

**ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE**

## CONTENTIEUX

Cette étude se concentre sur l'analyse économique au service de la détermination de la causalité du préjudice en abordant une description des principales situations où la causalité pose des problèmes pour traiter ensuite des aides que peut apporter l'analyse économique, en analysant les relations entre le dommage et ses différents facteurs explicatifs en précisant leurs poids respectifs.

1406

# L'analyse économique au service de la détermination de la causalité du préjudice



Maurice Nussenbaum



Maurice Nussenbaum est expert judiciaire agréé par la Cour de cassation (h), professeur émérite à l'université Paris IX Dauphine, président de Sorgem Evaluation

**1** - En matière de préjudice, il ressort du pouvoir souverain du juge de se prononcer à la fois sur son existence et son évaluation. Néanmoins le domaine propre du juge est de qualifier la faute et l'éventuel lien direct qui existe entre celle-ci et le dommage subi.

De ce fait, après avoir statué sur l'existence d'une faute, le juge doit analyser le lien causal entre la faute et le préjudice. Pour ce qui concerne l'évaluation du préjudice, il pourra le cas échéant se faire assister d'experts. Même si la notion de causalité est essentiellement d'ordre juridique, le juge peut être aidé par l'analyse économique et c'est ce que cet article souhaite développer, en abordant tout d'abord une description des principales situations où la causalité pose des problèmes pour traiter ensuite des aides que peut apporter l'analyse économique.

## 1. Pour une typologie de la causalité

2 - La causalité suppose une connexion entre un facteur, la cause et un effet qui peut être un préjudice.

Il n'existe pas de test unique pour valider ce lien qui ressort le plus souvent en droit du bon sens de l'homme rationnel.

Puisqu'on s'intéresse ici à l'apport de l'analyse économique, on va tout d'abord évoquer ce qu'on entend par causalité en économie pour analyser les différents cas de figure qui soulèvent en droit des questions de causalité et ensuite rappeler la démarche du juge pour effectuer son analyse.

### A. - La définition économique de la causalité

3 - Selon John Hicks<sup>1</sup>, la causalité désigne le lien qui unit une cause à un effet.

Trois conditions doivent être respectées pour établir une relation de causalité :

- l'intervention de la cause précède le résultat observé ;
- la présence ou l'absence du résultat observé est corrélée avec celle de la cause : l'absence du résultat équivaut à l'absence de cause ;
- il n'y a pas d'autres facteurs explicatifs rivaux plausibles pour expliquer la corrélation entre la cause et le résultat.

4 - Par rapport à cette approche, l'analyse juridique distingue deux types de causalité selon que la cause est unique (causalité adéquate) et qu'elle constitue une condition nécessaire et suffisante du résultat ou qu'il existe plusieurs causes possibles simultanées (équivalence des conditions), toutes à même d'entraîner le résultat observé.

Il est important de dresser un état des lieux des différentes situations qui soulèvent des problèmes de causalité.

### B. - Les différentes situations qui soulèvent des questions de causalité

5 - On observe en pratique, en matière de responsabilité et de dommages, un grand nombre de situations possibles qui contribuent à la complexité de l'analyse de la causalité. On peut en donner ci-dessous un aperçu non exhaustif, tant la réalité dépasse l'analyse théorique<sup>2</sup> :

- i) le cas le plus classique est celui de la faute qui entraîne directement un préjudice sans autre cause extérieure (imputable au défendeur), qu'il s'agisse d'une obligation contractuelle ou d'une faute délictuelle ;
- ii) le cas d'une cause fautive initiale accompagnée d'une faute de la victime : il n'existe pas en droit français d'obligation pour la victime de réduire son préjudice à la différence

du droit anglo-américain. De ce fait, il revient au demandeur de démontrer que la victime a contribué de manière fautive notamment par sa négligence à son préjudice. Il va en résulter un partage de responsabilité des conséquences du dommage entre la victime et l'auteur du dommage pouvant aller jusqu'à l'absence de responsabilité de l'auteur du dommage ;

iii) le cas de l'intervention simultanément à la faute du défendeur d'un facteur exogène ou d'une cause étrangère (événement non imputable à l'auteur du dommage) (qui ne constitue pas une faute) ou relevant de la force majeure : la cause étrangère est définie comme un fait extérieur ou événement dont la survenance a pour effet de rompre le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Elle peut non seulement résulter de la nature mais aussi du créancier de l'obligation lui-même (on revient au cas de la faute de la victime) ou d'un tiers<sup>3</sup>. Elle échappe au contrôle du débiteur de l'obligation.

Elle était mentionnée dans l'article 1147 du Code civil devenu 1231-1 qui indique la force majeure comme facteur exonératoire.

Celle-ci est définie par l'article 1218 en matière contractuelle comme un événement qui « *échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Se pose alors la question de leur intervention respective dans le temps. Il faut en effet déterminer le seul fait générateur à l'origine du préjudice. À cet égard la *Common law* oppose la règle du « *first in time* » à celle de la « *dominant cause theory* ».

S'il n'est pas possible de définir la cause déterminante ou la plus directe, il faudra envisager une exonération totale ou partielle de responsabilité ;

iv) le cas de fautes multiples soit qui contribuent au même dommage que la faute initiale soit qui créent un dommage plus important englobant le dommage initial : se pose tout d'abord la question de la détermination du lien entre chaque faute et leur part dans le préjudice global et ensuite celle du partage de responsabilité entre chacun des auteurs qui constitue une question juridique (notamment de solidarité) à laquelle l'économiste peut apporter un éclairage en analysant l'impact spécifique de chacune des causes à travers la construction d'un modèle économique permettant de définir leurs poids respectifs dans les coûts subis ou le manque à gagner. Dans le cas contractuel, il faut déterminer les obligations de chacun des acteurs qui peuvent résulter de contrats distincts.

Ces cas sont fréquents dans le domaine du BTP.

Une entreprise générale est en retard sur ses travaux mais en plus l'architecte a demandé des travaux complémentaires qui

1 J. Hicks, *Causality in Economics* : ANU Press 1980.

2 V. S. Dunn, *The law of damages* : Net law books 1999.

3 V. A. Bamdé, *Conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle : le lien de causalité ?* : 13 nov. 2019. - V. <https://aurelienbamde.com/2019/11/13/conditions-de-mise-en-oeuvre-de-la-responsabilite-contractuelle-le-lien-de-causalite/>.

## On observe en pratique un grand nombre de situations possibles ce qui contribue à la complexité de l'analyse de la causalité

sont susceptibles d'avoir contribué au retard.

Pour exonérer l'entreprise générale des conséquences du retard il faut démontrer que les travaux complémentaires ne pouvaient être réalisés dans le temps initialement imparti ;

v) le cas d'événements successifs

consécutifs à une faute initiale entraînant un dommage consécutif au dommage initial de la victime principale : se pose la question du lien direct entre les différents événements ayant concouru au dommage consécutif. Si la chaîne causale n'est pas rompue, l'auteur de la faute initiale assumera la totalité des dommages causés par sa faute.

Dans le cas inverse, il n'est responsable que de la conséquence immédiate de sa faute. Par rapport à cette complexité de situations, le juge doit nécessairement adapter son approche.

### C. - Quelle est l'approche du juge pour analyser la causalité ?

6 - On va tout d'abord décrire différentes approches utilisées par le juge pour reconnaître l'existence d'une causalité entre faute et préjudice :

i) il s'appuie généralement sur un faisceau d'indices qui va constituer des éléments de preuve ou encore sur des « *présomptions graves, précises et concordantes* »<sup>4</sup> : « *Qu'en exigeant une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ;

ii) le juge peut également s'appuyer sur une corrélation dès lors qu'il a pu écarter les autres causes potentielles : « *Que la cour d'appel écarte formellement d'autres causes de la baisse du chiffre d'affaires, telles que les événements de mai 1968* ». L'arrêt « *constate la corrélation entre l'installation de Powel, l'abandon de la société aux viandes de l'Oise par de nombreux et importants clients au profit de Powel et la diminution du chiffre d'affaires de ladite société* »<sup>5</sup> ;

iii) pour que la faute soit la cause directe du préjudice, il faut néanmoins des preuves d'un lien direct, non entravé par des facteurs externes. On dispose de nombreux exemples notamment dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, domaine où l'analyse économique est particulièrement présente. Dans un cas de cartel (produits d'hygiène) sanctionné par l'Autorité de la concurrence, les clients directs ont subi des hausses de coûts qui ne constituent un préjudice que s'ils démontrent qu'ils ne les ont pas répercutés sur leurs clients

en aval. Or, en l'espèce, le juge a considéré que : « *Le distributeur ne produit [...] aucun élément tiré de sa comptabilité permettant à la Cour de vérifier qu'il n'a pas réalisé de marge commerciale (marge-avant) en revendant aux consommateurs les produits vendus par la société.*

À cet égard, l'analyse économique de préjudice qu'il produit à l'appui de sa demande en dommages-intérêts ni aucune autre de ses pièces ne livre d'élément vérifiable »<sup>6</sup> ;

iv) dès lors que le lien direct entre la faute et sa conséquence préjudiciable est établi, la demande de dommages-intérêts est justifiée et la cour d'appel qui ne l'a pas reconnu n'a pas donné de base légale à sa décision : « *Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts formée par M. X..., l'arrêt retient qu'aucun lien de causalité direct ne lie la faute du franchiseur à l'endettement de M. X... en sa qualité de caution et qu'aucun élément ne permet d'établir que cet endettement résulte directement des manquements de la société Cash Converters ayant justifié l'annulation du contrat ; [...] alors que l'arrêt retient l'existence d'un lien de causalité direct entre la faute dolosive du franchiseur et la déconfiture de la société Cashmire, et que la caution d'une obligation ne se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation que si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »<sup>7</sup> ;

v) concernant le préjudice de perte de chance, il faut rappeler qu'il s'agit d'une catégorie de préjudice particulier puisque seul doit être établi le caractère certain de la perte de chance pour que le droit à indemnisation soit reconnu :

Alors « *que la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée, mais uniquement à une fraction de celui-ci ; qu'en retenant, pour refuser de réparer le préjudice subi par la société Hyséo, qu'elle ne prouve pas qu'elle aurait pu mener à bien la construction et la mise en service de la centrale et que la chance qu'elle réalise une marge du fait de son exploitation pendant vingt ans est hypothétique, cependant que l'aléa affectant la construction et l'exploitation effectives de la centrale devait être pris en considération seulement pour mesurer la chance qu'a perdue de façon certaine le producteur d'accepter la PTF avant le 2 décembre 2010 et d'échapper ainsi au moratoire, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble le principe de la réparation intégrale du préjudice* »<sup>8</sup>.

4 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2009, n° 08-12.781 : JCP G 2009, act. 308, obs. P. Sargos.

5 Cass. com., 29 nov. 1976, n° 75-12.431 : JurisData n° 1976-097300.

6 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 avr. 2021, n° 19/19448 : JurisData n° 2021-005532 ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 104, obs. D. Bosco.

7 Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-13.777 : JurisData n° 2014-021323.

8 Cass. com., 24 juin 2020, n° 19-10.187.

On voit ainsi que la non-transmission de la proposition technique et financière par le gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité a eu pour conséquence directe la perte de chance d'exploiter la centrale.

## D. - Les étapes nécessaires de l'analyse

7 - Pour parvenir à la conclusion sur la causalité, le juge a dû répondre à différentes questions :

- hiérarchiser les causes en termes d'importance et de situation dans le temps (timing) ;
- définir parmi l'ensemble des causes possibles d'un dommage celle qui est déterminante ou prépondérante et susceptible de manière prévisible d'entraîner directement le préjudice ;
- en cas de fautes multiples, séparer les différentes causes de leurs effets spécifiques et définir le quantum de préjudice associé à chaque faute.

C'est par rapport à ces questions que l'économiste peut avoir un apport.

## 2. Les outils de l'économiste pour analyser la causalité

8 - Par rapport à cette typologie des cas de causalité, quel peut être l'apport de l'économiste pour aider le juge à justifier le lien direct entre la faute et ses conséquences ?

Pour répondre à cette question, il faut examiner les outils dont dispose l'économiste pour aider le juge à se prononcer sur la causalité et sur les conséquences dommageables de la faute.

L'approche générique qui s'impose à la fois au juriste et à l'économiste consiste à replacer mentalement la victime dans la situation où elle se serait trouvée si les faits préjudiciables n'avaient pas eu lieu.

Cette approche est connue en *Common law* sous le nom de « *but for* ». Elle conduit à la construction d'un scénario contrefactuel. Une fois le scénario construit, il convient de définir les facteurs explicatifs et leur impact.

### A. - L'approche « *but for* »

9 - La méthode « *but for* » de la *Common law* consiste à se demander ce qui se serait passé en l'absence d'un facteur ou d'un fait préjudiciable. Il s'agit d'une analyse d'abord juridique puisqu'elle conduit *in fine* à isoler la ou les causes nécessaires à la production du dommage mais elle peut utilement s'appuyer sur l'analyse économique.

Si la situation du demandeur n'est pas modifiée en l'absence d'un facteur, cela signifie que celui-ci est sans lien avec l'effet, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire à la production de l'effet mais cela n'exclut pas que d'autres facteurs aient pu contribuer également à cet effet.

Il s'agit à la fois d'un test de causalité au sens où si A entraîne B, alors non A doit entraîner non B.

Autrement dit, la définition de la situation « *but for* » de la victime représente la situation en l'absence de faute et sa comparaison avec la situation réelle permet de mesurer l'impact de la faute. C'est pour cette comparaison que l'analyse économique va être particulièrement utile.

On voit ainsi que l'approche « *but for* » est identique à celle de la construction du scénario contrefactuel qui a pour fonction de représenter ce qui se serait passé en l'absence de faute.

Cependant l'approche « *but for* » peut faire émerger une multitude de causes et ne pas permettre de définir celle qui est la cause adéquate d'où la nécessité de compléter ce test par d'autres, notamment celui de la cause immédiate et directe (de l'inexécution) (*C. civ.*, art. 1231-4. - *Ou bien en Common law, la cause la plus proche du dommage (« proximate cause »*)).

On sait par ailleurs que pour la théorie de l'équivalence des conditions tous les faits qui ont concouru à la production du dommage doivent être retenus de manière équivalente comme cause potentielle du dommage mais il ne s'agit pas de la théorie dominante puisque le droit privilégie la causalité adéquate mais force est de constater que le fait qu'une cause ait joué un rôle substantiel dans la survenance du préjudice n'exclue pas l'existence d'autres causes.

La théorie de la causalité adéquate oblige quant à elle à attribuer un effet spécifique à chaque cause potentielle de manière, en matière de préjudice, à relier chaque préjudice à sa cause propre. Lorsque deux facteurs ont pu chacun isolément avoir l'effet observé, seule la règle de l'ordre d'arrivée des causes peut être invoquée : la première cause est responsable de l'effet (en *Common law* on parle de « *first in time* »).

Il peut cependant y avoir plusieurs causes qui contribuent en même temps à l'effet observé qui ne peut alors être rattaché à une cause unique comme on l'observe fréquemment dans le bâtiment. On doit alors répartir la responsabilité entre les différentes causes et ensuite les dommages correspondants.

### B. - La construction du scénario contrefactuel

10 - Il s'agit en fait de la mise en œuvre en pratique de la méthode « *but for* » avec la construction d'un scénario représentant la situation qui se serait passée en l'absence des faits délictueux.

On se réfère le plus souvent aux périodes qui ont précédé ou suivi l'infraction ou bien à d'autres marchés non concernés par l'infraction.

Dans les situations complexes, les méthodes mises en œuvre relèvent le plus souvent de l'analyse économique et sont contrôlées par le juge. En matière de pratiques anticoncurrentielles, elles sont décrites de manière détaillée dans le Guide

## L'approche de l'économiste s'appuie sur une modélisation des coûts de l'entreprise et de la dynamique du marché en fonction des données concurrentielles

de la Commission de 2013<sup>9</sup>. Ces méthodes s'appliquent également en dehors de ce domaine du droit.

Les données observées pour la période non concernée par l'infraction ou sur les marchés épargnés par celle-ci sont considérées comme une indication de la situation qui aurait prévalu en l'absence d'infraction<sup>10</sup>.

Lorsque l'observation directe des données n'est pas possible on recourt à la construction de modèles économiques destinés à simuler ce qu'aurait été la situation en absence d'infraction :

i) la comparaison dans le temps, lorsqu'elle est possible, constitue l'approche qui soulève le moins de difficultés dès lors que la structure du marché et les caractéristiques des coûts et de la demande se prêtent à la comparaison<sup>11</sup>.

Cependant ces données ne sont pas toujours comparables ou bien peuvent avoir été affectées par d'autres causes qu'il convient d'identifier et de prendre en compte dans la comparaison.

C'est le cas notamment dans les cartels où les caractéristiques des produits peuvent avoir sensiblement évolué entre la période des pratiques et la période suivante.

Par ailleurs, comme l'indique le Guide, sur des marchés oligopolistiques<sup>12</sup>, les entreprises qui ont participé à une entente peuvent utiliser les connaissances acquises dans le cadre de cette dernière pour coordonner leur comportement sans enfreindre l'article 101 du TFUE. Il en résulte que les prix observés post-entente peuvent être supérieurs à ce que devraient être des prix contrefactuels ;

ii) la comparaison avec d'autres marchés géographiques ou d'autres produits soulève deux types de difficultés : la nécessité de démontrer à la fois la comparabilité et l'absence d'impact de ces pratiques sur ces marchés ;

iii) la comparaison simultanément, dans le temps et entre marchés ou méthodes des doubles différences, consiste à comparer l'évolution dans le temps d'une variable économique considérée avec son évolution sur la même période mais sur un autre marché de manière à isoler les effets de l'infraction

9 *Comm. UE, Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommage et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2013. V. [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf).*

10 *V. Guide pratique, préc., § 27.*

11 *V. CA Paris, pôle 1, ch. 5, 6 févr. 2018, n° 17/23091. - T. com. Paris, 15<sup>e</sup> ch., 18 déc. 2017, n° 2009016849, décision dans laquelle l'augmentation de part de marché de la société DIGICEL après la fin de l'abus de position dominante de Orange a été retenue comme indicateur de la part de marché normale en l'absence d'abus.*

12 *V. Guide pratique, préc., § 45.*

des autres facteurs agissant sur la variable commune.

Lorsque les comparaisons ne sont pas possibles, il convient de construire une approche plus théorique de la situation contrefactuelle par modélisation ou par simulation ;

iv) les approches par modélisation : il s'agit essentiellement des analyses de régression simples ou multivariées. Il convient de

recueillir des observations pour toutes les variables explicatives supplémentaires pertinentes et de construire, à partir de ces observations, une équation de régression rendant compte de leur relation avec la variable étudiée, notamment le prix<sup>13</sup>.

Les méthodes économétriques permettent théoriquement d'expliquer une variation de prix, d'une part, par les effets des pratiques et, d'autre part, par les autres facteurs susceptibles d'intervenir sur les prix tels que les hausses des coûts des matières premières ou des coûts salariaux.

La contrainte principale de cette démarche est de disposer de suffisamment de données pour mener une analyse statistique pertinente et d'être en mesure d'identifier les bonnes variables explicatives ;

v) des approches de simulation sont également possibles à l'aide de modèles économiques, notamment ceux de Bertrand et de Cournot qui expliquent la formation des prix sur un marché de concurrence oligopolistique.

La question se posera nécessairement de leur fiabilité dans un contexte judiciaire, compte tenu des simplifications qu'ils impliquent ;

vi) d'autres approches, notamment financières peuvent être utilisées : l'approche par les coûts ou par le prix de revient majoré consistant à appliquer un taux de marge raisonnable<sup>14</sup> pour déterminer le prix contrefactuel.

Ces méthodes ont pour intérêt de reposer sur des informations détenues par les entreprises elles-mêmes.

11 - Dans le domaine du droit de la concurrence, la construction du scénario contrefactuel peut consister à analyser la situation des prix à la suite d'une entente. Il peut également s'agir des parts de marché, notamment dans le cas d'abus de position dominante.

En matière de prix on peut mettre en œuvre les approches décrites précédemment :

- on peut en rester aux produits concernés par les faits reprochés et comparer leurs prix pendant la période impactée avec ceux observés avant ou après que les faits reprochés aient cessé leurs effets. Mais comme il a été indiqué, on compare des prix à des

13 *V. Guide pratique, préc., § 76-77.*

14 *V. Guide pratique, préc., § 106 à 118.*

périodes différentes et d'autres facteurs que les pratiques sont susceptibles d'être intervenus pour contribuer aux variations.

Le lien de causalité ne peut être établi que si l'on parvient à isoler les effets de ces autres facteurs pour les déduire de l'effet observé afin d'isoler celui des pratiques. Par exemple les prix ont pu évoluer du fait de l'inflation qui peut être sans rapport avec les faits reprochés dès lors que l'indice retenu ne les prend pas en compte ;

- l'autre approche décrite plus haut consiste à définir un produit comparable non affecté par les faits reprochés et comparer l'évolution du prix affecté avec celui non affecté. Se posera la question de la réelle comparabilité des produits.

### C. - Le rôle de l'économiste dans les approches « *but for* » et pour la construction du scénario contrefactuel

12 - Le rôle de l'économiste est de contribuer, sous le contrôle du juge, à construire ces approches et à définir à partir du scénario contrefactuel les facteurs explicatifs et de mesurer leur impact sur les faits observés.

La mise en œuvre des différentes méthodes évoquées plus haut peut être plus ou moins sophistiquée et soulever de nombreux débats quant à leurs limites. C'est pourquoi la méthode avant-après, lorsque sa mise en œuvre est possible (notamment lorsque les effets des pratiques ne se prolongent pas dans le temps) est, comme il a été indiqué précédemment, théoriquement la plus simple puisqu'elle se limite à une simple comparaison dans le temps même si elle peut impliquer des travaux très importants sur les données notamment lorsque les produits ont connu des modifications dans le temps et que la comparaison directe n'est pas possible (par exemple : cartel des camions<sup>15</sup> et cartel des conserves<sup>16</sup>).

Parmi l'ensemble des outils disponibles, l'économétrie a une place très importante lorsqu'on doit traiter une grande masse de données mais il faut rester critique par rapport à ses implications en termes de causalité.

#### 1° Le rôle de l'économétrie

13 - Lorsqu'on se trouve face à un grand nombre de données, on a recours à des approches économétriques qui visent à analyser la relation ou la corrélation entre les variables étudiées mais le fait qu'elles évoluent dans le même sens ne suffit pas

à démontrer l'existence d'un lien de cause à effet du fait de la possibilité d'intervention d'autres causes comme indiqué plus haut. À titre d'exemple, il existe manifestement une corrélation entre le fait de consommer des glaces et les coups de soleil mais cela résulte d'une troisième cause, le soleil, ou même du hasard.

Pour apprécier la validité d'une analyse économétrique il faut préalablement faire l'analyse de toutes les variables susceptibles d'influencer la variable à expliquer et les intégrer dans le modèle économétrique pour définir leur poids respectif.

La régression simple (ou à une variable) suppose qu'une seule variable explique la variable à expliquer. Elle permet de mesurer l'influence de la variable explicative sur la variable à expliquer.

Seule l'analyse factuelle du rôle économique de chacune des variables explicatives potentielles peut valider une telle hypothèse.

L'intégration de variables complémentaires à la suite d'une analyse économique fine donnera lieu à une analyse par régression multiple. Dès lors que l'on a identifié toutes les causes possibles, la régression, si elle est pertinente c'est-à-dire si elle conduit à des paramètres statistiquement significatifs à un seuil d'au moins 95 %, conduira à une mesure de la relation causale entre les variables explicatives et la variable à expliquer. Un modèle économétrique de régression à plusieurs variables permet de contrôler l'impact respectif des différents facteurs explicatifs potentiels et l'influence sur les résultats des facteurs exogènes qui peuvent être des facteurs structurels (offre, demande) ou liés à l'environnement réglementaire pris en compte notamment à travers des variables de contrôle, ce qui implique d'inclure dans le modèle l'ensemble des variables susceptibles d'avoir un impact sur la variable à expliquer (variable d'intérêt).

#### 2° Causalité et économétrie : une analyse critique

14 - La relation causale induite par le modèle économétrique permet d'affirmer l'existence des causes identifiées mais l'analyse économétrique ne permet pas à elle seule d'affirmer l'absence d'autres causes potentielles. Seule l'analyse économique préalable pourra identifier ou exclure la possibilité d'autres causes.

Les économistes disposent d'outils complémentaires pour trouver des preuves de relations causales, encore faut-il disposer des données pertinentes. Ces outils se rattachent à la notion de plans d'expérience couramment utilisés dans la recherche médicale afin de rechercher l'influence respective de différents paramètres et à partir de là, de justifier la corrélation observée<sup>17</sup>.

15 *Comm. UE, résumé déc., 27 sept. 2017, aff. AT.39824 - Camions, relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE (notifiée sous le numéro C (2017) 6467) : JOUE n° C 216, 30 juin 2020, p. 9.*

16 *Comm. UE, résumé déc., 27 sept. 2019, aff. AT.40127 - Légumes en conserve, relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (notifiée sous le numéro C (2019) 6903) : JOUE n° C 434, 15 déc. 2020, p. 9.*

17 V. L. Gendre, A. Savary et B. Soulier, *Les plans d'expérience : ENS Caen*, 21 déc. 2009.

## L'analyse économique constitue un support pour le raisonnement juridique sur la causalité

Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, il s'agit le plus souvent de définir l'ensemble des facteurs susceptibles

d'agir sur le prix et de mesurer leur impact dans la période étudiée pour déterminer par soustraction celui de la pratique mise en cause.

Pour mesurer l'impact spécifique des autres causes, on peut aussi les observer dans d'autres contextes car en économie, à la différence des sciences de la vie, il n'est pas possible de réaliser des plans d'expérience pour étudier l'impact spécifique de ces causes.

Mais *in fine* le juge aura un regard critique par rapport aux modèles qui lui sont proposés.

Son analyse portera d'abord sur la spécification du modèle et il sera amené avec éventuellement l'aide d'experts à le rejeter s'il ne prend pas en compte l'ensemble des variables qu'une analyse préalable lui a permis de considérer comme pertinentes. De nombreux exemples de jurisprudence européenne et américaine illustrent cette approche critique. On va analyser trois exemples très illustratifs.

**15 - L'AMPICILLIN.** - Dans l'exemple de l'AMPICILLIN<sup>18</sup> des demandeurs critiquaient les restrictions du laboratoire détenteur des brevets à accorder des licences à des génériqueurs et avaient construit un modèle de formation du prix en situation de concurrence sous forme de régression simple du prix en fonction du nombre de concurrents. Ils en avaient déduit un impact très fort du nombre de concurrents sur le prix.

Les défendeurs ont corrigé le modèle en spécifiant plus finement les variables explicatives en rajoutant en particulier l'influence des coûts sur la formation du prix. Il s'avère alors que l'influence du nombre de concurrents est divisée par deux. C'est la solution qui sera *in fine* retenue par le juge.

**16 - Fusion entre Ryan Air et Air Lingus.** - Dans l'exemple de la fusion entre Ryan Air et Air Lingus<sup>19</sup>, finalement interdite par la Commission européenne, les demandeurs avaient essayé de montrer que les prix n'étaient pas affectés par la présence du concurrent sur le marché en construisant un modèle intégrant toutes les variables susceptibles d'expliquer la formation du prix sur une ligne donnée en prenant en compte parmi ces variables la présence du concurrent. Ce modèle était reproduit pour chaque année (« *cross section* ») et ne montrait pas d'impact significatif de la présence d'un concurrent. Ce modèle avait pour limite de ne pas prendre en compte les spécificités de chaque ligne.

Une autre méthode, mise en œuvre par la Commission, a consisté à analyser l'évolution des prix entre 2002 et 2006

en distinguant selon que le concurrent était présent ou pas, ce qui permettait d'intégrer les spécificités de chaque ligne. Le modèle a mis en évidence une influence sur les prix de la présence de la ligne concurrente ce qui a conduit la Cour à considérer que la méthode de régression à « *effets fixes* »<sup>20</sup> propres à une liaison pouvait atténuer le biais d'omission de variables qui affectent les « *régressions transversales* » et de ce fait a considéré que cette méthode était « *la plus appropriée pour évaluer la contrainte concurrentielle exercée par Ryan Air sur Air Lingus* ».

**17 - Décision de l'Autorité de la concurrence dans le cadre du cartel des yaourts.** - De nombreux défendeurs ont essayé de montrer à l'aide d'études économétriques que la demande de produits laitiers en marques de distributeur (MDD) était fortement élastique par rapport aux prix de sorte que l'impact de la hausse des prix du cartel était limité. Or cette analyse a été critiquée par l'Autorité de la concurrence comme ne portant pas sur l'analyse des variations de la demande pour l'ensemble des produits laitiers lorsque les prix de l'ensemble de ces produits augmentent<sup>21</sup>. Les parties n'ont donc pas apporté d'éléments convaincants de nature à remettre en cause la faible élasticité-prix de la demande des produits laitiers frais en général<sup>22</sup>.

On voit donc, à travers ces trois exemples que l'analyse économétrique constitue un outil puissant pour autant que le modèle soit correctement spécifié.

Compte tenu de la complexité technique des sujets en cause, le juge a-t-il les moyens de les critiquer ?

La réponse à cette question dépend des domaines sur lesquels peuvent porter les critiques : dans certains cas les variables omises peuvent relever du bon sens.

Par exemple, dans le cas de la décision de l'Autorité de la concurrence, ce sont les économistes de l'Autorité qui ont apporté la critique en soulignant des faiblesses dans les modèles proposés par les défendeurs.

Dans le cas plus complexe comme celui de la fusion Ryan Air et Air Lingus, évoqué plus haut, c'est le débat contradictoire des parties sous le contrôle du juge qui permettra au juge de cibler les points majeurs sur lesquels portent les arguments des parties. Le juge pouvant toujours se faire assister d'un expert sur les points trop techniques.

Par rapport à ce débat, le juge peut décider d'écarter la méthode parce qu'il n'en maîtrise pas les tenants et aboutissants

18 V. E. Fegatilli et N. Petit, *Économétrie du droit de la concurrence : Colloque d'Europe*. - V. [www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc\\_wp\\_03-08\\_0.pdf](http://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_03-08_0.pdf).

19 Trib. UE, 3<sup>e</sup> ch., 6 juill. 2010, aff. T-342/07 : Europe 2010, comm. 325, obs. L. Idot.

20 Trib. UE, 3<sup>e</sup> ch., 6 juill. 2010, aff. T-342/07, préc., § 152.

21 Aut. conc., déc. n° 15-D-03, 11 mars 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits frais, § 303. - V. *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 126, obs. D. Bosco.

22 Aut. conc., déc. n° 15-D-03, 11 mars 2015, préc., § 304.

et considérer qu'il n'est pas en mesure de se prononcer sur la bonne construction du modèle proposé ou bien se prononcer sur sa pertinence à la suite du débat contradictoire. Il faut rappeler qu'il n'est pas nécessaire d'être un statisticien pour se prononcer sur la portée d'un résultat statistique.

**18 - Conclusion.** - Les exemples qui précèdent, montrent que l'analyse économique constitue un support pour le raisonnement juridique sur la causalité en définissant à la fois les causes et leur impact quantitatif ce qui permet au juge de se former une opinion car elle lui permet de démontrer l'existence d'un lien entre un comportement fautif et un préjudice<sup>23</sup>.

Déjà, en matière économique, la simple analyse des données financières de l'entreprise et notamment de la comptabilité analytique, permet dans un premier temps de constater l'impact potentiel de différentes causes préalablement identifiées.

Si on prend le cas de l'impact d'une augmentation des coûts liée à une entente sur les prix de revient, l'analyse peut indiquer dans quelle mesure cette augmentation a pu être répercutée sur les prix de vente et quel a été l'impact de cette hausse des coûts sur le volume des ventes en

fonction de l'élasticité de la demande au prix comme l'a relevé la Cour de cassation dans une affaire de téléphonie<sup>24</sup>. Qu'il s'agisse de déterminer un prix de marché en fonction des coûts et de la demande dans un marché donné et l'influence des facteurs concurrentiels sur ce prix ou bien de valoriser des dommages, l'approche de l'économiste s'appuie sur une modélisation des coûts de l'entreprise et de la dynamique du marché en fonction des données concurrentielles.

L'économiste propose une analyse économique des mécanismes en jeu, en vérifie les hypothèses et définit leurs conséquences à travers notamment un modèle économétrique, comme il a été indiqué plus haut.

Il est fréquent de dire que corrélation n'est pas causalité. C'est pourquoi le juge sera attentif à s'assurer que le modèle proposé est robuste, ce qui signifie qu'il prend bien en compte toutes les variables qui lui paraissent pertinentes et qu'il est sensible aux modifications d'hypothèses concernant le rôle des variables explicatives.

Dès lors qu'on les soumet à l'analyse critique, les approches économiques sont à la fois rigoureuses grâce à des méthodologies éprouvées et utiles pour la décision du juge. ■

<sup>23</sup> Réparation du Préjudice économique - Fiche n° 2 : Quelle appréciation du lien de causalité ? - Cour d'appel de Paris. - V. [www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020](http://www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020).

<sup>24</sup> V. Cass. com., 7 avr. 2010, n° 09-12.984, 09-13.163 et 09-65.940 : *JurisData* n° 2010-003344.