

En bref

## La quantification du préjudice en Europe

### Aperçu

Les pratiques anticoncurrentielles telles que les cartels et les abus de position dominante causent un préjudice économique aux consommateurs et aux entreprises. Les victimes de ces pratiques peuvent demander réparation du préjudice subi. Les défendeurs, au-delà des amendes infligées par les autorités de concurrence, sont souvent confrontés à des demandes de dommages et intérêts dont les montants sont parfois très élevés. En encourageant les particuliers à mener des actions en dommages et intérêts à la suite de la condamnation de pratiques anticoncurrentielles, la Commission européenne a favorisé l'augmentation du nombre d'actions devant les tribunaux européens. Par ailleurs, il existe un certain nombre de litiges commerciaux qui font l'objet d'accords confidentiels obtenus en dehors des tribunaux et qui peuvent porter sur des montants substantiels.

### Expérience de NERA

NERA a contribué à la quantification du préjudice depuis de nombreuses années, soit du côté des défendeurs, soit du côté des plaignants, aux États-Unis et en Europe. L'expérience de NERA couvre un large éventail de cas nationaux et internationaux de quantification du préjudice et ne se limite pas à des affaires d'ententes ou de pratiques anticoncurrentielles. En Europe, NERA a notamment travaillé sur la quantification du préjudice lié à des cartels dans des secteurs tels que le fret aérien, le transport de fret, le ciment, la commutation à isolation gazeuse, les gazoducs, le gaz de pétrole liquéfié, les infrastructures ferroviaires, les tuiles de toiture, le sucre, le café, les pièces automobiles, les produits chimiques, les ascenseurs et les escaliers mécaniques, les produits de bois d'ingénierie, ainsi que dans le cadre de la procédure concernant la manipulation des taux de référence (LIBOR). Les experts de NERA ont apporté leur contribution lors de séminaires sur l'évaluation des préjudices parrainés par la Commission européenne et destinés à des juges de différentes juridictions. Ils ont également publié plusieurs articles sur l'évaluation du préjudice dans différents contextes législatifs (américain, européen, national) ainsi que sur les méthodes empiriques de quantification du préjudice. Nous avons également été actifs dans de

nombreuses procédures d'arbitrage au niveau international et national portant souvent sur des litiges commerciaux non liés à des infractions au droit de la concurrence.

L'étendue de l'expérience de NERA dans la quantification du préjudice provient notamment de l'expertise acquise à travers ses nombreux autres domaines d'activité ainsi que du réseau mondial d'universitaires de renom. NERA peut ainsi fournir des conseils avisés et obtenir pour ses clients les meilleurs résultats.

### Introduction à l'évaluation du préjudice

L'évaluation du préjudice est systématiquement fondée sur la comparaison entre la situation dans laquelle se trouve le demandeur et celle dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de l'acte dommageable. Ceci nécessite de définir un scénario fictif contrefactuel correspondant à la situation la plus probable dans laquelle se serait trouvé le demandeur en l'absence de l'acte dommageable et de comparer le profit (ou les revenus) qui auraient été obtenus dans ce scénario



contrefactuel avec celui effectivement réalisé. Ainsi, la construction d'un scénario contrefactuel approprié est au cœur de chaque estimation de préjudice, même lorsque celui-ci n'est pas lié à des pratiques anticoncurrentielles. La construction d'un scénario contrefactuel approprié présente des défis conceptuels et empiriques majeurs qui nécessitent de mener des analyses rigoureuses sur le plan méthodologique.

## Les composantes du préjudice

Selon la législation européenne, il est généralement admis que la réparation du préjudice subi vise à placer la partie lésée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de pratiques anticoncurrentielles. Par conséquent, le préjudice lié à des pratiques anticoncurrentielles comprend trois éléments reconnus par les tribunaux européens : l'effet prix (« *damnum emergens* »), l'effet quantité (« *lucrum cessans* ») et les intérêts issus du préjudice. Ainsi, dans le cadre d'une entente, l'effet prix correspond aux pertes engendrées par les pratiques anticoncurrentielles en raison de la baisse de la marge de l'acheteur du fait de la hausse anticoncurrentielle du prix des facteurs de production. Autrement dit, il s'agit de la perte subie par l'acheteur sur les volumes vendus à ses propres clients du fait d'une augmentation du prix des intrants non répercutée en totalité par l'acheteur sur le prix facturé à ses propres clients. L'effet quantité correspond quant à lui à l'impact négatif indirect sur les profits dû à la baisse des volumes vendus. En effet, la hausse anticoncurrentielle du prix des intrants entraîne le plus souvent une hausse du prix de vente des produits issus de ces intrants. Or, la demande diminue lorsque la hausse de prix subie par l'acheteur est répercutée, même en partie, sur le prix facturé à ses propres clients. Il s'agit donc du manque à gagner lié aux unités non vendues en raison de l'entente. Le troisième élément correspond au montant des intérêts dus pour la période comprise entre la date à laquelle a eu lieu le préjudice et la date d'indemnisation du préjudice. Ces trois éléments jouent un rôle important dans le calcul du préjudice bien que l'effet prix, souvent abordé sous l'angle du surcoût et de sa répercussion en aval (« *pass-on* »), soit le plus connu. Le surcoût est défini ici comme la hausse de prix subie par le client direct d'un membre de l'entente. La répercussion du surcoût désigne la transmission partielle ou totale du surcoût subi par le client de l'entente à ses propres clients par l'intermédiaire de la hausse du prix de vente.

## Les méthodes de calcul

Afin d'établir un prix contrefactuel (ou une quantité contrefactuelle), les méthodes les plus courantes font référence à des marchés comparables et non impactés par des pratiques anticoncurrentielles. Un marché comparable peut ainsi être le marché concerné par la pratique anticoncurrentielle avant ou après que celle-ci ait produit des effets (comparaison temporelle), le marché du produit en question mais dans une autre zone géographique (comparaison géographique), ou le marché d'un produit différent mais structurellement similaire au produit en question (comparaison de produits). Dans le cadre de la méthode dite de « doubles différences », le concept de comparaison temporelle peut être combiné avec une comparaison géographique ou une comparaison de produits.

Quel que soit le type de marché comparable retenu, il est nécessaire d'avoir recours à des méthodes économétriques telles que l'analyse de régression multiple pour tenir compte de l'ensemble des facteurs pertinents pouvant expliquer les différences entre le marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles et le marché comparable. Ainsi, le coût de certains facteurs de production utilisés pour le produit en question varie très probablement au cours du temps ainsi que d'une zone géographique à l'autre. Par ailleurs, le coût des intrants varie certainement selon les produits. De telles différences liées aux prix des intrants doivent être prises en compte lors de l'estimation des prix contrefactuels sur la base d'un marché comparable. Ainsi, une évaluation robuste et précise du préjudice nécessite à la fois une compréhension approfondie de l'industrie concernée et une expertise dans l'application des méthodes statistiques aux questions économiques.

Il existe un certain nombre d'autres méthodes d'évaluation du préjudice en plus des méthodes décrites ci-dessus basées sur l'utilisation d'un marché comparable. Une de ces méthodes consiste à calculer le prix contrefactuel d'un produit à partir d'une approche « *bottom up* » qui utilise des informations sur les coûts de production, y compris le coût du capital. Une autre approche pour estimer le montant d'un préjudice consiste à comparer directement la rentabilité d'une entreprise avec son coût du capital : cette approche repose sur l'hypothèse qu'en absence de pratiques anticoncurrentielles, la rémunération du demandeur ou du défendeur serait égale à son coût du capital, celui-ci correspondant au rendement exigé par les investisseurs pour investir dans une entreprise. Ces deux méthodes nécessitent, entre autres, une expertise sur le



calcul du coût du capital d'une entreprise. Le concept de coût moyen pondéré du capital (CMPC) est à ce titre une mesure standard de rendement exigé utilisée notamment pour les industries réglementées. Le modèle d'évaluation des actifs financiers (MEDAF), qui calcule le rendement exigé sur un actif donné en additionnant le rendement d'un investissement sans risque et la prime de risque de l'actif en question, peut également être pertinent pour évaluer le préjudice.

Ces méthodes sont plus ou moins complexes à mettre en œuvre et ne reposent pas sur les mêmes hypothèses sous-jacentes. Or, la méthode utilisée pour définir le scénario contrefactuel peut affecter de façon substantielle l'ampleur du préjudice estimé et donc son montant. Il est donc capital de bien comprendre les implications et la robustesse des différentes méthodes ainsi que les hypothèses réalisées.

## Les synergies entre les activités de NERA

Afin de fournir des conseils avisés aux demandeurs et aux défendeurs concernant les demandes d'indemnisation de préjudice, il est nécessaire d'avoir une connaissance conceptuelle détaillée des mécanismes économiques, de la finance, des statistiques et de l'économétrie. Ceci requiert également une compréhension approfondie du marché examiné, et, dans certains cas, du marché comparable utilisé. L'atout de NERA est de pouvoir systématiquement tirer parti non seulement de notre expérience étendue en matière de calcul des dommages, mais également de nos expertises sectorielles (découlant par exemple de travaux sur la réglementation dans des secteurs comme celui de l'énergie ou des télécoms) et d'une expertise méthodologique plus large provenant d'autres domaines d'intervention, tels que celui des experts en finance (« Securities and Finance »).

## Sélection de publications récentes

- Lörtscher, Benjamin et Maier-Rigaud, Frank (2019) On the Consistency of the European Commission's Remedies Practice, forthcoming in *Competition Law Remedies*, Wolters Kluwer.
- Maier-Rigaud, Frank et Slobodan Sudaric (2019) The Difference-In-Differences Approach to the Estimation of Cartel Damage, *CPI Antitrust Chronicle*, Spring, 3(1).
- Maier-Rigaud, Frank et Ulrich Schwalbe (2018) Quantification of Antitrust Damages, dans : David Ashton and David Henry (éditeurs) *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, 2nd ed. (avec la Contribution Economique de Frank Maier-Rigaud et Ulrich Schwalbe), Edward Elgar 2018.
- Maier-Rigaud, Frank (2017) Damages Regimes on Both Sides of the Atlantic: An Economic Critique, *The Antitrust Bulletin*, 62(2), 334–347.
- Maier-Rigaud, Frank (2014) Toward a European Directive on Damages Actions, *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), 341–360.

## A Propos de NERA

NERA Economic Consulting ([www.nera.com](http://www.nera.com)) est un cabinet international d'experts spécialistes de l'application de principes économiques, financiers et quantitatifs à des problèmes économiques et juridiques complexes. Depuis plus de cinquante ans, les économistes de NERA élaborent des stratégies, réalisent des études, produisent des rapports et des avis d'experts et proposent des recommandations de politique publique pour les pouvoirs publics ainsi que les cabinets d'avocats et les entreprises présents à l'échelle internationale. NERA, dont le siège principal se situe à New York, répond aux besoins de ses clients depuis plus de 25 bureaux répartis en Amérique du Nord, en Europe et en Asie-Pacifique.

## Contacts

### Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud

Managing Director  
Head of Competition Economics Europe  
[frank.maier-rigaud@nera.com](mailto:frank.maier-rigaud@nera.com)

#### Paris

1 rue Euler  
75008 Paris  
France  
+33 (0) 1 70 75 01 38

#### Berlin

Unter den Linden 14  
10117 Berlin  
Allemagne  
+49 (0) 30 700 150 680

#### Bruxelles

Square de Meeûs 37  
1000 Bruxelles  
Belgique  
+32 (0) 2 674 88 18

#### Londres

Marble Arch House  
66 Seymour Street  
Londres W1H 5BT  
Royaume-Uni  
+44 (0) 20 7659 8664