



Bruxelles, le **XXX**
[...](2013) **XXX** draft

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

GUIDE PRATIQUE

**CONCERNANT LA QUANTIFICATION DU PRÉJUDICE DANS LES ACTIONS EN
DOMMAGES ET INTÉRÊTS FONDÉES SUR DES INFRACTIONS À L'ARTICLE
101 OU 102 DU TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION
EUROPÉENNE**

accompagnant le document:

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

**relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées
sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union
européenne**

TABLE DES MATIÈRES

Partie 1 — Contexte et approche générale de la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence	8
I. Cadre juridique	8
A. Le droit à réparation	8
B. Règles nationales en matière de quantification du préjudice et objet du présent guide pratique.....	9
II. Approche générale de la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence	11
III. Structure du guide pratique	14
Partie 2 — Méthodes et techniques	16
I. Vue d'ensemble	16
II. Méthodes comparatives	17
A. Méthodes d'établissement d'un scénario contrefactuel.....	19
(1) Comparaison dans le temps sur le même marché	19
(2) Comparaison avec des données concernant d'autres marchés géographiques	22
(3) Comparaison avec des données concernant d'autres marchés de produits.....	24
(4) Combinaison des comparaisons dans le temps et entre marchés	24
B. Application concrète de la méthode: techniques d'estimation du prix ou d'une autre variable économique dans le scénario contrefactuel	25
(1) Techniques simples: observations individuelles, moyennes, interpolation et ajustements simples.....	26
(2) Analyse de régression	29
a. Définition et objectif de l'analyse de régression	29
b. Exemples et illustrations	30
c. Exigences à respecter pour l'application de l'analyse de régression	34
(3) Choix des techniques.....	37
III. Modèles de simulation, analyse fondée sur les coûts, analyses financières et autres méthodes	38
A. Modèles de simulation	39
B. Méthode fondée sur les coûts et méthodes financières	42
C. Autres méthodes.....	45

IV.	Choix des méthodes	46
Partie 3 — Quantification du préjudice découlant d'une augmentation des prix 48		
I.	Effets des infractions conduisant à une augmentation des prix	48
II.	Quantification du surcoût	50
A.	Quantification du surcoût causé par une entente.....	51
(1)	Effets des ententes.....	51
(2)	Surcoût initial payé par le client direct	53
a.	Comparaison dans le temps.....	54
b.	Autres méthodes comparatives	56
(3)	Répercussion du surcoût	57
B.	Quantification des surcoûts causés par d'autres types d'infractions entraînant un préjudice sous la forme d'un surcoût.....	60
III.	Quantification du préjudice causé par l'effet volume	61
Partie 4 — Quantification du préjudice découlant de pratiques d'éviction 63		
I.	Effets des pratiques d'éviction	63
II.	Quantification du préjudice causé aux concurrents	64
A.	Dimension temporelle des pratiques d'éviction	64
B.	Approche générale de la quantification du manque à gagner	65
C.	Concurrents existants	67
(1)	Comparaison dans le temps.....	68
(2)	Autres méthodes comparatives	72
D.	Nouveaux entrants évincés.....	72
E.	Indemnisation du manque à gagner futur.....	74
III.	Quantification du préjudice causé aux clients	75
A.	Récupération des pertes.....	76
B.	Préjudice causé aux concurrents clients de l'entreprise auteur de l'infraction	77
Liste des affaires citées		80

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

GUIDE PRATIQUE

CONCERNANT LA QUANTIFICATION DU PRÉJUDICE DANS LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS FONDÉES SUR DES INFRACTIONS À L'ARTICLE 101 OU 102 DU TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE

accompagnant le document:

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

APERÇU DU CONTENU

		<i>Points</i>
PARTIE 1	CONTEXTE ET APPROCHE GENERALE DE LA QUANTIFICATION DU PREJUDICE DANS LES AFFAIRES DE CONCURRENCE	1-25
I.	CADRE JURIDIQUE	1-10
A.	<i>Le droit à réparation</i> Le droit à réparation dans le droit de l'UE – principes d'effectivité et d'équivalence [1].	1-2
B.	<i>Règles nationales en matière de quantification du préjudice et objet du présent guide pratique</i> Infraction et lien de causalité [3]. Contexte national et de l'UE dans lequel s'inscrivent les demandes de dommages et intérêts [4]. Approches pragmatiques dans le droit national [5]. Objet du guide pratique [6]. Statut juridique du guide pratique [7-9].	3-10
II.	APPROCHE GENERALE DE LA QUANTIFICATION DU PREJUDICE DANS LES AFFAIRES DE CONCURRENCE Notion de «réparation du préjudice subi» [11, 20]. «Scénario sans infraction» [12]. Éléments de preuve à la disposition des juridictions [14]. Principales étapes de la quantification [13-15]. Incertitudes inhérentes à la quantification du préjudice [16-17].	11-20
III.	STRUCTURE DU GUIDE PRATIQUE	21-25
PARTIE 2	MÉTHODES ET TECHNIQUES	26-125
I.	VUE D'ENSEMBLE Aperçu des différentes méthodes [27]. Méthodes comparatives [27]; Autres méthodes [28].	26-31
II.	MÉTHODES COMPARATIVES Exemple d'analyse comparative [32]. Avantages de la méthode comparative [37].	32-95

A.	Méthodes d'établissement d'un scénario contrefactuel	38-58
(1)	Comparaison dans le temps sur le même marché Différents points de comparaison possibles [39]. Choix des données [40]. Choix entre les différentes approches [43]. Point final de l'infraction [44]. Marchés oligopolistiques[45].	38-48
(2)	Comparaison avec des données concernant d'autres marchés géographiques Similitudes suffisantes [50]. Marchés voisins [53].	49-53
(3)	Comparaison avec des données concernant d'autres marchés de produits	54-55
(4)	Combinaison des comparaisons dans le temps et entre marchés Méthode des «doubles différences» [56]. Avantages et inconvénients [58].	56-58
B.	Application concrète de la méthode: techniques d'estimation du prix ou d'une autre variable économique dans le scénario contrefactuel Possibilité d'utiliser des données directement disponibles [60]. Nécessité d'ajuster les données (autres causes) [61]. Choix entre les différentes méthodes [62].	59-95
(1)	Techniques simples: observations individuelles, moyennes, interpolation et ajustements simples Données disponibles [64]. Recours à des données moyennes [66]. Interpolation linéaire [67]. Identification des facteurs de différenciation [68].	63-68
(2)	Analyse de régression	69-99
<i>a.</i>	<i>Définition et objectif de l'analyse de régression</i> Qu'est-ce qu'une analyse de régression? [69]. Types d'analyses de régression [71].	<i>69-72</i>
<i>b.</i>	<i>Exemples et illustrations</i> Étapes fondamentales d'une analyse de régression [73-76]. Analyse de régression à variables multiples (analyse multivariée) [77]. Méthode de prévision [80].	<i>73-80</i>
<i>c.</i>	<i>Exigences à respecter pour l'application de l'analyse de régression</i> Observations [81-84]. Traitement des incertitudes (signification statistique) [87-88]. «Analyse à forme réduite» [90].	<i>81-90</i>
(3)	Choix des techniques Choix des techniques de quantification et considérations de proportionnalité [92-93].	91-95
III.	MODELES DE SIMULATION, ANALYSE FONDEE SUR LES COUTS, ANALYSES FINANCIERES ET AUTRES METHODES	96-121
A.	Modèles de simulation Modèles de marchés oligopolistiques [98]. Utilisation de modèles de simulation [100]. Exemple [101-102]. Avantages et inconvénients de cette approche [103-105].	97-105
B.	Méthode fondée sur les coûts et méthodes financières Principe [107]. Détermination des coûts pertinents [109]. Marge bénéficiaire [111]. Méthode financière [114-118].	106-118
C.	Autres méthodes	119-121
IV.	CHOIX DES METHODES	122-125
PARTIE 3	QUANTIFICATION DU PREJUDICE DECOULANT D'UNE AUGMENTATION DES PRIX	126-179

I.	EFFETS DES INFRACTIONS CONDUISANT A UNE AUGMENTATION DES PRIX Clients directs et indirects [126]. Exemples d'infractions [127]. Deux types de préjudice: le «surcoût» et l'«effet volume» [128].	126-135
II.	QUANTIFICATION DU SURCOUT	136-174
A.	<i>Quantification du surcoût cause par une entente</i>	<i>137-171</i>
(1)	Effets des ententes Définition des infractions sous la forme d'ententes [139]. Indications empiriques/études économiques sur l'effet global des ententes [141-145].	139-145
(2)	Surcoût initial payé par le client direct Présentation d'un exemple concret de préjudice lié à une entente causé à des clients directs [147].	146-160
a.	<i>Comparaison dans le temps</i> Application d'une comparaison dans le temps à l'exemple concret [149]. Opportunité d'utiliser les prix observés après la fin de l'infraction à des fins de comparaison [153].	<i>149-154</i>
b.	<i>Autres méthodes comparatives</i> Comparaison avec les prix pratiqués sur un autre marché géographique [155]. Comparaison avec les prix pratiqués sur un autre marché de produits [160].	<i>155-160</i>
(3)	Répercussion du surcoût Répercussion et baisse des ventes/effet volume [162]. Moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût et actions intentées par un client indirect contre l'auteur de l'infraction [164]. Approches adoptées par les demandeurs et les défendeurs pour justifier leurs allégations [166]. Caractéristiques de marché susceptibles d'influencer l'ampleur de la répercussion [167].	161-171
B.	<i>Quantification des surcoûts causés par d'autres types d'infractions entraînant un préjudice sous la forme d'un surcoût</i>	<i>172-174</i>
III.	QUANTIFICATION DU PREJUDICE CAUSE PAR L'EFFET VOLUME	175-179
PARTIE 4	QUANTIFICATION DU PREJUDICE DECOULANT DE PRATIQUES D'EVICION	180-216
I.	EFFETS DES PRATIQUES D'EVICION Exclusion des concurrents du marché: effets de verrouillage [180]. Effets des pratiques d'éviction [181-182].	180-183
II.	QUANTIFICATION DU PREJUDICE CAUSE AUX CONCURRENTS	184-208
A.	<i>Dimension temporelle des pratiques d'éviction</i>	<i>185-187</i>
B.	<i>Approche générale de la quantification du manque à gagner</i> Construction du scénario contrefactuel [188]. Calcul du manque à gagner [189-190]. Possibilité de ne demander réparation que pour une partie du préjudice [191].	<i>188-193</i>
C.	<i>Concurrents existants</i>	<i>194-199</i>
(1)	Comparaison dans le temps Exemple concret [195-196]. Utilisation des parts de marché [197].	195-198
(2)	Autres méthodes comparatives	199

D.	<i>Nouveaux entrants évincés</i> Problèmes spécifiques [200]. Exemple concret [202-204].	200-205
E.	<i>Indemnisation du manque à gagner futur</i>	206-208
III.	QUANTIFICATION DU PREJUDICE CAUSE AUX CLIENTS	209-216
A.	<i>Récupération des pertes</i> Exemple dans une affaire de prix prédateurs [210-212]. Exemple d'un concurrent évincé [213].	210-214
B.	<i>Préjudice causé aux concurrents clients de l'entreprise auteur de l'infraction</i>	215-216

LISTE DES EXEMPLES CONCRETS

Cartel de la farine [32], [147]

Refus de fournir un intrant essentiel à la production de solvants commerciaux [194], [195], [196], [208]

Affaire des équipements médicaux [203], [205]

Récupération des pertes dans une affaire de prix prédateurs [211], [214]

Partie 1 — Contexte et approche générale de la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence

I. CADRE JURIDIQUE

A. *Le droit à réparation*

1. Toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) a le droit d'obtenir réparation de ce préjudice. La Cour de justice de l'UE a jugé que ce droit était garanti par le droit primaire de l'UE¹. La réparation consiste à placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction ne s'était pas produite. Le droit à réparation porte donc non seulement sur la perte subie (*damnum emergens*), mais également sur le manque à gagner (*lucrum cessans*) et inclut le paiement d'intérêts². Par perte subie, on entend la diminution du patrimoine de l'intéressé; le manque à gagner signifiant, quant à lui, l'exclusion d'un accroissement du patrimoine qui aurait eu lieu si l'infraction n'avait pas été commise³.
2. Ce sont généralement les tribunaux nationaux qui statuent sur les actions en réparation intentées au civil⁴. Dans la mesure où il n'existe aucune réglementation de l'UE en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de définir des règles précises concernant l'exercice du droit à réparation garanti par l'ordre juridique de l'UE. Ces règles ne doivent cependant pas rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible l'exercice des droits conférés aux personnes par l'ordre juridique de l'UE (principe d'effectivité) et ne doivent pas être moins

¹ Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, *Courage*, Recueil 2001, p. I-6297, point 26, arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, p. I-6619, point 60, arrêt du 14 juin 2011 dans l'affaire C-360/09, *Pfleiderer*, Recueil 2011, p. I-5161, point 36, et arrêt du 6 novembre 2011 dans l'affaire C-199/11, *Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.* (non encore publié au Recueil). Ces affaires concernent l'article 101 du TFUE (ancien article 81 du traité CE); les mêmes principes s'appliquent cependant aussi à l'article 102 du TFUE (ancien article 82 du traité CE) – arrêt du 14 juin 2011 dans l'affaire C-360/09, *Pfleiderer*, Recueil 2011, p. I-5161, point 36.

² Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, p. I-6619, point 95.

³ Conclusions de l'avocat général Capotorti dans l'affaire 238/78, *Ireks-Arkady GmbH/Conseil et Commission*, Recueil 1979, p. 2955, point 9.

⁴ La compétence judiciaire internationale du juge national est souvent réglée par le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 12 du 16.1.2001, p. 1). Ce règlement a récemment été remplacé par le règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 351 du 20.12.2012, p. 1), dont la majeure partie des dispositions entreront en vigueur le 10 janvier 2015. Le droit matériel qui s'applique dans un cas précis dépendra souvent de ce que prévoit la réglementation de l'UE, notamment l'article 6 du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (JO L 199 du 31.7.2007, p. 40). Les règles procédurales applicables seront habituellement celles en vigueur dans le pays où se trouve la juridiction devant laquelle l'affaire est portée (*lex fori*). Des tribunaux d'arbitrage et des juges de pays non membres de l'UE peuvent également statuer sur des actions en dommages et intérêts.

favorables que celles régissant les actions en réparation engagées pour violation de droits similaires conférés par l'ordre juridique interne (principe d'équivalence)⁵.

B. Règles nationales en matière de quantification du préjudice et objet du présent guide pratique

3. Dans les actions visant à obtenir réparation du préjudice subi du fait d'une infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE, les juridictions nationales doivent établir si le demandeur a subi un préjudice imputable à l'infraction et, dans l'affirmative, déterminer le montant qu'il convient d'attribuer au demandeur en réparation de ce préjudice⁶. Cette détermination – qui consiste à évaluer et à justifier le quantum des dommages et intérêts – est souvent difficile⁷. Elle n'est normalement nécessaire que lorsque le juge national a statué sur les autres exigences juridiques applicables à une demande de dommages et intérêts, en particulier sur l'existence d'une infraction et sur le lien de causalité entre cette infraction et le préjudice subi par le demandeur⁸.
4. Le cadre légal dans lequel les cours et tribunaux traitent de la quantification du préjudice est défini par le droit de l'UE et le droit national et contient notamment des dispositions concernant:
 - les chefs de préjudice qu'il convient d'indemniser et les règles générales de responsabilité qui s'appliquent aux demandes d'indemnisation;
 - les exigences telles que la nécessité d'un lien de causalité ou d'un lien de proximité de la cause établissant un rapport entre l'acte illicite et le préjudice. À cet égard, la Cour de justice a précisé que, dans la mesure où il n'existe pas de réglementation de l'UE en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'application de la notion de «lien de causalité», pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés⁹;
 - le cadre procédural dans lequel sont rendues les décisions sur les demandes de dommages et intérêts. Les règles nationales prévoient généralement une répartition de la charge de la preuve et une répartition des responsabilités entre les parties concernant les éléments de fait à soumettre au juge¹⁰;

⁵ Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, *Courage*, Recueil 2001, p. I-6297, point 29, et arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, p. I-6619, point 62.

⁶ Le présent guide pratique concerne exclusivement l'évaluation du préjudice dans le contexte des demandes d'indemnisation financière (monétaire). Bien qu'il ne traite pas spécifiquement de la détermination du montant des indemnisations accordées dans d'autres recours au civil, les éléments qu'il contient peuvent également servir à cette fin, notamment en ce qui concerne les actions en restitution.

⁷ Pour de plus amples détails, voir les points 11 et suivants à la section II ci-après.

⁸ Article 16 du règlement (CE) n° 1/2003. Le présent guide pratique n'aborde pas spécifiquement la question de savoir si une pratique donnée constitue une infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE.

⁹ Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, p. I-6619, points 61 et 64, et arrêt du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, *Courage*, Recueil 2001, page I-6297, point 29.

¹⁰ Pour un exemple de la répartition de cette charge dans les affaires de concurrence, voir la décision du *Kammergericht Berlin* (Tribunal régional supérieur de Berlin) du 1^{er} octobre 2009 dans l'affaire n° 2 U 10/03 *Kart (Vitaminpreise)*.

- le standard de preuve approprié, qui peut varier d'un stade à l'autre de la procédure et qui peut également être différent selon qu'il s'agit de la question de la responsabilité du dommage, ou du quantum des dommages et intérêts;
 - la mesure dans laquelle les cours et tribunaux sont habilités à quantifier le préjudice subi sur la base des meilleures estimations approximatives ou de considérations d'équité, ainsi que la manière de le faire; et
 - la recevabilité et le rôle des preuves (en particulier des preuves d'experts) dans les procédures civiles, et l'évaluation de ces preuves.
5. Dans le cadre de leurs règles de droit respectives, les législateurs et les juges ont souvent adopté des approches pragmatiques pour déterminer le montant des dommages et intérêts à allouer, par exemple en introduisant des présomptions. La charge de la preuve peut être renversée, par exemple dès lors qu'une partie a présenté un certain nombre de faits et d'éléments de preuve. De même, le droit interne des États membres peut prévoir que le gain illicite réalisé par l'entreprise ou les entreprises responsables de l'infraction joue un rôle — directement ou indirectement — dans l'estimation du préjudice subi par les parties lésées¹¹.
6. Le présent guide pratique a pour objet de mettre à la disposition des juges et des parties aux actions en dommages et intérêts des éléments de nature économique et pratique susceptibles de leur être utiles lors de la mise en œuvre des règles et pratiques nationales. À cette fin, il donne un aperçu des types de préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles prohibées par le traité et fournit des informations sur les principales méthodes et techniques disponibles pour quantifier ces préjudices¹². Ces orientations peuvent aider le demandeur à soumettre au juge des éléments de fait concernant le montant de dommages et intérêts demandé et aider le défendeur à répondre aux éléments présentés par le demandeur. Elles peuvent aussi aider des parties à trouver un moyen consensuel de résoudre leurs litiges, que ce soit ou non dans le contexte de procédures judiciaires ou de modes alternatifs de résolution des conflits.
7. Le présent guide pratique a un caractère purement informatif, ne lie nullement les juridictions nationales et n'a aucune incidence sur les règles de droit applicables dans les États membres aux actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE¹³.
8. En particulier, la réponse à la question de savoir si, pour le traitement d'une affaire donnée, il est jugé approprié d'appliquer une des méthodes et techniques décrites dans le présent guide pratique (et si oui, laquelle) relève du droit national, appliqué conformément aux principes d'effectivité et d'équivalence susmentionnés du droit de l'UE. Parmi les éléments pris en considération à cet égard figureront, selon toute vraisemblance,

¹¹ Voir le point 146 dans la partie 3 ci-après.

¹² Lors de l'élaboration du présent guide pratique, la Commission a pu s'appuyer utilement sur diverses études réalisées à sa demande, ainsi que sur les observations transmises par des experts externes; voir <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Il n'a pas davantage de répercussions sur les droits et obligations des États membres et des personnes morales ou physiques découlant du droit de l'UE.

- la conformité de telle ou telle autre méthode ou technique aux normes imposées par la loi nationale,
- la possibilité ou non pour la partie supportant la charge de la preuve de disposer de données suffisantes pour appliquer la méthode ou technique en question et
- la proportionnalité de la charge et des coûts engendrés par rapport au montant de la demande de dommages et intérêts en jeu.

Des difficultés excessives dans l'exercice du droit à réparation garanti par l'ordre juridique de l'UE peuvent survenir et susciter dès lors des préoccupations quant au respect du principe d'effectivité, si, par exemple, les coûts induits sont disproportionnés ou si les exigences relatives au degré de certitude et de précision dans la quantification du préjudice subi se révèlent trop sévères¹⁴.

9. Aucun élément du présent guide pratique ne doit être perçu comme argumentant contre le recours à des approches plus pragmatiques, ni comme visant à accroître ou à réduire le standard de preuve ou le niveau de détail exigés par l'ordre juridique interne des États membres en ce qui concerne la présentation des éléments de fait par les parties. En effet, il se peut très bien que les parties soient autorisées à produire des données factuelles et des preuves moins détaillées que celles obtenues au moyen des méthodes et techniques examinées dans le présent guide pratique, et que cela soit considéré comme suffisant.
10. Il convient aussi de noter que les éléments de nature économique concernant le préjudice causé par les infractions aux règles de concurrence et les méthodes et techniques de quantification de ce préjudice peuvent évoluer avec le temps, du fait du développement des recherches théoriques et empiriques et de la pratique judiciaire dans ce domaine. Le présent guide pratique ne doit donc pas être considéré comme exhaustif.

II. APPROCHE GENERALE DE LA QUANTIFICATION DU PREJUDICE DANS LES AFFAIRES DE CONCURRENCE

11. La réparation du préjudice subi a pour objectif de placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE n'avait pas été commise: la situation réelle de la partie lésée doit être comparée à celle dans laquelle cette partie aurait été en l'absence d'infraction. Cette évaluation est parfois appelée analyse contrefactuelle («but-for analysis» en anglais).
12. Lorsqu'il s'agit de quantifier le préjudice subi du fait de pratiques anticoncurrentielles, la question principale est de déterminer ce qui se serait vraisemblablement produit si l'infraction n'avait pas été commise. Cette situation hypothétique ne peut pas être observée directement et il est 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 sans infraction» ou «scénario contrefactuel» («counterfactual scenario» en anglais).

¹⁴ Voir également les points 16 et 17 ci-après.

13. Dans un cas donné, pour établir si l'infraction a effectivement porté préjudice au demandeur et, dans l'affirmative, pour déterminer le quantum de ce préjudice, il convient de s'intéresser d'abord aux particularités de l'espèce et aux éléments de preuve à disposition du juge (notamment les décisions d'autorités de concurrence). L'infraction concrète (présumée) en question et la manière dont elle a pu affecter un marché particulier sont à la base de toute détermination du quantum du préjudice causé par cette infraction.
14. Il peut arriver que des juridictions nationales aient la possibilité d'utiliser, dans des cas particuliers, des éléments de preuve directs utiles pour la quantification du préjudice, par exemple des documents établis par une entreprise responsable d'une infraction et concernant des augmentations de prix convenues et leur application, ou des documents analysant l'évolution de la position de ladite entreprise sur le marché. Des témoignages oraux peuvent également être utilisés. La disponibilité de ce type de preuves peut jouer un rôle important quand une juridiction doit décider si une partie peut appliquer une des méthodes et techniques décrites ci-après, et si oui, laquelle, pour satisfaire le standard de preuve requis par le droit applicable.
15. Le type de préjudice dont le demandeur cherche à obtenir la réparation détermine la nature des variables économiques à prendre en considération (notamment les prix, le volume des ventes, les bénéfices, les coûts ou les parts de marché). À titre d'exemple, dans le cas d'une entente ayant pour effet une majoration des prix payés par les clients des membres de l'entente, il conviendra d'estimer le prix qui aurait été pratiqué en l'absence d'infraction pour disposer d'un point de référence auquel comparer le prix effectivement payé par ces clients. Dans un cas d'abus de position dominante entraînant l'éviction de concurrents du marché, les bénéfices non réalisés par ces concurrents peuvent être mesurés en comparant leur chiffre d'affaires et leurs marges bénéficiaires réels avec le chiffre d'affaires et les marges bénéficiaires qu'ils auraient vraisemblablement générés si l'infraction n'avait pas été commise.
16. Il est impossible de savoir avec certitude comment un marché aurait évolué de manière certaine en l'absence d'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE. Les prix, le volume des ventes et les marges bénéficiaires dépendent d'une série de facteurs et d'interactions complexes, souvent stratégiques, entre les acteurs de marché qui ne sont pas faciles à évaluer. L'estimation du scénario contrefactuel hypothétique se fera donc, par définition, sur la base d'un certain nombre d'hypothèses¹⁵. Dans la pratique, l'indisponibilité des données ou leur inaccessibilité viendront souvent accentuer ces limites intrinsèques.
17. La quantification du préjudice dans les affaires de concurrence est donc, par nature, soumise à d'importantes limites quant au degré de certitude et de précision que l'on

¹⁵ Les limites et les implications d'une telle évaluation d'une situation hypothétique ont été reconnues par la Cour de justice (dans le contexte de la quantification d'un manque à gagner dans une action en dommages et intérêts engagée contre la Communauté européenne dans le secteur de l'agriculture): «le manque à gagner n'est pas le fruit d'un simple calcul mathématique, mais le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes. La Cour est ainsi appelée à évaluer des activités économiques qui ont en grande partie un caractère hypothétique. Dès lors, à l'instar du juge national, elle dispose d'une marge d'appréciation importante soit à l'endroit des chiffres et données statistiques à retenir, soit surtout en ce qui concerne l'utilisation de ceux-ci pour le calcul et l'évaluation du préjudice», voir l'arrêt du 27 janvier 2000 dans les affaires jointes C-104/89 et C-37/90, Mulder et autres/Conseil et Commission, Recueil 2000, p. I-203, point 79.

peut en attendre. Il ne peut être question de déterminer une seule «vraie» valeur du préjudice subi, mais uniquement de produire des estimations les plus précises possibles sur la base d'hypothèses et d'approximations¹⁶. Les règles de droit nationales applicables ainsi que leur interprétation doivent tenir compte de ces limites inhérentes à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts pour infraction aux articles 101 et 102 du TFUE conformément au principe d'effectivité du droit de l'UE, de sorte que l'exercice du droit à réparation garanti par le traité ne soit pas rendu pratiquement impossible ni excessivement difficile.

18. Le présent guide pratique expose une série de méthodes et de techniques élaborées en économie et dans la pratique juridique aux fins de l'établissement d'un scénario de référence approprié et de l'estimation de la valeur de la variable économique d'intérêt (par exemple, dans le cas d'une entente sur les prix, le prix qui aurait probablement été demandé pour le produit concerné si l'infraction n'avait pas été commise)¹⁷. Fondées sur des approches différentes, ces méthodes et techniques présentent des variations du point de vue des hypothèses sur lesquelles elles reposent et de la diversité et du niveau de détail des données qu'elles utilisent. Elles se différencient également les unes des autres par la manière dont elles neutralisent les facteurs autres que l'infraction qui sont susceptibles d'avoir influé sur la situation du demandeur. Il en résulte que l'application de ces méthodes et techniques peut poser des difficultés variables et nécessiter plus ou moins de temps et de ressources selon le cas.
19. Une fois la valeur de la variable économique considérée (telle que les prix, les marges bénéficiaires ou les volumes des ventes) estimée dans le scénario contrefactuel hypothétique, une comparaison avec la situation réelle (par exemple, le prix réellement payé par la partie lésée) est nécessaire pour quantifier le préjudice causé par l'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE.
20. Les intérêts devront être pris en compte également. L'octroi d'intérêts constitue une composante essentielle de la réparation du préjudice. Comme la Cour de justice l'a souligné, la réparation intégrale du préjudice subi doit inclure la compensation des effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction¹⁸, à savoir l'érosion monétaire¹⁹ et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital²⁰. La législation nationale peut

¹⁶ Pour un exemple de reconstruction d'un scénario contrefactuel par un juge national et les difficultés découlant des hypothèses sous-jacentes, voir, par exemple, la décision du *Competition Appeal Tribunal* (tribunal britannique des recours en matière de concurrence) du 28 mars 2013 dans l'affaire n° 1166/5/7/10, *Albion Water Limited/Dŵr Cymru Cyfyngedig*.

¹⁷ Voir la partie 2 ci-après.

¹⁸ Arrêt du 2 août 1993 dans l'affaire C-271/91, *Marshall*, Recueil 1993, p. I-4367, point 31, et arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, p. I-6619, point 97; Commission européenne, «Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante» [COM(2008) 165], section 2.5 et document de travail des services de la Commission accompagnant le livre blanc [SEC(2008) 404], point 187.

¹⁹ Arrêt du 3 février 1994 dans l'affaire C-308/87, *Grifoni II*, Recueil 1994, p. I-341, point 40, conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire C-308/87, *Grifoni II*, Recueil 1994, p. I-341, point 25, et arrêt de la Cour du 27 janvier 2000 dans les affaires jointes C-104/89 and C-37/90, *Mulder et autres/Conseil et Commission*, Recueil 2000, p. I-203, point 51. En ce qui concerne la perte de pouvoir d'achat, voir l'arrêt du 26 février 1992 dans les affaires jointes T-17/89, T-21/89 et T-25/89, *Brazzelli Lualdi*, Recueil 1992, p. II-293, point 40.

²⁰ Conclusions de l'avocat général Saggio dans les affaires jointes C-104/89 and C-37/90, *Mulder et autres/Conseil et Commission*, Recueil 2000, p. I-203, point 105.

tenir compte de ces effets en prévoyant des intérêts légaux ou d'autres formes d'intérêts, pour autant que les principes susmentionnés d'effectivité et d'équivalence soient respectés.

III. STRUCTURE DU GUIDE PRATIQUE

21. La base d'une demande de dommages et intérêts est l'allégation selon laquelle une infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE a eu des effets négatifs sur la situation du demandeur. Pour simplifier, les effets dommageables de ces infractions peuvent être répartis en deux catégories principales.

- a) Les infractions peuvent entraîner une hausse des prix payés par les clients des entreprises qui en sont l'auteur²¹. Parmi les infractions qui génèrent ce type d'effets figurent les infractions à l'article 101 du TFUE commises sous la forme d'ententes ayant par exemple pour objet de fixer les prix, de répartir les marchés ou de limiter la production. Les pratiques abusives au sens de l'article 102 du TFUE peuvent aussi avoir le même effet.

Des prix plus élevés sont synonymes de surcoût pour les clients qui achètent le produit ou le service concerné²². En outre, une augmentation de prix peut aussi entraîner une baisse de la demande et, par voie de conséquence, un manque à gagner pour les clients qui utilisent le produit en cause pour les besoins de leurs propres activités commerciales²³.

- b) Les entreprises peuvent également commettre une infraction aux articles 101 et 102 du TFUE en recourant à des pratiques illégales qui excluent des concurrents d'un marché ou réduisent leur part de marché²⁴. Parmi les exemples classiques figurent les abus de position dominante au moyen de compressions de marges, prix prédateurs ou ventes liées, ou certains accords d'exclusivité verticaux entre fournisseurs et distributeurs contraires au droit de la concurrence²⁵. De telles pratiques ont des conséquences non négligeables pour les concurrents, qui subissent un préjudice du fait qu'ils sont privés de débouchés commerciaux et de bénéfices sur le marché concerné. Lorsque des entreprises arrivent à évincer des concurrents du marché et que la pression concurrentielle diminue, il en résulte également un préjudice pour les clients, qui prend généralement la forme d'une hausse des prix.

22. Les infractions aux articles 101 et 102 du TFUE peuvent encore avoir d'autres effets dommageables, par exemple une incidence négative sur la qualité des produits et l'innovation. Le présent guide pratique porte essentiellement sur les deux principales

²¹ Lorsque l'infraction concerne l'activité d'achat de l'entreprise qui en est l'auteur, l'effet correspondant consiste en une diminution des prix d'achat que cette entreprise doit payer à ses fournisseurs. Voir le point 134 dans la partie 3, section I, pour de plus amples détails.

²² Pour plus de commodité, dans la suite du document, il sera fait référence uniquement aux «produits» concernés par une infraction, ce qui doit s'entendre comme visant aussi les «services» concernés.

²³ Voir les points 128 et suivants dans la partie 3, section I, pour de plus amples détails.

²⁴ Arrêt du 27 mars 2012 dans l'affaire C-209/10, Post Danmark, non encore publié au Recueil, points 22 à 24.

²⁵ Par accord vertical, on entend un accord conclu entre des entreprises opérant à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement.

catégories de préjudices et les catégories de parties lésées²⁶ décrites au point 21. Les méthodes et techniques décrites au paragraphe 18 peuvent toutefois se révéler utiles également dans les actions en dommages et intérêts concernant d'autres types de préjudices et d'autres parties lésées.

23. La partie 3 du document aborde particulièrement la question de la quantification des types de préjudice visés au point 21 a). Elle comporte une description des principaux effets sur le marché des augmentations de prix résultant d'infractions et illustre la manière dont ces types de préjudice (notamment ceux découlant du paiement de surcoûts et d'une diminution de la demande) peuvent être quantifiés.
24. La partie 4 du document aborde particulièrement la question de la quantification des types de préjudice visés au point 21 b). Elle comporte une description des effets possibles de l'éviction de concurrents d'un marché et illustre, au moyen d'exemples, la manière dont ces types de préjudice (à savoir le manque à gagner du concurrent évincé et le préjudice subi par les clients) peuvent être quantifiés.
25. Les principales méthodes et techniques utilisables pour quantifier le préjudice causé par les infractions aux articles 101 et 102 du TFUE sont communes à tous les types de préjudices envisagés. C'est pourquoi la partie 2 du guide pratique fournit une vue d'ensemble de ces méthodes et techniques et contient davantage d'informations concernant les hypothèses de base sur lesquelles ces méthodes reposent et explique la façon dont elles sont appliquées dans la pratique.

²⁶ Le guide pratique n'aborde pas spécifiquement la situation des personnes autres que celles mentionnées aux points a) et b) du point 21, même si d'autres personnes (telles que les fournisseurs de l'auteur de l'infraction ou les clients de ses concurrents respectueux du droit) peuvent également être lésées du fait d'infractions entraînant des surcoûts ou l'éviction de concurrents; voir aussi la note 107.

Partie 2 — Méthodes et techniques

I. VUE D'ENSEMBLE

26. Diverses méthodes peuvent être utilisées pour construire un scénario contrefactuel aux fins de la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts concernant des affaires de concurrence.
27. Les plus couramment utilisées par les parties et les juges consistent à estimer ce qui se serait produit en l'absence d'infraction, en s'intéressant aux périodes qui ont précédé ou suivi l'infraction ou en s'intéressant à d'autres marchés non concernés par l'infraction. Dans le cadre de ces méthodes comparatives, les données (prix, volumes des ventes, marges bénéficiaires ou autres variables économiques) 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 (scénario hypothétique) en l'absence d'infraction. Ces méthodes sont parfois affinées par le recours à des techniques économétriques, qui combinent la théorie économique avec des méthodes statistiques ou quantitatives afin d'identifier et de mesurer les corrélations économiques existant entre des variables. Diverses méthodes et techniques comparatives utilisées pour mettre en œuvre ces méthodes sont décrites à la section II ci-dessous (points 32 à 95).
28. Les méthodes autres que comparatives sont abordées à la section III ci-dessous (points 96 à 121). L'une d'elles se fonde sur des modèles économiques adaptés au marché réel afin de simuler la situation qui aurait pu exister sur le marché en l'absence d'infraction. Ces modèles s'appuient sur la théorie économique pour expliquer le fonctionnement vraisemblable d'un marché au vu de ses principales caractéristiques (par exemple, le nombre de concurrents, la façon dont ils se font concurrence, le degré de différenciation des produits, les barrières à l'entrée). Parmi les autres méthodes figurent celle fondée sur les coûts, qui prend en compte les coûts de production du produit concerné et y ajoute une marge bénéficiaire «raisonnable» afin d'estimer le scénario contrefactuel hypothétique, ou des approches financières qui utilisent comme point de départ les résultats financiers du demandeur ou du défendeur.
29. Chacune de ces méthodes et techniques présente des caractéristiques, avantages et faiblesses qui lui sont propres et qui peuvent la rendre plus ou moins appropriée pour estimer le préjudice subi dans une situation donnée. Elles se différencient notamment par la mesure dans laquelle elles s'appuient sur les données correspondant aux résultats des interactions réelles sur le marché ou sur des hypothèses relevant de la théorie économique, et quant à la façon dont elles neutralisent les facteurs autres que l'infraction qui sont susceptibles d'avoir eu une incidence négative pour le demandeur de dommages et intérêts. Ces méthodes et techniques présentent en outre des différences du point de vue de leur facilité d'utilisation ainsi que du type et de la quantité de données qu'elles nécessitent.
30. Alors que ces méthodes servent à construire des hypothèses quant à la façon dont le marché en cause aurait évolué en l'absence d'infraction, des éléments plus directement accessibles aux parties et aux juges (par exemple, des documents

internes des entreprises responsables de l'infraction concernant des hausses de prix convenues) peuvent également, dans le cadre des règles de droit nationales applicables, fournir des informations utiles pour l'évaluation du quantum des dommages et intérêts dans des cas bien précis²⁷.

31. La section IV ci-après contient des éléments concernant le choix de la méthode, qui dépend généralement des caractéristiques propres à l'affaire en cause et des exigences du droit applicable.

II. METHODES COMPARATIVES

32. Pour comprendre comment les méthodes comparatives fonctionnent concrètement, il est utile d'envisager un exemple (totalement fictif) d'action en dommages et intérêts fondée sur un cartel hypothétique violant l'article 101 du TFUE²⁸.

Cartel de la farine

Partons de l'hypothèse que tous les meuniers d'un État membre donné ont commis une infraction, constatée par l'autorité nationale de concurrence, consistant à fixer de commun accord les prix de la mouture des céréales et la production de farine.

Une boulangerie ayant régulièrement acheté de la farine au cours des dernières années introduit une demande de dommages et intérêts contre un des meuniers, au motif que l'infraction commise a entraîné une augmentation illicite du prix de la farine qu'elle lui a achetée. Cette boulangerie exige une réparation pour le surcoût qu'elle a dû payer au cours des dernières années.

33. La principale difficulté que pose la quantification du préjudice dans l'exemple susmentionné consiste à déterminer quel aurait été le prix payé par la boulangerie pour sa farine si l'infraction n'avait pas été commise. L'utilisation d'une méthode comparative à cette fin permet de comparer le prix pratiqué pendant l'infraction avec un prix contrefactuel (scénario d'une absence d'infraction) établi sur la base de données de prix observés

- sur le même marché au cours d'une période ayant précédé et/ou suivi celle de l'infraction (1); ou
- sur un marché géographique distinct mais analogue (2); ou
- sur un marché de produits distinct mais analogue (3);

Il est également possible de combiner une comparaison dans le temps avec une comparaison entre différents marchés géographiques ou de produits (4).

²⁷ Pour un exemple de recours à cette approche, voir la décision de l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal régional supérieur de Karlsruhe) du 11 juin 2010 dans l'affaire n° 6 U 118/05, dans laquelle des hausses de prix spécifiquement convenues par des entreprises ayant participé à une entente illicite ont été utilisées pour déterminer les dommages et intérêts à accorder, conformément aux règles de droit applicables en ce qui concerne la répartition des responsabilités en matière d'établissement des faits et l'obtention des preuves «prima facie». Cette partie de la décision a été confirmée en appel par le *Bundesgerichtshof* (Cour suprême fédérale) (décision du 28.6.2011 dans l'affaire KZR 75/10).

²⁸ Cet exemple est décrit plus en détail au point 147.

34. Dans l'exemple du cartel de la farine, les méthodes appliquées se concentrent sur les prix. Il est toutefois également possible de recourir à ces méthodes pour estimer d'autres variables économiques telles que les parts de marché, les marges bénéficiaires, le taux de rendement du capital, la valeur des actifs ou le niveau des coûts d'une entreprise. La nature des variables économiques pouvant servir à la quantification du préjudice dépend des circonstances propres à l'affaire en cause.
35. Les données utilisées dans ce type de comparaison entre marchés ou dans le temps peuvent concerner le marché dans son intégralité (prix moyen de la farine appliqué à toutes les boulangeries actives sur un marché géographique voisin) ou certains acteurs spécifiques du marché seulement (prix de la farine appliqué à certains groupes de clients tels que les acheteurs en gros actifs sur un marché voisin).
36. Il peut également être intéressant, notamment dans les cas relevant des pratiques d'éviction, de prendre en compte les données relatives à un seul acteur du marché. Une telle comparaison entre deux entreprises, à savoir la partie lésée et une entreprise présentant des caractéristiques suffisamment analogues, peut par exemple porter sur les bénéfices réalisés par une entreprise tentant de pénétrer sur un nouveau marché et confrontée à des pratiques d'éviction contraires aux règles de concurrence de l'UE et ceux réalisés par un nouvel entrant comparable sur un marché géographique distinct mais analogue sur lequel cet entrant n'a dû faire face à aucune pratique anticoncurrentielle. Les sections A (1) à A (4) ci-après concernent les comparaisons effectuées aussi bien au moyen de données de marché agrégées qu'au moyen de données recueillies au niveau des entreprises²⁹.
37. L'intérêt des méthodes comparatives dans leur ensemble réside dans le fait qu'elles s'appuient sur des données réelles observées sur le même marché ou sur un marché analogue³⁰. Ces méthodes se fondent sur le postulat de base que le scénario de comparaison peut être considéré comme représentatif de la situation qui aurait vraisemblablement prévalu en l'absence d'infraction (scénario contrefactuel) et que les écarts constatés entre les données observées pendant l'infraction et celles choisies aux fins de la comparaison sont imputables à l'infraction. Les caractéristiques du marché qui peuvent être importantes pour déterminer si deux marchés sont suffisamment similaires sont le degré de concurrence et de concentration sur les marchés considérés, les caractéristiques des coûts et de la demande et les barrières à l'entrée. La question de savoir si le niveau de similitude entre la période d'infraction ou le marché affecté par l'infraction et la période ou le marché de comparaison est considéré comme suffisant pour que les résultats d'une telle comparaison puissent être utilisés pour quantifier le préjudice dépend des systèmes juridiques nationaux³¹. Lorsque des différences significatives existent entre les périodes ou les marchés

²⁹ La comparaison avec les données individualisées d'une autre entreprise pourrait théoriquement se faire non seulement pour des entreprises actives sur un autre marché géographique ou de produits, comme envisagé aux sections 2 à 4 ci-après, mais aussi pour des entreprises opérant sur le même marché géographique et de produits que la partie lésée. Dans la pratique, les comparaisons effectuées sur un même marché ne sont pas légion, probablement parce qu'il peut se révéler difficile de trouver sur un même marché une autre entreprise suffisamment comparable qui n'ait pas été affectée par l'infraction. C'est pourquoi les sections suivantes ne traitent pas des comparaisons effectuées sur un même marché.

³⁰ Cet aspect est, par exemple, souligné dans la décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 19 juin 2007 dans l'affaire n° KRB 12/07 (cartel sur le marché de gros du papier).

³¹ Pour de plus amples détails, voir le point 94. Pour un exemple de questions susceptibles de se poser lors de l'appréciation de la comparabilité des données, voir notamment la décision du Tribunal administratif de Paris du 27 mars 2009 dans l'affaire SNCF/Bouygues.

considérés, diverses techniques peuvent être utilisées pour tenir compte de ces différences³².

A. Méthodes d'établissement d'un scénario contrefactuel

(1) Comparaison dans le temps sur le même marché

38. Une méthode fréquemment utilisée consiste à comparer la situation réelle au cours de la période pendant laquelle l'infraction a produit ses effets avec la situation sur le même marché avant qu'elle ne produise ses effets ou après leur disparition³³. À titre d'exemple, supposons qu'une entreprise ait abusé de sa position dominante en évinçant un concurrent du marché pendant les années 2004 et 2005; la méthode envisagée consisterait à comparer les bénéfices réalisés par le concurrent en question au cours de la période d'infraction avec ceux qu'il avait réalisés en 2002 et 2003, lorsque l'infraction n'existait pas encore³⁴. On peut aussi prendre l'exemple d'une entente ayant pour objet de fixer les prix (telle que le cartel de la farine décrit plus haut) qui aurait duré de 2005 à 2007 et pour laquelle la méthode consisterait à comparer le prix payé par les clients des membres de l'entente pendant la durée de l'infraction avec celui payé au cours d'une période postérieure à celle de l'infraction, par exemple en 2008 et 2009³⁵.

39. En principe, trois points de référence différents peuvent être utilisés aux fins d'une comparaison dans le temps³⁶:

- une période *antérieure* à l'infraction (comparaison «avant/pendant» — dans l'exemple du cartel de la farine: comparaison entre les prix de la farine pratiqués sur le marché concerné *avant* que l'infraction ne produise ses effets et ceux pratiqués pendant l'infraction sur le même marché);
- une période *postérieure* à l'infraction et non concernée par ses effets (comparaison «pendant/après» — dans l'exemple du cartel de la farine: comparaison entre les prix pratiqués pendant l'infraction et ceux pratiqués sur le même marché *après* la cessation de l'infraction); et
- une période *antérieure* et une période *postérieure* à l'infraction n'ayant pas subi ses effets (comparaison «avant/pendant/après»).

³² Pour de plus amples détails, voir les points 59 à 95 dans la section B ci-après.

³³ Voir, par exemple, la décision du *Corte d'Appello di Milano* (Cour d'appel de Milan) du 11 juillet 2003, (Bluvacanze) et la décision du *Corte d'Appello di Milano* (Cour d'appel de Milan) du 3 février 2000 dans l'affaire n° I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (dans les deux cas, une comparaison avant/pendant/après a été effectuée); la décision du *Landgericht Dortmund* (Tribunal régional de Dortmund) du 1^{er} avril 2004 dans l'affaire n° 13 O 55/02, *Kart (Vitaminpreise)* (comparaison pendant/après); et la décision du *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Tribunal civil régional de Graz) du 17 août 2007 dans l'affaire n° 17 R 91/07 p (*Auto-école*) (une comparaison pendant/après a été acceptée).

³⁴ Pour des exemples plus détaillés de l'application de la méthode dans des cas de pratiques d'éviction, voir la partie 4 ci-dessous.

³⁵ Pour des exemples plus détaillés de l'application de la méthode dans les cas d'infraction à l'origine de surpris, voir la partie 3 ci-dessous.

³⁶ La méthode de la comparaison dans le temps est également connue sous le nom de «méthode avant/après» ou de «benchmark method» en anglais.

40. En règle générale, une bonne connaissance du secteur en cause est nécessaire pour faire un choix éclairé en ce qui concerne la période de référence et le type de données à utiliser. Ce choix se fera en utilisant le cas examiné comme point de départ et sera également fonction de la disponibilité des données et des règles applicables en matière de standard de preuve et de charge de la preuve.
41. Un des avantages que présentent toutes les méthodes qui comparent, dans le temps, les données concernant un seul et *même* marché géographique et de produits réside dans le fait que les caractéristiques du marché telles que le degré de concurrence, la structure du marché et les caractéristiques des coûts et de la demande se prêtent davantage à la comparaison que si l'exercice porte sur des marchés géographiques ou de produits distincts.
42. Cependant, les comparaisons dans le temps peuvent aussi faire apparaître, entre deux séries de données, des écarts qui ne sont pas exclusivement imputables à l'infraction. Dans de tels cas, il peut se révéler nécessaire d'ajuster les données observées pour la période de comparaison afin de tenir compte des écarts constatés avec la période d'infraction³⁷ ou de choisir une autre période ou un autre marché de comparaison. À titre d'exemple, dans le cas d'une infraction de longue durée, l'hypothèse selon laquelle les prix pratiqués 10 ans auparavant, par exemple, n'auraient connu aucune variation en l'absence d'infraction est probablement excessive et peut conduire à opter pour une comparaison *à la fois* avec la période antérieure à l'infraction *et* avec la période qui lui est postérieure. Dans le cas des infractions de longue durée, il peut aussi se révéler nécessaire de s'interroger sur les problèmes pratiques de comparabilité des données qui découlent des changements, apparus dans l'intervalle, dans la façon dont les entreprises enregistrent ces données (par exemple, en raison de l'évolution des pratiques comptables ou d'un changement de logiciel d'organisation des données).
43. Lorsque les données sont disponibles, le choix entre une comparaison «avant/pendant», «pendant/après» ou «avant/pendant/après» peut être déterminé par une série de facteurs. La probabilité de trouver une période de référence pendant laquelle la situation sur le marché correspondait exactement à celle qui aurait prévalu au cours de la période d'infraction si cette dernière ne s'était pas produite est très faible. Il est uniquement possible de trouver une période présentant suffisamment de similitudes pour permettre de construire raisonnablement un scénario contrefactuel vraisemblable. Les facteurs à prendre en compte dans ce contexte sont par exemple les incertitudes quant aux périodes qui n'ont pas été concernées par l'infraction. Certaines infractions sont commises, ou cessent, progressivement et il est souvent impossible de déterminer précisément le moment où une infraction a débuté et, en particulier, celui où ses effets ont commencé à se faire sentir. Les décisions des autorités de concurrence font, en effet, régulièrement état d'éléments probants permettant de penser que l'infraction a pu débuter avant la période retenue comme période d'infraction aux fins de la décision³⁸. L'analyse économétrique des données observées peut être utilisée pour déterminer le moment où une infraction a commencé ou cessé de produire ses effets.

³⁷ Au sujet de ces adaptations et, notamment, de la possibilité de recourir à l'analyse de régression, voir les points 59 à 95 à la section B ci-dessous.

³⁸ Il arrive que l'autorité de concurrence limite la constatation d'une infraction à une certaine période, alors qu'en réalité cette infraction a vraisemblablement duré plus longtemps.

44. Le moment où une infraction et ses effets prennent fin est potentiellement plus facile à établir que celui où ils débutent, mais là aussi, il peut se révéler difficile de déterminer avec certitude si le comportement anticoncurrentiel a eu ou non des répercussions sur la période suivant immédiatement la cessation de l'infraction³⁹. À titre d'exemple, lorsqu'un certain laps de temps s'écoule avant que la situation sur le marché ne revienne au niveau qui prévalait avant l'infraction, l'utilisation des données relatives à la période qui suit immédiatement celle de l'infraction peut entraîner une sous-estimation de l'effet de cette infraction. Il peut aussi arriver que, pendant une courte période suivant la cessation de l'entente, les prix soient particulièrement bas du fait de l'adoption par les entreprises de stratégies de tarification temporairement agressives dans l'attente d'un retour à l'équilibre «normal» (sans infraction) sur le marché.
45. Sur les marchés oligopolistiques, en particulier, un autre problème peut se présenter, à savoir que les entreprises qui ont participé à l'entente peuvent utiliser les connaissances acquises dans le cadre de cette dernière pour coordonner leur comportement par la suite sans enfreindre l'article 101. Dans un tel cas, les prix pratiqués après l'infraction risquent d'être supérieurs à ce qu'ils auraient été si l'infraction n'avait pas été commise et ne peuvent servir qu'à estimer une borne inférieure du préjudice subi. La période antérieure à l'infraction peut constituer un point de référence plus adéquat lorsque les caractéristiques fondamentales du marché ont changé radicalement vers la fin de la période d'infraction en raison de facteurs exogènes (par exemple, une forte augmentation des coûts des matières premières ou une croissance de la demande du produit en cause)⁴⁰.
46. Cela étant, même dans les cas où il est impossible d'établir avec certitude si l'infraction a eu des répercussions sur une période déterminée antérieure ou postérieure, cette dernière pourrait, en principe, tout de même servir de période de référence pour obtenir une estimation fiable du préjudice minimum qui a été subi («borne inférieure» du préjudice ou «préjudice minimum»)⁴¹.
47. Dans certaines circonstances, le scénario contrefactuel peut être estimé judicieusement sur la base de deux périodes de référence (avant et après l'infraction), par exemple en faisant une moyenne de ces périodes ou en recourant à d'autres techniques pour dégager une tendance dans l'évolution de la situation sur le marché pendant la durée de l'infraction⁴². Les données observées avant l'infraction pourraient

³⁹ Voir la décision de l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal régional supérieur de Karlsruhe) du 11 juin 2010 dans l'affaire n° 6 U 118/05 (appel en instance), pour un exemple dans lequel une juridiction nationale a jugé que les prix pratiqués au cours des cinq mois ayant suivi la cessation de l'infraction avaient encore été influencés par l'entente.

⁴⁰ Pour la courte période d'infraction qui suit un tel changement, les données post-infraction peuvent se révéler les données de comparaison les plus appropriées du fait qu'elles refléteront potentiellement mieux les caractéristiques du marché postérieures au changement intervenu. Cependant, lorsque la modification des caractéristiques du marché a été causée par l'infraction elle-même (par exemple, lorsque plusieurs concurrents ont quitté le marché du fait de pratiques d'éviction), la période postérieure à l'infraction ne constitue évidemment pas une période de référence adéquate pour estimer ce qu'aurait été la situation sur le marché en l'absence d'infraction.

⁴¹ Si, pendant l'infraction, des facteurs exogènes (par exemple, une importante diminution des coûts des intrants pour l'entreprise commettant l'infraction) ont entraîné une baisse des prix, l'inférence d'une borne inférieure pourrait toutefois être réfutée.

⁴² Par exemple, l'interpolation ou l'analyse de régression. Pour les différentes techniques utilisées aux fins de l'application des méthodes comparatives, voir les points 59 à 95 dans la section B ci-après.

aussi être utilisées pour caractériser la période de référence jusqu'à un certain point de la période d'infraction correspondant au moment où la situation sur le marché a connu une évolution importante, et les données observées après l'infraction pour caractériser la période de référence qui suit.

48. Le choix des données peut, lui aussi, contribuer à établir une base suffisamment analogue pour la comparaison: dans certains cas, des données agrégées telles que les prix moyens pratiqués dans un secteur (ou des prix moyens par certains groupes d'entreprises) sont suffisamment représentatifs⁴³, alors que dans d'autres situations, il serait plus approprié d'utiliser exclusivement les données concernant les opérations réalisées par l'entreprise lésée avant ou après l'infraction ou des données moyennes concernant des entreprises analogues. À titre d'exemple, quand la partie lésée ou l'auteur de l'infraction appartient à un groupe spécifique d'acteurs du marché tel que celui des clients grossistes (par opposition aux clients finaux), les prix demandés aux clients grossistes avant ou après l'infraction peuvent constituer des points de référence adéquats.

(2) Comparaison avec des données concernant d'autres marchés géographiques

49. Une autre méthode comparative consiste à examiner les données observées sur un marché géographique distinct⁴⁴ aux fins de l'estimation d'un scénario contrefactuel⁴⁵. Ces données peuvent concerner l'ensemble du marché géographique de comparaison ou certains acteurs du marché uniquement. À titre d'exemple, dans le cas du cartel de la farine décrit ci-dessus au point 32, les prix payés pendant la période d'infraction par la boulangerie ayant introduit une demande de dommages et intérêts pourraient être comparés avec ceux payés par des boulangeries analogues sur un marché géographique distinct, non concerné par l'infraction. Le même type de comparaison peut être fait pour toute autre variable économique, par exemple les parts de marché, les marges bénéficiaires, le taux de rendement du capital, la valeur des actifs ou le niveau des coûts d'une entreprise. Une comparaison avec les résultats commerciaux d'entreprises opérant sur un autre marché géographique non concerné par l'infraction⁴⁶ sera particulièrement utile dans les cas de pratiques d'éviction.

⁴³ Pour de plus amples détails sur l'utilisation de moyennes dans le cadre des méthodes comparatives, voir ci-après, le point 70 dans la partie 2, Section II.

⁴⁴ Pour les concepts de marché (géographique et de produits) en cause, voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).

⁴⁵ Cette méthode est connue sous le nom de «méthode étalon» ou de «méthode transversale». Ces termes sont également utilisés pour désigner les méthodes comparatives qui examinent les données observées sur des marchés de produits distincts mais analogues. Voir les points 54 et 55 au point (3) ci-après. Pour des exemples de l'utilisation de la méthode comparative s'intéressant à des marchés géographiques distincts, voir notamment la décision de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 2003 dans l'affaire Lescarcelle-De Memoris/OGF; la décision du *Juzgado Mercantil numero 5* de Madrid (tribunal commercial de Madrid) du 11 novembre 2005 dans l'affaire n° 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confirmée par la décision de la *Audiencia Provincial de Madrid* (cour d'appel de Madrid) du 25 mai 2006 dans l'affaire n° 73/2006; et la décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 19 juin 2007 dans l'affaire n° KRB 12/07 (cartel sur le marché de gros du papier) (dans le contexte de l'appréciation du gain illicite réalisé par les membres de l'entente aux fins du calcul d'une amende).

⁴⁶ L'entreprise utilisée pour la comparaison pourrait, en principe, être également active sur le marché concerné par l'infraction, pour autant que ses résultats n'aient pas été influencés de manière significative par le comportement d'éviction. Même si cette entreprise n'a pas été directement touchée par l'infraction, il est toutefois possible qu'elle l'ait été de façon indirecte, par exemple en récupérant des

50. Plus un marché géographique présente de similitudes (abstraction faite des effets de l'infraction) avec le marché affecté par l'infraction, plus il a de chances de convenir comme marché de comparaison. Cela signifie que les produits échangés sur les deux marchés géographiques comparés devraient être identiques ou, au minimum, présenter suffisamment de similitudes. Les caractéristiques du marché géographique de comparaison du point de vue de la concurrence doivent également être analogues à celles du marché affecté par l'infraction, abstraction faite de cette dernière. Il est possible que ce marché ne soit pas parfaitement concurrentiel.
51. Dans la pratique, la méthode consistant à recourir à des marchés géographiques de comparaison pour établir un scénario contrefactuel est principalement utilisée quand l'infraction concerne des marchés géographiques dont l'étendue est locale, régionale ou nationale⁴⁷. Lorsque le marché affecté par l'infraction et le marché géographique de comparaison sont des zones voisines, par exemple au sein d'un même pays, la probabilité qu'ils soient suffisamment similaires pour les besoins de la comparaison est plus forte⁴⁸.
52. Il n'est pas toujours nécessaire que le marché de comparaison soit suffisamment analogue dans son intégralité. Ainsi, lorsque les prix payés par un groupe de clients (les grossistes, par exemple) ou les bénéfices réalisés par une entreprise concurrente (un nouvel entrant) sur le marché de comparaison sont utilisés comme points de référence, il importe que la position occupée sur le marché par ce groupe de clients ou cette entreprise concurrente présente suffisamment de similitudes avec celle occupée par la partie lésée sur le marché affecté par l'infraction.
53. Le choix d'un marché géographique de comparaison peut aussi être influencé par des incertitudes quant à l'étendue géographique de l'infraction en cause. Les marchés géographiques sur lesquels la même infraction ou une infraction similaire a été commise ne sont, en principe, pas les plus appropriés pour servir de marchés de comparaison. De même, les marchés voisins sur lesquels aucune infraction analogue n'a été commise peuvent malgré tout avoir été influencés par les pratiques anticoncurrentielles apparues sur le marché affecté par l'infraction (par exemple, parce que les prix sur le marché voisin ont été augmentés en réaction à la hausse des prix observée sur le marché affecté par l'infraction et du fait d'une baisse de la pression concurrentielle émanant de ce marché). Une comparaison avec ce type de marchés ne fera pas pleinement apparaître l'étendue du préjudice subi, mais peut toutefois constituer une base utile pour estimer une borne inférieure du préjudice causé sur le marché affecté par l'infraction. Cela signifie qu'une partie à une action en dommages et intérêts pourrait, en principe, choisir sans risque d'erreur de s'appuyer sur la comparaison faite avec un marché géographique qui a été influencé par la même infraction ou une infraction similaire, notamment lorsque cette influence a vraisemblablement été assez limitée.

parts de marché d'un concurrent évincé. Le risque d'être influencé directement ou indirectement par l'infraction est moindre si la comparaison est effectuée par rapport à une entreprise analogue opérant sur un marché géographique distinct. Parmi les caractéristiques à prendre en considération pour s'assurer que les entreprises en question présentent suffisamment de similitudes figurent, par exemple, leur taille, leur structure de coûts, leurs clients et les caractéristiques du produit qu'elles vendent.

⁴⁷ Elle pourrait cependant être aussi utilisée quand l'étendue du marché dépasse le niveau national, pour autant qu'il soit possible de trouver un marché de comparaison présentant suffisamment de similitudes.

⁴⁸ Voir cependant ci-après, point 53.

(3) Comparaison avec des données concernant d'autres marchés de produits

54. Une approche analogue à la comparaison entre deux marchés géographiques distincts consiste à s'intéresser à un marché de produits différent⁴⁹ ayant des caractéristiques similaires⁵⁰. À titre d'exemple, dans le cas d'un comportement d'éviction empêchant partiellement une entreprise de vendre un produit, la marge bénéficiaire réalisée par cette dernière sur le marché affecté par l'infraction pourrait être comparée avec celle réalisée pour un autre produit échangé (par cette même entreprise ou par une entreprise similaire) sur un marché de produits distinct mais analogue.
55. Les observations émises au sujet des marchés géographiques de comparaison sont, mutatis mutandis, également susceptibles d'être valables pour le choix d'un marché de produits de comparaison adéquat. Dans un grand nombre de cas, elles concerneront le degré de similitude existant entre les deux marchés considérés. En particulier, le produit de comparaison doit être soigneusement choisi en tenant compte de la nature des produits comparés, de la façon dont ils s'échangent et des caractéristiques du marché en ce qui concerne, par exemple, le nombre de concurrents, la structure des coûts de ces derniers et la puissance d'achat des clients⁵¹. Les incertitudes quant à l'éventualité qu'un marché de produits de comparaison potentiel ait été touché par l'infraction ou par une infraction similaire à l'article 101 ou 102 du TFUE peut également jouer un rôle.

(4) Combinaison des comparaisons dans le temps et entre marchés

56. Lorsque l'on dispose de suffisamment de données, il est possible de combiner des comparaisons dans le temps avec des comparaisons entre marchés. On parle parfois, dans ce cas, de «méthode des doubles différences» du fait que l'exercice consiste à examiner l'évolution de la variable économique considérée (par exemple, le prix de la farine) sur le marché affecté par l'infraction au cours d'une certaine période (différence dans le temps sur le marché affecté par l'infraction) et de la comparer avec l'évolution de la même variable au cours de la même période sur un marché de comparaison non concerné par l'infraction (différence dans le temps sur le marché non concerné par l'infraction)⁵². La comparaison fait ainsi apparaître la différence entre ces deux différences dans le temps. On peut ainsi estimer la part d'évolution de la variable qui a été induite par l'infraction et exclure tous les facteurs qui ont influencé de la même manière le marché affecté par l'infraction et le marché de comparaison. Cette méthode constitue donc un moyen d'isoler les effets de l'infraction des autres influences agissant sur la variable considérée comme commune aux deux marchés.
57. Cette méthode peut être illustrée au moyen d'un simple exemple appliqué au cas du cartel de la farine décrit ci-dessus: supposons qu'une comparaison

⁴⁹ Pour les concepts de marché (géographique et de produits) en cause, voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).

⁵⁰ On parle parfois de «méthode étalon» ou de «méthode transversale» (comme dans le cas de la méthode comparative s'intéressant à des marchés géographiques distincts).

⁵¹ Il y a plus de chance que les caractéristiques du marché soient similaires si les deux produits comparés s'échangent sur le même marché géographique. Toutefois, des similitudes suffisantes peuvent également exister lorsque la comparaison porte sur des produits identiques ou analogues échangés sur des marchés géographiques distincts.

⁵² Le marché de comparaison peut être un autre marché géographique ou de produits.

avant/pendant/après révèle une augmentation de 40 € du prix du sac de 100 kg de farine dans l'État membre où le cartel a opéré entre 2005 et 2008. L'examen d'un marché géographique non concerné par l'infraction au cours de la même période pourrait, par exemple, indiquer que le prix du sac de 100 kg de farine a augmenté de 10 € en raison d'une augmentation du coût d'un intrant (les céréales). En partant de l'hypothèse que l'augmentation du coût de cet intrant s'est également produite sur le marché affecté par l'infraction, une comparaison entre l'évolution du prix pratiqué sur ce dernier et celle, différente, du prix pratiqué sur le marché de comparaison permettrait de déterminer la différence de prix imputable au cartel de la farine. Dans notre exemple, celle-ci serait de 30 € par unité.

58. L'intérêt de la méthode des «doubles différences» réside, par conséquent, dans le fait qu'elle permet d'éliminer les changements non imputables à l'infraction qui se sont produits au cours de la même période que cette dernière⁵³. Elle repose toutefois, dans une large mesure, sur l'hypothèse que ces autres changements ont eu des répercussions analogues sur les deux marchés⁵⁴. Les observations relatives à l'application des méthodes de comparaison dans le temps et entre les marchés, notamment en ce qui concerne la nécessité de similitudes suffisantes entre les marchés considérés, sont également valables pour la méthode des doubles différences. D'un point de vue pratique, cette méthode nécessite généralement une série de données relatives à différents marchés et à différentes périodes qui ne sont pas toujours faciles à obtenir. Une quantité moindre de données peut cependant suffire pour estimer une borne inférieure ou réaliser des estimations approximatives⁵⁵.

B. Application concrète de la méthode: techniques d'estimation du prix ou d'une autre variable économique dans le scénario contrefactuel

59. Une fois opéré le choix d'une méthode comparative adaptée pour établir le scénario contrefactuel, il existe diverses techniques pour appliquer cette méthode dans la pratique. Ce qui différencie ces techniques, c'est principalement la mesure dans laquelle elles s'appuient sur des données individuelles ou moyennes (par exemple, les prix observés) et dans laquelle les données observées sur le marché de comparaison⁵⁶ ou au cours de la période de comparaison sont ensuite ajustées. C'est donc la quantité de données nécessaire pour les appliquer qui différencie ces diverses techniques.

⁵³ Par rapport à une simple comparaison entre deux marchés, la méthode des «doubles différences» présente aussi l'avantage d'éliminer les différences constantes qui existent entre deux marchés (telles que les différences dues à des coûts d'intrants en permanence inférieurs sur un des marchés).

⁵⁴ Si, par exemple, les augmentations de prix non imputables à l'infraction ont été, au cours de la période d'infraction, plus importantes sur le marché concerné par cette dernière que sur le marché de comparaison, le fait d'appliquer la méthode des doubles différences en utilisant de simples moyennes entraînerait une surestimation du montant du préjudice. Une mise en œuvre économétrique de la technique des doubles différences peut contribuer à neutraliser ce type de facteurs.

⁵⁵ Pour un exemple de juridiction nationale établissant une borne inférieure dans l'estimation du quantum des dommages et intérêts (sans toutefois utiliser la méthode des doubles différences, mais bien celle de la comparaison dans le temps), voir la décision du *Kammergericht Berlin* (Tribunal régional supérieur de Berlin) du 1^{er} octobre 2009 dans l'affaire n° 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Comme indiqué au point 35 ci-dessus, les données utilisées dans ce type de comparaison entre marchés ou dans le temps peuvent concerner le marché dans son ensemble ou certains acteurs spécifiques du marché uniquement.

60. En ce qui concerne la mise en œuvre des méthodes comparatives, une possibilité consiste à utiliser les données de comparaison directement telles qu'elles sont observées et à estimer, sur cette base, une valeur contrefactuelle pour la variable économique considérée (c'est-à-dire, dans l'exemple cité, le prix de la farine). Lorsque l'on dispose de plusieurs observations (par exemple, le prix de la farine observé dans une série d'opérations effectuées sur un marché géographique de comparaison), il est possible de les combiner et de calculer des moyennes pour obtenir une ou plusieurs valeurs contrefactuelles. Cette ou ces valeurs moyennes contrefactuelles peuvent ensuite être comparées avec la ou les valeurs moyennes effectivement observées au cours de la période d'infraction, par exemple avec les prix réellement payés pour la farine [pour de plus amples détails, voir le point (1) ci-dessous].
61. Lorsque certains facteurs (comme une augmentation du prix des matières premières, par exemple) n'ont influencé que l'élément de comparaison, le marché affecté par l'infraction ou la période d'infraction, il convient de déterminer, en fonction du standard de preuve requis et des règles applicables en matière de lien de causalité, s'il est nécessaire ou non d'ajuster les données observées pour tenir compte de cette influence. Les données peuvent ainsi faire l'objet d'ajustements simples dans les cas où le facteur qui les a influencées ainsi que l'ampleur de ses effets peuvent être établis et pris en compte de façon relativement aisée [voir le point (1) ci-après]. Des ajustements plus complexes des données de comparaison observées peuvent être réalisés en recourant aux techniques économétriques, et notamment à l'analyse de régression, qui est décrite au point (2) ci-après. La question de savoir s'il revient au défendeur ou au demandeur d'invoquer, d'étayer ou de prouver ces ajustements relève des règles de droit applicable⁵⁷.
62. Le choix entre ces différentes techniques dans un cas donné dépend des circonstances propres à l'affaire et des règles de droit applicables et se fera en tenant compte des différents avantages et inconvénients de ces techniques, par exemple en ce qui concerne leur exactitude et leur précision ainsi que les exigences qu'elles supposent en matière de données [voir le point (3) ci-après].
- (1) Techniques simples: observations individuelles, moyennes, interpolation et ajustements simples**
63. En fonction des prescriptions du droit national applicable et des circonstances de l'affaire en cause, en particulier du degré de similitude entre le marché affecté par l'infraction et le marché ou la période de comparaison, il se peut que les données observées puissent être comparées directement, c'est-à-dire sans le moindre ajustement, avec les données observées sur le marché affecté par l'infraction⁵⁸.
64. Le volume d'observations recueillies pour la variable d'intérêt (par exemple, dans le cas du cartel de la farine, le prix de la farine) sur les marchés de comparaison ou les

⁵⁷ Voir, par exemple, la décision du *Kammergericht Berlin* (Tribunal régional supérieur de Berlin) du 1^{er} octobre 2009 dans l'affaire n° 2 U 10/03 Kart, pour un exemple de la répartition des obligations relative à l'établissement des faits en matière de quantification du préjudice.

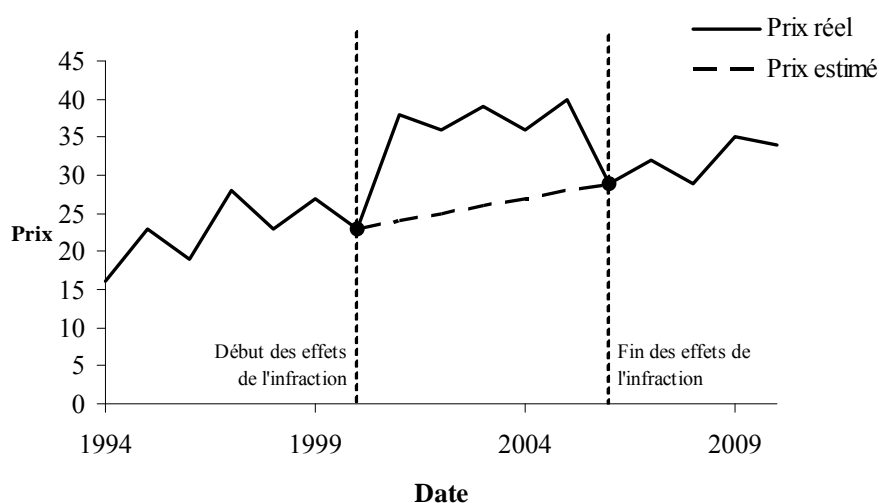
⁵⁸ À titre d'exemple, une comparaison dans le temps pourrait se fonder sur la simple observation des prix avant et pendant l'infraction. Pour un exemple des implications juridiques de cette méthode, voir la décision de la *Corte Suprema di Cassazione* (Cour de cassation italienne) du 2 février 2007 dans l'affaire n° 2305 (*Fondiarria SAI SpA/Nigriello*).

périodes de comparaison peut varier entre une seule ou quelques données (le prix observé dans un nombre d'opérations limité) et un grand nombre de données. Sur les marchés fonctionnant par appels d'offres, par exemple, les adjudications peuvent se produire très rarement et, au moment de l'estimation des dommages et intérêts, il peut arriver que l'on ne dispose que d'un seul prix observé à l'occasion du seul appel d'offres réalisé après l'infraction. Une situation analogue peut se produire dans les secteurs où les contrats de longue durée sont pratique courante. Il peut se révéler approprié d'estimer les dommages et intérêts sur la base d'observations uniques lorsque ces dernières sont suffisamment représentatives de la période d'intérêt.

65. Lorsque l'examen des marchés ou périodes de comparaison permet de recueillir un plus grand nombre d'observations, par exemple les prix payés par la partie lésée lors d'une série d'opérations effectuées après l'infraction ou ceux payés par plusieurs clients sur un autre marché géographique, ces observations peuvent être utilisées individuellement ou sous la forme de moyennes⁵⁹.
66. Le recours à diverses formes de valeurs moyennes ou à d'autres méthodes d'agrégation des données est possible, pour autant que la comparaison porte sur des données comparables. Par exemple, si un grossiste demande des dommages et intérêts pour avoir acheté un produit en janvier, mai, juillet et octobre 2009 auprès d'entreprises participant à une entente sur les prix et si la méthode choisie est la comparaison avec un autre marché géographique, les prix mensuels moyens payés sur ce marché par *le même type de clients* (grossistes) au cours des *mêmes mois* peuvent constituer un point de référence approprié (à savoir que les données seraient comparées pour le mois de janvier, le mois de mai, le mois de juillet, et ainsi de suite). La comparaison des données mois par mois permet, par exemple, de tenir compte des variations saisonnières se produisant au cours de l'année et rendent, de ce fait, la comparaison plus fiable. Si, par contre, les prix varient peu d'un mois à l'autre, le prix moyen observé sur le marché de comparaison pour l'ensemble de l'année 2009 peut être considéré comme un indicateur adéquat. Il peut aussi arriver que les données annuelles ou d'autres données moyennes (par exemple, les données agrégées au niveau d'un secteur) soient simplement les seules informations disponibles. En règle générale, les systèmes juridiques des États membres peuvent autoriser les parties à s'appuyer sur des données moyennes tout en donnant la possibilité aux défenseurs de prouver que des différences significatives existent, et ils peuvent exiger le recours à des données davantage désagrégées lorsque ces dernières sont disponibles.
67. L'interpolation linéaire constitue une autre technique simple à utiliser pour déduire une valeur de comparaison d'une série d'observations. Lorsqu'une comparaison dans le temps a généré des séries de prix pour les périodes précédant et suivant l'infraction, le prix «contrefactuel» pour la période d'infraction peut être estimé en traçant une ligne entre le prix antérieur à l'infraction et le prix postérieur à

⁵⁹ Pour les besoins du présent guide pratique, on entend par «moyenne», la moyenne arithmétique, c'est-à-dire le résultat de la division de la somme des observations par le nombre d'observations. Dans certains cas, il peut toutefois se révéler plus indiqué d'utiliser d'autres statistiques descriptives (par exemple, la médiane ou le mode). À titre d'exemple, si sur un marché comptant 25 entreprises, 21 d'entre elles demandent un prix de 50 € et quatre un prix de 75 €, le prix modal de 50 € (c'est-à-dire le prix le plus souvent observé dans l'échantillon) est vraisemblablement plus représentatif du prix du marché que le prix moyen de 54 € (dans cet exemple, le prix modal est équivalent au prix médian, qui est le prix demandé par l'entreprise classée en position centrale dans la série d'observations).

l'infraction, comme indiqué dans l'illustration figurant ci-dessous. En partant de cette ligne, il est possible de relever une valeur de comparaison pour chaque moment pertinent de la période d'infraction. Par rapport au calcul d'une seule valeur moyenne pour l'ensemble de la période d'infraction, l'interpolation présente donc l'avantage de permettre la prise en compte, dans une certaine mesure, de tendances dans l'évolution des prix dans le temps qui ne sont pas imputables à l'infraction. La déduction de données de comparaison à partir de la ligne interpolée produit donc des résultats plus précis que si l'on utilise une valeur moyenne pour l'ensemble de la période, notamment dans les cas où les dommages et intérêts demandés sont liés à des opérations (ou à d'autres événements) qui se sont produites uniquement vers le début ou la fin de la période d'infraction⁶⁰. L'illustration suivante fournit un exemple simple d'interpolation linéaire (la ligne pointillée représente le prix contrefactuel interpolé, la ligne pleine, les prix réels observés):



L'extrapolation linéaire fonctionne de façon analogue à l'interpolation, si ce n'est que la ligne est prolongée sur la base soit des seules données antérieures soit des seules données postérieures à l'infraction⁶¹.

68. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il est assez simple d'identifier un facteur de différenciation entre un marché affecté par une infraction (ou une période d'infraction) et un marché (ou une période) de comparaison et d'ajuster en conséquence la valeur de la donnée de comparaison observée. Par exemple, certains effets saisonniers se produisant sur un marché ou des effets découlant de variations au niveau des prix des intrants ou des taux de change peuvent avoir une caractéristique et une ampleur qu'il est possible, dans certains cas, de déduire assez aisément de documents commerciaux internes appartenant à une partie ou d'autres

⁶⁰ L'interpolation présente aussi des avantages par rapport à l'utilisation de moyennes lorsque le nombre d'opérations (ou d'autres événements) se répartit inégalement sur la période d'infraction.

⁶¹ L'extrapolation étend donc une tendance observée pour une série chronologique à une période qui, soit précède l'infraction, soit lui est postérieure. À titre d'exemple, si au cours des trois années qui ont précédé une entente, les prix pratiqués étaient respectivement de 12 €, 13,20 €, et 14,52 € (ce qui correspond à une augmentation de 10 % chaque année), une technique simple consisterait à estimer qu'ils étaient respectivement de 15,97 € et de 17,57 € pour les deux années qu'a duré l'entente. Une estimation plus exacte de la tendance fondamentale peut être obtenue en recourant à l'analyse de régression.

sources, telles que des déclarations d'experts. Dans de tels cas, par exemple, la ligne droite obtenue dans une simple interpolation linéaire doit faire l'objet d'un ajustement pour tenir compte de ces caractéristiques⁶².

(2) Analyse de régression

a. Définition et objectif de l'analyse de régression

69. L'analyse de régression est une technique statistique qui permet d'étudier la nature des relations existant entre des variables économiques et à établir dans quelle mesure une variable d'intérêt donnée⁶³ (le prix de la farine, par exemple, dans le cas du cartel de la farine⁶⁴) est influencée par l'infraction ainsi que par d'autres variables qui ne sont pas affectées par l'infraction⁶⁵ (par exemple, les coûts des matières premières, les fluctuations de la demande, les caractéristiques du produit ou le degré de concentration du marché)⁶⁶. Cette technique permet par conséquent d'évaluer si, et dans quelle mesure, des facteurs observables autres que l'infraction ont contribué à l'écart entre la valeur de la variable d'intérêt observée sur le marché affecté par l'infraction au cours de la période d'infraction et la valeur observée sur un marché de comparaison ou au cours d'une période de comparaison. L'analyse de régression constitue donc un moyen de tenir compte des autres éléments qui expliquent l'existence d'un écart entre les séries de données comparées. Toutes les méthodes comparatives peuvent, en principe, être mises en œuvre au moyen de l'analyse de régression, pour autant que l'on ait pu recueillir suffisamment d'observations⁶⁷.
70. Dans une analyse de régression, un certain nombre d'observations recueillies pour la variable d'intérêt et les variables explicatives probables sont examinées au moyen de techniques statistiques. La relation établie entre ces variables est généralement décrite sous la forme d'une équation (appelée «équation de régression» ou «modèle de régression»). Cette équation permet d'estimer les effets des variables explicatives sur la variable d'intérêt et de les isoler des effets de l'infraction. L'analyse de régression estime le degré de corrélation existant entre les variables pertinentes⁶⁸, ce

⁶² Cet ajustement, pourrait, si les données disponibles le permettent, être effectué de manière plus complexe en recourant à l'analyse de régression, comme expliqué au point suivant.

⁶³ On parle aussi de «variable expliquée» ou de «variable dépendante».

⁶⁴ Parmi les autres variables d'intérêt possibles pour lesquelles l'analyse de régression peut être appliquée figurent, par exemple, les volumes des ventes, les parts de marché ou les marges bénéficiaires (par exemple, dans le cas d'un concurrent évincé qui demande des dommages et intérêts pour le manque à gagner dû à une baisse de ses ventes ou de ses marges), ou encore les coûts de production (qui peuvent aussi se révéler pertinents pour l'estimation d'un manque à gagner).

⁶⁵ On parle aussi de «variable(s) explicative(s)» ou de «variable(s) déterminante(s)».

⁶⁶ Parmi les autres facteurs qui influencent la variable d'intérêt peuvent figurer, par exemple, la taille des clients et le volume des commandes, la technique de production utilisée, la dimension et la structure des coûts des entreprises offrant le produit ou les dépenses de publicité.

⁶⁷ Un nombre suffisant d'observations est toutefois nécessaire pour appliquer valablement des méthodes statistiques. Ces observations peuvent être obtenues (pour les comparaisons dans le temps) à partir de séries chronologiques d'observations ou (pour les comparaisons portant sur un moment précis) à partir d'une série de marchés de comparaison, à partir d'entreprises ou d'opérations, ou encore grâce à une combinaison des deux (observations dans le temps à partir d'une série de marchés, d'entreprises ou d'opérations).

⁶⁸ Dans une analyse de régression multivariée (voir plus en détail ci-après), la corrélation établie est une corrélation conditionnelle, à savoir que l'effet des autres variables est pris en compte.

dernier pouvant dans certains cas être révélateur d'une influence causale d'une variable sur l'autre⁶⁹.

71. Il y a principalement deux manières de réaliser une analyse de régression aux fins de l'estimation des dommages et intérêts, selon que l'on utilise uniquement les données des périodes (ou marchés) non concerné(e)s par l'infraction pour construire l'équation de régression ou que l'on utilise, en plus de ces données, celles concernant la période d'infraction (ou le marché affecté par l'infraction). Si seules les données des périodes non concernées par l'infraction sont utilisées pour estimer la régression, l'équation de régression aura pour objet de «prévoir» l'effet sur la variable d'intérêt au cours de la période d'infraction sur la base de l'évolution constatée en dehors de cette période («méthode de prévision»)⁷⁰. Lorsque les données relatives à la période d'infraction (ou au marché affecté par l'infraction) sont également utilisées pour estimer la régression, il est tenu compte de l'effet de l'infraction dans l'équation de régression au moyen d'une variable indicatrice distincte (appelée «variable binaire»)⁷¹.
72. La question de savoir s'il est plus indiqué d'appliquer la méthode de prévision ou celle de la variable binaire dépendra des caractéristiques propres à l'affaire: en particulier, alors que la méthode de prévision présente l'avantage de permettre le choix d'un modèle de régression uniquement fondé sur les données observées pour la période non concernée par l'infraction (qui n'a donc pas été touchée par les effets de l'infraction), l'utilisation des données relatives aux deux périodes/marchés favorise potentiellement une estimation à la fois plus précise et plus exacte des paramètres d'intérêt, notamment si les données disponibles pour la période ou le marché non concernés par l'infraction sont limitées ou ne permettent pas d'appréhender pleinement la dynamique du secteur en cause. Dans la pratique, il est souvent possible de combiner les deux méthodes, par exemple en choisissant le modèle sur la base de la période antérieure à l'infraction et en estimant une régression de la variable binaire au moyen de données concernant les deux périodes (ainsi qu'en faisant varier, si nécessaire, les effets des autres variables explicatives au cours de la période d'infraction et de la période non concernée par l'infraction).

b. Exemples et illustrations

73. Il est possible de décrire les étapes fondamentales de l'analyse de régression au moyen d'un simple exemple qui, pour les besoins de la démonstration, ne s'intéresse qu'à une seule variable explicative potentielle. Supposons, dans l'exemple susmentionné du cartel de la farine, que les prix payés par les boulangeries aux meuniers au cours de la période d'activité du cartel soient comparés avec ceux payés par ces dernières à ces mêmes meuniers au cours de la période antérieure à l'infraction et que cette comparaison fasse apparaître une augmentation des prix de 20 % au cours de la période d'infraction. Supposons également que l'on soit amené à conclure que cette augmentation n'est pas due exclusivement au cartel parce qu'au cours de la période d'infraction, les coûts d'intrants essentiels (les céréales, par exemple) ont aussi augmenté de manière significative. Dans un tel cas, il est difficile

⁶⁹ Pour autant que cela s'inscrive dans un cadre économique cohérent et concorde avec d'autres éléments de preuve de nature qualitative et quantitative.

⁷⁰ Cette «méthode de prévision», qui est illustrée par le graphique figurant au point 79 ci-après, est parfois aussi appelée «méthode résiduelle».

⁷¹ Cette «variable binaire» permet de mesurer s'il y a eu un accroissement de la variable d'intérêt au cours de la période d'infraction.

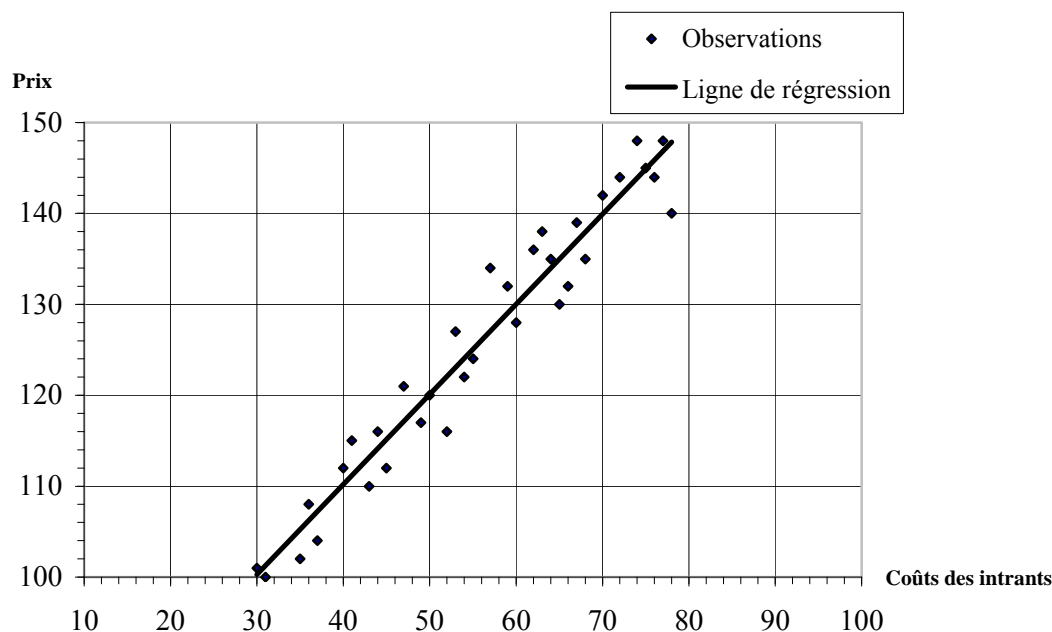
de déterminer dans quelle mesure l'augmentation du prix de la farine est imputable, d'une part, à l'infraction et, d'autre part, à la hausse des coûts des intrants (l'augmentation du prix des céréales).

74. Une option envisageable pour surmonter cette difficulté consisterait à utiliser les données relatives à une autre période ou un autre marché pour lesquels les coûts des intrants (prix des céréales) étaient très proches et aucune infraction n'était à signaler, mais cela peut se révéler impossible dans certains cas⁷². L'analyse de régression permet de tenir compte de la variation des coûts des intrants en faisant apparaître la relation statistique qui existe entre les coûts des intrants et le prix de la farine. Pour ce faire, on peut examiner une série d'observations concernant les coûts des intrants (prix des céréales) et le prix de la farine recueillies pour la période non concernée par l'infraction⁷³. En appliquant des techniques statistiques à ces observations, il est possible d'établir un profil de la façon dont les prix des céréales ont influé sur celui de la farine au cours d'une période pendant laquelle ce dernier n'était pas influencé par l'infraction. Il est ensuite possible de se baser sur cette période pour déduire une relation statistique entre le prix de la farine et celui des céréales. En appliquant ce que l'on sait de cette relation aux prix de la farine pratiqués pendant la période d'infraction, il est possible d'éliminer la part de l'augmentation de ces prix qui n'est pas imputable à l'infraction mais aux variations des coûts des intrants. Cela permet de «prévoir» quels auraient été les prix de la farine en l'absence de surcoût dû au cartel, mais compte tenu de la hausse des prix due à la croissance des coûts des intrants.
75. Le graphique qui suit fournit une illustration simple de la manière dont cette relation statistique est déduite. Il représente une série d'observations recueillies pour les coûts des intrants (prix des céréales) et le prix de la farine correspondant observé au même moment au cours d'une période différente de celle de l'infraction. Par exemple, lorsqu'à un moment déterminé, le prix des céréales était de 60, celui de la farine était de 128. Il est possible de calculer les coordonnées de la droite qui correspond le mieux à l'ensemble des observations recueillies afin de représenter la relation statistique (corrélation) entre le prix des céréales et celui de la farine. Cette relation est représentée par une droite dans le graphique ci-après et peut être exprimée par une équation également, ce qui est généralement le cas⁷⁴. La pente de la droite indique à quelle augmentation du prix de la farine est associée une certaine hausse du prix des céréales. Dans l'exemple représenté par le graphique, la relation constatée montre que lorsque le prix des céréales passe, par exemple, de 50 à 60, le prix de la farine passe de 120 à 130. Étant donné qu'à une augmentation du coût des intrants (céréales) de 10 € est associée une hausse du prix de la farine de 10 € également, la relation statistique indique qu'une augmentation du coût des intrants est entièrement répercutée.

⁷² Par exemple parce qu'il n'existe pas de données fiables pour d'autres périodes (ou marchés) ou parce qu'au cours des autres périodes (ou sur les autres marchés) considérés, certaines caractéristiques du marché étaient très différentes.

⁷³ En ce qui concerne l'opportunité de prendre en compte également les données relatives à la période d'infraction (ou au marché affecté par l'infraction), voir le point 82 ci-après.

⁷⁴ Les coordonnées de cette droite sont données par l'estimation d'une régression du prix (comme variable d'intérêt) sur les coûts des intrants (comme variable explicative). Dans cet exemple, la méthode des moindres carrés ordinaires (MCO) est utilisée pour calculer les coordonnées d'une droite située à une distance minimale («moindres carrés») du nuage de points illustré sur le graphique. La méthode des MCO est une méthode statistique couramment utilisée pour estimer les paramètres d'un modèle de régression linéaire.



76. Le fait de connaître la façon dont le coût des intrants (prix des céréales) influence le prix de la farine en dehors de la période d'infraction permet d'estimer (de «prévoir») dans quelle mesure les augmentations de ces coûts (prix des céréales) survenues au cours de la période d'infraction ont influencé le prix de la farine. L'exclusion de ces effets lorsqu'il est procédé à la comparaison entre les prix permet d'estimer le surcoût imputable à l'infraction de façon plus fiable que si l'on se passe de l'analyse de régression. Dans l'exemple ci-dessus, si pendant la période d'infraction, le prix de la farine était de 140 contre 120 durant la période non concernée par l'infraction, mais que les coûts des intrants (prix des céréales) étaient passés de 50 à 60 dans l'intervalle, le prix de la farine en l'absence de cartel n'aurait probablement pas été de 120 mais de 130.
77. Si l'exemple décrit n'a concerné jusqu'ici que l'influence d'une *seule* autre variable (le coût des intrants représenté par le prix des céréales) sur la variable d'intérêt (le prix de la farine), dans le domaine de la concurrence, l'analyse de régression doit généralement tenir compte, dans la pratique, de *plusieurs* autres facteurs influençant cette variable (analyse de régression *multiple*⁷⁵). Il s'agit alors 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 d'intérêt. À titre d'exemple, dans le cas du cartel de la farine susmentionné, il est possible qu'au cours de la période d'infraction, les meuniers n'aient pas seulement eu à payer des prix supérieurs pour les céréales, mais également à faire face à une augmentation des coûts de la main-d'œuvre et de l'énergie, et qu'ils aient en outre introduit une technique de mouture et de conditionnement plus efficace, le tout ayant eu potentiellement une incidence sur le

⁷⁵ Que l'on appelle également «analyse de régression multivariée», par opposition à l'«analyse de régression à une seule variable» ou «univariée» utilisée dans l'exemple décrit ci-dessus.

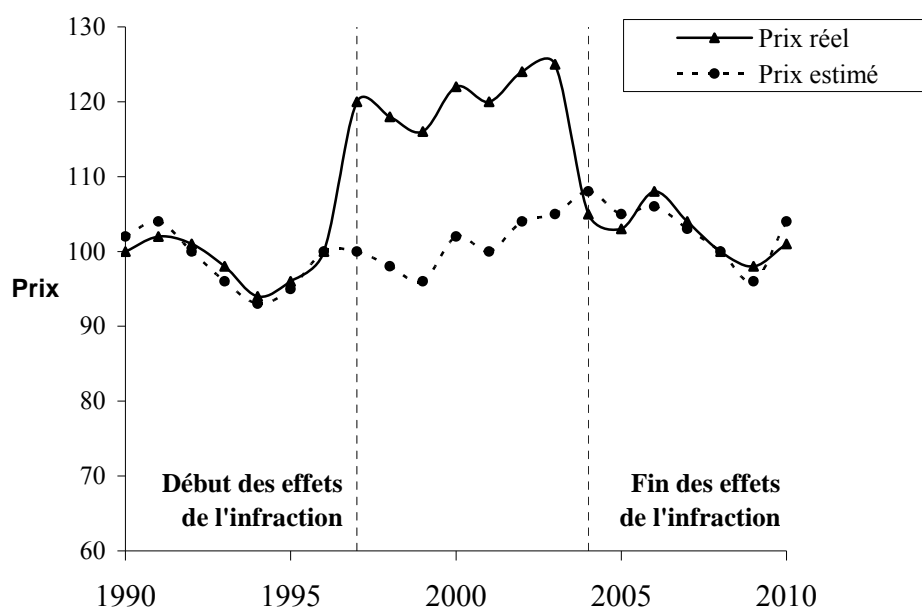
prix de la farine vendue aux boulangeries pendant la période d'activité du cartel. Pour décrire statistiquement la façon dont ces divers facteurs ont influencé le prix de la farine, il convient d'analyser une série d'observations pour chacune des variables explicatives correspondantes.

78. Lors de la réalisation d'une analyse de régression, il importe de tenir compte de toutes les variables qui sont pertinentes dans l'affaire en cause. Supposons que le défendeur ou le demandeur utilise, pour les besoins d'une comparaison des prix de la farine pratiqués par un meunier avant et pendant une infraction, une analyse de régression multiple visant à établir l'influence potentielle sur le prix de la farine des facteurs susmentionnés (le prix des céréales, les coûts de la main-d'œuvre et de l'énergie et la technique de mouture et de conditionnement). Si une importante évolution de la demande s'est produite pendant la période d'existence du cartel (par exemple, une hausse de la demande de farine de la part des boulangeries due à une augmentation de la demande de pain et de pâtisseries de la part des consommateurs finals) et que l'influence de cet événement sur le prix de la farine n'est pas prise en compte dans l'équation de régression, l'estimation de l'effet de l'infraction sera vraisemblablement biaisée, en dépit de la réalisation d'une analyse de régression par ailleurs complète⁷⁶. C'est le droit national applicable qui, compte tenu du principe d'effectivité, déterminera à quelle partie il incombe d'invoquer et de prouver les faits, tels que la modification de la demande évoquée ci-dessus ou l'exhaustivité des variables considérées dans une analyse de régression.
79. La base de toute quantification des dommages et intérêts se fondant sur une analyse de régression est donc la relation statistique existant entre la variable d'intérêt (par exemple, le prix) et la ou les variables explicatives pertinentes, exprimée sous la forme d'une équation de régression. Lorsque la méthode de prévision est utilisée⁷⁷, la première étape consiste à estimer une équation de régression au moyen des données relatives à la période non concernée par l'infraction. Dans une deuxième étape, l'équation de régression et les valeurs observées pour les autres variables pertinentes au cours de la période d'infraction sont utilisées pour estimer le prix que les parties lésées auraient vraisemblablement payé en l'absence d'infraction. Au cours de la troisième étape, la différence entre ce prix contrefactuel et celui effectivement payé par les parties lésées fournit une estimation du surcoût résultant de l'infraction. Le graphique ci-dessous illustre la deuxième et la troisième étapes. Lorsque la méthode de la variable binaire est utilisée, l'analyse de régression combine les trois étapes décrites ci-dessus⁷⁸.

⁷⁶ Il est toutefois important non seulement d'inclure tous les facteurs pertinents dans le modèle de régression, mais aussi de s'abstenir d'y inclure des variables qui ne sont manifestement pas pertinentes (d'après la connaissance que l'on a du secteur). En fait, si des variables non pertinentes sont prises en compte dans le modèle pour expliquer la variation de prix, les estimations des dommages et intérêts pourraient s'en trouver indûment réduites (voire ramenées à zéro).

⁷⁷ Le recours à la méthode de la variable binaire est l'autre possibilité envisageable; voir le point 71 ci-dessus. Contrairement à la méthode de prévision, celle de la variable binaire estime l'effet de l'infraction en une seule étape, en s'appuyant sur une analyse de régression utilisant à la fois les données relatives à la période d'infraction et celles relatives à la période non concernée par l'infraction. Dans le cas de l'exemple susmentionné, le recours à cette méthode reviendrait à estimer que l'effet du cartel est l'accroissement du prix qui est observé au cours de la période d'infraction (c'est-à-dire le coefficient de la variable binaire dans l'équation de régression), ce dernier ne s'expliquant pas par les variations des autres variables explicatives telles que les coûts des matières premières.

⁷⁸ Dans ce cas-ci, l'équation de régression est estimée au moyen des données relatives à la fois à la période d'infraction et à la période non concernée par l'infraction et indique directement dans quelle mesure la



80. L'analyse de régression illustrée dans ce graphique se fonde sur la méthode de prévision, dans laquelle une régression est réalisée au moyen des données relatives aux périodes antérieure et postérieure à l'infraction afin d'exprimer par une équation la relation statistique existant entre le prix et diverses variables explicatives pertinentes (coûts des intrants, entre autres facteurs pertinents). En utilisant cette équation et les valeurs observées pour les variables explicatives pertinentes, il est possible de déduire une estimation du prix qui aurait vraisemblablement prévalu en l'absence d'infraction (ligne pointillée). La ligne continue correspond au prix effectivement observé. L'écart apparaissant entre la ligne continue et la ligne pointillée sur la partie du graphique correspondant à la période d'infraction représente le surcoût estimé. La ligne pointillée tracée en dehors de la partie correspondant à la période d'infraction est également dérivée de l'équation de régression et peut servir, en effectuant une comparaison avec les prix effectivement observés en dehors de la période d'infraction (ligne continue), à évaluer le pouvoir prédictif du modèle de régression.

c. Exigences à respecter pour l'application de l'analyse de régression

81. Pour pouvoir réaliser une analyse de régression, il faut connaître diverses techniques statistiques permettant de mesurer la relation entre les variables considérées, de façon à pouvoir à la fois construire une équation de régression correcte et calculer la précision des paramètres de cette équation. Il faut en outre avoir une bonne compréhension du secteur concerné, tout d'abord pour pouvoir formuler les bonnes hypothèses au moment de construire l'équation de régression et ensuite pour faire le bon choix quant aux facteurs qui sont susceptibles d'avoir influencé la variable d'intérêt de manière significative (et qu'il convient dès lors d'inclure dans l'analyse).

variable d'intérêt a évolué au cours de la période d'infraction, une fois analysé l'effet des autres variables explicatives.

La compréhension du secteur est également indispensable pour faire des choix informés quant aux techniques statistiques à utiliser dans une situation donnée, par exemple pour tenir compte d'observations inhabituelles (observations aberrantes) ou d'autres caractéristiques particulières constatées dans une série de données. En particulier, lorsque les variables explicatives ont elles-mêmes été influencées par l'infraction, les résultats peuvent s'en trouver biaisés si cet élément n'est pas pris en considération, par exemple au moyen de techniques statistiques spécifiques⁷⁹ ou en utilisant des observations relatives à une période ou un marché autres que ceux concernés par l'infraction⁸⁰.

82. En l'absence d'observations suffisantes, aucune analyse statistique ne peut définir les relations entre variables économiques. Pour déterminer l'effet des variables explicatives sur la variable d'intérêt, il faut donc disposer d'un nombre suffisant d'observations pour chaque variable considérée. L'analyse de régression nécessite donc généralement un grand nombre de données. Cependant, les techniques statistiques peuvent aider à combler certaines lacunes en matière de disponibilité des données ou à limiter les biais d'interprétation⁸¹ et il peut exister des situations dans lesquelles même l'analyse d'un plus faible nombre d'observations donne des résultats valables.
83. Les observations peuvent, en principe, être recueillies à différents niveaux d'agrégation. À titre d'exemple, quand il s'agit d'analyser la relation entre le prix et le coût des intrants, il est possible d'examiner, d'une part, des séries de données concernant soit les prix payés pour des opérations individuelles soit les prix moyens annuels pratiqués dans le secteur concerné ou — solution intermédiaire — des données mensuelles agrégées au niveau des entreprises et, d'autre part, des séries de données concernant respectivement soit des coûts d'intrants individuels à l'unité soit les coûts moyens des intrants supportés par le secteur en cause. L'utilisation de données désagrégées permet d'analyser un plus grand nombre d'observations et d'obtenir ainsi des estimations plus précises. Lorsque de telles données désagrégées n'existent pas ou ne sont pas accessibles à la partie qui effectue l'analyse de régression, l'examen de données agrégées peut toutefois produire des résultats instructifs, en particulier si la périodicité des données agrégées est très élevée.
84. La nécessité de disposer d'un nombre suffisant d'observations et de tenir compte de leur niveau d'agrégation illustre l'importance de données fiables et pertinentes aux fins de l'analyse économique. Or, la plupart des ensembles de données sont incomplets et tous les faits pertinents ne peuvent pas être observés ou mesurés avec précision. Il convient donc de reconnaître explicitement ces imperfections. Des lacunes dans les données ne devraient pas empêcher la prise en compte d'une analyse économique à sa juste valeur, mais il conviendra de faire preuve de prudence quant aux conclusions qu'on en tire⁸².

⁷⁹ Par exemple, le recours à des variables instrumentales, technique économétrique qui peut être utilisée pour corriger ce genre de biais.

⁸⁰ En recourant notamment à la méthode de prévision décrite plus haut, dans laquelle la valeur des variables explicatives prise en compte dans le modèle pour prévoir la situation contrefactuelle est corrigée de l'effet de l'infraction sur ces variables.

⁸¹ Par exemple, quand un échantillon d'observations n'est pas totalement représentatif.

⁸² Pour de plus amples explications sur l'importance de la fiabilité et de la pertinence des données, voir le document la DG COMP intitulé «Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and merger cases», à

85. Lorsqu'elle est utilisée de façon appropriée et qu'elle s'appuie sur un volume d'observations suffisant, l'analyse de régression peut considérablement affiner l'estimation des dommages et intérêts réalisée au moyen de méthodes comparatives. Il convient cependant de souligner que même les équations de régression très complexes ne se fondent jamais que sur une série d'hypothèses et, comme n'importe quelle technique utilisée pour prévoir une situation hypothétique, ne peuvent fournir que des estimations. Une bonne pratique consiste à examiner les hypothèses sur lesquelles se fonde une équation de régression, parce que certaines d'entre elles peuvent mieux convenir que d'autres dans une situation donnée et conduire à des résultats très différents.
86. Une façon de gérer l'incertitude de l'estimation consiste à indiquer les résultats non pas sous la forme d'une estimation ponctuelle («le prix dans le scénario contrefactuel s'élève à 10 EUR»), mais sous la forme d'une fourchette («le prix dans le scénario contrefactuel est compris entre 9 € et 11 €»). La notion d'«intervalle de confiance» (courante en statistique) est utilisée pour décrire la probabilité que la valeur réelle soit comprise dans une fourchette donnée. Par convention en science économique, lorsqu'il y a 95 % de chances qu'un intervalle spécifique contienne la valeur réelle, on considère que le degré de certitude est élevé.
87. Une autre manière de gérer l'incertitude des estimations consiste à se reporter à la notion de «signification statistique», qui est un moyen classique de vérifier si les résultats obtenus dans le cadre d'une analyse de régression sont le fruit d'une coïncidence ou s'ils traduisent en réalité une véritable corrélation. Pour ce faire, on teste une hypothèse donnée: dans le domaine des actions en dommages et intérêts, on pourrait chercher à savoir si l'infraction ayant consisté en une entente a ou non eu un effet réel sur les prix. L'hypothèse dans laquelle l'infraction *n'a pas* eu d'effet (ce qui suppose que le prix contrefactuel n'est pas différent de celui observé) est appelée «hypothèse nulle». L'analyse de régression est alors utilisée pour tester cette hypothèse nulle. Le résultat d'une analyse de régression est considéré comme significatif d'un point de vue statistique lorsqu'il est possible de rejeter l'hypothèse nulle au motif qu'il serait très improbable que les résultats observés soient le fruit du hasard. Par convention, une probabilité d'au moins 95 % que l'hypothèse nulle soit rejetée est considérée, en science économique, comme permettant d'estimer que les résultats sont «statistiquement significatifs».
88. Comme décrit ci-dessus, par convention en science économique, on utilise un seuil de probabilité de 95 % pour les notions d'«intervalle de confiance» et de «signification statistique». Il convient de souligner qu'il s'agit là d'une pure convention et que des seuils plus ou moins élevés (par exemple, une probabilité de 99 % ou de 90 %) peuvent fournir des informations utiles de la même manière. Cela s'explique par le fait que la signification statistique est déterminée, en partie, par le nombre d'observations composant l'ensemble de données: toutes choses égales par ailleurs, la signification statistique augmente avec la taille de l'échantillon. Une bonne pratique consiste à indiquer le seuil de probabilité choisi. Dans une action en dommages et intérêts, il incombe alors au juge, sur la base du droit applicable, de décider de la force probante d'une telle analyse de régression et des conséquences

l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

procédurales que peut avoir cette analyse (en particulier en ce qui concerne la charge de l'établissement des faits et de la preuve).

89. La question de savoir si une analyse de régression doit être réalisée dans le cadre d'une affaire portée en justice, et si oui, par quelle partie et à quel stade de la procédure, dépendra notamment de l'existence ou de l'accessibilité des données nécessaires ainsi que des règles de droit applicables relatives aux exigences en matière d'établissement des faits, mais aussi à la divulgation des preuves, au standard de preuve et à la répartition de la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur.
90. Les différentes formes d'analyse de régression mentionnées plus haut (points 71 et suivants) sont parfois qualifiées de «modèles à forme réduite», étant donné qu'elles estiment directement des paramètres d'équation qui sont eux-mêmes dérivés d'autres relations économiques (par exemple, l'interaction entre l'offre et la demande), sans les modéliser explicitement. Des modèles économétriques peuvent, à l'inverse, être construits pour estimer ces relations économiques sous-jacentes. Bien que ces modèles économétriques, que l'on qualifie habituellement de «structurels», reposent souvent sur des hypothèses particulièrement fortes, ils peuvent fournir une meilleure compréhension du marché concerné et font partie intégrante des exercices de simulation utilisables pour estimer les dommages et intérêts (comme expliqué plus en détail à la section III.A).

(3) Choix des techniques

91. Aux points (1) et (2) ci-dessus ont été décrites les différentes techniques permettant de mettre en œuvre les méthodes comparatives dans la pratique. Le choix de la technique dans une affaire donnée dépendra généralement d'une série d'éléments, notamment des prescriptions légales et des circonstances de fait propres à l'affaire. Les questions relatives au standard de preuve et à la charge de la preuve auront vraisemblablement une grande importance dans la pratique.
92. Les techniques économétriques peuvent accroître le degré de précision de l'estimation des dommages et intérêts et permettre ainsi de satisfaire, s'il y a lieu, un standard de preuve plus élevé requis par les règles applicables. La question de savoir si une analyse de régression est nécessaire (éventuellement en complément d'autres éléments de preuve disponibles) pour satisfaire un tel standard et à quelle partie la charge de la preuve incombe à cet égard relève du droit applicable et, notamment, du principe d'effectivité du droit de l'UE. Il convient de tenir compte du fait que la réalisation d'une analyse économétrique nécessite généralement un très grand nombre d'observations qui ne sont pas toujours accessibles. Il peut, en outre, arriver que dans une situation procédurale donnée, le standard de preuve requis n'exige pas de la partie à laquelle incombe la charge de la preuve qu'elle aille au-delà de l'utilisation des techniques mentionnées au point (1) ci-dessus. Au regard de l'ordre juridique national concerné, les marchés ou périodes comparés peuvent, par exemple, être considérés comme suffisamment similaires et l'estimation des dommages et intérêts résultant d'une simple comparaison suffisamment précise pour ce que la partie en cause est tenue de prouver dans la situation procédurale considérée. Il peut aussi arriver que, compte tenu de l'estimation des dommages et intérêts présentée par un demandeur et des données qui lui sont raisonnablement accessibles, l'ordre juridique prévoit un renversement de la charge de la preuve du demandeur sur le défendeur.

Dans une telle situation, le défendeur peut être amené à envisager la réalisation d'une analyse de régression pour réfuter l'argumentation du demandeur.

93. Les questions de proportionnalité peuvent également jouer un rôle important, la collecte des données et leur analyse économétrique pouvant entraîner des frais considérables (y compris pour les tiers) susceptibles d'être disproportionnés par rapport à la valeur de la demande de dommages et intérêts en cause, voire de la dépasser. Ces questions peuvent, en outre, se révéler pertinentes pour le respect du principe d'effectivité⁸³.
94. Les juridictions des États membres de l'UE ont, pour l'essentiel, appliqué simplement les méthodes comparatives sans recourir à l'analyse de régression, en se fondant souvent sur des moyennes⁸⁴. Elles ont aussi accepté que de simples ajustements soient apportés à la valeur des observations lorsqu'il est assez aisé de trouver un facteur de différenciation entre un marché affecté par une infraction (ou une période d'infraction) et un marché (ou une période) de comparaison. Dans l'UE, on dispose à ce jour d'une expérience limitée en ce qui concerne le recours aux analyses économétriques dans les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence⁸⁵, alors que, comme expliqué plus haut, ces techniques peuvent fournir une aide appréciable pour quantifier le préjudice subi du fait d'infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE.
95. Les juridictions des États membres de l'UE appliquent parfois aussi une «réduction de sécurité», à savoir qu'elles déduisent de la valeur des observations un montant suffisant, au regard des normes du droit applicable, pour tenir compte des incertitudes dans l'estimation des dommages et intérêts⁸⁶. L'analyse de régression peut aussi être envisagée pour prendre en compte ces autres facteurs explicatifs possibles et établir une «borne inférieure» dans l'estimation du préjudice subi⁸⁷.

III. MODELES DE SIMULATION, ANALYSE FONDEE SUR LES COUTS, ANALYSES FINANCIERES ET AUTRES METHODES

96. Outre les méthodes comparatives, d'autres méthodes peuvent servir à estimer le scénario contrefactuel hypothétique. Parmi celles-ci figurent notamment la simulation de la situation sur le marché sur la base de modèles économiques (A) et la méthode consistant à estimer un scénario contrefactuel vraisemblable sur la base de coûts de production et d'une marge bénéficiaire raisonnable (B).

⁸³ Voir le point 2 ci-dessus dans la partie 1, section I.

⁸⁴ L'utilisation de moyennes a, par exemple, été acceptée dans l'affaire n° 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise), voir la décision du *Landgericht Dortmund* (Tribunal régional de Dortmund) du 1^{er} avril 2004; WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ Pour un exemple récent concernant un manque à gagner dans une affaire de pratique d'éviction, voir la décision du *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (tribunal commercial de Barcelone) du 20 janvier 2011 dans l'affaire n° 45/2010 (*Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

⁸⁶ Par exemple, pour exclure les effets d'autres facteurs possibles sur la variable d'intérêt. Voir, par exemple, la décision du *Kammergericht Berlin* (Tribunal régional supérieur de Berlin) du 1^{er} octobre 2009 dans l'affaire n° 2 U 10/03 Kart et la décision de l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal régional supérieur de Karlsruhe) du 11 juin 2010 dans l'affaire n° 6 U 118/05.

⁸⁷ En effet, outre le fait qu'elle permet de réaliser des estimations des dommages et intérêts qui neutralisent déjà l'influence d'autres facteurs, l'analyse de régression mesure la précision de ces estimations (sous la forme d'«erreurs-types») à partir desquelles il est possible d'obtenir des bornes inférieures (et supérieures) des dommages et intérêts estimés.

A. *Modèles de simulation*

97. Les méthodes de simulation reposent sur des modèles économiques de comportement sur le marché. Les études économiques qui s'intéressent à la façon dont les marchés fonctionnent et dont les entreprises se font concurrence montrent que pour certains marchés répondant à des caractéristiques particulières, il est possible de prédire les résultats probables des interactions sur le marché, par exemple les niveaux probables des prix, de la production ou des marges bénéficiaires. La branche de la science économique connue sous le nom d'organisation industrielle a développé, pour divers types de marchés, des modèles de concurrence qui permettent de simuler ces résultats. On dispose ainsi d'un éventail de modèles allant des modèles de monopoles aux modèles de concurrence parfaite.
98. Parmi les modèles intermédiaires conçus pour rendre compte du comportement des entreprises sur des marchés oligopolistiques, on trouve notamment ceux élaborés à l'origine au XIX^e siècle par les économistes Augustin Cournot et Joseph Bertrand. Dans le modèle de concurrence correspondant à l'oligopole de Bertrand, le marché compte un nombre relativement limité d'entreprises (et d'importantes barrières à l'entrée) se faisant concurrence par les prix, et non par les quantités produites. Les entreprises fixent leurs prix simultanément en fonction de ceux qu'elles s'attendent à voir pratiqués par leurs concurrents. Dans ce modèle, les prix augmentent à mesure que les produits se différencient. Dans le modèle de concurrence correspondant à l'oligopole de Cournot, le marché compte un nombre relativement limité d'entreprises (et d'importantes barrières à l'entrée) se faisant concurrence par les quantités qu'elles produisent. Avant de fixer leurs prix, elles décident simultanément des quantités qu'elles vont produire (ou de leur capacité de production) en fonction des quantités qu'elles s'attendent à voir produites par les autres entreprises. Il existe de nombreuses extensions et variations des modèles de Cournot et de Bertrand, parmi lesquelles notamment des modèles d'oligopoles dynamiques fondés sur la théorie des jeux⁸⁸ qui tiennent compte de l'interaction répétée entre les entreprises sur le marché⁸⁹.
99. Selon toute vraisemblance, les prix sont à leur plus haut niveau (et les volumes des ventes à leur plus bas) dans une situation de monopole, alors qu'ils sont susceptibles d'être les plus faibles (et les volumes des ventes les plus élevés) dans une situation de concurrence parfaite. Les oligopoles de Bertrand sur les marchés de biens différenciés⁹⁰ et les oligopoles de Cournot se caractérisent, en principe, par des prix et des volumes se situant quelque part entre les niveaux correspondant aux situations de concurrence parfaite et ceux correspondant aux situations de monopole, la situation exacte étant fonction, entre autres, du nombre d'entreprises présentes sur le marché et des barrières à l'entrée, du degré de différenciation entre les entreprises et leurs produits et d'autres caractéristiques du marché en cause, telles que celles de la

⁸⁸ La théorie des jeux étudie la façon dont les individus et les entreprises se comportent dans des situations stratégiques dans lesquelles ils doivent envisager la manière dont les autres réagissent à leur propre action.

⁸⁹ La prise en compte de l'interaction répétée entre les entreprises sur le marché peut être utile pour expliquer, par exemple, la coordination des comportements de plusieurs entreprises ou l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché.

⁹⁰ Sur les marchés de biens homogènes sans contraintes de capacités, la concurrence par les prix selon Bertrand se traduira, en revanche, par une situation très concurrentielle. Les biens homogènes sont des biens qui présentent peu de différences en termes de qualité ou de caractéristiques propres.

demande (en particulier la sensibilité des clients aux variations de prix), ainsi que des capacités et des structures des coûts des producteurs.

100. Sur la base de ces indications théoriques liant la situation sur le marché, par exemple en termes de prix, à une série donnée de caractéristiques du marché, il est possible de construire des modèles de simulation pour estimer les prix (entre autres variables) qui auraient probablement prévalu sur le marché si aucune infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE n'avait été commise. Le modèle de simulation doit être construit de façon à reproduire a) les facteurs les plus importants qui influencent l'offre [en particulier, la façon dont la concurrence s'exerce entre les entreprises (les «interactions concurrentielles»)⁹¹ et les structures de coûts de ces dernières] et b) les conditions de la demande (en particulier, la mesure dans laquelle les clients réagissent aux variations de prix). Ces facteurs sont exprimés au moyen d'une série d'équations devant inclure plusieurs valeurs de paramètres. Ces valeurs peuvent être connues, estimées économétriquement ou faire l'objet d'hypothèses, de telle sorte que le résultat du modèle corresponde à certaines variables observées. Lorsque des modèles de simulation sont utilisés pour générer un scénario contrefactuel, la structure et les autres caractéristiques pertinentes du marché doivent être celles qui auraient prévalu en l'absence d'infraction. Elles peuvent correspondre à la structure et aux autres caractéristiques du marché observées pour le scénario de l'infraction, mais elles peuvent aussi s'en écarter dans une certaine mesure⁹².
101. Le recours à des modèles de simulation pour estimer des dommages et intérêts peut être illustré au moyen d'un exemple. Dans le cas d'une entente opérant sur un marché de biens différenciés (par exemple, celui des confiseries au chocolat), les prix contrefactuels pourraient être estimés comme suit, sur la base des données relatives à la période non concernée par l'infraction: il s'agit dans un premier temps d'estimer la façon dont la demande de chaque produit varie en fonction de son prix (élasticité-prix directe) et de celui des produits concurrents (élasticité-prix croisée)⁹³. Il faut ensuite décider quel modèle correspond exactement à l'interaction concurrentielle entre les entreprises observée au cours de la période non concernée par l'infraction (par exemple, le modèle de concurrence de Bertrand dans le cas des confiseries au chocolat). Sur cette base, il est possible de calculer les prix qui permettent aux entreprises de maximiser leurs bénéfices, compte tenu des paramètres

⁹¹ Le terme «interactions concurrentielles» couvre la façon dont la concurrence s'exerce entre les entreprises, par exemple (mais pas seulement) la concurrence selon Bertrand ou Cournot, ou la façon dont les entreprises s'abstiennent de se faire concurrence (dans le cas d'un comportement collusif contraire aux règles de la concurrence). Les marchés sur lesquels la formation des prix se fait au moyen de systèmes d'enchères ou d'autres procédures d'appel à la concurrence se prêtent aussi à une modélisation, étant donné que l'interaction entre concurrents suit souvent des règles fixes (les prix ou les volumes de production susceptibles de résulter d'enchères ou d'une autre procédure d'appel à la concurrence non affectées par l'infraction pourraient, notamment, être estimés au moyen de modèles d'oligopoles faisant appel à la théorie des jeux pour simuler le comportement probable des concurrents dans un scénario contrefactuel, en ce qui concerne la procédure d'offres).

⁹² Étant donné que l'infraction peut avoir modifié la structure du marché ou empêché des modifications qui se seraient produites en son absence (par exemple, la sortie d'un concurrent inefficace), les caractéristiques (hypothétiques) du marché dans le scénario contrefactuel ne sont pas nécessairement identiques à celles qui ont pu être observées dans celui de l'infraction. En outre, les parts de marché observées pendant une infraction peuvent être très différentes de celles qui auraient prévalu en l'absence d'infraction, étant donné qu'une entente peut notamment avoir pour objet de répartir les marchés entre ses membres.

⁹³ D'un point de vue technique, cela suppose l'estimation d'un système de demande, ce qui relève d'une analyse économétrique structurelle (voir le point 90).

de coûts (par exemple, les coûts marginaux) et des paramètres de la demande (par exemple, le niveau de la demande)⁹⁴. La valeur de certains de ces paramètres peut ensuite être adaptée pour tenir compte des conditions pertinentes propres à la période d'infraction (en se fondant, par exemple, sur l'hypothèse d'une augmentation du prix du cacao de 10 %). En exprimant toutes ces informations sous forme d'équations, il est possible de simuler (en supposant que les entreprises s'efforcent de maximiser leurs bénéfices) les prix que ces entreprises auraient vraisemblablement pratiqués pendant la période d'infraction. Le surcoût dû à l'entente peut alors être estimé en calculant la différence entre les prix observés et les prix contrefactuels simulés.

102. Cet exemple est particulièrement exigeant quant au volume de données requises et aux hypothèses à formuler. L'estimation des dommages et intérêts peut se faire au moyen de modèles de simulation plus simples, mais ces derniers reposent encore davantage sur des hypothèses fondamentales qui sont difficiles à vérifier. À titre d'exemple, les dommages et intérêts découlant d'une infraction ayant consisté en une entente pourraient être calculés en comparant des prix de monopole (illustrant les prix pratiqués pendant l'entente) avec les prix que l'on obtiendrait dans un modèle de Cournot (illustrant les prix contrefactuels) et en utilisant des données telles que les parts de marché, les coûts et l'élasticité-prix du marché. Cependant, une telle méthode est fortement dépendante des hypothèses formulées quant aux interactions concurrentielles supposées caractériser le scénario avec infraction et le scénario sans infraction (ou contrefactuel) et comporte le risque que ces hypothèses ne reflètent pas avec une fidélité suffisante la manière dont l'entente a fonctionné pendant la période d'infraction ni la façon dont la concurrence se serait exercée sur le marché si l'infraction n'avait pas été commise.
103. Les modèles de simulation peuvent être utilisés pour estimer la situation sur le marché non seulement dans le cas des ententes (ou d'autres infractions entraînant des hausses des prix), mais également dans celui des pratiques d'éviction. À titre d'exemple, il est possible de recourir à un modèle d'oligopole pour simuler le volume des ventes et la part de marché qu'un concurrent évincé aurait obtenus si l'infraction n'avait pas été commise.
104. Un modèle simulant la situation sur le marché ne permet d'obtenir qu'une approximation de la réalité et repose sur des hypothèses théoriques et souvent factuelles également en ce qui concerne les caractéristiques du marché et le comportement probable des producteurs et des clients. Bien que les modèles se fondent, par nature, sur une simplification de la réalité, ils peuvent dans certains cas, même lorsqu'ils sont simples, fournir des indications utiles sur les dommages et intérêts probables. Par conséquent, le fait qu'un modèle repose sur des hypothèses apparemment simplificatrices ne constitue pas, en soi, un motif suffisant pour en rejeter la validité. Il convient plutôt d'examiner dans quelle mesure certaines des hypothèses simplificatrices sont susceptibles d'en influencer les résultats. Lorsqu'elle trouve une solution correcte et est évaluée de façon adéquate, la construction d'un modèle détaillé reproduisant une série de caractéristiques particulières du marché en cause peut accroître la probabilité que le résultat de la simulation constitue une estimation raisonnable du scénario contrefactuel hypothétique. Cela étant, même les

⁹⁴

La valeur de ces paramètres (par exemple, la valeur des coûts marginaux utilisée dans les calculs) au cours de la période non concernée par l'infraction peut être déterminée de façon à ce que les prix et volumes qui en dérivent correspondent aux données observées.

modèles très détaillés sont très dépendants de l'élaboration d'hypothèses correctes, en particulier en ce qui concerne les questions centrales ayant trait au mode de concurrence vraisemblable et à la demande probable des consommateurs dans le scénario contrefactuel. En outre, l'élaboration de modèles de simulation complexes peut se révéler exigeante sur le plan technique et nécessiter d'importants volumes de données qui ne sont pas toujours accessibles à la partie concernée ou qu'il n'est pas possible d'estimer avec suffisamment de fiabilité.

105. Néanmoins, aussi bien les modèles simples que les modèles plus complexes de simulation sont de nature à fournir des indications utiles lorsque l'on estime la situation qui aurait prévalu sur le marché en l'absence d'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE. La question de savoir si et dans quelle situation procédurale un système juridique considérera que le recours à une simulation économique se justifie et que ses résultats sont suffisamment fiables dépendra des circonstances propres à l'affaire en cause et des exigences fixées par les règles de droit applicables.

B. Méthode fondée sur les coûts et méthodes financières

106. La méthode fondée sur les coûts⁹⁵ ou des méthodes fondées sur les résultats financiers des demandeurs ou des défendeurs (méthodes financières) constituent d'autres moyens d'estimer les prix qui auraient probablement prévalu en l'absence d'infraction.
107. La méthode fondée sur les coûts consiste à partir d'une évaluation du coût unitaire de production et à lui ajouter une marge bénéficiaire qui aurait été «raisonnable» dans le scénario contrefactuel. L'estimation du prix unitaire contrefactuel qui en résulte peut ensuite être comparée au prix unitaire effectivement pratiqué par le ou les auteurs de l'infraction afin d'obtenir une estimation du surcoût⁹⁶.
108. En fonction des caractéristiques du secteur concerné, différents types de coûts de production peuvent convenir pour l'application de la méthode fondée sur les coûts. Il est cependant essentiel de veiller à ce que le traitement des coûts et des marges soit cohérent. Par exemple, si des coûts variables (c'est-à-dire des coûts variant en fonction du niveau de production) sont considérés comme donnée de base de l'exercice, il faut, pour calculer le prix, leur ajouter une marge bénéficiaire brute (c'est-à-dire la marge réalisée une fois les coûts variables déduits). Il convient aussi de noter qu'il peut arriver que les coûts pertinents aux fins de la détermination des prix ne soient pas seulement ceux de l'auteur de l'infraction mais également ceux d'un de ses concurrents (par exemple, si le prix du marché est déterminé par le producteur le moins efficace).

⁹⁵ Cette méthode est également connue sous le nom de «méthode du prix de revient majoré» ou approche montante à partir des coûts. Elle est mentionnée comme méthode subsidiaire à appliquer lorsque les méthodes comparatives ne conviennent pas dans la décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 19 juin 2007 dans l'affaire n° KRB 12/07 (cartel sur le marché de gros du papier).

⁹⁶ Le recours à la méthode fondée sur les coûts est généralement envisagé pour la quantification des surcoûts. Cette méthode, ou certains de ses éléments, peuvent toutefois aussi être utilisés pour quantifier d'autres formes de préjudice tels que le manque à gagner des concurrents évincés. À titre d'exemple, dans sa décision du 16 avril 2008 dans l'affaire No VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*), le *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal régional supérieur de Düsseldorf) a estimé le manque à gagner d'un concurrent évincé en prenant en compte les coûts de ce concurrent et sa marge bénéficiaire probable exprimée comme une proportion de ces coûts.

109. La première étape de la méthode fondée sur les coûts consiste à déterminer le coût de production par unité. Les coûts unitaires peuvent être estimés en divisant les coûts de production réels pertinents supportés par le ou les auteurs de l'infraction pour l'activité commerciale considérée par le nombre total d'unités produites. Cette méthode peut être assez simple à appliquer lorsque des entreprises ou des divisions commerciales distinctes d'entreprises ne produisent qu'un seul produit. De telles entreprises ou divisions commerciales publient parfois les données concernant leurs principaux coûts ou incluent ces informations dans les comptes audités qu'elles déposent aux registres publics. Dans d'autres cas, l'accès aux données et l'affectation de coûts au produit concerné par l'infraction est plus difficile. Lorsque des données comptables sont disponibles, il peut se révéler nécessaire de procéder à des ajustements, étant donné que les notions utilisées pour les coûts dans le domaine comptable peuvent différer de celles utilisées en économie.
110. Il peut arriver que les coûts de production observés pendant l'infraction ne soient pas représentatifs de ceux qui auraient probablement prévalu en l'absence d'infraction. Il peut y avoir principalement deux raisons à cela: premièrement; dans le cas des infractions à l'article 101, les entreprises qui, en raison de leur comportement collusoire, ne sont pas soumises à la pression concurrentielle qui aurait existé dans le scénario contrefactuel peuvent fonctionner de manière moins efficace et ainsi générer des coûts de production supérieurs à ceux qu'elles auraient supportés si elles avaient été soumises à une pression concurrentielle; deuxièmement, les auteurs d'une infraction peuvent restreindre la production et renoncer ainsi, pendant l'infraction, à des économies d'échelle qui auraient entraîné une baisse de leurs coûts de production. Lorsque l'on est manifestement dans l'une de ces situations, il est vraisemblable qu'il conviendra d'ajuster les observations relatives aux coûts du ou des auteurs de l'infraction. En l'absence d'ajustements, les coûts observés peuvent toutefois contribuer, dans le cadre de la méthode fondée sur les coûts, à estimer une borne inférieure du surcoût éventuel.
111. La deuxième étape de la méthode fondée sur les coûts consiste à estimer une marge bénéficiaire «raisonnable» et à l'ajouter aux coûts de production unitaires. Il existe divers moyens d'estimer une marge bénéficiaire «raisonnable». Ils reposent soit sur une comparaison dans le temps ou entre marchés soit sur des modèles économiques, et présentent donc des points communs avec les méthodes décrites dans les sections précédentes. Il est par exemple possible d'estimer la marge bénéficiaire à laquelle on aurait pu raisonnablement s'attendre dans un scénario sans infraction sur la base de celles réalisées par des entreprises analogues sur un marché géographique comparable non affecté par l'infraction ou sur des marchés de produits comparables⁹⁷. Les marges bénéficiaires réalisées par l'entreprise ayant commis l'infraction (ou une entreprise similaire) pendant la période antérieure ou postérieure à celle de l'infraction peuvent également être prises en compte. Ces deux méthodes comparatives reposent sur l'hypothèse que la période, le marché ou l'entreprise de référence sont suffisamment analogues⁹⁸, notamment en ce qui concerne les caractéristiques du marché pertinentes pour les marges bénéficiaires, comme le

⁹⁷ Décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 19 juin 2007 dans l'affaire n° KRB 12/07 (cartel sur le marché de gros du papier), se référant aux marges bénéficiaires générées dans des «secteurs comparables».

⁹⁸ La question de la nécessité de similitudes suffisantes est abordée aux points 38 à 58 ci-dessus dans la partie 2, section II.

niveau de concurrence existant sur le marché⁹⁹, la structure des coûts des producteurs (notamment les coûts liés à l'innovation) ainsi que l'utilisation des capacités et les contraintes de capacité. Ces hypothèses ne sont pas toujours faciles à vérifier, étant donné que pour fixer ses prix et ses marges bénéficiaires, une entreprise se fonde vraisemblablement sur un grand nombre de facteurs et de décisions stratégiques.

112. Une autre méthode pour estimer une marge bénéficiaire «raisonnable» consiste à tenir compte de la nature de la concurrence et des caractéristiques du marché en l'absence d'infraction et à déduire une marge bénéficiaire probable des indications fournies par les modèles d'organisation industrielle¹⁰⁰. Par exemple, en l'absence d'infraction, une relative homogénéité des biens et des capacités de production excédentaires sur le marché peuvent faire tendre les prix vers les coûts; dans de tels cas, la marge bénéficiaire probable des producteurs serait relativement faible¹⁰¹.
113. Il ressort clairement des éléments qui précèdent qu'aussi bien l'estimation des coûts contrefactuels probables que celle d'une marge bénéficiaire «raisonnable» peuvent, dans la pratique, poser une série de difficultés. La méthode fondée sur les coûts suppose, en outre, la nécessité d'avoir accès à des données qui peuvent être en la possession de la partie adverse ou d'un tiers. Néanmoins, en fonction des circonstances propres à l'affaire en cause et des exigences imposées par les règles de droit applicables, elle peut fournir des indications utiles pour étayer une estimation du préjudice subi du fait d'une infraction aux règles de concurrence.
114. Les méthodes fondées sur une analyse financière consistent à partir des résultats financiers du demandeur ou du défendeur pour déterminer si le demandeur a subi un préjudice et pour estimer le montant de celui-ci.
115. Lorsque le demandeur dans une action en dommages et intérêts est une entreprise et que l'infraction lui a causé un préjudice, une analyse de sa situation financière (notamment de sa rentabilité) peut fournir des indications utiles sur ce préjudice. Ce peut être particulièrement intéressant lorsqu'un manque à gagner est invoqué, par exemple dans le cas d'un concurrent illégalement exclu d'un marché.
116. Sur cette base, il est possible de recourir à des méthodes classiques d'évaluation de la rentabilité d'une entreprise (telles que, par exemple, la méthode de la «valeur nette actualisée», qui calcule la valeur actuelle de flux de trésorerie futurs d'une entreprise) pour recueillir des indications sur le montant du préjudice. De même, des méthodes d'évaluation des entreprises, notamment des méthodes comptables, peuvent fournir des éléments d'information utiles.
117. Toutes ces méthodes nécessitent la détermination d'un scénario contrefactuel approprié: une fois que la rentabilité réelle du demandeur a été calculée, il faut

⁹⁹ Par exemple, la concurrence aurait-elle été forte au point de faire baisser les prix jusqu'au niveau des coûts marginaux (hypothèse du modèle de concurrence parfaite) ou les marges bénéficiaires, en raison de la structure oligopolistique du marché, auraient-elles été supérieures même en l'absence d'infraction? Voir les points 97 et suivants ci-dessus dans la partie 2, section III.

¹⁰⁰

¹⁰¹ Dans de tels cas, on considère parfois que le coût du capital (c'est-à-dire le prix auquel une entreprise peut obtenir des capitaux sur le marché) peut fournir une approximation de la marge bénéficiaire «raisonnable». Cependant, en l'absence d'infraction, il arrive que les marges s'écartent sensiblement du coût du capital, par exemple en l'absence de concurrence parfaite ou lorsque certaines entreprises bénéficient d'avantages spécifiques en termes de coûts, ou encore en cas de chocs d'offre ou de demande.

évaluer quel aurait été son niveau en l'absence de l'infraction. Ce scénario contrefactuel peut être construit à partir des données de rentabilité relatives à un marché de comparaison – cette approche est alors identique aux méthodes comparatives évoquées ci-dessus¹⁰². À titre d'exemple, la rentabilité du demandeur avant et après l'infraction pourrait être utilisée pour construire un scénario sans infraction. Il est aussi possible d'utiliser une autre valeur de référence pour construire le scénario contrefactuel. Ce pourrait être le coût du capital: cette mesure décrit la marge bénéficiaire minimale nécessaire pour attirer les capitaux dans un secteur donné et peut donc être appropriée pour présumer que, dans le scénario sans infraction, l'entreprise concernée aurait au moins obtenu ce bénéfice minimum.

118. Les méthodes financières ont pour avantage, entre autres, que dans certains cas, les informations nécessaires à leur application peuvent être détenues par les entreprises elles-mêmes en raison d'exigences comptables, voire être publiques, comme cela peut être le cas pour les entreprises cotées en bourse.

C. *Autres méthodes*

119. Les méthodes décrites dans le présent guide pratique sont celles qui ont été le plus souvent envisagées à ce jour dans la pratique juridique et les ouvrages universitaires. L'énumération qui en est faite n'est toutefois pas exhaustive: tout d'abord, les méthodes décrites sont susceptibles d'encore évoluer et d'autres méthodes pourraient être élaborées dans la pratique.

120. Ensuite, il existe des méthodes qui n'ont *pas* été abordées dans le présent guide pratique et qui pourraient cependant être utiles, notamment pour estimer une borne inférieure ou supérieure¹⁰³ du préjudice subi ou réaliser une estimation approximative de ce dernier¹⁰⁴. En particulier, là où l'ordre juridique interne prévoit la possibilité de s'en remettre à une estimation approximative, les juridictions nationales ont opté pour des techniques pragmatiques plutôt que pour une mise en œuvre complexe des méthodes exposées aux points A et B ci-dessus afin d'établir le montant des dommages et intérêts à accorder aux parties lésées. À titre d'exemple, dans des cas où un nouvel entrant avait été évincé en infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE, des plans d'entreprise ont parfois été utilisés¹⁰⁵ comme source d'informations sur les bénéfices vraisemblables d'une entreprise, non sans avoir fait, dans certains cas, l'objet d'ajustements visant à tenir compte de la situation sur le marché ou reposant sur des données concernant un marché ou une entreprise de comparaison.

121. Il appartient aux juridictions nationales d'établir si, dans le cadre des règles applicables, une méthode peut être acceptée aux fins de la quantification du préjudice

¹⁰² Pour de plus amples détails, voir les points 32 et suivants.

¹⁰³ Une borne supérieure peut, par exemple, être estimée au moyen d'une analyse de la perte critique. Cette technique vise à déterminer le volume des ventes perdues à partir duquel une augmentation de prix ne serait pas rentable.

¹⁰⁴ Par exemple, les bénéfices contrefactuels pourraient être déterminés *prima facie* en prenant comme donnée de référence le coût du capital, en partant de l'hypothèse qu'en l'absence d'infraction, l'entreprise aurait gagné l'équivalent du coût du capital, ce qui représente le rendement minimum exigé par les pourvoyeurs de fonds pour fournir des capitaux à une entreprise. Les limites de cette méthode sont exposées à la note 101.

¹⁰⁵ Voir, par exemple, l'arrêt du *Højesteret* du 20 avril 2005 (Cour suprême danoise) dans l'affaire UFR 2005.217H (GT Linien A/S contre De Danske Statsbaner DSB et Scandlines A/S).

dans un cas déterminé, pour autant que les principes d'effectivité et d'équivalence du droit de l'UE soient respectés.

IV. CHOIX DES METHODES

122. Chacune des méthodes décrites aux sections II et III ci-dessus peut, en principe, fournir des indications utiles pour toutes les infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE et les différents types de préjudice que ces infractions ont tendance à générer. En particulier, ces méthodes permettent d'estimer non seulement le montant du surcoût illicite dans le cas d'une entente visant à fixer les prix mais également, par exemple, le volume des ventes ou les bénéfices perdus par une entreprise lésée par les pratiques d'éviction abusives d'une entreprise dominante.
123. Il convient de souligner qu'il est uniquement possible d'estimer, et non de mesurer avec certitude et précision, ce que le scénario contrefactuel hypothétique aurait vraisemblablement été. Aucune méthode ne peut être considérée comme convenant mieux que les autres dans tous les cas. Les méthodes décrites ci-dessus présentent toutes des caractéristiques, des avantages et des faiblesses qui leur sont propres et qui peuvent les rendre plus ou moins appropriées pour estimer le préjudice subi dans une situation donnée. Elles se différencient notamment par la simplicité qu'il y a ou non à les appliquer, par la mesure dans laquelle elles s'appuient sur les données correspondant aux résultats des interactions réelles sur le marché ou sur des hypothèses relevant de la théorie économique, et quant à la façon dont elles prennent en compte les facteurs autres que l'infraction qui sont susceptibles d'avoir eu une incidence négative sur la situation des parties.
124. Dans les circonstances spécifiques d'une affaire donnée, ce sont les règles de droit applicables qui doivent déterminer la méthode de quantification qui convient. Outre les règles régissant le standard de preuve et la charge de la preuve, peuvent figurer parmi les éléments à prendre en considération la disponibilité des données, les ressources mobilisées en termes de coûts et de temps et leur proportionnalité par rapport à la valeur de la demande de dommages et intérêts en cause. Les coûts à prendre en considération peuvent être non seulement ceux occasionnés par l'application de la méthode pour la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve, mais aussi ceux engagés par la partie adverse pour réfuter l'argumentation de cette dernière, de même que les coûts supportés par le système judiciaire pour permettre au juge d'évaluer les résultats produits par la méthode, éventuellement avec l'aide d'un expert désigné pour l'assister. La question des coûts et de la charge supportés par une partie lésée ainsi que de leur proportionnalité peut aussi être particulièrement importante au regard de la nécessité de respecter le principe d'effectivité¹⁰⁶. En outre, la décision quant aux méthodes et techniques décrites dans le présent guide pratique qu'il convient éventuellement d'utiliser conformément au droit applicable peut aussi dépendre de la disponibilité d'autres moyens de preuve, par exemple de preuves documentaires produites par les entreprises dans l'exercice de leurs activités et attestant qu'une augmentation de prix convenue de manière illicite a effectivement été appliquée à un montant bien précis.
125. Il peut arriver que dans un cas déterminé, l'application de *plusieurs* méthodes, alternativement ou cumulativement (par exemple, une comparaison dans le temps et

¹⁰⁶ Voir le point 2 ci-dessus dans la partie 1, section I.

une comparaison entre marchés géographiques), soit envisagée. Lorsque deux méthodes différentes débouchent sur des résultats analogues, les constatations effectuées peuvent amener un système juridique à attribuer une valeur probante supérieure à l'estimation des dommages et intérêts, éventuellement d'une borne inférieure, réalisée au moyen de ces méthodes. Lorsque l'application de deux méthodes génère, par contre, des résultats apparemment contradictoires (en particulier, quand les deux parties opposées à la procédure se fondent sur une méthode différente), il n'est en principe pas indiqué d'effectuer simplement la moyenne des deux résultats, ni approprié de considérer que les résultats contradictoires s'annulent mutuellement et qu'il faut écarter les deux méthodes. Dans un tel scénario, il convient plutôt de s'intéresser aux raisons qui expliquent les divergences entre les résultats obtenus et d'examiner soigneusement les avantages et les faiblesses de chaque méthode, de même que la façon dont elles ont été mises en œuvre dans l'affaire en cause.

Partie 3 — Quantification du préjudice découlant d'une augmentation des prix

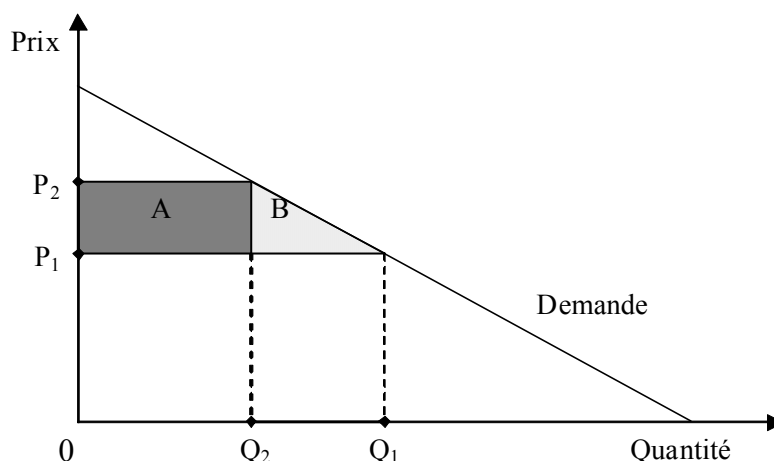
I. EFFETS DES INFRACTIONS CONDUISANT A UNE AUGMENTATION DES PRIX

126. Les pratiques anticoncurrentielles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix que les clients, directs mais souvent aussi indirects¹⁰⁷, des entreprises commettant l'infraction paient pour le produit concerné. Les clients directs des entreprises contrevenantes sont ceux qui acquièrent un produit directement auprès d'une de ces entreprises; les clients indirects acquièrent quant à eux un produit concerné par l'infraction, soit auprès de clients directs, soit auprès d'autres clients indirects.
127. Les infractions aboutissant à de telles augmentations prennent le plus souvent la forme d'ententes sur les prix ou consistent en la fixation d'un prix excessif par une entreprise dominante. Les clients peuvent aussi être lésés par des pratiques visant à limiter la production ou à se répartir la clientèle ou les marchés - des distorsions de concurrence qui, à leur tour, entraînent généralement une augmentation des prix. Un autre type de préjudice apparaît lorsque les infractions portent atteinte à la position des concurrents sur le marché; la quantification de ce type de préjudice et de ses conséquences pour les clients est examinée dans la partie 4 ci-dessous.
128. Dès lors qu'une infraction entraîne une augmentation des prix des produits concernés, deux principaux types¹⁰⁸ de préjudice peuvent être distingués:
- a) le préjudice résultant du fait que les clients tant directs qu'indirects des entreprises contrevenantes doivent payer chaque produit qu'ils achètent plus cher qu'en l'absence d'infraction («surcoût»). Ce type de préjudice est examiné plus en détail à la section II; et
 - b) le préjudice résultant de l'«effet volume», à savoir un recul du volume de vente des produits concernés en raison de l'augmentation des prix. Ce type de préjudice est examiné plus en détail à la section III.

¹⁰⁷ Dans certains cas, des entreprises qui n'enfreignent pas elles-mêmes les règles de concurrence peuvent augmenter leurs prix pour suivre la hausse des prix du marché induite par l'infraction (effet d'ombrelle). Les clients de ces entreprises sont parfois appelés «umbrella customers». La recevabilité d'une demande de réparation du préjudice formulée par ces clients dépend des règles de droit applicables.

¹⁰⁸ Pour d'autres types de préjudice, voir ci-dessus le point 22 dans la partie 1, section III.

Le graphique suivant schématise ces deux effets principaux:



129. P_1 est le prix pratiqué sur le marché en l'absence d'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE. Sur un marché parfaitement concurrentiel, ce prix sera égal au coût supporté par le fournisseur pour produire une unité supplémentaire du produit (le «coût marginal»). En fait, nombreux sont les marchés qui ne sont pas parfaitement concurrentiels et sur lesquels les prix pratiqués en l'absence d'infraction sont supérieurs au niveau des coûts marginaux. Pour un prix P_1 , Q_1 représente la quantité de produit achetée par les clients.
130. P_2 est le prix supérieur résultant d'une infraction ayant un effet sur le prix. Il entraîne une baisse de la demande (Q_2), certains clients estimant que ce prix supérieur qu'on leur demande dépasse la valeur de l'obtention du produit ou du service. Cet effet est appelé «effet volume» ou «effet quantité». La mesure dans laquelle une hausse des prix affecte la demande dépend de l'élasticité de celle-ci. L'élasticité de la demande mesure, pour un certain niveau de demande, le taux de variation de la quantité de produit vendue sur un marché donné en réaction à une variation du prix d'un pour cent et fournit une indication utile de l'importance de l'effet volume en cas de faible variation des prix.
131. Le rectangle A représente la valeur transférée des clients vers les entreprises contrevenantes du fait de l'infraction; les clients qui achètent au prix P_2 (supérieur) doivent, pour acquérir le produit, transférer un montant plus élevé à l'entreprise ou aux entreprises contrevenantes. Ils peuvent demander réparation pour avoir été obligés de déboursier davantage et la section II ci-dessous exposera comment quantifier ce préjudice.
132. Le triangle B représente l'effet volume, soit la valeur perdue par ceux qui auraient acheté le produit au prix P_1 , mais qui se sont abstenus de le faire lorsque le prix est passé au niveau P_2 ¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Pour l'économie dans son ensemble, ce triangle représente donc la perte de valeur pour les clients, découlant d'une réduction de la production; alors que le surcoût affecte la distribution des éléments de patrimoine dans l'économie, le triangle B symbolise le bien-être non créé en raison de l'infraction, ce qu'on appelle, en économie, une «perte sèche de bien-être».

133. Certains clients utilisent le produit concerné pour leurs propres activités commerciales, par exemple en le vendant ou en l'intégrant à d'autres biens. En renonçant à l'acheter au prix P_2 (ou en l'achetant en plus petite quantité), ils se privent du profit qu'ils auraient réalisé s'ils avaient été en mesure de l'acheter au prix P_1 . Ils peuvent demander réparation de ce manque à gagner et la section III ci-dessous exposera comment quantifier ce préjudice. Les autres clients sont les clients finals. S'ils n'achètent pas au prix P_2 , ils se trouvent privés de la jouissance d'un produit ou d'un service qu'ils auraient été prêts à acquérir au prix P_1 ¹¹⁰. Les règles de droit applicables peuvent prévoir qu'une partie ou l'intégralité du préjudice doit être réparée au titre de cette impossibilité de jouir du produit. À tout le moins, les consommateurs finals qui doivent supporter des coûts plus élevés (par exemple pour l'achat d'un bien de substitution) et qui, de ce fait, ont subi une perte réelle¹¹¹ doivent pouvoir obtenir réparation.
134. L'exposé qui précède résume les principaux effets, sur le marché, d'infractions aboutissant à un prix de vente *supérieur*. Les infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE peuvent aussi affecter la demande et entraîner une baisse des prix d'achat payés par les auteurs des infractions pour leur propre approvisionnement, par exemple dans le cas d'un cartel d'acheteurs ou d'un abus de pouvoir de marché commis par un acheteur dominant vis-à-vis de ses fournisseurs. Les effets consistent alors en un moins-perçu pour le fournisseur de l'auteur de l'infraction, souvent aussi couplé à un surcoût sur les marchés en aval, c'est-à-dire pour les clients directs et indirects de l'auteur de l'infraction¹¹². Les méthodes utilisées pour quantifier un surcoût peuvent, en principe, aussi être utilisées pour quantifier le moins-perçu, c'est-à-dire les prix inférieurs payés par les membres d'un cartel d'acheteurs à leurs fournisseurs.
135. Ces méthodes peuvent en principe aussi être appliquées¹¹³ lorsqu'à première vue, aucun surcoût n'est visible parce que l'infraction a servi à stabiliser artificiellement les prix pendant une certaine période au cours de laquelle, dans des conditions de marché normales (c'est-à-dire en l'absence d'infraction), les prix auraient baissé. Dans la suite du document, le terme «surcoût» couvre aussi ce type de situation.

II. QUANTIFICATION DU SURCOUT

136. Différents types d'infractions entraînent, directement ou indirectement, des surcoûts. Les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence concernent souvent des surcoûts causés par des ententes, qui seront examinés à la section A ci-dessous. La quantification des surcoûts causés par d'autres types d'infraction sera examinée à la section B ci-dessous.

¹¹⁰ Il se peut aussi que les clients auraient été prêts à payer un prix supérieur à P_1 , mais inférieur à P_2 .

¹¹¹ Pour ce terme juridique, voir l'arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, Manfredi, Recueil 2006, p. I-6619, point 95.

¹¹² Pour exercer une pression à la baisse sur les prix des intrants, les membres du cartel/acheteurs dominants disposant d'un pouvoir de marché en aval peuvent restreindre leurs achats d'intrants, ce qui aura pour effet de réduire la production, et donc les ventes, et de conduire à une augmentation des prix en aval.

¹¹³ Seule la méthode fondée sur une comparaison dans le temps, dans sa variante «avant/pendant» (comparaison entre les prix pratiqués pendant l'infraction et ceux pratiqués avant l'infraction) serait clairement inadaptée, sauf si une analyse de régression ou des ajustements simples étaient effectués pour tenir compte des facteurs qui entraîneraient une baisse des prix dans des conditions de marché normales (baisse des coûts des matières premières, par exemple).

A. *Quantification du surcoût causé par une entente*

137. Dans une action en dommages et intérêts, il sera nécessaire, dans le cadre des règles de droit applicables, de quantifier le surcoût payé par le ou les demandeurs. Des études économiques et juridiques ont analysé les effets des ententes; certaines de leurs conclusions sont exposées ci-dessous (section 1).
138. Dans les actions en dommages et intérêts, il convient de distinguer le surcoût initial payé par le client direct de l'entreprise auteur de l'infraction (voir ci-dessous, section 2) et le préjudice éventuel que ce surcoût cause aux clients indirects à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement (section 3).

(1) **Effets des ententes**

139. Les ententes sont des accords et/ou des pratiques concertées entre deux ou plusieurs entreprises visant à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques telles que la fixation du prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, l'attribution de quotas de production ou de vente, ou la répartition des marchés (y compris la manipulation des appels d'offres). Pour déterminer si de telles pratiques enfreignent l'article 101 du TFUE, la quantification de leurs effets concrets est superflue, une entente ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence¹¹⁴.
140. Une infraction aux règles de concurrence expose les membres d'une entente au risque d'être découverts, et donc de se voir adresser une décision constatant une infraction et infligeant des amendes. Le seul fait que des entreprises se lancent néanmoins dans de telles pratiques illégales suggère qu'elles espèrent retirer des bénéfices substantiels de leurs actions, autrement dit qu'elles espèrent que l'entente aura des effets sur le marché et, partant, sur leurs clients¹¹⁵.
141. Une étude réalisée à la demande de la Commission a examiné les données empiriques relatives à l'existence d'effets de surcoût et à leur importance¹¹⁶, en s'appuyant sur une série d'études empiriques existantes portant sur les effets des ententes. Elle affine notamment l'échantillon des ententes examinées dans l'étude la plus complète, en ne prenant en compte que les ententes a) qui ont débuté après 1960 (c'est-à-dire les plus récentes), b) pour lesquelles une estimation du surcoût moyen était disponible (et non pas seulement une estimation du surcoût maximum ou minimum), c) pour lesquelles l'étude contextuelle associée exposait explicitement la méthode de calcul de l'estimation du surcoût moyen et d) qui ont fait l'objet d'articles universitaires ou de chapitres d'ouvrages validés par des pairs¹¹⁷. Bien qu'une

¹¹⁴ Arrêt du Tribunal de première instance du 15 mars 2000 dans les affaires jointes T-25/95, etc., *Cimenteries CBR S.A./Commission*, Recueil 2000, p. II-491, points 837, 1531 et 2589; arrêt du Tribunal de première instance du 12 juillet 2001 dans l'affaire T-202/98, *Tate & Lyle/Commission*, Recueil 2001, p. II-2035, points 72 à 74, et communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97), points 20 à 23.

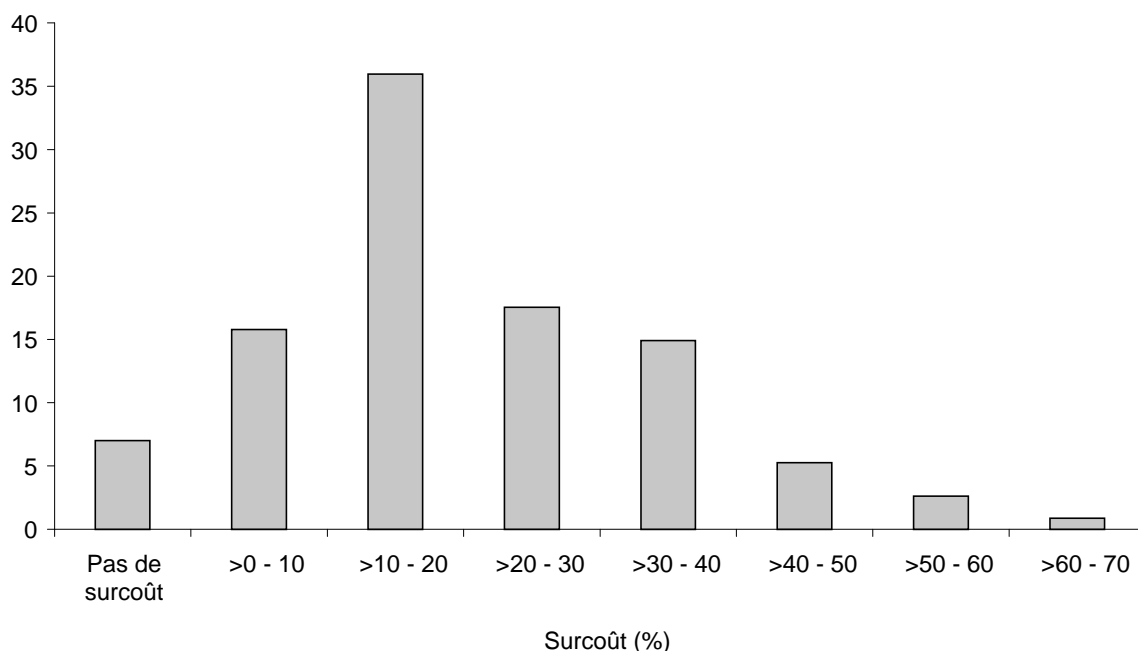
¹¹⁵ Voir aussi la décision du *Kammergericht Berlin* (Tribunal régional supérieur de Berlin) du 1^{er} octobre 2009 dans l'affaire n° 2 U 10/03, dans laquelle le tribunal invoque un argument similaire.

¹¹⁶ Étude externe effectuée pour la Commission intitulée «Quantifying antitrust damages» (2009), p. 88 et suivantes, consultable à l'adresse <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ Au total, l'étude porte sur 114 ententes représentant différents types de collusion, y compris la manipulation d'appels d'offres. L'échantillon inclut des ententes au niveau national et international ayant

certaine prudence soit de mise dans l'interprétation des résultats de cet exercice¹¹⁸, l'étude réalisée pour le compte de la Commission renferme un certain nombre d'informations utiles sur les effets des ententes.

142. Sur la base des données observées, l'étude a conclu que, dans 93 % des cas examinés, les ententes conduisaient à un surcoût. En ce qui concerne l'importance de ce surcoût, l'étude est parvenue aux conclusions suivantes¹¹⁹:



143. Selon cette étude, les surcoûts observés varient donc considérablement (certains atteignant même plus de 50 %). Près de 70 % des ententes examinées présentent un surcoût compris entre 10 % et 40 %, la moyenne se situant autour de 20 %.
144. Les conclusions de cette étude concordent avec celles d'autres études empiriques disponibles, à savoir que a) la grande majorité des ententes conduisent de fait à un surcoût et b) d'importantes variations sont constatées entre les surcoûts observés. De même, toutes ces autres études empiriques parviennent dans une large mesure à une estimation similaire de l'importance des surcoûts moyens tels que décrits ci-dessus¹²⁰.

affecté un large éventail de secteurs. Sur le plan géographique, l'échantillon couvre les États-Unis et le Canada, ainsi que l'Europe et d'autres régions.

¹¹⁸ En particulier, il semble possible que les cartels ayant un effet sur le marché reçoivent plus d'attention dans les études empiriques que ceux qui sont sans effet, ce qui est susceptible d'introduire un certain biais dans les conclusions; voir l'étude «Quantifying antitrust damages», p. 89 (réf. dans la note 116), pour de plus amples informations sur l'interprétation des données utilisées dans l'étude.

¹¹⁹ Étude «Quantifying antitrust damages», p. 91 (réf. dans la note 116). Cette importance est exprimée en pourcentage du prix réel, ce qui signifie que si le prix réel (le prix payé sous l'influence de l'infraction) est de 100 € et que le surcoût est estimé à 10 %, le prix en l'absence d'infraction est réputé être de 90 €.

¹²⁰ Pour de plus amples informations et d'autres références, voir l'étude «Quantifying antitrust damages», p. 89 et suivantes (réf. dans la note 116).

145. Ces indications concernant les effets des ententes ne remplacent pas la quantification du préjudice spécifique subi par les demandeurs dans un cas particulier. Toutefois, des juridictions nationales ont, sur la base de telles connaissances empiriques, affirmé qu'il était probable que les ententes conduisent normalement à un surcoût et que plus l'entente était longue et durable, plus il serait difficile pour un défendeur de fait valoir l'absence d'effet négatif sur le prix dans un cas concret¹²¹. Ces déductions sont toutefois du ressort des règles de droit applicables.

(2) Surcoût initial payé par le client direct

146. Toutes les méthodes et techniques décrites ci-dessus dans la partie 2 peuvent, en principe, être appliquées pour quantifier le surcoût initial payé par les clients directs des entreprises auteurs de l'infraction. D'autres types de preuve (par exemple, un accord spécifique de hausse des prix révélé par des documents internes) peuvent fournir des indications précieuses sur la portée du surcoût. Le surcoût initial étant un transfert d'argent du client direct vers l'entreprise ou les entreprises responsables de l'infraction, toute information disponible sur les gains illicites réalisés par ces dernières peut aussi servir à le quantifier, même s'il est probable que son montant sera sous-estimé¹²².

147. Pour illustrer comment les méthodes et techniques susmentionnées peuvent être utilisées pour estimer les prix dans un scénario contrefactuel puis, sur la base de cette estimation, déterminer le surcoût payé par les clients d'entreprises responsables d'une infraction, prenons l'exemple simplifié d'un cartel de la farine, déjà évoqué dans la partie 2¹²³.

Cartel de la farine

Dans cet exemple, quatre meuniers (A, B, C et D) assurent la production de toute la farine vendue dans un État membre. Ils se fournissent en céréales auprès de divers exploitants agricoles, broient les céréales et les soumettent aux traitements adéquats avant d'emballer la farine et de la vendre aux boulangers. Ces boulangers utilisent la farine pour fabriquer du pain, qu'ils vendent aux consommateurs et à des supermarchés.

L'autorité nationale de concurrence enquête sur le marché à la suite d'un soupçon de fixation des prix et, en janvier 2008, elle procède à des inspections surprises dans les locaux des meuniers. En juillet 2010, elle adopte une décision établissant que les quatre meuniers ont enfreint l'article 101 du TFUE en participant, entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2007, à une infraction unique et continue concernant la production de farine, qui couvrait l'ensemble de l'État membre et consistait à fixer les prix.

¹²¹ Voir, par exemple, la décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 28 juin 2005 dans l'affaire n° KRB 2/05 (béton prêt à l'emploi) (dans le contexte de l'appréciation du gain illicite réalisé par les membres de l'entente aux fins du calcul d'une amende).

¹²² Voir aussi l'article 33, paragraphe 3, de la loi allemande contre les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) qui dispose que la part des gains de l'entreprise contrevenante tirée de l'infraction peut être prise en compte lors de l'estimation du préjudice.

¹²³ Toute ressemblance avec des faits réels ne serait que pure coïncidence. Cet exemple ne peut être considéré comme reflétant l'avis de la Commission sur une entreprise ou un secteur particuliers quelconques ni sur la définition du marché dans un secteur donné.

Une boulangerie industrielle ayant acheté de la farine à un des meuniers concernés (meunier A) intente une action en justice contre cette entreprise pour demander réparation du préjudice subi en raison de l'infraction à l'article 101 du TFUE¹²⁴. Elle fait valoir que l'infraction a entraîné une augmentation des prix de la farine et demande réparation pour le paiement de ce surcoût sur l'ensemble des achats effectués en 2005, 2006 et 2007.

148. La boulangerie est un client direct d'une des entreprises auteurs de l'infraction. Si l'infraction a débouché sur une majoration des prix, elle a payé un surcoût pour chaque unité de farine achetée pendant que le prix subissait l'effet de l'infraction. L'application des méthodes et techniques décrites permettra d'obtenir une estimation du prix que la boulangerie aurait payé en l'absence d'infraction. En soustrayant ce prix contrefactuel du prix effectivement payé, il est possible de déterminer le surcoût par unité achetée résultant de l'existence du cartel. Il convient ensuite de multiplier ce chiffre par le nombre d'unités achetées par la boulangerie pour obtenir la perte directe réelle liée au surcoût (en supposant que celui-ci n'a pas sensiblement varié pendant la période d'infraction). L'exemple proposé sera mis à profit pour illustrer l'utilisation de méthodes comparatives aux fins de l'estimation du surcoût payé par la boulangerie, ces méthodes étant celles le plus souvent utilisées dans la pratique et produisant souvent des résultats utiles pour quantifier le surcoût initial.

a. Comparaison dans le temps

149. Dans l'exemple proposé, la boulangerie concernée a acheté de la farine au meunier A avant, pendant et après la période d'infraction identifiée par l'autorité nationale de concurrence. Comme précédemment décrit, pour pouvoir utiliser les prix effectivement payés avant ou après l'infraction dans le but de reconstruire les prix tels qu'ils auraient été en l'absence d'infraction, il faut d'abord déterminer quels prix ont été affectés par l'infraction et lesquels ne l'ont pas été, ce qui implique de déterminer à quel moment l'entente a commencé à avoir un effet sur le marché de la farine et à quel moment cet effet a cessé.

150. En l'espèce, l'autorité nationale de concurrence a déterminé la durée de l'infraction. En fait, la décision précise les éléments de preuve dont l'autorité disposait, qui montrent que les meuniers se sont rencontrés en janvier 2005 pour discuter des prix, puis ont continué à se réunir tous les mois, pour adapter leurs accords de prix. La dernière réunion s'est tenue en décembre 2007. L'autorité n'a trouvé aucune preuve de réunions qui se seraient tenues après ses inspections de janvier 2008. En conséquence, de prime abord, les prix pratiqués avant janvier 2005 et après décembre 2007 semblent convenir pour une comparaison dans le temps. Toutefois, ainsi qu'il est expliqué dans la partie 2, il convient d'examiner plus en détail dans quelle mesure ces chiffres sont utiles en tant que données de comparaison.

151. Comme précédemment indiqué, la décision de l'autorité de concurrence pourrait limiter la constatation d'une infraction à une certaine période, sur laquelle elle dispose de solides éléments de preuve, tout en précisant que l'infraction a pu être de

¹²⁴ Le droit national pourrait prévoir que tous les membres d'une entente sont conjointement et solidairement responsables de l'intégralité du préjudice causé par l'entente. Le présent exemple n'a pas d'implication pour ces règles.

plus longue durée¹²⁵. En pareil cas, il conviendra peut-être de ne pas utiliser les données relatives aux prix pratiqués pendant la période susceptible d'avoir été concernée par l'infraction (qui sont donc susceptibles d'inclure un surcoût), même si elles peuvent néanmoins être utilisées pour estimer la borne inférieure de l'indemnisation, c'est-à-dire une estimation fiable du niveau minimum du préjudice subi.

152. De même, la période concernée par l'infraction ayant consisté à former une entente peut être différente de celle pendant laquelle les effets de l'infraction se sont fait sentir: les meuniers ont enfreint l'article 101 du TFUE en concluant un accord anticoncurrentiel. Pour déterminer quels prix observés pourraient être considérés comme non affectés par l'infraction, il y a lieu d'examiner la période pendant laquelle cet accord a produit des effets, et non la date de sa conclusion. S'il peut être démontré que les entreprises se sont rencontrées en janvier 2005 pour la première fois, mais que leur accord n'a été mis en œuvre qu'à partir de mars 2005, les prix observés avant mars 2005 ne seraient pas influencés par l'infraction.
153. En ce qui concerne l'opportunité d'utiliser les prix observés après la fin de l'infraction, il est possible que l'entente ait produit des effets sur le marché même après que ses membres ont cessé le type de coopération interdit par l'article 101 du TFUE¹²⁶. Ce peut notamment être le cas sur des marchés oligopolistiques, où les informations mises en commun aux fins de l'entente pourraient permettre aux membres de celle-ci d'adopter durablement (après la fin de l'infraction) une même ligne d'action dans le but de vendre leurs produits à un prix plus élevé que celui probable en l'absence d'infraction, sans se livrer au type de pratiques interdites par l'article 101 du TFUE¹²⁷. Il est aussi possible qu'après la fin de l'entente, d'anciens participants recourent à un autre type d'infraction aux règles de concurrence aboutissant à une majoration des prix pour leurs clients. Dans de tels cas, toute comparaison dans le temps fondée sur les prix observés après la fin de l'infraction pourrait aboutir à une sous-estimation du surcoût payé par les clients des entreprises auteurs de l'infraction, étant donné que ces prix pourraient encore être influencés par cette dernière. Si, dans l'exemple précité, la boulangerie ayant intenté une action en dommages et intérêts a des raisons de penser que ce pourrait être le cas pour les prix pratiqués en 2008 et après, elle pourrait n'utiliser ces prix dans ses conclusions que pour estimer une borne inférieure du préjudice subi en termes de surcoût.
154. Dans l'exemple proposé, la boulangerie considère que les prix payés avant l'infraction conviennent pour l'estimation du prix hypothétique probable. Si elle compare les prix pendant l'infraction et ceux en dehors de la période d'infraction, tels qu'observés, elle suppose implicitement que l'intégralité de la différence entre les prix payés en 2003 et 2004, années exemptes d'infraction, et ceux payés au cours des années 2005, 2006 et 2007, pendant l'infraction, est à imputer à l'infraction. Il est toutefois possible que des causes autres que l'infraction aient eu une influence significative sur l'évolution des prix pendant la période d'infraction. La fluctuation des cours des céréales, par exemple, pourrait avoir elle aussi influencé l'évolution des

¹²⁵ Voir le point 1 dans la partie 2, section II.

¹²⁶ Voir le point 44 dans la partie 2, section II.

¹²⁷ Pour de plus amples informations sur le fonctionnement de ces «effets coordonnés», voir les lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO C 31 du 5.2.2004, p. 5), point 39.

prix et peut être prise en compte en appliquant les techniques exposées dans la partie 2, section II B ci-dessus. Plus il est possible d'identifier d'autres influences significatives et d'ajuster les données sur les prix pour tenir compte de leurs effets, plus l'affirmation selon laquelle la différence restant entre les prix pratiqués pendant la période d'infraction et ceux pratiqués en dehors est imputable à l'infraction gagne en crédit¹²⁸. Les circonstances dans lesquelles de tels ajustements seraient requis de la part des demandeurs ou des défendeurs dépendront des règles de droit applicables.

b. Autres méthodes comparatives

155. Outre les comparaisons dans le temps, d'autres méthodes comparatives telles que décrites ci-dessus dans la partie 2 peuvent aussi être utiles pour quantifier le montant du surcoût initial payé par le client direct. Dans l'exemple du cartel de la farine, la boulangerie ayant intenté une action en dommages et intérêts pourrait aussi recourir à une comparaison avec les prix pratiqués sur un autre marché géographique ou sur un autre marché de produits pour montrer le niveau que les prix auraient vraisemblablement atteint sur son propre marché en l'absence d'infraction.
156. Une possibilité serait la comparaison avec les prix observés sur un autre marché géographique. En supposant que le cartel de la farine décrit ci-dessus couvre un marché national, les données relatives aux prix pratiqués dans un autre État membre pourraient servir à construire le prix contrefactuel. Dans le cas des marchés dont l'étendue est régionale, les prix de vente de la farine pratiqués sur un autre marché régional pourraient constituer un élément de référence approprié.
157. Pour constituer un indicateur fiable des prix qui auraient prévalu en l'absence d'infraction, les prix de comparaison devraient eux-mêmes ne pas être influencés par la même infraction ou par une infraction similaire aux règles de concurrence. Si, dans l'exemple du cartel de la farine, on utilisait les prix pratiqués sur un marché géographique voisin et qu'il était établi que l'accord anticoncurrentiel couvrait aussi ce marché, la comparaison aboutirait à une sous-estimation du surcoût. De même, dans le cas de marchés voisins, une infraction commise sur un marché peut avoir eu une influence sur l'autre marché (par exemple, en entraînant une augmentation de la demande sur ce dernier), auquel cas il ne peut pas davantage être considéré comme représentatif des prix contrefactuels.
158. Lorsque le marché de comparaison présente des caractéristiques différentes, les données le concernant pourraient aussi ne pas être suffisamment représentatives des prix qui auraient été pratiqués en l'absence d'infraction. En l'espèce, le marché concerné par l'infraction est approvisionné par quatre meuniers. À titre d'exemple, s'il peut être démontré qu'avant de s'engager dans les pratiques illégales, ces entreprises se livraient une concurrence acharnée, les données relatives aux prix pratiqués sur un marché voisin caractérisé par la présence d'un meunier dominant ne refléteraient

¹²⁸ Ceci n'a pas d'incidence sur l'application de règles nationales permettant au demandeur de recourir aux comparaisons élémentaires, non ajustées, entre les prix pratiqués pendant la période d'infraction et ceux pratiqués en dehors de cette période pour déposer une requête devant le tribunal ou pour remplir les tâches qui lui incombent en vertu de règles de droit nationales en ce qui concerne l'établissement des faits (en particulier lorsque la législation nationale permet à un tribunal de déterminer les dommages et intérêts à accorder en se fondant sur une estimation approximative ou en statuant *ex aequo et bono*). De même, les règles sur le standard de preuve et la charge de la preuve restent inchangées.

vraisemblablement pas de manière adéquate les prix tels qu'ils auraient prévalu en l'absence d'entente et ne serviraient tout au plus qu'à estimer une borne inférieure.

159. Si la boulangerie concernée utilise des données relatives à un autre marché géographique sans le moindre ajustement, elle part de l'hypothèse implicite que les différences restantes entre les prix effectivement payés aux entreprises auteurs de l'infraction et les prix pratiqués sur le marché de comparaison sont imputables à l'infraction. Suivant les circonstances propres à l'affaire et les exigences de droit applicables, les techniques décrites dans la partie 2, section II B ci-dessus peuvent être utilisées pour repérer et prendre en compte les autres influences possibles sur les prix.
160. Pour estimer le prix contrefactuel, il est également possible de procéder à une comparaison avec les prix observés sur d'autres marchés de produits. Dans le cas de la farine, il peut toutefois s'avérer difficile de trouver un marché de produits suffisamment similaire qui ne soit pas affecté par la même infraction ou une infraction analogue.

(3) Répercussion du surcoût

161. Il peut arriver que les clients directs des entreprises auteurs de l'infraction qui paient un surcoût en raison de l'entente revendent eux-mêmes les produits concernés (ou les utilisent pour produire d'autres biens ou services). Dans l'exemple du cartel de la farine examiné ci-dessus, les clients directs des entreprises contrevenantes sont les boulangeries; elles utilisent la farine achetée pour fabriquer du pain qu'elles vendent ensuite, soit directement aux clients finals, soit à des supermarchés. Ces clients directs (les boulangeries) peuvent, en réaction à la hausse de prix à laquelle ils sont confrontés, augmenter le prix de leurs propres produits ou services (le pain qu'ils vendent), répercutant ainsi tout ou partie du surcoût initial sur leurs propres clients (les consommateurs ou les supermarchés). Il en va de même dans le cas des clients *indirects* (tels que les supermarchés, dans l'exemple utilisé), qui augmentent les prix qu'ils pratiquent à l'égard de leurs clients, répercutant ainsi un surcoût que leurs fournisseurs avaient précédemment répercuté sur eux.
162. Cette répercussion du surcoût induit normalement un effet volume: ainsi qu'il est décrit aux points 128 et suivants, une augmentation des prix entraîne en principe une baisse de la demande. Dans l'exemple du cartel de la farine, dans la mesure où la boulangerie répercute le surcoût en augmentant le prix du pain qu'elle vend aux supermarchés et aux clients finals, elle peut en atténuer l'incidence financière défavorable pour elle, au prix toutefois d'une baisse de la demande¹²⁹. Ce recul de la demande signifie, pour la boulangerie, un volume de ventes moindre et un manque à gagner - préjudice aussi causé par l'infraction et qui devrait être réparé (voir la section III ci-dessous).
163. L'augmentation des prix par répercussion et la réduction des ventes sont donc intrinsèquement liées. En fait, l'effet répercussion et l'effet volume sont régis par les

¹²⁹ Ce lien entre la répercussion du surcoût sur les clients et le volume des ventes d'une entreprise a, dans un contexte différent, aussi été mis en évidence par la Cour de justice dans l'affaire C-147/01, Weber's Wine World, Recueil 2003, p. I-11365, points 98 et 99: «même lorsqu'il est établi que la charge [...] a été partiellement ou totalement répercutée sur les tiers [...], l'assujetti pourrait subir un préjudice lié à une diminution de volume de ses ventes.»

mêmes facteurs, en particulier l'élasticité de la demande en aval. La raison en est que ce sont les conditions de marché de la demande en aval qui déterminent le prix de vente et les volumes de ventes correspondants qui permettraient à la boulangerie de maximiser ses bénéfices.

164. Dans le contexte d'une demande d'indemnisation des surcoûts dans une action en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence, la répercussion du surcoût peut être invoquée dans deux types de situation différents:
- a) dans une action intentée par un client direct demandant réparation pour le surcoût initial payé (dans l'exemple proposé, le recours de la boulangerie contre le meunier A), le défendeur membre du cartel pourrait faire valoir que le client direct ne devrait pas, en fait, être indemnisé pour le préjudice découlant du surcoût, dans la mesure où il a augmenté ses prix et, de ce fait, répercuté le surcoût. C'est ce qu'on appelle communément le «moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût». La répercussion du surcoût par l'acheteur peut, comme indiqué ci-dessus, entraîner une baisse des ventes, et donc un manque à gagner pour l'acheteur;
 - b) une action intentée par un client indirect contre l'auteur de l'infraction (par exemple, un supermarché ou un consommateur ayant acheté du pain à la boulangerie et intentant une action contre les meuniers) s'appuiera aussi sur un argument relatif à la répercussion du surcoût. En effet, l'acheteur indirect peut demander réparation d'un préjudice découlant d'un surcoût uniquement lorsque le surcoût initial payé par le client direct a été répercuté sur lui en tout ou partie. Cela peut présenter un intérêt pour des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement, y compris les clients finals.
165. Différentes règles de droit existent en ce qui concerne la recevabilité du moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût et la charge de la preuve dans ce contexte¹³⁰. Les éléments permettant d'appréhender la quantification de la répercussion du surcoût sous l'angle économique exposés aux points 168 et suivants ci-dessous peuvent être utiles quelles que soient ces règles.
166. Dans les deux situations considérées ci-dessus, demandeurs et défendeurs pourraient adopter deux approches différentes pour prouver que le surcoût a été répercuté sur le client indirect: ils pourraient
- a) quantifier le surcoût initial et déterminer le taux de répercussion sur le client indirect, éventuellement à plusieurs niveaux de la chaîne d'approvisionnement et en utilisant les techniques économétriques décrites ci-dessus, ou
 - b) utiliser les méthodes et techniques décrites ci-dessus pour déterminer si le client indirect concerné a payé un surcoût. Cette seconde approche sera souvent plus facile à mettre en œuvre.

¹³⁰ Voir le livre blanc de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante [COM(2008) 165 final du 2 avril 2008], qui présente des propositions d'action concernant le traitement de la répercussion du surcoût dans les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence.

167. À titre d'exemple, lorsqu'un client indirect cherche à obtenir l'indemnisation d'un surcoût causé par une entente, il peut, soit montrer l'existence d'un surcoût initial et prouver qu'il a été répercuté sur lui¹³¹, soit quantifier le surcoût répercuté à son niveau de la même manière qu'un client direct quantifierait le surcoût initial, à savoir en comparant le prix effectivement payé et le prix vraisemblable dans un scénario contrefactuel: les méthodes comparatives peuvent fournir des indications utiles sur le montant du surcoût payé par les clients indirects, sans qu'il soit nécessaire de déterminer l'ampleur de la répercussion. En recourant à une comparaison dans le temps, par exemple entre les prix payés par le client indirect avant et pendant l'infraction, il est possible de connaître l'importance de la hausse des prix découlant de l'infraction sans avoir à déterminer le taux de répercussion.
168. Il n'est pas possible de définir un taux de répercussion classique qui s'appliquerait à la plupart des cas. Au contraire, un examen soigneux de toutes les caractéristiques du marché en cause sera nécessaire pour évaluer les taux de répercussion. Dans chaque cas, l'existence et l'ampleur de la répercussion sont déterminées par une série de critères et ne peuvent donc qu'être appréciées au regard de la situation qui prévaut sur le marché concerné.
169. Lorsqu'un client direct des entreprises responsables de l'infraction utilise les biens qui font l'objet de l'entente pour affronter la concurrence sur un marché en aval, il est probable qu'il ne sera pas en mesure de répercuter cette hausse des coûts (ou seulement de manière très limitée) si ses propres concurrents sur ce marché ne sont pas soumis au même surcoût ou à un surcoût similaire (par exemple, s'ils s'approvisionnent sur un marché non concerné par l'entente). Dans l'exemple du cartel de la farine, la boulangerie ayant intenté une action en dommages et intérêts est en concurrence avec d'autres boulangeries pour la fabrication et la distribution de pain. Dans la mesure où ces autres boulangeries s'approvisionnent en farine auprès de fournisseurs autres que les membres du cartel, et à un prix inférieur, la boulangerie cliente des membres du cartel subit un handicap concurrentiel par rapport à ses concurrents qui l'empêche de répercuter le surcoût.
170. Si toutes les entreprises sur ce marché en aval sont affectées par l'entente et sont donc toutes exposées de la même manière au paiement du surcoût direct, il est probable que le client direct sera en mesure de répercuter au moins une partie du surcoût. L'ampleur de cette répercussion est influencée par l'intensité de la concurrence sur le marché en aval: si ce marché connaît une concurrence parfaite, le taux de répercussion en l'espèce sera virtuellement de 100 %. Cela traduit le fait que sur des marchés parfaitement concurrentiels, le prix est égal aux coûts marginaux; une hausse des prix des intrants conduira donc directement à une hausse équivalente du coût/du prix à la production. Sur des marchés autres que parfaitement concurrentiels, les entreprises affectées répercuteront probablement au moins une partie du surcoût, mais pas nécessairement l'intégralité. Par exemple, si le client direct est en situation de monopole sur le marché en aval, il choisira un taux de répercussion correspondant

¹³¹ Lorsque le client indirect étaye sa demande en évoquant la répercussion du surcoût et que l'infraction concerne un facteur de coût minimale par rapport au coût total du produit, les taux de répercussion d'autres facteurs de coût plus importants susceptibles d'être estimés plus facilement pourraient servir d'indicateur utile.

à un prix lui permettant de maximiser ses bénéfices, compte tenu de la baisse de la demande que la répercussion du surcoût est susceptible d'entraîner¹³².

171. Parmi les autres caractéristiques susceptibles d'influencer l'ampleur de la répercussion dans ce type de situation (toutes choses égales par ailleurs) figurent notamment:

- l'élasticité-prix de la demande et la question de savoir si les clients deviennent plus ou moins sensibles au prix à mesure qu'il augmente. En particulier, la répercussion du surcoût est généralement plus probable si les clients ne se tournent pas facilement vers d'autres produits à la suite d'une hausse des prix (demande inélastique) et si leur sensibilité à la hausse du prix diminue à mesure que ce dernier augmente;
- la variation du coût marginal suivant les modifications de la production. À titre d'exemple, une répercussion substantielle est moins probable lorsqu'une réduction de la production entraîne une baisse sensible du coût marginal, car la production moindre devient moins coûteuse à produire (en présence de contraintes de capacité, par exemple). A contrario, le surcoût est susceptible d'être largement répercuté lorsque la réduction de la production n'entraîne pas de baisse sensible du coût marginal (en raison de l'absence de contraintes de capacité);
- l'incidence de l'infraction sur différents types de coût. Une infraction qui affecte les coûts variables rend la répercussion du surcoût plus probable que si elle affecte les coûts fixes;
- la durée de l'infraction et la fréquence des échanges commerciaux. La probabilité que le surcoût soit répercuté augmente lorsque l'infraction dure depuis longtemps, de même que dans les secteurs où les échanges commerciaux et les ajustements de prix sont fréquents.

B. *Quantification des surcoûts causés par d'autres types d'infractions entraînant un préjudice sous la forme d'un surcoût*

172. Les ententes ne constituent qu'un type d'infraction parmi d'autres entraînant une hausse des prix pour les clients des entreprises contrevenantes, et donc un préjudice sous la forme d'un surcoût (ou d'un moins-perçu, dans le cas d'infractions visant l'approvisionnement des entreprises contrevenantes). Parmi les autres exemples de comportement susceptible d'entraîner un préjudice sous la forme d'un surcoût figurent notamment les infractions à l'article 101 du TFUE que constituent certaines formes d'entreprises communes anticoncurrentielles et la pratique abusive de prix excessifs par une entreprise dominante au sens de l'article 102 du TFUE.

173. Un élément commun à ces infractions est le fait qu'elles peuvent, directement ou indirectement, permettre aux entreprises contrevenantes de majorer les prix qu'elles

¹³² L'ampleur exacte de cette répercussion dépendra de la demande à laquelle le client direct doit répondre et de la structure des coûts de ce dernier. À titre d'exemple, dans le cas de figure simple d'une entreprise en situation de monopole confrontée à une demande linéaire (ce qui signifie que la relation entre la quantité et le prix peut être représentée par une ligne droite) et à des coûts marginaux constants, la répercussion portera sur la moitié du surcoût direct.

pratiquent à l'égard de leurs clients¹³³. Le paiement de ce surcoût entraîne alors une baisse de la demande, et donc l'effet volume décrit ci-dessus.

174. Les méthodes et techniques dont l'application au cas d'un surcoût découlant d'une entente a été décrite ci-dessus¹³⁴ peuvent en principe être utilisées pour quantifier le préjudice causé par un surcoût imputable à d'autres infractions. Le point de départ est la question de savoir quelle aurait été la situation du demandeur si l'infraction en cause n'avait pas été commise.

III. QUANTIFICATION DU PREJUDICE CAUSE PAR L'EFFET VOLUME

175. Une hausse des prix d'un produit donné conduit à une baisse de la demande. La mesure dans laquelle les prix augmentent et celle dans laquelle la demande diminue du fait d'une infraction dépendent des mêmes paramètres de coût et de demande et sont déterminées conjointement. En conséquence, le surcoût et l'effet volume sont intrinsèquement liés.
176. Dans le cas d'un surcoût supporté par un client intermédiaire (tel que décrit ci-dessus aux points 161 et suivants), l'effet volume est aussi étroitement lié à la répercussion du surcoût tout au long de la chaîne d'approvisionnement jusqu'au client final: si un client de l'auteur de l'infraction ne répercute pas le surcoût et le prend entièrement à sa charge, ses ventes ne diminueront pas malgré l'infraction, car celle-ci ne fera pas subir de hausse de prix à ses clients. Si, en revanche, le surcoût est répercuté partiellement ou intégralement sur le client final, celui-ci subira la hausse des prix décrite au point 128 et réduira sa demande, ce qui entraînera alors un recul de la demande en amont dans la chaîne d'approvisionnement.
177. Ainsi qu'il est expliqué ci-dessus, pour les clients directs ou indirects des entreprises contrevenantes qui utilisent le produit concerné pour leurs propres activités commerciales, cette baisse de la demande («effet volume») implique qu'ils vendront moins à cause de l'infraction et que, de ce fait, ils seront privés du bénéfice qu'ils auraient réalisé sur les unités qu'ils n'ont pas pu vendre en raison de cet effet. Ce manque à gagner est un préjudice qui peut donner lieu à une indemnisation¹³⁵ et, en principe, les méthodes et techniques décrites ci-dessus dans la partie 2 pourraient être appliquées pour le quantifier¹³⁶.
178. En particulier, les méthodes et techniques comparatives dont l'application aux fins de la quantification du surcoût initial payé par le client direct est examinée ci-dessus peuvent fournir au demandeur des indications utiles pour déterminer le recul de son chiffre d'affaires et de ses bénéfices. Par exemple, une comparaison dans le temps ou entre marchés peut être utilisée pour reconstruire le volume des ventes dans le scénario contrefactuel, c'est-à-dire le nombre d'unités que le demandeur aurait pu vendre en l'absence d'infraction. De même, ces méthodes et techniques peuvent servir à déterminer la marge bénéficiaire hypothétique dans un scénario contrefactuel. Dans certains cas, le juge peut aussi accepter que ces méthodes soient

¹³³ Ou, si l'infraction porte sur l'approvisionnement des entreprises contrevenantes, de minorer le prix que les fournisseurs obtiennent de leurs clients.

¹³⁴ Voir les points 149 et suivants et les points 155 et suivants.

¹³⁵ Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, Manfredi, Recueil 2006, p. I-6619, point 95.

¹³⁶ À l'exception de la méthode fondée sur les coûts.

utilisées de manière simplifiée, par exemple en déterminant une marge bénéficiaire moyenne par opération, puis en la multipliant par le nombre d'unités non vendues en raison de l'infraction¹³⁷.

179. Le manque à gagner est une forme de préjudice souvent associée à des infractions ayant pour effet d'évincer des concurrents du marché. La partie 4 du présent guide pratique examine plus en détail la quantification de ce type de préjudice. Les éléments présentés dans cette partie peuvent aussi être utiles lorsqu'il s'agit de quantifier le manque à gagner résultant d'une hausse des prix.

¹³⁷ Voir aussi ci-après, point 191.

Partie 4 — Quantification du préjudice découlant de pratiques d'éviction

I. EFFETS DES PRATIQUES D'EVICITION

180. Les infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE peuvent avoir pour effet d'exclure complètement les concurrents d'un marché ou de réduire leurs parts de marché. Ces effets sont communément appelés «effets de verrouillage». Il peut s'agir, par exemple, d'abus de position dominante prohibés par l'article 102 du TFUE au travers de pratiques de prédation, accords exclusifs, refus de fourniture, ventes liées et groupées, ou compression des marges¹³⁸. Ces abus sont appelés «abus d'éviction». L'éviction d'un concurrent peut aussi être l'objectif ou la conséquence d'une pratique interdite par l'article 101 du TFUE. Il est donc possible de parler de «pratiques d'éviction» pour les deux types d'infraction, qu'il s'agisse d'une infraction à l'article 101 ou d'une infraction à l'article 102 du TFUE.
181. Les entreprises qui recourent à des pratiques d'éviction prohibées par le traité faussent la concurrence dans le but de renforcer ou de maintenir artificiellement leur position sur le marché, ce qui a des répercussions immédiates sur leurs concurrents, détériorant leur position sur le marché, les évinçant du marché ou les empêchant d'y entrer. Les pratiques d'éviction peuvent affecter les coûts supportés par un concurrent, le prix qu'il est en mesure de pratiquer pour ses produits ou les quantités qu'il est capable de produire et de vendre. Elles sont généralement synonymes de manque à gagner pour les concurrents concernés.
182. En outre, en affectant illégalement la position des concurrents sur le marché et, ce faisant, le niveau de concurrence qui y prévaut, ces pratiques portent préjudice aux clients, en aboutissant à une augmentation des prix ou à une diminution du choix, de la qualité ou de l'innovation. Leurs effets négatifs sur les clients peuvent toutefois ne pas toujours se manifester immédiatement, car ces pratiques visent d'abord les concurrents, en cherchant à réduire les contraintes concurrentielles qu'ils exercent sur le ou les auteurs de l'infraction. Alors que les infractions décrites dans la partie 3 génèrent en principe un profit illicite immédiat pour les contrevenants et causent un préjudice immédiat à leurs clients, les pratiques d'éviction peuvent se traduire par un désavantage initial pour leurs auteurs et des prix plus intéressants pour leurs clients à court terme, comme c'est généralement le cas lors de pratiques de prix prédateurs. Les sections qui suivent aborderont séparément la quantification du préjudice subi par les concurrents (section II) et celle du préjudice subi par les clients (section III).
183. Le droit à réparation du préjudice découlant de pratiques d'éviction est garanti par le traité, et ce, que les consommateurs et entreprises victimes de l'infraction soient des clients ou des concurrents de son auteur. Comme précédemment indiqué, la Cour de justice a précisé que ce droit à réparation couvrait le dommage réel (*damnum emergens*), le manque à gagner (*lucrum cessans*), ainsi que le paiement d'intérêts¹³⁹. Aux fins de la quantification du préjudice découlant de pratiques d'éviction, les

¹³⁸ Pour une description de ces pratiques, voir aussi la communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JO C 45 du 24.2.2009, p. 7).

¹³⁹ Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295/04 à C-298/04, Manfredi, Recueil 2006, p. I-6619, point 95.

sections suivantes renvoient principalement à la notion de «manque à gagner», conformément à la jurisprudence de la Cour de justice. Cette notion sera employée dans une acception large, au sens de toute différence entre les bénéfices effectivement réalisés par une entreprise et ceux qu'elle aurait réalisés en l'absence d'infraction. Les approches utilisées pour quantifier ce manque à gagner décrites ci-dessous ne préjugent pas la possibilité pour les parties lésées de demander réparation au titre d'autres chefs de préjudice en droit national. En effet, certains éléments du manque à gagner au sens large peuvent relever de différents concepts juridiques dans le droit interne des États membres (tels que la perte de chance¹⁴⁰ ou l'atteinte à la réputation) et il peut aussi exister des chefs de préjudice causé par un comportement d'éviction qui ne relèvent pas de la notion de manque à gagner.

II. QUANTIFICATION DU PREJUDICE CAUSE AUX CONCURRENTS

184. Pour les concurrents, le manque à gagner peut résulter d'une baisse des revenus (du fait d'un recul des quantités qu'ils peuvent vendre) ou d'une hausse des coûts (lorsque l'infraction affecte le prix d'un intrant). Globalement, la situation se traduit par un recul de la part de marché du concurrent. Après avoir décrit brièvement la manière dont les pratiques d'éviction affectent les concurrents dans le temps (A) et exposé l'approche générale de la quantification du manque à gagner (B), les sections qui suivent examineront certaines situations typiques, à savoir les pratiques d'éviction qui affectent les concurrents existants (C) et les nouveaux entrants (D) et les cas où le préjudice causé a des effets sur la situation future de la partie lésée (E).

A. *Dimension temporelle des pratiques d'éviction*

185. En fonction de la période considérée, les pratiques d'éviction peuvent affecter différemment les concurrents. Au début de ces pratiques, les concurrents rencontrent habituellement des difficultés à vendre leurs produits ou (lorsque la pratique concerne le marché en amont) à s'approvisionner en intrants. Cela se traduit par une détérioration des bénéfices en raison d'une hausse des coûts ou d'une diminution des revenus. Les concurrents enregistrent généralement un recul important de leur part de marché ou une part de marché moindre que celle à laquelle ils auraient pu prétendre en l'absence d'infraction (par exemple lorsque leur expansion est freinée). Cette phase peut coïncider avec une hausse des bénéfices pour les auteurs de l'infraction, mais cela n'est pas nécessairement le cas, car la mise en œuvre de pratiques d'éviction (qui peuvent revêtir la forme d'une baisse des prix, d'un refus d'approvisionner un concurrent entraînant un recul des ventes ou de remises ou d'autres avantages offerts aux clients qui pourraient réduire les bénéfices à court terme) peut être synonyme de coûts pour les auteurs de l'infraction. Les concurrents peuvent finir par être évincés du marché.

186. Une fois qu'ils sont parvenus à détourner leurs concurrents d'un marché donné ou à réduire leur présence sur ce marché voire à l'éliminer complètement, les auteurs de l'infraction rentrent généralement dans leurs fonds et peuvent réaliser des bénéfices accrus, au détriment de leurs clients et des concurrents évincés. À ce stade (qui peut survenir très rapidement après le début de l'infraction ou au bout d'un certain temps), il arrive que les clients doivent payer un prix plus élevé et subir un recul de la qualité

¹⁴⁰ La perte de chance représente les débouchés commerciaux dont une entreprise a été privée du fait de la pratique d'éviction illicite.

ou une diminution du choix. L'éviction totale d'un concurrent n'est pas un préalable indispensable à ces effets sur les clients. Ceux-ci peuvent aussi se faire sentir dès le début de la mise en œuvre d'une pratique d'éviction et même si des concurrents sont encore présents sur le marché, pour autant que la pression concurrentielle qu'ils exercent soit affaiblie.

187. Lorsque la pratique d'éviction est détectée par les autorités publiques compétentes ou qu'il y est mis fin par des actions privées, les conditions de concurrence pourraient être progressivement restaurées. Il importe de souligner que le rétablissement de la situation sur le marché telle qu'elle aurait prévalu en l'absence d'infraction est de facto impossible dans de nombreux cas. Cela dépend principalement des effets structurels de l'infraction, qui peuvent être difficiles et longs à annuler (obligations contractuelles existantes, effets de réseau ou autres obstacles au retour sur le marché d'un concurrent évincé). En conséquence, dans certains cas, il n'est pas possible de parvenir à une pleine convergence entre le scénario contrefactuel et l'évolution effective du marché.

B. Approche générale de la quantification du manque à gagner

188. Afin de déterminer si les concurrents ont subi un manque à gagner et, le cas échéant, de quelle ampleur, il y a lieu de comparer les bénéfices qu'ils ont réalisés pendant la durée de l'infraction sur le marché affecté par celle-ci avec ceux qu'ils auraient pu réaliser dans un scénario sans infraction (scénario contrefactuel)¹⁴¹. Dès lors qu'il peut être démontré que le concurrent évincé aurait réalisé des bénéfices supérieurs dans ce scénario et que la différence résulte de l'infraction, il y a préjudice, même si la part de marché n'a pas évolué ou si les bénéfices ont augmenté en raison d'autres facteurs¹⁴².
189. Les bénéfices effectivement réalisés par l'entreprise en question sont normalement déterminés en soustrayant des revenus réels les coûts effectivement supportés. De même, les bénéfices qui auraient été réalisés dans un scénario sans infraction (bénéfices contrefactuels) peuvent être déterminés en déduisant les coûts estimés dans un tel scénario (coûts contrefactuels)¹⁴³ des bénéfices escomptés en l'absence d'infraction (revenus contrefactuels)¹⁴⁴. Le montant du manque à gagner est la différence entre les bénéfices contrefactuels et ceux réels. En cas d'obstacle à l'entrée sur le marché, les bénéfices réels sont normalement nuls, voire négatifs si le

¹⁴¹ Ne sont pas concernées les demandes visant à ne récupérer qu'une partie de ce manque à gagner, à savoir uniquement les coûts additionnels supportés. Ces demandes naissent en pratique aussi en raison du recours possible à des approches plus simples pour quantifier le préjudice subi. Voir ci-après, point 192.

¹⁴² Par exemple, un nouvel entrant à fort potentiel de croissance peut maintenir ses niveaux de bénéfice, alors qu'en l'absence de l'infraction, il serait parvenu à les accroître.

¹⁴³ Lors de l'estimation du manque à gagner de l'entreprise en question, il y a lieu de tenir compte des coûts additionnels que celle-ci aurait normalement supportés pour augmenter sa production. À cet égard, le coût unitaire supporté par l'entreprise ne correspond pas nécessairement au coût unitaire dans le scénario contrefactuel. Par exemple, en cas de rendements d'échelle supérieurs, le coût unitaire dans le scénario contrefactuel serait inférieur à celui observé, car la production de l'entreprise serait supérieure (du fait qu'elle n'aurait pas été affectée par l'infraction).

¹⁴⁴ Voir l'arrêt du *Stockholms tingsrätt* (Tribunal de première instance de Stockholm) du 20 novembre 2008 dans les affaires jointes T 32799-05 et T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB e.a./VPC Aktiebolag*), appel en instance.

concurrent évincé avait engagé des frais (investissement pour se lancer sur le marché) qui n'ont rapporté aucun bénéfice.

190. Cette approche basique pour le calcul du manque à gagner peut être appliquée de différentes manières. Par exemple, il est possible de comparer les revenus du concurrent évincé dans le scénario contrefactuel et les revenus effectivement tirés du marché pendant la durée de l'infraction. Une fois la perte de revenus établie, il est possible de déduire les coûts que l'entreprise a économisés en raison du recul de son volume de production pour obtenir une valeur du manque à gagner. Dans une telle approche de l'évaluation du manque à gagner, il n'est pas nécessaire de quantifier l'intégralité des coûts qui auraient été supportés par l'entreprise, mais seulement d'estimer les coûts qui n'ont pas été supportés du fait de l'infraction.
191. Il existe plusieurs autres approches pragmatiques de l'évaluation du manque à gagner susceptibles de convenir dans certains cas particuliers. Par exemple, une marge bénéficiaire moyenne par unité de produit échangée dans le scénario contrefactuel pourrait être estimée, puis multipliée par le nombre d'unités qui n'ont pas été vendues en raison de l'infraction¹⁴⁵. Cette estimation peut être basée sur une ou plusieurs opérations jugées suffisamment représentatives de l'activité du demandeur en liaison avec le produit concerné. Il importe de noter que ce calcul tiendrait compte des coûts économisés de manière implicite¹⁴⁶.
192. La pratique dans le domaine des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence montre que les concurrents évincés choisissent parfois de ne demander réparation que d'une partie du préjudice, par exemple les coûts supportés pour lutter contre une pratique d'éviction¹⁴⁷, les coûts irrécupérables engagés en vue d'entrer sur un marché dont ils ont été évincés¹⁴⁸ ou le montant jugé excessif dans les cas de compression des marges ou de tarification discriminatoire¹⁴⁹ enfreignant les règles de concurrence de l'UE. Ce choix est parfois dicté par le fait que la quantification de ces chefs de préjudice est plus simple ou requiert moins de données et que les éléments de preuve sont plus aisément disponibles. De même, lorsque des parties demandent l'indemnisation d'un manque à gagner, la quantification du préjudice sur la base des coûts additionnels supportés (récupérables et irrécupérables) constitue généralement la borne inférieure de l'estimation du manque à gagner total.

¹⁴⁵ Pour un exemple d'approche pragmatique fondée sur des données réelles sur les coûts et revenus mise en œuvre au moyen d'une analyse de régression, voir la décision du *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (tribunal commercial de Barcelone) du 20 janvier 2011 dans l'affaire n° 45/2010 (*Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

¹⁴⁶ Pour estimer la marge bénéficiaire moyenne, il pourrait aussi être utile d'examiner comment les coûts et les revenus auraient évolué dans le scénario contrefactuel en l'absence d'infraction. Par exemple, les marges bénéficiaires observées au cours d'une période précédant l'infraction pourraient avoir été réduites au cours de la période d'infraction pour des raisons indépendantes de l'infraction, en raison d'un recul de la demande ou d'une hausse des coûts des intrants découlant d'autres facteurs. Par ailleurs, la réduction de la production du concurrent évincé pourrait affecter son coût unitaire et, de ce fait, aussi affecter la marge réalisée sur les unités qu'il continue à vendre.

¹⁴⁷ Les frais de commercialisation additionnels nécessaires pour conserver la position sur le marché.

¹⁴⁸ Les coûts d'implantation d'une nouvelle usine sur ce marché.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, la décision de la *Lietuvos apeliacinis teismas* (Cour d'appel lituanienne) du 26 mai 2006 dans l'affaire n° 2A-41/2006 (*Stumbras*) et la décision du *Højesteret* (Cour suprême danoise) du 20 avril 2005 dans l'affaire n° 387/2002 (*GT Linien A/S/DSB*).

193. Quelle que soit la méthode ou la technique choisie, la quantification du manque à gagner peut nécessiter l'évaluation de données complexes se rapportant à une situation contrefactuelle hypothétique au regard de laquelle la position réelle du concurrent évincé doit être appréciée, souvent en envisageant leur évolution future probable. L'appréciation des bénéfices, y compris futurs, qu'une entreprise aurait réalisés peut dépendre de facteurs si nombreux qu'il pourrait être opportun de prévoir des exigences moindres aux fins de la quantification du préjudice. En conséquence, les systèmes juridiques peuvent conférer aux juges un certain pouvoir d'appréciation à l'endroit des chiffres et de la méthode statistique à retenir et en ce qui concerne leur utilisation pour l'évaluation du préjudice¹⁵⁰.

C. *Concurrents existants*

194. Pour quantifier le préjudice subi du fait d'une pratique d'éviction, les concurrents peuvent choisir de s'en remettre aux méthodes ou techniques décrites dans la partie 2. Le scénario contrefactuel pourrait être reconstruit par comparaison avec les résultats de la même entreprise au cours d'une période exempte d'infraction, avec ceux d'une entreprise similaire sur le même marché, avec les bénéfices sectoriels agrégés¹⁵¹ ou les résultats de la même entreprise ou d'une entreprise similaire sur un marché autre que celui concerné par la pratique d'éviction. À défaut, des méthodes de simulation peuvent fournir une estimation du scénario contrefactuel, en simulant sur la base d'un certain nombre d'hypothèses (concernant, par exemple, le type d'interactions concurrentielles entre les entreprises) la situation telle qu'elle aurait vraisemblablement été si le concurrent évincé avait pu être présent sur le marché et ne pas être affecté par la pratique d'éviction. Le recours à d'autres méthodes est aussi possible; par exemple les données financières des entreprises concernées pourraient fournir des indications utiles sur les rendements probables des entreprises si elles n'avaient pas été affectées par une infraction.

Refus de fournir un intrant essentiel à la production de solvants commerciaux

Worldco est un des principaux producteurs mondiaux de matières premières essentielles à la fabrication de solvants commerciaux. Eusolv est une entreprise active sur le marché des solvants commerciaux depuis 1995, qui réalise la majeure partie de son chiffre d'affaires grâce à la vente de Betanol. Pour fabriquer du Betanol, Eusolv achète du Rawbeta à Worldco. Worldco domine la production de Rawbeta, seule matière première adéquate pour produire du Betanol à une échelle industrielle et à des prix permettant la commercialisation de ce produit. Worldco fournit aussi du Rawbeta à sa filiale Subco, qui, depuis 2004, produit du Betanol et fait concurrence à Eusolv.

En 2006, Worldco décide de cesser de fournir du Rawbeta aux entreprises qui vendent du Betanol dans l'Union européenne, à l'exception de sa filiale Subco. Eusolv essaie dans un premier temps de se procurer du Rawbeta en quantité suffisante auprès d'autres fournisseurs ou de le remplacer par d'autres matières premières obtenues grâce à des procédés expérimentaux, qui sont nettement plus coûteuses et entraînent des hausses importantes du prix de vente du Betanol, ainsi qu'une baisse de sa qualité et de l'intérêt de le commercialiser. En conséquence,

¹⁵⁰ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 27 janvier 2000 dans les affaires jointes C-104/89 et C-37/90, Mulder et autres/Conseil et Commission, Recueil 2000, p. I-203, point 79.

¹⁵¹ Voir ci-dessus les points 35, 48 et 66.

Eusolv voit ses ventes progressivement décliner, puis finit par cesser la production de Betanol en 2010. La même année, Eusolv intente une action en dommages et intérêts contre Worldco et sa filiale Subco en vue de récupérer le manque à gagner lié au refus de fourniture. Le juge est d'avis que le comportement de Worldco constituait un abus de position dominante prohibé par l'article 102 du TFUE.

(1) Comparaison dans le temps

195. Lorsqu'une pratique d'éviction affecte des concurrents existants, on dispose vraisemblablement de données concernant ces entreprises au cours d'une période exempte d'infraction. Dans ce cas, le manque à gagner des concurrents lésés pourrait être estimé en procédant à une comparaison dans le temps. Le scénario contrefactuel pourrait, par exemple, être construit à partir des données relatives aux revenus et aux coûts des entreprises lésées avant que la pratique d'éviction n'ait produit ses effets¹⁵². Dans de nombreux cas de pratique d'éviction, on peut ne pas disposer de données concernant la période postérieure à l'infraction, ou les données dont on dispose peuvent ne pas convenir, en particulier lorsque l'infraction a produit des effets susceptibles d'altérer la structure d'un marché et qu'il est peu probable de voir disparaître à court terme, par exemple lorsque le concurrent est évincé du marché et que des éléments font obstacle à son retour à court terme, ou lorsqu'il a perdu des parts de marché qui pourraient être difficiles à regagner en raison d'effets de réseau¹⁵³.

Dans l'exemple du Betanol, on ne dispose d'aucune donnée fiable sur la période postérieure à l'infraction, étant donné qu'Eusolv, l'entreprise lésée, n'est plus active sur le marché et que son retour effectif sur celui-ci peut ne pas être immédiat après la cessation de l'infraction. Eusolv décide donc de construire un scénario contrefactuel vraisemblable sur la base de données antérieures à 2006, date à laquelle l'infraction a débuté.

196. Dans certains cas, les données sur les revenus et les coûts antérieurs à l'infraction utilisées pour la comparaison pourraient être affinées. À titre d'exemple, et en fonction des règles nationales applicables concernant les éléments de preuve et la charge de la preuve, un défendeur peut contester le montant estimé par le demandeur en communiquant d'autres éléments susceptibles d'avoir défavorablement influencé les résultats d'une entreprise et non liés à l'infraction, tels qu'un recul marqué des investissements consacrés à la commercialisation, une perte de compétitivité du produit ou une hausse du coût des intrants propre à l'entreprise demandant à être indemnisée. A contrario, il pourrait être montré que la situation du concurrent lésé dans le scénario contrefactuel aurait été meilleure que celle qu'il connaissait avant l'infraction qui l'a affecté, parce qu'il avait un potentiel de croissance, par exemple. En règle générale, la référence au même marché à une période antérieure exempte d'infraction est susceptible d'être d'autant plus fiable que le concurrent était présent sur ce marché depuis longtemps et que sa position y était stable. En d'autres termes, lorsque le concurrent lésé était depuis peu sur le marché, le scénario contrefactuel

¹⁵² Pour un exemple d'application de la méthode de comparaison avant/pendant aux fins de l'estimation du préjudice découlant d'une pratique d'éviction prohibée par l'article 101 du TFUE, voir la décision de la *Corte d'Appello di Milano* (Cour d'appel de Milan) du 3 février 2000 dans l'affaire n° I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

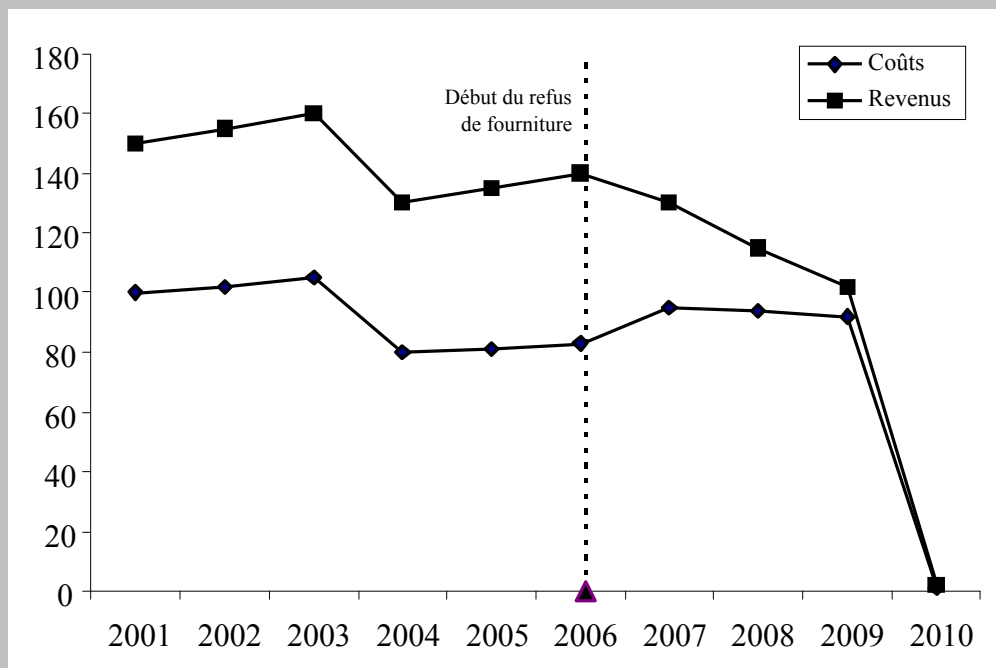
¹⁵³ Un produit est soumis à des effets de réseau si sa valeur pour chaque utilisateur croît avec le nombre d'utilisateurs.

gagnerait à être davantage ajusté¹⁵⁴, étant donné qu'il est d'autant plus vraisemblable que la part de marché du concurrent aurait été soumise à des fluctuations.

¹⁵⁴

Ces ajustements pourraient être effectués en recourant aux techniques décrites ci-dessus aux points 59 et suivants.

Dans l'exemple, Eusolv fournit des données sur l'ensemble de ses revenus et de ses coûts réels liés à la production et à la vente de Betanol, qui se présentent comme suit:



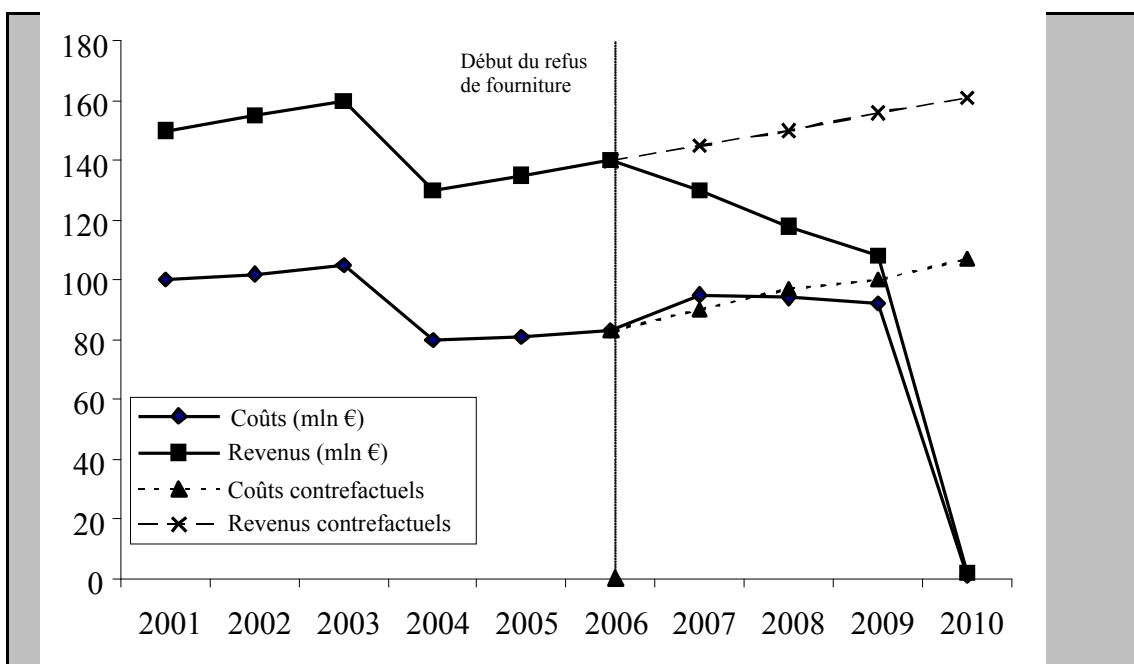
Afin d'établir un scénario contrefactuel fiable, les données antérieures à 2004 n'ont pas été prises en compte, car Subco, le principal concurrent d'Eusolv n'était pas encore présent sur le marché, tandis qu'après 2004 et jusqu'en 2006, Eusolv a détenu une part de marché stable.

Conformément aux règles nationales sur la charge de la preuve et le standard de preuve, Eusolv chiffre les quantités, les revenus et les coûts contrefactuels qui auraient pu être enregistrés en l'absence d'infraction.

En raison du développement des applications industrielles du Betanol, il est observé que la demande totale de ce produit (donc la taille du marché) a connu une progression régulière. Eusolv se base sur la stabilité de sa part de marché après l'entrée de Subco sur le marché du Betanol pour supposer qu'en l'absence d'infraction, elle aurait conservé la même part de marché. Partant de cette hypothèse, elle chiffre ses revenus contrefactuels pour les années 2006-2010, calculés sur la base de la valeur totale du marché et de la part de marché qu'elle détenait. À partir de sa comptabilité interne, Eusolv fournit des données sur ses coûts unitaires entre 2004 et 2006¹⁵⁵. Il apparaît que ces coûts ont suivi étroitement les prix des éléments entrant dans la fabrication de Betanol, à savoir que, par exemple, une augmentation des prix des intrants entraîne directement une hausse correspondante des coûts. En s'appuyant sur les données du secteur disponibles sur les prix des intrants, les experts d'Eusolv estiment les coûts unitaires contrefactuels et, par exemple par une analyse de régression, tiennent compte de l'évolution des prix des intrants et des gains d'efficacité découlant de la production de volumes plus importants. Le chiffre correspondant à l'ensemble des coûts contrefactuels sur la période 2006-2010 est

¹⁵⁵ Y compris les coûts irrécupérables, répartis dans le temps.

alors obtenu en multipliant le coût unitaire contrefactuel estimé par le nombre d'unités qui auraient été vendues en l'absence de l'infraction.



Les chiffres obtenus sont comparés aux revenus et aux coûts réels d'Eusolv comme suit: les bénéfices réels (revenus réels moins coûts réels) sont déduits des bénéfices contrefactuels (revenus contrefactuels moins coûts contrefactuels). On obtient l'estimation finale de l'indemnisation demandée par Eusolv.

Toutefois, Worldco et Subco font valoir que pour pouvoir fournir le nombre croissant d'unités escompté sur la période 2006-2010, Eusolv aurait dû augmenter ses capacités, ce qui aurait engendré des coûts irrécupérables qui n'ont pas été pris en compte dans le calcul. Ce moyen de défense est accepté par le juge et l'indemnisation du manque à gagner est réduite en conséquence (en déduisant du chiffre fourni par Eusolv les coûts irrécupérables supplémentaires escomptés pour les années en question, au pro rata).

197. Dans les cas de pratiques d'éviction, les parts de marché peuvent jouer un rôle d'indicateur important aux fins du calcul du manque à gagner dans le cadre de méthodes comparatives telles que les comparaisons dans le temps. À titre d'exemple, une méthode comparative pourrait être utilisée pour établir la part de marché vraisemblable du concurrent évincé en l'absence d'infraction. Le manque à gagner pourrait alors être quantifié en multipliant les données observées concernant les coûts et revenus réels par unité (ou la marge bénéficiaire moyenne réelle) par les quantités supplémentaires correspondant à la part de marché contrefactuelle supérieure escomptée en l'absence d'infraction. Pour ce faire, on suppose que les coûts et revenus par unité n'auraient pas sensiblement changé dans le scénario contrefactuel et pourraient être admis par un système juridique comme estimation du préjudice subi, éventuellement en tant qu'éléments de preuve «prima facie», ou être jugés suffisants pour renverser la charge de la preuve¹⁵⁶. Une estimation plus fine tiendrait compte de

¹⁵⁶ Pour un exemple de situation dans laquelle l'estimation présentée en justice était fondée sur le nombre total de contrats conclus par l'auteur de l'infraction multiplié par la part de marché détenue par les demandeurs avant le début de la pratique d'éviction, voir la décision de la *Corte d'Appello di Roma*

l'évolution des coûts et des revenus dans le scénario contrefactuel, à condition de disposer de données suffisantes.

198. Lorsque la part de marché est utilisée comme indicateur aux fins de l'estimation du manque à gagner, il conviendrait de tenir compte du fait qu'elle peut être soumise à des fluctuations liées à des facteurs autres que l'infraction, tels que le recul de la part de marché d'Eusolv observé en 2004 en raison de l'apparition d'un nouveau concurrent, Subco, sur le marché du Betanol¹⁵⁷. Dans le cas où l'infraction a entraîné une réduction de la taille totale du marché, l'estimation des revenus du concurrent évincé sur la base des parts de marché réelles peut aboutir à une valeur sous-estimée.

(2) **Autres méthodes comparatives**

199. D'autres marchés géographiques ou marchés de produits peuvent aussi être utilisés à des fins de comparaison pour construire le scénario contrefactuel¹⁵⁸. Ainsi, les coûts et revenus de la même entreprise ou d'une entreprise similaire sur un marché différent pourraient servir de référence pour estimer les coûts et revenus qui, en l'absence d'infraction, auraient été générés par le concurrent lésé. Ces méthodes peuvent aussi être appliquées pour apprécier la fiabilité d'une estimation obtenue par une comparaison dans le temps ou par d'autres méthodes. À titre d'exemple, si les résultats, avant l'infraction, de l'unique concurrent d'une entreprise historiquement en situation de monopole indiquent qu'en l'absence de l'infraction, celui-ci aurait détenu une certaine part de marché, cette estimation pourrait être confortée par la constatation que la même entreprise ou une entreprise similaire concurrente de l'entreprise auparavant en situation de monopole sur un marché géographique comparable détient effectivement une part de marché similaire, en tenant compte d'éventuelles différences entre les entreprises ou les marchés concernés.

D. Nouveaux entrants évincés

200. Les pratiques d'éviction peuvent non seulement conduire à une détérioration de la position d'un concurrent existant sur le marché, mais aussi empêcher l'apparition de nouveaux concurrents potentiels. L'éviction de ces nouveaux entrants peut leur causer un préjudice très important dont ils peuvent demander à être indemnisés. Les systèmes juridiques devraient tenir compte des difficultés inhérentes à la quantification de ce préjudice et veiller à ce que les actions en dommages et intérêts intentées par les nouveaux entrants évincés ne soient pas rendues pratiquement impossibles ni excessivement difficiles¹⁵⁹.

(Cour d'appel de Rome) du 20 janvier 2003 dans l'affaire n° I, 2474, *Albacom S.p.A./Telecom Italia S.p.A.*

¹⁵⁷ C'est la raison pour laquelle, dans l'exemple, la part de marché utilisée aux fins de la quantification est celle, stable, détenue par Eusolv après 2004.

¹⁵⁸ Décision du *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Tribunal commercial de Madrid) du 11 novembre 2005 dans l'affaire n° 85/2005 (*Conduit-Europe S.A./Telefónica de España S.A.*), confirmée par la décision de la *Audiencia Provincial de Madrid* (Cour d'appel de Madrid) du 25 mai 2006 dans l'affaire n° 73/2006.

¹⁵⁹ Il est parfois possible, en vertu des règles de droit applicables, de quantifier ce préjudice de manière pragmatique, par exemple en calculant la valeur totale perdue en termes de bénéfices, puis en multipliant ce chiffre par un pourcentage exprimant la part de marché que l'entreprise évincée aurait vraisemblablement pu conquérir. Par exemple, si les bénéfices totaux réalisés par les entreprises présentes sur le marché en cause après l'infraction s'élèvent à 200 millions d'euros et qu'il est estimé

201. L'éviction des nouveaux entrants présente des caractéristiques particulières qui peuvent être prises en compte lors de la quantification du préjudice. En particulier, si l'entreprise lésée cherchait à entrer sur un marché sur lequel elle n'était pas présente auparavant, on manque nécessairement de données observables concernant ses résultats sur ce marché.
202. L'approche générale concernant la quantification du manque à gagner des concurrents dans cette situation n'est pas fondamentalement différente de celle appliquée lorsque des concurrents voient leur position sur le marché se détériorer, car elle implique elle aussi une appréciation des bénéfices qui auraient pu être réalisés en l'absence d'infraction. Ceux-ci peuvent alors être comparés à ceux effectivement réalisés. En cas d'éviction des nouveaux entrants, il est probable que le concurrent évincé n'a réalisé aucun bénéfice, voire a enregistré des pertes (par exemple, lorsqu'il a dû supporter des coûts qu'il n'a pas pu récupérer étant donné qu'il n'est pas parvenu à s'implanter sur le marché).
203. Comme précédemment indiqué, les concurrents évincés peuvent décider de ne demander que l'indemnisation des coûts supportés pour entrer sur le marché, plutôt que celle de l'ensemble des bénéfices dont ils ont été privés. Cette approche peut être plus simple que de demander l'indemnisation du manque à gagner, car elle implique de quantifier uniquement les coûts irrécupérables supportés par le demandeur.

Affaire des équipements médicaux

Newco avait décidé de s'attaquer au marché d'un type particulier de dispositif médical dans un État membre dont le marché était dominé par Medco. Pour que son activité soit rentable, elle devait acquérir une part de marché minimale qui lui aurait permis de tirer parti d'économies d'échelle.

Craignant de perdre des ventes substantielles au profit de Newco, Medco a conclu des accords de vente exclusifs avec un certain nombre de clients dans le but d'empêcher Newco de parvenir au niveau d'activité minimal qu'elle visait. Newco n'a donc pas pu concurrencer Medco auprès de ces clients et n'a pas été en mesure de s'implanter de manière rentable sur le marché, ce qui a conduit, pour les consommateurs, à des prix moyens supérieurs à ce qu'ils auraient été si Newco avait pénétré le marché. Le comportement de Medco ayant été jugé contraire à l'article 102 du TFUE, Newco serait en droit de demander réparation pour le manque à gagner découlant de l'infraction. Toutefois, pour éviter de devoir procéder à une analyse complète de son manque à gagner, Newco n'a demandé à être indemnisée que des coûts irrécupérables qu'elle a supportés pour construire une nouvelle usine et tenter d'entrer sur le marché (y compris les coûts financiers et les pertes irrécupérables sur les intrants achetés).

204. Lorsque des concurrents sont empêchés de pénétrer sur le marché, on ne dispose d'aucune donnée sur leurs revenus ou leurs coûts sur le marché concerné pour la période ayant précédé l'infraction et les données postérieures à l'infraction ne pourraient pas davantage servir de référence dans le cadre d'une comparaison dans le temps, car elles sont influencées par l'infraction. En pareil cas, il est sans doute plus indiqué de se tourner vers un marché géographique ou de produits comparable sur

qu'en l'absence de l'infraction, le concurrent évincé aurait détenu une part de marché de 30 %, le manque à gagner pourrait être estimé, selon cette méthode, à 60 millions d'euros.

lequel la même entreprise ou une entreprise similaire est présente pour construire un scénario contrefactuel. Les marchés de produits ou géographiques concernés devraient présenter un niveau de similitude suffisant, même s'il est sans doute possible de procéder à des ajustements pour tenir compte de certaines différences¹⁶⁰.

205. Dans certains cas, l'appréciation des résultats financiers du concurrent peut suffire pour disposer de données permettant une estimation des bénéfices dans le scénario contrefactuel¹⁶¹.

Dans la situation illustrée par l'exemple ci-dessus, supposons que Newco souhaite fournir aux trois principaux centres de santé privés d'un État membre un nouveau type de films destinés aux appareils à rayons X et que, normalement, le marché de ce genre d'équipements médicaux pour les centres de santé fonctionne par appels d'offres. Grâce à une amélioration technologique, Newco est capable de proposer ses produits à un prix inférieur à celui de Medco. Toutefois, Medco, qui détient d'une position dominante sur le marché des appareils à rayons X, lie la vente de ses produits, en vendant plus cher ses appareils à rayons X aux centres de santé qui ne lui achètent pas de films. En conséquence, Newco n'obtient aucun contrat. En l'espèce, Newco a montré qu'elle était effectivement capable de fournir les quantités demandées par les centres au prix proposé et a fourni des données précises sur ses propres coûts. Sur la base de ces données et en supposant que Newco aurait été choisie comme contractante lorsqu'elle proposait le prix le plus bas, les marges bénéficiaires escomptées ont pu être estimées sans recourir à une comparaison dans le temps ou avec d'autres marchés géographiques ou marchés de produits.

E. Indemnisation du manque à gagner futur

206. Lorsque des concurrents évincés demandent réparation, ils peuvent chercher à être indemnisés au titre non seulement des bénéfices qu'ils n'ont pas réalisés pendant la durée de l'infraction, mais aussi des bénéfices dont ils ont été privés après la cessation de cette dernière¹⁶². Cette indemnisation trouve sens, en particulier, lorsqu'ils n'ont pas pu retourner sur le marché ni retrouver intégralement leur part de marché en raison d'effets toujours sensibles de l'infraction à laquelle il a été mis fin. Une réparation serait ainsi demandée pour les bénéfices futurs, à savoir ceux qui seront vraisemblablement perdus une fois l'affaire de dommages et intérêts jugée.
207. Les difficultés qui se posent pour quantifier ce manque à gagner résident certes dans les techniques à appliquer, mais elles tiennent aussi à la durée pendant laquelle un

¹⁶⁰ On pourrait, par exemple, recourir à une analyse de régression, pour autant que l'on dispose de données suffisantes. Voir ci-dessus, les points 69 et suivants. Pour un exemple de pratique d'éviction dans lequel le recours à un marché géographique différent a été, en principe, admis à des fins de comparaison, voir la décision du *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Tribunal commercial de Madrid) du 11 novembre 2005 dans l'affaire n° 85/2005 (*Conduit-Europe S.A./Telefónica de España S.A.*), confirmée par la décision de la *Audiencia Provincial de Madrid* (Cour d'appel de Madrid) du 25 mai 2006 dans l'affaire n° 73/2006.

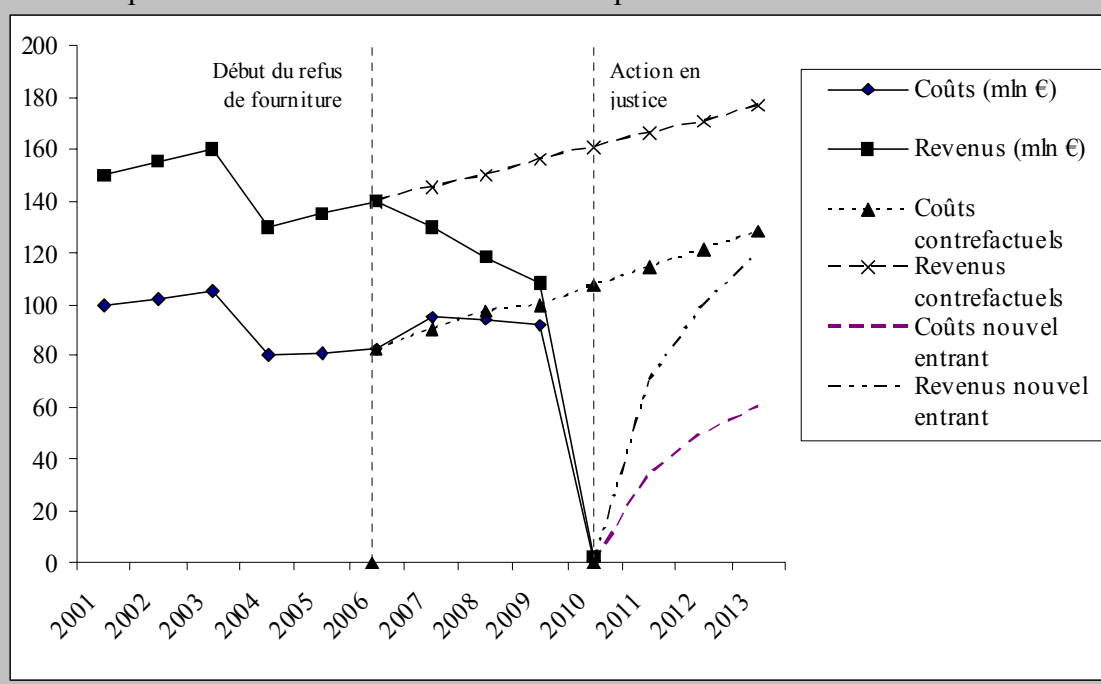
¹⁶¹ Pour un exemple de quantification du préjudice causé à un nouvel entrant évincé sur un marché fonctionnant par appels d'offres, voir la décision de l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal régional supérieur de Düsseldorf) du 16 avril 2008 dans l'affaire n° VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

¹⁶² Pour un exemple d'octroi de dommages et intérêts couvrant aussi la période postérieure à la fin de l'infraction, voir la décision de l'*Østre landsrets* (juridiction régionale danoise) du 20 mai 2009 dans l'affaire n° B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S*).

manque à gagner peut encore être décelé et indemnisé. La législation nationale joue un rôle important dans ce contexte, par exemple en déterminant dans quelles conditions un manque à gagner futur peut être récupéré ou en définissant des règles pragmatiques pour régler cette question au cas par cas¹⁶³.

208. Les facteurs susceptibles d'influencer le choix de la période pour laquelle il est possible de demander réparation pour un manque à gagner futur peuvent inclure, par exemple, le temps vraisemblablement nécessaire pour retourner sur le marché en question. Dans d'autres cas, cette appréciation pourrait être plus simple du fait des circonstances. À titre d'exemple, dans l'affaire des équipements médicaux exposée ci-dessus, la durée des contrats pour lesquels Newco a soumissionné pourrait constituer un laps de temps raisonnable sur la base duquel il serait autorisé, en vertu des règles de droit nationales applicables, de demander l'indemnisation du manque à gagner futur. Dans d'autres cas, le délai pendant lequel l'entreprise aurait raisonnablement pu continuer à fabriquer les biens ou à fournir les services en l'absence de nouveaux investissements pourrait aussi être utilisé.

Dans l'exemple du Betanol, Eusolv peut aussi demander réparation pour les bénéfices qu'elle aurait pu réaliser après 2010, lorsqu'elle a été évincée du marché et a intenté l'action en dommages et intérêts. Dans ce cas, il serait possible d'utiliser les mêmes techniques que celles employées pour reconstruire le scénario contrefactuel pour les années 2006-2010, en étendant la projection dans le futur. Le demandeur ne peut naturellement pas demander réparation du manque à gagner futur pour une durée illimitée. Eusolv a décidé d'utiliser comme référence le délai probable qu'il lui faudrait pour retourner sur le marché après la cessation de l'infraction.



III. QUANTIFICATION DU PREJUDICE CAUSE AUX CLIENTS

209. Il arrive que les entreprises qui se concertent ou abusent de leur position dominante pour évincer un concurrent doivent faire face à des coûts ou à une baisse temporaire

¹⁶³ Lorsqu'on estime des bénéfices futurs, il convient généralement d'en diminuer la valeur afin de refléter la dépréciation de l'argent au fil du temps.

de leurs bénéficiaires pour mettre en œuvre l'infraction. Ce sacrifice est supporté dans le but de fausser la concurrence pour, en fin de compte, permettre aux auteurs de l'infraction de réaliser des bénéfices plus élevés grâce aux distorsions de concurrence instaurées, leur permettant ainsi de compenser, au détriment de leurs clients, le manque à gagner ou la baisse de revenus temporairement supportés pour parvenir à cette situation. Les sections suivantes examinent deux cas typiques de préjudice causé aux clients par des pratiques d'éviction. Aux fins de la quantification, ce préjudice peut être analogue à celui découlant d'infractions entraînant une augmentation des prix, évoqué plus en détail dans la partie 3 du guide pratique.

A. Récupération des pertes

210. L'exemple le plus simple de préjudice causé aux clients lors de la phase de récupération des pertes dans le cadre d'une pratique d'éviction est le recours aux prix prédateurs, qui voit une entreprise abuser de sa position dominante en fixant ses prix à un niveau artificiellement bas sur lequel ses concurrents ne peuvent s'aligner, ce qui les conduit finalement à quitter le marché ou à subir un recul de leur part de marché. Une fois que les concurrents ont été évincés du marché ou que la part de marché de l'auteur de l'infraction a augmenté, ce dernier peut réaliser des bénéfices supérieurs du fait de l'affaiblissement des contraintes concurrentielles.
211. La récupération des pertes peut être considérée comme une phase complémentaire de l'infraction qui peut aboutir à des effets de surcoût pour les clients des entreprises contrevenantes. Ces effets constituent un préjudice découlant de la pratique d'éviction, au titre duquel les clients peuvent demander réparation.

Récupération des pertes dans une affaire de prix prédateurs

Prenons l'exemple du marché des vols sur une certaine liaison entre deux villes. L'opérateur dominant sur ce marché est Titan Airlines, une entreprise bien établie qui propose un service à bord de qualité au tarif de référence de 1 000 euros. Ce marché particulier compte un autre acteur, plus petit, à savoir Bluesky Airlines, une compagnie qui a récemment commencé à exploiter la même liaison au tarif de 800 euros.

Titan Airlines adopte une stratégie de prédation en abaissant ses tarifs de manière stratégique jusqu'au prix de référence de 500 euros. Bluesky Airlines éprouve des difficultés à s'aligner sur ces tarifs prédateurs, ne parvient pas rester rentable et se trouve finalement évincée du marché. Titan Airlines, l'opérateur dominant, profitera alors de la diminution de la concurrence et augmentera ses bénéfices en portant les tarifs au-delà du niveau où ils se trouvaient avant le début de la stratégie de prédation, c'est-à-dire au-delà du tarif de référence initial de 1 000 euros. Si, jusqu'à la réapparition d'un concurrent, Titan Airlines devait pratiquer un tarif de 1 100 euros, ses clients acquitteraient, du fait de l'infraction, un surcoût de 100 euros.

212. Pour quantifier le surcoût découlant de la récupération des pertes, le cadre conceptuel applicable n'est en principe pas différent de celui décrit dans la partie 3, à savoir celui concernant les infractions entraînant plus directement une augmentation des prix. Le préjudice découlant d'une pratique d'éviction n'affectant pas uniquement les concurrents de l'auteur de l'infraction, mais aussi tous les clients sur un marché donné, les questions examinées dans le cas d'un préjudice prenant la forme d'un surcoût sont aussi pertinentes dans ce scénario.

213. La position acquise par une entreprise sur le marché grâce à une infraction prenant la forme de pratiques d'éviction n'entraîne pas systématiquement une augmentation des prix pour les clients de l'entreprise en question. Toutefois, même dans ce cas, les clients peuvent être lésés par l'infraction, par exemple si elle conduit à une baisse de la qualité. Dans l'exemple ci-dessus, il pourrait arriver que l'entreprise dominante Titan Airlines rétablisse le prix de référence de 1 000 euros, sans aller au-delà des tarifs qu'elle pratiquait avant l'éviction de Bluesky Airlines. Les passagers voyageant sur cette liaison particulière sont néanmoins pénalisés, par exemple, si Titan Airlines profite de contraintes concurrentielles moindres pour abaisser le niveau de son service à bord.
214. Les clients du concurrent évincé pourraient se trouver dans une situation différente de celle des clients de l'auteur de l'infraction, du fait de l'obligation de se tourner vers les produits vendus par l'entreprise contrevenante, une fois leur fournisseur sorti du marché. Outre le risque de se voir offrir une qualité moindre, il se peut qu'ils aient à payer à l'entreprise auteur de l'infraction des prix supérieurs à ceux qu'ils payaient pour les produits vendus par l'entreprise évincée. En fonction des règles de droit applicables, ils pourraient être autorisés à montrer qu'en l'absence d'infraction, ils auraient été clients du concurrent évincé et auraient payé un prix inférieur. Dans ce cas, l'effet à prendre en considération est, en principe, similaire à un surcoût. Ce dernier peut être calculé en comparant le prix du produit vendu par l'entreprise auteur de l'infraction dans le scénario réel avec celui pratiqué par l'entreprise évincée dans le scénario contrefactuel.

Par exemple, les passagers qui voyageaient avec Bluesky Airlines avant son éviction peuvent se trouver confrontés à un surcoût lorsqu'en raison de l'éviction de Bluesky Airlines, ils sont forcés de voyager avec Titan Airlines à des tarifs plus élevés. Le surcoût pourrait être estimé comme la différence entre le prix réel de 1 000 euros payé à Titan Airlines et le prix de 800 euros que Bluesky Airlines leur aurait facturé si elle n'avait pas été évincée du marché. En conséquence, le surcoût subi par les passagers contraints de délaisser Bluesky Airlines pour voyager avec Titan Airlines pourrait être estimé à 200 euros.

B. *Préjudice causé aux concurrents clients de l'entreprise auteur de l'infraction*

215. Lorsqu'un concurrent est aussi client de l'entreprise auteur de l'infraction, la pratique d'éviction est susceptible de le léser dans la mesure où il s'approvisionne auprès de cette entreprise. Dans ce cas, le concurrent évincé peut demander réparation pour la hausse des coûts découlant de l'infraction, mais il peut aussi décider de demander réparation au titre du manque à gagner lié au fait que les volumes produits ou vendus sont inférieurs à ce qu'ils auraient été en l'absence d'infraction¹⁶⁴.
216. Il peut être observé qu'aux fins de la quantification, les concurrents qui subissent un surcoût sont dans une position analogue à celle des clients des membres d'une entente ou des auteurs d'une autre infraction entraînant un surcoût. Pour expliquer cette situation, prenons l'exemple du Betanol et supposons que, plutôt que de refuser de fournir du Rawbeta à Eusolv, l'entreprise dominante Worldco décide d'augmenter le prix qu'elle pratique à l'égard d'Eusolv pour ce produit afin de comprimer les marges

¹⁶⁴ Pour un exemple d'estimation des dommages et intérêts dans une affaire de tarification discriminatoire affectant un concurrent client de l'entreprise auteur de l'infraction, voir la décision du *Højesteret* (Cour suprême danoise) du 20 avril 2005 dans l'affaire n° 387/2002 (*GT Linien A/S /DSB*).

de celle-ci. Dans un tel cas de figure, les mêmes considérations s'imposent que dans le cas d'une augmentation de prix générée par d'autres types d'infraction. Dans l'exemple ci-dessus, Eusolv demanderait l'indemnisation du surcoût représenté par la différence entre le prix payé du fait de la pratique d'éviction et le prix qu'elle aurait payé en l'absence d'infraction. Si le surcoût a été répercuté, des actions en dommages et intérêts pourraient aussi être intentées par les propres clients d'Eusolv et celle-ci pourrait demander réparation au titre des volumes de ventes perdus en raison de l'augmentation des prix.

Liste des affaires citées

Cour de justice de l'UE

Affaire 238/78, Ireks-Arkady GmbH/Conseil et Commission, Recueil 1979, p. 2955.
Affaire C-271/91, Marshall, Recueil 1993, p. I-4367.
Affaire C-308/87, Grifoni II, Recueil 1994, p. I-341.
Affaires jointes C-104/89 et C-37/90, Mulder et autres/Conseil et Commission, Recueil 2000, p. I-203.
Affaire C-453/99, Courage, Recueil 2001, p. I-6297.
Affaire C-147/01, Weber's Wine World, Recueil 2003, p. I-11365.
Affaires jointes C-295/04 à C-298/04, Manfredi, Recueil 2006, p. I-6619.
Affaire C-360/09, Pfeleiderer, Recueil 2011, p. I-5161.
Affaire C-199/11, Europese Gemeenschap/Otis NV e.a., non encore publiée au Recueil.

Tribunal

Affaire T-202/98, Tate & Lyle/Commission, Recueil 2001, p. II-2035.
Affaires jointes T-25/95, etc., Cimenteries CBR SA/Commission, Recueil 2000, p. II-491.

Juridictions des États membres

Décision de la *Corte d'Appello di Milano* (Cour d'appel de Milan) du 3 février 2000 dans l'affaire n° I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

Décision de la *Corte d'Appello di Roma* (Cour d'appel de Rome) du 20 janvier 2003 dans l'affaire n° I, 2474 (*Albacom S.p.A./Telecom Italia S.p.A.*).

Décision de la *Corte d'Appello di Milano* (Cour d'appel de Milan) du 11 juillet 2003 (*Bluvacanze*).

Décision de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 2003 dans l'affaire *Lescarcelle-De Memoris/OGF*.

Décision du *Landgericht Dortmund* (Tribunal régional de Dortmund) du 1^{er} avril 2004 dans l'affaire n° 13 O 55/02, Kart (*Vitaminpreise*).

Décision du *Højesteret* (Cour suprême danoise) du 20 avril 2005 dans l'affaire n° 387/2002 (*GT Linien A/S/DSB*).

Décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 28 juin 2005 dans l'affaire n° KRB 2/05 (béton prêt à l'emploi).

Décision du *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (tribunal commercial de Madrid) du 11 novembre 2005 dans l'affaire n° 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*).

Décision de la *Audiencia Provincial de Madrid* (Cour d'appel de Madrid) du 25 mai 2006 dans l'affaire n° 73/2006.

Décision de la *Lietuvos apeliacinis teismas* (Cour d'appel lituanienne) du 26 mai 2006 dans l'affaire n° 2A-41/2006 (*Stumbras*).

Décision de la *Corte Suprema di Cassazione* (Cour de cassation italienne) du 2 février 2007 dans l'affaire n° 2305 (*Fondiarria SAI SpA/Nigriello*).

Décision du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) du 19 juin 2007 dans l'affaire n° KRB 12/07 (cartel sur le marché de gros du papier).

Décision du *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Tribunal civil régional de Graz) du 17 août 2007 dans l'affaire n° 17 R 91/07 p (auto-école).

Décision de l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal régional supérieur de Düsseldorf) du 16 avril 2008 dans l'affaire n° VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

Arrêt du *Stockholms tingsrätt* (Tribunal de première instance de Stockholm) du 20 novembre 2008 dans les affaires jointes T 32799-05 et T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB e.a./VPC Aktiebolag*), appel en instance.

Tribunal administratif de Paris, décision du 27 mars 2009 dans l'affaire *SNCF/Bouygues*.

Décision de l'*Østre landsrets* (juridiction régionale danoise) du 20 mai 2009 dans l'affaire n° B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S*).

Décision du *Kammergericht Berlin* (Tribunal régional supérieur de Berlin) du 1^{er} octobre 2009 dans l'affaire n° 2 U 10/03 Kart.

Décision de l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal régional supérieur de Karlsruhe) du 11 juin 2010 dans l'affaire n° 6 U 118/05. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi devant le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande) (voir ci-dessus).

Décision du *Competition Appeal Tribunal* (tribunal britannique des recours en matière de concurrence) du 28 mars 2013 dans l'affaire n° 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited/Dŵr Cymru Cyfyngedig*).