec l'entreprise et du côté des économistes, de manière à ce que les données brutes, une fois "nettoyées", soient aptes au traitement par l'analyse économétrique (élimination des données aberrantes ou entachées d'erreurs, regroupement pertinent de certaines catégories trop peu nombreuses pour constituer un groupe statistique fiable...).

6. Comment apprécier une étude économique pour en tenir compte dans l'évaluation du dommage ?

Ce qui suit constitue une liste de points pouvant être vérifiés par les juges et par les conseils juridiques pour apprécier la validité de l'analyse économique.

- *Les hypothèses doivent être explicitées.*
- *Les hypothèses doivent être en accord avec les principales caractéristiques du marché telles qu'elles sont décrites par les acteurs du secteur.*
- *Les données doivent être vérifiables (et fournies sur demande).*
- *Le processus de nettoyage des données, qui permet de passer des données brutes aux données finalement utilisées, doit être fourni sur demande. Le juge doit être capable d'évaluer la pertinence de la mise à l'écart de certaines données*

aberrantes, ou le caractère satisfaisant du regroupement de classes de données trop peu nombreuses à elles seules pour constituer un groupe propre à l'analyse statistique.

- *Des "tests de robustesse*" doivent être présentés avec l'analyse : des variantes de l'analyse principale doivent être fournies pour vérifier que les résultats obtenus ne dépendent pas de façon cruciale d'une hypothèse étroite.*
- *Les résultats doivent être crédibles et ne pas contredire les autres données du marché.*

Par exemple un petit concurrent qui fait habituellement 10% de parts de marché sur un marché de 100 millions d'euros ne peut prétendre de façon crédible qu'il a subi un dommage de 40 millions d'euros.

Version Octobre 2017