



L'évaluation des dommages induits par les pratiques anti-concurrentielles :

Approche économique



Laurent BENZONI*

Professeur de Sciences économiques
Université Panthéon-Assas (Paris2)
Président TERA Consultants

Benzoni@tera.fr

Tél. 01 55 04 87 10

TERA Consultants

39, rue d'Aboukir

75002 PARIS

Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10

Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €

RCS Paris B 394 948 731

8 Juin 2015

L'infraction peut être « rentable » : le cas du cartel des vitamines



Etude de cas approfondie menée par J. M. Connor sur le cartel mondial des vitamines sur la base des décisions très fouillées prises par les différentes autorités de concurrence dans le monde (J. M. Connor, 2006, The Great Global Vitamin Conspiracy : Sanction and Deterrence).

- 1- Evaluation des seuls surprofits perçus par les membres du cartel par les Autorités de concurrence (surprix pratiqués et quantités vendues)
- 2- Calcul de la punition → amendes + versements des dommages connus (décision de justice) et estimés (transactions)
- 3- Ratio : Suprofit/Punition : si ratio inférieur à 100% punition inopérante

	Punition en % du surprofit
Etats-Unis	86%
Europe	15,4%
Reste du Monde	0,5%
Total	33,7%

Conclusion de l'étude:

« **Recidivism is inevitable: cartellization is a crim that pays.**»

L'Europe se distingue moins par la faiblesse de la sanction que par la faiblesse de la réparation...



Type of Sanction	Known	Estimated	Total
<i>Percent of 2005 U.S. dollars ^a</i>			
Government fines:			
United States	24.8	0	24.8
Canada	30.5	0	30.5
European Union	15.4	0	15.4
Rest of the world	0.5	0	0.5
Total fines	14.0	0	14.0
Direct buyers:			
United States	11.9	38-49	51.9
Canada	35.7	0	35.7
European Union	0	0	0
Rest of the world	0	0.1-0.2	0.1
Total Direct purchasers	3.1	13-16	14.7
Indirect buyers:			
United States	7.8	1.3-1.8	9.4
Canada	7.8	0	7.8
Rest of the world	0	0	0
Total indirect purchasers	1.7	0.4-0.4	2.0

Des sanctions pas trop éloignées

Effet du «pass on defense» ?

Importance des transactions

J. M. Connor, 2006, The Great Global Vitamin Conspiracy : Sanction and Deterrence.

La réparation est une composante essentielle de la politique de la concurrence

- 
- **Logique de dissuasion** : il faut réparer pleinement le dommage pour rendre les infractions «non rentables» ce qui implique :
 - *évolution du cadre juridique pour **permettre la réparation**,*
 - *de nouveaux « outils » pour **calculer la réparation**.*

Principes généraux de calcul des dommages établis par l'UE



- « Guide concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages... » de la Commission européenne :
 - « La réparation du préjudice subi a pour objectif de **placer la partie lésée dans la situation où elle se serait retrouvée si l'infraction** à l'article 101 ou 102 du TFUE n'avait pas été commise ».
 - « Cette situation hypothétique ne peut toutefois pas être observée et il est donc nécessaire de procéder à des estimations pour construire un scénario de référence avec lequel la situation réelle peut être comparée. On appelle ce **scénario de référence (...) le scénario contrefactuel** »
- Le guide fournit des indications détaillées pour appliquer ces principes :
 1. méthodes utilisables pour établir le scénario contrefactuel,
 2. indications pour choisir une méthode plutôt qu'une autre,
 3. méthode de calcul des dommages à partir du scénario contrefactuel.

Principes généraux de calcul des dommages en France

➤ Article 1382 du code civil, créé par Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804:

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer."

➤ Le montant total du dommages est constitué de la somme :

1. de la perte subie du fait du préjudice (**damnum emergens**)
2. du gain manqué (**lucrum cessans**) lié au préjudice,
3. des pertes et gains constatables ou objectivement et raisonnablement anticipables (passés et futurs).
4. il intègre les **intérêts** : décalage entre la période des pratiques en cause et la date de leur arrêt, entre la date de l'arrêt de la pratique et la date du jugement.

Evaluation du dommage : une démarche en trois étapes

Identification du champ de l'analyse du dommage

- Quelle(s) pratique(s) en cause ?
- Quelle(s) sont la(es) victimes ? Question du pass-on ?
- Quel type de dommage (augmentation des prix d'achat, perte de part de marché,...) ?
- Quel(s) sont le(s) marché(s) concernés ?
- Quelle période de temps en cause ?

Construction du scénario contre-factuel

- Choix d'une méthode, préférablement d'une combinaison de méthodes, pour établir le scénario contrefactuel
 1. *Méthode de comparaison*
 2. *Méthode financière*
 3. *Méthode de modélisation*
- Collecte des données et calibrage du(es) modèle(s) choisi(s)

Quantification des dommages

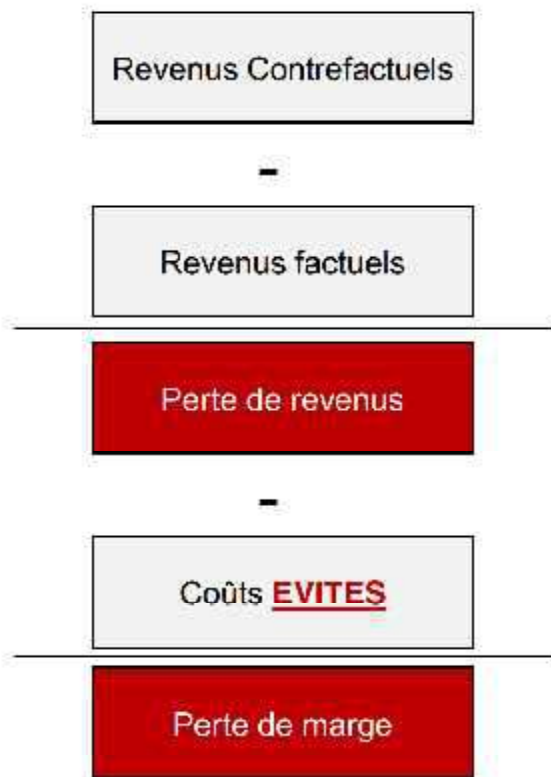
- Mise au point d'un modèle financier pour la victime du dommage (entreprise)
- Calcul du dommage pour les différentes années concernées
- Choix de taux d'intérêt (actualisation et capitalisation)



Deux grands types de pratiques : les prix supra-concurrentiels et les pratiques d'éviction

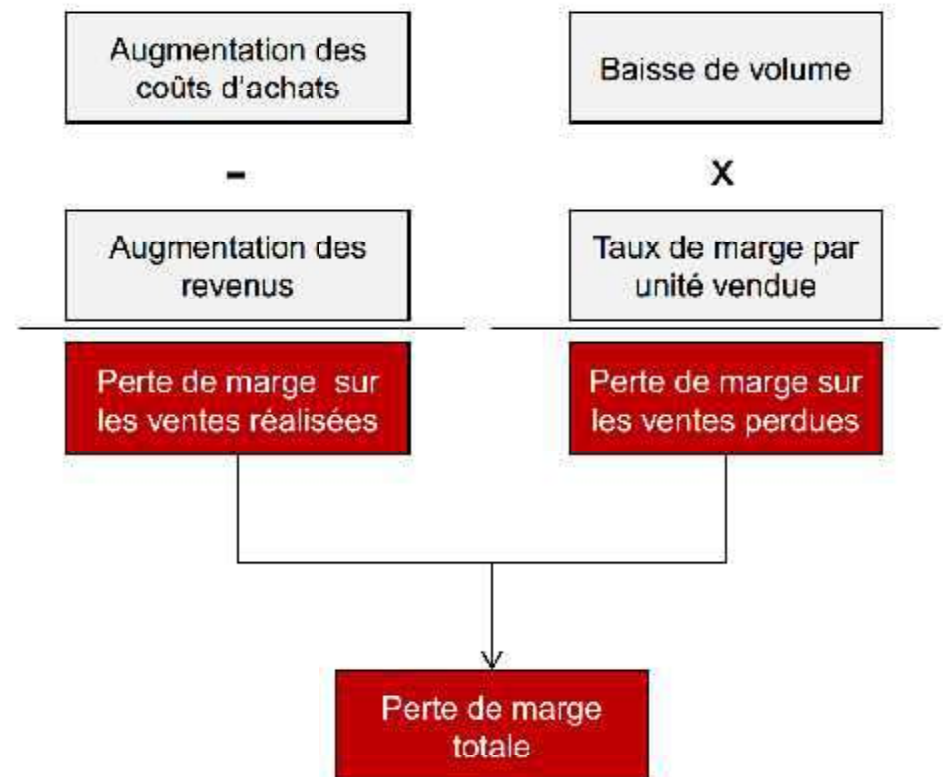
Principes d'évaluation des dommages

Pratiques d'éviction



Exemple: dommage subi par une entreprise à cause d'une pratique de prédation en prix

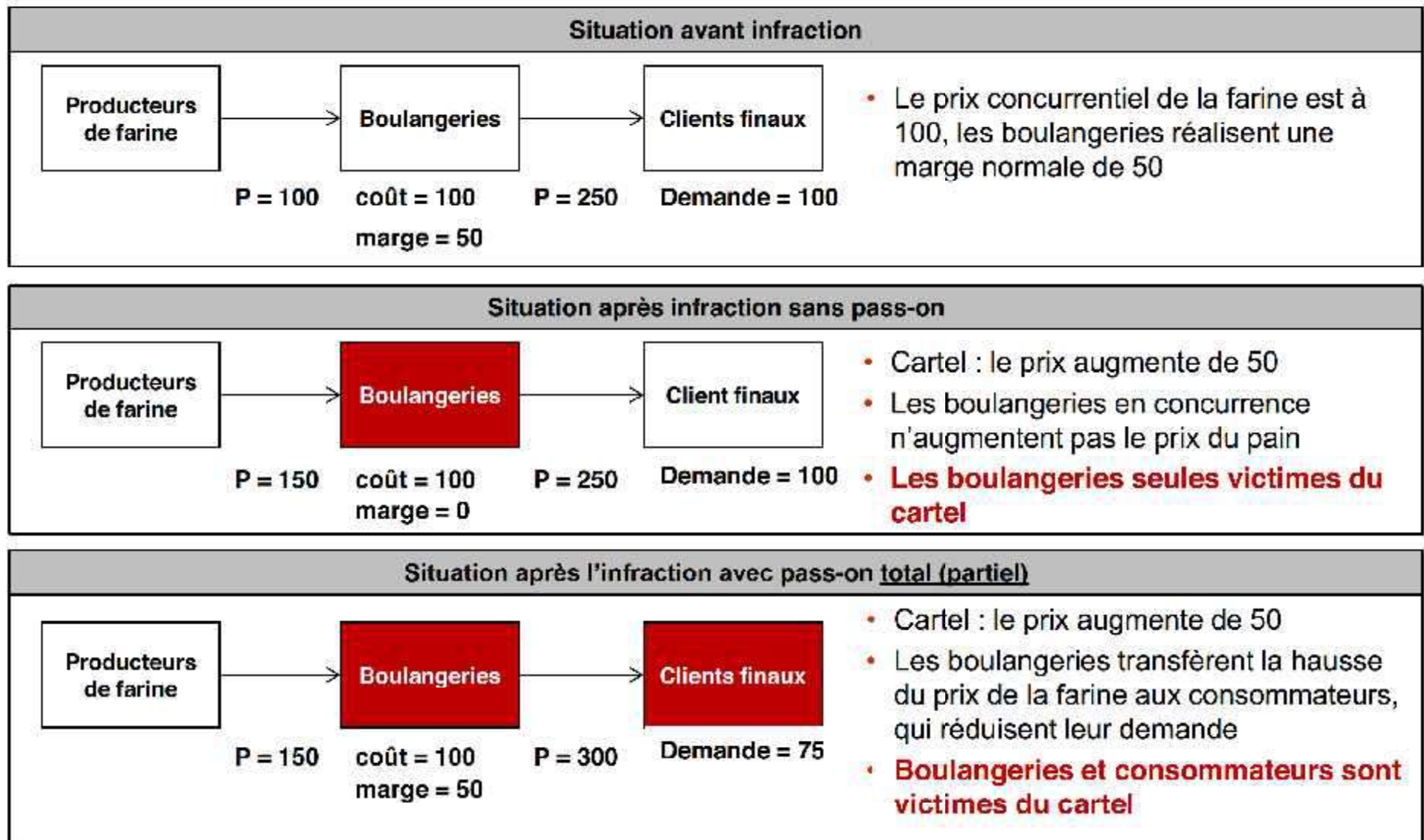
Prix supra-concurrentiel



Exemple: dommage subi par une entreprise qui achetait des biens à des fournisseurs cartellisés



En cas de «pass on», l'identification des victimes et l'évaluation du dommage se complexifie...





La possibilité de répercuter une augmentation de prix (« pass on ») complique l'identification des victimes (2/2)

Impact

Calcul du dommage subi par l'acheteur du bien intermédiaire

Description

- Le calcul du montant du dommage subi par un acheteur de bien intermédiaire ne peut pas se limiter au calcul du surcoût d'achat, mais doit également prendre en compte l'effet sur le chiffre d'affaires:
 - Augmentation du prix de vente
 - Impact sur le volume vendu
- En cas de répercussion de l'augmentation du prix d'achat, le client final est lui-même victime d'un préjudice pour lequel il peut demander une réparation.

Possibilité pour le client final d'intenter une action en dommage



Construction du scénario contrefactuel : objectif et méthodes

Objectifs du contre-factuel

- Construire un scénario hypothétique de « l'état du monde » si l'infraction n'avait pas été réalisée, cohérent avec la situation avant infraction et qui peut s'étendre sur l'avenir, l'infraction emportant des effets même si la pratique a cessé
- Le scénario hypothétique ne pouvant pas être exhaustif, il doit se concentrer sur les paramètres clefs qui permettent de quantifier le dommage :
 - Prix,
 - Part de marchés des acteurs
 - Qualité des produits
 - Ruptures d'approvisionnement
 - ...

Trois familles de méthodes recommandées par l'UE

Comparaisons

- Construction du scénario hypothétique par référence à ce qui s'est passé dans des marchés « comparables » qui n'ont pas été affectés par l'infraction

Modélisation des coûts

- Utilisation des données financières et comptables des entreprises (et d'entreprises comparables) pour reconstruire des business plan « hypothétiques »

Modélisation économique

- Utilisation de modèles d'économie industrielle (Cournot, Bertrand,...) pour simuler le fonctionnement du marché



Comparaison : le type de comparaison utilisé doit être choisi en fonction des caractéristiques de l'affaire

Types de comparaison acceptables

Temporelles

Comparaison avec le même marché à une autre période (passée ou future) pendant laquelle il n'y avait pas d'infraction.

Ex: prix de la baguette en 2005 en France versus en 2010 (année du cartel)

Géographiques

Comparaison avec le marché des mêmes produits dans une autre zone géographique (nationale ou internationale)

Ex: prix de la baguette en 2010 en Allemagne

Autres marchés de produit

Comparaison avec un autre marché, dans lequel il n'y a pas eu d'infraction, et qui doit présenter des caractéristiques de comparabilité importantes.

Ex: prix des croissants en 2010 en France

Combinaison des éléments précédents

« differences in differences », par exemple comparaison temporelles et géographiques

Questions clefs

- Difficulté d'évaluer précisément la date de début d'une infraction (ex: un cartel peut évoluer de manière graduelle), mais pire il peut être allégué que l'infraction a débuté avant la date retenue par l'Autorité...
- Possibilité que les effets d'une pratique anticoncurrentielle sur le fonctionnement d'un marché durent après l'arrêt de cette pratique
- L'utilisation d'une méthode de comparaison n'est pertinente que si on n'est capable d'isoler l'effet de tous les facteurs exogènes (hors la pratique anticoncurrentielle) sur la valeur du paramètre que l'on étudie. Le prix d'une baguette peut être différent en France et en Allemagne indépendamment de toute pratique anticoncurrentielle.
- De très nombreux facteurs peuvent expliquer des différences entre le marché considéré et des marchés potentiellement comparables. L'identification de tous ces paramètres, afin d'en isoler les effets, nécessite des traitements statistiques et économétriques, et est donc potentiellement complexe et coûteuse.



Comparaison : méthodes utilisables



Méthode de traitement des données

Statistiques simples

Utilisation simple des données issues de la comparaison:

Ex: le prix contrefactuel de la baguette de pain en France est la moyenne des prix des baguettes de pain dans les autres pays d'Europe

Régressions économétriques

Cette méthode prévoit l'utilisation de techniques plus sophistiquées pour contrôler l'effet de différences de prix qui ne seraient pas liés à la pratique anticoncurrentielle:

Ex: même en l'absence d'infraction le prix de la baguette pourrait être plus élevé en France si le coût du travail est plus élevé dans la boulangerie en France que dans les pays comparables

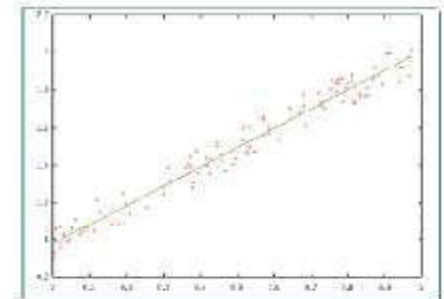
Exemple

Prix de la baguette:

- Allemagne: 1€
- Italie : 0,8€
- Espagne: 0,9€

• Prix contrefactuel : 0,9 €

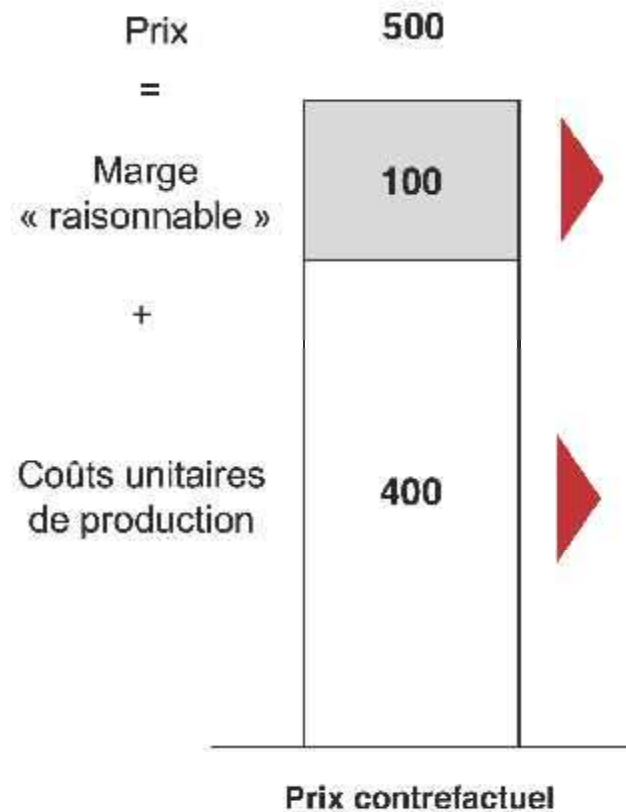
- Identification de la relation entre le prix de la baguette et le prix des céréales
- Calcul du prix contrefactuel français en « tirant le trait »





Modèles de coût : reconstruction du prix et de la quantité de concurrence à partir coût incrémental d'une entreprise comparable

Calcul du prix contrefactuel



Questions clefs

- Mode de calcul d'une marge « raisonnable » ?
 - Référence au WACC (coût moyen pondéré du capital)
 - Choix d'entreprises « comparables »
- Elaboration d'un système de **coûts économiques** (différents des coûts comptables) pour établir le coût unitaire de production
- Allocation des coûts mutualisés dans le cas d'entreprises multiproduit ?
- Structure de coûts contrefactuelle
 - Effets d'échelle ?
 - Inefficiences liées à une réduction de la concurrence (X-inefficiencies)
- Questions comptables (traitement des provisions, amortissements, etc...)

L'analyse par les coûts, pour être robuste nécessite un travail approfondi et transversal : production, marketing, contrôle de gestion, finance,...

Modélisation économique : l'application de cette méthode suppose de trouver un modèle théorique qui décrive correctement le fonctionnement du marché étudié



Modèles statiques « classiques »

Type d'interactions dynamiques



Intensité concurrentielle ↑

Modèles	Description
Concurrence pure et parfaite / oligopole de Bertrand	Un grand nombre de firmes produisent des biens homogènes pour un marché sans barrière à l'entrée. Le prix final est égal au coût marginal de production.
Concurrence avec différenciation	Concurrence en prix entre entreprises qui vendent des biens différenciés, ce qui leur permet d'établir des prix d'équilibre au-dessus du niveau parfaitement concurrentiel
Oligopole de Cournot	Concurrence en quantité entre quelques concurrents: le prix est déterminé par l'intersection entre l'offre totale et la demande
Monopole	Un seul producteur, confronté à une demande décroissante en fonction du prix et qui décide de sa fixation

Interaction	Description
Pratique concertée / Collusion Tacite	Comportement de coordination tacite des entreprises (sans communication explicite) conduisant à des pratiques permettant de maximiser le profit total des concurrents.
Prix limite et modèles d'interactions stratégiques	- Des entreprises déjà présentes sur un marché peuvent manipuler stratégiquement leur prix (ou d'autres variables stratégiques) afin de limiter l'entrée de nouveaux concurrents - Exemple: comportement de prix limite, ou d'investissement en capacité.





**Faites respecter tous vos droits avec
l'Union Fédérale des Consommateurs
Que Choisir**

Association Indépendante des Consommateurs, des distributeurs et de l'État



Vous pouvez utiliser en exclusivité le calculateur de préjudice mis à votre disposition par l'UFC-Que Choisir :

Attention : étant donné la diversité des profils, il n'est pas possible de tenir compte de toutes les caractéristiques de votre forfait ou de ses évolutions.

Estimez votre préjudice personnel avec notre calculateur exclusif !

Le calculateur que l'UFC-Que Choisir met à votre disposition vous permet d'estimer le préjudice subi sur la période du **1er janvier 2000 au 31 décembre 2002** (période retenue par le Conseil de la concurrence). À partir des informations que vous fournissez, le calculateur vous proposera un résultat le plus proche possible de la réalité. Si vous avez changé d'opérateur ou que votre forfait a évolué sur cette période, consultez l'aide pour optimiser votre calcul.

En savoir plus et agir

- > lisez les décisions
- > exprimez votre opinion
- > alertez vos amis
- > distribuez notre tract
- > publiez notre appel
- > consultez nos archives
- > salle de presse (réservée aux journalistes)
- > modifiez votre adresse électronique
- > changez vos coordonnées (réservé aux payants)

NOTRE CALCULATEUR EXCLUSIF DE PRÉJUDICE

Entre janvier 2000 et décembre 2002, quel était votre opérateur ?

☐ Orange/Tinieris
☐ SFR
☐ Bouygues Télécom

[de l'aide ?](#)

Quel était votre numéro de mobile ?

[de l'aide ?](#)

Quelle était la date de début d'abonnement ?

[de l'aide ?](#)

Quelle était la date de fin d'abonnement ?

[de l'aide ?](#)

Quel était votre type d'abonnement ?

[de l'aide ?](#)

Quel était le montant mensuel TTC de votre abonnement hors options et dépassements ?

€
soit francs

€
soit francs

[de l'aide ?](#)

[Estimez votre préjudice](#)



Modélisation économique : exemple (2/2)



- Scénario contrefactuel → **Prix de concurrence théorique**
- Modélisation : équilibre de Cournot : $L = - HHI / e_p$
 - L = indice de Lerner (pouvoir de marché) : $(P - C_m) / P$ avec P = Prix et C_m = coût marginal
 - HHI : indice de concentration : somme des parts de marché élevée au carré
 - e_p : élasticité de la demande au prix : $(dQ/Q)/(dP/P)$ avec Q = quantité
- Si on connaît : HHI, e_p et C_m on en déduit le prix d'équilibre : $P = C_m / (1 - HHI/e_p)$
- Exemple : calcul de HHI soit 2 entreprises : 20% et 80 % de part de marché →
$$HHI = 20^2 + 80^2 = 400 + 6400 = 6800$$

Elasticité de la demande au prix : augmentation de 15% des prix entraîne une diminution de 10% de la quantité consommée →

$$e_p = (- 15\% / + 10\%) = - 1,5$$

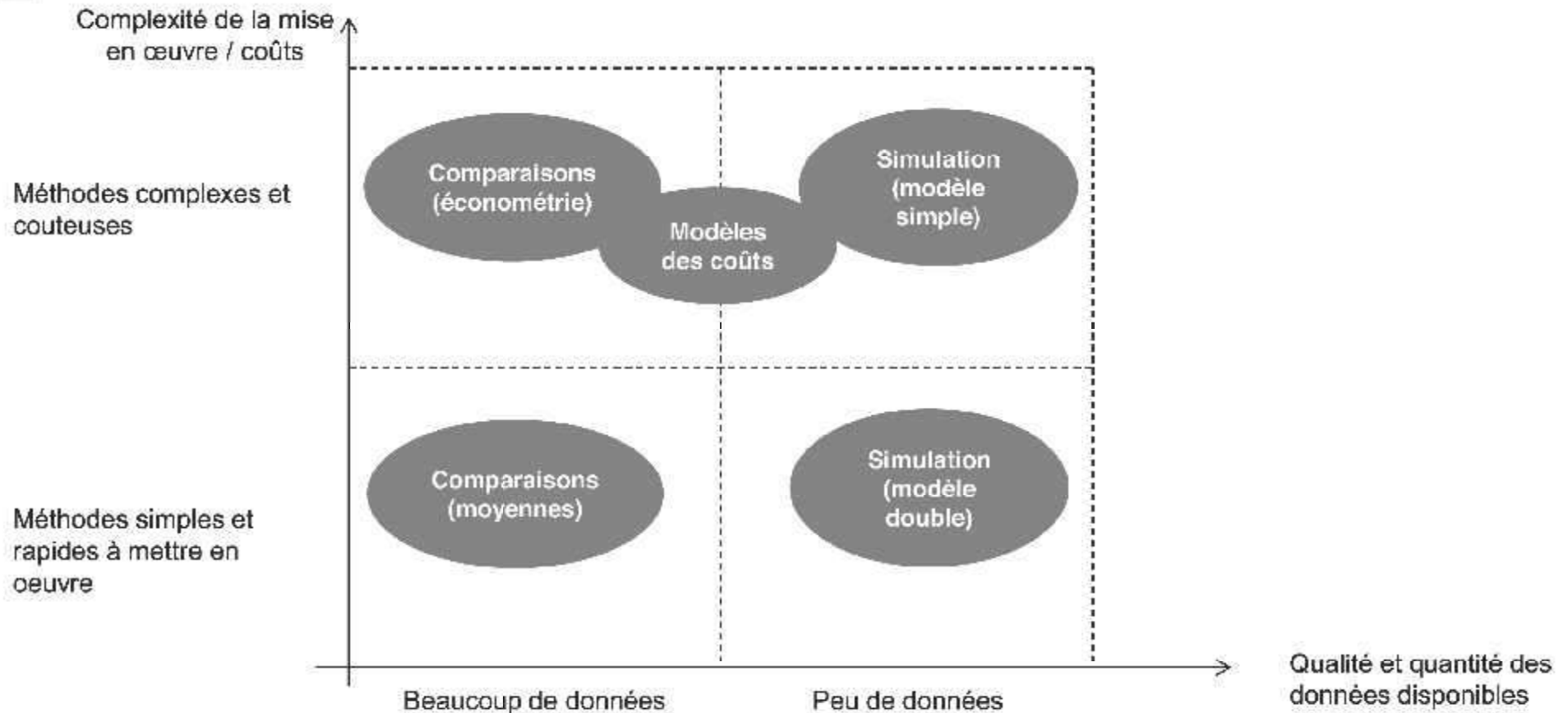
On calcule : $C_m = 3500 \text{ €} \rightarrow P = 3500 / (1 - 6800 / -1,5) = \mathbf{0,77\text{€}}$



Le choix de la meilleure méthode est fonction des données accessibles et du coût de mise en œuvre



Typologie des méthodes



Plusieurs méthodes peuvent être appliquées simultanément pour accroître la robustesse de l'estimation du dommage



Quatre critères doivent être pris en compte dans la mise au point du calcul des dommages



Critères	Description
Opposabilité	• L'analyse doit être transparente, et l'ensemble des éléments ayant servis à sa mise au point, données et méthodologies, doivent être jointes au dossier (pas de méthodes « propriétaires » ou de boîtes noires)
Traçabilité	• La source des données doit être mentionnée afin de permettre à un tiers d'en vérifier l'exactitude. • Des données relevant du secret des affaires (scénario contrefactuel) sont donc susceptibles d'être transmises aux concurrents, au tribunal de commerce.
Réplicabilité	• Les calculs et méthodes statistiques employées doivent pouvoir être reproduites par un tiers (en aboutissant au même résultat)
Robustesse	• Le résultat du modèle ne doit pas être trop sensible à des petites variations des variables clefs (ex, une variation de 5% du prix contrefactuel ne doit pas conduire à une variation de 100% du dommage)



La quantification du dommage engage donc trois actions différentes

Enjeux

Description

Modélisation technico-économique du compte de résultat de la victime

- Construire un modèle dynamique de **revenus** et de **coûts** qui permette de calculer le profit de la victime en fonction des paramètres caractéristiques de l'état de la nature (prix, part de marché)
 - dans chacun des scénarios (base et contrefactuel)
 - pour le passé et pour le futur
- Réaliser les ajustements comptables qui permettent de calculer le profit dans les deux scénarios (ex: inclusion ou non de la fiscalité ?)

Faire des prévisions futures dans deux scénarios

- Réaliser des prévisions de l'état du monde sur les paramètres pertinents pour le calcul des dommages (prix, taille du marché, nombre de concurrents, parts de marché,...) pour les deux scénarios:
 - Scénario «base» : celui qui est le plus susceptible de se produire dans l'avenir
 - Scénario contrefactuel: ce qui aurait pu se passer dans l'avenir si l'infraction n'avait pas eu lieu

Actualiser les flux des dommages

- Identification des taux d'actualisation et de capitalisation pertinents pour calculer le montant total du dommage à partir des flux passés et futurs de dommage



Quantification des dommages : quelques difficultés



Difficultés

Description

Intégration ou non de la fiscalité dans les flux de profit

- Les flux de profit qui sont soustraits pour déterminer le montant du préjudice doivent être calculés avant impôts (le revenu correspondant au paiement des dommages est fiscalisé à l'IS)

Modélisation des coûts

- Quels coûts supplémentaires doivent être ajoutés (resp. retirés) en cas d'augmentation (resp. de réduction) du volume ?
 - À long terme ?
 - A court terme ?
- Impact de la structure du marché et du niveau de concurrence sur la structure de coûts (une plus vive concurrence est susceptible de réduire le coût moyen de production)

Choix d'un taux d'actualisation

- Taux légal ?
- Taux d'intérêt sans risque ?
- Coût du capital du secteur ? Des victimes ?

Points clefs :



- L'analyse économique joue un **rôle croissant** dans l'évaluation du dommage.
- Les outils utilisés sont de plus en plus **sophistiqués**, ils supplantent les méthodes traditionnelles d'essence principalement « comptables ».
- La quantification des dommages reste un « **art** » mobilisant un large spectre de compétences diverses : économiques, comptables, technologiques, financières.