

FICHE n°3 c

Comment évaluer un préjudice économique ?

L'évaluation des préjudices requiert de mesurer l'impact du fait générateur) qui ont été affectées par l'infraction.

La théorie économique, les descriptions des caractéristiques du secteur (notamment par ses acteurs) et les données quantitatives peuvent concourir à la définition et à la quantification de la situation contrefactuelle. Sont énoncées ci-après les approches économiques les plus fréquemment utilisées dans les situations de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques commerciales déloyales. Elles consistent principalement à établir la situation contrefactuelle par comparaison, en tenant compte des phénomènes exogènes susceptibles d'avoir impacté les variables économiques. Dans certains cas, les approches par modélisation peuvent être utilement mobilisées.

1. Méthodes comparatives d'évaluation des préjudices

Les méthodes comparatives consistent à construire le scénario contrefactuel en utilisant des marchés comparables et non impactés par le fait générateur.

On peut utiliser comme marché comparable, soit le même marché observé en dehors de la période affectée par le fait générateur (périodes qui ont précédé ou suivi l'infraction), soit d'autres marchés qui n'ont pas été affectés par l'infraction (même marché de produits sur un marché géographique distinct mais similaire ou marché de produits distinct mais similaire sur le même marché géographique). L'idée sous-jacente est que les évolutions observées sur des marchés comparables donnent une indication de la situation qui aurait prévalu en l'absence d'infraction et peuvent donc être utilisées pour établir la situation contrefactuelle sur le marché impacté par le fait générateur.

Ces méthodes peuvent être utilisées pour toutes les variables susceptibles d'avoir été impactées par l'infraction, que ce soit les prix, les parts de marché, les marges, etc. Elles peuvent être mises en œuvre en utilisant des données agrégées de marché ou des données détaillées des entreprises.

Au sein des méthodes comparatives, les méthodes les plus utilisées sont :

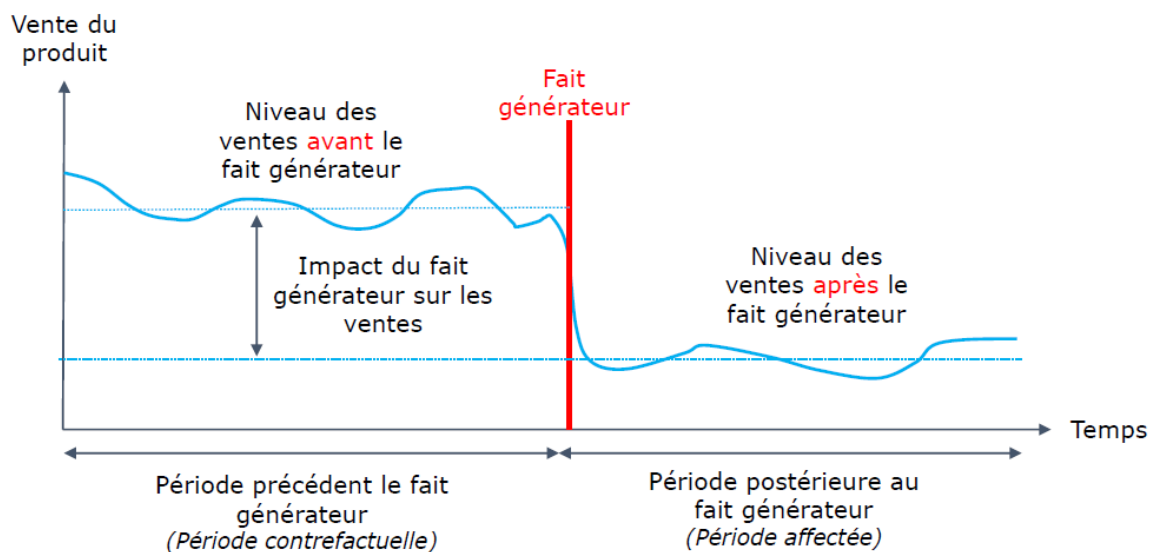
- la méthode des simples différences, qui consiste à comparer la situation avant et après la survenue du fait générateur ou la situation sur le marché affecté avec la situation sur un marché comparable,
- la méthode des doubles différences, qui combine la dimension temporelle avec la comparaison avec un autre marché non affecté par le fait dommageable.

a) Comparaisons dans le temps : simples différences sur le même marché

La « situation contrefactuelle » est constituée par l'observation du marché affecté par l'infraction mais sur une période caractérisée par l'absence d'infraction (par exemple avant le fait générateur ou après la cessation de ses effets). On cherche à comparer les variables susceptibles d'avoir été impactées par l'infraction (les prix, les parts de marché, les marges, etc.) sur la base de ce qui est observé durant la période de l'infraction et ce qui est observé en dehors de la période d'infraction (avant et/ou après).

Le principe général de cette approche est résumé par le graphique suivant :

Illustration de l'approche des simples différences
(comparaison des ventes avant et après le fait générateur)



i. Comparaison des moyennes dans le temps

La façon simple d'effectuer une comparaison est de calculer des valeurs moyennes durant la période d'infraction et de les comparer avec les valeurs moyennes observées en dehors de la période d'infraction. On peut ainsi comparer les prix moyens, les marges ou encore les parts de marché pendant l'infraction et en dehors de la période d'infraction.

Force de cette analyse : si aucun autre facteur n'explique l'écart des moyennes observées, cette approche présente l'intérêt d'être très simple à mettre en œuvre car elle ne nécessite pas beaucoup de données et repose sur des calculs simples à vérifier et à reproduire.

Faiblesse de cette analyse : les prix (ou marges, parts de marché, etc.) observés ont pu être impactés par d'autres facteurs complètement indépendants du fait générateur (comme par exemple des variations de certains coûts de production). Dans ce cas, la comparaison des valeurs moyennes ne permet pas de séparer l'effet attribuable au fait dommageable des effets attribuables à d'autres facteurs. Notons que le risque est tout autant de surestimer que de sous-estimer le préjudice.

ii. Comparaison économétrique dans le temps

Dès lors que plusieurs variables ont pu influencer les prix (ou les marges, les parts de marché, etc.), on cherche à en tenir compte dans la comparaison afin de faire la distinction entre ce qui relève du fait générateur et ce qui n'en relève pas. Pour être en mesure de tenir compte de plusieurs variables, il est souhaitable d'utiliser un modèle économétrique pour déterminer la situation contrefactuelle.

Un modèle économétrique est un ensemble d'équations mathématiques spécifiant des relations entre une variable que l'on cherche à expliquer (par exemple le prix d'un bien, la marge d'une activité ou la part de marché d'une entreprise) et des variables dites explicatives qui sont autant de paramètres dont on estime qu'ils influencent la variable que l'on cherche à expliquer. Les variables explicatives usuellement testées sont notamment les coûts de production, les catégories de produits, la saisonnalité de la demande, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, etc.

Le modèle économétrique est ensuite estimé sur les données réelles observées, ce qui permet de déterminer de façon statistique, la manière dont chacune des variables influence le niveau des prix. On est alors en mesure de déterminer quelle a été l'influence spécifiquement attribuable au fait générateur en isolant des influences des autres paramètres.

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. Elle repose sur une solide littérature académique et un haut degré de certitude (un résultat n'est retenu par les statisticiens que s'il est établi avec une certitude supérieure à 90 %, 95, voire 99 %). Elle est parfaitement vérifiable et reproductible dès lors que les données et les équations utilisées sont fournies.

Faiblesses de cette analyse : elle nécessite des données en quantité suffisante, 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...). Elle exige des compétences pointues afin d'être en mesure d'identifier les bonnes spécifications du modèle et de mener les tests statistiques permettant de s'assurer de la robustesse des résultats obtenus. Elle nécessite de mobiliser des logiciels spécialisés tels que STATA, la manipulation des bases de données, les estimations des modèles et les calculs ne pouvant généralement pas être menés sous Excel, ni *a fortiori* à la calculatrice.

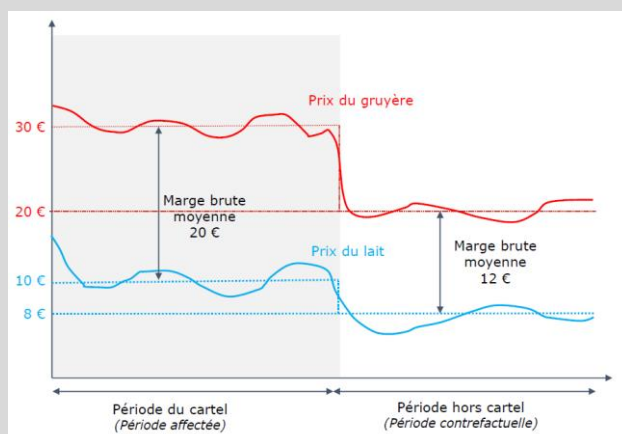
L'intérêt des comparaisons dans le temps est qu'elles portent sur le marché précisément concerné par le fait générateur, ce qui est de nature à assurer une meilleure comparabilité. Les comparaisons dans le temps peuvent toutefois être biaisées si des changements structurels se sont produits au cours de temps (par exemple, une réforme législative telle que la LME qui a modifié la structure des marges et le niveau des prix facturés, l'entrée d'un nouveau concurrent, etc.).

Comparaison dans le temps

Exemple 1 – pratique anticoncurrentielle - cartel entre fabricants de gruyère

Si durant le cartel, les prix du gruyère sont en moyenne de 30 € / kg alors qu'ils ne sont que de 20 € / kg durant la période qui a précédé ou suivi le cartel, on peut en déduire que le surprix causé par le cartel est de 10 € / kg. La justesse de cette conclusion est cependant conditionnée au fait qu'aucun autre facteur n'ait influencé significativement les prix.

Si on identifie un facteur principal ayant impacté le prix du gruyère (par exemple le prix du lait), il est possible de comparer des moyennes ajustées. Par exemple, au lieu de comparer les prix du gruyère, on peut comparer la marge brute réalisée par rapport au prix du lait : si le coût du lait était de 10 € / kg de gruyère produit pendant le cartel et qu'il n'était plus que de 8 € / kg durant la période qui a précédé ou suivi le cartel, on peut en déduire que la marge brute était de 20 € / kg pendant le cartel et de 12 € / kg durant la période contrefactuelle. On peut en déduire que le surprix causé par le cartel est de 8 € / kg.



Dès lors que l'on identifie plusieurs paramètres ayant impacté le prix du gruyère, tels que par exemple plusieurs facteurs de coûts (prix du lait, coût des emballages, etc.), des évolutions des catégories de produits vendues (gruyère râpé, gruyère en dose individuelle, etc.), des impacts saisonniers au niveau de la consommation, etc., les ajustements peuvent être effectués à partir de la construction d'un modèle économétrique cherchant à expliquer les prix à partir des différentes variables. On est ainsi en mesure d'isoler l'effet spécifique du cartel en le distinguant des effets des autres variables et de déterminer le surprix causé par le cartel « *toutes choses égales par ailleurs* ».

Comparaison dans le temps

Exemple 2 – concurrence déloyale : ouverture illégale d'un magasin le dimanche

Pour mesurer l'impact d'une ouverture illégale d'un magasin le dimanche sur les ventes d'un magasin concurrent, on peut commencer par comparer le chiffre d'affaires généré par le magasin avant l'ouverture illégale le dimanche avec celui qui est généré pendant la période d'ouverture illégale. L'écart moyen observé pourra correspondre à l'impact de l'ouverture illégale le dimanche si aucun autre facteur n'a significativement impacté les ventes observées.

Si on identifie plusieurs facteurs susceptibles d'avoir impacté le chiffre d'affaires du magasin victime de la concurrence déloyale (par exemple l'ouverture d'un magasin concurrent, des impacts saisonniers au niveau de la consommation etc.), la construction d'un modèle économétrique peut permettre d'isoler l'effet spécifiquement imputable au comportement déloyal et de le distinguer d'autres variables ayant influencé le niveau des ventes.

b) Comparaisons entre produits ou entre zones géographiques : simples différences entre différents marchés

Dans certaines situations, il peut ne pas être pertinent d'effectuer des comparaisons dans le temps. C'est par exemple le cas lorsque le fait générateur a eu comme conséquence d'évincer ou de marginaliser un nouvel entrant : la période avant le fait dommageable ne peut être observée puisque le nouvel entrant n'était pas encore présent sur le marché, tandis que la période qui suit la cessation des effets du fait générateur peut avoir été irrémédiablement affectée par celui-ci.

Pour contourner ces difficultés, on peut recourir à d'autres comparaisons pour construire la situation contrefactuelle : on peut observer un autre marché qui n'aurait pas été impacté par le fait générateur tout en étant suffisamment proche du marché impacté par le fait générateur. On peut aussi observer le même marché de produit mais dans une autre zone géographique qui n'aurait pas été concernée par le fait générateur. 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 ».

Tout comme pour les comparaisons dans le temps, il est possible d'effectuer des comparaisons de moyennes. Par exemple, on peut comparer le prix moyen du gruyère et le prix moyen de l'emmental, ou le prix moyen du gruyère en France et le prix moyen du gruyère en Belgique. Ce type d'approche a été discuté dans le cadre de l'évaluation du préjudice résultant de la fidélisation abusive dans le secteur de la téléphonie mobile : la part de marché de l'opérateur victime des pratiques abusives a été comparée à la moyenne des parts de marché d'opérateurs présents sur d'autres marchés géographiques non affectés par les pratiques (Cour d'appel de Paris, Arrêt du 10 mai 2017, n°15/05918).

Le groupe de produits servant de contrefactuel doit être choisi aussi similaire que possible au groupe affecté, 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. Si le groupe de contrôle est mal choisi, on attribue au fait générateur des effets qui ne lui sont pas dus. Par exemple, le marché B peut être lui aussi, en réalité, affecté par le fait générateur : 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 du fait générateur.

En fonction des données disponibles, on peut également recourir à des modèles économétriques pour déterminer quelle a été l'influence spécifiquement attribuable à l'infraction en isolant des influences des autres paramètres.

Comparaison entre produits

Exemple 3 – concurrence déloyale : dénigrement d'un médicament générique

Suite à un acte de concurrence déloyale ayant pris la forme d'un dénigrement à l'encontre d'un médicament générique, on cherche à quantifier son impact sur les ventes du médicament générique. On ne peut pas recourir à des comparaisons dans le temps car le marché était auparavant protégé par un brevet et le marché après la cession du dénigrement reste affecté par cette infraction.

Une première approche consiste à reconstituer la courbe contrefactuelle de pénétration d'un médicament générique par comparaison avec ce qui est observé pour les autres médicaments génériques. Si on observe qu'en moyenne un médicament générique conquiert 20 % du marché au bout d'un an et que le médicament victime de dénigrement n'a conquis que 10 % du marché, on pourrait en déduire que le dénigrement a causé une perte de 10 % du marché. Cette conclusion n'est exacte que si aucun autre facteur exogène au dénigrement n'impacte la pénétration du médicament générique concerné.

Or il peut exister plusieurs facteurs influençant la pénétration d'un médicament générique : le type de médicament concerné, le nombre de concurrents présents sur le marché, le risque d'effets secondaires du médicament concerné et leur criticité, etc. Tous ces facteurs peuvent remettre en cause la pertinence d'une comparaison à la moyenne tous médicaments confondus.

Une première façon de résoudre cette difficulté peut être de constituer un sous-échantillon de médicaments dont on arriverait à démontrer qu'il constitue un groupe suffisamment homogène et proche du médicament victime du dénigrement. Au lieu de calculer une moyenne sur tous les médicaments, on calcule une moyenne sur le sous-échantillon. Une approche de ce type a par exemple été retenue par la Cour d'appel de Paris (Arrêt du 31 janvier 2014, 12/0548).

Une autre approche peut consister en la construction d'un modèle économétrique cherchant à expliquer la progression du taux de pénétration des médicaments génériques et tenant compte de variables pertinentes. 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 le taux de pénétration d'un médicament générique. Le taux de pénétration du médicament affecté par le dénigrement 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 des génériques sur le marché.

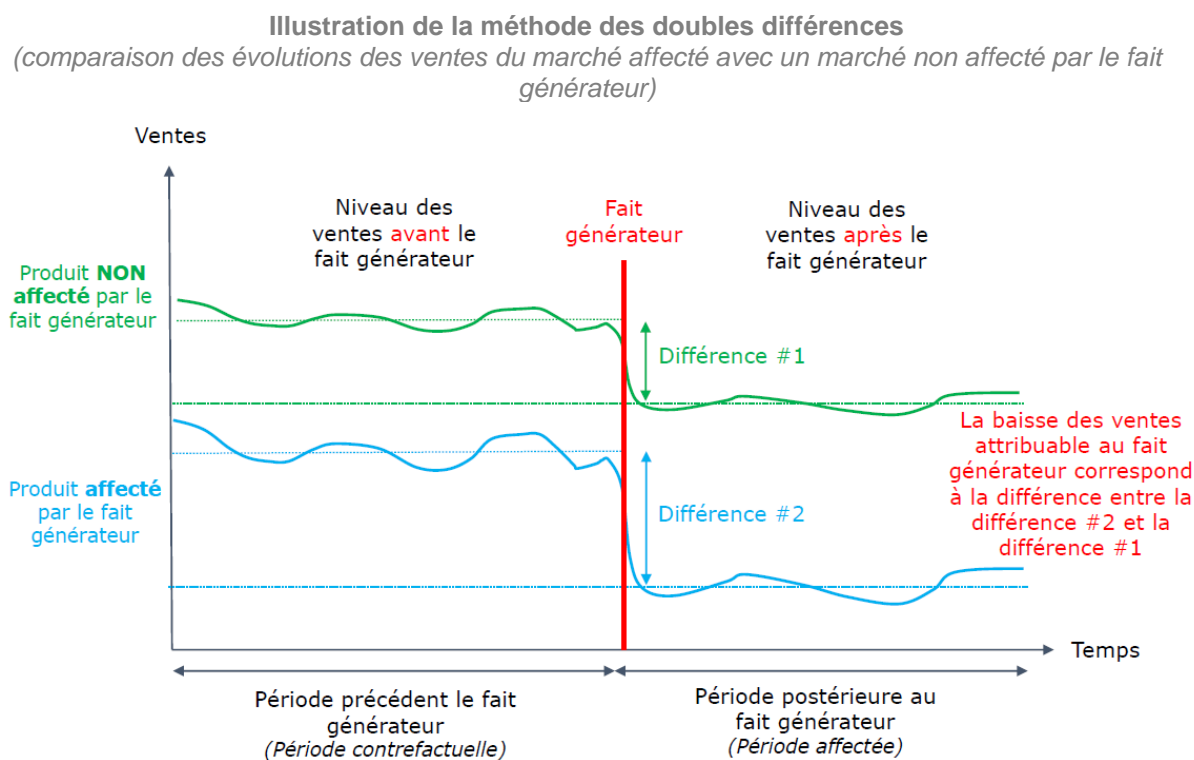
On « explique » par exemple le taux de pénétration d'un médicament générique (variable expliquée) à une date donnée par des variables (les « variables explicatives ») comme le volume du princeps, son prix, le nombre de génériqueurs présents, le nombre de mois écoulés depuis le début de la générfication 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 pénétration » en temps normal. C'est la compréhension économique du marché qui permet de déterminer la structure du modèle et les variables explicatives qu'il est pertinent d'inclure.

c) Combinaison des comparaisons dans le temps et des comparaisons entre produits ou entre zones géographiques : méthode des doubles différences

La méthode des doubles différences revient à combiner une comparaison dans le temps (qui correspond à la première différence) et une comparaison avec un autre marché non affecté par les pratiques (qui correspond à la deuxième différence). L'intérêt de cette approche est qu'elle permet de tenir compte de l'impact de changements structurels sur le marché affecté par le fait générateur et d'isoler l'effet spécifiquement imputable au fait générateur.

Pour cela, il est nécessaire que la deuxième différence soit mise en œuvre avec un marché suffisamment proche et similaire au marché affecté, mais dont on pense qu'il n'a pas été affecté par le fait générateur.

Le principe général de cette approche est résumé par le graphique suivant :



Si on avait évalué l'impact du fait générateur à partir d'une comparaison simple dans le temps, on aurait conclu qu'il correspond à la différence #2 (i.e. la baisse des ventes du produit affecté après le fait générateur, courbe bleue). Mais en examinant l'évolution des ventes d'un produit qui n'a pas été affecté par le fait générateur (courbe verte), on constate une baisse de ces ventes (différence #1) qui n'est pas imputable au fait générateur et a été causée par un phénomène exogène au fait générateur. Si on a de bonnes raisons de penser que ce phénomène exogène a également impacté le produit affecté, cela signifie que la baisse des ventes du produit affecté après le fait générateur (différence #2) provient pour partie du fait générateur et pour partie du phénomène exogène. Pour déterminer l'impact spécifique du fait générateur, il faut donc déduire la différence #1 de la différence #2.

La méthode des doubles différences est généralement mise en œuvre à partir d'un modèle économétrique.

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 du fait générateur. C'est ainsi une véritable causalité entre le fait générateur et le dommage qui peut être mise en évidence quantitativement.

Faiblesse de cette analyse : cette méthode est exigeante en données puisqu'elle nécessite des données temporelles, non seulement sur le marché affecté, mais également sur un marché non affecté par le fait générateur. Si le groupe de contrôle est mal choisi, l'effet mesuré n'est pas pertinent.

Comparaison en doubles différences

Exemple 4 – pratique anticoncurrentielle - cartel entre fabricants de gruyère

Supposons que la fin du cartel coïncide avec la date d'application de la LME qui a eu un impact significatif sur les prix facturés par l'effet de réintégration des marges arrière. Une comparaison dans le temps (de type avant / après) ne permettra pas de faire la distinction entre l'effet du cartel sur les prix et l'effet de l'application de la LME.

Pour mesurer cet effet, on peut raisonner en doubles différences en examinant par exemple quel a été l'impact de la LME sur l'évolution des prix facturés sur un autre marché, par exemple celui du camembert.

Si à partir d'un modèle économétrique, on établit que, toutes choses égales par ailleurs, la période postérieure au cartel se traduit par une baisse du prix de 10 % du prix du gruyère et que, par comparaison au marché du camembert, l'impact de la LME est une baisse moyenne de 6 %, on pourra en déduire que l'impact spécifique du cartel peut être estimée à 4 % du prix du gruyère.

2. Autres méthodes économiques d'évaluation du préjudice

Lorsqu'il n'existe pas de données permettant de mettre en œuvre les méthodes par comparaison, ce qui arrive notamment lorsqu'on ne peut observer de période non affectée par le fait générateur (par exemple quand l'entreprise affectée est un nouvel entrant sur un marché nouveau) ou encore lorsque le marché est difficilement comparable directement ou économétriquement à un autre marché, d'autres méthodes peuvent être mobilisées pour construire le scénario contrefactuel.

Une méthode consiste à modéliser les effets du fait générateur en décomposant ses effets sur le marché et sur l'entreprise victime de l'infraction.

Il s'agit de développer un cadre cohérent d'analyse permettant de bien raisonner sur les différents effets. Sur le marché, on peut se poser des questions telles que : est-ce que le marché se serait développé plus vite en l'absence du fait générateur ? Est-ce qu'un nouveau modèle aurait émergé ? Est-ce que la structure du marché aurait été différente ? Les réponses à ces questions permettent de définir le marché contrefactuel, dans lequel on peut ensuite raisonner pour définir les effets du fait générateur sur l'entreprise victime

en se posant des questions du type : quelle aurait été la part de marché de l'entreprise dans le marché contrefactuel ? Comment l'entreprise aurait-elle réussi à valoriser son produit dans le marché contrefactuel ?

Cette approche par modélisation nécessite, une fois le scénario contrefactuel bien identifié, de paramétrer les hypothèses du modèle. Afin de retenir des paramètres adaptés, à la fois dans la modélisation de la situation observée et de la situation contrefactuelle, on peut se référer à des données sur le marché concerné ou des marchés similaires disponibles notamment dans des articles de recherche, des études de marché et des articles de presse et les données propres à l'entreprise victime (revenus, coûts, business plans, etc.).

Le paramétrage du modèle peut également s'appuyer sur les enseignements des modèles économiques qui décrivent le comportement des entreprises sur les marchés en fonction des caractéristiques de ces marchés et des comportements des consommateurs. A titre d'exemple, les prix sont, selon les modèles économiques, à leur plus haut niveau dans une situation de monopole, alors qu'ils sont beaucoup plus faibles dans une situation proche de la concurrence parfaite. La littérature économique fournit de nombreux modèles de concurrence (oligopole à la Cournot, à la Bertrand, concurrence monopolistique, etc.) qui permettent de rendre compte du fonctionnement concurrentiel des marchés et permettent de quantifier l'impact sur les prix de modifications telles que l'entrée d'un nouveau concurrent.

L'analyse du marché, notamment le degré de concurrence sur le marché, les barrières à l'entrée, le degré de différenciation entre les produits ou encore les asymétries entre les entreprises (en termes de coûts, etc.) fournit une indication de la situation qui aurait prévalu en l'absence d'infraction. Le comportement des consommateurs, modélisé en économie notamment par la fonction de demande qui décrit la sensibilité des clients aux variations de prix, permet également de paramétrer les différents effets découlant d'un fait générateur.

Force de cette analyse : la méthode par modélisation permet de donner un cadre cohérent et explicite dans les situations où on ne peut pas utiliser la méthode par comparaison.

Faiblesse de cette analyse : elle nécessite généralement de formuler un grand nombre d'hypothèses pour paramétrer le modèle. Ces hypothèses doivent être, dans la mesure du possible, justifiées sur la base d'éléments factuels et de données du marché.

Modélisation du scénario contrefactuel

Exemple 5 – pratique d'éviction à l'encontre d'une entreprise innovante sur un nouveau marché

Lorsqu'une entreprise innovante est évincée par des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un opérateur en place, il n'est souvent pas possible d'identifier des comparables permettant de déterminer la situation contrefactuelle. On peut alors recourir à la modélisation pour déterminer quelle aurait été la courbe de progression de l'activité du nouvel entrant en l'absence du fait générateur.

Pour cela, on commence par dimensionner le marché dont il est question et déterminer la demande qui aurait pu être adressée par l'entreprise évincée : quelles sont les ventes réalisées avant le fait générateur par les opérateurs en place ? A qui allait s'adresser l'offre innovante proposée par le nouvel entrant ? Quelle part de la demande était susceptible d'adopter l'offre innovante ? A quelle vitesse d'adoption ? L'offre du nouvel entrant était-elle susceptible d'accroître le marché ou se serait-elle essentiellement traduite par la cannibalisation des ventes historiques ?

Cela nécessite de fixer des paramètres que l'on peut justifier par comparaison à des situations observées dans d'autres contextes. Par exemple la vitesse d'adoption du billet électronique pour les billets de train peut constituer un point de comparaison pertinent pour déterminer quelle aurait été la vitesse d'adoption d'un billet électronique dans un autre secteur.

Ce type d'approches a notamment été mobilisé dans un jugement du tribunal de commerce de Paris (15^{ième} chambres, jugement du 1^{er} février 2016).

version avril 2020