

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

DOCUMENT DE LUCRU AL SERVICIILOR COMISIEI

GHID PRACTIC

**CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI ÎN ACȚIUNILE ÎN DESPĂGUBIRE
ÎNTEMEIATE PE ÎNCĂLCĂRI ALE ARTICOLULUI 101 SAU 102 DIN TRATATUL
PRIVIND FUNCȚIONAREA UNIUNII EUROPENE**

care însoțește documentul

COMUNICARE A COMISIEI

**privind cuantificarea prejudiciului în acțiunile în despăgubire întemeiate pe încălcări ale
articolului 101 sau 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene**

CUPRINS

Partea 1 - Context și abordare generală privind cuantificarea prejudiciului în cauzele de dreptul concurenței	8
I. Cadru juridic	8
A. Dreptul la despăgubiri	8
B. Reglementările naționale privind cuantificarea și scopul prezentului ghid practic	8
II. Abordare generală privind cuantificarea prejudiciului în cauzele de dreptul concurenței.....	11
III. Structura ghidului practic.....	13
 Partea 2 - Metode și tehnici	 15
I. Privire de ansamblu	15
II. Metode comparative.....	16
A. Metode de construire a unui scenariu fără încălcare	17
(1) Comparația în timp.....	17
(2) Comparația cu date de pe alte piețe geografice.....	20
(3) Comparația cu date de pe alte piețe ale produsului.....	22
(4) Combinarea comparațiilor în timp și între piețe	22
B. Tehnici de estimare a valorii variabilei de interes în scenariile fără încălcare	23
(1) Date de observație individuale și multiple, valori medii, interpolări și ajustări simple	24
(2) Analiza de regresie	26
a. Conceptul și scopul analizei de regresie	26
b. Exemple și ilustrări	28
c. Cerințe pentru aplicarea analizei de regresie	31
(3) Alegerea tehnicilor	34
III. Modele de simulare, analiza pe bază de costuri, analiza bazată pe rezultatele financiare și alte metode	35
A. Metode bazate pe modele de simulare	35
B. Metoda bazată pe costuri și metoda bazată pe rezultatele financiare.....	38
C. Alte metode	41
IV. Alegerea metodelor	41
 Partea 3 - Cuantificarea prejudiciului cauzat de o majorare a prețurilor	 43
I. Efectele încălcărilor care duc la majorarea prețurilor.....	43
II. Cuantificarea supraprețului.....	45

A.	Cuantificarea supraprețurilor rezultate în urma cartelurilor.....	45
(1)	Efectele produse de carteluri.....	46
(2)	Supraprețul inițial achitat de clientul direct	48
a.	Comparația în timp.....	49
b.	Alte metode comparative	50
(3)	Transferul supraprețurilor	51
B.	Cuantificarea supraprețurilor cauzate de alte forme de încălcare care generează prejudicii prin suprapreț	54
III.	Cuantificarea prejudiciului cauzat prin efectul de volum.....	55
 Partea 4 - Cuantificarea prejudiciului cauzat de practicile de excludere.....		56
I.	Efectele practicilor de excludere.....	56
II.	Cuantificarea prejudiciului cauzat concurenților.....	57
A.	Dimensiunea temporală a practicilor de excludere	57
B.	Abordare generală a cuantificării pierderii de profituri	58
C.	Concurenții existenți	60
(1)	Comparația în timp.....	60
(2)	Alte metode comparative	64
D.	Împiedicarea intrării pe piață a concurenților	64
E.	Despăgubiri pentru pierderi viitoare	66
III.	Cuantificarea prejudiciului cauzat clienților.....	67
A.	Recuperarea pierderilor	67
B.	Prejudiciul adus concurenților în calitate de clienți ai autorilor încălcării.....	69
 Tabel al cauzelor citate		70

DOCUMENT DE LUCRU AL SERVICIILOR COMISIEI

GHID PRACTIC

CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI ÎN ACȚIUNILE ÎN DESPĂGUBIRE ÎNTEMEIATE PE ÎNCĂLCĂRI ALE ARTICOLULUI 101 SAU 102 DIN TRATATUL PRIVIND FUNCȚIONAREA UNIUNII EUROPENE

care însoțește documentul

COMUNICARE A COMISIEI

**privind cuantificarea prejudiciului în acțiunile în despăgubire întemeiate pe încălcări ale
articolului 101 sau 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene**

CUPRINS

		<i>Para.</i>
PARTEA 1	CONTEXT ȘI ABORDARE GENERALĂ PRIVIND CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI ÎN CAUZELE DE DREPTUL CONCURENȚEI	1-25
I.	CONTEXTUL JURIDIC	1-10
A.	<i>Dreptul la despăgubiri</i> Dreptul la despăgubiri în dreptul UE – principiul efectivității și principiul echivalenței [1].	1-2
B.	<i>Reglementările naționale privind cuantificarea și prezentul ghid practic</i> Încălcarea și legătura de cauzalitate [3]; Contextul național și al UE privind acțiunile în despăgubire [4]; Abordări pragmatice în dreptul național [5]; Obiectivul prezentelor orientări [6]; Statutul juridic al orientărilor [7-9].	3-11
II.	ABORDARE GENERALĂ PRIVIND CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI ÎN CAUZELE DE DREPTUL CONCURENȚEI Domeniul de aplicare al expresiei „despăgubiri pentru prejudiciul suferit” [11, 20]; Scenariul fără încălcare [12]; Probele accesibile instanțelor [14]; Etape-cheie în procesul de cuantificare [13-15]; Incertitudini inerente în procesul de cuantificare a prejudiciului [16-17].	11-20
III.	STRUCTURA GHIDULUI PRACTIC	21-25
PARTEA 2	METODE ȘI TEHNICI	26-125
I.	PRIVIRE DE ANSAMBLU Abordare generală a diferitelor metode [27]; Metode comparative [27]; Alte metode [28].	26-31
II.	METODE COMPARATIVE Exemple de analize comparative [32]; avantaje ale metodei comparative [37].	32-95
A.	<i>Metode de construire a unui scenariu fără încălcare</i>	38-58
(1)	Comparația în timp pe aceeași piață Diferite puncte de referință pentru comparație [39]; Ajustarea datelor [40]; Alegerea unei	38-48

	abordări dintre cele disponibile [43]; Încetarea încălcării [44]; Piețe oligopolistice [45].	
(2)	Comparația cu date de pe alte piețe geografice Similarități suficiente între piețe geografice [50]; Piețe învecinate [53].	49-53
(3)	Comparația cu date de pe alte piețe ale produsului	54-55
(4)	Combinarea comparațiilor în timp și între piețe Metoda „diferenței dintre diferențe”[56]; Avantaje și dezavantaje [58].	56-58
B.	Utilizarea metodei în practică: tehnici de estimare a prețului sau a altei variabile economice în scenariul fără încălcare Posibilitatea de a utiliza direct datele disponibile [60]; Necesitatea adaptărilor (cauzele alternative) [61]; alegerea uneia dintre abordările disponibile [62].	59-95
(1)	Tehnici simple: date de observație individuale, valori medii, interpolare și ajustări simple	63-68
(2)	Date disponibile [64]; utilizarea mediilor [66]; interpolarea lineară [67]; identificarea factorilor care fac diferența [68].	69-90
a.	Analiza regresiei	69-72
b.	<i>Conceptul și scopul analizei de regresie</i> Ce este analiza de regresie? [69]; tipuri de analiză de regresie [71].	73-80
c.	<i>Exemple și ilustrări</i> Etapile principale ale unei analize de regresie [73-76]; analiza de regresie cu variabile multiple [77]; metoda previziunii [80].	81-90
(3)	<i>Cerințe pentru aplicarea analizei de regresie</i> Datele de observație [81-84]; abordarea incertitudinilor (importanță statistică) [87-88]; analiza „în format redus” [90].	91-95
	Alegerea tehnicilor Alegerea tehnicilor de cuantificare și observații privind proporționalitatea [92-93].	
III.	MODELE DE SIMULARE, ANALIZA BAZATĂ PE COSTURI, ANALIZA BAZATĂ PE REZULTATELE FINANCIARE ȘI ALTE METODE	96-121
A.	Modele de simulare Modele de piețe oligopolistice [98]; utilizarea modelelor de simulare [100]; exemple [101-102]; avantajele și dezavantajele acestei metode [114-118].	97-105
B.	Metoda bazată pe costuri și metoda bazată pe rezultatele financiare Metoda de bază [107]; stabilirea costurilor relevante [109]; rata de profit [111]; metoda bazată pe rezultatele financiare [114-118].	106-118
C.	Alte metode	119-121
IV.	ALEGEREA METODELOR	122-125
PARTEA 3	CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT DE CREȘTEREA PREȚURILOR	126-178
I.	EFECTELE ÎNCĂLCĂRILOR CARE DUC LA MAJORAREA PREȚURILOR Clienți direcți și indirecti [126]; exemple de încălcări [127]; două tipuri de prejudicii: „supraprețul” și „efectul volum/efectul cantitate” [128].	126-135
II.	CUANTIFICAREA SUPRAPREȚULUI	136-173

A.	Cuantificarea supraprețurilor rezultate în urma cartelurilor	137-170
(1)	Efectele cartelurilor Definiția încălcărilor cartelurilor [139]; date empirice/studii economice privind efectul general al cartelurilor [141-145].	139-145
(2)	Supraprețul inițial achitat de clientul direct Exemplu practic de prejudiciu cauzat de un cartel asupra clienților direcți [147].	146-160
a.	Comparația în timp Aplicarea comparației în timp - exemple practice [149]; cât de adecvate sunt prețurile de după încălcare în scopul comparației [153].	149-154
b.	Alte metode comparative Comparația cu prețuri de pe o piață geografică diferită [155]; prețurile de pe o piață a produsului diferită [160].	155-160
(3)	Transferul supraprețurilor Transferul supraprețului și efectul de reducere a vânzărilor/volumului [162]; apărarea bazată pe transferul supraprețului și acțiunile clienților indirecti împotriva autorului încălcării [164]; metodele reclamanților și pârâților de a-și susține poziția [166]; caracteristicile pieței care ar putea influența nivelul de transfer al supraprețurilor [167].	161-170
B.	Cuantificarea supraprețurilor cauzate de alte forme de încălcare care generează prejudiciu prin suprapreț	172-173
III.	CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT PRIN EFECTUL DE VOLUM	175-178
PARTEA 4	CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT DE PRACTICILE DE EXCLUDERE	180-215
I.	EFECTELE PRACTICILOR DE EXCLUDERE Excluderea concurenților de pe piață [180]; efecte ale practicilor de excludere [180-181].	180-182
II.	CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT CONCURENȚILOR	184-207
A.	Dimensiunea temporală a practicilor de excludere	185-186
B.	Abordare generală a cuantificării pierderii de profituri Construirea scenariului contrafactual [188]; calcularea profiturilor pierdute [188-189]; posibilitatea de a introduce o acțiune doar pentru o parte din prejudiciul suferit [190].	188-192
C.	Concurenți existenți	194-199
(1)	Comparația în timp Exemple practice [195-196]; utilizarea cotelor de piață [197].	195-197
(2)	Alte metode comparative	199
D.	Împiedicarea intrării pe piață a concurenților Probleme specifice [200]; exemple practice [202-204].	200-205
E.	Despăgubiri pentru pierderi viitoare	206-207
III.	CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT CLIENȚILOR	209-215
A.	Recuperarea pierderilor Exemplul cazului în care s-au aplicat prețuri de ruinare[210-212]; exemplul societății scoase de pe piață [212].	210-213

B.	<i>Prejudiciul adus concurenților în calitate de clienți ai autorilor încălcării</i>	215-215
-----------	---	----------------

CUPRINSUL EXEMPLELOR
<i>Cartelul făinii [32], [147]</i> <i>Refuzul de aprovizionare cu un factor de producție esențial pentru producerea de solvenți comerciali[194], [195], [196], [207]</i> <i>Cazul echipamentului medical [203], [205]</i> <i>Recuperarea într-un caz în care s-au aplicat prețuri de ruinare [211], [213]</i>

Partea 1 - Context și abordare generală privind cuantificarea prejudiciului în cauzele de dreptul concurenței

I. CADRU JURIDIC

A. *Dreptul la despăgubiri*

1. Oricine a suferit un prejudiciu în urma săvârșirii unei încălcări a articolelor 101 sau 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) are dreptul să despăgubit pentru acest prejudiciu. Curtea de Justiție a UE a susținut că acest drept este garantat de dreptul primar al UE¹. Prin despăgubire se înțelege aducerea părții prejudiciate în situația în care ar fi fost dacă nu exista nicio încălcare. Prin urmare, despăgubirea nu include doar repararea prejudiciului aferent pierderii efective suferite (*damnum emergens*), ci și a celui aferent pierderii de profit (*lucrum cessans*) și plata dobânzilor². Prin pierdere efectivă se înțelege o reducere a activelor unei persoane; pierderea de profit înseamnă că acele active nu s-au majorat, lucru care s-ar fi întâmplat, dacă nu se încălcau reglementările³.
2. Acțiunile civile în despăgubire sunt soluționate în general de instanțele naționale⁴. În măsura în care nu există reglementări UE privind situația respectivă, sistemele juridice interne ale fiecărui stat membru stabilesc reglementări detaliate referitoare la exercitarea acestui drept la despăgubiri garantat de legislația Uniunii. Cu toate acestea, astfel de reglementări nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de legislația Uniunii (principiul efectivității) și să nu fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor în despăgubire întemeiate pe încălcarea unor drepturi similare acordate prin sistemul juridic intern (principiul echivalenței)⁵.

B. *Reglementările naționale privind cuantificarea și scopul prezentului ghid practic*

3. Într-o acțiune în despăgubire pentru prejudiciul suferit în urma încălcării articolelor 101 și 102 din TFUE, instanțele naționale trebuie să stabilească dacă reclamantul a suferit un prejudiciu ca urmare a săvârșirii încălcării și, în caz afirmativ, valoarea ce

¹ Cauza Courage, C 453/99, Rec., 2001, p. I-6297, punctul 26; cauzele conexate Manfredi, C 295/04 - C-298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 60; cauza C-360/09 Pfeiderer, Rep. 2011, p. I-5161, punctul 36 și cauza C-199/11, European Community / Otis NV și alții, Rep. 2012, nepublicată încă. Aceste cauze se referă la articolul 101 din TFUE (fostul articol 81 din TCE); cu toate acestea, aceleași principii se aplică și articolului 102 din TFUE (fostul articol 82 din TCE) - cauza C-360/09 Pfeiderer, Rep. 2011, p. I-5161, punctul 36.

² Cauzele conexate Manfredi, C 295/04 - C-298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 95.

³ Concluziile avocatului general Capotorti în cauza Ireks-Arkady GmbH/Consiliul și Comisia, 238/78, Rec., 1979, p. 2955, punctul 9.

⁴ Competența internațională a instanțelor naționale este adesea stabilită prin Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, JO L 12, 16.1.2001, p. 1. Acest regulament a fost înlocuit recent de Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 din 12 decembrie 2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, JO L 351, 20.12.2012, p. 1, care va intra în vigoare, în ceea ce privește majoritatea dispozițiilor sale, la 10 ianuarie 2015. Normele de drept material aplicabile într-un anumit caz se stabilesc în conformitate cu reglementările UE, în special articolul 6 din Regulamentul nr. 864/2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale, OJ L 199, 31.7.2007, p. 40. Normele de procedură care se vor aplica vor fi cele din statul instanței sesizate (*lex fori*). Acțiunile în despăgubire pot fi soluționate și de curți de arbitraj sau de instanțe din state din afara UE.

⁵ Cauza Courage, C 453/99, Rec., 2001, p. I-6297, punctul 29; cauzele conexate Manfredi, C 295/04 - C-298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 62.

trebuie acordată acestuia cu titlu de despăgubiri⁶. Acest lucru – evaluarea și dovedirea cuantumului prejudiciului – este adesea dificil de realizat⁷. În mod normal, această determinare este necesară doar după ce instanța națională a constatat celelalte cerințe legale ale unei acțiuni în despăgubiri, în special după ce a constatat săvârșirea unei încălcări și legătura de cauzalitate dintre această încălcare și prejudiciul suferit de reclamant⁸.

4. Cadrul juridic în care instanțele se pronunță în legătură cu cuantificarea prejudiciilor este definit de legislația UE și legislația națională, inclusiv normele privind:
- tipurile de prejudicii ce urmează a fi despăgubite și normele generale în materie de răspundere aplicabile acestor cereri;
 - cerința existenței unei legături de cauzalitate sau de proximitate care stabilesc o legătură între acțiunea ilegală și prejudiciu. În acest sens, Curtea de Justiție a clarificat faptul că, în cazul în care nu există norme la nivelul UE în această materie, sistemului juridic național îi revine sarcina de a prevedea reglementările aplicabile exercitării acestui drept, atâta timp cât se respectă principiile echivalenței și efectivității⁹;
 - cadrul procedural pe baza căruia se soluționează cererile de despăgubiri. De obicei, legislațiile naționale prevăd repartizarea sarcinii probei și responsabilitățile aferente părților privind elementele de fapt care trebuie prezentate în fața instanței¹⁰;
 - nivelul probatoriu adecvat, care poate varia în diferitele etape ale procedurii și, de asemenea, în ceea ce privește stabilirea răspunderii pentru prejudiciu sau determinarea cuantumului prejudiciului;
 - reglementările privind cuantificarea, precum și privind și măsura și modul în care instanțele sunt abilitate să cuantifice prejudiciul suferit pe baza estimării aproximative sau a argumentelor de echitate și
 - admisibilitatea și rolul probelor (și în special al rapoartelor de expertiză) în cauzele civile și evaluarea acestora.
5. Deseori, legiuitorii și instanțele naționale, respectând cadrul legislativ, au adoptat abordări pragmatice cu privire la stabilirea cuantumului daunelor ce vor fi acordate pentru prejudiciul suferit, de exemplu, prin instituirea de prezumții. Sarcina probei poate fi inversată, de exemplu în momentul în care o parte prezintă anumite fapte și probe. De asemenea, legislația statului membru poate să prevadă că profitul ilegal al întreprinderii (întreprinderilor) autoare a(le) încălcării are un rol - direct sau indirect - în stabilirea prejudiciilor suferite de părți¹¹.

⁶ Ghidul practic de față are ca obiect doar evaluarea prejudiciului în contextul cererilor de despăgubiri financiare (pecuniare). Cu toate că documentul de față nu are ca obiect în mod special stabilirea valorii compensației în alte mecanisme de compensare de drept civil, informațiile oferite pot fi utile și în efectuarea unui astfel de calcul, în special în acțiunile în revendicare.

⁷ Pentru mai multe detalii, a se vedea punctul 11 și următoarele din secțiunea II de mai jos.

⁸ În acest sens, articolul 16 din Regulamentul 1/2003. Documentul de față nu tratează în mod special problema dacă o anumită practică reprezintă o încălcare a articolelor 101 sau 102 din TFUE.

⁹ Cauzele conexe C-295/04 – C-298/04, Manfredi, Rec, 2006, p. I-6619, punctele 61 și 64; cauza Courage, C-453/99, Rec., 2001, p. I- 6297, punctul 29.

¹⁰ Pentru un exemplu de repartizare a sarcinii probei, hotărârea pronunțată de *Kammergericht Berlin* (Tribunalul Regional Superior) la 1 octombrie 2009, în cauza 2 U 10/03 Kart (*Vitaminpreise*).

¹¹ A se vedea și paragraful 146 din partea 3 de mai jos.

6. Scopul prezentului ghid practic este să pună la dispoziția instanțelor și a părților în acțiunile în despăgubire informații economice și practice ce pot fi utile când se aplică normele și practicile naționale. În acest scop, ghidul practic prezintă informații despre prejudiciul generat în urma practicilor anticoncurențiale interzise prin tratat și informații cu privire la principalele metode și principii disponibile pentru cuantificarea unui astfel de prejudiciu¹². De asemenea, aceste orientări pot ajuta părțile să ajungă la soluționarea amiabilă a diferendelor, fie în cadrul sau în afara procedurilor judiciare sau a mecanisme alternative de soluționare a litigiilor.
7. Ghidul practic de față este pur informativ, nu este obligatoriu pentru instanțele naționale și nu aduce atingere dispozițiilor legale aplicabile în statele membre acțiunilor în despăgubire întemeiate pe încălcări ale articolului 101 sau 102 din TFUE¹³.
8. Mai precis, în funcție de legislația națională aplicată în conformitate cu principiile efectivității și al echivalenței potrivit legislației UE menționate mai sus, se va decide dacă este adecvată folosirea, într-o anumită cauză înaintată instanțelor din statele membre, a unei metode sau tehnici descrise în ghidul practic de față și care metodă sau tehnică este cea mai potrivită. Factorii relevanți care trebuie luați în considerare în această privință ar putea include
- dacă o anumită metodă sau tehnică întrunește standardele solicitate de reglementările naționale;
 - dacă există suficiente date pentru ca partea căreia îi revine sarcina probei să aplice metoda sau tehnica;
 - dacă costurile pe care le implică sunt proporționale cu valoarea solicitării de despăgubiri în cauză.
- Dificultăți excesive în exercitarea dreptului la despăgubiri garantat de legislația UE și, prin urmare, preocupări în legătură cu principiul efectivității ar putea apărea, de exemplu, în caz de costuri disproporționate sau de cerințele prea exigente în ceea ce privește gradul de certitudine și de precizie a cuantificării prejudiciului suferit¹⁴.
9. Conținutul acestui ghid practic nu trebuie înțeles ca pledoarie împotriva utilizării unor abordări mai pragmatice sau ca argument pentru ridicarea sau scăderea nivelului probatoriu sau al nivelului de detaliu al elementelor de fapt solicitate părților în conformitate cu sistemele juridice ale statelor membre. Într-adevăr, este posibil să fie suficient ca părțile să prezinte elemente de fapt și probe privind quantumul prejudiciului, care să fie mai puțin detaliate decât metodele și tehnicile prezentate în ghidul practic de față.
10. Trebuie remarcat faptul că informațiile economice cu privire la prejudiciul generat de încălcarea normelor antitrust și metodele de cuantificare a acestui prejudiciu pot evolua în timp, odată cu cercetările teoretice și empirice și cu abordările adoptate de instanțe în acest domeniu. Documentul de față nu trebuie, prin urmare, să fie considerat ca exhaustiv.

¹² Pentru pregătirea ghidului practic de față, Comisia a găsit informații utile în diferitele studii pe care le-a comandat, precum și în observațiile primite de la experții externi; a se vedea <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Și nici nu aduce atingere drepturilor și obligațiilor izvorâte din dreptul UE ale statelor membre sau ale persoanelor fizice sau juridice.

¹⁴ A se vedea, de asemenea, paragrafele 16 și 17 de mai jos.

II. ABORDARE GENERALĂ PRIVIND CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI ÎN CAUZELE DE DREPTUL CONCURENȚEI

11. Acordarea de despăgubiri pentru prejudiciul suferit are ca scop aducerea părții prejudiciate în situația în care ar fi fost dacă nu exista încălcarea articolelor 101 și 102 din tratat. Situația actuală a părții prejudiciate trebuie comparată cu situația în care s-ar fi aflat aceasta dacă nu exista încălcarea. Această evaluare este uneori denumită „analiză ipotetică” (în engleză „*but-for analysis*”).
12. Așadar, problema centrală în cuantificarea prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust este stabilirea a ceea ce s-ar fi putut întâmpla dacă nu exista încălcarea. Deoarece această situație ipotetică nu poate fi examinată direct, este necesară o estimare pentru a obține un scenariu de referință realist, cu ajutorul căruia să se efectueze comparația cu situația efectivă. Acest scenariu de referință se va numi în continuare „scenariu fără încălcare” (în engleză *non-infringement scenario*) sau „scenariu contrafactual” (în engleză *contrafactual scenario*).
13. Într-un caz specific, punctul de pornire pentru a stabili dacă încălcarea a produs într-adevăr un prejudiciu părâtului și, în caz afirmativ, pentru a stabili quantumul acestui prejudiciu depinde de specificitățile cazului dat și de probele de care dispune instanța (inclusiv decizii ale autorităților în materie de concurență). Încălcarea (pretinsă) concretă din speță și modul în care ar putea afecta o anumită piață sunt cele două elemente de la care se pornește în stabilirea quantumului prejudiciului cauzat prin încălcare.
14. În anumite cazuri, este posibil ca instanțele naționale să folosească anumite probe relevante pentru cuantificarea prejudiciului, cum ar fi documente produse de o întreprindere autoare a încălcării cu privire la prețurile convenite și folosirea acestora sau documente prin care se evaluează dezvoltarea poziției întreprinderii autoare a încălcării pe acea piață. Se poate folosi și proba cu martori. Disponibilitatea acestor probe poate juca un rol decisiv atunci când o instanță decide dacă sunt necesare metodele sau tehnicile descrise mai jos și, în caz afirmativ, care dintre acestea pot fi folosite de o parte pentru a îndeplini standardul probatoriu în conformitate cu legea aplicabilă.
15. Variabilele economice (precum prețurile, volumul vânzărilor, profitul, costurile și cota de piață) care trebuie luate în considerare se vor stabili în funcție de tipul de prejudiciu pretins de reclamant. De exemplu, în cazul unui cartel care generează prețuri mai mari pentru clienți, este necesară estimarea unui preț presupunând că încălcarea nu a existat, pentru a se stabili un punct de referință care să fie comparat cu prețul plătit în realitate de clienți. În cazul unui abuz de poziție dominantă care conduce la împiedicarea accesului pe piață pentru concurență, profitul pierdut de companiile concurente se poate estima comparând cifra de afaceri și marja de profit efective, cu cifra de afaceri și marja de profit pe care s-ar fi realizat dacă nu exista încălcarea.
16. Nu se poate determina cu certitudine modul cum ar fi evoluat o piață dacă nu ar fi existat încălcarea articolelor 101 sau 102 din tratat. Prețurile, volumul vânzărilor și marja de profit depind de o serie de factori și interacțiuni complexe între participanți pe piață, care nu pot fi estimate cu ușurință. Prin urmare, estimarea scenariului fără încălcare se va baza, prin definiție, pe un număr de prezumții¹⁵. În practică, acestei

¹⁵ Curtea de Justiție a recunoscut limitele și implicațiile evaluării unei situații ipotetice (în contextul cuantificării beneficiului nerealizat într-o acțiune în despăgubire împotriva Comunității Europene în

limitări implicite i se va adăuga deseori și faptul că datele nu sunt disponibile sau sunt inaccesibile.

17. Din aceste motive, cuantificarea prejudiciului în cauzele de dreptul concurenței este limitată semnificativ, prin însăși natura sa, în ceea ce privește gradul de certitudine și de precizie care poate fi așteptat. Nu există o valoare unică „adevărată” ce poate fi determinată a prejudiciului suferit, ci doar cea mai bună estimare bazată pe prezumții și aproximări¹⁶. Reglementările juridice naționale aplicabile și interpretarea acestora ar trebui să reflecte aceste limitări inerente în cuantificarea prejudiciului în acțiuni în despăgubire întemeiate pe încălcarea articolelor 101 și 102 din tratat, în conformitate cu principiul efectivității al dreptului Uniunii, astfel încât să nu devină practic imposibil sau extrem de dificil să se exercite dreptul la despăgubiri garantat prin tratat.
18. Prezentul ghid practic prezintă o serie de metode și tehnici elaborate în economie și în practica juridică pentru a stabili un scenariu de referință adecvat și pentru a estima valoarea variabilelor relevante (de exemplu, prețul sau volumul vânzărilor)¹⁷. Acestea au la bază abordări diferite și pot varia în funcție de prezumțiile subiacente, de diversitatea și de nivelul de detaliu al datelor necesare. Acestea pot să varieze, de asemenea, și în măsura în care determină existența altor factori în afară de încălcare, care ar putea să afecteze negativ situația reclamantului. În concluzie, aplicarea acestor metode și tehnici poate fi mai mult sau mai puțin dificilă, îndelungată și costisitoare.
19. Odată ce, în cadrul scenariului fără încălcare, s-a estimat valoarea variabilei economice relevante (precum prețurile, marja de profit sau volumul vânzărilor) este necesară o comparație cu circumstanțele efective (de exemplu, prețul plătit de partea vătămată) pentru a cuantifica prejudiciul generat de încălcarea articolelor 101 sau 102 din tratat.
20. Trebuie luată în considerare adăugarea dobânzii aferente. Aplicarea dobânzii este o componentă esențială în acordarea de despăgubiri. După cum a subliniat Curtea de Justiție, despăgubirea integrală pentru prejudiciul suferit trebuie să includă repararea efectelor negative care au rezultat în timpul scurs de la apariția prejudiciului cauzat de încălcare¹⁸. Aceste efecte sunt deprecierea monetară¹⁹ și faptul că partea

sectorul agricol): „beneficiul nerealizat nu este rezultatul unui simplu calcul matematic, ci a unei evaluări și estimări de date economice complexe. Prin urmare, Curții i se solicită să evalueze activități economice în mare măsură de natură ipotetică. Prin urmare, similar unei instanțe naționale, Curtea dispune de o putere largă de apreciere atât asupra cifrelor și datelor statistice ce vor fi selecționate, cât și, mai ales, asupra metodei prin care vor fi utilizate la calcularea și evaluarea prejudiciului”, a se vedea cauzele conexe Mulder și alții / Consiliul și Comisia, C-104/89 și C-37/90, Rec., 2000, p. I-203, punctul 79.

¹⁶ Pentru un exemplu de stabilire a unui scenariu contrafactual de către o instanță națională și de aspecte care decurg din presupunerile de bază, a se vedea, de exemplu, hotărârea Competition Appeal Tribunal, din 28 martie 2013, cauza nr. 1166/5/7/10 (Albion Water Limited / Dŵr Cymru Cyfyngedig).

¹⁷ A se vedea partea 2 de mai jos.

¹⁸ Cauza Marshall C-271/91, Rec., 1993, p. I-4367, punctul 31; cauzele conexe Manfredi, C-295/04 - C-298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 97; Cartea albă a Comisiei Europene cu privire la acțiunile în despăgubire pentru cazurile de încălcare a normelor CE antitrust [COM (2008)165], secțiunea 2.5 și documentul de lucru al serviciilor Comisiei care o însoțește [SEC(2008) 404], punctul 187.

¹⁹ Cauza Grifoni II, C-308/87, Rec., 1994, p. I-341, punctul 40 și concluziile avocatului general Tesaro în cauza Grifoni II, C-308/87, Rec., 1994, p. I-341, punctul 25; cauzele conexe Mulder și alții/Consiliul și Comisia, C-104/89 și C-37/90, Rec., 2000, p. I-203, punctul 51. În contextul scăderii puterii de cumpărare, cauzele conexe Brazzelli Lualdi, T-17/89, T-21/89 și T-25/89, Rec., 1992, p. II-293, punctul 40.

prejudiciată nu a avut posibilitatea să dispună de capital²⁰. Legislația națională poate explica aceste efecte sub forma dobânzii legale sau alte forme de dobândă, atâta timp cât sunt în conformitate cu principiile efectivității și echivalenței menționate anterior.

III. STRUCTURA GHIDULUI PRACTIC

21. Acțiunea în despăgubire pentru prejudicii se întemeiază pe afirmația că o încălcare a articolelor 101 sau 102 din tratat a afectat în mod negativ situația reclamantului. În linii mari, se pot distinge două categorii principale de efecte negative:

(a) încălcările pot avea ca rezultat majorarea prețurilor pe care clienții direcți ai autorilor încălcării le plătesc²¹. Printre încălcările care au astfel de efecte se numără cartelurile prevăzute la articolul 101 din TFUE, de exemplu fixarea prețurilor, împărțirea pieței sau limitarea producției prin intermediul cartelurilor. De asemenea, exploatarea abuzivă în sensul articolului 102 din TFUE pot avea același efect.

Prețurile mărite se traduc printr-un suprapreț pentru clientul care achiziționează produsele sau serviciile afectate²². Mai mult, o creștere a prețului poate duce la scăderea cererii și la pierdere de profit pentru clienții care utilizează produsele în activități comerciale proprii²³.

(b) Întreprinderile pot să încalce articolele 101 și 102 din tratat prin practici ilegale de excludere a concurenților de pe o piață sau de reducere a cotei de piață a acestora²⁴. Exemple tipice sunt abuzul de poziție dominantă prin micșorarea marjei, prin prețuri de ruinare sau vânzări legate, ori prin anumite acorduri verticale de exclusivitate între furnizori și distribuitori, care încalcă dreptul concurenței²⁵. Astfel de practici au un efect semnificativ asupra companiilor concurente, care sunt prejudiciate deoarece renunță la oportunități de afaceri și la profit pe aceste piețe. Atunci când excluderea concurenților are succes, iar presiunea concurenței scade, clienții pieței vor fi și ei prejudiciați, de obicei printr-o majorare a prețurilor.

22. Încălcarea articolelor 101 și 102 din tratat poate avea și alte efecte negative, de exemplu prin impactul negativ asupra calității și inovației produsului. Ghidul practic se axează pe două categorii principale de prejudicii, descrise la punctul 21²⁶. Cu toate acestea, metodele și tehnicile descrise în prezentul ghid practic pot fi relevante și în acțiuni în despăgubire pentru alte tipuri de prejudicii și pentru alte părți prejudiciate.

²⁰ Concluziile avocatului general Saggio în cauzele conexate Mulder și alții/Consiliul și Comisia, C-104/89 și C-37/90, Rec., 2000, p. I-203, punctul 105.

²¹ În cazul în care încălcarea afectează puterea de cumpărare a întreprinderilor care săvârșesc încălcarea, efectul corespunzător va fi scăderea prețului de cumpărare pe care aceste întreprinderi trebuie să îl plătească furnizorilor. Pentru mai multe detalii, a se vedea punctul 139 din partea 3, secțiunea 1.

²² Pentru simplificarea prezentării, în cele ce urmează se va face referire doar la „produse” afectate de o încălcare a reglementărilor, prin care se înțeleg însă și „servicii” afectate.

²³ Pentru mai multe detalii, a se vedea punctele 131 și următoarele din partea 3, secțiunea I.

²⁴ A se vedea cauza C-209/10 Post Danmark, nepublicată încă, punctele 22, 23 și 24.

²⁵ Acordurile verticale sunt acelea încheiate între întreprinderi aflate pe diferite niveluri ale lanțului de aprovizionare.

²⁶ Prezentul ghid practic nu se referă la situația altor persoane în afară de cele descrise la literele (a) și (b) de la punctul 21, cu toate că și alte persoane pot fi prejudiciate de încălcări care au ca efect supraprețuri sau excluderea concurenței; a se vedea de exemplu nota de subsol 107.

23. Partea 3 din ghidul practic se referă în mod specific la cuantificările prejudiciilor de tipul celor discutate la punctul 21 (a). În această parte se descriu efectele principale asupra pieței pe care le are creșterea prețurilor în urma unei încălcări și se ilustrează prin exemple în ce mod pot fi cuantificate aceste prejudicii (în special prejudiciul generat de plata unui suprapreț și prejudiciul asociat scăderii cererii).
24. Partea 4 din ghidul practic se referă în mod specific la cuantificările prejudiciilor de tipul celor discutate la punctul 21 (b). În această parte se descriu posibilele efectele ale excluderii concurenților de pe o piață și se ilustrează prin exemple în ce mod pot fi cuantificate aceste prejudicii (adică pierderea de profit suferită de concurenții excluși și prejudiciul asupra clienților).
25. Principalele metode și tehnici disponibile pentru cuantificarea prejudiciului generat de încălcarea articolelor 101 sau 102 din tratat sunt comune pentru toate tipurile de prejudicii cauzate de astfel de încălcări. Prin urmare, partea a 2-a a ghidului practic discută aceste metode și tehnici și oferă mai multe informații cu privire la ipotezele de fond pe care se bazează aceste metode și considerentele practice și conceptuale cu privire la aplicarea acestor metode în practică.

Partea 2 - Metode și tehnici

I. PRIVIRE DE ANSAMBLU

26. Sunt disponibile mai multe metode de elaborare a unui scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc, cu scopul de a cuantifica prejudiciul în acțiunile în despăgubire în cauzele de dreptul concurenței.
27. Metodele cele mai utilizate de părți și de instanțe constau în a estima ce s-ar fi întâmplat dacă nu ar fi existat încălcarea, analizând perioadele de timp anterioare sau ulterioare încălcării sau analizând piețele care nu au fost afectate de încălcare. Astfel de metode comparative consideră datele (prețuri, volumul vânzărilor, marja de profit sau alte variabile economice) preluate dintr-o perioadă sau de pe o piață neafectată drept indicatori în scenariul în care se presupune că nu există încălcarea. Aplicarea acestor metode este uneori îmbunătățită prin utilizarea tehnicilor econometrice care combină teoria economică cu metode statistice sau cantitative pentru a identifica și a măsura relațiile dintre variabile. Mai multe metode și tehnici bazate pe comparație sunt prezentate în secțiunea II de mai jos (punctele 32– 97).
28. Alte metode decât cele bazate pe comparație sunt discutate în secțiunea III de mai jos (punctele 98– 123). Una dintre aceste metode utilizează modele economice adaptate situației reale de pe piață pentru a simula posibilele rezultate care s-ar fi înregistrat pe piață, dacă nu ar fi existat încălcarea. Aceste modele se bazează pe teoria economică pentru a explica funcționarea probabilă a pieței din perspectiva caracteristicilor principale ale acesteia (de exemplu, numărul de concurenți, modul în care aceștia concurează, gradul de diferențiere a produselor, barierele la intrare). Alte metode includ metoda pe bază de costuri, care utilizează costurile de producție aferente produsului afectat și un indicator pentru o marjă de profit „acceptabilă” pentru a estima scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc, sau metoda care folosește rezultatele financiare ale reclamantului sau ale pârâtului ca punct de plecare.
29. Fiecare dintre metodele descrise în secțiunile II și III de mai jos au caracteristici specifice, avantaje și dezavantaje, care pot fi mai mult sau mai puțin adecvate pentru estimarea prejudiciului suferit în anumite circumstanțe. Acestea diferă în special în măsura în care se bazează pe date care reprezintă rezultatul interacțiunilor efective ale piețelor sau pe prezumții întemeiate pe teoria economică, precum și în măsura în care verifică existența altor factori în afara încălcării, care ar fi putut să afecteze persoana care solicită despăgubiri. Mai mult, metodele și tehnicile sunt diferite în funcție de gradul de complexitate al utilizării, de natura și de volumul de date necesare.
30. Dacă aceste metode urmăresc reconstituirea evoluției pieței în cauză presupunând că nu exista încălcarea, probele mai directe accesibile părților și instanțelor (precum documentele interne ale întreprinderilor care săvârșesc încălcarea sau acorduri cu privire la majorări de preț) pot, de asemenea, furniza, în conformitate cu reglementările naționale aplicabile, informații utile pentru stabilirea prejudiciului într-o cauză dată²⁷.

²⁷

Pentru un exemplu de astfel de abordare, a se vedea hotărârea pronunțată de *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunalul Regional Superior, Karlsruhe) la 11 iunie 2010 în cauza 6 U 118/05, unde, pentru a stabili quantumul prejudiciului, s-au folosit acorduri specifice între întreprinderile din cartel cu privire la majorarea prețurilor, în conformitate cu normele juridice aplicabile cu privire la repartizarea

31. Secțiunea IV de mai jos oferă detalii privind alegerea metodei pentru un anumit caz; această alegere depinde de caracteristicile cazului respectiv și de cerințele legislației aplicabile.

II. METODE COMPARATIVE

32. Pentru a înțelege cum funcționează în practică metodele comparative, este util un exemplu (complet fictiv) de acțiune în despăgubire întemeiată pe o încălcare ipotetică a articolului 101 din TFUE prin existența unui cartel²⁸.

Cartelul făinii

Să presupunem că autoritățile naționale în materie de concurență au constatat că toate companiile de morărit dintr-un stat membru au fixat prețurile pentru măcinarea cerealelor și producerea de făină.

O brutărie care a achiziționat făină periodic în ultimii ani introduce o acțiune în despăgubire împotriva societăților de morărit. Brutăria susține că încălcarea a condus la o majorare ilegală a prețurilor la făina pe care a achiziționat-o de la compania de morărit respectivă. Brutăria solicită despăgubiri pentru supraprețul pe care l-a achitat în ultimii ani.

33. Problema-cheie în cuantificarea prejudiciului din exemplul mai sus menționat este stabilirea prețului pe care brutăria reclamantă l-ar fi achitat pentru făină, dacă nu exista încălcarea. Dacă în acest scop se utilizează o metodă comparativă, se vor compara prețul din scenariul în care încălcarea există cu prețul din scenariul în care se presupune că nu există încălcarea, acest din urmă preț fiind stabilit pe baza datelor examinate fie

- pe aceeași piață înainte și/sau după producerea încălcării (1); sau
- pe o piață diferită, dar similară din punct de vedere geografic (2); sau
- pe o piață diferită, dar similară din punct de vedere al produsului (3).

De asemenea, este posibilă o combinație a comparațiilor în timp cu cele între diferite piețe (4).

34. În exemplul cu cartelul făinii, aplicarea metodelor se axează pe prețuri. Dar, este de asemenea posibilă utilizarea acestor metode pentru estimarea altor variabile economice, precum cota de piață, marja de profit, rata de rentabilitate a capitalului, valoarea activelor sau nivelul costurilor unei întreprinderi. Alegerea variabilei economice utile în stabilirea cuantificării prejudiciului depinde de circumstanțele specifice fiecărui caz.

35. Datele utilizate într-o astfel de comparație a piețelor sau de comparație în timp pot face referire la o întreagă piață (adică valoarea medie a prețului pentru făină stabilit către toate brutăriile care activează în piața geografică învecinată) sau doar la anumiți participanți pe piață (adică prețul pentru făină stabilit către anumite grupuri de clienți, precum cei care achiziționează cu ridicata și își desfășoară activitatea în piața învecinată).

răspunderii în materie de stabilire a faptelor și de aducere a probelor de tip *prima facie*. Această parte a hotărârii a fost contestată de *Bundesgerichtshof* (Curtea Federală de Justiție), hotărârea din 28 iunie 2011, cauza nr. KZR 75/10

²⁸

Acest exemplu este explicat în detaliu la punctul 151.

36. În anumite cazuri de practici de excludere, poate fi de asemenea utilă o comparație între datele cu privire la un singur participant pe piață. Un exemplu de astfel de comparație între societăți, mai precis între partea prejudiciată și o întreprindere similară adecvată comparației, poate fi compararea profiturilor generate de o societate care încearcă să intre pe o piață nouă și se lovește de practici de excludere care încalcă legislația Uniunii în materie de concurență și profiturile generate de o societate nou intrată pe o piață geografică similară, dar care nu este afectată de practici anticoncurențiale. În secțiunile A (1) - (4) de mai jos se discută atât comparația în funcție de datele agregate privind piața, cât și cea în funcție de datele colectate de la societăți²⁹.
37. Autoritatea metodelor comparative rezidă în faptul că utilizează date reale care sunt preluate de pe aceeași piață sau de pe o piață similară³⁰. Metodele comparative se întemeiază pe premiza că scenariul comparativ poate fi considerat reprezentativ pentru scenariul în care se presupune că nu încălcarea nu a avut loc și că diferența dintre datele situației în care există încălcarea și datele selecționate pentru comparație se datorează încălcării. Gradul de concurență și de concentrare de pe aceste piețe, caracteristicile costurilor și ale cererii, precum și barierele la intrarea pe piață sunt caracteristici importante ale pieței, care pot juca un rol în a stabili dacă cele două piețe sunt suficient de similare. Depinde de sistemul juridic național³¹ dacă perioadele de timp sau nivelul de similaritate dintre piețele afectate de încălcare și piețele cu care se compară sunt suficiente pentru ca rezultatele acestei comparații să fie utilizate în cuantificarea prejudiciului. În cazul în care există diferențe semnificative între perioadele de timp și piețele comparate, există diferite tehnici pentru a explica aceste diferențe³².
- A. Metode de construire a unui scenariu fără încălcare**
- (1) Comparația în timp pe aceeași piață**
38. O metodă des utilizată este comparația între situația actuală, în perioada în care încălcarea și-a produs efectele, cu situația de pe aceeași piață înainte ca încălcarea să își producă efectele sau după ce acestea au încetat³³. De exemplu, în cazul în care o întreprindere a abuzat de poziția sa dominantă prin excluderea unui concurent de pe

²⁹ Teoretic, comparația cu datele unei alte societăți se poate realiza nu doar între societăți care activează pe alte piețe geografice sau ale produsului, precum cele discutate în secțiunea 2-4 de mai jos, dar și cu date ale societăților care activează pe aceeași piață geografică și a produsului ca și partea prejudiciată. Practic, astfel de comparații în interiorul pieței nu au un rol important, probabil deoarece în cadrul aceleiași piețe se poate dovedi dificil de găsit o altă societate suficient de comparabilă care să nu fie fost afectată de încălcare. Prin urmare, secțiunile care urmează nu continuă dezbateră acestui tip de comparație în interiorul pieței.

³⁰ De exemplu, acest aspect este subliniat în hotărârea pronunțată de *Bundesgerichtshof* (Curtea Federală de Justiție, Germania) la 19 iunie 2007 în cauza KRB 12/07 (cartel de vânzare cu ridicata a hârtiei).

³¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea punctul 95. Pentru un exemplu de aspecte care pot apărea în momentul analizării gradului de comparabilitate a datelor, a se vedea, de exemplu, hotărârea Tribunal Administratif de Paris din 27 martie 2009, (SNCF / Bouygues).

³² Pentru mai multe detalii, a se vedea punctele 60-96 din secțiunea B de mai jos.

³³ Vezi, de exemplu, hotărârea pronunțată de *Corte d'Appello di Milano* (Curtea de Apel, Milano) la 11 iulie 2003 (Bluvacanze) și hotărârea pronunțată de *Corte d'Appello di Milano* (Curtea de Apel, Milano) la 3 februarie 2000, în cauza nr. I, 308 (Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) (în ambele cazuri, comparația s-a realizat înainte, în timpul și după încălcare), hotărârea pronunțată de *Landgericht Dortmund* (Tribunalul Regional, Dortmund) la 1 aprilie 2004 în cauza nr. 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) (comparație în timpul și după încălcare), hotărârea pronunțată de *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Instanța Civilă Regională din Graz) la 17 august 2007 în cauza nr. 17 R 91/07 p (școală de șoferi) (acceptarea unei comparații în timpul și după încălcare).

piață în perioada 2004 și 2005, prin această metodă se poate analiza, de exemplu, profitul societății concurente în perioada în care încălcarea producea efecte și profitul acesteia în 2002 și 2003, când nu exista încă încălcarea³⁴. Un alt exemplu ar fi acela al unui cartel care operează prețuri fixate (precum cartelul făinii din exemplul menționat mai sus) care a durat din 2005 până în 2007, caz în care prin această metodă se poate compara prețul achitat de clienții cartelului în perioada în care încălcarea era efectivă cu prețul achitat de clienți în perioada care a precedat încălcarea, de exemplu 2008 și 2009³⁵.

39. În principiu, există trei puncte de referință diferite care pot fi utilizate în compararea încălcărilor într-o perioadă de timp³⁶:
- o perioadă *anterioară* și neafectată de încălcare (comparație „înainte și în timpul” - în exemplul cu cartelul făinii: compararea prețurilor la făină în statul membru *înainte* ca încălcarea să producă efecte cu prețurile afectate de încălcare);
 - o perioadă *posterioară* încălcării și neafectată de încălcare (comparație „în timpul și după” - în exemplul cu cartelul făinii: compararea prețurilor afectate de încălcare cu prețurile de pe aceeași piață *după* ce efectele încălcării au încetat); și
 - atât perioada *anterioară* încălcării, cât și cea *posterioară* acesteia (comparația „înainte, în timpul și după”).
40. Alegerea în cunoștință de cauză a perioadei sau a tipului de date folosite drept referințe necesită de obicei o bună cunoaștere a sectorului de activitate în cauză și va implica luarea cazului specific ca punct de referință. Alegerea va fi influențată și de disponibilitatea datelor și de cerințele privind normele aplicabile în materie de nivel probatoriu și sarcina probei.
41. Un avantaj al metodelor comparative în timp a datelor din *aceeași* piață geografică sau a produsului este faptul că elementele caracteristice precum nivelul concurenței, structura pieței, costurile și caracteristicile cererii se pot compara mai simplu (dacă presupunem că încălcarea nu a existat) decât într-o comparație între diferite piețe geografice sau ale produsului.
42. Cu toate acestea, se poate întâmpla ca unele diferențe dintre cele două seturi de date rezultate în urma comparațiilor în timp să nu se datoreze încălcării. În astfel de cazuri, ar fi mai adecvat să se modifice datele analizate în perioada de comparație pentru a explica diferențele față de perioada în care a avut loc încălcarea³⁷ sau să se aleagă o altă perioadă pentru comparație. De exemplu, în cazurile în care încălcarea a durat o perioadă îndelungată, prezumția că, de exemplu, prețurile de acum 10 ani ar fi rămas aceleași dacă nu ar fi existat încălcarea este probabil exagerată, rezultând nevoia de a opta pentru o comparație între perioada anterioară încălcării și perioada care a urmat acesteia. În cazul încălcărilor de lungă durată, se poate pune problema elementelor practice legate de comparabilitatea datelor, care rezultă din schimbarea

³⁴ Pentru mai multe detalii cu privire la aplicarea metodei în cazul practicilor de excludere, a se vedea partea 4 de mai jos.

³⁵ Pentru exemple mai detaliate cu privire la aplicarea metodei în cazul încălcărilor care duc la majorarea prețurilor, a se vedea partea 3 de mai jos.

³⁶ Metoda comparației în timp se numește și metoda „înainte-după” sau metoda prețului de referință.

³⁷ Pentru detalii despre astfel de modificări și, în special, despre posibilitatea de a utiliza analiza de regresie, a se vedea punctele 60- 96 din secțiunea B de mai jos.

modului de stocare a acestora de către societăți (de exemplu, evoluția practicilor contabile sau schimbarea programului de organizare a datelor).

43. Atunci când există date disponibile, alegerea între o comparație „înainte și în timpul”, „înainte și după” sau „înainte, în timpul și după” se face în funcție de mai mulți factori. Este aproape imposibil să se găsească o perioadă de referință în care împrejurările pieței să reprezinte exact ce s-ar fi întâmplat în perioada în care a avut loc încălcarea, dacă încălcarea nu ar fi existat. Se poate identifica doar o perioadă de timp suficient de asemănătoare care să permită aproximarea în limite acceptabile a scenariului în care se presupune că încălcarea nu a avut loc. Factorii care trebuie luați în considerare în acest context pot include incertitudini cu privire la perioadele de timp care nu au fost de fapt afectate de încălcare. Unele încălcări încep sau încetează gradual să producă efecte, și de obicei există îndoieli cu privire la momentul exact în care încălcarea și, în special, efectele acesteia, încep să se producă. Într-adevăr, hotărârile autorităților competente fac referire în mod constant la probe care sugerează că săvârșirea încălcării a început mai devreme decât perioada în care aceasta a fost stabilită în sensul hotărârii³⁸. Analiza econometrică a datelor în cauză poate fi o modalitate de identificare a momentului în care încălcarea a început sau a încetat să producă efecte.
44. Încetarea încălcării și a efectelor produse de aceasta poate fi mai simplu de stabilit decât momentul inițial, dar și în acest caz pot apărea îndoieli legate de întrebarea dacă perioada imediat următoare încetării efectelor încălcării nu a fost afectată de practicile anticoncurențiale³⁹. De exemplu, în cazul în care condițiile pieței revin cu întârziere la nivelul anterior producerii încălcării, utilizarea datelor din perioada imediat următoare încălcării ar putea duce la o subestimare a efectelor acesteia. De asemenea, se poate întâmpla ca, într-o perioadă scurtă care urmează desființării unui cartel, să se practice prețuri foarte scăzute deoarece societățile pot aplica strategii agresive de prețuri până când piața își redobândește starea „normală”, de echilibru, adică cea anterioară încălcării.
45. O altă problemă poate apărea, mai ales în piețele de tip oligopol și anume părțile unui cartel pot utiliza informațiile culese în perioada în care cartelul era activ pentru a-și coordona ulterior comportamentul, fără să încalce articolul 101. În astfel de situații, este posibil ca prețurile percepute să fie mai mari decât în cazul în care încălcarea nu ar fi avut loc și nu vor servi decât la estimarea valorii minime a prejudiciului suferit. Perioada anterioară încălcării poate fi un punct de referință mai potrivit atunci când caracteristicile pieței s-au schimbat radical spre finalul perioadei în care a acționat încălcarea datorită unor factori exogeni (cum ar fi o creștere puternică a costurilor pentru materia primă sau o creștere a cererii pentru produsul respectiv)⁴⁰.

³⁸ Este posibil ca o autoritate în materie de concurență să își limiteze constatările cu privire la o încălcare la o anumită perioadă, în timp ce, de fapt, încălcarea să fi avut loc pe o perioadă mai lungă.

³⁹ A se vedea hotărârea pronunțată de *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunalul Regional Superior, Karlsruhe) la 11 iunie 2010 în cauza nr. 6 U 118/05 pentru un exemplu unde o instanță națională a decis că prețurile percepute în cele cinci luni care au urmat încetării efectelor încălcării au fost încă influențate de cartel.

⁴⁰ Pentru perioadele scurte în care are loc o încălcare după o astfel de schimbare, datele din perioada care a urmat încălcării sunt mai potrivite pentru comparație, deoarece pot reprezenta mai bine caracteristicile pieței după schimbare. Cu toate acestea, dacă încălcarea în sine a dus la schimbarea caracteristicilor pieței (de exemplu atunci când datorită excluderii anticoncurențiale mai multe societăți concurente au părăsit piața), perioada care urmează după încetarea efectelor încălcării este în mod clar un element de comparație nepotrivit pentru estimarea situației care ar fi existat dacă încălcarea nu ar fi avut loc.

46. Cu toate acestea, chiar și în cazurile în care există îndoieli dacă o anumită perioadă a fost sau nu afectată de încălcare, în principiu, aceasta poate să devină un punct de referință pentru construirea unei ipoteze contrafactice care indică valoarea minimă a prejudiciului suferit⁴¹. Acest aspect se aplică atât incertitudinilor cu privire la perioada anterioară încălcării cât și la cele cu privire la perioada care precedă încălcarea.
47. În anumite împrejurări, scenariu fără încălcare poate fi estimat corespunzător pe baza a două perioade de referință (înainte și după încălcare), de exemplu, utilizând valoarea medie obținută în aceste perioade sau utilizând tehnici precum interpolarea sau analiza de regresie⁴² pentru a evidenția o tendință în dezvoltarea condițiilor de piață în perioada încălcării. Datele din perioada anterioară încălcării pot fi utilizate ca referință până la un anumit punct în perioada în care încălcarea a produs efecte și condițiile de piață au suferit schimbări semnificative, iar perioada care a urmat încălcării ca referință din acel punct înainte.
48. De asemenea, opțiunea pentru anumite date poate contribui la crearea unei baze suficient de asemănătoare pentru a putea efectua comparația: pot exista situații în care datele cumulate precum valorile medii ale prețurilor din sectorul de activitate (sau valorile medii pentru un anumit grup de întreprinderi) sunt suficient de reprezentative⁴³, în timp ce în alte situații este mai potrivit să se utilizeze doar datele societății prejudiciate cu privire la tranzacțiile din perioada anterioară sau cea ulterioară încălcării sau date cu valori medii care se referă la societăți similare. De exemplu, în cazurile în care partea prejudiciată aparține unui grup de actori de pe piață, precum clienți angroșiști (în raport cu clienții finali), prețurile percepute clienților angroșiști în perioada anterioară sau cea ulterioară încălcării pot fi un punct de referință corespunzător.

(2) Comparația cu date de pe alte piețe geografice

49. O altă metodă comparativă este examinarea datelor preluate dintr-o altă piață geografică⁴⁴ cu scopul estimării unui scenariu contrafactual⁴⁵. Acestea pot fi date examinate la nivelul întregii piețe geografice folosite ca referință sau date examinate doar în raport cu anumiți actori de pe piață. De pildă, în exemplul cartelului făinii menționat la punctul 32 de mai sus, prețurile plătite de brutăria reclamantă, în

⁴¹ Dacă, în perioada încălcării, factori exogeni conduc la scăderea prețurilor (de exemplu, o scădere semnificativă a costurilor mijloacelor de producție ale autorului încălcării) se poate respinge estimarea valorii minime a prejudiciului.

⁴² Pentru astfel de tehnici variate de utilizare a metodelor comparative, a se vedea punctele 59- 95 din secțiunea B de mai jos.

⁴³ Pentru mai multe detalii cu privire la utilizarea valorilor medii în aplicarea abordărilor comparative, a se vedea punctul 70 din partea 2 secțiunea II de mai jos.

⁴⁴ Cu privire la conceptele de piață (geografică sau a produsului) relevantă, a se vedea Comunicarea Comisiei cu privire la definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței, JO C 372, 9.12.1997, p. 5.

⁴⁵ Denumită și „metoda etalonului” sau „metoda de analiză secțională transversală” Acești termeni sunt utilizați și cu referire la metoda comparativă care examinează datele preluate de pe piețe ale produsului diferite, dar similare, a se vedea punctele 54-55 din secțiunea 3 de mai jos. A se vedea, de exemplu, hotărârea pronunțată de *Cour d'Appel de Paris* (Curtea de Apel, Paris) la 23 iunie 2003 (Lescarcelle-De Memoris/OGF); hotărârea pronunțată de *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Instanța Comercială, Madrid) la 11 noiembrie 2005, în cauza nr. 85/2005 (Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.) confirmată de hotărârea pronunțată de *Audiencia Provincial de Madrid* (Curtea de Apel, Madrid) la 25 mai 2006, în cauza nr. 73/2006; hotărârea pronunțată de *Bundesgerichtshof* (Curtea Federală de Justiție, Germania) la 19 iunie 2007, în cauza nr. KRB 12/07 (cartel de vânzare cu ridicata a hârtiei) (în contextul evaluării profitului ilegal obținut de participanții la cartel cu scopul de a calcula o amendă).

perioada încălcării, pot fi comparate cu prețurile plătite în general de brutării similare, pe o piață geografică diferită, neafectată de încălcare. Același tip de comparație se poate efectua cu privire la oricare altă variabilă economică a unei întreprinderi, de exemplu, cota de piață, marja de profit, rata de rentabilitate a capitalului, valoarea activelor sau nivelul costurilor. Comparația cu performanțele comerciale ale societăților active pe altă piață geografică neafectată de încălcare⁴⁶ este relevantă în special în cazul practicilor de excludere.

50. Cu cât o piață geografică se aseamănă mai mult (cu excepția efectelor încălcării) cu piața afectată de încălcare, cu atât este mai potrivită ca piață de referință. Acest lucru înseamnă că produsele comercializate pe cele două piețe geografice comparate ar trebui să fie identice, iar dacă acest lucru nu este posibil, să fie suficient de asemănătoare. De asemenea, caracteristicile concurenței de pe piața geografică de referință ar trebui să fie similare cu cele ale pieței afectate de încălcare, exceptând încălcarea. Poate fi chiar o piață care nu este perfect concurențială.
51. Metoda utilizării piețelor geografice ca punct de referință în construirea unui scenariu contrafactual este folosită în practică în special în cazurile în care încălcarea afectează piețele geografice la nivel local, regional sau național⁴⁷. Dacă piața afectată de încălcare și piața geografică folosită ca referință sunt localizate în zone învecinate, poate chiar în aceeași țară, este foarte probabil ca acestea să fie suficient de asemănătoare pentru a servi scopului comparației⁴⁸.
52. Nu este nevoie ca întotdeauna piața de referință să fie similară în întregime. În cazul în care, de exemplu, punctul de referință este reprezentat de prețurile achitate de un grup de clienți (de exemplu, angrosiști) sau profiturile câștigate de o societate concurentă (de exemplu, o societate nouă) de pe piața de comparație, este important ca poziția pe piață a acestui grup de clienți sau a societății concurente să fie suficient de asemănătoare cu cea a părții prejudiciate de pe piața afectată de încălcare.
53. Alegerea unei piețe geografice de referință poate fi influențată de existența incertitudinilor cu privire la aria geografică de acțiune a încălcării. Piețele geografice în care s-au săvârșit încălcări identice sau asemănătoare, nu sunt, în principiu o opțiune bună ca piețe de referință. De asemenea, este posibil ca piețele vecine în care nu a avut loc o încălcare similară să fi fost influențate de practicile anticoncurențiale de pe piața afectată (de exemplu, deoarece prețurile de pe piața învecinată au crescut datorită prețurilor majorate pe piața afectată și datorită unei presiuni concurențiale mai scăzute emanată de această piață). O comparație cu astfel de piețe nu va releva în întregime prejudiciul suferit, dar, cu toate acestea, ar putea reprezenta o bază utilă pentru estimarea valorii minime a prejudiciului cauzat pe piața afectată de încălcare. Acest lucru înseamnă că, în principiu, reclamantul într-o acțiune în despăgubire se poate baza pe comparația cu o piață geografică care a fost influențată de o încălcare

⁴⁶ În principiu, societatea folosită ca referință poate fi activă pe piața afectată de încălcare, cu condiția ca activitatea acesteia să nu fi fost afectată semnificativ de practicile de excludere. Chiar dacă întreprinderea de referință nu a fost afectată direct de încălcare, este posibil să fi fost afectată indirect, de exemplu prin obținerea unor cote de piață de la o societate concurentă afectată de practicile de excludere. Riscul ca o societate să fie direct sau indirect afectată este mai scăzut dacă evaluarea se face în raport cu o societate similară, activă pe o altă piață geografică. Trăsăturile relevante ce pot fi luate în considerare în evaluarea asemănării dintre societăți pot fi dimensiunea, structura costurilor, clienții și caracteristicile produsului pe care îl comercializează.

⁴⁷ Se poate folosi și în cazurile în care piața relevantă se extinde peste zona națională, atâta timp cât se identifică o piață de referință suficient de asemănătoare.

⁴⁸ A se vedea, totuși, paragraful 53.

identică sau similară, mai ales în cazurile în care este posibil ca influența să fi fost redusă.

(3) Comparația cu date de pe alte piețe ale produsului

54. Analiza diferitelor piețe ale produsului⁴⁹ care prezintă elemente caracteristice asemănătoare⁵⁰ este o abordare similară cu compararea piețelor geografice. De exemplu, în cazul în care o societate care vinde un produs este parțial afectată de o practică de excludere, marja de profit câștigată de acea societate pe piața afectată de încălcare ar putea fi comparată cu marja de profit aferentă unui alt produs comercializat (de aceeași societate sau de o societate similară) pe o altă piață similară.
55. Observațiile aduse în contextul piețelor geografice de referință, aplicate *mutatis mutandis*, pot fi relevante și pentru alegerea unei piețe a produsului de referință adecvate. De cele mai multe ori vor avea în vedere gradul de similaritate dintre cele două piețe ale produsului. Produsul de referință, în special, se va alege având în vedere natura produselor comparate, modalitatea de comercializare și caracteristicile pieței, de exemplu, din punctul de vedere al numărului de concurenți, al structurii costurilor acestora și al puterii de cumpărare a clienților. Probabilitatea ca produsele să fie similare este mai mare dacă cele două produse comparate sunt comercializate pe aceeași piață geografică⁵¹. Și incertitudinile dacă o piață a produsului cu potențial de comparare a fost afectată de încălcare sau de o încălcare similară a articolelor 101 sau 102 pot avea un rol în procesul de selecție.

(4) Combinarea comparațiilor în timp și între piețe

56. Atunci când sunt disponibile suficiente date, este posibilă combinarea comparațiilor dintre perioadele de timp cu comparațiile dintre piețe. Această abordare este numită uneori „metoda diferenței dintre diferențe” deoarece analizează evoluția variabilelor economice relevante (de exemplu, prețul făinii) de pe piața afectată de încălcare în cursul unei perioade relevante (diferența în timp) și o compară cu evoluția aceleiași variabile, în aceeași perioadă, pe o piață de referință neafectată de încălcare⁵². Prin comparație se calculează diferența dintre cele două diferențe în timp. Astfel, se obține o estimare a schimbării variabilei, cauzată de încălcare, și se exclud toți acei factori care au influențat în același mod atât piața afectată de încălcare, cât și piața de referință. Prin urmare, această abordare este o modalitate de a izola efectele încălcării de alte efecte care au influențat variabila comună ambelor piețe.
57. Un exemplu simplu, folosind cartelul făinii menționat mai sus, poate ilustra metoda: se presupune că, pe baza unei comparații anterioare, concomitente și posterioare perioadei afectate de încălcare, rezultă că în statul membru în care a avut loc cartelul, între 2005 și 2008, prețul unui sac de făină de 100 kg a fost majorat cu 40 €. Analizarea pieței geografice neafectate în aceeași perioadă poate arăta că prețurile la un sac de făină de 100 kg au crescut cu 10 € din cauza creșterii costurilor la materia

⁴⁹ Cu privire la conceptele de piață (geografică sau a produsului) relevantă, a se vedea Comunicarea Comisiei cu privire la definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței, JO C 372, 9.12.1997, p.5.

⁵⁰ Această metodă este denumită uneori metoda „etalon” sau metodă de analiză secțională transversală (ca și metoda comparativă care analizează două piețe geografice diferite).

⁵¹ Probabilitatea ca produsele să fie similare este mai mare dacă cele două produse comparate sunt comercializate pe aceeași piață geografică. Cu toate acestea, circumstanțele pot fi suficient de similare și atunci când se compară produse identice sau asemănătoare, de pe piețe geografice diferite.

⁵² Aceasta poate fi o piață de referință a produsului sau una geografică.

primă (cereale). Dacă se presupune că prețurile de producție majorate au afectat și piața cartelului, o comparație a evoluției diferite a prețurilor pe piața cartelului și pe piața de referință ar indica diferența de preț cauzată de cartelul făinii. În exemplu, aceasta ar însemna 30€ pe unitate.

58. Prin urmare, avantajul metodei diferenței dintre diferențe este că permite evidențierea schimbărilor care nu au fost cauzate de încălcare, dar care au avut loc în aceeași perioadă de timp cu aceasta⁵³. Totuși, metoda se întemeiază în mare măsură pe presupunerea că ambele piețe au fost afectate în mod similar⁵⁴. Observațiile cu privire la aplicarea metodelor comparației între perioade de timp și între piețe, în special necesitatea unei asemănări suficiente a piețelor vizate, sunt valabile și pentru metoda diferenței dintre diferențe. Din punct de vedere practic, această metodă necesită o varietate de date cu privire la piețe și perioade de timp diferite, ceea ce nu este întotdeauna ușor de obținut; cu toate acestea, un volum mai mic de date permite deducerea unor estimări aproximative sau a unei valori minime⁵⁵.

B. Utilizarea metodei în practică: tehnici de estimare a valorii variabilei de interes în scenariile fără încălcare

59. Odată aleasă metoda comparativă potrivită pentru stabilirea unui scenariu contrafactual, există mai multe tehnici pentru utilizarea acesteia în practică. Diferența între aceste tehnici rezidă, în principal, în măsura în care se bazează pe date individuale sau medii (de exemplu, observarea prețurilor), precum și în ce măsură datele analizate în perioada sau pe piața de referință⁵⁶ mai pot suferi modificări. Prin urmare, aceste tehnici se disting prin volumul de date necesar pentru a le aplica.
60. O posibilitate de aplicare a metodelor comparative este utilizarea datelor de referință direct în forma în care sunt observate, iar pe această bază să se estimeze o valoare posibilă pentru variabila economică în cauză (de pildă, în exemplul de mai sus, prețul făinii). În cazul în care sunt disponibile mai multe date de observație (de ex. prețul făinii într-o serie de tranzacții pe o piață geografică de referință), acestea pot fi combinate prin calcularea valorilor medii într-una sau mai multe valori contrafactuale individuale. Aceste valori medii pentru scenariile în care se presupune că încălcarea nu a avut loc pot fi apoi comparate cu valorile medii observate în realitate pe perioada încălcării, de ex. prețurile plătite în realitate pentru făină (pentru mai multe detalii, vezi secțiunea 1 de mai jos).
61. În cazurile în care anumiți factori (cum ar fi creșterea prețului materiilor prime) au influențat doar piața sau perioada de referință sau doar cele afectate de încălcare, în funcție de nivelul probatoriu solicitat sau de reglementările aplicabile în ceea ce privește legătura de cauzalitate, ar trebui să se ia în considerare necesitatea ajustării datelor pentru a explica aceste influențe. Aceste ar putea fi simple ajustări ale datelor

⁵³ În comparație cu o simplă analiză a piețelor, metoda diferenței între diferențe mai are avantajul de a exclude diferențele fixe dintre piețe (cum ar fi diferențele datorate costurilor constant mai mici ale factorilor de producție pe una dintre piețe).

⁵⁴ Dacă, de exemplu, majorările de preț neafectate de încălcare ar fi mai mari pe piața afectată decât pe piața de referință în perioada încălcării, aplicarea metodei diferenței între diferențe utilizând doar valori medii ar supraevalua cuantumul prejudiciului. O aplicare econometrică a tehnicii diferenței între diferențe poate fi utilă în controlul unor astfel de factori.

⁵⁵ Pentru un exemplu de instanță națională care stabilește o valoare minimă în procesul de evaluare a cuantumului prejudiciului, a se vedea hotărârea pronunțată de *Kammergericht Berlin* (Tribunalul Regional Superior, Berlin) la 1 octombrie 2009, în cauza nr. 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ După cum s-a precizat și la punctul 35 de mai sus, informațiile utilizate în astfel de comparații între piețe sau între perioade de timp pot fi date cu privire la toată piața sau date care se referă doar la anumiți participanți pe piață.

în cazurile în care factorul care influențează și gradul de influență al acestuia pot fi ușor de stabilit și de explicat (vezi secțiunea 1 de mai jos). Ajustări mai complexe ale datelor de referință examinate se pot efectua prin tehnici econometrice, mai ales prin utilizarea analizei de regresie, descrisă în secțiunea 2 de mai jos. În funcție de legislația aplicabilă se decide dacă pârâțul sau reclamantul trebuie să solicite, să motiveze și să dovedească astfel de modificări⁵⁷.

62. Într-un caz dat, alegerea uneia dintre aceste tehnici distincte depinde de specificul circumstanțelor cazului și de reglementările legale aplicabile, luând în considerare avantajele și dezavantajele acestor tehnici, de exemplu în ceea ce privește exactitatea și precizia, precum și cerințele pe care le implică (vezi secțiunea 3 de mai jos).
- (1) Tehnici simple: date de observație individuale și multiple, valori medii, interpolări și ajustări simple**
63. În funcție de cerințele reglementărilor naționale aplicabile și de circumstanțele cazului, mai ales de gradul de similaritate dintre piața afectată de încălcare și perioada sau piața folosită ca referință, datele observate pot fi comparate direct, i.e. fără alte ajustări, cu datele observate pe piața afectată de încălcare⁵⁸.
64. Volumul de date examinate cu privire la variabila în cauză (de pildă, în exemplul cu cartelul făinii, prețul făinii) pe piețele de referință sau în perioadele de referință poate varia de la o singură dată sau foarte puține date de observație (i.e. prețul preluat dintr-un număr mic de tranzacții) la un număr foarte mare de date de observație. Pe piețele pe care se efectuează licitații, de exemplu, este posibil ca procedurile să fie rare, iar la momentul estimării prejudiciului să fie disponibile date doar de la o singură licitație care să fi avut loc după momentul încălcării. O situație asemănătoare se poate întâlni în sectoarele de activitate în care sunt uzuale acordurile pe termen lung. Este posibil ca estimarea prejudiciului să se stabilească pe baza unor observații unice a datelor, atunci când acestea sunt suficient de reprezentative pentru perioada în cauză.
65. Atunci când analiza piețelor sau a perioadelor de timp de referință generează un volum mare de observații, de exemplu, prețurile achitate de partea prejudiciată într-o serie de tranzacții ulterioare încălcării sau prețurile achitate de un număr de clienți de pe altă piață geografică, aceste date pot fi utilizate fie individual, fie ca valori medii⁵⁹.

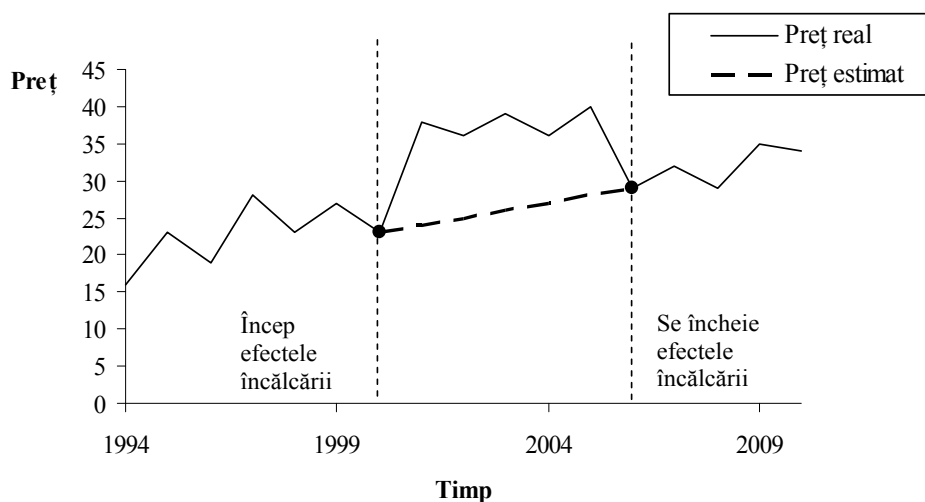
⁵⁷ A se vedea, de exemplu, hotărârea pronunțată de *Kammergericht Berlin* (Tribunalul Regional Superior, Berlin) la 1 octombrie 2009, în cauza nr. 2 U 10/03 Kart pentru ilustrarea obligației de repartizare a sarcinii probei în cuantificarea prejudiciului.

⁵⁸ De pildă, o comparație între perioade de timp se poate fundamenta pe simpla observare a prețurilor înainte și în timpul încălcării, a se vedea hotărârea pronunțată de *Corte Suprema di Cassazione* (Curtea Supremă de Casație, Italia) la 2 februarie 2007, în cauza nr. 2305 (Fondiaria SAI SpA / Nigriello).

⁵⁹ În sensul prezentului ghid practic, termenul „valoare medie” este utilizat cu înțelesul de medie matematică, i.e. valoarea medie calculată prin împărțirea sumei observațiilor la numărul de observații. Totuși, pot exista situații în care este mai potrivită utilizarea altor statistici descriptive (i.e. valoarea mediană sau valoarea dominantă). De exemplu, atunci când pe o piață cu 25 de societăți, 21 dintre acestea percep un preț de 50€, iar patru societăți un preț de 75€, valoarea dominantă a prețului este 50€ (prețul care apare cel mai frecvent pe piață), aceasta fiind o reprezentare mai corespunzătoare a prețului pieței decât valoarea medie de 54€ (în acest exemplu, valoarea dominantă este egală cu valoarea mediană a prețului, care reprezintă prețul perceput de societatea care se situează pe poziția mijlocie în seria de date de observație).

66. Utilizarea diferitelor valori medii sau a altor tipuri de date cumulate poate fi adecvată, atâta timp cât se compară piețe sau perioade asemănătoare. De exemplu, în cazul în care un angrosist solicită despăgubiri deoarece a achiziționat un produs în lunile ianuarie, mai, iulie și octombrie 2009 la prețurile stabilite de membrii unui cartel, iar metoda de estimare a prejudiciului este comparația cu o altă piață geografică, punctul de referință poate fi media lunară a prețurilor achitate pe acea piață de *același tip de client* (angrosist) în cursul *acelorași luni* (i.e. datele din ianuarie se vor compara cu date din ianuarie, cele din mai cu date din mai și așa mai departe). Compararea datelor din aceleași luni va explica, de pildă, diferențele de sezon din cursul unui an, făcând astfel comparația mai fiabilă. Totuși, dacă există mici variații lunare ale prețului, un indicator adecvat poate fi valoarea medie a prețurilor de pe piața de referință pentru tot anul 2009. Este posibil ca datele anuale sau alte valori medii ale datelor (de exemplu, date cumulate cu privire la sectorul de activitate) să fie, pur și simplu, singurele informații disponibile. În general, sistemele juridice pot permite solicitanților să se bazeze pe valori medii ale datelor, garantând, în același timp, posibilitatea pârâtului de a dovedi că există diferențe semnificative și că acestea pot impune necesitatea de a utiliza date defalcate, acolo unde informațiile sunt disponibile.
67. O altă tehnică simplă de determinare a unei valori de referință dintr-o gamă variată de observații este interpolarea liniară. În cazul în care o comparație a perioadelor de timp a generat serii de prețuri din perioadele anterioare și posterioare încălcării, prețul contrafactual din timpul încălcării poate fi estimat prin trasarea unei linii între prețurile din perioada anterioară și cele din perioada ulterioară încălcării, după cum este ilustrat în interpolarea liniară de mai jos. Pe această linie se poate citi o valoare de referință pentru fiecare unitate de timp relevantă din perioada încălcării. În comparație cu determinarea unei singure valori medii pentru perioada afectată de încălcare, interpolarea face posibilă, într-o anumită măsură, explicarea tendințelor în evoluția prețului în timp, tendințe care nu se datorează încălcării. Prin urmare, citirea datelor de referință de pe interpolarea liniară va genera rezultate mai exacte decât dacă s-ar utiliza valorile medii aferente perioadei, de exemplu, în cazurile în care se solicită prejudicii rezultate în urma tranzacțiilor (sau a altor evenimente) care au avut loc doar la începutul sau doar la finalul perioadei încălcării⁶⁰. Următoarea figură reprezintă un exemplu simplu de interpolare liniară (linia întreruptă reprezintă prețul estimat în urma interpolării, în absența încălcării, iar linia continuă, prețurile reale observate):

⁶⁰ Astfel, interpolarea are avantaje comparativ cu utilizarea valorilor medii atunci când numărul de tranzacții (sau de alte evenimente) este distribuit neuniform în cursul perioadei afectate de încălcare.



Extrapolarea liniară funcționează la fel ca interpolarea, cu excepția faptului că linia este continuată fie de la datele aferente perioadei anterioare încălcării, fie de la cele din perioada de după încălcare⁶¹.

68. Ar putea exista situații în care este ușor să se identifice factorul care face diferența între o piață (perioadă) afectată de încălcare și o piață (perioadă) de referință și să se ajusteze corespunzător valoarea datelor de referință observate. De exemplu, anumite efecte sezoniere care au loc pe piață sau efecte datorate variațiilor prețurilor factorilor de producție sau ale cursului valutar pot urmări un model și niște proporții, care pot fi, în unele cazuri, ușor de înțeles din documentele comerciale interne sau din alte surse, precum declarația unui expert. În astfel de cazuri, de exemplu, linia continuă obținută prin interpolarea liniară ar trebui ajustată ca să reflecte astfel de modele⁶².

(2) Analiza de regresie

a. Conceptul și scopul analizei de regresie

69. Analiza de regresie este o tehnică statistică prin care se pot examina modelele care există în raporturile dintre variabilele economice și pentru a evalua în ce măsură o anumită variabilă care interesează⁶³ (de pildă, în exemplul cartelului făinii, prețul făinii⁶⁴) este influențată de încălcare, precum și de alte variabile care nu sunt afectate de încălcare⁶⁵ (de exemplu, costul materiei prime, fluctuația cererii din partea

⁶¹ Extrapolarea este o tehnică ce poate fi utilizată pentru estimarea evoluției unei variabile în timpul perioadei afectate de încălcare prin extinderea tendinței unei serii temporale fie la perioada anterioară, fie la cea ulterioară încălcării. De exemplu, dacă timp de trei ani înainte de crearea unui cartel prețurile ar fi fost 12€, respectiv 13,20€ și 14,52€ (reprezentând o majorare cu 10% în fiecare an), o tehnică simplă ar fi să se estimeze că prețurile din cursul celor doi ani cât a durat cartelul au fost 15,97€, respectiv 17,57€, în timp ce utilizarea analizei de regresie ar putea genera o estimare mai precisă cu privire la tendința subiacentă.

⁶² Dacă există date disponibile, aceste ajustări pot fi efectuate într-un mod mai complex, utilizând analiza de regresie, după cum se explică în secțiunea următoare.

⁶³ Denumită și „variabilă explicată” sau „variabilă dependentă”.

⁶⁴ Analiza de regresie se poate aplica și în cazul altor variabile care interesează, precum volumul vânzărilor, cota sau marja de piață (de exemplu acele variabile pe care un concurent exclus care solicită despăgubiri pentru pierderea de profit rezultată în urma scăderii vânzărilor sau a micșorării marjei), costurile de producție (care pot fi de asemenea relevante în contextul estimării pierderii de profit).

⁶⁵ Denumită și „variabilă(e) explicativă (explicative)” sau „variabilă(e) de influență”.

clienților, caracteristicile produsului, gradul de concentrare al pieței)⁶⁶. Prin urmare, prin analiza de regresie se poate determina dacă și în ce măsură alți factori observabili în afară de încălcare au contribuit la diferența dintre valoarea variabilei de interes observată pe piață în timpul în care încălcarea a produs efecte și valoarea observată pe piață în timpul unei perioade de referință. Deci, analiza de regresie este o modalitate de a exprima cauzele alternative ale diferențelor care apar între seturile de date comparate. În principiu, în analiza de regresie se pot aplica toate metodele comparative, cu condiția să existe date disponibile suficiente⁶⁷.

70. Într-o analiză de regresie, prin intermediul tehnicilor statistice se examinează un număr de observații cu privire la variabila de interes și cu privire la posibilele variabile de influență. Raporturile identificare sunt descrise de obicei sub forma unei ecuații (denumită „ecuație de regresie” sau „model de regresie”). Pe baza ecuației se pot estima efectele variabilelor de influență asupra variabilelor de interes și se pot izola de efectele încălcării. Analiza de regresie estimează cât de strâns sunt corelate⁶⁸ variabilele relevante, ceea ce, în anumite cazuri, poate indica o influență cauzală a unei variabile asupra celeilalte⁶⁹.
71. Există două modalități de efectuare a analizei de regresie în scopul estimării prejudiciului, în funcție de datele pe care se bazează ecuația de regresie: doar pe date din perioade (piețe) neafectate de încălcare sau și observații din perioada (piața) afectată de încălcare, în plus față de datele din perioade (piețe) neafectate. Dacă regresia este estimată doar pe baza datelor observate în perioade (piețe) neafectate, ecuația de regresie se va utiliza pentru a „prevedea” efectul asupra variabilei de interes în timpul perioadei afectate de încălcare pe baza modelului identificat în afara acestei perioade („metoda previziunii”)⁷⁰. În cazul în care regresia este estimată, în plus, și pe baza datelor din perioada (piața) afectată de încălcare, efectul încălcării se va reflecta în ecuația de regresie printr-o variabilă indicator separată (denumită „variabilă fictivă”)⁷¹.
72. În funcție de circumstanțele cazului se va decide dacă este adecvată aplicarea metodei previziunii sau cea a variabilei fictive. În special, dacă metoda previziunii are avantajul că permite alegerea unui model de regresie bazat doar pe observații din perioada în care încălcarea nu exista (prin urmare, nu este influențată de efectele încălcării), utilizarea datelor din ambele perioade/piețe poate permite o estimare mai sigură și mai exactă a indicatorilor de interes, mai ales dacă datele disponibile din perioada neafectată de încălcare sunt limitate ca volum sau nu permit reprezentarea în întregime a dinamicii sectorului de activitate în cauză. Practic, ambele metode pot

⁶⁶ Alți factori care influențează variabila de interes pot fi, de exemplu, importanța clienților sau cantitatea comenzilor, tehnologia utilizată în producție, dimensiunea și structura costurilor societăților care oferă produsul sau cheltuielile de publicitate.

⁶⁷ Pentru ca aplicarea metodelor statistice să genereze rezultate relevante, este necesar un număr suficient de observații. Astfel de seturi de date se pot obține (în comparația perioadelor de timp) prin observarea seriilor temporale, sau (în comparații la un anumit moment în timp) a unui număr de piețe de referință sau de societăți de referință sau de tranzacții, ori prin combinarea amândurora (observarea unui număr de piețe, societăți sau tranzacții într-o anumită perioadă).

⁶⁸ În analiza de regresie multivariată (a se vedea mai multe detalii mai jos), raportul stabilit este unul condițional, i.e. unul în care se verifică efectul altor variabile.

⁶⁹ Cu condiția ca acest lucru să fie în concordanță cu un cadru economic coerent și cu alte probe calitative și cantitative.

⁷⁰ Această „metodă a previziunii” se mai numește uneori și „metoda modelului rezidual”. Metoda este ilustrată în graficul de la punctul 79 de mai jos.

⁷¹ O astfel de „variabilă fictivă” evaluează dacă a existat o creștere a variabilei de interes în timpul perioadei afectate de încălcare.

fi deseori combinate, de exemplu, prin selectarea modelului pe baza perioadei anterioare încălcării și estimând o regresie a variabilei fictive utilizând date din ambele perioade (și, dacă este cazul, permițând ca efectele celorlalte variabile de influență să fluctueze în perioadele cu și fără încălcare).

b. *Exemple și ilustrări*

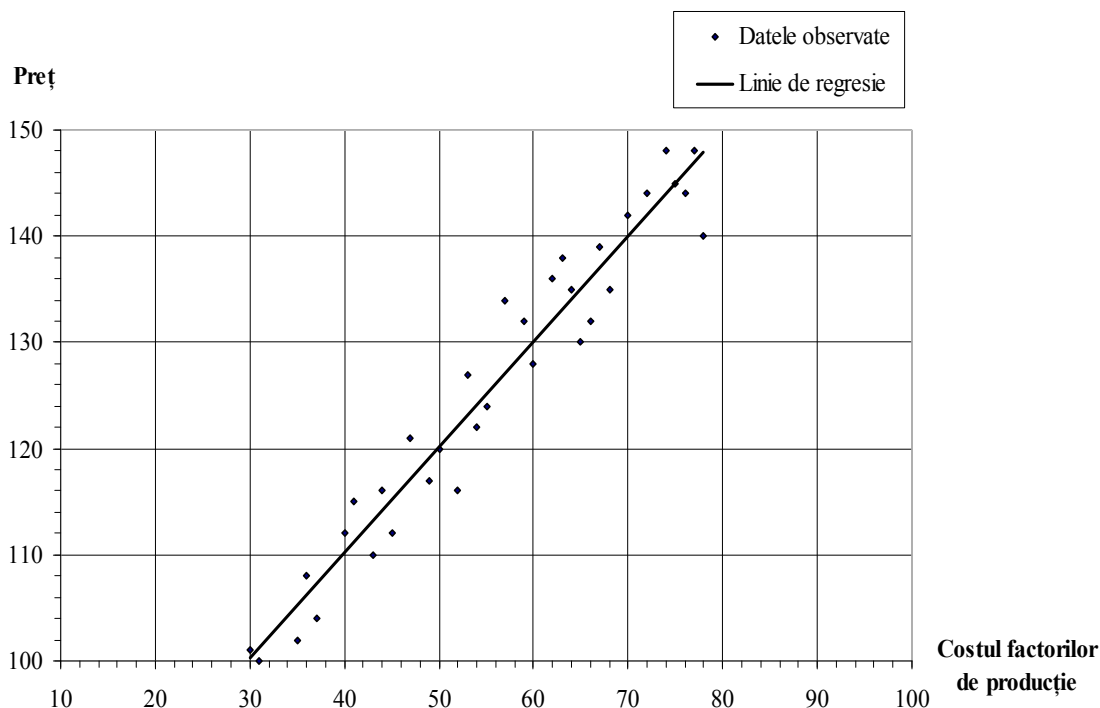
73. Printr-un exemplu simplu, care, din motive ilustrative, analizează doar o potențială variabilă de influență, se pot identifica etapele de bază în analiza de regresie. Se presupune că în cazul cartelului făinii din exemplul menționat mai sus, prețurile achitate de brutării în calitate de clienți ai societăților de morărit sunt comparate cu prețurile percepute de societăților de morărit brutăriilor în perioada anterioară încălcării, iar această comparație relevă o majorare cu 20% în perioada afectată de înțelegere. Pot exista indicii că această majorare nu se datorează exclusiv cartelului și că, în perioada încălcării, au crescut semnificativ și costurile unui mijloc de producție important (de exemplu, cerealele). Prin urmare, nu este clar ce procent din majorare se datorează cartelului și ce procent se datorează creșterii costurilor mijloacelor de producție (creșterea prețurilor la cereale).
74. O posibilă soluționare a acestei incertitudini ar fi utilizarea datelor din altă perioadă sau de pe altă piață, unde costurile mijloacelor de producție (prețul cerealelor) erau mai asemănătoare, dar pot exista situații în care acest lucru nu este posibil⁷². Analiza de regresie furnizează un instrument pentru explicarea variației costurilor mijloacelor de producție, prin determinarea relației statistice între costurile mijloacelor de producție și prețul făinii. În acest scop, se pot examina un număr de observații cu privire la costurile mijloacelor de producție (prețul cerealelor) și prețurile făinii în perioada neafectată de cartel⁷³. Tehnicile statistice aplicate acestor observații pot stabili un model cu privire la modalitatea în care prețul cerealelor a influențat prețul făinii în perioada în care prețul făinii nu era afectat de cartel. Apoi, este posibil să se deducă relația statistică dintre prețul făinii și prețul cerealelor în perioada dată. Aplicând datele raportului obținut la prețurile făinii din perioada afectată de cartel, este posibilă excluderea procentului de majorare a prețului făinii ce nu se datorează cartelului, ci schimbării costurilor mijloacelor de producție și se pot „prevedea” prețurile la făină fără supraprețul impus de cartel, dar incluzând majorarea de preț cauzată de costurile de producție mărite.
75. Graficul de mai jos este un exemplu simplu pentru a vedea cum se deduce o astfel de relație statistică. Graficul prezintă mai multe observații cu privire la costurile mijloacelor de producție (prețul la cereale), prețul corespondent la făină la aceeași dată în timpul perioadei fără cartel. De pildă, dacă la un moment dat prețul cerealelor era 60, prețul făinii era 128. Este posibil să se traseze o linie care să corespundă tuturor observațiilor pentru a prezenta relația statistică (corelația) între prețul cerealelor și cel al făinii. În graficul de mai jos, relația este reprezentată printr-o linie, dar se poate să fie reprezentată printr-o ecuație, ceea ce se întâmplă în majoritatea cazurilor⁷⁴. Înclinația liniei indică ce interval de majorare a prețului făinii este asociat

⁷² De exemplu, fiindcă nu sunt disponibile date sigure din alte perioade sau, fiindcă în alte perioade, alte caracteristici ale pieței diferă semnificativ.

⁷³ Referitor la posibilitatea de a lua sau nu în considerare date din perioada (piața) afectată de încălcare, a se vedea punctul 82 de mai jos.

⁷⁴ Estimarea regresiei liniare a prețului (ca variabilă de interes) raportată la costurile mijloacelor de producție (ca variabilă de influență) furnizează coordonatele acestei linii. În acest exemplu de regresie liniară univariată se utilizează metoda celor mai mici pătrate (OLS - *ordinary least squares*) pentru calcularea coordonatelor liniei drepte localizate la o distanță minimală („cele mai mici pătrate”) de setul

unei majorări a prețului cerealelor. În exemplul ilustrat în grafic, relația identificată semnifică, de pildă, că o creștere a prețului cerealelor de la 50 la 60 este corelată cu o creștere a prețului făinii de la 120 la 130. Deoarece o creștere a costurilor mijloacelor de producție (cereale) cu 10€ este asociată unei creșteri a prețului făinii de 10€, relația statistică indică prin urmare că o creștere a acestor costuri ale mijloacelor de producție este transmisă în întregime.



76. Cunoașterea modelului pe baza căruia costurile mijloacelor de producție (prețul cerealelor) au influențat prețurile făinii în afara perioadei afectate de încălcare, face posibilă o estimare („previziune”) a măsurii în care valorile ridicate observate la aceste costuri (prețul cerealelor) în perioada cartelului au influențat prețurile făinii. Excluderea acestor efecte din comparația între prețuri permite ca estimarea supraprețului cauzat de cartel să aibă o bază mai precisă decât dacă nu s-ar fi efectuat analiza de regresie. În exemplul de mai sus, dacă prețul făinii în perioada cartelului ar fi fost 140, în loc de 120 în perioada neafectată de încălcare, dar costurile mijloacelor de producție (prețul cerealelor) au crescut de la 50 la 60, prețul probabil al făinii, dacă nu ar fi existat cartelul, nu ar fi fost 120, ci 130.
77. Dacă în exemplul descris până acum s-a analizat doar influența unei *singure* alte variabile (prețul cerealelor reprezentând costurile mijloacelor de producție) asupra variabilei de interes (prețul făinii), analiza de regresie în practica din domeniul concurenței trebuie să ia în calcul *un număr* de alți factori care influențează variabila de interes (analiză de regresie *multiplă*⁷⁵). În această situație, pe baza datelor observate se va deduce o ecuație de regresie care să reflecte toate variabilele de

de puncte de date de pe grafic. Tehnica celor mai mici pătrate este o metodă statistică uzuală de estimare a parametrilor unui model de regresie liniară.

⁷⁵

Denumită și „analiza de regresie multivariată”, spre deosebire de „analiza de regresie cu variabilă unică (univariată)” precum cea utilizată în exemplul de mai sus.

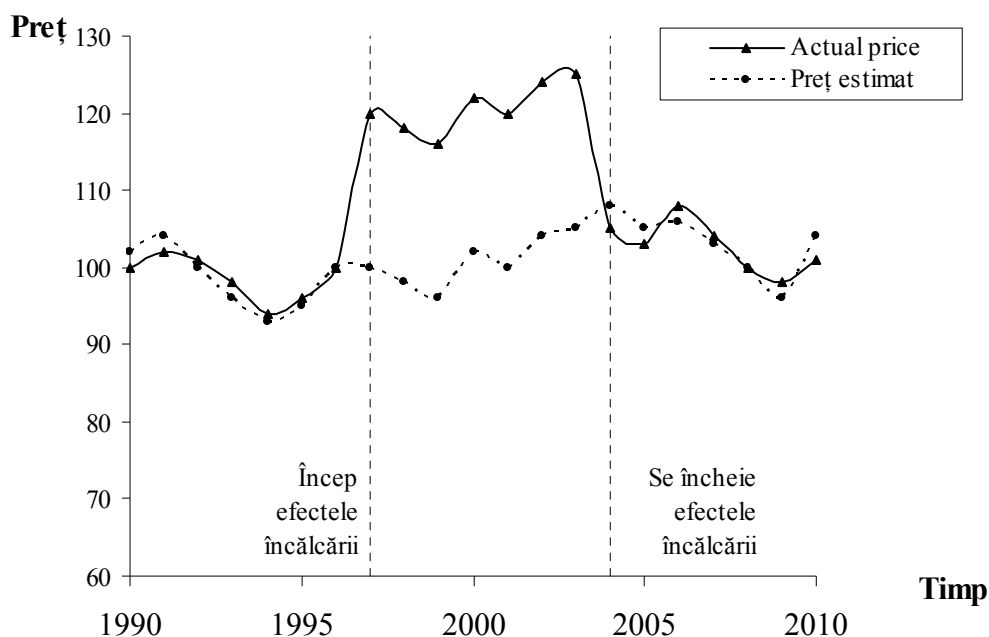
influență relevante și raportul lor cu variabila de interes. De pildă, în exemplul cartelului făinii, este posibil ca, în cursul perioadei afectate de încălcare, societățile de morărit nu numai să fi fost nevoite să plătească prețuri majorate pentru cereale, ci să fi suferit și o majorare a costurilor aferente energiei și forței de muncă și să fi introdus tehnologii de morărit și de ambalare mai eficiente, care, însumate, ar fi putut afecta prețul făinii pe care o vindeau brutăriilor în perioada cartelului. Pentru a identifica modelul statistic al modului în care acești factori au influențat prețul făinii, trebuie analizate mai multe serii de observații cu privire la date aferente fiecăreia dintre aceste variabile de influență.

78. Când se efectuează o analiză de regresie este important să se ia în considerare toate variabilele relevante pentru cazul respectiv. Să presupunem că, în cadrul unei comparații a prețurilor percepute la făină de o societate de morărit în perioada anterioară și concomitentă unei încălcări, pârâtul sau reclamantul utilizează o analiză de regresie multiplă pentru a verifica dacă prețul făinii ar fi fost influențat de factorii mai sus menționați (i.e. prețul cerealelor, costurile aferente energiei și forței de muncă și tehnologiile de morărit și de ambalare). Dacă, cu toate acestea, în perioada cartelului a avut loc o modificare semnificativă a cererii (de exemplu, o cerere mai mare de făină din partea brutăriilor datorată cererii sporite de pâine și prăjituri din partea clienților), iar influența acestui eveniment nu se regăsește în ecuația de regresie, este posibil ca estimarea efectelor încălcării să fie incorectă, chiar dacă analiza de regresie este de altfel cuprinzătoare⁷⁶. Este important să subliniem că, din punct de vedere juridic, partea căreia îi revine sarcina de a invoca și de a dovedi faptele, precum cele menționate mai sus, ca modificarea volumului cererii sau faptul că analiza de regresie a luat în considerare toate variabilele, depinde de legislația națională aplicabilă, în conformitate cu principiul efectivității.
79. La baza fiecărei cuantificări a prejudiciului întemeiată pe o analiză de regresie se află, prin urmare, o relație statistică între variabila de interes (de exemplu, prețul) și variabila(e) explicative relevante reprezentate în ecuația de regresie. Prima etapă în utilizarea metodei previziunii⁷⁷ o reprezintă estimarea ecuației de regresie pe baza datelor din perioada neafectată de încălcare. Într-o a doua etapă se poate estima prețul probabil pe care l-ar fi plătit părțile prejudiciate dacă nu s-a fi produs încălcarea utilizând ecuația de regresie și valorile observate pentru variabilele relevante în perioada încălcării. În a treia etapă, diferența dintre prețul probabil în absența încălcării și prețul achitat în realitate de părțile vătămate, reprezintă o aproximare a supraprețului generat de încălcare. Graficul de mai jos ilustrează etapa a doua și a treia. Dacă se utilizează metoda variabilei fictive, analiza de regresie combină cele trei etape descrise mai sus⁷⁸.

⁷⁶ Cu toate acestea, este important nu numai să fie incluși toți factorii relevanți, ci și să nu se includă în modelul de regresie variabile care sunt în mod evident irelevante (pe baza cunoștințelor de specialitate). Într-adevăr, dacă se includ variabile irelevante pentru a explica variația prețului din model, estimările prejudiciului pot fi în mod greșit mai mici (chiar aproape de valoarea zero).

⁷⁷ Metoda alternativă este cea a variabilei fictive; a se vedea punctul 71 de mai sus. Spre deosebire de metoda previziunii, metoda variabilei fictive evaluează efectul încălcării într-o singură etapă, prin analiza de regresie pe baza datelor, atât din perioada afectată de încălcare, cât și din perioadele în care încălcarea nu exista. În cazul exemplului de mai sus, metoda ar estima efectele cartelului ca majorare a prețului care este observată în perioada cartelului (i.e. coeficientul variabilei fictive în ecuația de regresie) și nu este explicată prin schimbarea altor variabile de influență, precum costurile aferente materiei prime.

⁷⁸ În acest caz, ecuația de regresie este estimată utilizând date atât din perioada încălcării, cât și din perioadele în care încălcarea nu exista; aceasta indică direct cât de mult s-a schimbat variabila de interes în perioada de încălcare, după ce s-a ținut cont de efectul altor variabile explicative.



80. Analiza de regresie ilustrată în acest grafic are la bază metoda previziunii prin care se efectuează o regresie cu datele observate în perioadele anterioare și ulterioare încălcării pentru a stabili printr-o ecuație relația statistică dintre preț și diferite variabile explicative relevante (costurile mijloacelor de producție și alți factori relevanți). Pe baza acestei ecuații și a valorilor observate ale variabilelor explicative relevante, se poate estima un preț care ar fi fost probabil valabil dacă nu exista încălcarea (linia punctată). Linia continuă reprezintă prețul observat în realitate. Diferența dintre linia întreruptă și linia continuă în perioada afectată de încălcare reprezintă supraprețul aproximativ. Linia întreruptă din afara perioadei afectate de încălcare se deduce, de asemenea, prin ecuația de regresie și, prin comparația cu prețurile observate în realitate în perioada neafectată de încălcare (linia continuă), se poate stabili gradul de predictibilitate al modelului de regresie.

c. *Cerințe pentru aplicarea analizei de regresie*

81. Efectuarea unei analize de regresie necesită cunoașterea unui număr variat de tehnici statistice pentru a evalua raporturile dintre variabile, pentru a construi o ecuație de regresie adecvată și pentru a calcula exactitatea parametrilor din această ecuație. În plus, este necesară o bună înțelegere a sectorului de activitate în cauză, în primul rând pentru a formula o ipoteză corectă când se construiește ecuația de regresie și pentru a alege corect factorii de natură să influențeze în mod semnificativ variabila de interes (și care, prin urmare, ar trebui incluși în analiză). Cunoașterea sectorului de activitate este necesară și pentru a lua decizii în cunoștință de cauză cu privire la ce tehnică statistică se va utiliza într-o situație dată, de exemplu, pentru a explica observații neobișnuite sau alte elemente specifice seturilor de date. În special atunci când variabilele explicative au fost și ele afectate de încălcare, se pot obține rezultate incorecte dacă nu se ia în considerare acest aspect, de exemplu, prin aplicarea unor

tehnici statistice⁷⁹ specifice sau prin folosirea de observații care nu provin din perioada sau de pe piața afectată de încălcare⁸⁰.

82. Analiza statistică nu poate identifica relațiile dintre variabilele economice fără un număr suficient de observații. Pentru a identifica efectul pe care îl au variabilele explicative asupra variabilei de interes, este necesar, prin urmare, să fie disponibilă o gamă suficientă de observații cu privire la toate variabilele luate în considerare. Așadar, analiza de regresie solicită în mod normal un număr mare de date. Cu toate acestea, tehnicile statistice pot fi utile în substituirea lipsei de date sau în interpretarea datelor incorecte⁸¹ și pot exista situații în care analizarea unui număr mai restrâns de date este revelatoare.
83. Observațiile cu privire la date pot fi culese în principiu la nivele variate de cumulare. De exemplu, dacă se urmărește analizarea relației dintre preț și costurile mijloacelor de producție, serii de date referitoare fie la prețul perceput în tranzacții individuale, la valoarea medie anuală a prețurilor din sectorul de activitate, fie datele lunare la nivel de societate pot fi analizate în comparație cu seriile de date corespunzând fie costurilor mijloacelor de producție per unitate, fie valorilor medii ale costurilor din sectorul de activitate. Utilizarea datelor defalcate face posibilă analizarea mai multor observații și astfel, obținerea unor aproximări mai precise. În cazul în care astfel de date defalcate nu există sau nu sunt disponibile pentru partea care efectuează analiza de regresie, o analiză a datelor cumulate poate genera rezultate informative, dacă de exemplu, datele cumulate au o frecvență suficientă.
84. O gamă suficientă de observațiile legate de date și un nivel de agregare a datelor sunt exemple de elemente importante pentru fiabilitatea și relevanța datelor utilizate în analiza economică. Cu toate acestea, cele mai multe seturi de date sunt incomplete, și nu toate faptele relevante pot fi observate sau măsurate cu mare precizie. Prin urmare, este adecvat să se recunoască în mod explicit aceste imperfecțiuni. Deficiențele în materie de date nu ar trebui să împiedice considerarea unei analize economice ca având o calitate corespunzătoare, însă concluziile trebuie trase cu precauție⁸².
85. Atunci când analiza de regresie este utilizată corespunzător și se bazează pe suficiente observații cu privire la date, aceasta poate îmbunătăți considerabil aproximarea prejudiciului prin metode comparative. Cu toate acestea, ar trebui subliniat faptul că și cele mai complexe ecuații de regresie se bazează pe un număr de prezumții și (ca orice tehnică de predicție a unei situații ipotetice) au ca rezultat doar aproximări. Este o bună practică să se decidă cu atenție asupra prezumțiilor subiacente ecuației de regresie, deoarece, într-o situație dată, unele prezumții pot fi mai adecvate decât altele și pot conduce la rezultate distincte într-o măsură semnificativă.

⁷⁹ În același mod ca variabilele instrumentale, se poate utiliza o tehnică econometrică pentru a soluționa astfel de probleme de natură internă.

⁸⁰ În special, prin utilizarea metodei previziunii descrisă mai sus, atunci când valoarea variabilelor de influență introduse în model pentru a prezice elementul contrafactual este corectată, pentru a ține seama de efectul încălcării asupra acestor variabile.

⁸¹ De exemplu în cazul în care un eșantion de observații nu este pe deplin reprezentativ.

⁸² Pentru explicații suplimentare privind importanța fiabilității și relevanței datelor a se: DG COMP Cele mai bune practici pentru prezentarea de dovezi economice și de colectare a datelor în cazurile legate de aplicarea articolelor 101 și 102 din TFUE și în cazurile de concentrare, la http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

86. O modalitate de a rezolva incertitudinile legate de estimare este de a folosi rezultatele nu ca punct de estimare („prețul în scenariul fără încălcare este de 10 €”), ci ca un interval („prețul în scenariul fără încălcare este între 9 € și 11 €”). Noțiunea de „interval de încredere” - care este standard în statistică - este folosită pentru a descrie probabilitatea ca valoarea reală să fie conținută într-un interval. Prin convenție, în economie, o probabilitate de 95% ca un anumit interval să conțină într-adevăr valoarea corectă este considerată un grad ridicat de certitudine.
87. Un mod similar de a rezolva incertitudinile estimărilor este de a recurge la noțiunea de „semnificație statistică”, care este o modalitate standard de testare dacă rezultatele obținute într-o analiză de regresie sunt datorate unei coincidențe sau dacă acestea reflectă, de fapt, o veritabilă corelație. Pentru aceasta, se testează o anumită ipoteză: în domeniul acțiunilor în despăgubire, o astfel de ipoteză ar putea fi, de exemplu, dacă încălcarea înțelegerii a avut, de fapt, un efect real asupra prețurilor sau nu. Ipoteza în care încălcarea *nu* a avut un efect (și, prin urmare, prețul în scenariul fără încălcare nu diferă de prețul din scenariul în care încălcarea a avut loc), este denumită „ipoteza nulă”. Analiza regresiei este apoi utilizată pentru a testa această ipoteză nulă. Se consideră că rezultatele unei analize de regresie sunt semnificative statistic atunci când ipoteza nulă poate fi respinsă întrucât ar fi foarte puțin probabil ca rezultatele observate să se datoreze întâmplării. Prin convenție, o probabilitate de cel puțin 95% ca ipoteza nulă să fie respinsă este considerată în economie ca putând considera rezultatele ca „semnificative statistic”.
88. Așa cum s-a descris mai sus, în știința economică este o convenție atât pentru noțiunea de „interval de încredere”, cât și pentru cea de „semnificație statistică” să se utilizeze un prag de probabilitate de 95%. Ar trebui subliniat faptul că aceasta reprezintă o simplă convenție și că praguri mai stricte sau mai puțin stricte (de exemplu: probabilitate de 99% sau 90%) pot furniza, de asemenea, informații utile. Acest lucru se datorează faptului că semnificația statistică se stabilește, în parte, în funcție de numărul de observații din setul de date: alți factori fiind egali, semnificația statistică crește atunci când dimensiunea eșantionului crește. Se consideră o bună practică indicarea pragului de probabilitate ales. În acțiunile în despăgubire, instanța, în conformitate cu legislația aplicabilă, trebuie să decidă valoarea probantă a unei astfel de analize de regresie și consecințele procedurale, (în special cu privire la sarcina de stabilire a faptelor și sarcina probei) pe care o astfel de analiză ar putea să o implice.
89. Desemnarea părții care va efectua analiza de regresie într-o cauză și a etapei procedurale în care aceasta va fi necesară va depinde *inter alia* de existența sau de disponibilitatea datelor și de prevederile legislației aplicabile în materie de stabilire a faptelor, de prezentare a probelor, de nivelul probatoriu și de repartizarea sarcinii probei între reclamant și pârât.
90. Diferitele tipuri de analiză de regresie menționate mai sus (paragraful 71 și următoarele) sunt uneori denumite abordări „în format redus”, deoarece aproximează direct parametrii unei ecuații, care sunt derivați la rândul lor din alte relații economice (de exemplu, interacțiunea dintre cerere și ofertă), fără a modela aceste relații în mod explicit. În mod alternativ, se pot construi modele econometrice pentru a estima aceste relații economice subiacente. Cu toate că astfel de modele econometrice, denumite deseori „structurale”, se fundamentează de obicei pe ipoteze temeinice, acestea pot furniza o cunoaștere mai aprofundată a pieței în cauză și pot deveni parte integrantă a exercițiilor de simulare pentru estimarea daunelor (după cum se detaliază în secțiunea III.A).

(3) Alegerea tehnicilor

91. În secțiunile 1 și 2 de mai sus au fost descrise diferite tehnici de aplicare în practică a metodelor comparative. Alegerea tehnicii adecvate într-un caz dat va depinde de obicei de mai multe aspecte, în special de cerințele de jure și de circumstanțele de facto ale cazului. Este foarte probabil ca argumentele cu privire la nivelul și sarcina probei să fie foarte relevante în practică.
92. Tehnicile econometrice pot crește nivelul de precizie al estimării prejudiciului și, astfel, pot fi utile în respectarea unui nivel probatoriu ridicat solicitat de normele aplicabile. În conformitate cu legislația aplicabilă, inclusiv cu principiul efectivității, se va decide dacă se solicită o analiză de regresie (posibil în plus față de alte probe disponibile) pentru a întruni un astfel de nivel și cărei părți îi revine sarcina probei în această privință. Efectuarea unei analize econometrice necesită de obicei un număr semnificativ de date de observație, pe care reclamantul nu le are întotdeauna la dispoziție. În plus, este posibil ca în anumite situații procedurale, datorită nivelului probatoriu aplicabil, partea căreia îi revine sarcina probei să nu fie nevoită să utilizeze alte tehnici decât cele prezentate în secțiunea 1 de mai sus, deoarece sistemul juridic național, consideră că piețele sau perioadele comparate sunt suficient de similare, iar estimarea prejudiciului obținută în urma unei comparații simple este suficient de precisă avându-se în vedere ceea ce trebuie demonstrat într-o situație procedurală dată. De asemenea, este posibil ca, având în vedere estimarea prejudiciului prezentată de reclamant și datele disponibile în mod rezonabil acestuia, sistemul juridic să prevadă transferarea sarcinii probei de la reclamant la pârât. În astfel de situații, pârâtul poate lua în calcul efectuarea unei analize de regresie pentru a respinge faptele susținute de reclamant.
93. Și aspectele legate de proporționalitate pot avea un rol important, deoarece achiziția datelor și analiza econometrică a acestora pot implica cheltuieli considerabile (inclusiv cele aferente unor terțe părți) care pot fi disproporționate sau chiar pot depăși cuantumul solicitării de despăgubiri în cauză. Astfel de argumente pot deveni relevante și din punctul de vedere al principiului efectivității⁸³.
94. Instanțele din UE au optat pentru aplicarea directă a metodelor de comparație, deseori fundamentate pe valori medii⁸⁴. De asemenea, au fost acceptate și ajustări simple ale valorilor datelor de observație atunci când factorul de diferențiere dintre piața (perioada) afectată de încălcare și piața (perioada) este destul de simplu de identificat. Până în prezent, există puține exemple de analize econometrice utilizate în acțiuni în despăgubire întemeiate pe încălcarea normelor antitrust în instanțele din UE⁸⁵, deși astfel de tehnici pot să ofere un sprijin important în cuantificarea prejudiciului cauzat de încălcarea articolelor 101 sau 102 din tratat, după cum s-a arătat mai sus.

⁸³ A se vedea punctul 2 de mai sus, din partea 1, secțiunea 1.

⁸⁴ Utilizarea valorilor medii a fost acceptată de exemplu, în hotărârea pronunțată de *Landgericht Dortmund* (Tribunalul Regional, Dortmund) la 1 aprilie 2004, în cauza nr. 13 O 55/02 *Kart (Vitaminpreise)*; WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ Pentru un exemplu excelent într-o cauză cu privire la pierderea de profit datorată practicilor de excludere, a se vedea hotărârea pronunțată de Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Tribunalul Comercial, Barcelona) la 20 ianuarie 2011, în cauza nr. 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

95. Instanțele din UE aplică uneori o „reducere de siguranță”, i.e. din valoarea datelor de observație se deduce o sumă suficientă, în conformitate cu standardele legislației aplicabile, care să reprezinte incertitudinile dintr-o estimare a prejudiciului⁸⁶. Se poate utiliza și analiza de regresie pentru a explica acești potențiali factori de influență și pentru a obține un prag inferior al estimării prejudiciului⁸⁷.

III. MODELE DE SIMULARE, ANALIZA PE BAZĂ DE COSTURI, ANALIZA BAZATĂ PE REZULTATELE FINANCIARE ȘI ALTE METODE

96. Pe lângă metodele comparative, mai există și alte metode de aproximare a situației ipotetice în care nu există încălcarea. Astfel de metode alternative includ, în special simularea rezultatelor pieței pe baza modelelor economice (A) și abordarea prin care se estimează un scenariu în care se presupune că nu există încălcarea pe baza costurilor de producție și a unei marje de profit rezonabile (B).

A. Metode bazate pe modele de simulare

97. Metodele de simulare utilizează modelele economice de comportament pe piață. Studiile economice asupra modului în care funcționează piețele și în care întreprinderile concurează între ele au arătat că piețele cu anumite caracteristici permit efectuarea de previziuni cu privire la interacțiunile ce au loc pe piețe, de exemplu prețul sau nivelul de producție sau marja de profit eventuală. Ramura economiei cunoscută sub denumirea de organizare industrială a elaborat modele de concurență pentru diferitele tipuri de piețe, pe baza cărora se pot simula astfel de rezultate. Aceste modele variază de la modele ale pieței de monopol până la cealaltă extremă, modele ale pieței cu concurență perfectă.
98. Modelele intermediare create pentru a reprezenta comportamentul întreprinderii pe piețele oligopol sunt, în special, cele create de economiștii Augustin Cournot și Joseph Bertrand în secolul XIX. Modelul oligopolist de concurență Bertrand descrie o piață cu un număr relativ mic de întreprinderi (și obstacole importante de intrare pe piață) care concurează prețul și nu cantitatea produsă. Întreprinderile își stabilesc prețurile în funcție de prețurile pe care consideră că le vor percepe întreprinderile concurente. În cadrul acestui model, prețurile cresc odată cu nivelul de diferențiere a produselor. Modelul oligopolist de concurență Cournot descrie o piață cu un număr relativ mic de întreprinderi (și obstacole importante de intrare pe piață) care concurează pentru cantitatea produsă. Înainte de a decide prețurile, acestea își fixează în mod simultan cantitatea (sau capacitatea), pe baza cantității pe care presupun că o vor produce celelalte întreprinderi. Există însă și numeroase extensii și variante ale modelelor Cournot și Bertrand. Acestea cuprind modele de piețe oligopoliste bazate

⁸⁶ De exemplu, pentru a elimina influența altor factori potențiali asupra variabilei de interes. A se vedea de exemplu, hotărârea Kammergericht Berlin (Tribunalul Regional Superior, Berlin) din 1 octombrie 2009 în cauza nr. 2 U 10/03 Kart și hotărârea Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunalul Regional Superior, Karlsruhe) din 11 iunie 2010 în cauza nr. 6 U 118/05.

⁸⁷ Într-adevăr, în afara faptului că furnizează estimarea prejudiciului prin care se verifică influența altor factori, analiza de regresie mai determină și precizia acestor estimări (sub forma *erorilor standard*) și astfel se determină pragul inferior (și superior) al estimării prejudiciului.

pe teoria jocului⁸⁸, care iau în calcul interacțiunile repetate dintre întreprinderile de pe piață⁸⁹.

99. Într-o piață de tip monopol este foarte probabil ca prețurile să fie ridicate (și volumul vânzărilor scăzut), iar într-o piață cu concurență perfectă este foarte probabil ca prețurile să fie scăzute (și volumul vânzărilor ridicat). Oligopolurile de tip Bertrand pe piețe cu bunuri diferențiate⁹⁰ și oligopolurile de tip Cournot vor conduce în mod normal la prețuri și volume de vânzări situate undeva la nivelul dintre piața cu concurență perfectă și cea de tip monopol; rezultatul exact va depinde, *inter alia*, de numărul de întreprinderi de pe piață și de barierele la intrare pe piață, de nivelul de diferențiere între întreprinderi și produsele comercializate de acestea și de celelalte caracteristici ale pieței respective, precum și de caracteristicile cererii (în special, cât de sensibili sunt clienții la schimbările de preț), precum și de capacitățile și structura costurilor producătorilor.
100. Pe baza acestor informații teoretice care creează o legătură între rezultatele pieței de exemplu, din perspectiva prețurilor la un anumit grup de caracteristici ale pieței, se pot crea modele de simulare pentru a estima prețurile (sau alte variabile) care ar fi fost probabil să existe pe piață, dacă nu se încălcau articolele 101 sau 102 din tratat. Modelul de simulare ar trebui construit astfel încât să reproducă (a) cei mai importanți factori care stimulează oferta (în special, interacțiunile competitive între întreprinderi – „interacțiuni concurențiale”⁹¹ și structura costurilor acestora) și (b) condițiile cererii (în special, în ce măsură clienții reacționează la schimbările de preț). Toate acestea vor fi exprimate ca un set de ecuații în care trebuie inclus un număr de valori ai parametrilor. Aceste valori pot fi cunoscute, estimate econometric sau presupuse astfel încât rezultatele modelului să se potrivească cu unele variabile observate. Atunci când se utilizează modele de simulare pentru a genera scenarii contrafactice, structura pieței și alte caracteristici relevante sunt acelea care ar fi existat în absența încălcării; acestea pot corespunde caracteristicilor observate în scenariul în care se presupune că a existat o încălcare, dar pot fi și diferite într-o anumită măsură⁹².

⁸⁸ Teoria jocului este studiul modului în care oamenii și întreprinderile se comportă în situații strategice în care trebuie să evalueze modul în care ceilalți vor reacționa la acțiunile întreprinse.

⁸⁹ Dacă se au în vedere interacțiunile repetate între întreprinderile de pe piață poate fi util să se explice, de exemplu, comportamentul coordonat între întreprinderi sau intrarea pe piață a unei noi întreprinderi concurente.

⁹⁰ Pe o piață cu bunuri omogene și fără constrângeri în ceea ce privește capacitatea, concurența de preț de tip Bertrand va conduce, în mod contrar, la rezultate foarte competitive. Bunurile omogene sunt acelea între care există puține diferențe din punct de vedere calitativ sau al caracteristicilor.

⁹¹ Termenul „interacțiuni concurențiale” se utilizează pentru a ilustra modul în care se desfășoară concurența între companii, de exemplu, (dar nu se limitează la) modelele de concurență Bertrand sau Cournot, sau modul în care întreprinderile se abțin să concureze una cu cealaltă (în cazul coluziunii care încalcă normele concurenței). Piețele în care formarea prețului se stabilește prin licitații sau prin alte procese de licitare pot fi de asemenea modelate, deoarece interacțiunile între concurenți se bazează de obicei pe reguli fixe (prețurile sau cantitățile produse care probabil vor rezulta în urma unei licitații sau a altui proces de cerere de oferte și care nu sunt afectate de încălcare pot fi estimate în special prin modele de oligopol care încorporează teoria jocului pentru a simula comportamentul specific cererilor de oferte probabil al concurenților într-un scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc).

⁹² Deoarece efectele încălcării ar fi putut duce la o schimbare a structurii pieței sau ar fi putut împiedica o schimbare a pieței, care în alte condiții ar fi avut loc (de exemplu, eliminarea unui competitor ineficient), caracteristicile pieței (ipotetice) din scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc nu sunt neapărat similare celor care pot fi observate în scenariul în care se produce încălcarea. Mai mult, cotele de piață observate în timpul încălcării pot fi semnificativ diferite față de cele estimate în absența încălcării, deoarece membrii cartelului și-ar fi putut distribui între ei volumul de producție.

101. Un exemplu poate ilustra utilizarea modelelor de simulare pentru a estima prejudiciul. Într-un exemplu în care se ia un cartel pe o piață de produse diferențiate (de exemplu, dulciuri din ciocolată), prețurile contrafactuale se pot estima după cum urmează. În primul rând se va estima elasticitatea în funcție de prețul propriu și elasticitatea încrucișată în funcție de prețurile celorlalte produse pentru diferite produse de ciocolată, i.e. se va estima cum variază cererea pentru fiecare tip de produs de ciocolată cu prețul propriu sau cu prețul produselor concurente⁹³. În al doilea rând, se va lua în considerare o interacțiune concurențială corespunzătoare între întreprinderi (de pildă, modelul de concurență Bertrand pentru acest exemplu). Pe această bază, se pot deriva prețurile diferitelor produse de ciocolată care generează profit maxim sub forma unei funcții a unui număr de parametri ai costurilor și cererii, ale căror valori sunt alese pentru a se adapta datelor observate în perioada neafectată de încălcare⁹⁴. Schimbând valorile unor parametri (de exemplu, se presupune că boabele de cacao s-au scumpit cu 10 %) pentru a reprezenta condițiile reale din perioada afectată de încălcare, se poate genera o estimare a prețurilor contrafactuale din timpul perioadei afectate de încălcare. Se determină apoi supraprețul impus de cartel prin efectuarea diferenței dintre prețurile observate și prețurile contrafactuale simulate.
102. În acest exemplu este nevoie de multe date și ipoteze. Se pot crea modele de simulare mai simple pentru a estima prejudiciul, dar acestea se bazează într-o măsură și mai mare pe ipoteze esențiale care sunt dificil de verificat. De exemplu, prejudiciul cauzat de o încălcare de tip cartel poate fi estimat prin compararea prețurilor de monopol (care au ca scop reprezentarea prețurilor din perioada afectată de cartel) cu prețurile estimate printr-un model Cournot (care au ca scop reprezentarea prețurilor în scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc), utilizând date precum cote de piață, costuri și elasticitatea prețurilor pieței. Cu toate acestea, o astfel de metodă depinde esențialmente de interacțiunile concurențiale presupuse în scenariul bazat pe fapte reale și în cel contrafactual și implică riscul ca aceste scenarii să nu reflecte suficient de bine modul în care a operat cartelul în perioada afectată de încălcare și modul în care ar fi operat concurența pe piață în absența încălcării.
103. Se pot utiliza modele de simulare pentru a estima rezultatele pieței nu doar în cazul existenței unui cartel (sau a altor încălcări care duc la creșterea prețurilor), dar și în cazul unor comportamente de excludere. De exemplu, se poate utiliza un model oligopolist pentru a aproxima volumul vânzărilor și cota de piață ale unui concurent exclus, în cazul în care o astfel de încălcare nu avea loc.
104. Orice model care simulează rezultatele pieței este o aproximare a realității și se bazează pe ipoteze teoretice și deseori factuale cu privire la caracteristicile pieței și ale comportamentului probabil al producătorilor și al clienților. Deși, prin însăși natura lor, modelele se fundamentează pe simplificarea realității, chiar și cele mai simple dintre acestea pot furniza, în anumite cazuri, informații valoroase privind prejudiciul probabil. Prin urmare, evidențierea faptului că un model se bazează pe ipoteze aparent nerealiste nu ar trebui să fie suficient pentru a-l respinge; mai degrabă, ar trebui să se ia în considerare în ce măsură ipotezele de simplificare pot influența rezultatele acestuia. Crearea unui model cuprinzător, care reproduce un set

⁹³ Tehnic, acest lucru implică estimarea unui sistem de cerere, ceea ce reprezintă un exemplu de analiză econometrică structurală menționată la paragraful 90.

⁹⁴ Valoarea acestor parametri (de ex., valoarea de costurilor marginale utilizate în calcul) în perioada în care încălcarea nu a avut loc poate fi determinată astfel încât prețurile derivate și volumele să se potrivească cu datele observate.

de caracteristici specifice ale pieței în cauză, dacă este rezolvat și evaluat corespunzător, poate crește posibilitatea ca rezultatul simulării să fie o estimare rezonabilă pentru scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc. Cu toate acestea, chiar și modelele cele mai complexe depind foarte mult de aplicarea unei ipoteze corecte, mai ales referitor la întrebarea centrală cu privire la care sunt estimările privind concurența și cererea din partea clienților în scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc. Mai mult, crearea de modele complexe de simulare poate fi dificilă din punct de vedere tehnic și poate necesita cantități semnificative de date care nu sunt întotdeauna accesibile părții în cauză sau prin care este posibil să nu rezulte date suficient de fiabile.

105. Cu toate acestea, atât modelele de simulare simple cât și cele complexe pot oferi informații valoroase atunci când se estimează rezultatele pe care le-ar fi produs o piață în absența încălcării articolelor 101 sau 102 din tratat. Dacă și în ce situații procedurale un sistem juridic va decide că o simulare economică este adecvată și că rezultatele acesteia sunt suficient de relevante va depinde de circumstanțele specifice cazului, precum și de cerințele legislației aplicabile.

B. Metoda bazată pe costuri și metoda bazată pe rezultatele financiare

106. Altă metodă de estimare a prețurilor probabile care ar fi fost aplicabile în absența încălcării sunt metoda bazată pe costuri⁹⁵ sau metodele care se bazează pe rezultatele financiare ale întreprinderii reclamante sau pârâte (metoda bazată pe rezultatele financiare).
107. Metoda bazată pe costuri constă în utilizarea unei valori a costurilor de producție per unitate, la care se adaugă un nivel de profit care ar fi fost „rezonabil” în scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc. Estimarea prețului per unitate care rezultă din scenariul fără încălcare poate fi comparată cu prețul per unitate perceput în realitate de întreprinderea (întreprinderile) care săvârșește (săvârșesc) încălcarea pentru a obține o estimare a supraprețului⁹⁶.
108. Mai multe tipuri de costuri de producție se pot preta la aplicarea metodei pe bază de costuri, în funcție de caracteristicile sectorului de activitate în cauză. Este important, totuși, ca analiza marjelor și a costurilor să fie coerentă. De exemplu, dacă exercițiul se fundamentează pe costuri variabile (i.e. costuri care variază în funcție de nivelul de producție), ar trebui să se adauge o marjă brută (i.e. marja obținută după deducerea costurilor variabile) pentru a calcula prețul. Trebuie menționat că este posibil ca, pentru determinarea prețurilor, costurile relevante să nu fie doar costurile pârâtului, ci și costurile unuia dintre concurenții acestuia (de exemplu, dacă prețul pieței este stabilit de producătorul cel mai puțin eficient).
109. Prima etapă a metodei bazate pe costuri este stabilirea costurilor de producție per unitate. Costurile per unitate pot fi estimate prin împărțirea costurilor de producție

⁹⁵ Metoda se mai numește și metoda „cost plus” sau metoda „de la detaliu la ansamblu”. Este menționată ca metodă subsidiară în cazuri în care metodele comparative nu sunt adecvate în hotărârea pronunțată de *Bundesgerichtshof* (Curtea Federală de Justiție, Germania) la 19 iunie 2007 în cauza nr. KRB 12/07 (cartel de vânzare cu ridicata a hârtiei).

⁹⁶ Metoda pe bază de cost este utilizată de obicei în estimarea majorărilor aplicate prețurilor. Cu toate acestea, metoda sau elemente ale acesteia, pot fi utilizate și pentru cuantificarea altor tipuri de prejudiciu, precum pierderea profiturilor din cauza comportamentelor de excludere. De exemplu, în hotărârea pronunțată de *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunalul Regional Superior, Düsseldorf) la 16 aprilie 2008, în cauza nr. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*) se estimează o pierdere a profiturilor unui concurent exclus de pe piață prin luarea în considerare a costurilor concurentului și a marjei de profit probabile exprimată ca proporție a acestor costuri.

reale relevante suportate de pârât (pârâți) pentru activitatea comercială relevantă la numărul total de produse obținute. Această abordare poate fi destul de directă în cazul societăților sau a diviziilor separate ale societăților care produc un singur produs principal. Astfel de societăți sau divizii publică de obicei datele importante legate de costuri sau depun astfel de informații ca parte a conturilor auditate în registre publice. În alte cazuri, accesul la date și distribuirea costurilor la produsele afectate de încălcare este mai dificilă. Atunci când sunt disponibile date contabile, s-ar putea să fie necesare ajustări, dat fiind faptul că noțiunea de costuri în contabilitate diferă de cea definită din punct de vedere economic.

110. Se poate întâmpla ca costurile de producție din perioada afectată de încălcare să nu fie reprezentative pentru costurile de producție probabile în absența încălcării. Acest lucru este posibil din două motive: în primul rând, în cazul în care se încalcă prevederile articolului 101, din cauza unui comportament coluziv, este posibil ca societățile care să nu fie supuse presiunii concurențiale care ar exista într-un scenariu fără încălcare să fie mai puțin eficiente și, prin urmare, să aibă costuri de producție mai mari decât în condițiile presiunii concurențiale. În al doilea rând, pârâții ar putea restrânge producția și astfel, în timpul perioadei afectate de încălcare, ar renunța la economiile de scară care ar fi dus la costuri de producție mai mici. Dacă există indicii în acest sens, este recomandat să se ajusteze datele de observație privind costurile pârâtului (pârâților). Dacă nu se fac ajustări, costurile observate pot totuși contribui, aplicând metoda bazată pe cost, la estimarea unui prag inferior al posibilei majorări aplicate prețului.
111. În a doua etapă a metodei pe bază de costuri este necesară estimarea unei marje de profit „rezonabile” care se va adăuga costurilor de producție per unitate. Există mai multe abordări pentru estimarea unei marje de profit „rezonabile”. Acestea se fundamentează fie pe o comparație în timp sau între piețe, fie pe modele economice și au, prin urmare, elemente comune cu metodele descrise în secțiunile anterioare. De exemplu, estimarea unei marje de profit rezonabile într-un scenariu fără încălcare poate fi dedusă pe baza marjei de profit obținută de întreprinderi similare pe o piață geografică comparabilă neafectată de încălcare sau pe o piață a produsului comparabilă⁹⁷. În mod similar, baza estimării poate fi marja de profit a întreprinderii care săvârșește încălcarea (sau o întreprindere similară) în timpul perioadelor anterioare sau ulterioare încălcării. Ambele metode comparative se întemeiază pe prezumția că perioada, piața sau întreprinderea de referință sunt suficient de similare⁹⁸, în special în ceea ce privesc caracteristicile pieței relevante pentru marja de profit, precum nivelul concurenței pe piață,⁹⁹ costurile aferente inovării în sectorul de activitate (care ar face necesară existența unor profituri mai mari), precum și capacitatea de utilizare și constrângerile în ceea ce privește capacitatea. Astfel de prezumții nu sunt întotdeauna ușor de verificat, deoarece este probabil ca un număr considerabil de factori și decizii strategice să determine prețul stabilit de o întreprindere și marja de profit a acesteia.

⁹⁷ Hotărârea pronunțată de *Bundesgerichtshof* (Curtea Federală de Justiție, Germania) la 19 iunie 2007 în cauza nr. KRB 12/07 (cartel de vânzare cu ridicata a hârtiei), referitor la marjele de profit generate de „sectoare de activitate comparabile”.

⁹⁸ Pentru argumente relevante privind un nivel suficient de similaritate a se vedea punctele 38-58 din partea 2, secțiunea II.

⁹⁹ De pildă în cazul în care concurența ar fi fost atât de puternică încât a scăzut nivelul prețurilor către costurile marginale (după cum se presupune în modelul de concurență perfectă) sau dacă marjele ar fi fost ridicate chiar și în lipsa încălcării, datorită unei structuri oligopoliste.

112. O altă abordare pentru estimarea unei marje de profit „rezonabile” este luarea în calcul a naturii concurenței și a caracteristicilor pieței neafectate de încălcare și deducerea unei marje de profit posibile din informațiile oferite de modelele oferite de organizarea industrială¹⁰⁰. De exemplu, dacă presupunem că încălcarea nu ar fi avut loc, este probabil ca prețurile să fi tins către costurile marginale datorită omogenității relative a bunurilor și a capacităților excedentare de pe piață; în astfel de cazuri marja de profit probabilă a producătorilor este relativ scăzută¹⁰¹.
113. Din cele de mai sus rezultă clar că, atât estimarea costurilor probabile în absența unei încălcări, cât și estimarea unei marje de profit „rezonabile” pot să necesite, în practică, luarea în calcul a unui număr de probleme spinoase. În plus, presupune accesul la date ce pot fi în posesia părții căreia i se solicită daune sau a unei terțe părți. Cu toate acestea, în funcție de circumstanțele fiecărui caz în parte și de prevederile legislației aplicabile, metoda bazată pe costuri poate oferi informații utile în sprijinul unei estimări a prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust.
114. Metodele bazate pe analiza financiară folosesc performanța financiară a întreprinderii reclamante sau a întreprinderii pârâte ca punct de plecare pentru a estima dacă reclamantul a suferit un prejudiciu și, în caz afirmativ, pentru a estima valoarea acestuia.
115. În cazul în care reclamantul dintr-o acțiune în despăgubire este o întreprindere și prin încălcare s-au cauzat prejudicii întreprinderii, este posibil ca o analiză a situației financiare a acestei întreprinderi (și în special profitabilitatea acesteia) să poată oferi informații utile cu privire la prejudiciu. Acest lucru poate fi deosebit de util în cazurile în care se revendică pierderi de profit, de exemplu în cazul unui concurent exclus în mod ilegal de pe o piață.
116. Pe această bază, se pot folosi metodele standard pentru evaluarea profitabilității unei întreprinderi (cum ar fi, de exemplu, metoda „valorii nete actuale”, care calculează valoarea actuală a fluxurilor viitoare de numerar ale unei întreprinderi) pentru a oferi o idee în legătură cu valoarea prejudiciului. De asemenea, prin folosirea metodelor de evaluare a întreprinderilor, inclusiv a metodelor contabile, se pot obține date utile.
117. Pentru toate aceste metode trebuie să se stabilească scenariul contrafactual adecvat: odată ce s-a calculat profitabilitatea reală a întreprinderii reclamante, trebuie să se evalueze cum ar fi evaluat profitabilitatea în lipsa încălcării. Acest scenariu contrafactual se poate construi prin utilizarea datelor legate de profitabilitate de pe o piață de referință - această abordare este apoi similară cu metodele comparative discutate mai sus¹⁰². De exemplu, profitabilitatea reclamantului înainte și după încălcare ar putea fi folosită pentru a construi un scenariu fără încălcare. De asemenea, este posibil să se utilizeze un standard alternativ pentru a construi un scenariu contrafactual. O posibilitate în acest sens este de a folosi costul de capital ca punct de referință: această măsură descrie marja de profit minim necesar într-un anumit sector pentru a atrage capital și, prin urmare, poate fi potrivit să se presupună că întreprinderea în cauză ar fi obținut cel puțin acest profit minim în scenariul fără încălcare.

¹⁰⁰ A se vedea punctele 97 și următoarele din partea 2, secțiunea III.

¹⁰¹ În astfel de cazuri, costul capitalului este uneori considerat o aproximare a marjei de profit „rezonabile”. Cu toate acestea, marjele estimate în absența încălcării pot fi foarte diferite de costurile de capital, de exemplu dacă nu există o concurență perfectă sau în prezența unor avantaje legate de costuri specifice anumitor întreprinderi ori șocul cererii și al ofertei.

¹⁰² A se vedea explicații detaliate la paragraful 32 și următoarele.

118. Un avantaj al metodelor financiare este că, în unele cazuri, informațiile necesare pentru a le aplica pot fi deținute de întreprinderi ca cerințe contabile sau pot fi chiar publice, așa cum poate fi cazul societăților cotate la bursă.

C. *Alte metode*

119. Metodele prezentate în acest ghid practic sunt cele mai utilizate în practica juridică și în mediile academice până în prezent. Cu toate acestea, lista prezentată nu este exhaustivă, deoarece metodele descrise pot evolua în continuare și alte metode pot fi disponibile.
120. Alte metode, care *nu* au fost prezentate în acest ghid practic, pot fi utile, de exemplu în stabilirea unui prag superior sau inferior¹⁰³ al prejudiciului suferit sau a unei estimări aproximative¹⁰⁴ a acestuia. În cazurile în care sistemele juridice prevăd posibilitatea unei estimări aproximative, instanțele optează mai degrabă pentru tehnici pragmatice decât pentru aplicarea exactă a metodelor prezentate în secțiunile A și B de mai sus pentru a stabili în limite rezonabile cuantumul prejudiciilor ce urmează a se acorda părților prejudiciate. De pildă, în cazul excluderii de pe piață a unei societăți nou intrate pe piață, prin încălcarea articolului 101 sau 102, se folosesc uneori planurile de afaceri¹⁰⁵ ca sursă de date pentru estimarea ratei de rentabilitate a afacerii, deși în unele cazuri acestea se ajustează în funcție de circumstanțele pieței sau prin utilizarea datelor de la o întreprindere sau o piață de referință.
121. Rămâne la latitudinea instanțelor naționale să stabilească dacă pot accepta o metodă pentru cuantificarea prejudiciului într-un anumit caz, în conformitate cu legea aplicabilă, cu condiția ca principiul efectivității și echivalența cu dreptul Uniunii să fie respectate.

IV. ALEGEREA METODELOR

122. Fiecare dintre metodele descrise în secțiunile II și III de mai sus pot, în principiu, furniza informații în legătură cu toate încălcările prevederilor articolelor 101 sau 102 și diferitele tipuri de prejudicii tipice acestor încălcări. În special, aceste metode permit estimarea nu doar a cuantumului supraprețului ilegal perceput de carteluri prin fixarea prețurilor, dar și, de exemplu, a volumului vânzărilor sau a pierderii de profit a unei societăți care a suferit un prejudiciu prin excludere de pe piață datorită abuzului de poziție dominată a unei societăți concurente.
123. Ar trebui subliniat faptul că este posibilă doar estimarea și nu determinarea cu certitudine și precizie a felului în care s-ar fi derulat scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc. Nicio metodă nu poate fi clasificată ca singura care, în toate cazurile, este mai potrivită decât celelalte. Fiecare dintre metodele descrise mai sus au caracteristici specifice, prezintă avantaje și dezavantaje, care pot fi mai mult sau mai puțin potrivite pentru estimarea prejudiciului suferit în anumite circumstanțe. Metodele diferă, în special în ceea ce privește dificultatea de aplicare, în măsura în

¹⁰³ De exemplu, nivelul maxim al estimării se poate obține prin analiza pierderilor. Prin această tehnică se evaluează, în contextul unei creșteri de preț, ce volum de produse nevândute ar face ca o creștere a prețurilor să devină neprofitabilă.

¹⁰⁴ De exemplu, profiturile contrafactuale ar putea fi identificate *prima facie* folosind ca punct de referință costul capitalului, presupunând că, în lipsa unei încălcări, întreprinderea ar fi câștigat costul capitalului, care reprezintă rata minimă de rentabilitate solicitată de furnizorii de capital unei întreprinderi. Cu privire la limitările acestei abordări, a se vedea nota de subsol 100.

¹⁰⁵ A se vedea de pildă hotărârea pronunțată de *Højesteret* (Instanța Supremă Daneză) la 20 aprilie 2005, în cauza UFR 2005 217H (GT Linien A/S c De Danske Statsbaner DSB și Scandlines A/S).

care se bazează pe date care reprezintă rezultatul interacțiunilor actuale ale piețelor sau pe prezumții întemeiate pe teoria economică, precum și în măsura în care verifică existență și a altor factori în afara încălcării, care ar fi putut să afecteze situația părților.

124. Legislația aplicabilă decide ce abordare a cuantificării poate fi considerată mai potrivită circumstanțelor specifice unui caz dat. Elementele care trebuie luate în considerare cuprind, pe lângă nivelul probatoriu și sarcina probei în conformitate cu legislația aplicabilă, disponibilitatea datelor, costurile și timpul necesare și proporționalitatea acestora în relație cu valoarea solicitării de despăgubiri. Costurile care trebuie luate în considerare în acest context nu se referă doar la cele suportate de partea căreia îi revine sarcina probei în aplicarea metodei, ci și costurile celeilalte părți pentru a formula un răspuns față de cele susținute de reclamant și costurile suportate de sistemul judiciar când instanța trebuie să evalueze rezultatele generate de metodă, eventual cu ajutorul unui expert numit de curte. Elementele ce trebuie luate în considerare cu privire la costuri și sarcina probei pentru partea prejudiciată, precum și proporționalitatea acestora pot deveni relevante din punctul de vedere al principiului efectivității¹⁰⁶. În conformitate cu legislația aplicabilă, decizia privind utilizare și alegerea uneia dintre metodele și tehnicile descrise în ghidul practic de față ar trebui folosite, depinde de accesul la alte probe, cum ar fi probe sub forma documentelor create de întreprindere în desfășurarea activității din care reiese că o majorare de preț convenită în mod ilegal s-a produs în realitate la o anumită valoare.
125. Este posibil ca într-un caz dat, să se aplice *mai multe* metode (de exemplu, comparația în timp și comparația între piețe geografice), fie alternativ, fie cumulativ. Atunci când două metode diferite generează rezultate similare, acest aspect poate determina un sistem legal să atribuie o valoare probatorie mai mare estimării prejudiciului, eventual un nivel minim, pe baza acestor metode. În cazul în care aplicarea a două metode generează rezultate aparent contradictorii (mai ales atunci când părțile oponente se bazează pe o metodă diferită), în mod normal, nu este oportun să se folosească media celor două rezultate și nici să se considere că rezultatele contradictorii se anulează reciproc. În astfel de situații este mai degrabă recomandabil să se caute motivele pentru care au apărut acele rezultate divergente și să se ia în considerare cu atenție avantajele și dezavantajele fiecărei metode și aplicării acestora în cazul vizat.

¹⁰⁶

A se vedea paragraful 2 de mai sus, din partea 1, secțiunea 1.

Partea 3 - Cuantificarea prejudiciului cauzat de o majorare a prețurilor

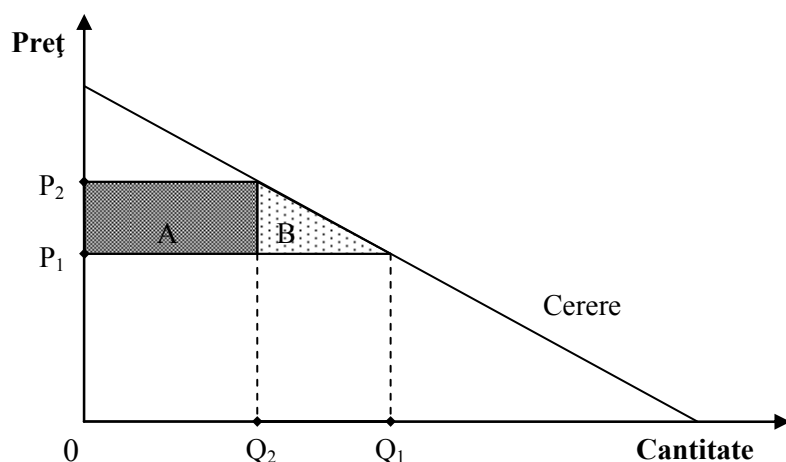
I. EFECTELE ÎNCĂLCĂRILOR CARE DUC LA MAJORAREA PREȚURILOR

126. Practicile anticoncurențiale pot avea ca efect creșterea prețurilor pe care clienții direcți și, deseori și clienții indirecți¹⁰⁷ ai întreprinderilor care săvârșesc o încălcare le plătesc pentru produsul în cauză. Clienții direcți ai întreprinderilor care săvârșesc încălcarea sunt cei care achiziționează un produs direct de la una dintre aceste întreprinderi; clienții indirecți sunt cei care achiziționează produsul afectat de încălcare de la clienții direcți menționați anterior sau de la alți clienți indirecți.
127. Exemple tipice de încălcări care duc la o astfel de creștere sunt înțelegerile cu privire la prețuri sau tarifele excesive impuse de o întreprindere cu poziție dominantă. Clienții pot fi afectați și de practici de limitare a producției sau de repartizare a clienților sau piețelor - practici de denaturare a competiției care duc în mod normal la o creștere a prețurilor. Când încălcările produc efecte negative asupra poziției pe piață a concurenților, se produce o formă diferită de prejudiciu; cuantificarea acestui tip de prejudiciu și consecințele acestuia asupra clienților sunt discutate în partea 4 de mai jos.
128. În măsura în care încălcările duc la o majorare a prețurilor pentru produsele în cauză, se pot distinge două forme principale¹⁰⁸ de prejudiciu cauzat de astfel de o astfel de încălcare:
- (a) prejudiciul care rezultă în urma faptului că clienții direcți și indirecți ai întreprinderilor care săvârșesc încălcarea trebuie să plătească mai mult pentru fiecare produs achiziționat, decât dacă nu ar fi existat o încălcare („supraprețul”). Această formă de prejudiciu este analizată în detaliu în secțiunea II și
 - (b) prejudiciul rezultat în urma așa-numitului „efect de volum” cauzat de faptul că se cumpără mai puține produse din cauza creșterii prețurilor. Această formă de prejudiciu este analizată în detaliu în Secțiunea III.

Figura care urmează prezintă în mod stilizat aceste efecte principale:

¹⁰⁷ În unele situații, întreprinderile care nu încalcă normele concurenței pot să crească prețurile, deoarece prețurile de pe piață sunt mai mari în urma încălcării. Clienții care achiziționează de la astfel de întreprinderi sunt numiți uneori „clienți umbrelă”. Admisibilitatea unei acțiuni în despăgubire introdusă de acești clienți umbrelă depinde de reglementările aplicabile.

¹⁰⁸ Referitor alte forme de prejudiciu, a se vedea paragraful 22 din partea 1, secțiunea III de mai sus.



129. P_1 este prețul perceput dacă încălcarea articolelor 101 sau 102 din tratat nu produceau efecte pe piață. Pe o piață cu concurență perfectă, acest preț va fi egal cu costul aferent producerii unei unități suplimentare (costul marginal). De fapt, multe piețe nu au o concurență perfectă, iar prețurile pe aceste piețe în lipsa încălcării vor fi peste nivelul costurilor marginale. La prețul P_1 , Q_1 este cantitatea de produse achiziționate de clienți.
130. P_2 este prețul majorat care rezultă dintr-o încălcare care produce efecte asupra prețului. La rândul său, acest fapt duce la o scădere a cererii (Q_2), deoarece unii clienți vor considera că prețul majorat pe care trebuie să îl plătească depășește beneficiile de a deține produsul sau de a se folosi de serviciul în cauză. Acest efect se numește „efectul de volum” sau „efectul de cantitate”. Gradul în care o creștere a prețurilor afectează cererea depinde de elasticitatea cererii. Elasticitatea cererii determină cu ce procent variază cantitatea de produse vândute pe o piață dată ca reacție la o schimbare de un procent a prețului pentru un anumit nivel de cerere și furnizează un indiciu util privind dimensiunea efectului de volum pentru o schimbare mică de preț.
131. Dreptunghiul A reprezintă valoarea transferată de la clienți către companiile care săvârșesc încălcarea: clienții care achiziționează la un preț mai mare P_2 trebuie să transfere mai mulți bani societății (societăților) care săvârșește (săvârșesc) încălcarea pentru a achiziționa produsului. Aceștia pot solicita despăgubiri pentru că au fost nevoiți să plătească mai mult, iar în secțiunea II de mai jos se explică modul în care se cuantifică acest tip de prejudiciu.
132. Triunghiul B reprezintă efectul de volum și, deci, valoarea pierdută, determinată de cei care ar fi cumpărat produsul la prețul P_1 , însă nu și când prețul crește la valoarea P_2 ¹⁰⁹.
133. Unii clienți utilizează produsul în cauză în activitatea comercială proprie - de exemplu pentru a a-l vinde sau pentru a produce alte bunuri. Când nu achiziționează la prețul P_2 (sau dacă achiziționează o cantitate mai mică), aceștia renunță la profitul pe care l-ar fi făcut dacă ar fi cumpărat la prețul P_1 . Aceștia pot solicita despăgubiri

¹⁰⁹ Pentru economie în ansamblu, triunghiul reprezintă prin urmare pierderile pentru clienți datorate reducerii producției: în timp ce supraprețul afectează distribuția activelor în sistemul economic, triunghiul B reprezintă bunăstarea care nu a fost generată din cauza încălcării. Acest fenomen se numește în economie „pierdere nerecuperabilă”.

pentru pierderea profitului, iar în secțiunea III de mai jos se explică modul în care se cuantifică acest tip de prejudiciu. Alți clienți sunt clienții finali. Dacă aceștia nu achiziționează la prețul P_2 înseamnă că nu se pot bucura de utilitatea acestor produse sau servicii, pentru care ar fi fost pregătiți să plătească prețul P_1 ¹¹⁰. Reglementările naționale aplicabile pot prevedea compensarea parțială sau totală a unui astfel de prejudiciu pentru faptul că nu s-au bucurat de utilitatea produsului. Cel puțin clienților finali care trebuie să suporte costuri mai mari (de exemplu pentru a achiziționa un bun comparabil) și care, prin urmare, au suferit o pierdere reală¹¹¹ ar trebui să li se acorde despăgubiri.

134. Cele de mai sus reprezintă o trecere în revistă a efectelor asupra pieței care conduc la prețuri de vânzare *mai ridicate*. Încălcarea articolelor 101 sau 102 din tratat poate afecta și cererea, de exemplu în cazul unui cartel al cumpărătorilor sau prin abuzul de putere de piață exercitat de un cumpărător cu poziție dominantă. În acest caz, efectul asupra prețului ar consta într-un „subpreț” pentru furnizorul companiei care săvârșește încălcarea și deseori și un suprapreț pe piețele din aval, i.e. pentru clienții direcți și indirecti ai companiei care săvârșește încălcarea¹¹². În principiu, se pot utiliza aceleași metode de cuantificare a supraprețului și în cazul subprețului.
135. În principiu, se pot utiliza¹¹³ aceleași metode de cuantificare a supraprețului și în cazul în care, la prima vedere, nu se observă folosirea unui suprapreț, întrucât autorul încălcării și-a stabilizat în mod artificial prețurile pe o anumită perioadă de timp, în care, în condiții normale de piață (în lipsa încălcării) prețurile ar fi scăzut. În cele ce urmează, termenul suprapreț desemnează și aceste situații.

II. CUANTIFICAREA SUPRAPREȚULUI

136. Diferitele tipuri de încălcări determină apariția directă sau indirectă a supraprețului. Acțiunile în despăgubire întemeiate pe încălcarea normelor antitrust se confruntă deseori cu supraprețuri cauzate de carteli, care vor fi analizate în secțiunea A de mai jos. Cuantificarea supraprețurilor rezultate în urma altor tipuri de încălcări vor fi analizate în secțiunea B de mai jos.

A. Cuantificarea supraprețurilor rezultate în urma carturilor

137. Într-o acțiune în despăgubiri, va fi necesar - în conformitate cu cadrul juridic aplicabil - să se cuantifice supraprețul suportat de reclamant (reclamant). Studiile economice și juridice au analizat efectele produse de aceste înțelegeri; câteva considerații din aceste studii sunt prezentate mai jos în secțiunea 1.

¹¹⁰ Este posibilă și situația în care clienții să fi fost pregătiți să achite un preț mai mare decât P_1 , dar mai mic decât P_2 .

¹¹¹ Pentru acest termen juridic, a se vedea cauzele conexe Manfredi, C 295/04 - C-298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 95.

¹¹² Pentru a determina scăderea prețului factorilor de producție, este probabil ca membrii cartelului/cumpărătorii dominanți cu putere pe piețele din aval să restrâng achiziția de factori de producție, determinând reducerea producției și, prin urmare, reducerea vânzărilor și creșterea prețurilor pe piețele din aval.

¹¹³ Doar metoda comparativă între perioade în varianta comparației „anterior și concomitent” (adică compararea prețurilor afectate de încălcare cu prețurile anterioare încălcării) ar fi în mod clar nepotrivită, decât dacă s-ar utiliza analiza de regresie sau ajustări simple pentru a lua în considerare factorii care în condiții normale de piață ar conduce la o scădere a prețului (de exemplu, costurile diminuate aferente materiei prime).

138. În acțiunile în despăgubire este bine să se facă distincția între supraprețul inițial suportat de clientul direct al întreprinderii care săvârșește încălcarea (vezi secțiunea 2 de mai jos) și eventualul prejudiciu pe care acest suprapreț îl cauzează clienților indirecti la diferite niveluri ale lanțului de aprovizionare (secțiunea 3).

(1) Efectele produse de carteluri

139. Cartelurile reprezintă înțelegerile sau practicile concertate convenite între două sau mai multe întreprinderi cu scopul de a influența parametrii concurenței prin practici precum fixarea prețului de cumpărare sau de vânzare sau alte condiții comerciale, repartizarea producției sau a cotelor de vânzare sau împărțirea piețelor (manipularea procedurilor de cerere de oferte). În scopul stabilirii dacă astfel de practici încalcă articolul 101 din tratat nu este nevoie să se cuantifice efectele concrete ale acestor practici, deoarece obiectul unui cartel este împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței¹¹⁴.
140. Încălcarea normelor concurenței expune membrii cartelului la riscul de a fi descoperiți și deci, de a fi amendați sau de a suporta alte consecințe negative. Prin simplul fapt că, în ciuda celor de mai sus, întreprinderile desfășoară aceste activități ilegale sugerează că aceștia se așteaptă să beneficieze de avantaje substanțiale în urma acestora, i.e. ca înțelegerea să producă efecte asupra clienților¹¹⁵.
141. Un studiu efectuat pentru Comisie a analizat dovezile empirice ale existenței efectelor supraprețurilor și influența lor¹¹⁶. Acest studiu se fundamentează pe mai multe studii empirice asupra efectelor produse de carteluri. În special, restrânge numărul exemplelor de carteluri analizate în studiul cel mai cuprinzător efectuat până în prezent, luând în considerare doar cartelurile (a) care au fost inițiate după anul 1960 (deci, se iau în considerare doar cartelurile mai recente), (b) pentru care au existat estimări privind supraprețurile medii (și nu doar o estimare a supraprețului minim și maxim), (c) pentru care existau studii de fond relevante prin care se explica metoda de calcul a estimării supraprețului și (d) care au fost publicate în articole academice sau în literatura de specialitate¹¹⁷, fiind validate de experți. Deși rezultatele acestui exercițiu¹¹⁸ trebuie interpretate cu atenție, studiul întreprins pentru Comisie cuprinde informații utile cu privire la efectele produse de carteluri.

¹¹⁴ A se vedea hotărârile Tribunalului în cauzele conexe Cimenteries CBR SA / Comisia T-25/95 etc., Rep., 2000, p. II-491, punctele 837, 1531, 2589; cauza Tate & Lyle/ Comisia, T-202/98, Rep., 2001, p. II-2035, punctele 72-74; a se vedea și Comunicarea Comisiei: Orientări privind aplicarea articolului 81(3) din Tratat, JO C 101, 27.4.2004, p. 97, paragrafele 20-23.

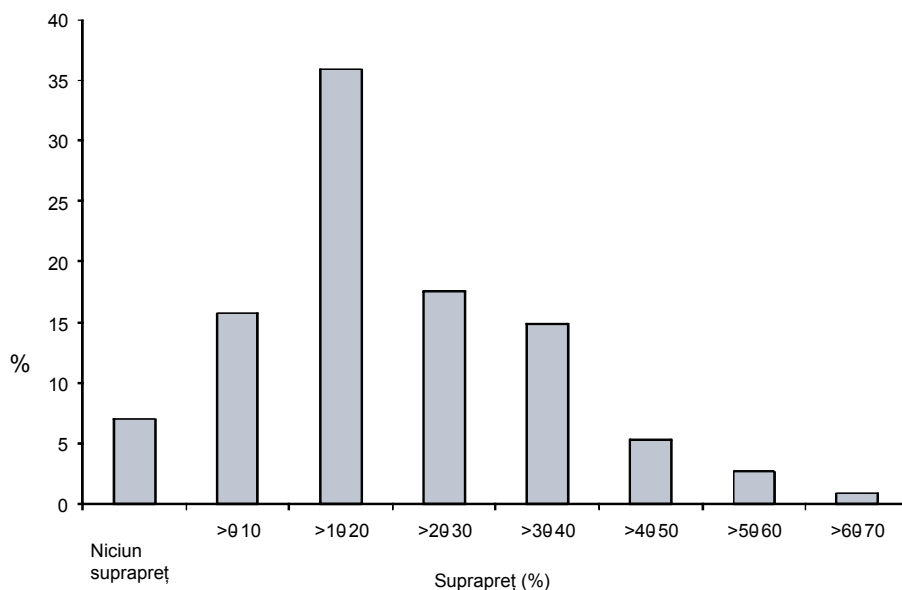
¹¹⁵ A se vedea și hotărârea pronunțată de *Kammergericht Berlin* (Tribunalul Regional Superior, Berlin) la 1 octombrie 2009, în cauza nr. 2 U 10/03 în care instanța face referire la un argument similar.

¹¹⁶ A se vedea studiul extern elaborat pentru Comisie „Cuantificarea prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust“ (2009), paginile 88 și următoarele, disponibil la <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ În total, studiul analizează 114 de carteluri cu diferite tipuri de coluziune, inclusiv manipularea procedurilor de cerere de oferte. Exemplele fac referire la carteluri naționale și internaționale care au afectat un număr mare de sectoare de activitate variate. Aria geografică a exemplelor cuprinde SUA și Canada, dar și carteluri din Europa și alte regiuni.

¹¹⁸ În special, se pare că este posibil ca înțelegerile care afectează piața atrag mai multă atenție în studiile empirice decât acelea care nu produc efecte, ceea ce poate face ca rezultatele să fie părtinitoare într-o anumită măsură; a se vedea studiul „Cuantificarea prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust“, pagina 89 (ref. în nota de subsol 116), pentru mai multe detalii despre interpretarea datelor în studiu.

142. Pe baza datelor examinate, acest studiu a relevat că, în 93% dintre cazurile analizate, cartelurile au generat supraprețuri. În ceea ce privește nivelul supraprețurilor, acest studiu a stabilit următoarele¹¹⁹:



143. Conform acestui studiu, supraprețurile analizate sunt destul de răspândite (iar unele carteluri au un suprapreț de până la 70%). Aproximativ 75% dintre cartelurile analizate în acest studiu au supraprețuri care variază între 10% și 40%. Supraprețul mediu observat la aceste carteluri este de aproximativ 20%.
144. Rezultatele acestor studii coincid cu cele ale altor studii empirice disponibile, și anume că (a) este adevărat că marea majoritate a cartelurilor generează supraprețuri și (b) există o varietate impresionantă a supraprețurilor examinate. De asemenea, toate celelalte studii empirice estimează în general în mod similar nivelul supraprețurilor medii, așa cum a fost descris mai sus¹²⁰.
145. Aceste informații referitoare la efectele produse de carteluri nu substituie cuantificarea prejudiciului specific suferit de reclamantii dintr-o cauză dată. Cu toate acestea, instanțele naționale au concluzionat, pe baza celor cunoscute empiric, că este probabil ca în cazul cartelurilor să se genereze în mod normal un suprapreț și cu cât este mai longeviv și mai durabil un cartel, cu atât îi va fi mai greu părâtului să dezmință impactul negativ asupra prețurilor în cazuri concrete¹²¹. Astfel de concluzii, totuși, cad în sarcina dispozițiilor legale aplicabile.

¹¹⁹ Studiul „Cuantificarea prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust“, pagina 91 (ref. în nota de subsol 116). Nivelul este exprimat în procente din prețul real. Asta înseamnă că prețul real (adică prețul achitat în urma încălcării) este 100€, iar supraprețul ar fi de 10%, prețul dacă nu exista încălcarea fiind apreciat la 90€.

¹²⁰ Pentru mai multe detalii și referințe a se vedea studiul „Cuantificarea prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust“, pagina 89 și următoarele (ref. în nota de subsol 116).

¹²¹ A se vedea de exemplu hotărârea pronunțată de *Bundesgerichtshof* (Curtea Federală de Justiție, Germania) la 28 iunie 2005 în cauza nr. KBR 2/05(ciment transportabil) (în contextul evaluării profitului ilicit obținut de membrii cartelului cu scopul de a calcula o amendă).

(2) Supraprețul inițial achitat de clientul direct

146. În principiu, toate metodele și tehnicile descrise în partea 2 de mai sus pot fi utilizate pentru a cuantifica supraprețul inițial, achitat de clienții direcți întreprinderilor care săvârșesc o astfel de încălcare. Alte tipuri de probe (precum un acord specific privind creșterea prețurilor care să reiasă din documente interne) pot oferi informații importante privind scopul supraprețului. Deoarece supraprețul inițial este un transfer de bani de la clientul direct la întreprinderea (întreprinderile) care săvârșeste (săvârșesc) încălcarea, orice informație referitoare la profitul ilicit obținut de pârâți poate fi utilă pentru cuantificarea supraprețului, chiar dacă acestea vor subestima probabil nivelul supraprețului plătit¹²².
147. Pentru a ilustra modul în care se pot utiliza metodele și tehnicile de estimare a prețurilor într-un scenariu în care se presupune că nu există încălcarea și, pe baza acestor estimări, să se determine supraprețul suportat de clienții pârâților, se va folosi exemplul stilizat al cartelului făinii menționat deja în partea 2¹²³.

Cartelul făinii

În acest exemplu, întreaga cantitate de făină dintr-un stat membru este produsă de patru societăți de morărit (Moara A, Moara B, Moara C și Moara D). Aceste societăți de morărit achiziționează cereale de la diferiți fermieri, le macină și le prelucrează în mod corespunzător, ambalează făina și o vând mai departe brutarilor. Brutarii folosesc făina pentru a coace pâine, pe care o vând mai departe consumatorilor, precum și supermarketurilor.

Autoritățile naționale în materie de concurență investighează piața, suspectând fixarea prețurilor și, în ianuarie 2008, efectuează inspecții neanunțate la sediile societăților de morărit. În iulie 2010 autoritatea în materie de concurență adoptă o decizie prin care stabilește că toate cele patru întreprinderi au încălcat articolul 101 din TFUE prin participarea, în perioada 1 ianuarie 2005 – 31 decembrie 2007, la o încălcare unică și continuă privind producția de făină, pe aria întregului stat membru, care a constat în fixarea prețurilor.

O brutărie care a achiziționat făină de la una dintre aceste societăți (Moara A) deschide o acțiune în despăgubire împotriva acesteia pentru prejudiciul suferit ca urmare a încălcării articolului 101 din TFUE¹²⁴. Brutăria susține că încălcarea adus la o creștere a prețului făinii și solicită despăgubiri pentru plata acestui suprapreț pentru toate achizițiile făcute în 2005, 2006 și 2007.

148. Brutăria este un client direct al uneia dintre întreprinderile care au săvârșit încălcarea. Dacă încălcarea a generat o creștere a prețurilor, brutăria a plătit un suprapreț pentru fiecare unitate de făină achiziționată în perioada afectată de încălcare. Aplicarea metodelor și tehnicilor descrise va genera o estimare a prețului pe care brutăria l-ar fi achitat pentru făină, dacă nu exista încălcarea. Prin scăderea prețului estimat în cazul neîncălării din prețul plătit în realitate de brutărie se va stabili supraprețul cartelului per unitate achiziționată. Această cifră trebuie înmulțită cu numărul de unități achiziționate de brutărie pentru a determina pierderea directă reală cauzată prin suprapreț (presupunând că nu au existat schimbări semnificative ale supraprețului în

¹²² A se vedea și secțiunea 33(3)(3) din legea germană împotriva constrângerilor concurenței (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) care prevede posibilitatea ca procentul din profit obținut de întreprindere prin săvârșirea încălcării să fie luat în calcul în procesul de estimare a prejudiciului.

¹²³ Orice asemănare dintre acest exemplu și evenimente reale este pur întâmplătoare; exemplul nu poate fi considerat opinia Comisiei cu privire la o întreprindere sau un sector anume sau la definirea pieței într-un astfel de sector.

¹²⁴ Legislația națională ar putea să prevadă că toți membrii unui cartel sunt răspunzători în mod solidar pentru prejudiciul cauzat de cartel. Acest exemplu nu conține implicații cu privire la astfel de prevederi.

perioada afectată de înfrângere). Pentru a estima supraprețul plătit de brutărie în acest exemplu, se vor aplica metode comparative, deoarece acestea sunt mai des utilizate în practică și furnizează deseori rezultate utile în cuantificarea supraprețului inițial.

a. *Comparația în timp*

149. În acest exemplu, brutăria reclamantă a cumpărat făină de la Moara A înainte, în timpul și după perioada în care autoritatea națională în materie de concurență a constatat încălcarea. După cum s-a menționat mai sus, pentru a utiliza prețurile plătite în realitate înainte sau după perioada afectată de încălcare pentru a reconstitui prețurile în situația ipotetică fără încălcare, este necesar ca, mai întâi, să se determine care prețuri au fost afectate de încălcare și care nu. Acest lucru implică identificarea momentului în care încălcarea săvârșită de cartel a început să producă efecte pe piața făinii și în ce moment aceste efecte au încetat.
150. În acest caz, autoritatea națională în materie de concurență a stabilit durata încălcării. De fapt, în hotărâre se detaliază probele de care autoritatea a dispus, din care rezultă că societățile s-au întâlnit în ianuarie 2005 pentru a discuta despre prețuri și din acel moment au continuat să se întrunească lunar pentru a ajusta acordurile privind prețurile. Ultima întrunire a avut loc în decembrie 2007. Autoritatea nu a găsit probe cu privire la întruniri ulterioare inspecțiilor din ianuarie 2008. Într-o primă etapă, prețurile de dinainte de ianuarie 2005 și de după decembrie 2007 par a fi adecvate pentru o comparație în timp. Totuși, după cum se menționează în partea 2, ar trebui să se acorde mai multă atenție măsurii în care aceste cifre sunt utile unei comparații.
151. După cum s-a menționat anterior, decizia unei autorități în materie de concurență poate să își limiteze constatările cu privire la o încălcare pe o anumită perioadă pentru care deține probe solide, în timp ce încălcarea se poate întinde de fapt pe o perioadă mai lungă¹²⁵. În unele cazuri, autoritățile în materie de concurență indică în hotărâri astfel de situații cu privire la probe. În aceste cazuri ar fi poate util să nu se utilizeze datele relevante cu privire la preț din perioada care s-ar putea să fie afectată de încălcare (prin urmare incluzând un suprapreț), deși reclamantul poate alege să utilizeze totuși aceste date pentru a stabili o limită inferioară pentru estimarea prejudiciului.
152. De asemenea, perioada stabilită pentru încălcare poate să fie diferită de perioada în care aceasta a produs efecte: societățile de morărit au încălcat articolul 101 din tratat participând într-un acord anticoncurențial. Pentru a se stabili care dintre prețurile examinate pot fi considerate neafectate de încălcare, este necesar să se examineze perioada în care acordul a produs efecte și nu la încheierea acestuia. Dacă se poate demonstra că societățile s-au întrunit pentru prima dată în ianuarie 2005, dar înțelegerea lor a fost pusă în practică începând din martie 2005, înseamnă că prețurile de dinainte de martie 2005 nu au fost afectate de încălcare.
153. În ceea ce privește utilizarea datelor cu privire la prețurile din perioada de după încălcare, este posibil ca înțelegerea să fi produs efecte chiar și după ce membrii cartelului au încetat să mai participe la această formă de cooperare interzisă prin articolul 101 din tratat¹²⁶. Această situație se poate regăsi în special pe piețele de tip oligopol, unde informațiile culese datorită cartelului permit membrilor acestuia să adopte, în mod fiabil - după ce încălcarea a încetat - un comportament având drept scop vânzarea la prețuri mai mari decât prețul probabil asociat absenței încălcării prin

¹²⁵ A se vedea punctul 43 din partea 2 secțiunea II.

¹²⁶ A se vedea și punctul 44 din partea 2 secțiunea II.

intermediul cartelului, fără a mai lua parte la practici interzise prin articolul 101 din tratat¹²⁷. Este de asemenea posibil ca foștii membri ai unui cartel să recurgă, după ce cartelul a încetat, la un alt tip de încălcare a normelor concurenței, determinând o creștere a prețurilor pentru proprii clienți. În astfel de cazuri, în sensul aplicării unei comparații în timp, prețurile din perioada care a urmat încălcării ar duce la o subestimare a supraprețului suportat de clienții pârâților, deoarece aceste prețuri pot fi încă influențate de încălcare. În acest exemplu, brutăria care solicită despăgubiri are motive să creadă că această ipoteză este valabilă și pentru prețurile plătite în 2008 și perioada care a urmat; prin urmare, aceste prețuri pot fi utilizate ca argumente în instanță doar pentru a estima o limită inferioară a prejudiciului suferit în urma supraprețului.

154. În acest exemplu, brutăria reclamantă constantă, prin urmare, că prețurile achitate înainte de încălcare sunt adecvate pentru estimarea prețului ipotetic. Dacă brutăria compară prețurile afectate de încălcare cu cele neafectate de aceasta, așa cum au fost observate, presupune implicit că diferența totală dintre prețurile achitate în anii neafecți de încălcare 2003 și 2004 și prețurile achitate în anii influențați de încălcare, respectiv 2005, 2006 și 2007 se datorează încălcării. Cu toate acestea, este posibil să existe alte cauze în afară de încălcare, care să fi avut un impact asupra evoluției prețurilor în perioada afectată de încălcare. Schimbarea prețurilor la cereale poate fi, de exemplu, o altă cauză a evoluției prețurilor, iar aceste cauze pot fi evidențiate utilizând tehnicile prezentate în partea 2, secțiunea II B de mai sus. Dacă se identifică alte influențe importante, iar prețurile sunt ajustate pentru a estompa aceste efecte, argumentul potrivit căruia diferența care rămâne între prețurile afectate de încălcare și cele neafectate de aceasta se datorează încălcării este mai credibil¹²⁸. Circumstanțele în care reclamanților sau pârâților li se solicită astfel de ajustări depind de legislația aplicabilă.

b. Alte metode comparative

155. Pe lângă comparația în timp, pot fi utilizate și alte metode comparative pentru cuantificarea valorii supraprețului inițial achitat de clientul direct, după cum au fost prezentate în partea 2 de mai sus. În exemplul cartelului făinii, brutăria reclamantă ar fi putut folosi și metoda alternativă de comparație cu prețurile de pe o altă piață geografică sau altă piață a produsului pentru a prezenta cum ar fi fost prețurile pe propria piață în absența încălcării.
156. O posibilitate ar fi comparația cu prețurile la făină de pe o altă piață geografică. Presupunând că înțelegerea descrisă mai sus acoperea toată piața națională, s-ar putea folosi date cu privire la prețurile din alt stat membru pentru a construi un scenariu contrafactual. În cazul piețelor cu dimensiuni geografice regionale, subnaționale, prețul de vânzare al făinii pe o altă piață regională poate fi un punct de referință optim.

¹²⁷ Pentru mai multe informații cu privire la influențele acestor „efecte coordonate”, a se vedea Orientările Comisiei privind evaluarea concentrărilor orizontale în temeiul Regulamentului Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi, JO C 31, 5.2.2004, p. 5, punctul 39.

¹²⁸ Prezentul document nu aduce atingere reglementărilor naționale care permit reclamantului să utilizeze comparațiile elementare, neajustate, între prețurile percepute în perioadele afectate de încălcare și cele din perioadele neafectate de aceasta pentru a iniția o acțiune în instanță sau să îndeplinească obligațiile care îi revin conform normelor juridice naționale privind stabilirea faptelor (în special unde legislația națională permite judecătorilor să stabilească valoarea prejudiciului prin estimare aproximativă sau printr-o evaluare *ex-aequo-et-bono*). Nu se aduce atingere nici reglementărilor privind nivelul probatoriu și sarcina probei.

157. Pentru a fi un indicator optim al prețurilor așa cum ar fi fost în absența încălcării, prețurile de referință ar trebui, la rândul lor, să nu fie influențate de o încălcare asemănătoare sau similară a normelor concurenței. Dacă în exemplul cu cartelul făinii s-ar compara prețuri de pe o piață geografică vecină și există probe că înțelegerea anticoncurențială acoperea și acea piață vecină, prețurile respective ar duce la o subestimare a supraprețului. De asemenea, în cazul piețelor vecine, s-ar putea ca încălcarea de pe o piață să fi influențat și piața vecină (de exemplu prin creșterea cererii pe piața neafectată de încălcare), ceea ce nu ar reflecta, prin urmare prețurile din scenariul fără încălcare.
158. În cazul în care piața de referință are caracteristici diferite, datele referitoare la preț ar putea de asemenea să nu fie suficient de reprezentative pentru prețurile din scenariul în care nu exista încălcarea. În acest exemplu, piața afectată de încălcare este furnizată de către patru societăți de morărit. De pildă, dacă se poate demonstra că înainte de a recurge la practicile de încălcare a existat o concurență acerbă, datele cu privire la prețurile de pe piața vecină caracterizate prin prezența dominantă a unei societăți de morărit s-ar putea să nu reprezinte corespunzător prețurile așa cum ar fi fost dacă nu exista cartelul și pot doar servi la estimarea unei limite inferioare a estimării.
159. Dacă brutăria reclamantă folosește date de pe o piață geografică diferită, în forma în care acestea au fost culese, se face prezumția implicită că diferențele rezultate dintre prețurile plătite în realitate pâraților și prețurile de pe cealaltă piață de referință se datorează încălcării. În funcție de circumstanțele cazului și de prevederile legislației aplicabile, se pot utiliza tehnicile descrise în partea 2 secțiunea II B de mai sus pentru a identifica și explica posibilele influențe alternative asupra prețurilor.
160. O altă posibilitate de estimare a prețului contrafactual este comparația cu prețurile de pe o altă piață a produsului. În cazul făinii, este posibil să fie totuși dificil de găsit o piață a produsului suficient de similară, care să nu fie afectată de o încălcare identică sau similară.

(3) Transferul supraprețurilor

161. Clienții direcți ai întreprinderilor învinuite de încălcare și care plătesc un suprapreț cauzat de cartel, pot, la rândul lor, să vândă mai departe produsele afectate (sau să le utilizeze ca factori de producție pentru alte bunuri sau servicii). În exemplul cartelului făinii discutat mai sus, brutăriile reprezintă clienții direcți ai întreprinderilor învinuite de încălcare și au folosit făina achiziționată pentru a produce pâine, pe care o vând fie direct clienților finali, fie supermarketurilor. Acești clienți direcți (brutăriile), ca reacție la prețurile majorate cu care se confruntă, ar putea să crească propriile prețuri la bunuri și servicii (pâinea pe care o vând mai departe), transferând astfel supraprețul parțial sau integral clienților proprii (persoane sau supermarketuri). Același efect există și în cazul în care clienții *indirecți* (precum supermarketurile în acest exemplu) cresc, la rândul lor, prețurile de vânzare în relațiile cu clienții proprii, transferând, prin urmare, un suprapreț la fel cum acesta a fost transferat lor.
162. Un astfel de transfer al supraprețului implică în mod normal un efect de volum: așa cum este descris mai sus la punctele 128 și următoarele, o creștere a prețurilor este urmată în mod normal de o scădere a cererii. În exemplul cartelului făinii, în măsura în care brutăria transferă supraprețul prin creșterea prețurilor percepute la pâine către supermarketuri și clienții finali, poate reduce impactul financiar negativ al

supraprețului. Totuși, acest fapt va avea drept consecință scăderea cererii¹²⁹. Această scădere a cererii înseamnă pentru brutării mai puține vânzări și, deci, o scădere a profitului - prejudiciu cauzat de asemenea de încălcare și pentru care ar trebui să i se ofere despăgubiri (vezi secțiunea III de mai jos).

163. Majorarea de preț datorată transferului și reducerea volumului de vânzări sunt, prin urmare, legate intrinsec. De fapt, atât transferul cât și efectul de volum sunt determinate de aceiași factori. Mai ales caracteristicile cererii și în special elasticitatea cererii clienților din aval au un rol important în identificarea ambelor efecte, deoarece caracteristicile cererii pe piața din aval afectează atât prețul de vânzare, cât și volumul vânzărilor corespunzător la care brutăriile ar obține profit maxim.
164. În contextul unei acțiuni în despăgubire pentru prejudiciul cauzat de încălcarea normelor antitrust prin aplicarea unui suprapreț, transferul supraprețului poate deveni relevant în două situații:
- (a) într-o acțiune intentată de clientul direct pentru a solicita repararea prejudiciului suferit în urma supraprețului inițial plătit (în acest exemplu: acțiunea brutăriei împotriva societății de morărit A), membrii cartelului – pârâții - ar putea să susțină că de fapt clientul direct nu ar trebui compensat pentru prejudiciul suferit, deoarece și el, la rândul său a ridicat prețurile și astfel a transferat supraprețul. Asta se numește de obicei „apărarea bazată pe transferul supraprețului”. Transferul efectuat de cumpărător poate conduce la o scădere a vânzărilor, după cum s-a menționat anterior, și, astfel la o pierdere de profit pentru acesta;
 - (b) o acțiune intentată de un client indirect împotriva pârâtului (de exemplu, un supermarket sau un consumator care a achiziționat pâine de la brutărie și care solicită despăgubiri societăților de morărit) va depinde de asemenea de argumentația bazată pe transfer. Cumpărătorul indirect poate, într-adevăr, să solicite compensații pentru suprapreț doar în cazul în care supraprețul inițial achitat de clientul direct a fost transferat parțial sau în întregime solicitantului. Aceste aspecte pot fi relevante pentru reclamanții poziționați pe diferite niveluri ale lanțului de aprovizionare, inclusiv clienții finali.
165. Există reglementări diferite privind admisibilitatea apărării bazate pe argumentul transferului și privind sarcina probei în acest context¹³⁰. Informațiile economice cu privire la cuantificarea transferului prezentate la punctele 186 și următoarele de mai jos pot fi utile, indiferent de prevederile acestor reglementări.
166. În ambele situații descrise mai sus, reclamantul și pârâtul se pot baza pe două abordări diferite pentru a susține afirmația că supraprețul a fost transferat clientului indirect: aceștia ar putea

¹²⁹ Această legătură care există între societatea care transferă un suprapreț și propriul volum de vânzări a fost subliniată, într-un context diferit, și de Curtea de Justiție în cauza Weber's Wine World C 147/01, Rec., 2003, p. I-11365, punctele 98-99: „chiar și în cazul în care s-a stabilit că [...] supraprețul [...] a fost transferat în întregime sau parțial unor terțe părți [...], persoana poate suferi o scădere a volumului de vânzări”.

¹³⁰ A se vedea Cartea albă a Comisiei privind acțiunile în despăgubire pentru cazurile de încălcare a normelor CE antitrust [COM(2008) 165 final, 2.4.2008] pentru propuneri de politici privind tratamentul transferului în acțiunile în despăgubire în cazurile de încălcare a normelor antitrust.

- (a) fie să cuantifice supraprețul inițial și să stabilească rata de transfer către clientul indirect, eventual la diferite niveluri ale lanțului de aprovizionare și să utilizeze tehnicile econometrice descrise mai sus,
 - (b) fie să utilizeze metodele și tehnicile descrise mai sus pentru a stabili dacă clientul indirect în cauză a plătit un suprapreț. Această a doua abordare va fi adesea mai ușor de aplicat.
167. De exemplu, atunci când un client indirect solicită compensații în urma unui suprapreț generat de un cartel, acel client indirect poate, fie să demonstreze că a existat un suprapreț inițial care i-a fost apoi transferat¹³¹, fie să cuantifice supraprețul transferat la nivelul său prin aceleași metode prin care un client direct ar cuantifica un suprapreț inițial, adică prin compararea prețului real achitat cu prețul contrafactual rezultat în urma unui scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc: metodele comparative pot oferi informații utile privind quantumul supraprețului achitat de clienții indirecti, fără să fie necesară identificarea nivelului transferului. Utilizând, de exemplu, o comparație în timp pentru prețurile achitate de clientul indirect anterior și concomitent încălcării, este posibil să se stabilească cu cât au fost majorate aceste prețuri în urma încălcării, fără să fie nevoie să se identifice rata de transfer.
168. Nu este posibil să se stabilească o rată de transfer standard care să fie aplicabilă în toate situațiile. Pentru a stabili rata de transfer este necesară mai degrabă o analiză atentă a tuturor caracteristicilor pieței în cauză. Într-un caz anume, existența și rata de transfer se vor stabili în funcție de o gamă largă de criterii și, prin urmare, nu pot fi determinate decât luându-se în considerare condițiile pieței vizate.
169. În cazul în care clientul direct al întreprinderilor care săvârșesc încălcarea utilizează bunurile achiziționate de la cartel pentru a concura pe o piață din aval, este posibil ca, în mod normal, clientul direct să nu poată transfera această majorare a costurilor (sau să o poată transfera doar într-o măsură limitată) dacă ceilalți concurenți pe această piață în aval nu sunt afectați de un suprapreț identic sau similar (de exemplu, dacă aceștia achiziționează factorii de producție de pe o piață neafectată de cartel). În exemplul cartelului făinii, brutăria reclamantă concurează cu alte brutării în producția și furnizarea de pâine. În măsura în care aceste brutării concurente nu achiziționează făină de la membrii cartelului, ci au posibilitatea de a cumpăra la un preț mai mic din altă parte, brutăria care achiziționează de la cartel se află pe o poziție dezavantajată concurențial față de ceilalți participanți pe piață, care o împiedică să transfere costul în plus al supraprețului.
170. În cazul în care întreprinderile de pe piața din aval sunt afectate de cartel și, prin urmare, sunt la fel de expuse plății unui suprapreț direct, este posibil ca cel puțin o parte din suprapreț să poată fi transferat pe această piață de către clientul direct. Măsura unui astfel de transfer este influențată de intensitatea concurenței pe piața din aval: dacă piața din aval este caracterizată de o concurență perfectă, rata de transfer va fi în acest caz de 100%. Acest lucru reflectă faptul că, pe o piață cu concurență perfectă, prețul este egal cu costurile marginale, iar o creștere a prețului factorilor de producție va conduce direct la creșterea în egală măsură a prețurilor/costurilor de producție. Pe piețele cu o concurență mai puțin perfectă, este probabil ca întreprinderile să transfere cel puțin o parte a supraprețului, deși nu în mod necesar

¹³¹ În cazul în care clientul indirect își argumentează acțiunea făcând referire la rata de transfer, iar încălcarea se referă la un factor de cost mic în comparație cu costurile totale ale produsului, un indicator util ar putea fi rata de transfer a unui alt factor de cost, mai important, care poate fi estimată mai simplu.

100%. Dacă, de exemplu, clientul direct este o întreprindere cu monopol pe piața din aval, acesta va alege o rată de transfer care reflectă - pentru poziția sa - un preț de profit maxim din perspectiva scăderii cererii pe care probabil o va genera rata de transfer a supraprețului¹³².

171. Alte caracteristici care ar putea influența gradul de transfer în astfel de situații (toate celelalte rămânând constante) cuprind:

- elasticitatea cererii la prețuri și întrebarea dacă consumatorii devin mai mult sau mai puțin sensibili la prețuri, pe măsură ce acestea cresc. Transferul are o probabilitate mai mare, în special dacă clienții nu schimbă ușor produsele ulterior unei mărimi de preț (cerere inelastică) și dacă sensibilitatea la prețuri a clienților devine mai puțin acută pe măsură ce prețurile cresc;
- variația costurilor marginale în funcție de modificările producției. Rata de transfer este probabil mai mare în cazul în care costurile marginale nu scad semnificativ în urma unei reduceri a producției (de exemplu, datorită lipsei constrângerilor în ceea ce privește capacitatea); pe de altă parte, o rată de transfer mai mare este mai puțin probabilă în cazul în care costurile marginale se reduc semnificativ în urma reducerii producției, deoarece producția devine mai puțin costisitoare;
- impactul încălcării asupra diferitelor tipuri de costuri. În cazul în care încălcarea are efect asupra costurilor variabile, acest fapt face ca transferul să fie mai probabil decât dacă încălcarea s-ar răsfrânge asupra costurilor fixe;
- durata încălcării și frecvența schimburilor comerciale. În cazul în care încălcările durează o perioadă mai lungă, este mai probabil ca transferul să aibă loc la un anumit nivel; acest aspect este valabil și în sectoarele cu schimburi comerciale și ajustări de preț frecvente.

B. *Cuantificarea supraprețurilor cauzate de alte forme de încălcare care generează prejudicii prin suprapreț*

172. Cartelurile sunt doar un tip de încălcare care duce la creșterea prețurilor pentru clienții membrilor înțelegerii și, deci, la un prejudiciu cauzat de suprapreț (sau, în cazul în care încălcarea are ca obiect aprovizionarea întreprinderilor care o săvârșesc, la un „subpreț”). Alte exemple de comportament care duce la prejudiciu cauzat de suprapreț cuprind încălcări ale articolului 101 din tratat prin anumite întreprinderi în comun de producție și prin perceperea abuzivă a prețurilor mari de către o societate aflată pe o poziție dominantă, în sensul articolului 102 din tratat.

173. O trăsătură comună a acestui tip de încălcări este faptul că permit întreprinderii (întreprinderilor) care săvârșeste (săvârșesc) astfel de încălcări, să crească direct sau indirect prețurile către clienți¹³³. Plata unui astfel de suprapreț conduce la o scădere a cererii și, prin urmare, la efectul de volum descris mai sus.

174. Metodele și tehnicile aplicate în cazul supraprețurilor generate de carteluri și descrise mai sus¹³⁴, se pot utiliza, în principiu, și în cuantificarea prejudiciului cauzat de

¹³² Amploarea exactă a transferului depinde de cererea cu care se confruntă clientul direct și de structura costurilor acestuia. De exemplu, în cazul simplu al societății monopol care se confruntă cu o cerere liniară și costuri marginale constante, transferul se va realiza în proporție de 50% din supraprețul direct.

¹³³ Sau, dacă încălcarea are ca obiect costurile de aprovizionare ale întreprinderilor care săvârșesc încălcarea, duce la scăderea prețurilor obținute de furnizorii acestor întreprinderi.

¹³⁴ A se vedea punctul 149 și următoarele și punctul 155 și următoarele.

supraprețuri în alte tipuri de încălcări. Punctul de plecare este acela de a ști care ar fi fost poziția reclamantului dacă încălcarea specifică în cauză nu ar fi avut loc.

III. CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT PRIN EFECTUL DE VOLUM

175. O creștere a prețurilor pentru un anumit produs duce la scăderea cererii. Nivelurile de creștere a prețurilor și de scădere a cererii în urma unei încălcări depind de aceiași parametri ai costurilor și cererii și sunt determinați în comun. Prin urmare, supraprețul și efectul de volum sunt legate în mod intrinsec.
176. Pentru un suprapreț perceput unui client intermediar (așa cum s-a prezentat la punctul 161 și următoarele), efectul de volum este, de asemenea, strâns legat de transferul supraprețurilor pe nivelurile lanțului de aprovizionare până la clientul final: în cazul în care un client al întreprinderilor care săvârșesc o încălcare nu transferă supraprețul, ci îl absoarbe în întregime, volumul propriu de vânzări nu va scădea din cauza încălcării, deoarece clienții săi nu vor simți o creștere a prețurilor datorată încălcării. Dar, în cazul în care supraprețul este transferat parțial sau în întregime clientului final, clientul va resimți o creștere a prețurilor precum cea descrisă la punctul 128 și va reduce cererea. Acest fapt va duce la reducerea cererii la nivelurile următoare ale lanțului de aprovizionare.
177. După cum s-a explicat mai sus, pentru clienții direcți și indirecti ai întreprinderilor care săvârșesc încălcarea și care utilizează produsul în cauză în cadrul propriei activități comerciale, această scădere a cererii („efectul de volum”) înseamnă că vând mai puțin din cauza încălcării și, prin urmare, pierd profitul pe care l-ar fi obținut pentru unitățile pe care nu le-au vândut din cauza acestui efect. Această pierdere de profit este un prejudiciu ce poate fi compensat¹³⁵ și, în principiu se pot utiliza tehnicile și metodele descrise în partea 2 de mai sus pentru cuantificarea acestuia¹³⁶.
178. În special, metodele și tehnicile comparative, despre a căror aplicare în cuantificarea supraprețului inițial plătit de clientul direct s-a discutat mai sus, pot oferi solicitantului de despăgubiri informații utile în stabilirea scăderii cifrei de afaceri și a profitului. De exemplu, se poate utiliza o comparație în timp și între piețe pentru a reconstrui volumul contrafactual al vânzărilor, i.e. câte unități ar fi vândut reclamantul dacă nu exista încălcarea. În mod asemănător, dacă se aplică aceste metode și tehnici se ajunge la marja de profit ipotetică printr-un scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc. În unele cazuri, o instanță poate fi de acord cu utilizarea acestor tehnici într-un mod simplificat, de exemplu prin stabilirea unei marje de profit medie per tranzacție și apoi înmulțirea acesteia cu numărul de unități care nu au fost vândute din cauza încălcării¹³⁷.
179. Pierderea de profit este o formă de prejudiciu asociată deseori încălcărilor care au ca efect excluderea concurenților de pe piață. Partea 4 din ghidul practic se referă în detaliu la cuantificarea acestui tip de prejudicii. Informațiile prezentate în acea parte pot fi relevante și în cazurile de cuantificare a prejudiciului suferit în urma majorării prețurilor.

¹³⁵ Cauzele conexate Manfredi, C-295/04 - C-298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 95.

¹³⁶ Cu excepția metodei pe bază de costuri.

¹³⁷ A se vedea mai jos, punctul 190.

PARTEA 4 - Cuantificarea prejudiciului cauzat de practicile de excludere

I. EFECTELE PRACTICILOR DE EXCLUDERE

180. Încălcarea articolelor 101 și 102 din tratat poate avea ca efect excluderea totală a concurenților de pe o piață sau reducerea cotei de piață a acestora. Efectele acestui tip de încălcare sunt numite de obicei „efecte de închidere a pieței”. Exemple de astfel de practici sunt abuzul de poziție dominantă, interzis prin articolul 102 din tratat, prin intermediul prețurilor de ruinare, al acordurilor de exclusivitate, al refuzului de a aproviziona, al vânzărilor legate sau grupate ori al micșorării marjei¹³⁸. Astfel de practici se numesc „abuzuri care au ca efect excluderea de pe piață”. Excluderea unui concurent poate fi, de asemenea, obiectul sau efectul unor practici interzise prin articolul 101 din tratat. Este posibil ca expresia „practici de excludere” să se refere la încălcări atât ale articolului 101, cât și ale articolului 102 din TFUE.
181. Prin practicile de excludere interzise de normele concurenței stabilite în tratat, autorii încălcării denaturează concurența pentru a-și îmbunătăți sau pentru a-și menține artificial poziția pe piață. Acest fapt afectează imediat concurența prin denaturarea poziției acestora pe piață, excluzând concurenții de pe piață sau împiedicând accesul pe piață al acestora. Practicile de excludere pot afecta costurile suportate de un concurent, prețul pe care acesta îl percepe pentru produsele sale sau cantitățile pe care acesta le produce și vinde. În mod normal, aceste practici conduc la o pierdere de profit pentru concurentul în cauză.
182. Mai mult, afectând în mod ilegal poziția pe piață a concurenților și astfel, nivelul concurenței, astfel de practici produc un prejudiciu pentru clienți sub forma prețurilor majorate sau a scăderii numărului de alternative, a nivelului calitativ sau inovativ. Cu toate acestea, este posibil ca efectele negative ale practicilor de excludere asupra clienților să se manifeste mai târziu, deoarece aceste practici au ca țintă în primul rând concurenții, reducând constrângerile concurențiale exercitate de acești concurenți asupra celui (celor) care săvârșeste (săvârșesc) încălcarea. Dacă încălcările de tipul celor descrise în partea 3 produc, în mod normal, un profit ilegal imediat celui care le aplică și prejudiciu imediat clienților acestuia, practicile de excludere pot avea ca efect inițial un dezavantaj pentru cel care le aplică și prețuri mai mici pe termen scurt pentru clienți, după cum se întâmplă în mod normal în cazul prețurilor de ruinare. În secțiunile care urmează se vor aborda separat problemele cuantificării prejudiciului suferit de concurenți (secțiunea II) și cel suferit de clienți (secțiunea III).
183. Tratatul garantează dreptul la despăgubiri pentru clienții și întreprinderile care au suferit un prejudiciu în urma practicilor de excludere, indiferent dacă aceștia au fost concurenți sau clienți ai învinutului. După cum am mai menționat, Curtea de Justiție a statuat că o astfel de despăgubire va cuprinde pierderea reală suferită (*damnum emergens*), compensarea profitului pierdut datorită încălcării (*lucrum cessans*) și plata de penalități¹³⁹. În sensul cuantificării prejudiciului rezultat în urma practicilor de excludere, în secțiunea care urmează se va analiza în primul rând conceptul de „pierdere de profit”, în conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție. Conceptul de „pierdere de profit” va fi utilizat în sens larg, însemnând orice diferență dintre

¹³⁸ Pentru o descriere a acestor practici, a se vedea și comunicarea Comisiei - Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante, JO C 45, 24.2.2009, p. 7.

¹³⁹ Cauzele conexe Manfredi, C 295/04 - 298/04, Rec., 2006, p. I-6619, punctul 95.

profitul real obținut de o întreprindere și profitul pe care aceasta l-ar fi obținut dacă nu exista o încălcare. Abordările privind cuantificarea prejudiciului precum pierderea de profit descrisă în cele ce urmează nu aduc atingere posibilității părților prejudiciate să solicite despăgubiri în temeiul altor tipuri de prejudiciu în conformitate cu legislația națională. Unele elemente cu privire la sensul larg al pierderii de profit pot fi într-adevăr clasificate drept concepte juridice diferite în legislația statelor membre (precum pierderea unei oportunități¹⁴⁰ sau pierderea reputației) și putând exista și alte tipuri de prejudiciu cauzat de practici de excludere, care depășesc noțiunea de pierdere de profit.

II. CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT CONCURENȚILOR

184. Pierderea de profit cauzată concurenților se poate datora scăderii veniturilor (de exemplu, prin reducerea cantității pe care acești concurenți o pot vinde) sau majorării costurilor (de exemplu, când încălcarea afectează prețul unui factor de producție). Situația generală se reflectă în micșorarea cotei de piață a concurentului. În secțiunile care urmează, după o scurtă descriere a modului în care practicile de excludere afectează concurența în timp (A) și o evidențiere a abordării generale asupra cuantificării pierderii de profit (B), se vor prezenta câteva situații tipice de cuantificare a prejudiciilor rezultate în urma practicilor de excludere, adică în cazurile în care acestea afectează concurenții existenți (C), dar și pe cei care doresc să intre pe piață (D) și în cazul în care prejudiciul se extinde și pe viitor (E.)

A. Dimensiunea temporală a practicilor de excludere

185. În funcție de perioada luată în considerare, practicile de excludere pot afecta în mai multe moduri concurența. Când se inițiază o practică de excludere, concurenții se confruntă în mod normal cu dificultăți în vânzarea produselor sau în aprovizionare. Acest fapt se traduce printr-o scădere a profitului din cauza costurilor ridicate sau a veniturilor reduse. Concurenții suferă de obicei o cădere a cotelor de piață sau o cotă de piață micșorată față de cea la care s-ar fi așteptat dacă nu exista încălcarea (de exemplu atunci când i se împiedică expansiunea). Această etapă ar putea să coincidă cu o creștere a profiturilor întreprinderii autoare a încălcării, însă nu în mod obligatoriu, deoarece întreprinderea va suporta costuri mai mari pentru punerea în aplicare a practicii de excludere (de exemplu, scăderea prețurilor proprii, nu mai aprovizionează concurenții, deci o scădere a volumului propriu de vânzări, oferirea de reduceri sau alte avantaje clienților, care ar duce pe termen scurt la micșorarea profitului). În final, concurenții pot fi forțați să părăsească piața.
186. Odată ce întreprinderea responsabilă de încălcare a reușit cu succes să împiedice intrarea pe piață a concurenților sau să reducă ori să elimine prezența acestora pe piață, întreprinderea în cauză va reuși în mod normal să recupereze și să beneficieze de profituri majorate, în detrimentul clienților și a concurenților excluși. Atunci când se întâmplă acest lucru (fie foarte repede după inițierea încălcării sau după o anumită perioadă de timp), clienții pot fi nevoiți să plătească prețuri mai mari, suferind o pierdere în ceea ce privește calitatea sau posibilitatea de a alege produse alternative. Excluderea definitivă a unui concurent de pe piață nu este o condiție prealabilă pentru efectele ce se produc asupra clienților. Este posibil ca situația descrisă să se producă chiar din momentul inițial al încălcării și chiar dacă concurenții mai sunt

¹⁴⁰

Prin pierderea unei oportunități se identifică oportunitățile de afaceri pe care le ratează o întreprindere din cauza practicilor de excludere ilegale.

încă prezenți pe piață, cu condiția ca presiunea concurențială pe care aceștia o exercită să fie diminuată.

187. În momentul în care autoritățile publice iau măsuri pentru încetarea practicilor de excludere sau acestea sunt stopate prin inițiative private, se poate restaura progresiv un climat de concurență. Este important de menționat că, în multe cazuri, este imposibilă restaurarea în fapt a condițiilor pieței ca și când încălcarea nu s-ar fi produs. Acest lucru depinde în principal de efectele structurale ale încălcării; anularea acestor efecte poate fi un proces dificil și de durată (obligații contractuale existente, efecte asupra rețelei sau alte barierele la reintrarea pe piață a unui concurent exclus). Prin urmare, în unele situații nu este posibilă convergența totală între scenariul în care se presupune că încălcarea nu a avut loc și evoluția efectivă a pieței.

B. Abordare generală a cuantificării pierderii de profituri

188. Pentru a determina dacă și în ce măsură concurenții au suferit o pierdere de profit, este necesar să se compare situația reală cu situația ipotetică a acestora în cazul în care încălcarea nu s-ar fi produs¹⁴¹. Profitul obținut de concurenți în perioada în care încălcarea a afectat piața trebuie, prin urmare, comparat cu profitul pe care aceștia l-ar fi obținut cu acele produse în cazul unui scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc (i.e. scenariu contrafactual). Dacă se poate demonstra că concurentul exclus ar fi obținut profituri mai mari într-un scenariu fără încălcare și că diferența de profit se datorează încălcării, atunci concurentul a fost prejudiciat, chiar dacă nu i-a fost afectată cota de piață sau profiturile sale au crescut datorită altor factori¹⁴².
189. Profitul efectiv câștigat de întreprinderea în cauză este stabilit, în mod normal, prin scăderea costurilor efectiv suportate din venitul obținut efectiv. În mod similar pot fi calculate profiturile pe care le-ar fi obținut într-un scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc (profituri contrafactuale), prin deducerea costurilor estimate într-un scenariu (costuri contrafactuale)¹⁴³ din veniturile estimate în lipsa încălcării (venituri contrafactuale)¹⁴⁴. Valoarea profiturilor pierdute este diferența dintre profiturile contrafactuale și cele efective. În cazul în care un concurent este împiedicat să intre pe piață, profitul efectiv este în mod normal zero sau poate fi chiar un număr negativ dacă costurile suportate de concurent (de exemplu, investiții pentru a intra pe piață) nu au generat niciun venit.
190. Această abordare de bază pentru calcularea pierderii de profit poate fi aplicată în mai multe moduri. De pildă, se pot compara veniturile contrafactuale ale concurentului exclus într-un scenariu în care se presupune că încălcarea nu s-a produs cu veniturile

¹⁴¹ Aceste aspecte nu privesc acțiunile prin care se urmărește recuperarea parțială a pierderii, de exemplu, doar a costurilor adiționale. În practică apar astfel de acțiuni și datorită unor abordări mai simple cu privire la cuantificarea prejudiciului suferit. A se vedea mai jos, punctul 191.

¹⁴² De exemplu, un concurent nou intrat pe piață și cu potențial ridicat de dezvoltare s-ar putea să își mențină nivelul profitului, dar ar fi putut să îl majoreze dacă nu exista încălcarea.

¹⁴³ Când se estimează profitul maxim pierdut de întreprinderea în cauză, este necesar să se ia în calcul costurile suplimentare pe care le-ar fi suportat în mod normal pentru a crește producția. În acest sens, costul per unitate suportat de întreprindere nu corespunde neapărat cu costul per unitate din scenariul contrafactual. De pildă, în cazul unor randamente de scară crescătoare, costul per unitate în scenariul contrafactual va fi mai mic decât costul observat, deoarece producția întreprinderii va fi mai mare în scenariul contrafactual (adică, dacă nu ar fi fost afectată de încălcare).

¹⁴⁴ De exemplu hotărârea pronunțată de *Stockholms tingsrätt* (Instanța Regională Stockholm) la 20 noiembrie 2008, în cauzele conexe Europe Investor Direct AB și alții/ VPC Aktiebolag, T 32799-05 și T 34227-05, recurs aflat pe rol.

efective de pe piața afectată de încălcare. După ce s-au stabilit veniturile pierdute, se pot deduce costurile pe care întreprinderea le-a evitat, datorită volumului mic al producției, pentru ca apoi să se obțină valoarea profitului pierdut. Această abordare pentru evaluarea profiturilor pierdute nu necesită cuantificarea tuturor costurilor pe care le-ar fi suportat compania, ci doar o estimare a acelor costuri pe care nu le-ar fi suportat din cauza încălcării.

191. Mai există și alte metode pragmatice pentru a estima profitul pierdut, care pot fi mai adecvate în anumite cazuri. De pildă, se poate estima o marjă medie de profit per unitate de produs comercializat în scenariul în care se presupune că încălcarea nu s-a produs care apoi se înmulțește cu numărul de unități nevândute din cauza încălcării¹⁴⁵. O astfel de estimare a profitului mediu per unitate se poate întemeia pe una sau mai multe tranzacții considerate suficient de reprezentative pentru activitatea solicitantului, pentru produsul în cauză. Trebuie menționat că un astfel de calcul va include implicit și costurile evitate¹⁴⁶.
192. Practica a demonstrat că un concurent exclus care intenționează o acțiune în despăgubire datorită prejudiciului cauzat de încălcarea normelor antitrust preferă câteodată să solicite doar o parte a prejudiciului, de exemplu costurile suportate pentru a reacționa la practicile de excludere¹⁴⁷, costurile nerecuperabile efectuate în perspectiva de a reîntra pe piața de pe care au fost excluși¹⁴⁸ sau valoarea considerată excesivă în cazul micșorării marjei sau al prețurilor discriminatorii¹⁴⁹ care încalcă legislația UE în materie de concurență. Uneori se alege această posibilitate pe considerentul că aceste tipuri de prejudiciu sunt mai ușor de cuantificat sau mai puțin solicitante în ceea ce privește volumul de date necesare, iar probele sunt mai ușor de obținut. De asemenea, în cazul în care un reclamant cere compensații pentru pierderea de profit, cuantificarea prejudiciului pe baza costurilor suplimentare suportate (nerecuperabile sau recuperabile) vor deveni în general un prag inferior pentru estimarea valorii totale a pierderii de profit.
193. Indiferent de metoda sau tehnica aleasă, cuantificarea pierderii de profit poate implica compararea unor date complexe privind o situație ipotetică fără încălcare cu situația actuală a concurentului exclus, de obicei avându-se în vedere și posibilele evoluții viitoare. Evaluarea profitului pe care o societate le-ar fi obținut, inclusiv profiturile viitoare, poate depinde de un număr atât de mare de factori încât ar putea fi necesar să se impună cerințe mai puțin exigente pentru cuantificarea prejudiciului. Prin urmare, sistemele juridice pot permite instanțelor să exercite o marjă largă de

¹⁴⁵ Pentru un exemplu de abordare pragmatică bazată pe date reale cu privire la costuri și venituri, aplicată prin tehnici de regresie, a se vedea hotărârea pronunțată de *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Tribunalul Comercial, Barcelona) la 20 ianuarie 2011, în cauza nr. 45/2010 (Centrica Enerciga S.L.U. / Endesa Distribucion Electrica S.A.)

¹⁴⁶ Pentru a estima marja medie de profit, poate fi util să se ia în considerare modul în care ar fi evoluat costurile și veniturile în scenariu contrafactual în lipsa încălcării. De exemplu, este posibil ca marjele observate în perioada anterioară încălcării să se fi redus în perioada încălcării din alte motive decât încălcarea, din cauza unei reduceri exogene a cererii sau o majorare a costurilor factorilor de producție. În plus, reducerea producției concurentului exclus poate avea un efect asupra costului per unitate, afectând prin urmare și marjele la unitățile pe care continuă să le vândă.

¹⁴⁷ De exemplu cheltuieli suplimentare de marketing necesare pentru a-și păstra poziția pe piață.

¹⁴⁸ De exemplu costurile aferente construirii unei noi fabrici pe piață.

¹⁴⁹ A se vedea, de exemplu, hotărârea pronunțată de *Lietuvos apeliacinis teismas* (Curtea de Apel din Lituania) la 26 mai 2006, în cauza nr. 2A-41/2006 (Stumbras); hotărârea pronunțată de *Højesteret* (Curtea Supremă, Danemarca) la 20 aprilie 2005, în cauza nr. 387/2002 (GT Linien A/S c DSB).

apreciere a cifrelor și a metodelor ce urmează a fi selectate, precum și a modului în care vor fi utilizate în evaluarea daunelor¹⁵⁰.

C. Concurenții existenți

194. Pentru a cuantifica prejudiciul suferit din cauza practicilor de excludere, concurenții pot alege să utilizeze metodele și tehnicile descrise în partea 2. Scenariul ipotetic prin care se presupune că încălcarea nu a avut loc poate fi reconstituit prin comparația cu performanțele unei aceleiași întreprinderi într-o perioadă în care nu a fost afectată de încălcare, cu o întreprindere similară de pe aceeași piață, cu profiturile cumulate din sectorul de activitate¹⁵¹ sau cu performanțele unei întreprinderi identice sau similare pe o altă piață decât cea afectată de practicile de excludere. Ca alternativă, metodele bazate pe simulări pot furniza o estimare a scenariului în care se presupune că încălcarea nu s-a produs, i.e. simularea bazată pe un număr de presupuneri (privind de exemplu, tipul de interacțiuni concurențiale dintre societăți), care ar fi fost situația probabilă dacă competitorul exclus ar fi fost activ pe piață și nu ar fi fost atins de efectele practicilor de excludere. Se pot utiliza și alte metode, de exemplu, datele financiare ale întreprinderilor implicate ar putea furniza informații importante despre veniturile companiilor dacă nu erau afectate de încălcare.

Refuzul de aproviziona cu un factor de producție esențial pentru producerea de solvenți comerciali

Worldco este unul dintre principalii producători internaționali de materie primă esențială în producția de solvenți comerciali. Eusolv este o societate care activează pe piața solvenților comerciali din 1995 și care obține o parte importantă a cifrei de afaceri din vânzarea de Betanol. Pentru a produce Betanol, Eusolv achiziționează Rawbeta de la Worldco. Worldco are o poziție dominantă în producția de Rawbeta, care este singura materie primă adecvată pentru producția de Betanol la scară industrială și la prețuri care permit comercializarea produsului Betanol. Worldco furnizează Rawbeta și filialei sale Subco, care produce Betanol din 2004 și este un concurent al lui Eusolv.

În 2006 Worldco decide să oprească aprovizionarea cu Rawbeta către societățile care comercializează Betanol în Uniunea Europeană, cu excepția filialei sale Subco. Inițial, Eusolv încearcă să achiziționeze o cantitate suficientă de Rawbeta de la furnizori alternativi sau să înlocuiască materia primă de producție a Rawbeta cu alte materii prime, produse prin procese experimentale, ceea ce implică costuri semnificativ mai mari și duce la o creștere abruptă a prețului de vânzare a Betanolului, alături de diminuarea calității și a proprietății produsului de a fi utilizat în scopuri comerciale. În consecință, Eusolv suferă un declin progresiv în vânzări și, în final, încetează producția de Betanol în 2010. În același an, Eusolv intenționează o acțiune în despăgubire împotriva Worldco și a filialei acesteia, Subco, cu scopul de a recupera profitul pierdut datorită refuzului de a aproviziona. Instanța decide că practicile Worldco au reprezentat un abuz de poziție dominantă, interzis prin Articolul 102 din tratat.

(1) Comparația în timp

195. Dacă practicile de excludere afectează concurenții existenți pe piață, probabil că sunt disponibile date despre această întreprindere și dintr-o perioadă neafectată de încălcare. În aceste cazuri, profiturile pierdute de concurentul prejudiciat ar putea fi estimate prin metoda comparației în timp. Scenariul ar putea fi dedus, de exemplu, prin comparația cu datele privind veniturile și costurile întreprinderii prejudiciate

¹⁵⁰ A se vedea de pildă cauzele conexe Mulder și alții/ Consiliul și Comisia C-104/89 și C-37/90, Rec., 2000, p. I-203, punctul 79.

¹⁵¹ A se vedea paragrafele 35, 48 și 66 de mai sus.

înainte ca practicile de excludere să producă efecte¹⁵². În multe cazuri de practici de excludere, s-ar putea să nu fie disponibile date din perioada ulterioară încălcării sau aceste date să nu fie adecvate, mai ales dacă încălcarea a produs efecte de natură să schimbe structura pieței și este puțin probabil ca acestea să dispară în perioada imediat următoare, de exemplu dacă competitorul este exclus de pe piață și există bariere la reîntrarea acestuia în perioada imediat următoare sau dacă concurentul a pierdut cote de piață ce pot fi recuperate dificil din cauza efectelor de rețea¹⁵³.

În exemplul Bertanol nu sunt disponibile date fiabile din perioada de după încălcare, din moment ce Eusolv, întreprinderea prejudiciată, nu mai activează pe piață și s-ar putea să nu revină în mod efectiv imediat după încetarea încălcării. Prin urmare, Eusolv decide să construiască scenariu în care se presupune că nu există încălcarea utilizând date din perioada anterioară anului 2006, când a fost inițiată practica de excludere.

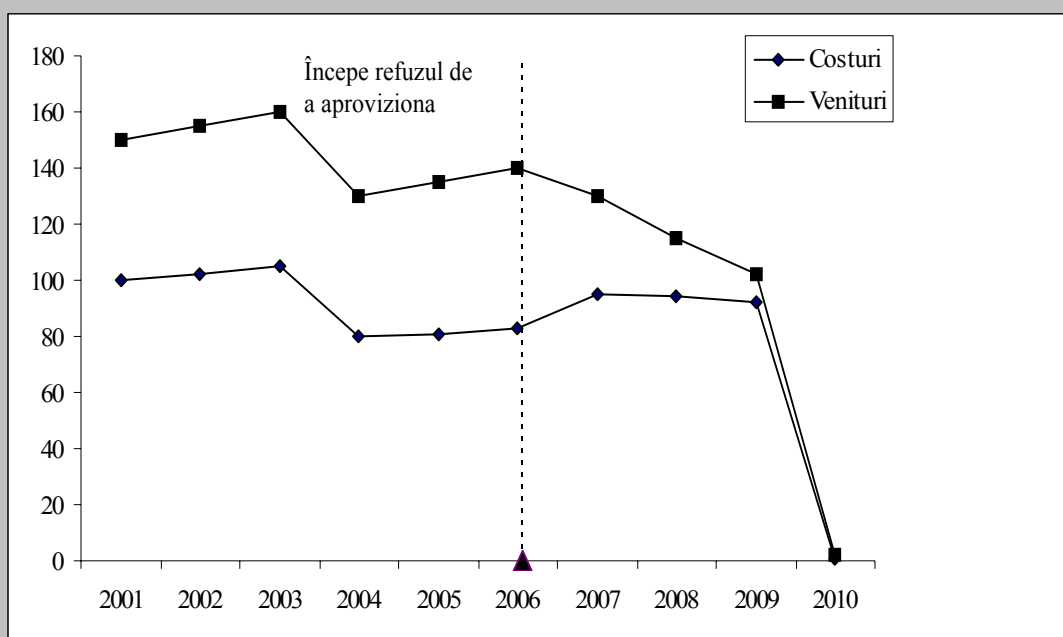
196. În anumite circumstanțe, datele utilizate privind veniturile și costurile din perioada anterioară încălcării ar putea fi ajustate. De exemplu în funcție de reglementările naționale privind probele și sarcina probei, pârâtul poate contesta valoarea estimată de reclamant propunând o estimare diferită, care ia în calcul alte elemente care ar fi putut influența performanțele unei întreprinderi și care nu au legătură cu încălcarea. În primul rând, diminuarea performanțelor unui competitor se poate datora în parte altor factori decât încălcarea, care pot varia de la o diminuare a investiției consacrate marketingului, o pierdere a competitivității produsului sau o majorare a costurilor factorilor de producție proprii reclamantului care solicită despăgubiri. Pe de altă parte, se poate demonstra că acel concurent prejudiciat a avut un potențial pentru a se dezvolta, prin urmare, situația sa în scenariul în care se presupune că încălcarea nu s-a produs ar fi putut fi chiar mai bună decât cea dinainte ca încălcarea să producă efecte. În general, folosirea ca punct de referință a unei perioade anterioare și neafectate de încălcare pe aceeași piață este cu atât mai relevantă cu cât acel concurent a fost prezent pe piață o perioadă mai lungă de timp, iar poziția sa pe acea piață a fost mai stabilă. Cu alte cuvinte, folosirea unui scenariu de referință anterior încălcării ar putea necesita mai multe ajustări¹⁵⁴ dacă concurentul prejudiciat este un nou venit pe piață, deoarece, în aceste condiții, fluctuațiile cotei sale de piață ar fi fost mai probabile.

¹⁵² Pentru un exemplu de aplicare a comparației de tip „înainte și după” pentru estimarea prejudiciului datorat unor practici de excludere interzise prin articolul 101 din tratat, a se vedea hotărârea pronunțată de *Corte d'Appello di Milano* (Curtea de Apel, Milano) la 3 februarie 2000, Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro, în cauza I, 308.

¹⁵³ Un produs este influențat de efectele de rețea dacă valoarea sa pentru fiecare utilizator se majorează proporțional cu numărul de utilizatori.

¹⁵⁴ Astfel de ajustări se pot efectua prin tehnicile descrise mai sus la punctele 59 și următoarele.

În exemplul dat, Eusolv furnizează date despre veniturile și costurile generale efective din producția și vânzarea de Betanol, după cum sunt prezentate în graficul următor:

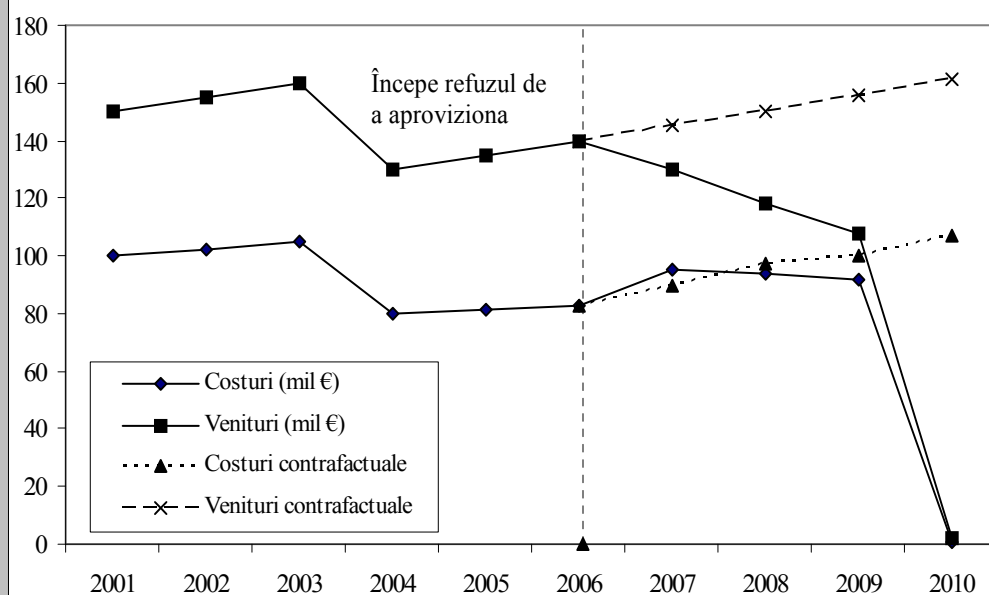


Pentru a construi un scenariu contrafactual relevant, nu se iau în considerare datele de dinainte de 2004, deoarece în acel moment Subco nu era activ pe piață, pe când după 2004 și până în 2006 Eusolv a deținut o cotă de piață stabilă.

În conformitate cu reglementările naționale privind sarcina și nivelul probatoriu, Eusolv furnizează cifre cu privire la cantitățile, veniturile și costurile ipotetice ce s-ar fi obținut în absența încălcării.

Datorită creșterii aplicațiilor industriale ale produsului Betanol, se observă o creștere constantă a cererii totale pentru acest produs (deci, a dimensiunii pieței). Stabilitatea cotei de piață Eusolv după intrarea Subco pe piața Betanolului este utilizată de Eusolv pentru a-și întemeia prezumția conform căreia, în absența încălcării, societatea ar fi menținut o cotă de piață similară. Pe baza acestei prezumții, Eusolv furnizează cifre reprezentând veniturile contrafactuale pentru anii 2006-2010, calculate pe baza valorii totale a pieței și a cotei Eusolv pe această piață. Eusolv furnizează cifre reprezentând costurile per unitate pentru anii 2004 până în 2006 din registrele interne¹⁵⁵. Se arată că aceste costuri erau strâns legate de prețul factorilor de producție pentru producerea de Betanol, i.e. de pildă, o majorare a prețului la factorii de producție duce direct la o majorare corespunzătoare a costurilor. Folosind date disponibile în sectorul de activitate cu privire la prețurile factorilor de producție, experții Eusolv estimează costurile contrafactuale per unitate și prin analiza de regresie, explică evoluția prețurilor la factorii de producție și eficiența datorată producerii unor cantități mai mari. Cifrele corespunzătoare costurilor contrafactuale totale în anii 2006-2010 se obțin prin înmulțirea costului contrafactual per unitate cu numărul de unități care ar fi fost vândute în lipsa încălcării.

¹⁵⁵ Inclusiv costurile nerecuperabile, distribuite în timp.



Rezultatele obținute sunt comparate cu veniturile și costurile reale cu care s-a confruntat Eusolv, după cum urmează: profitul real (venituri reale minus costuri reale) este scăzut din profitul contrafactual (venituri contrafactuale minus costuri contrafactuale). Această valoare reprezintă prejudiciul final estimat solicitat de Eusolv.

Cu toate acestea, Worldco și Subco susțin că, pentru a furniza numărul de unități estimat în creștere în perioada 2006-2010, Eusolv ar fi trebuit să își extindă capacitatea, ceea ce ar fi dus la costuri suplimentare nerecuperabile, care nu au fost incluse în calcul. Apărarea este acceptată de instanță, iar compensația pentru pierderea de profit este redusă în consecință (prin scăderea costurilor suplimentare nerecuperabile estimate pentru anii vizați, proporțional cu cifrele furnizate de Eusolv).

197. În cazurile în care se utilizează practici de excludere, cotele de piață pot juca un rol important ca indicator în calculul pierderii de profit prin metode comparative, cum este comparația în timp. De pildă, se poate utiliza o metodă comparativă pentru a se obține cota de piață probabilă a unui concurent exclus, în lipsa încălcării. Pierderea de profit ar putea fi apoi cuantificată prin înmulțirea datelor de observație privind veniturile și costurile per unitate reale (sau marja de profit medie reală) cu cantitățile suplimentare corespunzătoare unei marje de profit contrafactuale mai mari, estimată în lipsa încălcării. Aceste rezultate se întemeiază pe prezumția că veniturile și costurile per unitate nu au suferit schimbări majore în scenariul contrafactual și ar putea fi acceptate de instanță ca estimare a prejudiciului suferit, eventual ca elemente de probă *prima facie* sau ca argument suficient pentru a schimba sarcina probei¹⁵⁶. O estimare mai precisă ar evalua evoluția veniturilor și a costurilor în cadrul scenariului, cu condiția să fie disponibile suficiente date.
198. În cazul în care se utilizează cota de piață ca indicator în estimarea pierderii de profit, ar trebui să se ia în considerare faptul că aceasta poate fluctua datorită altor factori decât încălcarea, precum căderea cotei de piață a Eusolv, în exemplul Betanol, în

¹⁵⁶

Pentru un exemplu de estimare a instanței bazată pe înmulțirea numărului total de contracte încheiate de autorul încălcării cu cota de piață deținută de reclamant înainte de inițierea practicilor, a se vedea hotărârea pronunțată de *Corte d'Appello di Roma* (Curtea de Apel, Roma) la 20 ianuarie 2003, Albacom S.p.A. / Telecom Italia S.p.A., cauza I- 2474.

2004, din cauza intrării pe piață a întreprinderii competitorie Subco¹⁵⁷. Este posibilă și situația în care, dacă încălcarea a produs o diminuare a dimensiunii totale a pieței, atunci veniturile concurentului exclus, evaluate pe baza cotelor de piață reale, să fie subestimate.

(2) Alte metode comparative

199. Pentru a construi un scenariu în care se presupune că încălcarea nu a avut loc, se pot utiliza ca referință și alte piețe geografice sau ale produsului¹⁵⁸. Prin urmare, se pot folosi ca referință costurile și veniturile unei întreprinderi identice sau similare pe o piață diferită, pentru a estima costurile și veniturile care ar fi fost obținute de concurentul prejudiciat, în cazul în care încălcarea nu s-ar fi produs. Aceste metode se pot utiliza și ca mijloace de verificare a corectitudinii unei estimări obținute pe baza unei comparații în timp sau prin alte metode. De pildă, în cazul în care performanțele singurului concurent al unei întreprinderi monopoliste cu o activitate prolifică indică faptul că acesta ar fi deținut o anumită cotă de piață în lipsa încălcării, estimarea poate fi validată de constatarea că o întreprindere identică sau similară care concurează cu fostul monopol respectiv pe o piață geografică comparabilă, deține de fapt o cotă de piață similară, luându-se în calcul diferențele posibile între întreprinderile sau piețele vizate.

D. Împiedicarea intrării pe piață a concurenților

200. Practicile de excludere nu determină doar la deteriorarea poziției unui concurent pe piață, ci împiedică și intrarea unui concurent care nu a fost încă activ pe piață. Excluderea de pe piață a unor noi concurenți poate cauza un prejudiciu semnificativ, pentru care aceștia au dreptul la despăgubiri. Sistemele juridice ar trebui să ia în considerare dificultățile inerente cuantificării unui astfel de prejudiciu și ar trebui să se asigure că acțiunile în despăgubire întemeiate pe împiedicarea unui concurent nou să intre pe piață nu sunt imposibile sau excesiv de dificile în practică¹⁵⁹.
201. Cazurile în care noi concurenți sunt împiedicați să intre pe piață sunt caracterizate de circumstanțe speciale, care pot fi luate în calcul dacă se cuantifică prejudiciul, datorită lipsei inerente de date de observație cu privire la performanțele întreprinderii prejudiciate pe piața specifică pe care intenționa să intre.
202. Abordarea generală pentru cuantificarea profitului pierdut de concurenți în astfel de situații nu este diferită, în esență, de situația concurenților excluși de pe piață și a căror poziție reală pe piață se deteriorează, deoarece și aceasta implică o evaluare a profiturilor contrafactuale care ar fi fost obținute de concurentul exclus în cazul în care încălcarea nu ar fi avut loc. Aceste rezultate pot fi apoi comparate cu situația reală. În cazurile în care se împiedică accesul pe piață, este posibil ca cel exclus să nu fi obținut profituri sau chiar să fi suferit pierderi (dacă concurentul a suportat costuri pe care nu le-a mai recuperat, deoarece nu a mai putut să intre pe piață).

¹⁵⁷ Din acest motiv, în exemplul oferit, cota de piață folosită pentru cuantificare este cota de piață constantă deținută de Eusolv după 2004.

¹⁵⁸ Hotărârea pronunțată de *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Curtea Comercială, Madrid) la 11 noiembrie 2005, în cauza 85/2005, Conduit-Europe, S.A. / Telefónica de España S.A., confirmată de hotărârea pronunțată de *Audiencia Provincial de Madrid* (Curtea de Apel, Madrid) la 25 mai 2006, în cauza 73/2006.

¹⁵⁹ În unele cazuri este posibil, în conformitate cu legislația aplicabilă, să se cuantifice acest prejudiciu prin abordări pragmatice, precum calcularea valorii totale a pieței pierdute din punctul de vedere al profitului înmulțit cu cota de piață care ar fi fost probabil deținută de concurentul exclus.

203. După cum s-a menționat anterior, concurenții excluși pot decide să solicite despăgubiri doar pentru costurile suportate pentru a intra pe piață, și nu pentru întregul profit pierdut. Această abordare poate fi mai simplă decât solicitarea de despăgubiri pentru pierderea de profit, deoarece implică doar cuantificarea costurilor nerecuperabile suportate de reclamant.

Cazul echipamentului medical

Newco este o întreprindere care dorește să intre pe piața unui anumit aparat medical dintr-un stat membru, pe care Medco și Healthco sunt, de asemenea, active. Pentru a deveni profitabilă, Newco ar fi trebuit să reușească să dețină o cotă de piață minimă pentru a beneficia de avantajele economiilor de scară.

Temându-se că vor pierde un volum substanțial de vânzări în favoarea Newco, Medco a încheiat contracte de distribuție exclusivă cu un număr de clienți pentru a împiedica Newco să atingă cota minimă. În consecință, Newco nu a putut concura cu Medco pentru acești clienți și nu a putut să intre pe piață în mod profitabil, ceea ce a dus la prețuri medii pentru consumatori mai mari decât dacă Newco ar fi intrat pe piață. Deoarece s-a stabilit că practicile Medco încalcă articolul 102 din tratat, Newco ar avea dreptul să solicite despăgubiri pentru profiturile pierdute în urma încălcării. Cu toate acestea, pentru a evita o analiză completă a pierderii de profit, Newco a solicitat despăgubiri doar pentru costurile nerecuperabile pe care le-a suportat deja pentru construirea unei noi fabrici și intrarea pe piață (inclusiv de exemplu, costurile financiare și pierderile nerecuperabile legate de achiziția factorilor de producție).

204. În cazurile în care accesul concurenților este împiedicat nu există date despre veniturile și costurile din perioada anterioară încălcării pentru piața în cauză, în timp ce datele din perioada ulterioară încălcării, în aceeași măsură, nu pot să fie punct de referință, din cauza efectelor încălcării. În astfel de cazuri, poate fi mai util să se utilizeze ca referință o piață geografică sau a produsului comparabilă pe care să fie activă o întreprindere identică sau comparabilă, pentru a putea construi un scenariu contrafactual. Piețele geografice sau ale produsului vizate ar trebui să ofere un grad suficient de similaritate, deși unele diferențe dintre piețe pot fi ajustate¹⁶⁰.
205. În unele cazuri este suficientă evaluarea performanței financiare a concurentului pentru a găsi suficiente date pe baza cărora se va estima profitul contrafactual¹⁶¹.

¹⁶⁰

Acest lucru se poate face printr-o analiză de regresie, cu condiția să existe suficiente date. A se vedea mai sus, punctul 69 și următoarele. Pentru un exemplu de practici de excludere în care a fost acceptată utilizarea unei piețe geografice diferite ca punct de referință, a se vedea hotărârea pronunțată de *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Curtea Comercială, Madrid) la 11 noiembrie 2005, în cauza 85/2005, *Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*, confirmată de hotărârea pronunțată de *Audiencia Provincial de Madrid* (Curtea de Apel, Madrid) la 25 mai 2006, în cauza 73/2006.

¹⁶¹

Pentru exemplificarea unui caz de cuantificare a prejudiciului cauzat de împiedicarea accesului a unui nou concurent pe o piață care funcționează pe baza cererilor de oferte, a se vedea hotărârea pronunțată de *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunalul Regional Superior, Düsseldorf) la 16 aprilie 2008, în cauza VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

De pildă, în situația prezentată prin exemplul de mai sus, să presupunem că Newco dorește să furnizeze celor mai importante trei centre private de sănătate dintr-un stat membru un nou tip de filme inovatoare pentru aparatele cu raze X. Să presupunem că piața de echipamente medicale pentru sistemul de sănătate privat este o piață care funcționează pe baza cererilor de oferte. Datorită unei inovații tehnologice, Newco poate oferi aceste filme la un preț mai mic decât Medco. Cu toate acestea, Medco, care deține o poziție dominantă pe piața aparatelor cu raze X, efectuează vânzări legate, aplicând un preț mai mare la aparatele cu raze X pentru centrele care nu achiziționează și filme de la aceasta. În consecință, Newco nu obține niciun contract. În aceste împrejurări, Newco a arătat că ar fi fost capabil să furnizeze cantitățile solicitate de centre la prețul ofertat și a furnizat date detaliate cu privire la propriile costuri. Pe baza acestor date și a prezumției că Newco ar fi obținut contractele în acele împrejurări în care a oferit prețul cel mai scăzut, se poate estima marja de profit contrafactuală fără a recurge la o comparație în timp sau cu alte piețe, geografică sau a produsului.

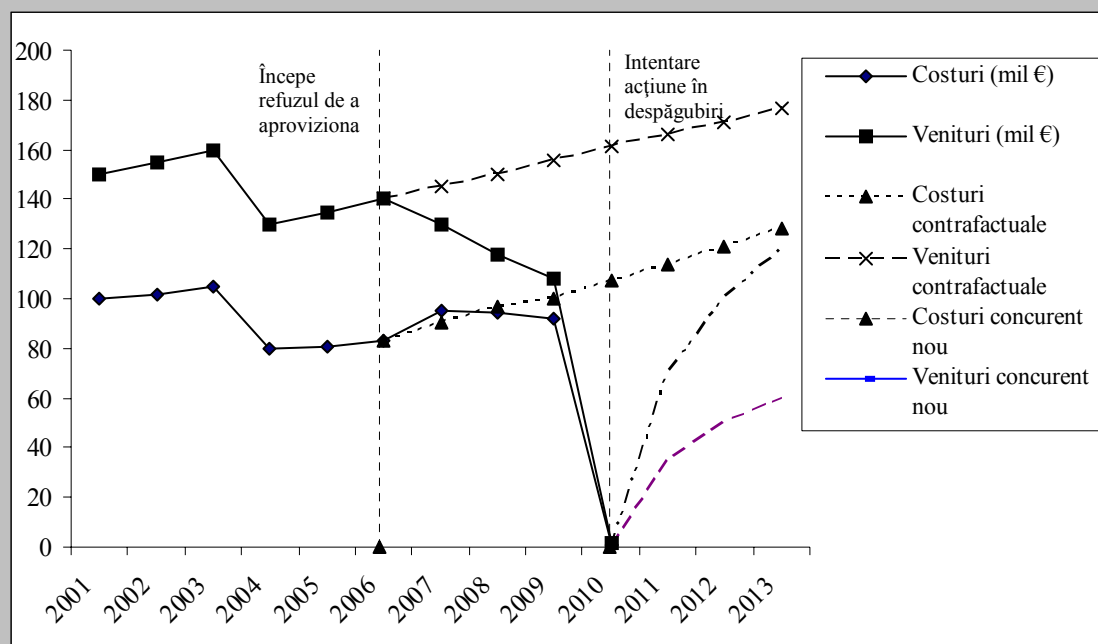
E. Despăgubiri pentru pierderi viitoare

206. Când solicită despăgubiri, concurenții excluși o pot face pentru a compensa profiturile pierdute când au fost puse în aplicare practicile de excludere, dar și pentru compensarea profiturilor la care au renunțat după încetarea acesteia¹⁶². Uneori, profiturile pierdute după încetarea practicilor de excludere pot include și profitul viitor, i.e. profitul pe care e posibil să îl fi pierdut după ce solicitarea de despăgubiri a fost intentată și soluționată. Pierdere de profituri viitoare este semnificativă în special în cazul în care concurenții excluși nu mai pot reveni pe piață sau nu mai pot recupera în întregime cota de piață din cauza efectelor care persistă după încetarea încălcării.
207. Dificultățile în cuantificarea unei astfel de pierderi nu sunt reprezentate numai de tehnicile utilizate, ci și de perioada de timp în care o pierdere de profit poate fi încă identificată și compensată. În acest context un rol important îl are legislația națională, de pildă prin stabilirea circumstanțelor în care o pierdere viitoare poate fi compensată sau prin stabilirea unor reguli pragmatice de rezolvare a acestei situații în funcție de fiecare caz¹⁶³.
208. Factorii care vor influența stabilirea limitei de timp relevante pentru solicitarea de despăgubiri pentru pierdere viitoare de profit pot cuprinde de exemplu, timpul necesar pentru a reveni pe piața în cauză. În alte cazuri această estimare poate fi mai simplă datorită circumstanțelor cazului. De exemplu, în cazul aparatelor cu raze X de mai sus, durata contractelor pentru care Newco a depus oferte ar putea reprezenta timpul scurs pentru care ar trebui să se compenseze pierderea de profituri viitoare conform reglementărilor naționale. În alte cazuri, se poate lua în considerare perioada în care întreprinderea ar fi putut să continue în mod rezonabil producția bunurilor sau furnizarea serviciilor în lipsa unor noi investiții.

¹⁶² Pentru un exemplu de caz în care instanța a acordat despăgubiri și pentru perioada care a urmat încetării încălcării, a se vedea hotărârea pronunțată de *Østre landsrets* (Tribunalul Superior Estic, Danemarca) la 20 mai 2009, în cauza B-3355-06, Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S.

¹⁶³ Când se estimează profitul viitor este normal să i se diminueze valoarea, pentru a reflecta devalorizarea banilor în timp.

În exemplul produsului Betanol, Eusolv ar putea solicita despăgubiri și pentru profitul pe care l-ar fi putut obține după 2010, când a fost exclusă de pe piață și a intentat acțiunea în despăgubiri. În acest caz, este posibilă utilizarea aceluiași tehnici folosite pentru a reconstitui scenariul contrafactual pentru anii 2006-2010, care să fie proiectat mai departe în viitor. Bineînțeles, pierderea de profit viitoare nu poate fi compensată pe o durată nedefinită. Eusolv a decis să stabilească ca punct de reper intervalul de timp probabil necesar pentru ca Eusolv să reîntre pe piață după încetarea încălcării.



III. CUANTIFICAREA PREJUDICIULUI CAUZAT CLIENȚILOR

209. Întreprinderile care convin sau abuzează de poziția lor dominantă pentru a exclude un concurent pot fi nevoite să suporte costuri sau o reducere temporară a profiturilor pentru a pune în practică încălcarea. Acest sacrificiu este suportat pentru a obține o denaturare a procesului concurențial, în urma căruia autorii încălcării se vor situa într-o poziție de unde vor obține profituri mai mari datorită denaturării condițiilor pieței, ceea ce le va permite să recupereze, în detrimentul clienților, pierderea sau reducerea temporară a profiturilor suportată pentru a atinge această poziție. În secțiunile care urmează se vor prezenta două situații tipice de prejudiciu adus clienților în urma practicilor de excludere. În sensul cuantificării, prejudiciul adus clienților prin practici de excludere poate fi analog celui cauzat de încălcări care duc la majorarea prețurilor, situație prezentată pe larg în partea 3 a ghidului practic.

A. *Recuperarea pierderilor*

210. Cel mai simplu exemplu de prejudiciu adus clienților în etapa de recuperare a pierderilor în cadrul practicilor de excludere începe prin prețurile de ruinare, atunci când o întreprindere abuzează de poziția sa dominantă prin fixarea prețurilor la un nivel scăzut în mod artificial ce nu poate fi echivalat de concurenți; în final aceștia vor părăsi piața sau își vor reduce cota de piață. În momentul în care concurenții au fost excluși de pe piață sau când autorii încălcării au obținut o cotă de piață mai mare, aceștia din urmă se pot bucura de profituri mai mari datorită înlesnirii constrângerilor concurențiale.

211. Recuperarea poate fi considerată o etapă complementară a încălcării, al cărei efect poate fi impunerea de supraprețuri pentru clienții autorilor încălcării. Aceste efecte de suprapreț constituie un prejudiciu cauzat de practicile de excludere, iar clienții pot solicita compensații în acest sens.

Recuperarea într-un caz în care s-au aplicat prețuri de ruinare

Se ia drept exemplu piața zborurilor pe o anumită rută între două orașe. Titan Airlines operează pe această piață într-o poziție dominantă fiind o întreprindere care oferă servicii de zbor de înaltă calitate contra unui tarif standard de 1000 €. Un alt actor pe această piață specifică este compania mai mică Bluesky Airlines, care a început recent să opereze pe această rută cu tarife de 800 €.

Titan Airlines recurge la o politică de prețuri de ruinare prin scăderea strategică a prețurilor la un tarif standard de 500 €. Bluesky Airlines are dificultăți în a concura cu aceste prețuri de ruinare, prin urmare, nu este profitabilă și, în final, este exclusă de pe piață. În această situație, compania dominantă Titan Airlines profită de avantajul lipsei concurenței și își majorează profitul prin creșterea tarifelor peste prețurile de dinainte de prețul de ruinare, i.e. depășind tariful standard inițial de 1000 €. Dacă Titan Airlines ar percepe un tarif de 1100 €, până la intrarea pe piață a unui alt concurent, clienții ar achita un suprapreț de 100 € din cauza încălcării.

212. Dacă se cuantifică supraprețurile rezultate din etapa de recuperare, cadrul conceptual care se aplică nu diferă în principiu de cel prezentat în partea 3, adică cel privind încălcările care au ca efect direct o majorare a prețurilor. Deoarece prejudiciul cauzat prin practici de excludere nu se limitează doar la concurenții autorilor încălcării, ci la toți clienții unei piețe specifice, aspectele discutate în cadrul prejudiciului datorat supraprețurilor sunt, prin urmare, relevante și în acest scenariu.
213. Poziția ocupată pe piață de o întreprindere care a recurs la o practică de excludere nu conduce în toate cazurile la o majorare a prețurilor pentru clienții întreprinderii care săvârșeste încălcarea. Cu toate acestea, și în astfel de cazuri, clienții pot suferi prejudicii, de exemplu, dacă în urma încălcării rezultă o reducere a calității. În exemplul luat este posibil ca întreprinderea dominantă Titan Airlines să revină la tariful standard de 1000 €, fără a depăși prețurile practicate înainte de excluderea companiei Bluesky Airline. Cu toate acestea, pasagerii care călătoresc pe ruta respectivă resimt efecte negative, de exemplu dacă Titan Airlines profită de avantajele unei concurențe reduse pentru a scădea standardele serviciilor oferite la zbor.
214. Clienții concurentului exclus pot fi într-o situație diferită față de clienții autorului încălcării, deoarece este posibil ca aceștia să fie nevoiți să opteze pentru serviciile oferite de întreprinderea care săvârșeste încălcarea în momentul în care concurentul este exclus de pe piață. În plus față de posibilitatea reducerii calității serviciilor, aceștia ar trebui să plătească tarife mai mari decât cele pe care le plăteau pentru produsele vândute de concurentul exclus. În funcție de legislația aplicabilă, acestora li s-ar putea permite să demonstreze că, în lipsa încălcării, ar fi cumpărat de la concurentul exclus. În astfel de cazuri, efectele luate în considerare sunt similare, în principiu, cu cele din cazurile în care se aplică supraprețuri. Cu toate acestea, supraprețul poate fi calculat prin compararea prețului produsului vândut de întreprinderea care săvârșeste încălcarea în scenariul real cu prețul perceput de întreprinderea exclusă în scenariul contrafactual.

De exemplu, după excluderea Bluesky Airlines de pe piață, pasagerii acestei companii pot fi expuși unui suprapreț când, datorită excluderii, sunt nevoiți să zboare cu Titan Airlines, la tarife mai mari. Supraprețul poate fi estimat ca diferența dintre prețul efectiv de 1000 € perceput de Titan Airlines și prețul de 800 € pe care l-ar fi perceput Bluesky Airlines dacă nu era exclusă de pe piață. În acest caz, supraprețul suferit de pasagerii nevoiți să treacă de la Bluesky Airlines la Titan Airlines poate fi estimat la 200 €.

B. Prejudiciul adus concurenților în calitate de clienți ai autorilor încălcării

215. În cazurile în care un concurent este și client al autorului încălcării, practicile de excludere ar putea să îl afecteze pe concurent în măsura în care face achiziții de la acesta. În aceste situații, concurentul exclus poate solicita compensarea prejudiciului cauzat de încălcare prin majorarea costurilor, dar și pentru pierderea de profit datorată volumului mai mic de producție sau de vânzări, decât dacă încălcarea nu ar fi avut loc¹⁶⁴.
216. Se poate observa că, în sensul cuantificării, concurenții afectați de un suprapreț se află într-o poziție similară cu cea a clienților membrilor unui cartel sau a unei întreprinderi care săvârșește un alt tip de încălcare, care duce la un suprapreț. Pentru a ilustra acest aspect, se poate lua exemplul Betanol și să se presupună că, în loc să refuze aprovizionarea Eusolv cu Rawbeta, societatea dominantă Worldco decide să majoreze prețul perceput lui Eusolv pentru Rawbeta, cu scopul de a-i micșora marja de profit. În această situație, pot fi avute în vedere argumente similare celor care se ridică în cazurile de majorare de prețuri generate de alte tipuri de încălcări. În exemplul dat, Eusolv ar solicita despăgubiri pentru supraprețul care rezultă din diferența dintre prețul achitat în urma practicilor de excludere și prețul pe care l-ar fi achitat în lipsa încălcării. Dacă supraprețul a fost transferat, și clienții Eursolv pot solicita despăgubiri, iar Eusolv poate solicita compensarea volumelor de vânzări pierdute în urma majorării prețurilor.

¹⁶⁴

Pentru un exemplu de estimare a prejudiciului datorat unei politici de prețuri discriminatorii care a afectat un concurent în calitate de client al autorului încălcării, a se vedea hotărârea pronunțată de Højesteret (Curtea Supremă, Danemarca) la 20 aprilie 2005, în cauza nr. 387/2002 (GT Linien A.S / DSB).

Tabel al cauzelor citate

Curtea de Justiție a UE

Cauza 238/78, Ireks-Arkady GmbH/ Consiliul și Comisia, Rec., 1979, p. 2955.

Cauza C-271/91, Marshall, Rec., 1993, p. I-4367.

Cauza C-308/87, Grifoni II, Rec., 1994, p. I-341.

Cauzele conexate C-104/89 și C-37/90, Mulder și alții/ Consiliul și Comisia, Rec., 2000, p. I-203.

Cauza C-453/99, Courage, Rec., 2001, p. I- 6297.

Cauza C-147/01, Weber's Wine World, Rec., 2003, p.I-11365.

Cauzele conexate C 295/04 - 298/04, Manfredi, Rec., 2006, p. I-6619.

Cauza C-360/09 Pfeiderer, Rep. 2011, p. I-5161.

Cauza C-199/11, Comunitatea Europeană / Otis NV și alții, Rep. 2012, nepublicată încă.

Tribunalul

Cauza T-202/98 Tate & Lyle /Comisia, Rec., 2001, p. II-2035.

Cauzele conexate T-25/95 etc. Cimenteries CBR SA / Comisia, Rec., 2000, p. II-491.

Instanțele statelor membre

Corte d'Appello di Milano (Curtea de Apel, Milano) hotărârea pronunțată la 3 februarie 2000 în cauza I, 308 (Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

Corte d'Appello di Roma (Curtea de Apel, Roma) hotărârea pronunțată la 20 ianuarie 2003 în cauza I, 2474 (Albacom S.p.A. / Telecom Italia S.p.A.).

Corte d'Appello di Milano (Curtea de Apel, Milano) hotărârea pronunțată la 11 iulie 2003, (Bluvacanze).

Cour d'Appel de Paris (Curtea de Apel, Paris), hotărârea pronunțată la 23 iunie 2003 (Lescarcelle-De Memoris/ OGF).

Landgericht Dortmund (Tribunalul Regional, Dortmund) hotărârea pronunțată la 1 aprilie 2004 în cauza nr. 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise).

Højesteret (Curtea Supremă, Danemarca) hotărârea pronunțată la 20 aprilie 2005 în cauza nr. 387/2002 (GT Linien A/S / DSB).

Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania) hotărârea pronunțată la 28 iunie 2005 în cauza nr. KBR 2/05 (ciment transportabil).

Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Tribunalul Comercial, Madrid) hotărârea pronunțată la 11 noiembrie 2005 în cauza nr. 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. / Telefónica de España S.A.).

Audiencia Provincial de Madrid (Curtea de Apel, Madrid), hotărârea pronunțată la 25 mai 2006 în cauza nr. 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas (Curtea de Apel, Lituania), hotărârea pronunțată la 26 mai 2006 în cauza nr. 2A-41/2006 (Stumbras).

Corte Suprema di Cassazione (Curtea Supremă de Casație, Italia) hotărârea pronunțată la 2 februarie 2007 în cauza nr. 2305 (Fondiarria SAI SpA / Nigriello).

Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania) hotărârea pronunțată la 19 iunie 2007 în cauza nr. KBR 12/07 (cartel de vânzare cu ridicata a hârtiei).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Tribunalul Civil Regional, Graz), hotărârea pronunțată la 17 august 2007 în cauza nr. 17 R 91/07 p (școală de conducere).

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunalul Regional Superior, Düsseldorf) hotărârea pronunțată la 16 aprilie 2008 în cauza nr. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).

Stockholms tingsrätt (Instanța Regională Stockholm) hotărârea pronunțată la 20 noiembrie 2008 în cauzele conexate T 32799-05 și T 34227-05 (Europe Investor Direct AB și alții/ VPC Aktiebolag), recurs aflat în curs de judecată.

Tribunal Administratif de Paris (Tribunalul Administrativ din Paris), hotărârea din 27 martie 2009, (SNCF / Bouygues).

Østre landsrets (Tribunalul Superior Estic, Danemarca) hotărârea pronunțată la 20 mai 2009 în cauza nr. B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s c Post Danmark A/S).

Kammergericht Berlin (Tribunalul Regional Superior, Berlin) hotărârea pronunțată la 1 octombrie 2009 în cauza nr. 2 U 10/03 Kart.

Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunalul Regional Superior, Karlsruhe) hotărârea pronunțată la 11 iunie 2010 în cauza nr. 6 U 118/05; contestată la Curtea Federală de Justiție (a se vedea mai jos).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Tribunalul Comercial, Barcelona) hotărârea pronunțată la 20 ianuarie 2011 în cauza nr. 45/2010 (Centrica Enerciga S.L.U. / Endesa Distribucion Electrica S.A.).

Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție), hotărârea din 28 iunie 2011 în cauza KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal, hotărârea din 28 martie 2013, cauza nr. 1166/5/7/10 (Albion Water Limited / Dŵr Cymru Cyfyngedig).