

**Observations de l'Association Française d'Etude de la Concurrence  
à la consultation publique de la Commission européenne sur le  
projet d'« Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la  
façon d'estimer la part du surcoût qui a été répercutée sur les  
acheteurs indirects »**

## Introduction et commentaires généraux

L'Association Française d'Etude de la Concurrence (« l'AFEC »)<sup>1</sup> considère le projet d'« Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût qui a été répercutée sur les acheteurs indirects » (« le Projet ») comme un document très utile car il pourra servir de référentiel pour les échanges entre les parties et les juridictions s'agissant des problématiques de répercussion (passing on) dans le cadre de la détermination des préjudices relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. Le document, s'il constitue un référentiel et pourra servir de langage commun, ne pourra pas s'imposer par rapport à l'appréciation souveraine du juge national, mais il sera capable d'aider les juges dans leurs appréciation.

Dans ce cadre, les remarques d'ordre économique et juridique visent essentiellement à préciser certains concepts, et à assurer l'équilibre de l'ensemble du document. Notamment, il nous semble important que, hormis les présomptions simples prévues explicitement dans le texte dans l'objectif de faciliter la réparation du préjudice, le projet maintienne par ailleurs la neutralité entre les Parties, notamment en assurant un standard de preuve qui ne porte pas atteinte à l'équilibre entre les parties.<sup>2</sup>

Quelques remarques introductives d'ordre général nous paraissent par ailleurs nécessaires pour préciser le cadre du document :

1/ Le titre du Projet ne nous semble pas tout à fait adapté dans la mesure où il traite également de l'effet volume et pas seulement de la part du surcoût qui a pu être répercutée par la victime d'une pratique anticoncurrentielle. L'AFEC propose donc plutôt d'intituler le projet : « *Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la répercussion sur les acheteurs indirects* »

---

<sup>1</sup> Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. Siège social et Secrétariat : SELARL Fourgoux-Djavadi, 76 avenue de Wagram, 75017 Paris, Président : Jean-Louis FOURGOUX, Téléphone : 01 55 65 16 65 et Courriel : secretariat@afec.asso.fr.

Groupe de travail avec la participation des membres de l'AFEC suivants : Claire KARSENTI, Pauline VANDEN DRIESSCHE, Romain de NIJS, Céline MARANDET Romain MAULIN Anne GRANGER, Maurice NUSSENBAUM Valentin MIRCEA, Jacqueline RIFFAULT-SILK. Ce document présente les observations de l'AFEC à la consultation de la Commission européenne. Celles-ci ne reflètent pas nécessairement les opinions des sociétés, organisations ou institutions dans lesquelles ou pour lesquelles les membres de l'AFEC travaillent.

<sup>2</sup> Certains commentaires et choix techniques du Projet pourraient biaiser l'analyse en direction d'une absence de répercussion ou d'un taux de répercussion plus faible. Voir notamment les commentaires ci-dessous concernant les §§ 46, 129-131, 133 et 135.

des surcoûts et de l'effet volume subi par les acheteurs dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles ».

2/ Le § 3 du Projet annonce qu'« [a]lors que le guide pratique se concentre sur le surcoût, les présentes orientations traitent plus précisément de la répercussion dudit surcoût. Le guide pratique et les orientations doivent donc être lus ensemble ». Il nous semblerait utile, plutôt que de laisser subsister deux documents séparés, de consolider l'ensemble de ces recommandations tant sur la quantification du préjudice que sur la répercussion dans un document unique et à jour. Cela pourrait se faire soit maintenant, soit dans le plus bref délai. A tout le moins, il serait nécessaire que le guide pratique sur la quantification du préjudice soit, lui aussi, retravaillé à la marge pour y faire apparaître, aux endroits pertinents, des renvois au document sur la répercussion et éviter ainsi les éventuels risques de contradiction entre les deux documents qui pourraient compliquer le travail des juridictions nationales. Symétriquement, certains passages du projet, notamment ceux relatifs à la description des méthodes comparatives (4.3.1.1), nous semblent très largement redondants avec ceux du guide pratique.

3/ Enfin, afin de faciliter l'exploitation du document, il nous semblerait utile que des liens hypertextes vers les jurisprudences citées ou les études évoquées dans le Projet soient indiqués.

## Commentaires détaillés

Cette section a pour objet de recenser des remarques techniques relatives aux aspects économiques du projet de la Commission. Celles-ci sont présentées de manière linéaire en suivant l'ordre des paragraphes du projet de la Commission.

§ 26 : Dans la dernière phrase, le terme « listes de prix » (« list prices » dans la version anglaise) devrait être remplacé par le terme plus général « données de prix » (« price data »). Cela éviterait les malentendus, car le terme « listes de prix » (« list prices ») s'entend souvent comme faisant référence à des « prix bruts » ou « prix de catalogue », distincts des prix nets réellement payés par les clients. Or, les prix bruts peuvent être très différents, et évoluent de manière différente, par rapport aux prix réels, alors que ces derniers sont les plus pertinents pour quantifier le préjudice.

§§ 45 (i) et 48 : Il serait préférable de nuancer en remplaçant « l'ensemble des clients » par « l'ensemble ou la grande majorité des entreprises actives sur le marché aval ». De même au § 48 il serait opportun de reconnaître l'existence de situations intermédiaires entre un surcoût supporté par une seule entreprise et un surcoût sectoriel supporté par toutes les entreprises et identique pour toutes.

§ 46 : La distinction de la possible répercussion d'un surcoût selon qu'il affecte un coût fixe ou variable paraît trop simpliste. En premier lieu, il conviendrait de préciser que la distinction entre coûts fixes et coûts variables n'est généralement pas tout à fait nette, car elle dépend de l'échelle temporelle (la plupart des coûts fixes sont variables sur une période suffisamment longue) et du changement de production pris en compte. En deuxième lieu, s'il est vrai que d'après la théorie économique classique seuls les coûts variables rentrent généralement en ligne de compte pour la formation d'un prix et que donc seuls les surcoûts affectant un coût variable sont susceptibles d'être répercutés, dans la pratique on constate que les entreprises peuvent également répercuter des variations de coûts fixes même à court terme. Cela peut être le cas par exemple lorsque l'entreprise ne vend qu'un seul produit et que

la très grande majorité de ses coûts sont de nature fixe. Afin de prendre en compte ce genre de situation il serait opportun d'effectuer les modifications suivantes au § 46 :

- Au début de la deuxième phrase, ajouter la partie soulignée : « *Selon la théorie économique classique, si le surcoût a une incidence...* » ;
- Pour plus de clarté, il conviendrait d'intégrer directement dans le texte la note de bas de page 44 ;
- Ajouter une note de bas de page précisant que la distinction entre coûts fixes et coûts variables dépend de l'échelle temporelle et du changement de production pris en compte (la plupart des coûts fixes sont variables sur une période suffisamment longue, et/ou si le changement de production pris en compte est suffisamment important).
- Ajouter à la fin du paragraphe la précision que « *Il est possible que, dans certains cas, des coûts fixes soient également pris en compte par une entreprise dans la fixation de ses prix, mais il convient que la démonstration en soit apportée par la partie qui soutient cette thèse.* »

§ 47 : Il est indiqué que « *si l'acheteur direct jouit d'un monopole et si la demande à laquelle il doit répondre est également sensible à une variation des prix pour tous les niveaux de prix, la moitié du surcoût sera généralement répercutée* ». Notre compréhension est que dans cette phrase fait référence à une demande linéaire et non à une demande à élasticité constante comme le libellé de la phrase l'indique. Il serait nécessaire de clarifier ce point. De même le passage « *il est rare que* » dans la suite du § 47 semble inapproprié dans la mesure où le Projet fait référence à un résultat théorique en fonction de la concavité/convexité de la fonction de la demande et non à des études empiriques dont les résultats dépendraient des circonstances particulières de chaque cas. Pour clarifier le § 47, il serait opportun de renvoyer au résultat théorique qui serait présenté dans l'annexe 1.

§§ 50 et 184 : Contrairement à ce que laisse entendre le Projet, les coûts de menu ne conduisent pas nécessairement à une moindre répercussion d'un surcoût, même si ce dernier est faible. En effet, les coûts de menu créent des effets de seuil dans la mesure où les entreprises, pour économiser en coûts de menu, n'ajustent pas leurs prix de manière systématique à la suite d'une variation de coût mais uniquement lorsque leurs coûts atteignent certains niveaux. Ce comportement conduit bien dans certains cas à une absence de répercussion lorsque le surcoût ne permet pas d'atteindre le prochain seuil de coût justifiant un ajustement de prix. En revanche dans d'autres cas, l'existence de coûts de menu conduit à amplifier l'effet de répercussion et peut même conduire à des taux de "pass-on" (transfert ?) dépassant 100%. C'est le cas, si une entreprise, compte tenu de ses coûts avant surcoût, est sur le point d'ajuster ses prix et que la survenance du surcoût déclenche cet ajustement. Un petit surcoût peut alors conduire à un saut de prix important. Il serait opportun que le Projet clarifie ce point (par exemple en annexe 1).

§ 50 : La phrase « *(par exemple un surcoût sur un produit peut également affecter les prix des autres produits vendus par l'acheteur direct lorsque ces produits sont mutuellement substituables)* » est partielle et semble biaiser le document en faveur du demandeur. Considérons par exemple le cas où le cartel cause un surcoût de production pour un produit A, et que la même entreprise produit également un produit B qui est substituable au produit A dans le marché aval. Le § 50 explique que, si le prix du produit A augmente en raison de ce surcoût, il est possible que le prix du produit B augmente également, ce qui est correct. Mais dans ce cas de figure il est probable que le surcoût soit inférieur à ce qu'il serait en l'absence de substituabilité entre A et B, et pourrait même être nul, précisément parce que les consommateurs et/ou l'entreprise peuvent se reporter sur le produit B afin de ne pas encourir l'éventuel surcoût. De manière générale, le dommage causé aux clients direct et

indirects lorsque le produit affecté est substituable à un autre sur le marché aval aura tendance à être inférieur à ce qu'il serait en l'absence de substitution. Bien que le Projet ne concerne que la question du pass-on, sur ce point il serait particulièrement utile d'établir un lien explicite avec l'estimation du surprix.

§ 50 : Il serait préférable d'enlever la mention « *variables* » dans le passage « *une grande ou une faible part des coûts variables de l'acheteur direct* » (cf. le commentaire ci-dessus concernant le § 46).

§68 : Ce paragraphe semble plaider en faveur des études économétriques dont la Commission indique toutefois qu'elles « *nécessitent cependant généralement une quantité importante de données qui ne sont pas toujours disponibles* ». Il nous semble que, dès ce paragraphe, la Commission devrait, de façon plus précise et de façon plus ouverte également qu'elle le fait au § 82, rappeler que le juge tient de la directive (mais également aussi du droit national préexistant comme c'était déjà le cas en France) la possibilité d'enjoindre à la partie en sa possession la production de données de marché indispensables à la réalisation d'une étude économétrique. Aussi rappeler que la directive ouvre aux juges la possibilité de solliciter les autorités de concurrence nationales pour qu'elles partagent avec eux, entre autres, les éléments d'appréciation quantitative et qualitative du surcoût.

§ 69 : Il conviendrait d'ajouter « *par rapport au montant du préjudice* » à la fin de la phrase : « *Si les coûts susmentionnés sont trop élevés* »

§ 79 : Dans la mesure où les variables mentionnées dans le passage « *notamment les taux de croissance du PIB, d'inflation et d'emploi* » ne sont pas toujours appropriées, il serait préférable de pas les mentionner ou bien de nuancer en indiquant « *telles que* » plutôt que « *notamment* » (dans la version anglaise, utiliser « *such as* » plutôt que « *including* »).

§§ 84-89 : Il n'est pas toujours possible ni souhaitable pour les experts de décider la méthodologie à adopter à un stade initial de la procédure, car ils peuvent manquer d'informations en début de procédure, ou la méthode initialement retenue peut s'avérer inappropriée une fois que les données ont été analysées.

§§ 84-85, encadrés n°3 et 4 : il conviendrait clarifier ce que selon la Commission on doit retenir de ces exemples. En outre, dans l'encadré n°4 il pourrait être intéressant d'indiquer quel était le chiffrage proposé par l'expert dans cette affaire et celui finalement retenu par le juge de la réparation.

§ 90 : Il serait préférable de remplacer « *données financières* » par « *données sur les ventes et les coûts, voir des données financières* ».

§ 91 (note de bas de page 64) : les hypothèses sous-jacentes à l'application de la méthode indirecte ne sont pas toujours aussi fortes que la note le suggère.

§ 106 : Nous recommandons d'éliminer la référence à l'inflation, qui peut être discutable lorsque les coûts sont pris en compte explicitement. En outre, on comprend mal l'intérêt de l'encadré n°5 et les considérations à en retenir.

§§ 97-106 : La primauté donnée à l'approche des doubles différences au § 97 devrait être nuancée et expliquée. Le texte actuel suggère qu'elle doit être privilégiée, sauf si les données pour la mettre en œuvre ne sont pas disponibles. En réalité, le choix entre doubles différences, avant-après et comparaison entre marchés, dépend de la solidité des hypothèses sous-jacentes à chacune de ces

approches. Par exemple, si les hypothèses sous-jacentes à la méthode avant-après (absence de changements importants du marché au cours du temps qui ne peuvent pas être pris en compte explicitement) sont validées, alors que celles sous-jacentes à la comparaison entre pays ou à la méthode des doubles différences (absence de différences entre les marchés, ou évolution comparable de ces derniers, sauf pour les différences qui peuvent être contrôlées explicitement) ne le sont pas, alors la première méthode avant/après est préférable aux deux dernières.

§ 114, encadré 7 : le fait que la lysine représente seulement 1% du coût d'élevage des poulets ne contribue pas à prouver l'absence de pass-on. Ainsi cet encadré devrait être soit supprimé, soit retravaillé pour mieux expliquer le raisonnement de la juridiction en question.

§ 115 : La phrase « *Si la mise en œuvre de l'analyse économétrique n'est pas réalisable* » devrait être enlevée, car des incertitudes dans l'estimation sont également présentes dans le cas de l'analyse économétrique.

§ 117 : Clarifier la phrase : « *En particulier, si l'étendue de l'infraction couvre une vaste zone géographique, il est probable que les produits, similaires au produit en cause et contenant le même intrant, ont eux aussi été potentiellement affectés* »

§120 : Eliminer la phrase « *D'autre part, la date de fin indiquée dans une décision constatant une infraction peut être antérieure à la fin de l'infraction réelle* ». On comprend la précaution sur la date de début de l'infraction, en raison de la difficulté à trouver des preuves pour une période ancienne. En revanche, la date de fin de l'infraction est généralement beaucoup plus claire, notamment lorsqu'elle coïncide avec la date des opérations de visite et saisie, ou d'une demande de clémence. Si la possibilité théorique que l'infraction ait perduré plus longtemps existe, ce n'est pas une raison de biaiser dans ce sens l'analyse des tribunaux. En revanche, il est possible que *les effets* d'une infraction subsistent après la fin de cette dernière (effet d'inertie), mais ce n'est pas le sens la phrase en question telle que rédigée.

§ 122 : Ajouter à la fin « *Inversement, si l'entente sur le marché du cuivre se termine juste après la fin de la négociation entre le fournisseur de faisceaux de câbles et le constructeur automobile, les prix des câbles peuvent rester surélevés (en raison de la répercussion) pendant un certain temps après que le prix du cuivre est revenu au niveau de concurrence.* »

§§ 124-125 : Il serait opportun de préciser dans ces paragraphes que l'approche indirecte peut être particulièrement utile non seulement dans le cas où les données seraient insuffisantes, mais également dans le cas où la répercussion du coût du produit affecté serait difficile à quantifier car il représente une faible proportion du coût du produit final (cf. les commentaires sur le § 129).

§ 129 : Nous considérons ce paragraphe très problématique. En premier lieu, contrairement à ce que soutient le Projet, l'hypothèse selon laquelle « *des augmentations du coût marginal seront répercutées à un taux identique, quelle que soit la source de l'augmentation des coûts* » n'est pas une hypothèse forte (« *strong* » dans la version anglaise – attention à la mauvaise traduction vers le français). Au contraire, selon la théorie économique il n'y a aucune raison de présumer qu'une entreprise répercuterait différents coûts marginaux de manière différente, sauf dans des cas particuliers (par exemple si l'intrant en question représente une très faible proportion du coût du produit en aval et il existe des « *coûts de menu* » important et le coût des autres intrants n'a pas changé au cours de la période en cause). En deuxième lieu, si la méthode directe ne constate pas une répercussion, cela peut refléter tout simplement la difficulté d'identifier (de manière statistiquement fiable) une faible

variation des prix dans un contexte où le produit affecté représente une faible proportion des coûts. Dans ce cas, la méthode indirecte peut être très utile et pourrait être supérieure d'un point de vue pratique à la méthode directe.

§ 130 : Ce paragraphe nous semble également assez problématique d'un point de vue économique. En premier lieu, même si les coûts de menu sont importants comparés au surprix, une répercussion est probable par exemple si l'entreprise subit d'autres changements des coûts de ses intrants, et/ou de la demande, et/ou des prix des produits concurrents, de sorte qu'elle a d'autres raisons de mettre à jour ses prix. Dès lors qu'une entreprise change ses prix, il y a de fortes raisons de présumer qu'elle prendra en compte tous ses coûts marginaux dans la détermination des nouveaux prix. En deuxième lieu, la thèse selon laquelle l'acheteur ne constaterait pas une modification du coût de ses intrants semble a priori hors de propos dans la mesure où nous comprenons que le document prend comme hypothèse de travail l'existence d'un surcoût des intrants né d'une pratique anticoncurrentielle et donc de notoriété publique.

§ 131 : Ce paragraphe semble ajouter une charge supplémentaire à la preuve de la répercussion lorsque la méthode indirecte est utilisée ; or, si ce type de preuves qualitatives est utile, il devrait l'être également dans le cas où la méthode directe est retenue. Par ailleurs, il serait utile que soient précisés les « *cas spécifiques* » auxquels le Projet fait référence.

§ 133 : La méthode *indirecte* permet aussi la construction d'un contrefactuel, et permet d'isoler l'effet des autres facteurs, contrairement à ce que soutient le document.

§ 135 : Eliminer la dernière phrase qui augmente sans juste raison le standard de preuve pour la méthode indirecte, par rapport à d'autres méthodes (cf. les commentaires ci-dessus).

§ 145 : Comme indiqué précédemment, le choix entre la méthode des doubles différences, avant-après, et transversale, ne dépend pas seulement de la disponibilité de données comme le suggère le document.

§ 169 : L'exemple au paragraphe 169 est peu pertinent car la substitution entre voitures à essence et électriques est un phénomène de long terme, qui tend à modifier l'ensemble de la courbe de demande d'essence.

### **Autres remarques**

Prix non ronds : dans de nombreux marchés, on observe la prévalence de prix non ronds (par exemple en « ,99 » ou « ,49 »). L'utilisation de ce type de prix s'explique par des biais cognitifs des consommateurs que les entreprises exploitent grâce à des prix apparaissant comme « moins chers ». L'utilisation de ce type de prix rend plus probable qu'un surcoût ne soit pas répercuté dans le prix, dans la mesure où une telle répercussion impliquerait de passer au prix non rond supérieur et qu'un tel saut pourrait être trop important au regard de la variation de coût. Néanmoins, comme pour les coûts de menu (cf. le commentaire ci-dessus sur les §§ 50 et 184), une entreprise pouvait être sur le point de passer au prix non rond supérieur avant la survenance du surcoût, ce dernier déclenchant alors le saut de prix. Dans un tel cas, le taux de répercussion peut alors être très important. Il pourrait être opportun que le Projet mentionne ce facteur (par exemple dans l'annexe 1).

Capacité de production : l'ajustement plus ou moins coûteux des capacités de production peut également avoir un impact sur le niveau de pass-on. En particulier, si les coûts d'ajustement sont



Association Française d'Etude de la Concurrence

élevés, il est moins probable qu'une entreprise subissant un surcoût revoie sa production à la baisse. Cela conduit alors à une absence de répercussion du surcoût dans les prix de la victime directe (voir Rothman et al. (2016)<sup>3</sup>). Il pourrait être opportun que le Projet mentionne ce facteur (par exemple dans l'annexe 1).

---

<sup>3</sup> «The economics of pass-through with production constraints », Dov Rothman Philipp Tillmann David Toniatti, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 12, Issue 2, 1 June 2016, Pages 279–285, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhw004>