

FAUT-IL CRÉER DES MÉTHODES NOUVELLES OU DES APPROCHES NOUVELLES POUR ÉVALUER LES PRÉJUDICES ?

par **Maurice Nussenbaum**

Professeur à l'Université Paris IX Dauphine. Expert judiciaire en finance agréé par la Cour de cassation. Président de Sorgem Évaluation

■ Introduction

La face cachée d'Internet ...

Internet a bouleversé le fonctionnement de nombreux marchés en changeant les modalités d'interaction entre l'offre et la demande. Cette tendance se manifeste notamment par la multiplication des marchés bifaces associant à travers une plate-forme commune des clientèles différentes qui ont un intérêt à interagir. Par ailleurs, l'e-commerce, nouveau système de distribution peut, s'il est détourné, permettre de porter atteinte à l'image de nombreuses marques qui sont des actifs immatériels fragiles dont l'image peut rapidement être dégradée.

Ces nouvelles configurations de marchés peuvent créer des préjudices qui nécessitent la mise en œuvre de méthodes appropriées d'évaluation. Ils peuvent affecter aussi bien les utilisateurs victimes de conditions de prix abusives (sur prix) ou les concurrents victimes d'éviction et doivent être analysés à l'aide du triptyque : faute – lien direct – préjudice.

De par ses spécificités, la définition de la faute est difficile car elle doit s'appuyer sur une analyse économique et juridique mouvante face à des nouveaux enjeux en évolution constante. La définition du préjudice et sa mesure sont complexes du fait de la difficulté de définir un scénario contrefactuel qui suppose d'établir avec certitude la « situation but-for », c'est-à-dire celle qui aurait prévalu en l'absence du préjudice.

Le guide de la Commission européenne de 2013 fournit des outils méthodologiques mais il faut encore bien définir les situations sur lesquelles ils s'appliquent¹. Les préjudices, quels que soient les outils statistiques seront toujours :

- des pertes subies (passées ou futures) ;
- ou des gains manqués (allant jusqu'à l'éviction) et pertes de chance.

Il va donc falloir concrètement définir si les méthodes proposées s'appliquent :

- aux marchés bifaces compte tenu de la dissymétrie des pratiques tarifaires sur les deux faces ;
- aux problématiques du e-commerce et aux marques compte tenu des problèmes de territorialité.

■ Le cas des marchés bifaces

Caractéristiques des marchés bifaces et exemples

Deux groupes d'agents

Les marchés bifaces mettent en relation deux groupes d'agents qui ont intérêt à interagir mais ne disposent pas de moyens efficaces pour le faire.

Un intermédiaire

Les sociétés présentes sur ces marchés permettent à ces deux catégories d'agents de se rencontrer et d'interagir.

Des effets de réseau

Le bénéfice d'un groupe d'agents dépend du nombre d'agents présents sur l'autre face : le marché biface se nourrit d'un effet de réseau. Les marchés bifaces peuvent conduire à des situations de monopoles naturels dès lors qu'ils sont construits sur des innovations particulières conférant une avance significative au premier entrant qui, du fait des économies d'échelle dont il bénéficie, tend à éliminer ses concurrents qui apparaissent de fait moins efficaces.

Exemples de marchés

On distingue trois types de marchés bifaces :

- **Les « markets makers »**

Ces marchés relient par des transactions des membres de deux marchés distincts. C'est par exemple le cas des plates-formes d'intermédiation et des systèmes de paiement.

- **Les « audiences makers »**

Il s'agit de relier les deux cotés mais sans réaliser de transactions. Tel est le cas, par exemple, des médias financés par la publicité.

- **Les « demand coordinators »**

Il s'agit de créer une infrastructure commune pour réaliser des transactions entre les deux cotés. On citera comme exemple les plates-formes logicielles (téléphones portables, jeux vidéo...).

Détermination des préjudices éventuels

Les marchés bifaces débouchent sur des structures de coûts particulières du fait de la problématique d'allocation des coûts sur la face payante

La gratuité sur une face peut apparaître comme un mode de tarification rationnel qui engendre des environnements propices aux positions dominantes et

(1) M. Nussenbaum, L'évaluation des dommages concurrentiels, AJCA 2014. 261 et http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

à la constitution de monopoles naturels du fait des avantages dont bénéficient les premiers entrants. Dans les marchés bifaces, un service peut être fourni gratuitement sur l'une des faces dès lors qu'il est financé par l'autre face du marché. On peut citer à titre d'exemple :

- le moteur de recherche Google qui est gratuit pour les internautes, mais qui est financé par la publicité des annonceurs via des services payants comme Google Adwords ;
- Booking.com qui fournit gratuitement ses services de location d'hôtels aux internautes mais est rémunéré par les hôtels adhérents ;
- ou encore, les modèles de tarification dits « Freemium » qui font également appel à la gratuité ; un même service présente deux niveaux de qualité : un niveau basique gratuit et librement accessible et un niveau enrichi (premium) payant. Là encore, la gratuité de certaines prestations est financée par l'autre côté du marché biface.

Le marché pertinent et le degré de concurrence sont difficiles à appréhender du fait de la dépendance des deux faces.

L'exemple eBay

L'exemple d'eBay aux États-Unis a concerné non pas des pratiques discriminatoires mais plutôt des prix excessifs constitutifs d'un abus de position dominante. En 2010, un regroupement de vendeurs a assigné eBay pour abus de position dominante. Les plaignants jugeaient excessive la commission prise par eBay sur les transactions. Pour prouver une pratique anticoncurrentielle selon la section II du Sherman Act, il faut démontrer :

- L'abus de position dominante sur le marché pertinent (et donc déterminer le marché pertinent au préalable) ;
- Des pratiques intentionnelles pour maintenir ce monopole ;
- L'existence d'un préjudice résultant de la pratique anticoncurrentielle.

Le regroupement de vendeurs a échoué dans la démonstration du préjudice et dans son calcul. Les juges ont retenu que les plaignants n'avaient pas défini correctement le marché pertinent, ni montré qu'eBay détenait un monopole sur le marché défini et que de surcroît ils n'avaient pas réussi, ni à établir, ni à quantifier leur préjudice.

Les demandeurs ont utilisé comme méthode de calcul du préjudice la méthode des surpris (*overcharges*), c'est-à-dire la « différence entre le prix payé pour les biens achetés et le prix qui aurait été payé en l'absence du comportement abusif d'eBay ». Ils précisent d'ailleurs, qu'il s'agit de la méthode standard dans les situations de prix prédateurs et non celle de gains manqués (*lost profits*). eBay a dénoncé cette méthode et argumenté sur la nature même du marché. En effet, dans le cas de marché biface, la structure des coûts peut être asymétrique. Il faut prendre en compte l'ensemble des effets de réseaux dont bénéficient les clients : « rapidité de la vente, vitrine du produit, prix ».

En résumé, les demandeurs n'auraient pas pris en compte la structure du marché biface et l'ensemble des externalités dont ils bénéficient. En outre, les demandeurs ne sont pas parvenus à évaluer le préjudice avec leur méthode, ce qui souligne la difficulté que rencontrent les victimes pour établir le préjudice subi dans une situation où la situation contrefactuelle n'existe pas.

L'exemple Google

L'affaire est pendante devant la Commission européenne². Google est poursuivi pour abus de position dominante pour avoir favorisé ses propres services dans les résultats de son moteur de recherche alors que dans son avis n° 14-A-18³, l'Autorité de la concurrence avait considéré qu'une telle pratique de la part de Google visant à évincer ses concurrents de ce marché semble relativement improbable d'un point de vue économique, au vu des caractéristiques de la concurrence pour la fourniture de cartes API⁴. Il peut notamment être relevé que malgré la position supposée dominante de Google sur le marché national des API cartographiques, les clients ou utilisateurs disposent d'un large choix d'API auprès des fournisseurs propriétaires et de la communauté *open source*. Il est donc peu probable que ces solutions puissent être évincées du marché dans la mesure où la majorité de leurs coûts ont déjà été encourus et que leurs coûts récurrents pour les cartes API sont peu élevés. De plus, il existe d'autres entrants potentiels de taille, en particulier Amazon et Apple.

Difficultés rencontrées avec les marchés bifaces pour déterminer le préjudice

Il convient de déterminer si la position dominante (notamment lorsqu'il s'agit d'un monopole) de la plate-forme est abusive en profitant de la situation avec des prix trop élevés ou bien en recherchant à exclure les concurrents avec des prix prédateurs.

L'analyse de la prédation suppose la mise en œuvre d'un test de coûts, de leur nature et de leur allocation. Dans le cas des marchés bifaces, il faut prendre en compte simultanément les deux côtés de la plate-forme et comparer la somme des coûts aux prix proposés sur la face payante. Il faut alors établir si les prix sont en dessous des coûts et si l'entreprise aura la possibilité de récupérer ses pertes. Plus grande sera la part des coûts communs aux différentes activités, plus il sera difficile d'établir le caractère prédateur d'une activité particulière.

Il faut ensuite déterminer et quantifier le préjudice subi soit par les clients de la face payante (surprix), soit par les concurrents de la plate-forme (évicton).

Mais la question se pose de définir à qui revient la charge de la preuve. La démonstration de l'intention de prédation peut également s'avérer difficile. Il est nécessaire que l'entreprise mise en cause communique ses coûts, ce qui suppose la possibilité pour le juge de l'exiger.

Les pistes d'analyses

- Apprécier la position d'une plate-forme en fonction de ses compétences et mérites et notamment l'innovation et l'apport de services nouveaux.
- Analyser la structure des prix en prenant en compte les deux côtés de la plate-forme.
- Analyser la compensation de la surfacturation par les effets positifs de réseau.

Dans les marchés bifaces, un service peut être fourni gratuitement sur l'une des faces dès lors qu'il est financé par l'autre face du marché. On peut citer à titre d'exemple le moteur de recherche Google qui est gratuit pour les internautes, mais qui est financé par la publicité des annonceurs

(2) Notification de griefs du 15 avril 2015.

(3) Aut. conc. avis n° 14-A-18 du 16 déc. 2014.

(4) L'API (Application Programming Interface) est un langage de programmation informatique.

Mesure du préjudice

Il existe deux méthodes s'appliquant dans des contextes spécifiques⁵.

Méthode des surcoûts

Cette méthode est facile d'application et est à privilégier en cas d'abus de position dominante sur les prix (et spécifiquement lorsque une des parties n'est pas une entreprise). Elle est également recommandée par la Cour suprême des États-Unis.

Plusieurs approches :

- méthode du « yardstick » : ou par comparaison à un étalon de référence ;
- méthode avant / après ;
- méthode des parts de marché en considérant une part de marché de référence.

L'objectif est de démontrer que les surpris sont supérieurs aux avantages tirés des économies d'échelle.

Méthode des profits perdus

Cette méthode est utilisable pour les cas de positions anti-concurrentielles qui engendrent l'éviction d'un concurrent ou développent des prix non compétitifs. Elle consiste à calculer le profit qui aurait pu être généré s'il n'y avait pas eu de position dominante sur le marché. Cette méthode nécessite donc la construction d'un *business plan* en fonction des hypothèses qui étaient prévisibles avant la survenance du fait générateur du préjudice. Cette méthode est plus complexe car elle repose sur de nombreuses hypothèses qui rendent l'approche plus détaillée mais très spéculative.

L'objectif est de démontrer le manque à gagner à partir d'un business plan reprenant les hypothèses prévisibles avant la survenance du fait générateur du préjudice.

Les deux méthodes – des surcoûts et des profits perdus – peuvent être mises en œuvre simultanément.

Application des méthodes d'évaluation aux marchés bifaces :

La méthode de surcoût est la plus fréquemment utilisée mais elle est rendue difficile par les

La méthode de surcoût est la plus fréquemment utilisée mais elle est rendue difficile par les problèmes d'accès aux informations pertinentes. Comment prendre en compte les effets d'efficacité générés par les effets de réseaux et notamment les économies d'échelle et leur impact sur la demande ?

problèmes d'accès aux informations pertinentes. Comment prendre en compte les effets d'efficacité générés par les effets de réseaux et notamment les économies d'échelle et leur impact sur la demande ? Autrement dit, les éventuels surprofits ne sont-ils pas compensés dans le cas des « *markets makers* », à la fois par un accroissement de la demande et par les économies de coûts ? Ceci suppose d'analyser simultanément les deux faces afin d'établir si les économies d'échelle ont bien généré pour les consommateurs des avantages permettant de compenser les investissements supportés par les concurrents évincés.

Conclusion

Des mesures conservatoires sont le plus souvent prononcées dans les décisions de justice du fait des difficultés à définir les fautes. Les situations contrefactuelles sont difficiles à définir sur un marché qui tend à devenir monopolistique compte tenu des externalités de réseau et des économies d'échelle. L'évaluation du préjudice est

complexe du fait de la nature biface du marché et nécessite la prise en compte simultanée des deux faces et l'appréciation comparée des effets favorables et préjudiciables. Étant donné la compétence nationale des tribunaux et de l'universalité d'Internet, la territorialité est également importante à prendre en compte.

■ L'atteinte aux marques via Internet

Définition et exemples

Les marques sont des actifs incorporels particuliers et vulnérables qui peuvent être affectés sur Internet. La marque peut être appréhendée comme :

- Une mémoire inscrite dans l'esprit du consommateur.
- Un ensemble de valeurs issues :
 - Des investissements en communication de la société ;
 - Des expériences du consommateur.

On peut citer à titre d'exemple les marques suivantes et leurs valeurs (Tableau 1).

Tableau 1.

Nespresso	Élégance, séduction, rapports féminin/masculin, etc
Apple	Haut-de-gamme, luxe, finition articulée à la facilité d'articulation, etc.
Danone	Santé par la nutrition, francité, etc.

Il est facile, du fait de la viralité des atteintes à l'image sur Internet, de mettre en cause les valeurs attachées à la marque.

Diagnostic de l'atteinte à la marque et à son image

L'atteinte à la marque peut résulter :

- du dénigrement ;
- de la contrefaçon ;
- d'actions menées par des associations ;
- des actions des consommateurs sur les réseaux sociaux.

Il est nécessaire de rechercher :

- quelles sont les valeurs de la marque et de son image ? Elles pourront être définies au travers des études faites sur la marque avant les faits ;
- en quoi la faute atteint les valeurs de la marque et de son image ?
- l'ampleur de l'atteinte et ses conséquences ainsi que les mesures qui devront être mises en place pour la corriger.

⁽⁵⁾ M. Nussenbaum, L'évaluation des préjudices économiques, RD banc. fin. 2013, n° 3, p. 32.

Impact néfaste d'Internet sur les marques

On peut procéder à partir de l'exemple de l'affaire *eBay / Louis Vuitton*⁶ pour montrer les spécificités de l'atteinte à la marque Internet. On note tout d'abord qu'il ne s'agit pas d'un litige classique entre un titulaire de droits de propriété intellectuelle et un contrefacteur. En effet, eBay est un prestataire de services sur un marché biface permettant de commercialiser des produits dont des produits contrefaits auprès de nombreux acheteurs dans le monde entier. En fait, en l'espèce, la fonction d'eBay consistait à mettre en relation des contrefacteurs et des clients finaux.

Les spécificités de l'atteinte à la marque sur Internet à travers le cas *eBay c/ Louis Vuitton* sont les suivantes :

- Internet amplifie l'atteinte à l'image de marque en offrant une vraie « place de marché » aux produits contrefaits permettant d'accroître le volume vendu et la visibilité des ventes de contrefaçons et en introduisant les marques dans un univers incompatible avec leur positionnement de marque luxe.
- Internet crée comme un « bazar virtuel » qui introduit les marques des titulaires de droits dans un univers très différent de leur univers de référence :
 - pas de mise en valeur des produits ;
 - prix dérisoires (ou de contrefaçon) ;
 - ceci aboutit à un dénigrement de la marque.

Mesures du préjudice

Il y a souvent addition de deux préjudices complémentaires :

- le préjudice résultant de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle ;
- le préjudice résultant de l'atteinte à la marque ou à l'image de marque ;
- ces deux préjudices sont distincts et s'apprécient avec des méthodes d'évaluation différentes...

Le cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle

Il s'agit d'un sujet fréquent en matière de contrefaçon, de parasitisme... La question qui se pose alors est : le titulaire des droits aurait-il pu vendre les produits à la place de l'auteur de l'atteinte ?

Si oui : il va alors réclamer la marge sur coûts variables perdue sur les ventes qu'il aurait pu réaliser lui-même,

Si non : il va alors réclamer une redevance indemnitaire.

(6) Paris, pôle 5 – ch. 2, 3 sept. 2010, n° 08/12821.

(7) Paris, pôle 5 – ch. 2, 3 sept. 2010, n° 08/12821.

(8) T. com. Paris, 26 mars 2013, n° 2011-085602.

(9) « À quelques jours de la « Fashion Week » qui se déroulait à Paris début mars 2011, John Galliano, le couturier vedette de la maison de haute couture Christian Dior, se livre brutalement à une apologie des crimes nazis, tient des propos racistes et antisémites, profère des injures grossières ». Ces comportements ont conduit la maison Christian Dior à se séparer de son couturier.

Cas d'atteinte à l'image / à l'image de marque

Il s'agit d'un cas de plus en plus fréquent. La question qui se pose est de caractériser les conséquences de l'atteinte :

- si ce sont des ventes perdues : le préjudice sera représenté par la marge perdue sur coûts variables ;
- si l'atteinte à l'image a été caractérisée de manière spécifique, il y a nécessairement un impact sur les investissements en communication : soit les investissements passés ont été dépréciés ce qui peut entraîner la dépréciation de la valeur de la marque ;
- * il peut aussi s'agir des investissements supplémentaires qui seront nécessaires pour redresser l'image atteinte.

Cas des investissements supplémentaires

Cette approche est aujourd'hui couramment reconnue par la jurisprudence. Elle consiste à apprécier le préjudice par les dépenses nécessaires pour reconstituer l'image car elles peuvent être estimées à partir :

- de l'équivalent en valeur des campagnes négatives faites sur la marque (cas de dénigrement par exemple) ;
- ... majoré d'un coefficient multiplicateur pour tenir compte du fait qu'il est toujours plus difficile et coûteux de réparer une image que de la dégrader ;
- qui peut être recoupée par recours à un tiers externe (agence de communication...) et comparée à la campagne de riposte réellement planifiée (voire en partie faite) par la victime de l'atteinte.

Exemples de décisions

Cas *Louis Vuitton* (Cour d'appel de Paris - 3 sept. 2010)⁷

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Louis Vuitton c/ eBay*, la cour d'appel de Paris, pour démontrer le préjudice subi, a retenu la méthode du taux de licence majoré correspondant à un coefficient 2 appliqué aux commissions perçues par eBay. Concernant l'atteinte à l'image, l'arrêt précise que l'assiette retenue était constituée des revenus sur les insertions des vendeurs assortis d'un coefficient de 4.

Cas *Christian Dior* (Tribunal de commerce de Paris - 26 mars 2013)⁸

Dans cette décision, – affaire *Cheyenne Freedom* (société détenue par le couturier J. Galliano) contre Christian Dior Couture, le tribunal de commerce a estimé le préjudice à partir des coûts des actions de communications que la société victime a dû déployer pour surmonter l'impact des actions négatives de J. Galliano amplifiées par la résonnance des réseaux sociaux⁹. Comme il a été indiqué plus haut, il convient de porter une attention particulière aux problèmes de territorialité : la cour d'appel a limité le préjudice aux seuls sites : *ebay.fr*, *ebay.com* et *ebay.uk*.

Conclusion

- La faute doit être clairement définie par le juge préalablement à l'évaluation du préjudice ce qui implique l'établissement d'un bilan entre les effets positifs et négatifs pour les marchés bifaces. La détermination du préjudice doit s'adapter à l'environnement spécifique d'Internet : en définissant clairement la situation contrefactuelle. En étant la plus objective possible même si des analyses prospectives sont nécessaires pour déterminer les effets des pratiques d'éviction ;

- en ayant recours à la méthodologie économique spécifique la plus adaptée en s'appuyant notamment sur le guide de la Commission de 2013⁽¹⁰⁾ ;
- en prenant en compte les problèmes d'accès à l'information car il est nécessaire de connaître précisément les données

financières et comptables de l'entreprise mise en cause.

(10) V. note 1.

L'ADAPTATION DE L'HUISSIER DE JUSTICE À L'ÉCONOMIE DIGITALE

par Carole Duparc
Huissier de justice

L'avènement de l'ère numérique a fait de nous des « *homo numericus* ». Les technologies de l'économie numérique nous ont offert de nouveaux espaces sans frontière :

- espace marchand avec le e-commerce ;
- espace de communication avec les messageries électroniques ;
- espace de circulation de l'information avec le développement des réseaux sociaux.

Il en a résulté de nouveaux contentieux axés, d'une part, sur les relations personnelles (entre individus ou au sein de l'entreprise), d'autre part, sur des relations strictement professionnelles, notamment en matière de concurrence déloyale. C'est ainsi que l'on a vu apparaître de nouveaux modes de preuve s'attachant aux spécificités techniques de ces différents espaces.

L'huissier de justice a dû s'adapter aux problèmes posés par la collecte et la conservation des preuves, liés à la volatilité des informations circulant, à la fiabilité des données et à l'identification des auteurs. Techniquement, il a aussi dû s'adapter aux divers supports qui ont des spécificités en constante évolution : ordinateur, tablette, *smartphone*, messagerie, logiciel de discussion MSN¹ ou Skype, *cloud*, etc.

Si le statut d'huissier de justice induit une neutralité juridique (garanties d'indépendance, d'objectivité, de loyauté, d'impartialité et de respect des libertés individuelles) en tant que tiers de confiance, le support digital le contraint à s'assurer également du respect d'une neutralité technique. En effet, pour garantir l'objectivité de la preuve et donc une sécurité juridique, ni l'environnement ni le matériel informatique ne doivent pouvoir l'affecter. De telles opérations amènent les huissiers de justice à analyser la faisabilité des constatations au niveau technique et au regard d'un certain nombre de principes. Les huissiers de justice sont donc astreints à justifier de prérequis techniques destinés à démontrer la qualité probatoire de l'élément recueilli.

Les questions que se pose un huissier de justice qui doit appréhender des informations, établir des constatations, collecter des preuves, notamment en matière de concurrence déloyale, d'atteinte au droit d'auteur, de plagiat, de diffamation, d'affichage de mentions légales, d'atteinte aux marques, aux dessins, aux modèles, etc., sont liées :

- aux conditions d'accès à ces éléments : textes, images, vidéos ;
- au respect des libertés individuelles ;
- au respect du principe de loyauté dans la collecte de la preuve ;
- au caractère exploitable de la preuve collectée ;
- à la conservation de cette preuve ;
- à la certification de l'information.

Quelles sont les possibilités qui s'offrent aux justiciables du point de vue de la collecte des preuves ?

Elles sont au nombre de deux : requérir l'assistance d'un huissier de justice directement ; recourir au juge pour administrer judiciairement la preuve en obtenant une décision gracieuse ou contentieuse. En effet, le code de procédure civile octroie en son article 10 au juge le pouvoir d'ordonner d'office toutes mesures d'instruction légalement admissibles. Celles-ci, couramment appelées « constats 145 » ou « expertises », sont détaillées dans les articles 143 à 284-1 de ce code.

Il n'existe pas de droit de la preuve numérique. Il ne s'agit que d'une construction jurisprudentielle évolutive qui a conduit dans certains cas à définir des principes, d'autres domaines restant dans un flou juridique.

Les différents supports et les limites à l'intervention de l'huissier de justice

Le constat sur *smartphone*/SMS – enregistrements sonores ou visuels

La démocratisation des téléphones portables multifonctions aboutit à la diffusion quasi universelle des moyens d'enregistrement, script, audio ou vidéo. L'huissier de justice dresse aujourd'hui très régulièrement des constats de messages écrits ou parlés, voire d'enregistrements audiovisuels. Les constats sur ces supports portent fréquemment sur des échanges personnels ou professionnels. Ils peuvent être faits librement après des vérifications relatives à la titularité de la ligne et après une identification du matériel par l'huissier de justice.

(1) Il s'agit d'un portail web offrant des sites et services internet fournis par Microsoft.