



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Le “Passing-on defence”

Droit & Economie | Concurrences N° 4-2011
www.concurrences.com

Emmanuel COMBE

emmanuel.combe@education.gouv.fr

- | *Professeur, Université Paris 1*
- | *Professeur affilié, ESCP Europe*

Igor SIMIC

isimic@darroisvilley.com

- | *Avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier*

Francesco ROSATI

francesco.rosati@rbbecon.com

- | *Économiste, RBB Economics*

Emmanuel COMBE
emmanuel.combe@education.gouv.fr

Professeur, Université Paris 1
Professeur affilié, ESCP Europe

Igor SIMIC

isimic@darroisvilley.com

Avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier

Francesco ROSATI

francesco.rosati@rbbecon.com

Économiste, RBB Economics

UNE INTRODUCTION ÉCONOMIQUE

Emmanuel COMBE

Professeur à l'Université Paris 1 ; Professeur affilié à ESCP Europe

Abstract

These set of three papers are derived from the training session on the “Passing on defence” organized by Concurrences Review that has held on 5th July 2011 in Paris. The first contribution written by the economist Emmanuel Combe is dedicated to the definition of the fundamental notions. The second contribution, written by Me Igor Simic, provides us with the point of view of the different jurisdictions and with the European Commission's position in the matter. The last contribution, by Mr Francesco Rosati is dedicated to the economic evaluation' criteria of the passing on defence.

Ce dossier réunit trois contributions sur le sujet du “Passing on defence”, présentées le 5 juillet 2011 à Paris et issues du cycle de formation Economie et droit de la concurrence organisé par la revue Concurrences. La première contribution, écrite par l'économiste Emmanuel Combe, est dédiée à l'introduction des notions clés du sujet. Me Igor Simic, nous donne les points de vue des juridictions et de la Commission européenne en la matière. L'auteur de la seconde contribution, M. Francesco Rosati explique quant à lui les critères d'évaluation économique du Passing on defence.

1. L'essor en Europe des actions en réparation en matière de concurrence, essor largement encouragé par la Commission Européenne au nom de la pleine effectivité des règles de concurrence, a fait émerger de nouvelles problématiques, au premier rang desquelles figurent l'évaluation du préjudice et sa répartition entre les différentes victimes d'une pratique anticoncurrentielle.

2. Prenons le cas des cartels : contrairement à une idée répandue, ces pratiques n'affectent souvent pas les consommateurs finaux de manière directe, en particulier lorsqu'elles portent sur des produits intermédiaires dont les premiers clients sont des entreprises. Ainsi, dans le cas d'un cartel qui aurait sévi sur le vitrage des voitures, les victimes directes seraient d'abord à rechercher du côté des constructeurs automobiles.

3. La question est alors de savoir dans quelle mesure la victime directe du cartel est en mesure ou non de reporter une partie ou la totalité du surcoût qu'elle a elle-même subi sur ses propres clients, en aval : si l'on prolonge l'exemple du vitrage automobile, il s'agit de déterminer dans quelle mesure la hausse du prix des vitrages, qui constitue un élément du coût de production des constructeurs automobiles a été reportée sur le prix des voitures, c'est-à-dire sur les consommateurs finaux. Telle est la question à laquelle répond la problématique du « passing on ».

I. Le passing on : Définition et mesure

4. Le passing on peut se définir comme la capacité dont dispose la victime directe d'une pratique anti-concurrentielle à reporter sur ses propres clients (dénommés victimes « indirectes ») tout ou partie du surprix qu'elle a elle-même supporté.

5. Le montant du passing on peut être évalué en calculant un « taux de passing on » c'est-à-dire la proportion du surcoût qui a été reportée sur le client en aval. Le taux de passing on se définit comme le ratio de la hausse (absolue) de prix subie par la victime indirecte, divisé par la hausse (absolue) de prix subie par la victime directe. Un exemple simple (et fictif) permet d'illustrer cette notion de manière très concrète (graphique 1). Supposons que plusieurs entreprises en concurrence pratiquent sur un produit X un prix de 100 euros à leurs clients, qui sont en l'occurrence des distributeurs. Ces derniers, dont nous supposons que le seul coût de production est représenté par le prix d'achat du produit X, appliquent une marge de 20 euros (soit 20%) et revendent donc le produit X à 120 euros à leurs clients finaux.

Graphique 1

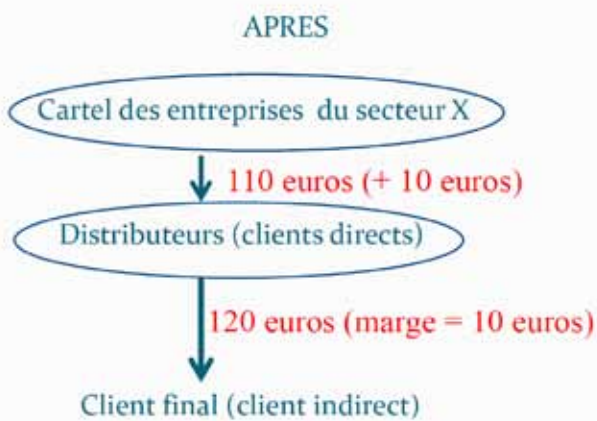


6. Supposons à présent que l'ensemble des entreprises du secteur X décident de former un cartel, dans le seul but d'augmenter le prix de vente, qui passe alors de 100 euros à 110 euros, soit une hausse du prix de 10%.

7. Premier cas de figure : les victimes directes, c'est-à-dire les distributeurs, subissent une hausse de leur coût de production mais décident de ne pas reporter sur leurs clients ce surcoût et l'absorbent totalement en réduisant leur marge de 10 euros (graphique 2). Le prix de vente final n'est pas modifié et les consommateurs ne sont en rien affectés par la pratique de cartel. Dans ce cas de figure, nous pouvons considérer que le taux de passing on est nul :

Taux de passing on = 0 euro / + 10 euros = 0 euro

Graphique 2



8. Second cas de figure : les victimes directes –c'est-à-dire les distributeurs- décident de reporter la totalité du surcoût qu'elles ont subies, -soit 10 euros par un unité- sur les clients finaux, en augmentant leur prix de vente de 10 euros : le prix de vente passe alors de 120 euros à 130 euros et la marge reste constante en valeur absolue, soit 20 euros par unité (graphique 3). Dans ce cas de figure, nous pouvons considérer que le taux de passing on est de 100% :

Taux de passing on = + 10 euros / + 10 euros = 100%

Graphique 3



9. Dans ce second cas de figure, nous serions tentés de conclure que les victimes directes –les distributeurs- n'ont subi aucun préjudice puisqu'elles ont été en mesure d'augmenter le prix final du montant du surcoût qu'elles ont elle-même supportées. En réalité, cette conclusion est un peu hâtive et pour tout dire erronée : en effet, face à l'augmentation du prix de vente des distributeurs de 10 euros, il est probable que les clients en aval vont réduire leur demande, sauf à considérer que la demande est complètement inélastique au prix. Cet effet quantité (voir : Verboven & Van Dijk 2007) affecte bien négativement les distributeurs, dès lors qu'ils réalisent une marge positive sur les produits vendus. Le fait que les distributeurs aient reporté la totalité de la surcharge en aval ne signifie donc pas qu'ils n'ont subi aucun préjudice (voir l'article de F. Rosati sur ce point).

10. Entre les deux cas polaires -0% et 100%- nous retrouvons toutv l'éventail des situations intermédiaires, dans lesquelles une partie seulement du surcoût est reportée sur les clients finaux. Toute la question pratique est alors de savoir quels facteurs influent sur le montant du passing-on.

II. Le passing on : Quelques facteurs qui influent sur son niveau

11. De nombreux facteurs sont susceptibles d'influer sur le taux de passing on. Dans un souci de clarté et de pédagogie, nous allons les lister, bien qu'en réalité ces différents facteurs interagissent les uns avec les autres.

→ L'intensité de la concurrence en aval

12. Si la concurrence en aval est très vive, les prix vont tendre mécaniquement vers le coût marginal de production et les marges seront proches de zéro. Dans ces conditions, les victimes directes n'auront pas d'autre choix que de reporter la totalité du surcoût sur leurs clients, sinon elles subiront des pertes. Dans notre exemple numérique, si les distributeurs revendent le produit X à un prix proche de son coût d'achat –par exemple à 101 euros, c'est-à-dire avec une marge de 1%- ils n'auront pas d'autre choix que d'augmenter le prix de

vente si les producteurs en amont augmentent le prix à 110 euros. En effet, pour ne pas subir de perte, les distributeurs doivent à minima augmenter leur prix à 110 euros. A contrario, une victime directe qui se trouve en situation de monopole reportera une partie seulement du surcoût sur ses clients : avec une fonction de demande linéaire et un coût marginal constant, le taux de passing on sera de 50%. Pour des structures de marché intermédiaires comme l'oligopole, le taux de passing on dépend du nombre de compétiteurs et du type de concurrence : dans notre exemple, plus le nombre de distributeurs est élevé, plus leur marge en concurrence est faible et plus le taux de passing on sera fort. Par exemple, dans le modèle de Cournot, avec une demande linéaire et un coût marginal constant, le taux de passing-on est égal à : $n/(n + 1)$, avec n le nombre d'entreprises. Cela signifie qu'en duopole, le taux de passing-on sera de 66% (2/3) ; s'il y a 10 distributeurs sur le marché, le taux sera proche de 100% (10/11). Pour ce qui est du type de concurrence, si les produits (et services) offerts par les distributeurs sont peu différenciés entre eux (concurrence par les prix), les marges seront faibles et il est probable que les distributeurs soient obligées de reporter la totalité du surcoût sur leurs clients ; à l'inverse, plus les produits (et services) offerts par les distributeurs sont différenciés, moins la concurrence entre eux est forte : il est probable que le taux de passing on soit limité.

→ La symétrie/dissymétrie du choc sur les coûts

13. Si la hausse du prix n'affecte pas tous les clients directs (les distributeurs dans notre exemple), il est probable que ceux qui sont affectés ne répercuteront pas ou peu la hausse de coût qu'ils subissent sur le prix proposé à leurs clients, de peur que ces derniers ne partent chez leurs concurrents. Ce cas de figure peut se produire par exemple si un cartel se forme au niveau d'un pays ou d'une région –l'Europe par exemple– mais n'affecte pas la totalité des marchés géographiques ; dans ce cas de figure, les victimes directes hésiteront à reporter le surcoût en aval, de peur que leurs clients finaux n'aillent s'approvisionner hors d'Europe. De même, supposons qu'un cartel affecte la totalité des clients d'une industrie A mais que cette dernière soit en concurrence avec une autre industrie B, dont les produits sont différents mais substituables. Les victimes directes –les producteurs de l'industrie A– auront du mal à reporter le surcoût sur les clients, craignant que ces derniers substituent les produits de l'industrie B.

→ L'importance de l'input dans le coût de production

14. Si l'input dont le prix a augmenté représente une fraction marginale du coût total de production, la victime directe peut décider d'absorber le surcoût et de ne pas le reporter sur le client en aval. Cet argument est toutefois réversible : on peut considérer que la faible variation du prix final nécessaire pour répercuter le surcoût au client sera faible et n'aura donc aucun impact significatif sur les quantités vendues, ce qui incite les victimes directes à recourir au passing on.

→ L'élasticité prix de la demande finale

15. Si la demande finale est peu élastique au prix, cela signifie que les clients finaux ne disposent pas véritablement de produits substitués. Dans ce cas, le passing on est plus

probable, dans la mesure où le report de prix ne se traduira pas pour les victimes directes par une diminution sensible des quantités vendues.

→ Les délais dans le changement de prix

16. Il est possible que les victimes directes ne puissent pas reporter une partie du surcoût sur leurs clients, si les contrats sont par exemple conclus sur une longue période avec des prix fixes et qui ne tiennent pas compte des variations de coût. De même, il peut exister des coûts (matériels ou psychologiques) au changement de prix, qui dissuadent les victimes directes de reporter sur les clients une partie ou la totalité du surcoût. A l'inverse, les contrats avec les clients finaux peuvent être de type « cost-plus », ce qui implique que le surcoût puisse être rapidement transféré en aval.

III. Du « passing on » au « passing on defence »

17. Si le passing-on est une notion qui relève à proprement parler de la sphère du calcul économique, il n'en va pas de même du « passing on defence », qui porte sur la recevabilité devant le juge civil de cette argument : la question qui est posée est alors de savoir si l'auteur d'une pratique anti-concurrentielle (cartel, abus de position dominante) est fondé à se défendre, lors d'une action en réparation menée par la victime directe, en minorant le montant du surcoût subi, au motif que la victime directe a reporté tout ou partie de son préjudice sur ses propres clients. Cette problématique présente d'ailleurs un pendant du côté de la victime indirecte : autorise-t-on cette dernière à mener une action en réparation, si elle parvient à prouver qu'elle a supportée une partie du préjudice (« passing on offensif ») ? Si l'autorisation du passing on offensif apparaît comme le corollaire logique de la recevabilité du passing on défensif, les deux notions n'en restent pas moins distinctes.

18. La question du passing on defence a été abondamment traitée outre Atlantique par les juridictions, à la suite des affaires Hanover Shoe (1968) et Illinois Brick (1977) qui ont conclu au rejet du passing on (voir le texte d'Igor Simic). Mais cette question a également suscité l'intérêt des économistes américains dès les années 1970-1980 (voir : Cengiz 2007). En effet, la question de la recevabilité du passing on defence renvoie à un débat plus fondamental et plus « normatif » sur la place et les objectifs assignés à l'action privée par rapport à l'action publique. A cet égard, deux positions polaires peuvent être identifiées :

19. Si l'on estime que l'action privée n'est que le prolongement de l'action publique et que cette dernière est d'abord dictée par la dissuasion et l'efficacité, la répartition du préjudice entre les victimes doit également poursuivre ces deux objectifs. Ainsi, dans un article fondateur, Landes et Posner (1979) militent pour un rejet total du « passing on defence », au nom de l'efficacité de l'action en réparation : ils estiment que les victimes directes disposant de davantage d'informations sur la pratique incriminée que les victimes

indirectes, il convient de circonscrire l'action en réparation aux seules victimes directes. L'autorisation du « passing on defence » conduirait à complexifier l'estimation du préjudice et à diluer l'incitation à mener une action en réparation. De leur côté, Werden & Schwartz (1984) mobilise un autre argument pour rejeter le « passing on defence » : comme les victimes directes et indirectes se retrouvent en concurrence pour le partage du montant de la réparation, l'incitation à agir des victimes directes est plus faible que lorsqu'elle se voit octroyer l'exclusivité de l'action en réparation. Plus encore, il est probable que les victimes indirectes soient en plus grand nombre que les victimes directes –lesquelles évoluent bien souvent sur des marchés concentrés : à ce titre, il sera plus difficile pour elles de s'organiser, puisque chaque victime indirecte ne récupérera à la fin qu'une fraction seulement du montant total des réparations.

20. A l'inverse, si l'on met l'accent sur l'objectif d'équité, sur le fait qu'il ne saurait y avoir d'enrichissement sans cause, alors le passing on defence prend toute sa justification puisqu'il permet d'établir précisément la répartition du préjudice entre chaque acteur de la chaîne de valeur. Ainsi, Harris & Sullivan (1980) estiment qu'il devrait y avoir une présomption en faveur du « passing on » : lorsque la demande est faiblement élastique au prix, les clients finaux sont en réalité les premières –sinon les seules- victimes et c'est à elles que doit revenir la réparation du préjudice.

Bibliographie

F. Cengiz (2007), “Passing-on defence and indirect purchaser standing in actions for damages against the violations of competition law : what can the EC learn from the US ?”,

Working Paper n° 07-21, University of East Anglia, 42 p.

R. Harris, L. Sullivan (1980), “Passing on the monopoly overcharge : a response to Landes and Posner”, *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 1280-1290

W. Landes, R. Posner (1979), “Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust laws ? an economic analysis of the rule of Illinois Brick”, *University of Chicago Law Review*, pp. 608-625

Oxera [2009], Quantifying antitrust damages : towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission, 179 p.

F. Verboven, T. Van Dijk (2009), “Cartel damages claim and the passing-on defence », *Journal of Industrial Economics*, pp. 457-491

G. Werden, M. Schwartz (1984), “Illinois Brick and the deterrence of antitrust violations : an economic analysis”, *Hastings Law Journal*, pp. 629-638

LA RÉPERCUSSION DES SURCOÛTS

Igor SIMIC

Avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier

1. Les actions en responsabilité civile consécutives aux pratiques anticoncurrentielles sont en plein essor. Elles sont perçues comme un outil de réparation du préjudice subi par les victimes de comportements anticoncurrentiels mais également de renforcement de la dissuasion, en ajoutant aux sanctions infligées contre ces pratiques¹. En 2008, la Commission européenne a confirmé son souhait de promouvoir le contentieux de la réparation du préjudice découlant d'une violation du droit de la concurrence dans son Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles européennes sur les ententes et les abus de position dominante. Si un comportement anticoncurrentiel a eu un effet sur les prix, ce type de contentieux suppose d'analyser comment s'articulent la qualité pour agir des acheteurs directs ou indirects et l'éventuelle répercussion des surcoûts induits par l'infraction en aval de la chaîne de distribution².

2. En France, le droit à réparation des violations des règles de concurrence repose sur le droit commun de la responsabilité civile et nécessite la réunion de trois éléments : (i) une faute, (ii) un préjudice et (iii) un lien de causalité.

3. La faute est relativement aisée à établir dès lors qu'une infraction aux règles de concurrence a été précédemment constatée par une autorité de concurrence. Le préjudice doit quant à lui être direct, actuel et certain. Enfin, la nécessité d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice demeure la difficulté majeure dans la mise en œuvre concrète du droit à la réparation.

4. Le nombre d'actions en réparation a sensiblement augmenté dans l'Union européenne ces dernières années. Que ce soit en France³, au Royaume-Uni⁴ ou en Allemagne⁵ les recours en réparation pour violation du droit de la concurrence se sont multipliés.

1 B. Deffains, S. Ferey, “Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ?”, *Revue d'économie industrielle* n° 131, 2010.

2 Y. Utzschneider, H. Parmentier, “Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence ; la Cour de cassation accepte le “passing-on defence””, *Recueil Dalloz* 2010 p. 2781.

3 À la suite de la décision du Conseil de la concurrence du 29 novembre 2005 condamnant les entreprises du BTP pour des ententes commises à l'occasion des appels d'offres relatifs à la construction du TGV Nord, la SNCF a agi en réparation du préjudice causé par ces entente. Elle a obtenu la condamnation de plusieurs entreprises à lui payer 90 millions de dommages-intérêts : Tribunal administratif de Paris, 27 mars 2009.

4 Au Royaume-Uni, plusieurs entreprises ont assigné British Airways en septembre 2008 en réparation des dommages causés par la participation de cette dernière au cartel de fret aérien.

5 La société Belge Cartel Damages dont l'objet est d'acquiescer les droits d'action de victimes de cartels et d'exercer des actions “groupées” en dommages-intérêts a introduit une action dans l'affaire du cartel allemand du ciment qui a été jugée recevable par la Bundesgerichtshof.

5. Alors qu'au niveau communautaire on constate une relance des débats sur l'action privée (v. not. J. Alumnia, “Common Standards for group claims across the EU”, 15 oct. 2010), l'actualité jurisprudentielle nationale a elle été marquée par l'arrêt rendu le 15 juin 2010 par la Cour de cassation dans l'affaire du cartel de la lysine qui consacre, en droit français, la validité du “passing-on defence”.

I. L'appréhension du “passing-on defence” par les différentes juridictions

6. Le préjudice causé par les infractions au droit de la concurrence est souvent délicat à évaluer : il nécessite généralement une analyse factuelle et économique très complexe. Dans ce cadre, l'une des questions importantes qui se pose est celle de la répercussion des surcoûts : une société, qui a payé un surcoût du fait d'une pratique anticoncurrentielle, mais qui a ensuite répercuté ce surcoût dans ses propres prix et donc à ses propres clients, peut-elle demander le remboursement du surcoût initialement payé ?

7. La répercussion des surcoûts peut être invoquée dans deux situations.

8. La première situation dans laquelle la répercussion des surcoûts peut être alléguée est celle d'un défendeur dans une action en réparation qui peut faire valoir que la victime n'a pas subi de préjudice puisqu'elle a répercuté le surcoût sur ses propres clients. On parle de “passing-on shield” ou d'usage défensif du principe de répercussion des surcoûts.

9. Lorsqu'il s'agit pour une victime indirecte de pratiques concurrentielles d'établir l'existence de son préjudice, elle doit être en mesure de démontrer que le surcoût lui a été répercuté. On parle de “passing-on sword” ou d'usage offensif du principe de répercussion des surcoûts.

10. Comme il sera exposé ci-après, ces deux notions sont généralement appréhendées ensemble.

1. La jurisprudence américaine

11. Le droit fédéral américain rejette la théorie du “passing-on” :

→ en 1968, dans une affaire *Hannover v. United Shoe* la Cour Suprême des États-Unis a rejeté le principe de l'usage

défensif du “passing-on” : le défendeur dans une action en réparation ne peut pas invoquer la répercussion du surcoût à l’encontre du demandeur ;

→ en 1977, la Cour Suprême a également rejeté le principe de l’usage offensif du “passing-on” : seuls les acheteurs directs et non les acheteurs indirects peuvent agir en responsabilité contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ayant entraîné un surcoût⁶.

12. Cependant certains États ont contré cette jurisprudence fédérale en adoptant des lois permettant aux acheteurs indirects d’agir en réparation. La coexistence de règles différentes au niveau fédéral et au niveau des États fédérés a abouti à un environnement juridique chaotique, où un même comportement peut donner lieu à plusieurs procédures devant différentes juridictions, dont seules certaines reconnaissent la qualité pour agir des victimes indirectes et où d’autres rejettent d’office la défense tirée de la répercussion du surcoût illégal en aval.

13. Il existe donc un risque que l’auteur de pratiques anticoncurrentielles soit condamné à indemniser plusieurs fois le même dommage. Une commission de modernisation du droit de la concurrence a été instituée afin de réfléchir à une solution pour surmonter ces divergences et promouvoir la coopération des différentes juridictions américaines.

2. La position des juridictions européenne

14. Les arrêts *Courage*⁷ et *Manfredi*⁸ de la Cour de Justice ont reconnu la possibilité de demander la réparation d’un dommage issu d’un contrat ou d’un comportement susceptible de fausser le jeu de la concurrence.

15. Dans l’arrêt *Courage*, la CJCE a considéré que “la pleine efficacité de l’article [101] du traité et, en particulier, l’effet utile de l’interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence”, sous réserve que la victime puisse démontrer l’existence d’un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou pratique interdite par les articles 101 ou 102 TFUE.

16. Ainsi la jurisprudence communautaire semble admettre la possibilité pour les victimes indirectes de pratiques anticoncurrentielles de demander la réparation des dommages subis. Cependant l’exigence d’un lien de causalité pourrait permettre de restreindre les actions de victimes indirectes trop éloignées. Le droit communautaire semble admettre l’usage défensif du “passing-on” en souhaitant éviter l’enrichissement sans cause.

6 R. Saint-Esteben, La réparation du préjudice économique résultant d’infractions au droit de la concurrence, 2007

7 Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, *Courage et Crehan*, affaire C-453/99 (20 septembre 2001).

8 Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contre Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) et *Nicolò Tricarico* (C-297/04) et *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contre *Assitalia SpA*.

17. Le “passing-on defence” a également été retenue par la jurisprudence nationale, certains juges allant parfois jusqu’à lui donner une portée très générale. On se souvient ainsi de la solution adoptée par le tribunal de commerce de Nanterre en 2006 dans l’affaire des Vitamines, selon laquelle la simple possibilité de répercuter la hausse de prix sur les clients exclut toute demande de réparation même si l’entreprise a fait le choix de ne pas augmenter ses prix⁹.

18. Ainsi soit la victime directe a répercuté le surcoût et elle n’a pas subi de préjudice, soit la victime directe n’a pas répercuté le surcoût alors qu’elle aurait pu le faire et elle a donc participé elle-même à la réalisation de son dommage.

19. La Cour de Cassation en 2010¹⁰ s’est prononcée sur cette question en reconnaissant explicitement la validité du “passing-on defence”, ce qui l’a conduite à censurer la Cour d’appel pour ne pas avoir recherché concrètement si la victime n’avait pas répercuté sur ses clients les surcoûts résultant du cartel. Cette solution vise à prévenir tout risque d’enrichissement sans cause qui résulterait de l’allocation de dommages et intérêts. Par ailleurs, cet arrêt semble invalider la solution très générale retenue par le tribunal de Nanterre dans l’affaire de 2006, qui consistait à écarter le droit à réparation dès lors qu’une possibilité de répercussion existait : en effet, le “passing-on defence” nécessite, pour prospérer, d’examiner concrètement s’il y a répercussion en aval.

II. Les propositions de la Commission

20. Dans son Livre vert, la Commission considère que la prise en compte de la répercussion des surcoûts est un moyen de défense nécessaire pour éviter qu’un acheteur direct qui a répercuté les surcoûts soit dédommagé d’un préjudice qu’il n’a pas subi et pour empêcher que le défendeur soit tenu à une indemnisation multiple, puisque tant les acheteurs indirects que les acheteurs directs peuvent le poursuivre.

21. D’un autre côté, la Commission souligne que la prise en compte de la répercussion des surcoûts conduirait *de facto* à ce que les auteurs d’infractions ne dédommagent personne. En effet, l’acheteur direct ne pourra pas obtenir une indemnisation, compte tenu de la répercussion des surcoûts et les acheteurs indirects n’auront pas plus de succès dans la mesure où ils ne seront pas capables de montrer si, et dans quelle mesure, le surcoût a été répercuté.

22. C’est la raison pour laquelle la Commission dans son Livre blanc est à la recherche d’un équilibre entre la nécessité d’éviter l’enrichissement sans cause tout en assurant le principe de réparation du préjudice.

23. S’agissant du “passing-on shield”, la Commission propose que la validité de ce moyen de défense soit garantie par les

9 Trib. com. Nanterre, 6e ch., 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ Sté F Hoffmann La Roche.

10 Cass. com., 15 juin 2010, *Ajimoto Eurolysine cl Doux aliments Bretagne*.

États membres. En tant que moyen de défense, la charge de la preuve du principe et de l'étendue de la répercussion devrait peser sur le défendeur.

24. Concernant le “passing-on sword”, la Commission propose afin de favoriser les actions en dommages et intérêts d'alléger la charge de la preuve, en mettant en place une présomption réfragable de répercussion sur la victime de la totalité du surcoût illégal.

25. La question de la coordination entre droit nationaux, à laquelle tente de répondre le Livre blanc de la Commission, demeure centrale. Le 11 juin 2010, l'Oberlandesgericht Karlsruhe a rendu un arrêt dans lequel elle a écarté la possibilité, pour le défendeur, d'invoquer le “passing-on defence”, soit une solution exactement contraire de celle retenue par la Cour de cassation dans son arrêt de 2010. ■

LES CRITÈRES D’ÉVALUATION ÉCONOMIQUES

Francesco ROSATI

Économiste, RBB Economics

I. Introduction

1. Lorsqu’un cartel ou une autre pratique anticoncurrentielle¹¹ a pour effet d’augmenter artificiellement les prix au dessus du niveau de concurrence, les clients des entreprises qui ont mis en œuvre la pratique peuvent subir un préjudice. L’étendue de ce préjudice dépend, en premier lieu, de l’importance de la “surcharge”, à savoir la différence entre le prix pratiqué par les membres du cartel et le prix qui aurait prévalu en l’absence d’infractions. Cependant, même dans les cas où la surcharge est importante, le préjudice peut être considérablement réduit si le client direct du cartel a répercuté cette hausse de prix en augmentant à son tour le prix qu’il pratiquait à ses propres clients (les clients *indirects*). Cet argument peut être avancé par les défenseurs dans certaines juridictions, dont la France (cf. l’article par [Igor Simic dans ce dossier]). Cet article explore les enjeux méthodologiques et pratiques de ce type d’argument.

II. Principes théoriques

2. En l’absence de *passing-on*, le dommage subi par un client direct du cartel peut être estimé en multipliant la surcharge par le volume acheté. Par exemple, si la surcharge est de 2 € et que le client a acheté 100 unités du produit, on peut conclure que le client a payé 200 € de plus que ce qu’il aurait payé en l’absence de cartel (2 € X 100 unités achetées = 200 €).

3. En revanche, si le client direct a répercuté la hausse de prix à ses propres clients, le calcul du préjudice est plus complexe. De manière générale, une hausse de prix porte les clients à acheter des quantités inférieures. Par conséquent, le *passing-on* a un double effet. D’une part, il augmente la marge réalisée par le client direct sur les unités vendues ; d’autre part, il réduit le nombre d’unités vendues (ce qu’on appelle l’“effet volume”). Ces deux effets sont liés de manière indissoluble et doivent donc être appréhendés conjointement. L’augmentation de la marge a tendance à réduire le préjudice, tandis que l’effet volume a tendance à l’augmenter. Cependant, l’effet net est nécessairement de réduire le dommage, car le client direct a toujours le choix de ne pas répercuter la hausse de prix ; s’il décide de le faire, c’est donc parce que cela augmente ses profits (ou réduit ses pertes).

4. Le taux de *passing-on* mesure la proportion de la surcharge qui est répercutée sur prix payé par les clients indirects¹². De manière générale, ce taux dépend d’un grand nombre de paramètres empiriques spécifiques à chaque marché. Par conséquent, il existe très peu de critères généraux permettant d’en estimer l’importance, ne serait-ce que de façon approximative. Nous en décrivons trois.

5. Premièrement, la théorie économique indique que le *passing-on* sera nul si le produit cartellisé constitue un coût fixe pour les clients directs. D’après la théorie, seuls les changements des coûts variables sont répercutés sur les prix, car ils affectent la marge brute réalisée sur chaque unité vendue. En revanche, les changements de coûts fixes n’ont pas cet effet. Si l’entreprise tentait de répercuter ces changements sur ses prix, elle accroîtrait sa perte¹³. Par exemple, un fabricant de papier aura généralement intérêt à augmenter ses prix en réaction à une hausse du prix du bois (un coût variable), mais laissera probablement ses prix inchangés si une hausse du prix des ordinateurs devait augmenter les coûts (fixes) de son administration¹⁴.

6. Deuxièmement, le taux de *passing-on* a tendance à être plus élevé si la même surcharge a été imposée non seulement au client direct en question, mais aussi à tous ses concurrents, ou du moins à une grande partie d’entre eux. Si une seule entreprise voit ses coûts (variables) augmenter, elle pourra plus difficilement augmenter ses prix, car ses clients pourront se tourner vers d’autres fabricants dont les coûts (et donc les prix) sont restés inchangés. Par exemple, ce cas de figure pourrait se présenter si certaines entreprises sont verticalement intégrées. En revanche, si tous les fabricants du marché subissent la même hausse des coûts, ils auront tous une incitation similaire à augmenter leurs prix et le risque de perdre des clients sera moindre.

11 En théorie, certaines restrictions verticales et certains abus de position dominante peuvent aussi avoir pour effet d’augmenter les prix au dessus du niveau de concurrence.

12 Imaginons par exemple que le cartel ait pour effet d’augmenter les prix de 100 € à 110 € par unité (surcharge de 10 €), et que le client direct utilise le produit en question comme intrant dans la production d’un autre produit. Si le client direct répond à la surcharge en augmentant le prix du produit final de 5 € (par ex. de 200 € à 205 €), le taux de *passing-on* est de 50 % (5 € / 10 € X 100).

13 Le prix qui maximise le profit d’une entreprise est le résultat de deux incitations opposées. D’une part, en augmentant son prix, l’entreprise augmente la marge brute réalisée sur chaque unité vendue ; d’autre part, un prix plus élevé tend à réduire le nombre d’unités vendues. Une augmentation des coûts variables réduit la marge brute de l’entreprise ; ceci réduit la perte associée à une réduction de volume et engendre une incitation à augmenter le prix. En revanche, les changements des coûts fixes n’ont pas d’effet direct sur la marge brute et donc ne changent pas le prix optimal du point de vue de l’entreprise.

14 Toutefois, il convient de noter que dans certaines industries régulées les prix peuvent être établis de manière à prendre en compte les coûts fixes ; dans ces circonstances, une hausse des coûts fixes peut avoir un impact direct sur les prix, et le *passing-on* peut donc être non nul.

7. Troisièmement, le *passing-on* aura tendance à être plus élevé si la marge brute du client direct est faible par rapport à la surcharge. Ceci peut être le cas notamment lorsque le client du cartel joue le rôle d'agent ou d'intermédiaire et que sa rémunération est faible par rapport à la valeur des biens ou services vendus. Par exemple, si la surcharge due au cartel est de 10 €, mais la marge brute du client direct n'est que de 2 €, le client direct n'aura d'autre choix que de répercuter à ses propres clients la grande majorité de la surcharge (dans cet exemple au moins 8 €, soit 80 % de la surcharge)¹⁵.

8. Comme c'est le cas pour le taux de *passing-on*, la théorie économique fournit peu d'indications générales pour évaluer l'importance de l'effet volume. Celui-ci est lié notamment à l'importance de la hausse de prix imposée par le client direct et à la sensibilité au prix de la demande des clients indirects. Par exemple, si le prix du produit cartellisé ne représente qu'une proportion très faible du prix du produit final, l'augmentation de prix due au *passing-on* sera nécessairement très faible (en termes relatifs), et l'effet volume sera tout aussi faible.

III. L'évaluation du *passing-on* en pratique

9. L'analyse de données peut permettre d'estimer le taux de *passing-on*, à condition de disposer des données nécessaires. Cette analyse consiste à comparer l'évolution des prix du produit cartellisé et du produit final, afin de déceler l'impact que la surcharge a eu sur le prix du produit final. À cette fin, il est essentiel de disposer d'un point de comparaison permettant d'évaluer le niveau des prix en l'absence de cartel¹⁶. Le niveau des prix après la fin du cartel, ou les prix appliqués à des clients ou sur des marchés ne faisant pas l'objet de l'entente, sont souvent utilisés pour une telle comparaison. Par exemple, si on observe que, suite à la fin du cartel, le prix du produit cartellisé a diminué de 10 €, mais que le prix du produit final a diminué seulement de 5 €, nous sommes portés à conclure que le taux de *passing-on* est de 50 %.

10. Toutefois, en général, le prix du produit final ne dépend pas seulement du prix du produit cartellisé mais aussi de nombreux autres facteurs, tels que les prix des autres intrants utilisés dans la fabrication du produit final et les conditions de la demande et de l'offre sur le marché du produit final. En outre, le prix du produit cartellisé peut varier pour de nombreuses raisons qui ne sont pas liées à la surcharge. L'analyse économétrique permet de prendre en compte ces facteurs (à condition de disposer des données nécessaires) et d'isoler l'effet au centre de l'analyse, à savoir le *passing-on*.

15 Un autre critère souvent cité pour appréhender le *passing-on* prend en compte l'intensité de la concurrence sur le marché sur lequel opère le client direct. Sous un certain nombre d'hypothèses (notamment coût marginal constant et demande linéaire), on peut démontrer que le taux de *passing-on* sera de 100 % dans un marché en concurrence pure et parfaite et de 50 % pour un monopole. Cependant, les résultats peuvent changer de manière sensible si des hypothèses différentes sont retenues.

16 Ceci est également essentiel pour estimer la surcharge.

11. Il peut aussi être pertinent d'examiner si le *passing-on* est simultané ou retardé par rapport à la surcharge. Par exemple, si les prix sur le marché aval sont établis une seule fois par an, plusieurs mois peuvent s'écouler avant que le client direct puisse répercuter la surcharge sur le prix appliqué à ses propres clients.

12. Une fois le *passing-on* mesuré, l'effet volume peut aussi être quantifié à l'aide de techniques économétriques permettant d'estimer l'élasticité de la demande au prix. L'élasticité mesure la variation du volume demandé par les clients à la suite d'un changement de prix. La connaissance de l'élasticité de la demande et du *passing-on* permet donc d'évaluer l'effet volume.

13. Une difficulté qui peut être rencontrée en pratique concerne la disponibilité de données. L'estimation du *passing-on* requiert des données détaillées concernant les coûts du client direct et les prix qu'il pratique sur le marché aval. Or, ces données ne sont généralement pas à la disposition de la société défenderesse. Pour développer une "*passing-on defence*" efficace, celle-ci aura donc besoin de données détenues par le demandeur.

IV. Attention aux affirmations simplistes !

14. Une première estimation du préjudice est souvent calculée en multipliant la surcharge par le volume vendu. Cette estimation est exacte uniquement dans le cas où le *passing-on* est nul. Dans le cas contraire, elle doit être ajustée pour tenir compte du *passing-on* et de l'effet volume. Or, cet ajustement ne va pas nécessairement dans le sens d'une réduction du montant du préjudice ; selon les circonstances, celui-ci peut aussi augmenter.

15. Comme nous l'avons vu plus haut, le *passing-on* a toujours l'effet de réduire le dommage *par rapport à la valeur que celui-ci aurait eu en l'absence de passing-on*. Cependant, s'il y a eu *passing-on*, le volume réellement vendu est nécessairement inférieur à celui qui aurait été vendu s'il n'y avait pas eu de *passing-on* (en raison de l'effet volume). Ainsi, l'estimation du dommage "simpliste", fondée sur le volume réellement vendu, est inférieure au dommage en l'absence de *passing-on*. Ayant ainsi réduit le point de départ du calcul, nous ne pouvons rien dire quant à la direction de l'ajustement entraîné par une estimation exacte du *passing-on*.

16. Pour cette raison, on ne peut pas affirmer sans une étude détaillée du cas d'espèce que le montant du préjudice calculé sur la base des volumes réels doit être réduit pour tenir compte du *passing-on*. Ainsi, les défendeurs se doivent d'être prudents avant d'invoquer le *passing-on defence*.

17. De la même manière, il convient aux demandeurs d'être prudents avant de suggérer que le montant du dommage doit être augmenté pour prendre en compte l'effet volume. Tout effet volume est nécessairement la conséquence du *passing-on* et l'effet net sur l'estimation initiale du préjudice peut être positif ou négatif.

V. Conclusions

18. La prise en compte du *passing-on* peut réduire de manière sensible l'estimation du dommage subi par les clients directs d'un cartel. Le *passing-on* est étroitement lié à l'effet volume et ces deux effets doivent toujours être évalués conjointement. Bien que la théorie économique nous fournisse quelques critères généraux, dans la majorité des cas l'estimation du taux de *passing-on* et de l'effet volume ne peut être réalisée sur la base de critères théoriques, car le résultat dépend de manière cruciale des caractéristiques spécifiques du marché en question. Afin d'obtenir des résultats solides, une analyse empirique est donc nécessaire. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux,
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty,
Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billiard,
Jean-Mathieu Cot, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot,
Jacques Derenne,
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel,
Alexandre Lacresse,
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles,
Emmanuel Guillaume,
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais,
Stéphane Rodrigues,
Jean-Philippe Kovar

POLITIQUE INTERNATIONALE

François Souty,
Stéphanie Yon

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Jean-Chrostophe Roda

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot,
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	775 €	926,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	875 €	1046,50 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France