

CONCURRENCE

Quelle méthode d'évaluation des préjudices pour l'indemnisation des pratiques de cartel

En transposant dans le droit français la directive européenne du 26 novembre 2014, l'ordonnance du 9 mars 2017 a réformé un droit de la concurrence historiquement tourné vers la sanction des atteintes à la concurrence en tant que liberté collective, et ouvert le champ à la réparation des préjudices subis à titre individuel, grâce notamment à l'aménagement des règles de charges de la preuve. De même, la Commission européenne a publié en 2016 une note technique détaillée sur la valorisation de la répercussion des surcoûts, à l'attention des juges et des praticiens, laquelle présente, entre autres, une approche générale des dommages entraînés par des pratiques anticoncurrentielles.



Par Christophe Lambert, associé, FINEXSI

Dès lors, l'évaluation des préjudices résultant des pratiques de cartel repose sur une approche rigoureuse et pragmatique, fondée sur une connaissance pointue du secteur concerné et supportée par des compétences pluridisciplinaires pour évaluer les préjudices résultant de pratiques de cartel.

Comprendre le périmètre d'impact du cartel pour réaliser une évaluation pertinente du préjudice

En amont de l'estimation du préjudice, il est indispensable de déterminer le périmètre d'impact des pratiques de cartel (contexte, nature et sensibilité aux pratiques) en distinguant leurs impacts directs et indirects.

Les impacts directs sont les éléments qui affectent le niveau de marge de la victime, à savoir le surcoût d'approvisionnement non répercuté sur la période de préjudice (éventuellement augmenté d'un effet d'inertie). Les impacts indirects rassemblent tous les autres éléments, et notamment, I) la diminution en volume des ventes par suite de la répercussion d'un surcoût ; II) les pertes de chance consécutives à des effets d'éviction ou à l'abandon d'un projet ; III) les effets d'ombrelle (alignement par le haut des prix par les non-cartellistes).

Si le cadre méthodologique proposé par la Commission européenne constitue un point de départ intéressant pour délimiter l'étendue des pratiques de cartel, il est toutefois non exhaustif, puisqu'il se limite à la notion de surcoût et de gains manqués sans intégrer la notion de perte de chance. Le dommage serait ainsi à évaluer par référence à : (i) la perte subie au titre du surcoût d'approvisionnement, (ii) net des répercussions, et (iii) le gain manqué au titre des pertes sur ventes consécutives

à une éventuelle répercussion.

L'analyse critique, et éventuellement la modification, de ce périmètre est donc indispensable pour envisager la réparation des préjudices liés à des pratiques de cartel selon une approche économique et financière.

Sur le plan conceptuel, le passage du périmètre de pratiques sanctionnées au périmètre d'impact des pratiques peut s'appréhender, pour l'essentiel, à travers l'analyse de deux effets complémentaires : l'effet d'inertie des pratiques, de nature temporelle, et l'effet d'ombrelle, de nature spatiale.

A ces effets amplificateurs du dommage direct subi, il convient d'ajouter les éventuels dommages indirects relevant de la perte de chance. Ces préjudices sont très variables, pouvant représenter l'essentiel du dommage (prix d'évictions) comme un subside (abandon de projet par suite d'une cartellisation du marché de son principal composant).

Dans cet exercice, une bonne connaissance du marché et du potentiel de performance de la société victime est donc indispensable, complétée d'une approche financière robuste. L'analyse financière comme approche corroborative des modélisations économétriques permet ainsi de valider la cohérence des résultats, et délivre une première indication sur la nature du cartel, ainsi que sur l'importance des différentes séquences et effets afférents.

Quelles approches et quels outils pour évaluer les préjudices résultant de pratiques de cartel

Une fois ce travail de détermination du périmètre effectué, il est nécessaire d'avoir à disposition toutes les clefs de compréhension nécessaires au choix de l'approche et des outils de valorisation les plus pertinents : à savoir la robustesse des données

financières disponibles, l'aire d'effet des pratiques considérées, les informations marché nécessaires à l'élaboration d'un contrefactuel fiable et la stratégie judiciaire de l'initiateur.

Concernant l'approche générale de l'évaluation, le guide de la Commission européenne distingue les approches séquentielle (évaluation distincte des surcoûts subis, des répercussions, et des ventes perdues) et holistique (évaluation simultanée de ces éléments). Compte tenu de la volumétrie des données nécessaires, l'approche holistique s'effectue généralement sur la base de paradigmes économiques. L'approche séquentielle, quant à elle, permet de recourir à des outils plus variés, tirant davantage vers la statistique ou l'économétrie selon les données disponibles et les séquences étudiées, tout en mettant à contribution l'analyse économique.

Les points d'attention

Dès lors, il convient de se baser le plus rigoureusement possible sur les données financières historiques de la société lors de l'estimation du surcoût d'approvisionnement, afin d'ancrer l'ensemble des analyses économétriques et des raisonnements économiques. L'ordonnance du 9 mars 2017 renforce d'ailleurs cette exigence puisque, fort de la présomption de non-répercussion, il est désormais possible de soumettre uniquement une évaluation de cette première séquence à une juridiction. Dans cette optique stratégique, il peut être particulièrement intéressant de concentrer l'essentiel de ses forces sur cette première séquence, et de mener une estimation interne des surcoûts à l'aide d'une régression linéaire multiple fondée sur des agrégats de marché (cours des matières premières utilisés, coût de la main-d'œuvre du secteur...) par exemple. Une telle approche permet d'éviter deux écueils : l'impasse totale sur l'estimation des répercussions, et la vampirisation de l'évaluation par la volumétrie des données. Rappelons d'ailleurs, que la présomption peut être renversée par la partie défenderesse qui, depuis l'ordonnance du 9 mars 2017, peut faire produire les données nécessaires à sa démonstration. Il est donc périlleux de lancer une action sans tenir compte d'éventuelles répercussions qui pourraient amputer la réparation escomptable de manière suffisamment importante pour dissuader d'agir en justice. A l'inverse, l'analyse statistique détaillée des répercussions doit être maniée avec prudence car elle implique un travail supplémentaire de collecte et de traitement des données important et parfois très fastidieux, bien que facilité par le développement des outils de big data.

Il est également important de ne pas ignorer les limites de l'exploitation des données empiriques et de vérifier les résultats par des approches alternatives : exhaustivité et homogénéité des données dans le cas de la constitution d'un indice synthétique, représentativité des données dans le cas d'un raisonnement par inférence, comparabilité des données dans le cas d'un raisonnement par double différence... Or, de fait, les données empiriques sont rarement exhaustives car l'information nécessaire est généralement fragmentée, et éventuellement ancienne. La représentativité des échantillons disponibles doit être questionnée au regard de l'hétérogénéité des impacts du cartel selon les gammes ou les produits touchés (demande clients en aval, sensibilité et réaction des concurrents au niveau produit). La comparabilité, quant à elle, doit être utilisée avec précaution en fonction des spécificités du marché et des effets exogènes qui peuvent avoir eu un impact sur les périodes considérées (économique, changement du cadre légal, innovation de rupture...). Par ailleurs, l'approche classique de comparaison par double différence (prix faibles avant, élevés pendant et faibles après) est très souvent limitée en cas de cartels défensifs visant au maintien d'une situation de domination préexistante (formation d'un cartel pour ériger une barrière à l'entrée sur le marché ou pour contrer des mesures légales visant à la diminution des prix sur un marché).

Enfin, l'élaboration d'un scénario contrefactuel présuppose l'élaboration d'un marché contrefactuel, et implique donc une certaine prise de recul sur les données factuelles de l'entreprise, au profit d'une approche plus macroéconomique. Passé un certain stade, l'inflation des données empiriques devient ainsi plus chronophage qu'utile.

En conclusion...

La transposition des directives européennes en droit français constitue indiscutablement une opportunité pour les victimes de pratiques de cartel, qui étaient jusqu'alors les grandes oubliées du droit de la concurrence tandis que les sanctions adressées par les autorités de concurrence représentent des milliards d'euros.

Cependant, si l'ordonnance du 9 mars 2017 et la Commission européenne propose des orientations méthodologiques précises, l'évaluation des préjudices économiques résultant de pratiques de cartel demeure une matière particulièrement complexe, laquelle ne peut s'appréhender qu'à partir d'une analyse de données empiriques maîtrisées et à l'appui de compétences pluridisciplinaires. ■