Non classifié **DAF/COMP(2011)1**

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development **07-Oct-2011**

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

DAF/COMP(2011)1
Non classifié

Annule & remplace le même document du 23 mars 2011

QUANTIFICATION DES ATTEINTES À LA CONCURRENCE PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES ET LES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

-- Note de référence du Secrétariat--

Cette Note de référence du Secrétariat est présentée au Comité de la concurrence POUR EXAMEN au titre du point V de sa prochaine réunion qui aura lieu le 16 février 2011.

JT03308551
Ta. 100943

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Français - Or. Anglais

QUANTIFICATION DES ATTEINTES À LA CONCURRENCE PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES ET LES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

-- Note de référence[1] --

1. Introduction

1. Les autorités de la concurrence s'efforcent de limiter les effets néfastes des comportements anticoncurrentiels sur la concurrence. Dans certains pays et pour certains types de comportements, elles sont tenues de quantifier les atteintes potentielles ou réelles afin d'établir l'existence du comportement et calculer les amendes administratives, ou pour des raisons de sensibilisation. Les juridictions nationales, en plus du rôle qu'elles jouent dans les procédures administratives, sont chargées – souvent avec l'aide d'experts extérieurs – de l'évaluation des préjudices personnels causés par un comportement anticoncurrentiel. Du fait que les procédures administratives et les actions privées en dommages et intérêts sont menées parallèlement, elles incitent toutes les deux les entreprises à ne pas adopter de comportement anticoncurrentiel, ce qui crée des interrelations entre les deux types de procédures, qui ne sont pas toujours souhaitées par l'autorité de la concurrence.

2. Si le concept d'atteinte à la concurrence résultant d'un comportement anticoncurrentiel est lié au concept de préjudice subi par des victimes déterminées en raison de ce comportement, il s'en distingue toutefois. L'atteinte à la concurrence renvoie au préjudice général causé à l'économie et a pour optique le bien-être ; elle est au centre de toute évaluation menée par une autorité de la concurrence. À l'opposé, le concept de préjudice est fortement individualisé et peut, ou non, coïncider avec le préjudice causé à la société ; il est au centre de toute action privée en dommages et intérêts intentée par un particulier devant une juridiction nationale.

3. S'il est vrai que ces deux concepts théoriques diffèrent dans une certaine mesure, les méthodes de quantification sont plus ou moins les mêmes et rencontrent des problèmes équivalents. Pour évaluer les atteintes à la concurrence ou les dommages et intérêts privés, les approches analytiques utilisées varient selon le secteur d'activités, les caractéristiques de l'infraction et les informations dont on dispose sur l'infraction. L'évaluation des effets néfastes (ou des dommages et intérêts) causés par une infraction peut en effet s'avérer compliquée : imaginer ce qu'aurait été la situation « en l'absence » d'infraction réclame souvent une analyse détaillée – analyse qui oblige les experts économiques à travailler dans un cadre juridique. Cela pose en retour le problème épineux de la compréhension par le juge de modèles et de techniques complexes. La *tragédie de l'asymétrie de l'information*, qui désigne le fait que le défendeur détient les informations nécessaires au demandeur pour prouver concrètement le préjudice et que le demandeur détient les informations nécessaires au défendeur pour prouver la répercussion, exige des règles de procédure bien définies pour permettre une juste évaluation empirique.

4. La présente note examine les défis économiques de la quantification des effets néfastes sur la concurrence (comprenant les atteintes à la concurrence et les préjudices personnels). La deuxième partie offre une description des possibles effets économiques (théoriques) des comportements anticoncurrentiels

[1] Le présent document a été préparé pour le Secrétariat de l'OCDE par Hans W. Friederiszick et Elisabeth Fugger. Il repose en partie sur certains travaux antérieurs réalisés conjointement avec Lars-Hendrik Röller.

tandis que la troisième partie présente les méthodes empiriques utilisées pour évaluer les effets néfastes. Enfin, la quatrième partie détaille les importants arbitrages nécessaires à la mise en œuvre de ces méthodes empiriques dans un cadre juridique.

5. Le présent document porte essentiellement sur les éléments suivants :

- Il existe des différences entre les atteintes à la concurrence et les préjudices personnels, qui doivent être prises en considération lors de l'évaluation des effets d'un comportement anticoncurrentiel et qui limitent les possibilités de transposition des résultats de la quantification entre les procédures contentieuses administratives et privées. Dans les affaires d'ententes, par exemple, les actions privées en dommages et intérêts intentées par des particuliers mettent l'accent sur l'effet de surcoût (et éventuellement sur le moyen de défense tiré de la répercussion) tandis que dans une procédure administrative, priorité est donnée aux effets de production – qui mesurent les effets néfastes d'une entente sur le bien-être.
- Dans les affaires d'ententes (prises en tant qu'exemple de pratiques d'exploitation), les effets théoriques sont relativement bien définis, ce qui n'est pas le cas des comportements d'éviction, en particulier lorsqu'ils ont une dimension verticale. Les facteurs de complication les plus importants des comportements d'éviction tiennent au fait que les concurrents, en plus des consommateurs, sont directement affectés ; que les effets potentiels varient en fonction de la stratégie d'exclusion spécifique adoptée (comme les stratégies de ventes liées ou regroupées, les remises conditionnelles, ou les stratégies de refus de fourniture) ; que les gains d'efficacité spécifiques aux comportements sont fréquents ; que la structure du marché est affectée par les pratiques d'exclusion ; et que les effets varient selon les différentes étapes du comportement (et/ou selon différents groupes de clients) et peuvent ne pas se limiter au marché ou à la région où les effets prix se font sentir.
- Les avantages et les inconvénients des méthodes empiriques varient en fonction des hypothèses sur lesquelles elles reposent et des exigences en matière de données. De simples programmes « automatisés » ne sont donc pas applicables. Les méthodes les plus communément utilisées que sont l'approche de la variable indicateur et l'approche prévisionnelle nécessitent souvent des ensembles de données assez vastes, mais fonctionnent avec quelques hypothèses structurelles seulement.
- L'équilibre entre la facilité de mise en œuvre de la méthode et la possibilité de transposer les résultats à d'autres cas est fondamental pour décider de la méthode appropriée devant un tribunal. Pour améliorer l'efficacité des rapports économétriques utilisés dans les poursuites judiciaires, il est nécessaire de bien définir les étapes de la procédure, les normes juridiques et les règles en matière de communication d'informations.

2. Effets économiques du comportement anticoncurrentiel

6. Le comportement anticoncurrentiel peut prendre de nombreuses formes. D'une manière générale, il se divise en deux composantes principales : les comportements horizontaux ou verticaux et les comportements d'exploitation ou d'éviction. Les comportements horizontaux comprennent les accords anticoncurrentiels ou les comportements unilatéraux entre concurrents directs (c'est-à-dire horizontaux) comme dans le cas des ententes ou des stratégies de verrouillage visant les concurrents directs (telles que les stratégies d'éviction). Les comportements verticaux recherchent les opportunités stratégiques existant dans une formation amont/aval dans laquelle les mauvais comportements en amont peuvent réduire la pression concurrentielle en aval, et inversement.

7. Les pratiques d'exploitation concernent les cas où les comportements anticoncurrentiels se polarisent sur les profits supranormaux tirés des clients ou des groupes de clients, comme en cas d'entente, de discrimination ou de violation de la loi, alors que les comportements d'éviction concernent pour l'essentiel le verrouillage ou la marginalisation d'un concurrent (ce qui peut par la suite permettre une hausse des bénéfices après un verrouillage réussi). Les stratégies de prédation consistent par exemple en des comportements d'éviction où, une fois que la proie est exclue du marché, le prédateur peut réaliser des profits supranormaux. Les stratégies de ventes liées ou regroupées peuvent être utilisées de manière abusive dans le but d'évincer les concurrents (mais elles peuvent aussi constituer une pratique d'exploitation pour soutirer des profits supranormaux à des groupes particuliers de clients par le jeu de la discrimination par les prix).

8. L'abondance des comportements sous-jacents, ajoutée au fait que plusieurs types de comportements se développent souvent en parallèle ou ont des effets multiples, rend l'enquête relativement compliquée si l'on veut mesurer les effets empiriques d'un comportement particulier. Cette complexité rend impossible toute méthode d'estimation « automatisée » simple, et exige au contraire un examen attentif des paramètres économiques du secteur d'activités (tels que le type de produit, le nombre d'entreprises, les facteurs de coût et de demande et les formes de rivalité), de la théorie des effets nuisibles et de l'accessibilité des données. C'est l'analyse cumulée de ces trois éléments qui déterminera le meilleur ensemble de moyens empiriques à même de mesurer les effets d'un comportement anticoncurrentiel.

9. Dans la partie suivante, nous décrirons les atteintes potentielles à la concurrence et les éventuels préjudices qui en découlent et explique comment les mesurer d'un point de vue théorique. Nous nous intéresserons tout d'abord à l'entente, qui constitue un exemple d'accord horizontal anticoncurrentiel. Les effets théoriques peuvent être ici assez sûrement définis. Nous examinerons ensuite les pratiques d'exploitation/verticales, dans le cadre desquelles, même d'un point de vue théorique, les effets d'un comportement anticoncurrentiel sur les différentes parties prenantes sont souvent ambigus.

2.1 Les ententes

2.1.1 Le concept économique de collusion

10. D'un point de vue économique, la collusion se définit comme la situation dans laquelle un ensemble de concurrents communiquent entre eux de manière directe ou indirecte pour augmenter ou chercher à augmenter les prix sur un ou plusieurs marchés antitrust particuliers, à un niveau supérieur à celui qu'ils auraient atteint sans communiquer. Il convient de souligner que la définition économique du comportement collusif comprend la collusion expresse (basée sur la communication directe et souvent connue sous le nom d'entente) et la collusion implicite (ou tacite). Les conséquences juridiques sont très différentes selon qu'un comportement particulier relève de l'une ou l'autre catégorie. L'analyse économique sous-jacente n'est pas très différente – en partie en raison des insuffisances de la théorie économique, et au motif que les deux infractions produisent des effets similaires.[2]

11. La formation d'une entente est motivée par le fait que les acteurs du marché peuvent augmenter leurs profits collectifs et donc individuels, par rapport aux profits réalisés sur un marché concurrentiel. La

[2] En fait, les économistes ont tendance à considérer que la collusion est liée à un résultat (des prix plus élevés) plus qu'à un comportement particulier, comme la communication expresse des prix ou des parts de marché. À titre d'exemple, Motta (2004, p. 138) définit la collusion comme suit : « En économie, la collusion est la situation dans laquelle les prix des entreprises sont plus élevés que certains indices de référence concurrentiels. Une définition légèrement différente consiste à définir la collusion comme la situation dans laquelle les entreprises fixent des prix qui se rapprochent des prix de monopole. Quoi qu'il en soit, en économie, la collusion correspond à un résultat (des prix suffisamment élevés) et non à la façon particulière dont celui-ci est atteint ». Voir aussi Harrington (2008, p. 216).

difficulté de gestion d'une entente tient à ce que, une fois que les prix ont augmenté, les participants à l'entente sont incités à baisser les prix à titre individuel et à augmenter encore plus leurs profits personnels au détriment des autres participants à l'entente.

12. De manière très marquante, la collusion expresse et tacite s'appuie sur le dynamisme de l'interaction entre les entreprises.[3] Les entreprises déterminent leur futur comportement sur le marché en fonction du comportement adopté par les concurrents. Par exemple, les entreprises peuvent menacer de mener une « concurrence acharnée » pendant une période future en réaction à l'infléchissement d'un concurrent par rapport au niveau des prix de collusion. Ce type d'interaction dynamique permet aux entreprises – lorsqu'elle est effectivement mise en œuvre – de maintenir les prix à des niveaux proches des prix de monopole et nettement supérieurs à ce qu'un comportement unilatéral seul permettrait.[4]

13. La stabilisation dynamique des prix peut être obtenue grâce à la communication directe – ce qui constitue une condition préalable obligatoire à l'infraction d'entente – ou grâce à la coordination, en observant et en suivant le comportement sur le marché des autres entreprises.[5] Cette dernière approche est appelée tacite coordination ou effets coordonnés, et est prise en compte pour établir l'existence d'une position dominante ou dans le cadre des procédures de fusion, sans pour autant être considérée comme une entente.

14. Les ententes peuvent être démantelées, ou ne pas voir le jour, pour de multiples raisons. Par-dessus tout, les ententes doivent éviter toute déstabilisation interne et externe. La déstabilisation interne concerne le cas où l'un des membres de l'entente s'écarte de l'accord de prix, et il peut y avoir déstabilisation externe lorsqu'un non-membre de l'entente (une entreprise étrangère ou une entreprise opérant sur un marché de produits voisin) est en concurrence avec les membres de l'entente ou lorsqu'il entre sur le marché concerné. Une entente peut également se trouver déstabilisée de l'extérieur par le pouvoir d'achat des clients.[6] Enfin, les mesures incitant les entreprises à participer à une entente relèvent du droit de la concurrence et de son application attendue.

2.1.2 Les effets potentiels des comportements collusifs

15. Du point de vue d'un client direct, les principaux effets sont au nombre de trois : d'abord, les prix plus élevés sur les ventes nettes (ce que l'on appelle surcoût ou, en termes juridiques, perte réelle ou

---

3 Ivaldi et al. (2006). De la même manière, l'interaction (répétée) sur les marchés ou dans les produits pourraient entraîner des effets de collusion. Voir Bernheim et Whinston (1990) pour une étude des jeux de contacts multi-marchés et Milgrom et Roberts (1982) pour leurs travaux précurseurs sur l'effet dissuasif à l'entrée sur les marchés qui a des interactions sur les marchés locaux.

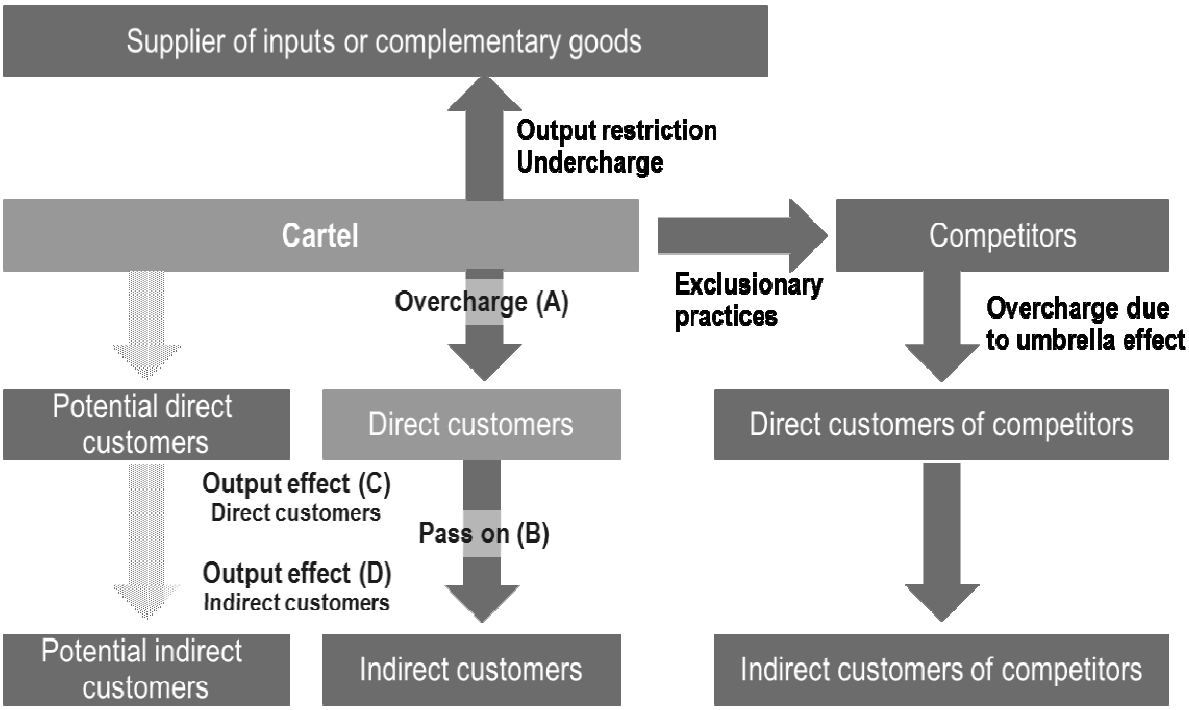
4 Un simple critère de distinction entre les hausses de prix résultant d'un comportement unilatéral et les hausses de prix résultant d'un comportement collusif consiste à vérifier si oui ou non une entreprise seule a intérêt à baisser les prix au regard des prix de ses concurrents. Dans l'affirmative, il s'agit d'un cas de comportement collusif. Il est toutefois impossible de différencier la collusion expresse (c'est-à-dire l'entente) de la collusion implicite ou tacite sur la seule base des effets économiques. Pour une vue d'ensemble des aspects économiques de la collusion, voir Motta (2004), Ivaldi *et al*. (2006) ou Davis et Garcés (2010).

5 La distinction entre la communication directe des parts de marché ou des prix, qui suffit à établir l'existence d'une entente, et la communication indirecte (par le biais du marché) est assez subtile. Motta (2004, p. 189) par exemple, estime que la communication entre entreprises qui repose sur un comportement unilatéral des entreprises ne suffit pas à constituer une infraction caractérisée. Kühn (2001) propose un examen détaillé des différentes formes de collusion et de leur classification du point de vue de la politique de la concurrence. Voir aussi Davis et Garcés (2010, p. 315).

6 Harrington et Chen (2006).

damnum emergens; marqué « A » dans la Figure 1) ; ensuite, un effet adverse de répercussion qui correspond à la fraction du surcoût qui est répercutée grâce à une hausse des prix pour les clients indirects (marqué « B » dans la Figure 1) ; et enfin l'effet de production, qui représente la marge bénéficiaire que l'acheteur direct aurait tirée des ventes supplémentaires réalisé au prix fictif (marqué « C » dans la Figure 1 et appelé manque à gagner ou lucrum cessans en termes juridiques). Ce dernier effet peut affecter à la fois les clients réels, qui ont acheté des produits pendant la durée de l'infraction mais moins toutefois que s'ils les avaient achetés à un moindre prix, et les clients potentiels qui n'ont rien acheté au prix de collusion mais qui auraient acheté des produits au prix compétitif.

Figure 1: Préjudices possibles causés par une entente



Traduction du tableau :
- fournisseurs d'intrants ou de produits complémentaires
- restriction de la production – sous-évaluation
- entente → pratiques d'exclusion→ concurrents
- surcoût (A) – surcoût dus à l'effet parapluie
- clients directs potentiels → clients directs →clients directs des concurrents
- effet de production (C) clients directs
- répercussion (B)
- effet de production (D) clients indirects
- clients indirects potentiels →clients indirects →clients indirects des concurrents

Source : Travaux de Friederiszick et Röller (2010)

16. Comme l'illustre la Figure 1, un accord de collusion peut toucher plusieurs autres parties, en plus des clients directs. Premièrement, certains clients indirects souffrent de l'effet de répercussion (B). Les clients indirects renoncent également au bénéfice d'une surconsommation au prix de collusion, sous la forme de la perte d'utilité du consommateur (marquée « D » dans la Figure 1).

17. Deuxièmement, un effet équivalent se produit pour les fournisseurs en amont.[7] En exerçant son pouvoir d'achat, une entente peut faire baisser le prix des facteurs de production en amont. En fonction des conditions particulières du marché, l'entente peut faire appliquer la réduction du prix des facteurs de production grâce à une contraction de la production, qui touche à la fois les fournisseurs actuels et potentiels.[8] Par ailleurs, les fournisseurs en amont peuvent (en partie) répercuter les conditions de vente rendues difficiles à leurs propres fournisseurs en amont.[9]

18. Enfin, les pratiques d'exclusion peuvent affecter les concurrents (potentiels) étrangers à l'entente ainsi que leurs clients (potentiels). Les concurrents opérant sur le même marché pertinent qui ne participent pas à l'entente, ou les concurrents potentiels sur les marchés de produits ou les marchés régionaux connexes voisins, pourraient subir les effets des pratiques d'exclusion. L'inverse peut aussi se produire : les concurrents étrangers à l'entente pourraient tirer profit d'une concurrence plus douce, bénéficiant ainsi de prix plus élevés grâce à l'entente (ce que l'on appelle l'effet parapluie).

2.1.3 La relation entre les atteintes à la concurrence et les préjudices personnels

19. Les effets néfastes d'un accord de collusion affectent différemment les parties. La Figure 2 donne l'exemple d'une entente en amont et indique comment sont répartis les effets néfastes entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects. Imaginons un marché (partiellement) concurrentiel sur lequel des entreprises en amont vendent aux détaillants des produits au prix de gros (W_{comp}). Pour les détaillants, le prix de gros constitue le coût des intrants. Ils transforment ensuite le produit et le revendent aux consommateurs finals. Par souci de simplicité, supposons que le détaillant ne supporte pas d'autres coûts que le prix de gros. Dans l'hypothèse de concurrence, les détaillants peuvent vendre le produit au prix de détail (r_{comp}), qui comprend une marge bénéficiaire normale (r_{comp}-w_{comp}).

20. Dans un deuxième scénario, les entreprises en amont conviennent d'augmenter le prix de leurs produits (w_{cartel}) de manière à maximiser les bénéfices. Le rectangle A représente la hausse des prix portée au crédit de l'entente en amont. Par conséquent, les coûts du détaillant augmentent, et celui-ci voudra à son tour augmenter les prix pour limiter les pertes dues à la hausse des prix (effet de répercussion). Le rectangle B montre la part du surcoût répercutée à l'acheteur indirect (c'est-à-dire le consommateur final dans notre exemple).

21. La faculté pour les détaillants de répercuter ou non une part importante du prix dépend de plusieurs facteurs. Les plus importants sont le degré de concurrence dans le secteur d'activités en aval, que

---

7 Les fournisseurs de produits complémentaires peuvent dans certains cas être considérés comme des fournisseurs d'intrants (raison pour laquelle ils sont décrits conjointement dans la Figure 1). Des différences peuvent pourtant exister. Par exemple, les fournisseurs de produits complémentaires qui ont un accès direct aux consommateurs finals pourraient être moins touchés par la collusion sur les marchés voisins (ou pourraient même en tirer des profits) lorsque les clients ne consomment pas de produits complémentaires dans une proportion fixe.

8 Le pouvoir de l'acheteur peut s'exercer de différentes manières. Sur les marchés institutionnalisés et liquides, comme une bourse de commerce, l'entente peut faire baisser les prix par simple contraction de la production : une réduction de la demande globale entraîne un excédent de production qui rendent nécessaires des réductions de prix pour équilibrer le marché. En revanche, dans une situation de négociation bilatérale, une réduction générale de la production n'est pas nécessaire pour faire baisser les prix. Dans ce cas, le fournisseur et l'acheteur négocient les prix séparément. Le pouvoir de négociation accru de l'entente provient d'une réduction (ou d'une alternative moins avantageuse) accordée aux fournisseurs lorsque les négociations avec l'entente n'aboutissent pas, voir Blair et Harrison (1993), Dobson *et al*. (1998), Inderst et Mazzarotto (2008) et l'OCDE (2008).

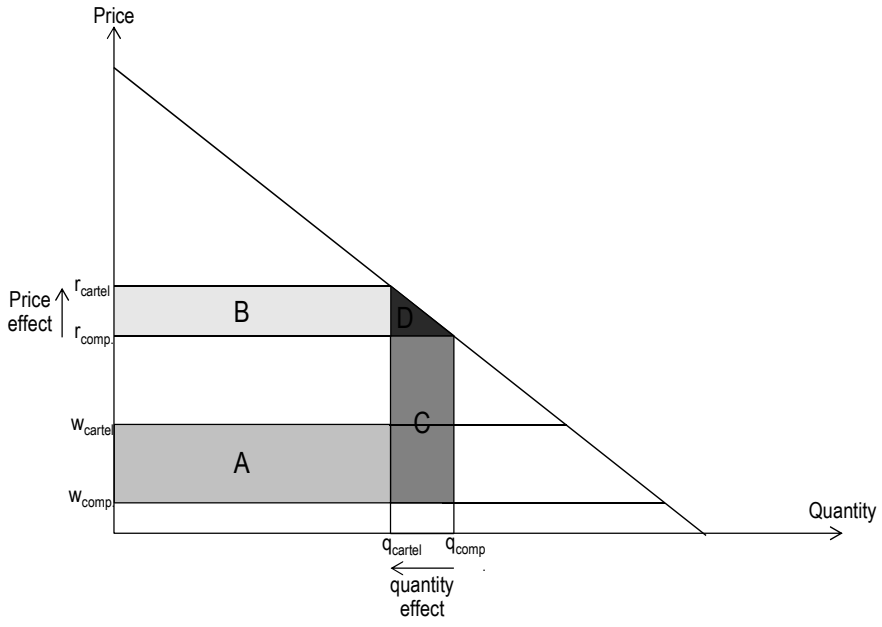
9 Pour un examen détaillé de la façon dont les préjudices causés par les ententes se propagent tout le long de la chaîne d'approvisionnement, voir Han, Schinkel, et Tuinstra (2008).

toutes les entreprises en aval soient ou non également frappées par la hausse des prix due à la constitution d'ententes, et l'élasticité de la demande du consommateur final. La répercussion d'un secteur plus compétitif – dans un cadre normatif – sera plus grande que celle d'un secteur non compétitif. Dans un secteur parfaitement concurrentiel, le prix du marché est égal au coût marginal ; aussi, toute modification du coût marginal sera répercutée à 1:1. Une entente, cependant, ne répercutera qu'une fraction de la hausse des prix et l'absorbera en partie. Cet effet de répercussion s'infléchit toutefois en cas de concurrence extérieure, c'est-à-dire si certains détaillants (par exemple des importateurs étrangers) ne sont pas affectés par la brusque augmentation des coûts. Dans ce cadre, la concurrence extérieure – dans un secteur parfaitement concurrentiel – ne permettra pas la répercussion du surcoût sur les consommateurs finals. Enfin, lorsque les consommateurs sont plus sensibles aux prix, la répercussion est moindre, toutes choses étant par ailleurs égales.

22. L'augmentation des prix pour le consommateur final entraîne une réduction de la demande (effet quantité).[10] L'effet quantité découle de la présomption selon laquelle tous les clients n'accordent pas la même valeur au produit. Les clients qui accordent au produit une valeur plus élevée que celle exprimée dans le prix compétitif mais inférieure à celle qui ressort du prix de collusion s'abstiendront de l'acheter si le prix du produit atteint le niveau du prix de collusion. Cet effet de production est autant préjudiciable aux détaillants qu'aux consommateurs finals. Les détaillants perdent les bénéfices supplémentaires qu'ils auraient tirés de la vente d'une quantité supplémentaire. Le rectangle C illustre l'effet de production ressenti par l'acheteur direct (perte de ventes), c'est-à-dire les bénéfices supplémentaires qu'il aurait réalisés s'il avait pu acheter le facteur de production au niveau du prix de gros compétitif (w_{comp}). Le triangle D symbolise l'effet de production du consommateur final (perte d'utilité). Il représente le bien-être supplémentaire du consommateur final obtenu en l'absence d'accord de collusion en amont et sans répercussion ultérieure au consommateur final. Il illustre la valeur de l'utilité supplémentaire qu'il aurait obtenu au niveau de consommation supérieur.

[10] Il convient de noter que nous n'opérons aucune distinction entre la quantité à laquelle les détaillants réels ou potentiels ont renoncé et la quantité à laquelle le consommateur final a renoncé. Du point de vue économique, les effets sont les mêmes pour les deux groupes. Une différence pourrait résider dans la charge de la preuve, dans la mesure où il est souvent plus facile d'établir qu'on a acheté une plus grande quantité à un moindre prix que d'établir qu'on a lancé un nouvelle chaîne d'approvisionnement à moindre prix.

Figure 2: Préjudices en cas de double niveau d'acheteurs en aval



Traduction de la Figure 2
Prix →effet prix
Effet quantité ← quantité

Source : Travaux de van Dijk et Verboven (2010)

23. Le Tableau 1 nous permet de calculer les effets néfastes pour les deux groupes d'acheteurs (directs et indirects) et indique le total des atteintes à la concurrence du point de vue du bien-être des consommateurs (total des atteintes au consommateur) et du bien-être total (total des atteintes au bien-être). Nous examinerons brièvement les différents sous-groupes en mettant l'accent sur les différents objectifs d'une évaluation menée par une autorité de la concurrence ou un tribunal.

Tableau 1: Effets néfastes d'une entente sur différentes parties

	Surcoût	Répercussion	Perte de ventes	Perte d'utilité
Acheteur direct	A	-B	C	
Acheteur indirect / consommateur final		B		D
Total des atteintes au consommateur	A		C	D
Total des atteintes au bien-être			C	D

Source : Travaux de van Dijk et Verboven (2010)

24. Dans une action privée en dommages et intérêts intentée par un particulier, priorité est généralement donnée au préjudice subi par l'acheteur direct. Son préjudice est la somme du surcoût A moins l'effet de répercussion B plus l'effet de production C (perte de ventes). À l'inverse, le préjudice de

l'acheteur indirect (dans notre exemple le consommateur final) est la somme de l'effet de répercussion B plus l'effet de production D (perte d'utilité).

25. Du point de vue de la politique de la concurrence, ni le total des atteintes au consommateur ni le total des atteintes au bien-être ne sont déterminants (selon les normes de bien-être appliquées – dans la plupart des systèmes juridiques, il s'agit de normes en matière de bien-être des consommateurs). Le total des atteintes au consommateur est la somme de l'effet du surcoût A et de deux éléments de l'effet de production C (perte de ventes de l'acheteur direct) et D (perte d'utilité du consommateur final).

26. Une telle évaluation estompe l'effet de répercussion, mettant en évidence que l'objectif de l'évaluation des effets dans une procédure administrative n'est pas le même que dans une action en dommages et intérêts (à savoir qu'il n'y a pas d'évaluation de l'effet de répercussion). L'effet de répercussion souligne en outre les similitudes des deux différents axes d'une évaluation menée dans le cadre d'une norme relative au bien-être des consommateurs, à savoir l'effet du surcoût A et les effets de production.

27. Chose intéressante, dans le cadre d'une norme de bien-être total, seuls les effets de production devraient rester le point central de l'évaluation d'une autorité de la concurrence.

2.2 Les comportements d'éviction

2.2.1 Le concept économique de pratique d'éviction

28. Le comportement d'éviction peut prendre diverses formes, allant des pratiques liées aux prix, comme le prix d'éviction, les remises conditionnelles et les stratégies de ciseau tarifaire, aux pratiques non liées aux prix, comme les ventes liées, le refus de vente ou la vente exclusive. Les pratiques d'exclusion peuvent viser les concurrents horizontaux directs (comme dans le cadre des stratégies d'éviction ou des remises conditionnelles) ou concerner plus particulièrement les entreprises opérant en aval ou en amont. Les deux pratiques verticales les plus communes sont le verrouillage de la clientèle et le verrouillage du marché des intrants.

29. Les stratégies d'exclusion ont toutes pour but d'affaiblir les entreprises rivales. Généralement, une entreprise renonce à ses bénéfices à court terme pour forcer ses concurrents à sortir du marché ou pour limiter leur pouvoir compétitif (c'est-à-dire pour les marginaliser). En raison des barrières appliquées à l'entrée ou à la ré-entrée, le concurrent évincé peut ne pas ré-entrer, permettant ainsi à l'entreprise en place de couvrir ses pertes à long terme.

30. Prenons un exemple de stratégie d'éviction. Dans la forme agressive de l'éviction, le prédateur réduit son prix en deçà du coût évitable moyen. Dans sa variante moins agressive, l'entreprise en place réduit les prix en deçà du coût total moyen mais les maintient au-dessus des coûts variables moyens. Dans un secteur de production homogène, cela oblige les concurrents à suivre les variations de prix. En fonction des particularités du secteur d'activités, la proie peut être davantage tributaire de finances extérieures (limitées), l'obligeant à quitter le marché ou à accepter de n'être présent que sur une niche de marché. Les stratégies de prédation peuvent également permettre à l'entreprise en place de faire barrage à l'entrée sur des marchés voisins en faisant courir le bruit d'un effet dissuasif à l'entrée. Les stratégies d'éviction profitent particulièrement aux entreprises en place si les politiques de bas prix peuvent cibler des régions ou des segments de clientèle spécifiques, limitant de cette façon tout impact préjudiciable sur les bénéfices de l'entreprise en place.

31. Un aspect complexe de ce type de comportement tient à ce qu'il se manifeste souvent en même temps que des gains d'efficience (ou se cachent derrière). Les stratégies de bas prix sont courantes en matière de promotion de nouveaux produits, en particulier dans les secteurs d'activités connaissant de

puissants effets de réseau ; les stratégies de ventes liées ou regroupées sont souvent mises en œuvre en réponse aux préférences des consommateurs pour un environnement du produit unifié.

2.2.2 Les effets potentiels des comportements d'éviction

32. La détermination des effets néfastes d'un comportement d'éviction est – par rapport aux pratiques d'exploitation examinées précédemment –compliquée par quatre différences principales :

33. Premièrement, le groupe des parties affectées, les effets potentiels, et leurs répercussions sur le bien-être sont beaucoup plus diversifiés et diffèrent selon les cas : les concurrents sont, en plus des consommateurs, directement affectés ; les effets potentiels varient en fonction de la stratégie d'exclusion choisie ; et des effets positifs sur le bien-être, c'est-à-dire des gains d'efficience, sont possibles. Globalement, cela donne lieu à une approche empirique d'évaluation des préjudices davantage basée sur le cas par cas.[11]

34. Deuxièmement, la structure du marché, dont on considère souvent dans une entente qu'elle n'est pas affectée par le comportement, est par définition affectée par les pratiques d'exclusion. Elle constitue pour la méthode empirique un défi supplémentaire à relever.

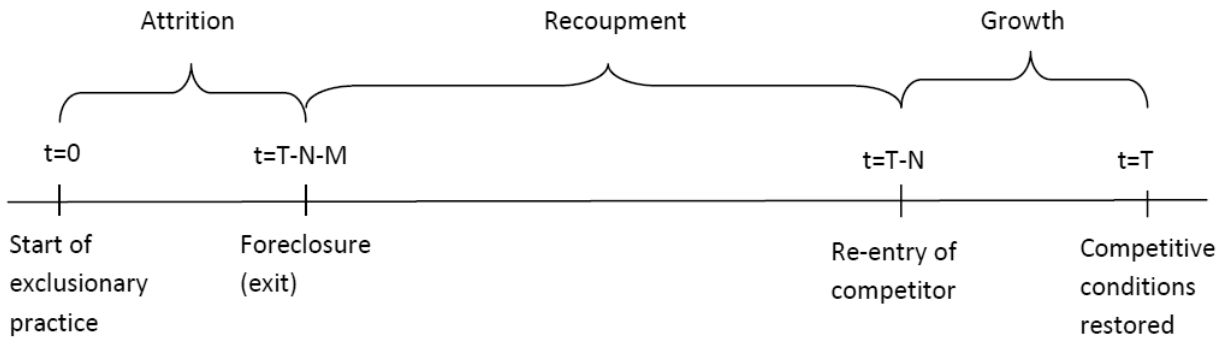
35. Troisièmement, les effets sur les clients peuvent varier au cours des différentes étapes du comportement (et/ou au sein des différents groupes de clients). Par exemple, dans le cas de l'éviction, les prix sont tout d'abord bas puis augmentent pendant la phase de récupération des coûts.

36. Quatrièmement, les effets des comportements anticoncurrentiels peuvent ne pas se limiter au marché ou à la région où les effets sur les prix se font sentir. Les stratégies d'exclusion peuvent être utilisées pour tenter de décourager l'entrée sur les marchés voisins ou elles peuvent être mises en œuvre par une entreprise en place pour répandre le bruit d'une réaction agressive à l'entrée. Par exemple, une stratégie d'éviction sur un marché local de transport par autobus peut empêcher l'entrée sur ce sous-marché particulier mais elle pourrait aussi empêcher l'entrée sur le marché national.

37. La Figure 3 décrit les phases habituelles du comportement d'éviction. Dans un premier temps, l'entreprise dotée d'une puissance commerciale met en œuvre sa stratégie d'exclusion, en obligeant un concurrent à quitter le marché ou en empêchant l'entrée d'un concurrent potentiel. Dans la phase de récupération des coûts, les prix augmentent, ce qui permet à l'entreprise en place de recouvrer les pertes éventuellement subies pendant la phase d'érosion. Enfin – et potentiellement en réponse à l'intervention de l'autorité de la concurrence – une ré-entrée sur le marché est possible, laquelle implique souvent des coûts d'entrée et une phase de reprise progressive.

[11] Voir, par exemple, les lignes directrices de la CE et le document de réflexion sur l'article 82 (CE 2005 et 2009).

Figure 3: Phases du comportement d'éviction



Traduction de la Figure 3
érosion→ récupération des coûts → croissance
début des pratiques d'exclusion → verrouillage (sortie) →ré-entrée du concurrent → conditions de concurrence rétablies
Source : Fumagalli/ Padilla/ Polo 2010

38. Le Tableau 2 résume les principaux effets théoriques au cours des différentes phases, pour le concurrent exclu ou marginalisé et pour le consommateur final. Si la stratégie d'exclusion est appliquée dans un secteur en amont, les effets de répercussion peuvent être significatifs, comme nous l'avons examiné précédemment pour les pratiques d'exploitation.

39. S'il est vrai que l'hypothèse d'une augmentation des prix pendant la phase de récupération des coûts peut être tenue pour sûre (après verrouillage et par rapport à un prix compétitif), les effets pendant la phase d'érosion – et à terme également pendant la phase de croissance – dépendent fortement des caractéristiques du secteur et de la stratégie anticoncurrentielle adoptée.

40. Dans les cas de prix d'éviction, par exemple, les prix seront fixés en deçà des coûts du prédateur et de son concurrent (et dans sa forme la plus radicale, en deçà du coût évitable moyen d'un concurrent aussi efficace) jusqu'à ce que le concurrent quitte le marché. L'application de ces stratégies se traduira souvent par des gains de bien-être social à court terme pour tous les clients affectés au cours de cette période. Les effets secondaires positifs d'une stratégie d'éviction peuvent cependant ne concerner que quelques clients ou être atténués par l'impact préjudiciable des marchés voisins. Par exemple, dans les industries soumises à d'importants coûts de transport, les stratégies de verrouillage peuvent se limiter à une région spécifique. Les effets positifs pourrait aussi être limités du fait de certains effets liés au principe de vases communicants, c'est-à-dire que des stratégies d'éviction visant des entreprises étrangères peuvent faire l'objet d'un financement croisé par le biais de la collusion sur le marché national.

41. De plus, certaines stratégies peuvent avoir peu ou pas d'effets positifs sur les prix. Des effets de ciseaux tarifaires peuvent naître par exemple d'une augmentation anticoncurrentielle du prix de gros (et non, comme dans une stratégie d'éviction, d'une réduction anticoncurrentielle du prix au consommateur final), rendant ainsi impossible en pratique de dégager une marge normale au détail sans baisser les prix au consommateur final. De la même manière, les systèmes de remises conditionnelles peuvent effectivement maintenir les petits concurrents hors du marché grâce à ce que l'on appelle l'effet d'aspiration, sans réduire considérablement le prix moyen du marché. Dès lors, l'effet des stratégies d'exclusion pendant la phase d'érosion sur le bien-être des consommateurs est incertain.

42. Le tableau suivant offre une synthèse des effets éventuels des comportements d'éviction (en tenant pour acquis la fermeture effective du marché aux concurrents potentiels).

Tableau 2: Les effets néfastes d'un comportement d'éviction effectif

	Érosion	Récupération des coûts	Croissance	Effet global
Concurrent exclu	Bénéfices d'exploitation limités et/ou pertes réelles ; coûts inhérents à la cessation d'activité	Bénéfices d'exploitation réduits	Bénéfices limités et coûts d'entrée sur le marché	Lésé
Consommateur final	Gains potentiels incertains en raison des réductions de prix	Pertes dues à une hausse des prix (effets de production et effets sur les prix)	Gains ou pertes en fonction de la stratégie d'entrée adoptée	Lésé (en l'absence de gains d'efficience significatifs)
Total des atteintes au consommateur	Négatif	Positif (en l'absence de gains d'efficience significatifs)	Dépend de la stratégie d'entrée et des gains d'efficience	Lésé (en l'absence de gains d'efficience significatifs)
Total des atteintes au bien-être	Incertain	Positif (en l'absence de gains d'efficience significatifs)	Incertain	Lésé (en l'absence de gains d'efficience significatifs)

3. Méthodes empiriques de quantification

43. La quantification des atteintes à la concurrence constitue généralement un exercice rétrospectif, qui utilise des techniques économétriques pointues.

44. Comme nous l'avons indiqué dans les sections consacrées à la théorie, il convient d'évaluer les principaux effets suivants : 1) le prix concurrentiel de référence pendant la période d'infraction (et éventuellement quelques effets cumulatifs après la fin de l'infraction) de manière à évaluer le surcoût ; 2) le degré de répercussion des coûts ; 3) la réaction de la demande aux modifications de prix pour mesurer l'effet quantité (élasticité prix de la demande du secteur).

45. Dans les cas d'effets d'exclusion – en particulier lorsqu'ils ont une dimension verticale – outre les effets mentionnés ci-dessus, il peut s'avérer nécessaire de mesurer/insister davantage sur : 1) les variations de prix au cours des différentes phases de l'infraction, dans la mesure où l'infraction affecte différemment la situation du marché au fil du temps (par exemple, les prix d'éviction ont pour effet de baisser les prix en-deçà des prix compétitifs pendant la phase d'érosion et de les élever à un niveau supérieur pendant la phase de récupération des coûts. Il n'est pas satisfaisant d'appliquer un modèle qui mesure un effet prix moyen sur les deux périodes, ce qui revient à faire la moyenne des deux effets. De plus, le nombre de concurrents affectés variera fortement au cours des différentes phases, rendant nécessaire d'adopter des mesures tarifaires rigoureuses dans la durée) ; 2) les pertes de ventes d'un concurrent affecté (élasticité prix entre entreprises) ; 3) les mesures relatives aux bénéfices directs, l'évaluation des coûts (à la fois pour mesurer les coûts de sortie et de ré-entrée et les gains d'efficience).

46. Une fois calculés, les effets liés à chaque période doivent être déduits pour obtenir une valeur numéraire des préjudices subis sur une longue période. La prise en compte ou non des taux d'intérêt (quelle que soit la période concernée) dépend fortement du cadre juridique et de l'objectif de la quantification. Certains États (comme les États-Unis) ne tiennent pas compte des taux d'intérêt (ou alors uniquement à partir du moment où une action en justice est intentée et non à compter de l'infraction) ; certains autres appliquent des taux d'intérêt simples, d'autres encore des taux d'intérêt composés. Certains

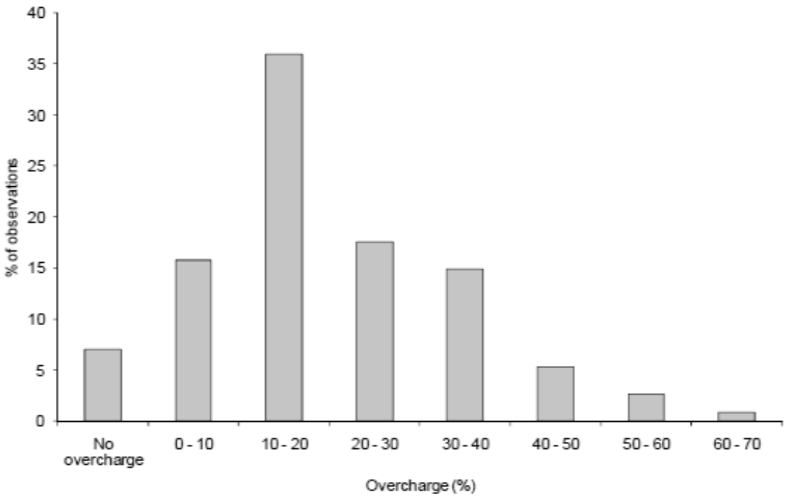
disposent d'outils simplifiés pour calculer le facteur d'escompte approprié, par exemple le taux d'intérêt interbancaire EURIBOR et quelques majorations fixes. Du point de vue de la rentabilité et de la compensation, un taux d'intérêt composé, basé sur le coût d'opportunité du capital de la victime et appliqué aux préjudices subis pendant la période de survenance, semble être le plus approprié.

47. Il existe de nombreuses approches empiriques pour quantifier les dommages et intérêts dus à une entente.[12] Nous examinerons ci-dessous différentes méthodes, en mettant l'accent sur les effets d'une entente sur les prix.

3.1 Présomptions simples

48. Certaines présomptions simples relatives aux effets-prix moyens d'une infraction particulière sur le chiffre des recettes des parties affectées peuvent servir de base au calcul des atteintes à la concurrence. Par exemple, dans le cas des ententes, l'accroissement du nombre d'estimations de surcoût permet de calculer un surcoût moyen. La Figure 4 fait apparaître le surcoût moyen (par rapport au prix compétitif) tel qu'il a été calculé par Connor et Lande en 2008, et réévalué par Oxera et Komninos en 2009, sur la base de 114 estimations de surcoût individuelles.

Figure 4 : Historique de l'estimation des surcoûts



Traduction de la Figure 4
% d'observations
Pas de surcoût
Surcoût (%)

Source : Travaux de Connor et Lande (2008), tel que mentionnés dans Oxera et Komninos (2009)

49. Il ressort de la Figure 4 que pour la plupart des ententes (constatées), un surcoût de 10 % à 20 % a été calculé et que les ententes ayant entraîné un surcoût de 40 % ou plus représentent moins de 10 %. La segmentation entre les ententes internationales et nationales révèle que les surcoûts sont plus élevés pour les ententes internationales que pour les ententes nationales.

[12] Une vue d'ensemble des différentes méthodes peut être consultée dans les travaux de Ashurst (2004), van Dijk et Verboven (2007) et plus récemment dans les articles de Oxera et Komninos (2009) et Davis *et al*. (2010, pp. 351 ss). Voir aussi Baker et Rubinfeld (1999) pour un examen du contexte juridique américain.

50. Ce genre d'estimations du surcoût moyen pourrait justifier l'existence de présomptions juridiques simples. En effet, les lignes directrices de la Commission européenne appliquent une présomption de 30 % aux ententes (conjuguée à diverses circonstances aggravantes et atténuantes ultérieures) et la loi hongroise une présomption de 10 %.

51. Cette approche comporte cependant de sérieuses insuffisances : la forte fluctuation des surcoûts donne à croire que d'importants facteurs liés aux industries, aux pays et aux ententes influencent le niveau des surcoûts, rendant imprécise toute approche fondée sur une moyenne. Il n'existe à ce jour aucune base de données adaptée permettant à un marché cible d'être comparé à des ententes équivalentes antérieures.

52. Les amendes négociées bilatéralement offrent une alternative intéressante à la présomption systématique des surcoûts. Sur certains marchés où les prix sont fixés selon des procédures d'offre normalisées et formelles, que l'on nomme en termes économiques des marchés d'enchères, les parties se mettent d'accord dans les documents d'adjudication (ou dans le contrat définitif en cas de succès) sur, par exemple, une présomption de surcoût de 15 % en cas de comportement avéré d'entente. Avec une telle approche, la présomption peut être spécifique à chaque situation et à chaque secteur. Une telle pratique demande pourtant de disposer de suffisamment de pouvoir d'achat ex ante (du fait qu'une entente effective pourrait résister à toute tentative d'instaurer des amendes contractuelles).

53. Par ailleurs, les présomptions simples sont utiles pour vérifier les résultats des estimations sur la base de méthodes plus complexes ou pour réaliser une première analyse des risques et des opportunités pour le compte du demandeur ou du défendeur.

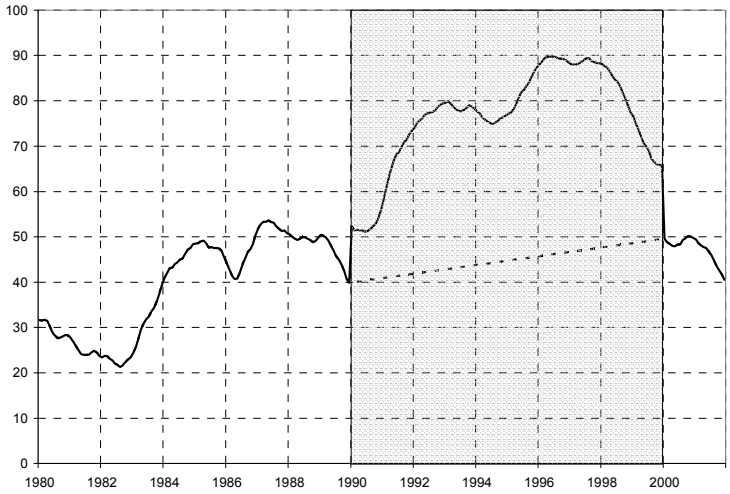
3.2. Les approches avant, pendant et après

54. Les approches avant, pendant et après comparent les prix appliqués pendant la période présumée de non-concurrence avec les prix appliqués avant et/ou après. Les approches avant, pendant et après peuvent consister en une simple comparaison des prix moyens entre les différentes périodes ou en tests économétriques plus élaborés, de manière à tenir compte de l'évolution des conditions prévalant sur les autres marchés.

55. La méthode linéaire part du principe qu'en l'absence de comportement anticoncurrentiel, les prix auraient augmenté ou baissé à un taux constant (Figure 5 : la zone en gris représente la période du comportement). Une ligne est tracée du prix applicable avant la période de non-concurrence au prix applicable après, de manière à évaluer le prix concurrentiel de référence. On considère que la différence entre le prix réel et le prix concurrentiel de référence estimé s'explique par l'effet-prix résultant du comportement anticoncurrentiel. Cette méthode exige de connaître les prix applicables avant et après l'apparition du comportement.

56. Malheureusement, on ne dispose pas souvent de données relatives aux prix antérieurs au comportement. Cela est particulièrement le cas en Europe, où de nombreux marchés n'ont été libéralisés que récemment. Une autre approche encore plus simpliste peut alors être appliquée, consistant à retenir que les prix ont été constants et que le prix applicable au cours de la période de non-concurrence est égal au prix applicable après le comportement.

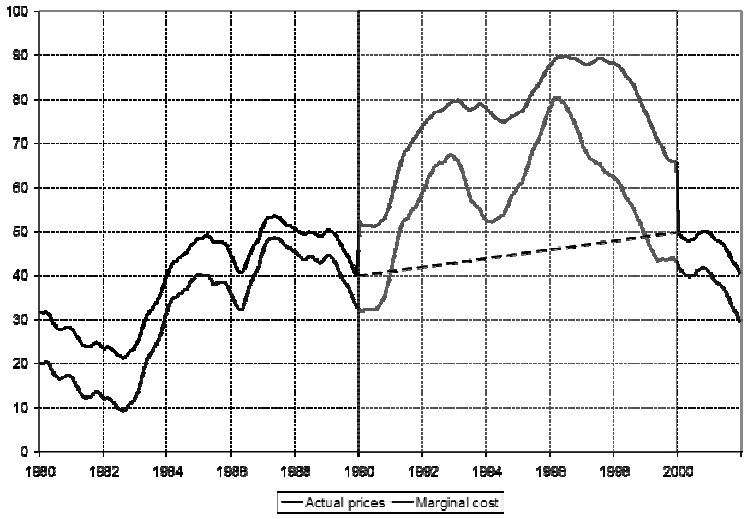
Figure 5 : Approche linéaire



57. Le grand défaut de ces approches simples est qu'elles ne tiennent pas compte des modifications de prix dues à d'autres facteurs extérieurs (par exemple la hausse de la demande ou des coûts, ou les changements structurels de l'environnement concurrentiel, comme une plus grande pénétration des importations). En conséquence, si par exemple les coûts ont augmenté de manière significative pendant la période de non-concurrence, entraînant par là même une hausse des prix, l'effet-prix de l'entente sera surestimé. De la même manière, l'effet de l'entente pourrait être sous-estimé si les coûts étaient plus élevés en dehors de la période d'entente.

58. La Figure 6 illustre une série temporelle hypothétique de coûts marginaux (ligne bleue) et une ligne de prix (ligne noire). Une approche linéaire simple aurait donné un prix fictif de 40 à 50 points d'indice. Par rapport au prix moyen de l'entente qui atteint près de 80 points d'indice, cela représenterait un surcoût considérable d'environ 60 % à 100 %. Or, la ligne des coûts marginaux met en évidence une augmentation marquée des coûts au cours de la période d'entente, qui aurait également fait grimper les prix pendant cette même période. Comme l'approche linéaire n'en tient pas compte, elle aboutit dans cet exemple à une surestimation extrême de l'effet-prix de l'infraction.

Figure 6 : Méthode linéaire – surestimation de l'effet-prix



Traduction : prix réels – coûts marginaux

59. Pour remédier à ce problème, les méthodes statistiques et économétriques tiennent compte des multiples changements de ces facteurs, et permettent ainsi de calculer une estimation du surcoût plus juste (c'est ce que l'on appelle l'analyse de régression multivariée). Une telle analyse exige un savoir-faire d'expert et ne peut généralement être menée que par des unités spécialisées au sein des autorités de la concurrence (comme l'équipe de l'économiste en chef de l'UE) ou par des experts extérieurs.

60. Bien que l'éventail des approches alternatives soit large (en fonction des spécificités de chaque cas et de la disponibilité des données), deux méthodes sont surtout employées : l'approche de la variable indicateur et l'approche prévisionnelle.

61. L'approche de la variable indicateur introduit une variable indicateur pour la période de non-concurrence. En fonction de la spécification du modèle, l'estimateur de l'indicateur rend compte de la hausse absolue ou relative des prix due au comportement anticoncurrentiel.[13] L'échantillon d'estimation comprend à la fois une période non affectée par l'entente et la période affectée, ce qui suppose dès lors que la relation entre les facteurs coût/demande et les prix soit la même pendant les périodes de comportements anticoncurrentiels et de concurrence effective. Ce modèle a principalement pour avantage d'être relativement simple d'application (et donc d'être plus facilement vérifiable) et d'être peu exigent en matière de données. En particulier, dans les cas pour lesquels les données qui ne concernent pas la période d'infraction sont limitées, l'approche de la variable indicateur est préférable à l'approche prévisionnelle. L'introduction de différentes variables indicateurs pour chaque phase de l'infraction permet de calculer différents effets-prix pour les différentes périodes de l'infraction (comme cela est requis pour les comportements d'éviction).

62. L'approche prévisionnelle utilise les estimations tirées de l'analyse de régression pour les seules périodes exemptes de tout comportement anticoncurrentiel. Les relations coût estimé-prix et demande-prix

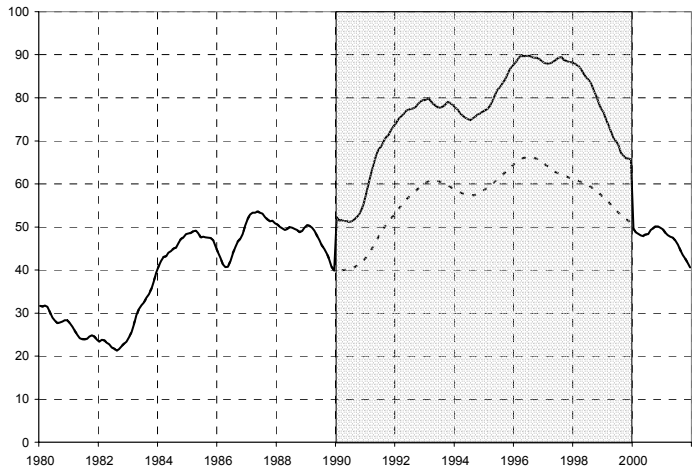
[13] On ne sait pas très bien si la mesure exacte de l'effet de l'entente est le coefficient d'estimation de la variable indicateur ou la différence entre le prix réel et le prix prévu dans le cadre de la présomption d'absence d'infraction (c'est-à-dire en fixant la variable indicateur à zéro). Dans ce dernier cas, le surcoût varie dans une certaine mesure au cours de la période d'infraction, donnant à l'infraction des effets que le modèle ne peut pas expliquer. Dans la plupart des cas, les différences devraient pourtant être limitées.

sont appliquées aux données relatives au coût et à la demande pendant la période d'infraction, ce qui permet d'établir une prévision du prix concurrentiel de référence pendant la période d'infraction. Cela a ainsi pour effet de faire varier les estimations du surcoût avec le temps (Figure 7).

63. Comparé au modèle d'indicateur, le modèle prévisionnel forme moins de conjectures sur les données – il suppose seulement que la relation entre les facteurs coût/demande et les prix *aurait été* la même pendant toute la période test s'il n'y avait pas eu d'entente mais n'exclut pas que la relation coût/demande/prix soit différente dans un environnement concurrentiel par rapport à un environnement de collusion. En conséquence, l'approche prévisionnelle est préférable au modèle d'indicateur dans un environnement où les données qui ne concernent pas la période d'infraction sont nombreuses et lorsque certains indices donnent à penser que l'infraction a affecté la relation coût/demande/prix.

64. L'approche de la variable-indicateur et l'approche prévisionnelle peuvent être appliquées, pour les deux modèles, dans ce qu'il est convenu d'appeler un cadre dynamique. Les modifications de prix de la période t-1 influencent ici les prix de la période t, ce qui permet une certaine forme de rigidité des prix. Cette approche dynamique, si elle peut être évaluée de manière sûre, pourrait permettre d'améliorer les prévisions. En effet, dans cette approche, les indicateurs sont sélectionnés « sur la base de leur capacité à améliorer l'exactitude de la prévision du modèle économétrique pendant la période de référence » (White *et al*. 2006), c'est-à-dire que le choix des variables retenues est déterminé avant tout par leurs qualités statistiques. Dans un environnement où les données sont de faible qualité, cela peut ne pas s'avérer matériellement possible, et un autre inconvénient tient au fait que l'influence et la plausibilité économique des facteurs coût/demande ne sont pas faciles à évaluer.

Figure 7 : Approche prévisionnelle



65. La principale difficulté pour les approches avant et après est d'établir la période exacte de l'entente. Les décisions rendues dans le cadre des procédures administratives laissent souvent à discrétion le point de départ du comportement collusif. Dans un environnement où les données sont abondantes, on peut envisager d'exclure de l'estimation les périodes incertaines et « laisser les données déterminer » s'il y a ou non un réel surcoût pendant cette période. Il s'agit alors essentiellement de savoir si juridiquement les surcoûts de ces périodes peuvent être pris en compte ou non.

66. Dans la plupart des cas, la période post entente/infraction est identifiée plus clairement par la date des inspections de l'autorité de la concurrence ou de la demande de clémence. Cependant, des problèmes peuvent également se poser si l'entente a des effets durables qui se font sentir pendant la période postérieure à l'entente. Les raisons peuvent tenir à l'existence de contrats à long terme ou d'une situation

de guerre des prix après le démantèlement d'une entente qui perdure jusqu'à ce que le secteur retrouve un équilibre concurrentiel sur le long terme. Une autre inquiétude – surtout plausible dans le contexte américain où les préjudices personnels sont beaucoup plus significatifs que les amendes administratives et sont depuis longtemps fondés sur des approches empiriques – réside dans le fait que les participants à l'entente peuvent maintenir les prix au-dessus du niveau concurrentiel de manière stratégique dans le but d'éviter des demandes d'indemnisation plus élevées.[14]

3.3 Comparaison des prix par région ou par produit

67. Une approche alternative à l'analyse des prix avant, pendant et après repose sur la comparaison des régions ou des produits (ce que l'on appelle parfois les approches comparatives). Le prix pratiqué dans la région affectée par le comportement anticoncurrentiel est ici comparé aux prix appliqués dans d'autres régions géographiques ou sur d'autres marchés de produits qui ne sont pas touchés par ce comportement. Tout comme pour l'approche avant, pendant et après, les applications empiriques peuvent couvrir tout un éventail allant de simples comparaisons de prix moyens à des estimations économétriques complexes, comparables aux méthodes empiriques décrites ci-dessus.

68. La principale difficulté pour ces comparaisons sur plusieurs régions et/ou produits est de trouver un bon critère de comparaison. Pour être bon, un critère de comparaison doit être affecté par les modifications de la demande, les coûts ou la structure du marché dans la même mesure que le marché affecté, à l'exception du comportement évalué. En effet, les facteurs structurels varient selon les marchés (par exemple le nombre d'entreprises ou de réglementations) ou les produits, et ils doivent être « pris en compte » pour que la comparaison soit valable. Toutefois, si les paramètres structurels d'une région déterminée ou d'un produit particulier sont parfaitement comparables, cela signifie que cette région est également encline à la collusion (et qu'elle offre dès lors un critère de comparaison de la concurrence invalide). Dans le même ordre d'idées, il se peut que l'entente ait des effets sur des marchés connexes, comme l'effet parapluie, si les marchés voisins sont utilisés comme critères de comparaison. Par conséquent, les estimateurs des effets prix peuvent être biaisés.

69. Il convient de noter que les méthodes avant et après et les comparaisons par région et par produit peuvent être envisagées dans un cadre empirique unifié. Par exemple, il est possible d'obtenir des données pertinentes relatives à plusieurs régions (certaines affectées par le comportement anticoncurrentiel et d'autres pas) sur une longue période (supérieure à la durée du comportement anticoncurrentiel). Dans ce cas, ces données peuvent être étudiées dans le cadre d'une seule approche empirique, appelée méthode de la double différence (« *difference-in-difference* ») ou, si des méthodes statistiques plus élaborées sont appliquées, dans le cadre d'une analyse sur données de panel. L'avantage de cette approche tient à ce que si un marché de comparaison approprié existe, c'est-à-dire un marché affecté par les mêmes facteurs de coût et de demande mais qui ne connait pas de collusion, l'approche de la double différence offre une méthode facilement applicable et sûre. Si le marché de comparaison présente quelques différences, les méthodes statistiques permettent « de rendre les marchés comparables ». La supériorité de cette méthode, par rapport aux approches avant et après plus simples, réside ici dans l'utilisation de l'ensemble des données disponibles – ce qui nécessite toutefois davantage de données et repose sur l'hypothèse que la relation prix/coût/demande sur les marchés de comparaison est la même que sur le marché affecté. Voir, par exemple, Simpson et Taylor (2008) pour l'application d'une méthode de la double différence à une fusion sur le marché américain de l'essence.

[14] Harrington (2004).

3.4 Approche fondée sur les coûts, approche axée sur les bénéfices ou approche de simulation

70. Une approche fondée sur les coûts construit la « base » du prix concurrentiel de référence en évaluant les coûts pertinents attachés au produit affecté et en y ajoutant une marge bénéficiaire raisonnable (qui se présenterait dans les conditions normales du marché). Une des difficultés majeures de cette approche est de trouver des estimations sûres des coûts, sachant que les coûts comptables ne reflètent généralement pas les coûts économiques. Par ailleurs, l'affectation de coûts fixes aux diverses catégories de produits offerts par une entreprise a des conséquences dans la plupart des cas. Enfin, les autorités de la concurrence, les tribunaux et les clients connaissent souvent mal ces indicateurs de coût ou simplement n'ont pas accès à des indicateurs aussi sûrs.

71. L'évaluation de ce qu'est une marge bénéficiaire raisonnable constitue une difficulté supplémentaire, en ce qu'elle requiert une bonne compréhension des conditions de concurrence en l'absence d'entente et peut nécessiter l'évaluation pratique des marges spécifiques par entreprise ou par produit. La structure de certains secteurs d'activités peut permettre des marges réelles supérieures à la marge raisonnable même en situation de concurrence (par exemple si le nombre d'entreprises est faible, si les barrières à l'entrée sont élevées, ou en cas de différenciation des produits et de contraintes de capacité). Les marges supérieures à la marge raisonnable peuvent aussi être un effet des forces qui animent le marché. Les entreprises qui investissent dans l'innovation doivent avoir pour optique d'amortir leurs investissements en pratiquant des prix plus élevés.[15] Ces caractéristiques structurelles particulières sont dans une certaine mesure prises en compte dans les modèles de simulation.

72. L'approche de simulation (modélisation théorique) est étroitement liée aux approches fondées sur les coûts, du fait qu'elle requiert souvent quelques données relatives aux coûts. Cela étant, cette méthode utilise un modèle explicite de concurrence, qui sert à « simuler » les marges bénéficiaires. Outre les données sur les coûts, ces simulations exigent donc des données sur la structure du marché (comme les indices HHI) et sur la demande (par exemple sur les élasticités de la demande).

73. Des décisions importantes doivent être prises, qui peuvent influencer les résultats de manière significative : en fonction du type de rivalité, un modèle théorique spécifique à un secteur devra être adopté (voire même spécialement adapté). Les entreprises sont-elles en concurrence sur les prix ou sur les quantités ? Les contraintes de capacité comptent-elles ? Les prix sont-ils négociés dans un cadre bilatéral ? etc. Une autre hypothèse cruciale tient au choix du système particulier de la demande et de la fonction du coût. Cela implique, par exemple, de déterminer si les prix sont susceptibles d'augmenter proportionnellement ou non à l'augmentation de la demande ou des coûts.

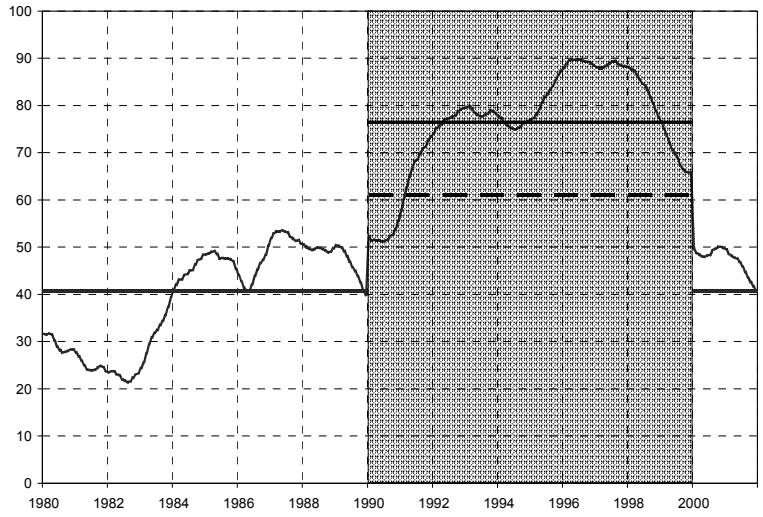
74. Une fois que l'environnement est choisi, les paramètres du modèle doivent être fixés en fonction des données du secteur (c'est ce que l'on appelle « l'étalonnage »). Les valeurs paramétriques peuvent provenir d'études antérieures concernant ce secteur ou un secteur comparable. Des paramètres essentiels peuvent aussi être fixés en fonction d'estimations propres concernant ce secteur particulier ou en fonction d'informations collectées sur les marchés. Quoi qu'il en soit, il convient qu'une analyse de sensibilité corrobore l'homogénéité des résultats par rapport à l'éventail possible des paramètres essentiels du modèle.

75. Une fois que les paramètres sont fixés, l'approche de simulation permet de calculer un prix théorique au niveau concurrentiel et dans le cadre d'une collusion (voir la Figure 8). La comparaison du prix de collusion simulé avec le prix réel pendant la période d'infraction permet de vérifier le caractère plausible du modèle (et/ou l'efficacité de l'entente).

---

[15] Van Dijk et Verboven (2005)

Figure 8 : Modèles de simulation



76. Ces modèles de simulation ont pour avantage leur relativement faible niveau d'exigence en matière de données, leur défaut principal étant leur haute sensibilité aux changements dans la définition du modèle et des valeurs paramétriques. L'estimation des préjudices varie souvent énormément selon les différents éventails possibles de paramètres. Les modèles de simulation peuvent cependant jouer un grand rôle dans l'estimation des marges sur plusieurs marchés régionaux et dans le calcul des effets-prix de l'entrée et de la sortie du marché. Ainsi, s'agissant en particulier des comportements d'éviction, les techniques de simulation peuvent permettre des estimations complémentaires d'effets-prix.

77. À l'inverse, le cadre théorique peut déboucher sur une hypothèse vérifiable de manière concrète, ce que l'on a coutume d'appeler la modélisation structurelle empirique. D'après Reiss *et al*. (2007), « les économistes font appel à des modèles qui associent des théories économiques explicites à des modèles statistiques comme les modèles économétriques structurels ». Différents types intermédiaires sont possibles en mélangeant certaines formes de théorie économique aux modèles statistiques. Reiss *et al*. (2007) procèdent également à un examen détaillé des avantages et des inconvénients des modèles structurels empiriques, ainsi que de la façon de les appliquer et à quel moment. À l'extrême opposé de l'estimation structurelle empirique se trouve l'approche prévisionnelle dynamique, examinée précédemment, qui met avant tout l'accent sur le pouvoir prédictif du modèle de référence soumis à estimation.

78. Le Tableau 3 offre un résumé des principales méthodes, de leurs principaux postulats et de leurs exigences en matière de données.

Tableau 3 : Méthodes d'estimation et exigences en matière de données

Méthode d'estimation	Exige une connaissance de la forme de rivalité prévalant sur le marché (modèle économique)	Qualité des données requises	Données nécessaires
Présomptions	Non	Faible	Données sur les volumes
Méthode linéaire	Non	Faible	Prix de la période d'entente et dans une certaine mesure, données postérieures (et/ou antérieures) à la période d'entente
Comparaison des prix par région ou par produit	(Oui)	De faible à modérée	Prix des produits comparables sur un marché distinct de produit ou régional non affecté par un comportement anticoncurrentiel
Méthodes de simulation	Non	Modérée	Prix moyens, élasticité de la demande et coûts marginaux pendant la période de concurrence ou de non-concurrence
Régression : Approche (dynamique) de la variable-indicateur	Non	Élevée	Facteurs de prix, coûts et demande avant, pendant et après les périodes de non-concurrence
Régression : Approche (dynamique) prévisionnelle	Non	Élevée	Facteurs de prix, coûts et demande avant, pendant et après les périodes de non-concurrence
Régression : Estimation structurelle	Oui	Élevée	Dépend du modèle spécifique ; généralement facteurs de prix, coûts et demande avant, pendant et après les périodes de non-concurrence

79. Une évaluation empirique comprend généralement six étapes pratiques. Premièrement, les entretiens sont menés de manière à appréhender les aspects économiques du secteur, le comportement présumé et les données disponibles. Deuxièmement, une méthode (ou plusieurs en parallèle) est adoptée. La stratégie empirique dépend non seulement des aspects économiques et de la disponibilité des données, mais aussi du cadre objectif et juridique de l'évaluation empirique (voir les commentaires sur les arbitrages dans la section ci-dessous). Troisièmement, une demande de données est déposée. L'étendue de cette demande dépendra à nouveau fortement des règles juridiques en matière de communication d'informations dans les actions privées en dommages et intérêts ou du pouvoir de l'autorité de la concurrence de faire enregistrer les demandes de données dans le cadre de la procédure administrative. Quatrièmement, un processus de nettoyage des données est engagé. Il s'agit ici de mettre les données en conformité avec les diverses sources, d'identifier les valeurs erratiques et de lever les interrogations ouvertes concernant les données. Cette étape est souvent la plus intensive et la plus longue d'une enquête empirique. Cinquièmement, l'étude est réalisée et un modèle privilégié est choisi (c'est-à-dire le plus sérieux et le plus convaincant économiquement). Sixièmement, des vérifications d'homogénéité et une analyse de sensibilité sont réalisées autour du modèle privilégié. Cette étape est souvent menée en concertation avec les différentes parties à une affaire, par exemple avec les experts de l'économie et de l'industrie de la partie adverse. Toutes ces étapes sont influencées à la fois par les aspects économiques et juridiques de l'affaire – les principaux arbitrages seront identifiés dans la section ci-dessous.

4. Importance des arbitrages entre les concepts juridiques et les méthodes empiriques

80. Cette section examine quelques-uns des grands arbitrages qui s'imposent lors de la mise en œuvre d'une analyse économique empirique dans un cadre juridique. Ces arbitrages doivent être bien

compris, transparents, et les décisions sur la façon de procéder au regard de ces équilibres à respecter doivent être adoptées préalablement par le tribunal.

81. Notre examen portera sur les arbitrages d'ordre général, puis sur les arbitrages d'ordre économique et enfin sur les arbitrages d'ordre juridique. S'il est vrai que certains arbitrages sont davantage associés à la méthode économique et d'autres aux aspects juridiques, il est important de garder présent à l'esprit que ce sont les contraintes juridiques (charge et critère de la preuve, etc.) qui définissent l'approche économique (étendue de la collecte des données, méthodologie, niveau de technicité, etc.)

4.1 Arbitrages d'ordre général

82. La question de l'équilibre entre exactitude et facilité de mise en œuvre est au centre des discussions sur les avantages respectifs des différentes méthodes empiriques. Cet équilibre devient évident lorsque l'on tient compte du fait que l'évaluation des effets d'une pratique nécessite de créer un environnement (l'hypothèse). Plus l'environnement est réaliste, plus il est compliqué à créer. Parallèlement, augmenter la complexité a pour effet de limiter la facilité de mise en œuvre. Dans un souci de clarté, il convient de définir les deux notions d'exactitude et de facilité de mise en œuvre:

83. Dans un monde probabiliste, l'exactitude comprend deux dimensions. Le premier est l'exactitude *en moyenne*, ce que l'on nomme en statistique l'exactitude **sans biais**.[16] En d'autres termes, la méthode est sans biais si elle donne, en moyenne, l'estimation correcte. Il convient de noter qu'une estimation juste en moyenne n'est pas forcément proche de la vérité: Les préjudices pourraient être sur ou sous-estimés en grande partie, tout en étant encore corrects en moyenne. Ce deuxième élément de l'exactitude – être proche de la vérité – s'appelle la **précision** en statistique (ou l'efficacité de l'estimateur).[17]

> ***Définition de l'exactitude :*** *l'exactitude désigne la capacité d'une méthode (estimateur) à réaliser une estimation sans biais et précise des préjudices « réels ».*

84. Il est à noter que la définition ci-dessus ne tient pas compte de l'équilibre à respecter entre le biais et la précision. En principe, un estimateur légèrement biaisé mais ayant un degré élevé de précision pourrait s'avérer préférable à un estimateur sans biais mais très imprécis.[18] Cette question est au cœur du

---

16 En économétrie, un estimateur sans biais est défini comme un estimateur ayant une valeur ou une moyenne d'expectative, qui constitue le paramètre démographique réel que l'on cherche à évaluer. En d'autres termes, si l'expérience concrète est répétée suffisamment souvent, en moyenne, l'estimateur sans biais donne la moyenne démographique réelle. Griffiths *et al*. (1993, p. 81).

17 Le degré de précision d'un estimateur nous informe, dans un sens probabiliste, sur la mesure dans laquelle l'estimation de cet estimateur peut varier d'un test à l'autre. Moins un estimateur a de variance, plus grande est sa précision (de test). Griffiths *et al*. (1993, p. 213).

18 Certaines mesures statistiques donnent des indications aux économistes empiriques sur la façon de réaliser cet équilibre. Par exemple, l'erreur quadratique moyenne est la somme du biais (quadratique) et de la variance de l'estimateur. Un estimateur peut limiter l'erreur quadratique moyenne en tolérant quelques biais au profit de la précision. Griffiths *et al*. (1993, p. 312). Cet équilibre est plus apparent dans le débat entre ce que l'on appelle les méthodes d'estimation paramétriques et les méthodes semi- ou non-paramétriques. Les estimations semi- ou non-paramétriques ─ contrairement aux approches paramétriques ─ ne présument pas (ou alors dans une moindre mesure) de la relation fonctionnelle qui existe entre les variables considérées. Mais, une plus grande flexibilité a un coût. Tout d'abord, le degré de précision de l'estimation diminue rapidement à mesure que le nombre de variables explicatives augmente. Des ensembles vastes de données, irréalisables, sont donc nécessaires. Ensuite, les estimations non paramétriques ne permettent pas les extrapolations, et excluent ainsi d'appliquer les prévisions relatives aux périodes sans entente aux périodes d'entente. Enfin, il est difficile de faire peser des restrictions sur les

débat qui entoure les modèles économiques structurels. Plus les estimations se voient imposer de postulats économiques provenant des théories économiques, plus elles sont précises, encore que, le résultat sera biaisé si les postulats sont erronés.[19]

85. Précisons également que cette définition suppose une application moderne de la méthode examinée. Aussi, nous ne tenons pas compte des interrogations liées à la qualité de l'expert et à sa capacité à mettre la méthode en œuvre.[20]

> ***Définition de la facilité de mise en œuvre :*** *une méthode est facile à mettre en œuvre lorsqu'elle donne une estimation vérifiable et transparente dans un délai raisonnable et à l'aide de ressources proportionnelles.*

86. Dans les travaux empiriques, les qualités de vérifiabilité et de transparence dépendent beaucoup de la communication des données et de leur présentation. Grâce aux données brutes, à la documentation sur les ajustements et aux statistiques courantes fournies pour calculer les résultats, la reproduction directe des résultats par un deuxième expert est possible, et des vérifications de sensibilité ainsi que l'estimation de différents modèles empiriques peuvent être réalisées. Même des méthodes sophistiquées peuvent être communiquées de manière à permettre à des non experts de vérifier les critères empiriques et les postulats sur lesquels elles reposent. Des règles relatives aux pratiques d'excellence décrivent la façon de présenter les résultats de manière à ce qu'ils puissent être vérifiés par un expert.[21]

87. S'agissant du délai et de la proportionnalité des ressources, il convient de relever qu'il existe de grandes différences, liées principalement à la collecte des données et au nettoyage des données. Nous reviendrons sur ce point.

88. Comme nous l'avons indiqué, nous défendons la thèse selon laquelle un équilibre fondamental entre l'exactitude et la facilité de mise en œuvre peut émerger des travaux empiriques. Le graphique ci-dessous illustre cet équilibre. Avec une méthode appropriée et un certain degré de technicité, de nombreuses méthodes empiriques gagnent en exactitude. La zone en gris indique le critère minimum de la preuve qu'une méthode doit remplir.[22]

---

estimations. Des solutions pallient partiellement ces insuffisances, mais elles font peser davantage de postulats sur les méthodes statistiques. Voir Horowitz (2009) pour un exposé sur le sujet.

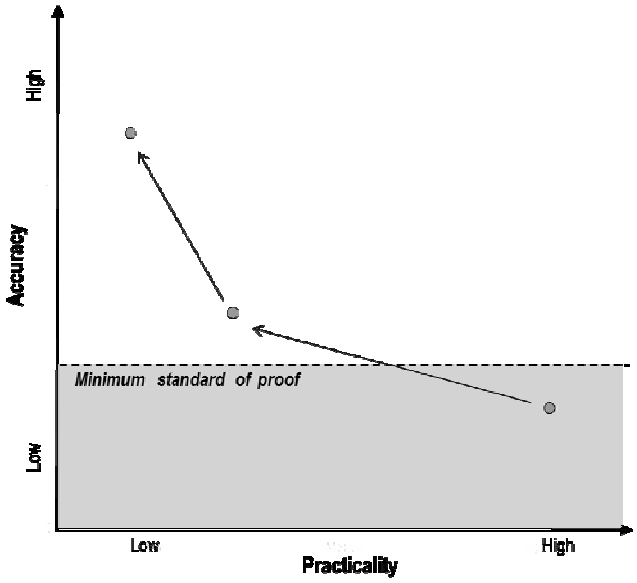
19 C'est tout le débat sur le choix entre les estimations empiriques structurelles ou non structurelles. Voir la section sur les différentes méthodes empiriques.

20 Aux États-Unis – selon un arrêt rendu dans l'affaire Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc – des modalités sont fixées pour la recevabilité du rapport de l'expert économétrique. Ces modalités portent sur des points tels que la qualification de l'expert, et la fiabilité et la pertinence des méthodes appliquées. Voir ABA (2005, chapitre II).

21 Commission européenne (2010), Davis et Garcés (2010, p. 13) ou Reiss *et al*. (2007).

22 Le niveau du critère de la preuve décrit dans ce graphique et dans les graphiques suivants n'est donné qu'à titre indicatif. Il n'est pas le reflet du critère réel ou du classement des critères dans une affaire ou dans une pays en particulier.

Figure 9 : L'arbitrage entre exactitude et facilité de mise en œuvre (chaque point désigne une méthode)



Traduction de la Figure 9 :
Exactitude / facilité de mise en œuvre
Critère minimum de la preuve
Faible / moyenne / élevée

89. En d'autres termes, les arbitrages existent de fait dans bon nombre de situations. Cela peut aussi impliquer qu'il peut être difficile aux juges et aux avocats de comprendre entièrement les méthodes proposées. Cela est courant dans d'autres domaines – le témoignage cherchant à déterminer, par exemple, les causes d'un accident de voiture et les dommages afférents (généralement présenté par un ingénieur spécialisé) contient aussi des éléments incompréhensibles sans de profondes connaissances d'expert. Il est essentiel que l'expert puisse expliquer la logique et la plausibilité de l'approche adoptée. Il existe néanmoins une contradiction entre l'objectif de facilité de mise en œuvre (et notamment de vérifiabilité) et celui d'exactitude. Selon nous, cela laisse penser que les juges devraient exiger une grande exactitude, tout en s'assurant que les aspects procéduraux de l'analyse économique empirique sont renforcés.

90. Il peut aussi exister des cas dans lesquels il n'est pas possible d'obtenir une estimation empirique exacte dans un délai raisonnable ou en ayant recours à des ressources proportionnelles. En pareil cas, le système juridique doit réfléchir de manière approfondie à la façon de procéder.

91. D'un autre côté, il existe des situations dans lesquelles une méthode spécifique est à la fois facile à mettre en œuvre **et** aboutit à des résultats d'une grande exactitude. La méthode dite de la double différence utilisée avec un critère de comparaison précis pourrait donner un bon exemple de cette méthode.[23]

92. De manière plus générale, l'exactitude et la facilité de mise en œuvre dépendent des spécificités de l'affaire et de la disponibilité des données. Par exemple, l'approche de la double différence ne satisfera à aucune norme juridique plausible en l'absence de critère de comparaison précis. Néanmoins, les

[23] Pour une application de l'approche de la double différence dans le domaine du contrôle des fusions, voir par exemple Simpson et Taylor (2008). En effet, selon un principe empirique plus large, les changements de variables (c'est-à-dire les différences) peuvent souvent mesurer les effets avec plus de précision que les valeurs absolues.

économistes devraient fournir quelques grandes orientations sur les avantages et les inconvénients des différentes méthodes. Par exemple, les approches fondées sur les prix sont de notre point de vue souvent plus solides que les approches fondées sur les coûts : les indicateurs de coût sont souvent moins transparents que les indicateurs de prix, et sont donc plus difficiles à vérifier.

93. Cela étant, des applications de niche sont possibles pour certaines méthodes. Par exemple, les simulations peuvent jouer un rôle important pour une première évaluation des risques (du point de vue du défendeur) ou pour un premier type d'indemnités (du point de vue du requérant). Par ailleurs, la simulation pourrait jouer un rôle particulier sur les marchés locaux connaissant des structures différentes[24] ou dans les cas de comportement d'éviction, lorsque la structure du marché est affectée par le comportement.

4.2 Les arbitrages d'ordre économique

94. L'arbitrage d'ordre général entre exactitude et facilité de mise en œuvre donne lieu à plusieurs arbitrages spécifiques mais importants sur la façon de modeler l'analyse économique empirique. Ces arbitrages peuvent être organisés selon le choix des données, le nombre de variables retenues et de méthodes appliquées et le choix de l'hypothèse de simulation.

95. Les travaux les plus complexes de l'économie empirique sont souvent la collecte et le nettoyage des données, raison pour laquelle il est important de déterminer s'il l'on peut travailler avec **les données publiques ou avec les données fournies par les parties**. Travailler avec les données fournies par les parties permet souvent de collecter beaucoup plus de données désagrégées (données de transaction par opposition aux données annuelles ; données sur les prix de produits spécifiques par opposition aux prix moyens sur l'ensemble des catégories de produits ; données locales par opposition aux données nationales). Plus les données sont désagrégées, plus l'exactitude des estimations est grande.

96. D'un autre côté, en plus d'une meilleure accessibilité, les données publiques présentent certains avantages par rapport aux données fournies par les parties. Premièrement, les données publiques offrent une source de données constante qui permet les comparaisons entre entreprises et comprend des informations sur les entreprises qui ne participent pas à la procédure. Deuxièmement, elles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une manipulation stratégique a posteriori. Troisièmement, la période de collecte des données est considérablement écourtée.

97. Un autre problème important lié à l'étude tient au **nombre de variables retenues et – en relation à cela – au nombre de méthodes appliquées en parallèle**. Considérons la question du nombre de variables, qui fait l'objet de plusieurs arbitrages. Les prix sont déterminés par de nombreux facteurs, parmi lesquels les leviers du coût et de la demande ainsi que la structure du marché. La collecte des données sur l'ensemble de ces facteurs serait considérable. De plus, l'introduction de nombreuses variables relatives au nombre d'observations des données réduirait l'exactitude des estimations.

98. Dans certains cas, plusieurs facteurs explicatifs suivent une simple évolution linéaire dans le temps ou sont dans une large mesure liés entre eux. Si l'impact particulier de ces variables n'est pas intéressant pour l'évaluation, inclure des variables représentatives qui tiennent compte de l'effet combiné peut suffire et permettre de poursuivre l'évaluation avec un ensemble relativement restreint de données publiques. D'un autre côté, l'omission de variables importantes pourrait se solder par des estimations

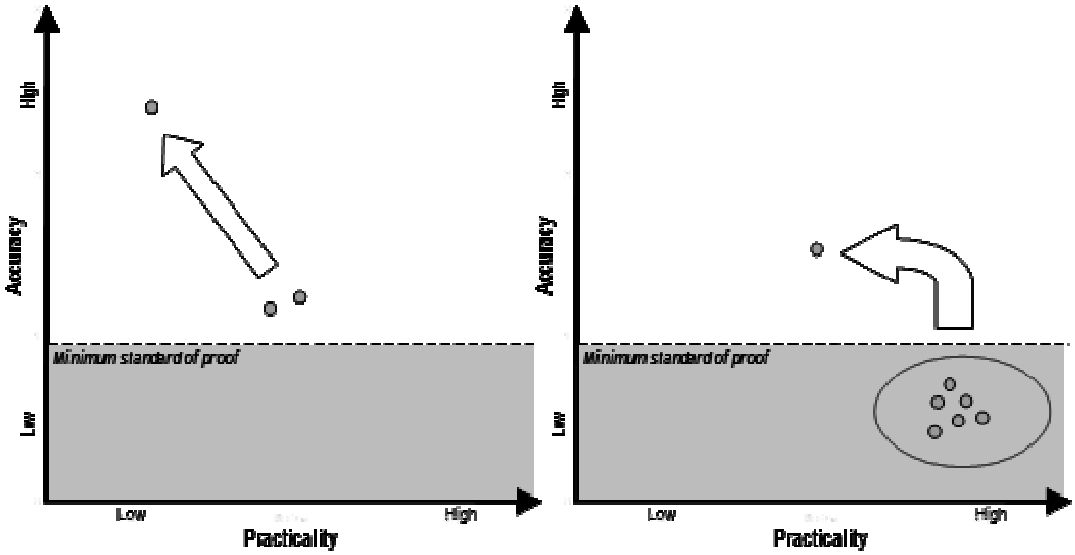
[24] La raison en est que les simulations d'ententes permettent le calcul de marges spécifiques aux entreprises en fonction de la structure du marché local. Dans les secteurs d'activités dans lesquels les marchés sont locaux et où la concentration locale est variable, une simulation d'entente peut offrir des indications utiles sur ce que pourraient être les marges moyennes. Cela rejoint le point précédent selon lequel travailler sur la base de « changements » peut s'avérer plus efficace que de travailler sur des niveaux absolus.

biaisées (moins exactes). Aussi, il est important de sélectionner soigneusement les variables dans la mesure où les variables retenues doivent être basées sur une évaluation des aspects économiques du secteur et adaptées aux besoins particuliers de la méthode.

99. La mise en balance des délais et des efforts nécessaires (c'est-à-dire la facilité de mise en œuvre) par rapport à l'exactitude déterminera si plusieurs méthodes sont appliquées parallèlement. Il est souhaitable de mettre en œuvre autant de méthodes parallèles que possible du point de vue de l'exactitude, mais pas du point de vue de la facilité de mise en œuvre.

100. Considérons, par exemple, la situation décrite dans le graphique de gauche de la Figure 10, où deux méthodes sont appliquées, qui suffisent toutes deux à satisfaire à la norme juridique minimale requise à un haut degré de tolérance. En appliquant les deux méthodes, on peut encore atteindre un degré plus élevé d'exactitude mais au prix d'une moins grande facilité de mise en œuvre, comme l'indique la flèche dans le graphique ci-dessous. Dans cette situation, une approche progressive semble possible : on commence par la méthode la plus prometteuse et seulement dans les cas où cette méthode ne donne pas de résultats suffisamment précis pour satisfaire aux normes juridiques, on applique une autre méthode. Cette approche progressive nous semble préférable à une approche « multiple », au moins dans les cas où chaque méthode réclame un effort important d'application.

Figure 10 : Effets possibles d'une application parallèle de plusieurs méthodes (chaque point représente une méthode)



Traduction de la Figure 10 :
Exactitude / facilité de mise en œuvre
Critère minimum de la preuve
Faible / moyenne / élevée

Source : Friederiszick et Röller (2010)

101. Considérons une autre situation où plusieurs méthodes simples (ayant une grande facilité de mise en œuvre) sont appliquées. Dans ce cas, il paraît sensé de mettre en œuvre plusieurs méthodes en parallèle, qui vont ensemble satisfaire à la norme juridique requise avec une marge suffisante, comme l'indique le graphique de droite de la Figure 10. Il convient de déterminer avec prudence si plusieurs méthodes « peu probantes » sont ou non plus riches en informations que chaque méthode prise séparément. D'une manière générale, cela dépend de la quantité d'informations indépendantes concernant les faits sur lesquels repose

l'affaire. Cela étant, il n'est pas certain que le traitement des mêmes données de faible qualité avec des méthodes différentes permette une évaluation plus informée du préjudice.

102. En somme, le choix de l'approche progressive ou parallèle dépend des circonstances particulières de l'affaire. Il est pourtant primordial de prendre une décision sur l'approche à adopter dès les premiers stades du processus, pour éviter tout litige ultérieur sur la méthode. Toute incertitude sur le résultat d'une méthode permet aux parties qui ne sont pas d'accord sur la meilleure méthode à adopter de parvenir à un consensus.[25]

103. Un troisième élément important de l'étude tient **à la juste hypothèse**; c'est-à-dire, à ce qu'aurait été le prix pendant la période invoquée en l'absence d'infraction. Ce point donne lieu à trois variations, que nous aborderons successivement.

104. La première question juridique qui se pose est de savoir s'il convient de prendre en compte la concentration du marché lors de l'évaluation du prix fictif. Si cela semble évident du point de vue économique, les répercussions sur l'analyse empirique sont importantes. S'il est vrai que les effets-prix unilatéraux devraient être pris en compte, la question peut aussi se poser de savoir si les effets coordonnés devraient l'être pour évaluer les gains illicites : du point de vue du bien-être, les effets coordonnés peuvent s'avérer aussi dommageables qu'une coordination explicite. Une autre question dans ce contexte est celle de savoir si une structure du marché différente serait apparue dans l'hypothèse d'une absence d'infraction. Les affaires d'entente ne sont parfois que des tentatives d'entreprises pour éviter la restructuration industrielle ; dans les affaires de comportement d'éviction, les changements dans la structure du marché doivent par définition être pris en compte.

105. Une autre variation de la juste hypothèse est liée à la relation intertemporelle (et transversale) entre les prix pendant et après la période d'infraction. Par exemple, Harrington[26] a fait valoir que les prix pratiqués après une période d'entente étaient plus élevés que dans un scénario sans entente, dans la mesure où les entreprises savent que les dommages et intérêts seront calculés sur la base de la différence de prix pratiqués avant et après le démantèlement de l'entente. Cet argument concerne peut-être davantage le contexte américain puisqu'en Europe, les amendes ne sont pas basées sur une méthode avant et après,[27] et les actions privées ne font actuellement pas régulièrement appel à cette approche.

106. Une dernière variation dans l'élaboration de la juste hypothèse consiste à déterminer si d'autres distorsions du marché doivent être prises en compte. Dans certains cas, il a été suggéré que les prix auraient été inférieurs au prix compétitif normal, par exemple, à cause du dumping de pays étrangers ou en réponse au pouvoir abusif de l'acheteur. Les parties font valoir que le comportement abusif (la collusion dans le cas présent) ne fait que réduire les prix au niveau des prix normaux et partant – malgré un impact positif sur les prix – n'entraîne pas de surcoûts réels. De la même manière, les stratégies de prix d'éviction

---

25 Un autre argument en faveur de l'application de multiples méthodes consiste à dire que l'application d'une seule méthode prévisible peut avoir pour effet d'inciter les entreprises à tenter d'influencer l'estimation des surcoûts, voir Harrington (2004). Selon cet argument, il est possible de ne pas toujours utiliser la même méthode dans tous les cas, mais le recours à des méthodes multiples dans chaque cas particulier n'est pas toujours approprié.

26 Harrington (2004).

27 En Europe, les effets d'une entente ne sont pris en compte que de façon indirecte au moment d'évaluer le montant des amendes. Par exemple, la gravité de l'infraction (qui détermine le montant de base de l'amende) est déterminée en vertu de facteurs tels que le type d'infraction, les parts de marché, la portée ou l'application régionale. Voir les lignes directrices sur la méthode de calcul des amendes, Commission européenne (2006).

pourraient être lancées en réponse à de tels événements. Ce type d'argument est souvent rejeté par les tribunaux.

4.3 Arbitrages d'ordre juridique

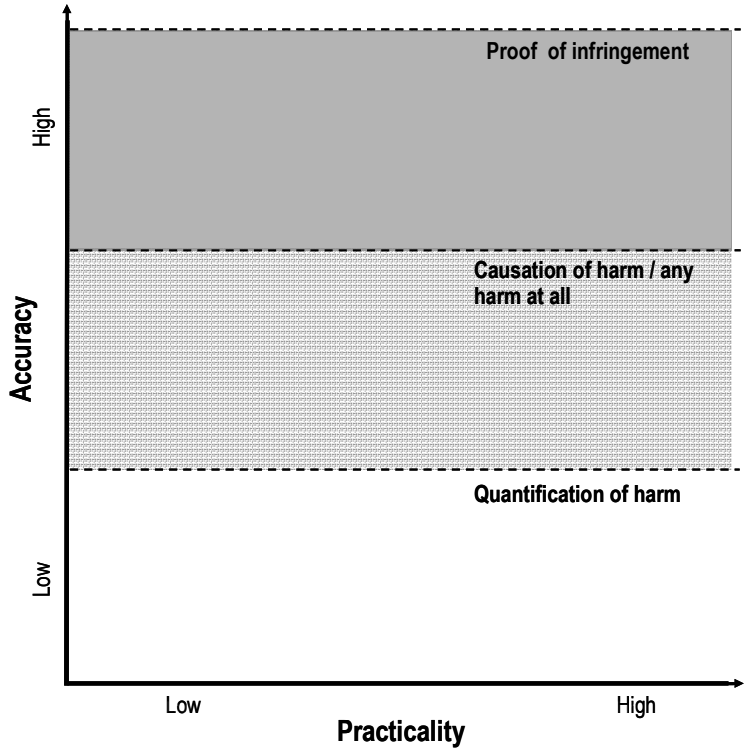
107. Si on laisse de côté la question de la juste hypothèse, un autre arbitrage important concerne les marchés de comparaison affectés par l'infraction. S'agissant des infractions de longue durée, il est souvent difficile de trouver des prix nets comparables. Les pays voisins ou les produits équivalents sont souvent susceptibles d'être affectés par l'infraction, ou alors sont trop différents.

108. En s'intéressant plus particulièrement à l'exactitude, les marchés sur lesquels certains indices donnent à penser qu'il existe des infractions analogues ne pourront probablement pas être utilisés comme marchés de comparaison. Cependant, les marchés connaissant des périodes d'entente effective attestée ou des monopoles sont toujours instructifs, dans la mesure où ils peuvent servir à comparer les prix observés par rapport à un prix de monopole (attesté). Une grande différence entre les deux – c'est-à-dire si le prix dans la région en situation de monopole attesté est nettement plus élevé que le prix pendant la période affectée – indiquerait que l'infraction a moins d'effet sur le marché affecté.[28] En l'absence d'autres méthodes, ces informations pourraient s'avérer utiles. Plus généralement, l'arbitrage consiste à déterminer si la distorsion potentielle qui est créée en incluant à tort un marché affecté dans le groupe des comparateurs exempts d'infraction ou un marché exempt d'infraction dans un groupe de marchés affectés est suffisamment importante pour neutraliser l'effet d'observations complémentaires.

109. Si la question de savoir s'il convient d'inclure dans l'analyse les marchés de comparaison affectés par une infraction est plus une question méthodologique, le **critère de preuve** juridique ainsi que la répartition de la **charge de la preuve** sont des questions essentielles qui déterminent le cadre juridique dans lequel l'estimation du surcoût doit être utilisée.

[28] La situation inverse, c'est-à-dire lorsque le prix est plus élevé dans la région affectée que dans la région de monopole attesté – indique que la région est mal choisie pour servir de critère de comparaison en raison des grandes différences constatées dans les facteurs de demande ou de coût.

Figure 11 : Les différents critères de la preuve



Traduction de la Figure 11 :
Exactitude (faible – élevée)
Facilité de mise en œuvre (faible – moyenne – élevée)
Preuve de l'infraction
Causalité des effets néfastes / pas d'effets néfastes
Quantification des effets néfastes

Source : Friederiszick et Röller (2010)

110. Comme le décrit la Figure 11, il existe de grandes différences entre les normes juridiques selon les affaires (de même qu'il peut exister des différences selon les pays et les pratiques d'exclusion). Dans les affaires d'entente par exemple, l'opinion répandue en économie est que les constatations empiriques ne suffisent pas à prouver une entente.[29] En effet, la preuve d'une communication explicite est requise pour satisfaire à la norme juridique et prouver le comportement collusif dans le cadre d'une procédure administrative dans la plupart des pays.[30] Si une telle approche est adoptée, le rôle de l'économie se limite aux étapes qui suivent la constatation d'une entente (qui peut tout de même ne pas avoir eu d'effet). De la

29 Motta (2004, p. 189) ou Kühn (2001). Reste à voir si, dans une approche davantage axée sur les effets au titre de l'article 82 et de la politique de la concurrence en général, cette opinion largement partagée en économie ne serait pas rejetée. Voir Davis et Garcés (2010, p. 316) pour un exposé penchant, semble-t-il, en faveur d'une approche plus interventionniste et Röller (2008) pour une analyse plus sceptique des pratiques d'exploitation.

30 L'économie peut jouer un rôle beaucoup plus important dans l'orientation des priorités des autorités de la concurrence s'agissant des perquisitions dans les entreprises. Les vastes recherches indéterminées de preuves (« *fishing expeditions* ») sont considérées comme ayant une grande portée, mais la norme juridique justifiant les perquisitions dans les entreprises est relativement faible. Voir Friederiszick et Maier-Rigaud (2008).

même façon, dans les actions privées en dommages et intérêts, les critères de preuve applicables aux infractions et à l'existence d'effets néfastes sont élevés, alors que le critère de preuve applicable à l'évaluation des effets néfastes est plus faible. Une fois que l'existence d'effets néfastes est rapportée, les juges peuvent évaluer leur quantité selon un critère plus faible.[31] D'autres formes de comportement d'éviction comme le prix d'éviction reposent souvent davantage sur des preuves économiques et n'exigent pas de preuves « flagrantes » pour établir l'infraction.

111. La norme juridique a de grandes répercussions sur l'analyse économique et ses arbitrages : une norme juridique plus élevée peut exiger une analyse économique plus précise, par exemple en collectant des données de transaction et, à terme, en mettant en œuvre plusieurs méthodes parallèles. Cela entraîne d'importants efforts et coûts supplémentaires, raison pour laquelle les tribunaux doivent fixer les objectifs de l'évaluation économique et les normes juridiques applicables avec droiture et transparence.

112. Pour ce qui est de la charge de la preuve, un élément important pour l'analyse économique est de savoir qui a accès aux données. Cela concerne en particulier la « tragédie de l'asymétrie des données » dans les litiges privés. D'un côté, le demandeur, qui doit présenter ses arguments, ne dispose pas des informations démontrant assurément le préjudice. De l'autre côté, le défendeur, à qui il incombe de rapporter la preuve de la répercussion, ne dispose pas des bonnes informations pour le faire. En résulte dès lors un arbitrage difficile entre des règles strictes en matière de communication d'informations, qui assurent la communication des données en temps utile mais pourraient aussi conduire à une trop grande transparence. En effet, des enquêtes menées par des autorités de la concurrence ont parfois augmenté la transparence à un degré qui a permis la collusion tacite. L'intervention de l'autorité de la concurrence pourrait même ainsi entraîner une augmentation des prix a posteriori. Les règles strictes en matière de communication d'informations peuvent également être mal utilisées dans le cadre d'une stratégie consistant à augmenter les coûts des entreprises rivales lorsqu'un plaignant pousse son concurrent à engager une procédure contentieuse coûteuse.

113. Un autre aspect essentiel de la bonne marche de l'analyse économique dans les actions en justice réside dans les recommandations du tribunal à l'expert économique. Par exemple, dans l'affaire de l'entente sur les prix du ciment, le tribunal a décidé – après en avoir longuement débattu avec l'expert et les parties – de mettre en œuvre une approche pendant et après (c'est-à-dire d'exclure les comparaisons entre régions et entre produits). Le juge a adopté d'autres décisions importantes au regard des arbitrages économiques examinés précédemment, comme celles d'exclure la période de guerre des prix, de collecter des données régionales, etc. À cet égard, la procédure en trois étapes peut jouer un rôle important dans l'amélioration de l'efficacité de l'analyse économique.

114. Le tribunal pourrait en outre fournir des indications tenant à l'efficacité de l'infraction. Mettre à la disposition des experts économiques une analyse de l'efficacité des infractions présumées à travers diverses régions leur permettrait de vérifier leurs conclusions empiriques.

115. Enfin, la possibilité qu'ont les tribunaux de limiter les estimations de l'expert issues des techniques économétriques (au moyen de ce que l'on appelle les « remises de sécurité ») peut s'avérer un bon moyen d'équilibrer l'arbitrage entre exactitude et facilité de mise en œuvre. Par exemple, les préjudices prévus pourraient être moins précis pour les périodes antérieures (en raison du manque de données ou de prévisions empiriques à longue échéance). Cela étant, l'application de ces remises de sécurité doit être bien justifiée et appliquée avec soin de manière à ne pas rendre l'estimation superflue.

[31] Par exemple le paragraphe 287 du Code de procédure civile allemand.

BIBLIOGRAPHIE

ABA (2005), « Econometrics Legal, Practical and Technical Issues », division de l'ABA consacrée au droit de la concurrence, édition de l'American Bar Association, Chicago.

Ashurst (2004), « Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages », rapport pour la DG Concurrence.

Baker, J. B. et Daniel Rubinfeld (1999), « Empirical Methods in Antitrust Litigation: Review and Critique », American Law and Economics Review, 1(1-2), pp. 386-435.

Blair, Roger D. et Jeffrey Harrison (1993), « Monopsony: Antitrust Law and Economics », Princeton University Press.

Bernheim, B. D. et M. D. Whinston (1990), « Multimarket Contact and Collusive Behavior », RAND Journal of Economics, Bd. 21(1), pp. 1–26.

Connor et Lande (2008), « Optimal Cartel Fines », dans Issues in Competition Law and Policy, Volume III, Wayne Dale Collins (dir. pub.), Chicago.

Davis, Peter et Eliana Garcés (2010), « Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis », Princeton University Press.

Dobson, P., M. Waterson et A. Chu (1998), « The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power », OFT Research Paper 16.

Commission européenne (2005) Document de réflexion de la DG Concurrence sur l'application des règles de concurrence du traité CE relatives aux abus de position dominante (article 82).

Commission européenne (2006) Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (JO 2006, C 210, pp. 2–5)

Commission européenne (2009), 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, DG Concurrence.

Commission européenne (2010), Bonnes pratiques relatives à la communication de données économiques et à la collecte des données en cas d'application des articles 101 et 102 et en matière d'ententes, DG Concurrence.

Friederiszick, H. W. et Maier-Rigaud, F. 1993, P. 312. (2008), « Triggering inspections ex officio: moving beyond a passive EU cartel policy », Journal of Competition Law and Economics, 4: pp. 89–113.

Friederiszick, H. W. et Lars-Hendrik Röller (2010), « Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements – insights from German cartel cases », Journal of Competition Law & Economics 0(0), pp. 1-24

Fumagalli, Jorge Padilla et Michele Polo (2010), « Damages for exclusionary practices: a primer », Atelier sur la quantification des atteintes au droit de la concurrence dans les actions en dommages et intérêts, organisé par la DG Concurrence le 26 janvier 2010.

Griffiths, William E., R. Carter Hill et George G. Judge (1993), « Learning and Practicing Econometrics », John Wiley & Sons.

Han, M.A., M.P. Schinkel et J. Tuinstra (2008), « The Overcharge as a Measure for Antitrust Damages », Document de travail, Université d'Amsterdam.

Harrington, Joseph E., Jr. (2004), « Post-Cartel Pricing during Litigation », Journal of Industrial Economics, 52(4), pp. 517–33.

Harrington, J. E. et J. Chen (2006), « Cartel Pricing Dynamics with Cost Variability and Endogenous Buyer Detection », International Journal of Industrial Organisation, 24 (6), pp. 1185–1212.

Harrington J. E. (2008), « Detecting Cartels. Dans: Handbook of Antitrust Economics », Cambridge, MA: MIT Press.

Horowitz, Joel, L. (2009), « Semiparametric and Nonparametric methods in Econometrics », Springer Series in Statistics.

Inderst, R. et N. Mazzarotto (2008), « Buyer Power in Distribution », ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law and Policy, W.D. Collins, ed., p. 3.

Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P. et J. Tirole (2006), « The Economics of Horizontal Mergers: Unilateral and Coordinated Effects », pp. 158 ss, Luxembourg.

Kühn, K. U. (2001), « Fighting Collusion by Regulating communication between firms », Economic Policy 16, pp. 116– 204.

Milgrom, P., et Roberts, J, (1982), « Predation, Reputation and Entry Deterrence », Journal of Economic Theory 27, pp. 280–312.

Motta, M. (2004), « Competition Policy: Theory and Practice », Cambridge University Press.

OCDE (2008), « Le monopsone et le pouvoir de l'acheteur », DAF/COMP(2008)38, disponible sur www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf(anglais).

Oxera and A. Komninos (2009), « Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-Binding Guidance for Courts », étude préparée pour la Commission européenne, DG Concurrence.

Reiss, Peter C. et Frank A. Wolak (2007), « Structural Econometric Modeling: Rationales and Examples from Industrial Organisation », dans J. Heckman et E. Leamer (2007), Handbook of Econometrics, 6A, Part 15, Elsevier.

Röller, Lars-Hendrik (2008), « Exploitative Abuses », dans European Competition Law Annual 2007, A Reformed Approach to Article 82 EC, Hart Publishing.

Simpson, John et Christopher Taylor (2008), « Do Gasoline Mergers Affect Consumer Prices? The Marathon Ashland Petroleum and Ultramar Diamond Shamrock Transaction », Journal of Law and Economics, 51: 135–152.

van Dijk, Theon et Verboven, Frank (2007), « Quantification of Damages », dans Issues in Competition Law and Policy, ABA Publications in Antitrust.

White, Halibert, Robert Marshall, et Pauline Kennedy (2006), « The Measurement of Economic Damages in Antitrust Civil Litigation », ABA Economics Committee Newsletter, 6(1).