

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

POURQUOI CERTAINS SECTEURS SEMBLENT-ILS SUJETS À UNE COLLUSION ENDÉMIQUE ?

Note de référence préparée par le Secrétariat

-- Session IV --

Ce document a été établi par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de document de référence pour la Session IV du Forum mondial sur la concurrence (les 29 et 30 octobre 2015).

Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents se rapportant à cette discussion peuvent être trouvés à l'adresse : www.oecd.org/competition/globalforum

Mme Ania Thiemann, Responsable des relations mondiales, Division de la concurrence de l'OCDE,
Tél : +33 1 45 24 98 87, courriel : Ania.Thiemann@oecd.org

JT03418283

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	3
2.	Données relatives aux ententes et à la récidive en matière de collusion.....	5
2.1.	Études empiriques relatives aux secteurs touchés par la collusion.....	5
2.2.	Études empiriques sur les secteurs sujets à la récidive en matière de collusion.....	8
2.3.	Données de la base de données PIC relatives aux entreprises récidivistes.....	10
3.	Facteurs économiques mis en évidence par les études théoriques.....	21
3.1.	Tour d’horizon des facteurs sectoriels recensés dans les études économiques.....	21
3.2.	Données empiriques.....	26
3.3.	Facteurs propres aux entreprises.....	28
4.	Caractéristiques économiques des quatre secteurs étudiés.....	31
4.1.	Produits chimiques.....	31
4.2.	Ciment et béton.....	35
4.3.	Produits alimentaires.....	36
4.4.	Construction.....	38
5.	Outils à la disposition des autorités de la concurrence pour lutter contre la collusion endémique.....	40
5.1.	Infractions en série et récidive : définitions.....	40
5.2.	Amendes et programmes de clémence.....	42
5.3.	Instruments de prévention.....	46
6.	Conclusion.....	48
	ANNEXE.....	51
	Caractéristiques des quatre secteurs étudiés.....	51
1.	Produits chimiques.....	51
1.1.	Concentration.....	51
1.2.	Barrières à l’entrée.....	52
1.3.	Facteurs liés à la demande.....	53
1.4.	Autres facteurs.....	55
2.	Ciment et béton.....	56
2.1.	Concentration.....	56
2.2.	Barrières à l’entrée.....	58
2.3.	Autres facteurs.....	60
3.	Secteur agroalimentaire.....	62
3.1.	Concentration.....	62
3.2.	Concentration de la distribution et pouvoir d’acheteur.....	66
3.3.	Barrières à l’entrée.....	67
3.4.	Faible élasticité-prix de la demande.....	71
3.5.	Transparence.....	71
4.	Construction.....	72
4.1.	Concentration et fragmentation.....	72
4.2.	Les procédures d’appel d’offres réduisent souvent le nombre de soumissionnaires.....	75
4.3.	Risque, complexité et sous-traitance.....	76
4.4.	Autres facteurs.....	78
	BIBLIOGRAPHIE.....	80

POURQUOI CERTAINS SECTEURS SEMBLENT-ILS SUJETS À UNE COLLUSION ENDÉMIQUE ?

-- Note de référence par le Secrétariat¹--

1. Introduction

1. Certains secteurs ont fait à plusieurs reprises l'objet d'enquêtes et de sanctions des autorités de la concurrence pour faits de collusion, parfois pour des infractions commises de manière répétée par les mêmes entreprises. Des études empiriques ont établi que bon nombre d'ententes concernent le secteur des intrants intermédiaires, comme les produits chimiques, ou encore les services de construction et certains matériaux de construction. Cette situation s'explique en partie par le fait que les mêmes entreprises se livrent à des ententes de façon répétée, sur différents marchés et parfois même dans des pays différents.

2. La théorie économique fournit des pistes sur les facteurs favorables à la collusion, lesquels pourraient également concourir à expliquer les cas de *récidive*. Parmi ces facteurs figurent la concentration, une innovation limitée, l'existence de barrières à l'entrée, la fréquence et la régularité des transactions, la transparence du marché et la symétrie entre concurrents. Tous ces facteurs ne revêtent peut-être pas la même pertinence pour tous les secteurs, et il n'existe pas de méthode unanimement admise pour pondérer leur importance relative, par exemple dans le cas où ils ne vont pas tous dans le même sens. Cette importance variant selon le produit considéré, il est utile d'analyser des exemples précis pour déterminer comment les autorités de la concurrence évaluent les différents facteurs.

3. D'autres causes, par exemple une interaction entre des facteurs spécifiques à l'entreprise et des facteurs caractéristiques du secteur d'activité, pourraient concourir à expliquer que des entreprises commettent à plusieurs reprises des faits de collusion. Il peut, par exemple, y avoir des effets d'hystérèse : dès lors que des ententes se forment (en raison de caractéristiques sectorielles), la collusion est plus facilement considérée dans ce secteur comme une manière normale d'exercer son activité, si bien qu'il est plus probable que des ententes se forment à nouveau, même après une action des autorités de la concurrence. Ce phénomène pourrait s'expliquer par l'existence d'une culture d'entreprise douteuse au sein des entreprises récidivistes, voire par le fait que ces entreprises utilisent la précédente entente voire l'enquête dont celle-ci a fait l'objet pour apprendre à utiliser des méthodes de collusion plus élaborées.

4. L'implication répétée des mêmes entreprises soulève également la question de savoir si les poursuites engagées contre les ententes ont réellement un effet dissuasif dans les secteurs concernés. Il n'est pas exclu que les incitations à la collusion soient tellement fortes compte tenu des caractéristiques du secteur qu'elles sont supérieures à l'effet dissuasif du droit de la concurrence.

5. Peut-être les problèmes de droit de la concurrence qui se posent dans certains secteurs exigent-ils une approche plus ciblée que celle généralement adoptée par les autorités de la concurrence. Il pourrait par exemple être envisagé de soumettre certains secteurs, voire certaines entreprises, à une surveillance étroite,

¹ Le présent document a été préparé par Federica Maiorano, de la Division de la concurrence de l'OCDE, et Themis Eftychidou, juriste spécialisée dans les questions de concurrence.

de manière à détecter plus précocement la formation d'ententes. Cette approche plus ciblée pourrait cependant aussi être adoptée pour l'application des amendes et programmes de clémence et l'élaboration des lignes directrices. Ainsi, certaines juridictions font de la récidive un facteur aggravant dans leurs lignes directrices sur les amendes appliquées aux ententes. En revanche, les entreprises récidivistes ne sont généralement pas exclues du bénéfice des programmes de clémence, ce qui encourage peut-être celles qui enfreignent le droit de la concurrence à récidiver. La coopération internationale entre autorités de la concurrence pourrait également faciliter la détection des ententes et l'engagement de poursuites à leur rencontre.

6. Dans le présent document, nous nous intéressons plus particulièrement à quatre secteurs dans lesquels plusieurs autorités de la concurrence ont à leur actif de nombreuses interventions destinées à respecter le droit de la concurrence, à savoir les secteurs des produits chimiques, du ciment et du béton, des produits alimentaires et des services de construction, dont les marchés publics. Nous utilisons la base de données *Private International Cartels (PIC)*² et présentons des éléments qui laissent penser que dans ces quatre secteurs, certaines entreprises se sont livrées de manière répétée à des faits de collusion ; à noter cependant que les données présentent des limites, liées au fait, par exemple, que beaucoup des entreprises impliquées dans les ententes sont anonymes et à l'existence de différences quant à la manière dont les affaires sont rapportées.

7. Nous dressons le profil économique de ces secteurs en nous appuyant sur des affaires qui les ont concernés, sous réserve que les résultats de l'évaluation des autorités de la concurrence soient accessibles au public. Les facteurs observés varient d'un secteur à l'autre, ce qui laisse penser que le comportement de collusion ne s'explique pas par une liste type de facteurs. Il en va particulièrement ainsi dans le secteur de la construction, qui présente des caractéristiques très différentes de celles des trois secteurs manufacturiers. En outre, des différences sont observées au sein même des secteurs – par exemple, le marché des détergents et produits d'entretien n'a pas les mêmes caractéristiques que celui des produits chimiques organiques, même si ces deux catégories de produits ont été visées par de nombreuses enquêtes des autorités de la concurrence.

8. Pour les besoins du présent rapport, et parce que les différentes juridictions ne retiennent pas toutes la même définition juridique de la récidive, nous considérerons comme récidivistes les entreprises qui se sont rendues coupables de collusion à plusieurs reprises au sein de la même juridiction ou dans des juridictions différentes, que les infractions aient été commises simultanément ou non et quelle que soit la nature de l'accord ou de la pratique collusoire en cause. Nous excluons de cette définition d'autres types d'infractions au droit de la concurrence (comme l'abus de position dominante).

9. La suite du document est organisée comme suit : dans la section 2, nous fournissons un aperçu des études empiriques consacrées aux secteurs dans lesquels les cas de collusion et de collusion répétée sont les plus nombreux. Dans la section 3, nous recensons les principaux facteurs qui, selon les études économiques, favorisent la collusion et présentons une courte synthèse des enseignements tirés de ces études en ce qui concerne les facteurs propres aux entreprises, tels que la gouvernance. Dans la section 4, nous dressons le profil économique de chacun des secteurs étudiés en nous appuyant sur les décisions rendues dans les affaires d'entente. Dans la section 5, nous abordons les questions de la récidive et de la dissuasion et nous attardons sur les implications qui en découlent pour les autorités de la concurrence. Enfin, la section 6 est consacrée à la conclusion.

² Créée par John Connor, la base de données dénommée *Private International Cartels (PIC)* se présente sous la forme d'une liste de cas d'ententes répertoriés dans le monde.

2. Données relatives aux ententes et à la récidive en matière de collusion

10. Dans cette section, nous examinons des données sur la répartition des ententes par secteur d'activité, étant entendu qu'il existe peu de travaux empiriques sur la répartition sectorielle des récidives. Nous présentons ensuite une analyse des données relatives aux ententes recensées dans les quatre secteurs étudiés, et identifions les cas de collusion répétée dans un même secteur d'activité.

2.1. *Études empiriques relatives aux secteurs touchés par la collusion*

11. Les études empiriques consacrées aux ententes fournissent souvent une analyse des affaires par secteur. C'est par exemple le cas de celles réalisées par Antonielli et Mariniello (2014) et Combe et Monnier (2012), qui analysent des décisions de la Commission européenne, et des travaux de Levenstein et Suslow (2011), consacrés aux ententes visées par des poursuites de la Commission européenne ou du ministère fédéral de la Justice des États-Unis³.

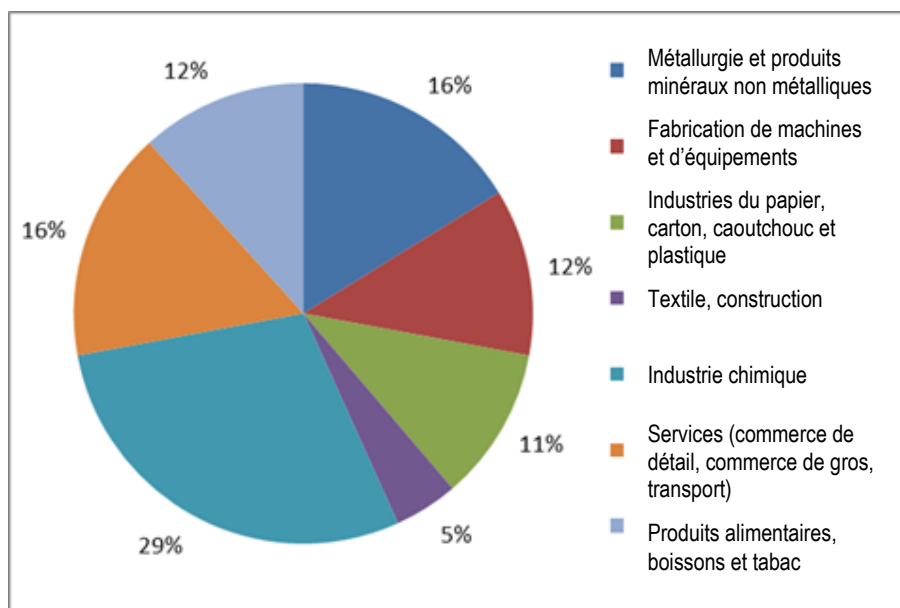
12. Dans une étude sur les secteurs manufacturiers les plus susceptibles de faire l'objet de mesures prises par les autorités de la concurrence, Antonielli et Mariniello (2014) analysent les décisions rendues par la Commission européenne sur les opérations de concentration et les ententes au cours de la période 2000-13. Ils classent les produits dans 22 catégories définies en fonction de la nomenclature statistique des activités économiques de l'Union européenne (NACE) et constatent que la Commission a rendu 65 décisions concernant des ententes et que 27 d'entre elles (40 %) concernaient le secteur chimique. Des ententes ont également été détectées dans d'autres secteurs, comme ceux de la fabrication de machines et d'équipements⁴, des autres produits minéraux non métalliques (dont le ciment et le verre) et de la fabrication de produits informatiques et électroniques. Il existe également des secteurs de l'industrie manufacturière dans lesquels aucune entente n'a été détectée. C'est le cas de l'industrie du cuir, du travail du bois, de l'imprimerie et de la reproduction d'enregistrements, de la fabrication d'autres matériels de transport, de la fabrication de meubles et des autres activités manufacturières.

13. Combe et Monnier (2012) étudient un échantillon de décisions rendues par la Commission européenne entre 1969 et 2009 et confirment qu'une forte proportion, soit 30 %, de ces décisions, concernait le secteur des produits chimiques. Bien que la classification sectorielle retenue ne soit pas directement comparable avec celle choisie par Antonielli et Mariniello (2014) et que la période de référence soit plus longue, les auteurs constatent également que le secteur de la fabrication de machines et d'équipements et celui de la métallurgie et des produits minéraux non métalliques représentent respectivement 12 et 16 % des affaires, soit des pourcentages élevés.

³ Veljanovski (2007) étudie 30 ententes condamnées par la Commission européenne entre 1999 et 2006 et constate que 44 % d'entre elles concernaient l'industrie chimique et 21 % les intrants industriels.

⁴ Le secteur de la fabrication de machines et d'équipements est un secteur très composite, qui englobe divers produits tels que les roulements, les moteurs, les fours et les machines destinées à différents usages – comme l'agriculture, l'extraction, les industries textiles, etc.

Graphique 1. Répartition sectorielle des décisions relatives aux ententes rendues par la Commission européenne entre 1969 et 2009



Source : Graphique réalisé d'après des données de Combe et Monnier (2012)

14. Levenstein et Suslow (2011) étudient la durée des ententes à partir d'un échantillon de 81 ententes internationales contre lesquelles des poursuites ont été engagées par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis ou la Commission européenne entre 1990 et 2010. Elles définissent une entente internationale comme une entente qui implique des entreprises de plusieurs pays mais peut être d'envergure nationale ou mondiale. Elles constatent que la plupart des ententes figurant dans leur échantillon concernent les produits intermédiaires manufacturés ; 40 % des ententes se sont formés dans le secteur des produits chimiques et 25 % dans « diverses autres activités manufacturières, de nombreuses ententes ayant été détectées dans le secteur des produits en acier, en carbone et en graphite, ainsi que dans celui du plastique et du papier » (Levenstein et Suslow, 2011).

15. Une étude réalisée à partir d'un échantillon plus large, constitué sur la base des ententes répertoriées dans la base de données PIC⁵ au cours de la période 1990-2014, aboutit à un résultat globalement similaire (tableau 1).

⁵ Cette base de données, établie par John Connor, recense des ententes détectées dans le monde entier. Nous donnons de plus amples informations sur le contenu de cette base de données et sur les définitions sur lesquelles elle repose dans la section 2.3.

Tableau 1. Répartition sectorielle des ententes, hors ententes mondiales

Secteur	% du total des affaires
Construction	6 %
Services financiers, assurance et services bancaires	8 %
Produits alimentaires et boissons	9 %
Machines et équipements, dont équipements électriques et pièces	6 %
Produits chimiques organiques et inorganiques	7 %
Papier et imprimerie, caoutchouc et plastique	6 %
Métaux de base, minéraux et minerais métalliques, ouvrages en métal	7 %
Produits en pierre, en terre cuite, en graphite et en verre	7 %
Services de transport	4 %
Commerce de gros et de détail	11 %
Autres	29 %

Source : Base de données PIC ; calculs de l'OCDE.

16. Comme nous le verrons plus loin dans cette section, les études qui portent sur les ententes condamnées par les autorités de la concurrence ne reposent pas sur des échantillons aléatoires. Elles portent sur des ententes qui ont éclaté, par exemple en raison d'un mécanisme de punition interne ou d'une dénonciation de l'entente par l'un de ses membres, ou qui ont été détectées par les autorités de la concurrence. Limiter l'étude aux ententes découvertes peut fausser les résultats et aboutir à ne mettre en évidence qu'une partie des caractéristiques. Dans l'idéal, pour que les caractéristiques des pratiques de collusion puissent être étudiées, il faudrait que l'échantillon englobe à la fois des ententes détectées et non détectées.

17. Les travaux de recherche qui portent sur les ententes enregistrées, dont les ententes à l'exportation, ne pâtissent pas de ce problème d'échantillonnage. Une étude consacrée aux ententes enregistrées en Finlande montre que 77 % des ententes de répartition des marchés figurant dans l'échantillon s'étaient formées dans des secteurs qui fabriquent des produits homogènes (Hyytinen, Steen et Toivanen, 2013). Symeonidis (2003) compare les secteurs manufacturiers touchés par les ententes et ceux qui ne le sont pas afin d'identifier les facteurs économiques qui jouent le plus grand rôle dans la formation d'ententes. Il construit un ensemble de données regroupant des ententes légales enregistrées au Royaume-Uni en vertu de la loi de 1956 sur les pratiques commerciales restrictives (*Restrictive Trade Practices Act*)⁶. Son échantillon regroupe environ 150 secteurs d'activité définis par un code à quatre chiffres. Dans près de la moitié de ces secteurs, des accords de collusion ont été conclus au milieu ou à la fin des années 50. L'auteur détermine si un secteur se caractérise par une forte activité de collusion en fonction du nombre de segments concernés par la collusion sur le nombre total de segments. Selon ce critère, la collusion est fréquente dans le secteur des industries extractives, des métaux de base, des autres produits métalliques, des matériaux de construction et du génie électrique.

18. Il convient cependant de faire preuve de prudence vis-à-vis des études consacrées aux ententes légales, parce qu'elles reposent souvent sur des données anciennes⁷. Or, beaucoup de pays ont vraisemblablement vu leur structure économique évoluer depuis l'époque sur laquelle portent ces données, ce qui a pu avoir une incidence sur la répartition des ententes.

⁶ Comme l'explique Symeonidis (2003), « la loi de 1956 rendait obligatoire l'enregistrement des accords restrictifs conclus entre entreprises et visant les biens, qu'il s'agisse d'accords formels écrits ou d'accords verbaux informels, voire d'accords implicites ».

⁷ Ainsi, Jacquemin *et al.* (1981) utilisent une série de données sur les ententes à l'exportation au Japon qui couvre la période comprise entre 1967 et 1972. Quant à Dick (1996), il analyse la période 1918-1965.

2.2. *Études empiriques sur les secteurs sujets à la récidive en matière de collusion*

19. Bien que l'idée selon laquelle « certains secteurs semblent particulièrement sujets aux activités collusoires, partout et à toutes les époques » (Levenstein et Suslow, 2015) fasse quasiment l'unanimité, il existe peu de travaux sur la répartition sectorielle des entreprises qui enfreignent de manière répétée les règles relatives aux ententes⁸.

20. Levenstein et Suslow (2006) examinent certains secteurs dans lesquels des faits de collusion ont eu lieu de manière répétée, notamment ceux de l'aluminium, du café et de l'acier. Elles citent l'exemple d'une entente sur le sucre, qui s'est formée initialement en 1929, puis de nouveau en 1931, 1937, 1959, 1968, 1974 et 1978 (tableau 3 du document). Elles font cette observation dans le cadre de l'examen du caractère intermittent de certaines ententes et soulignent que « l'un des faits stylisés les plus clairement établis est que les ententes se forment, existent pendant un certain temps, semblent éclater puis se former de nouveau ».

21. Connor (2010) identifie 289 entreprises qui ont participé à plusieurs reprises à des activités de collusion au cours de la période 1990-2009⁹. Il analyse le « nombre de participations d'une entreprise à une entente injustifiable ayant fait l'objet d'une condamnation. Lorsqu'une entreprise a été sanctionnée par plusieurs autorités pour la même infraction, cette infraction équivaut à une infraction au droit relatif aux ententes ». Il constate que les entreprises récidivistes représentent 18.4 % du total des entreprises identifiées nominativement qui ont été impliquées dans des ententes. Le nombre moyen d'ententes par entreprise s'établit à quatre mais la majorité des entreprises de l'échantillon étaient membres de deux ententes seulement.

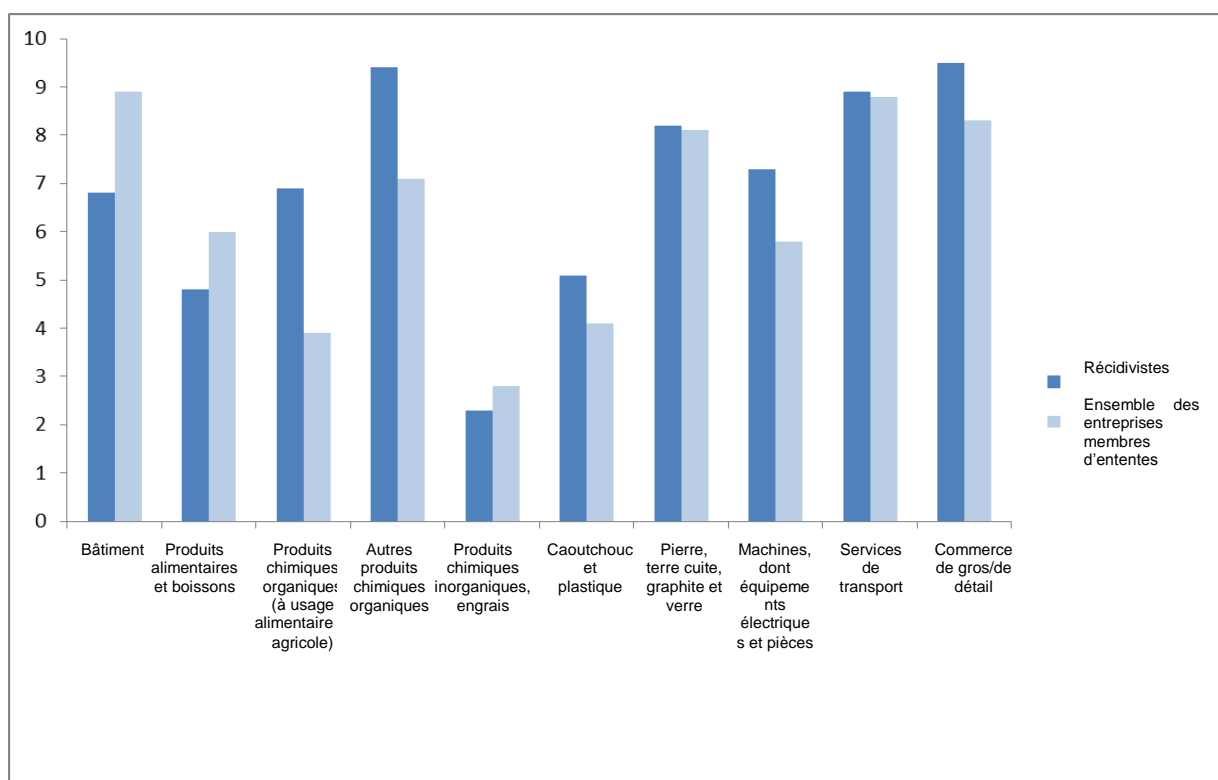
22. Le graphique ci-après présente, par secteur d'activité, le pourcentage d'entreprises récidivistes sur le nombre total de membres d'ententes¹⁰. Les secteurs dans lesquels les récidivistes sont plus nombreux que les autres participants à une entente sont ceux des produits chimiques organiques, du caoutchouc et du plastique, de la fabrication de machines et du commerce de gros et de détail. L'étude ne cherche cependant pas à expliquer les différences constatées.

23. L'auteur examine également si les entreprises condamnées pour entente avant 2000 ont récidivé par la suite. Il observe que tel a été le cas et que nombre des ententes auxquelles ces entreprises ont participé se sont formées après 2000. Il constate cependant qu'il y a eu des exceptions. Ainsi, ADM, entreprise très impliquée dans de nombreuses ententes (en tant qu'instigatrice), par exemple dans les ententes sur la lysine, l'acide citrique et l'isoglucose, n'a pas récidivé par la suite.

⁸ Il existe cependant des données sur les entreprises qui participent de manière répétée à des ententes. Ainsi, dans une étude plus ancienne, Bosch et Eckard (1991) constatent, à partir d'affaires instruites par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis entre 1962 et 1980, que 14 % des 127 entreprises condamnées pour entente qui font partie de l'échantillon, tous secteurs confondus, étaient des récidivistes. Connor et Helmers (2007) étudient un échantillon d'ententes internationales occultes condamnées au cours de la période 1990-95 et constatent que le pourcentage de récidivistes s'établit à 11.3 %.

⁹ Connor (2010) qualifie ces entreprises de récidivistes. Il utilise ce terme dans son sens large pour désigner les entreprises « condamnées une deuxième fois pour entente, quels que soient le lieu ou la date de la précédente infraction ».

¹⁰ Seuls les pourcentages les plus élevés rapportés dans Connor (2010), tableau 2, sont reproduits ici. Nous reproduisons aussi les données sur le secteur des produits chimiques inorganiques parce que les autres études ne subdivisent pas le secteur des produits chimiques.

Graphique 2. Pourcentage de récidivistes (%) sur le nombre total d'ententes, par secteur

Source : D'après Connor (2010), tableau 2

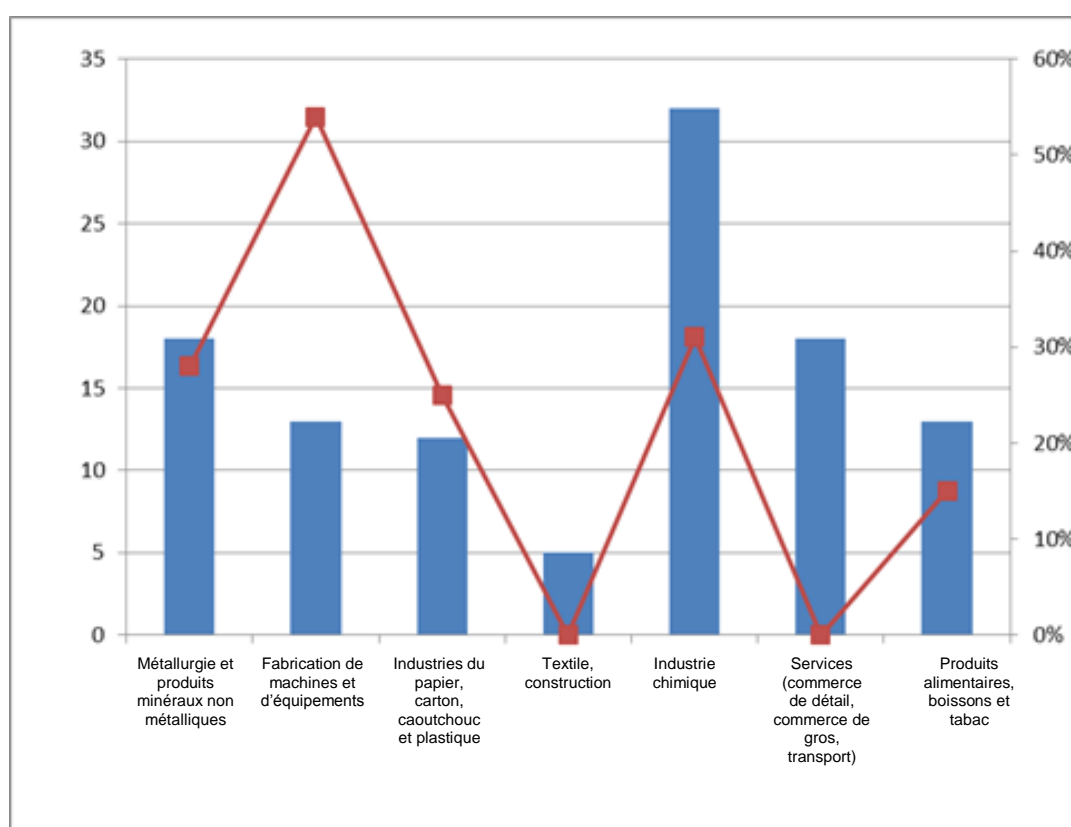
24. Connor (2010) affirme notamment que « le nombre de récidivistes progresse rapidement, en valeur absolue comme en pourcentage de l'ensemble des entreprises impliquées dans des ententes ». Face à ce constat, Werden *et al.* (2011) ont analysé des affaires examinées par le ministère fédéral de la Justice et constaté « qu'aucune entreprise condamnée à plusieurs reprises après le 23 juillet 1999 n'a participé de nouveau à une entente »¹¹. Cette différence de résultats s'explique en grande partie par le fait que les définitions retenues diffèrent d'une étude à l'autre. Alors que Connor (2010) considère qu'une entreprise est récidiviste dès lors qu'elle a participé plus d'une fois à une entente, y compris lorsqu'elle est impliquée dans plusieurs ententes au même moment, et attribue l'infraction commise par des entreprises qui ont fusionné à l'entité née de la fusion, Werden *et al.* (2011) s'intéressent aux entreprises qui ont déjà été condamnées aux États-Unis et ont par la suite participé à une entente visée par des poursuites aux États-Unis.

¹¹ Plus précisément, les auteurs relèvent que « les filiales de Bayer ont été condamnées à trois reprises en 2004 et 2005 mais que fin 2002, leur participation aux trois ententes en cause avait cessé. Ajinomoto fut condamnée en 2000 et 2002 pour participation simultanée à deux ententes internationales distinctes mais n'étaient plus membres de ces ententes au moment où des charges ont été retenues contre elle au titre de chacune des ententes. Les filiales de Degussa furent condamnées en 2002 puis de nouveau en 2004 mais leur participation aux deux ententes en cause avait cessé en 1998. Akzo Nobel est la seule entreprise qui ait été condamnée pour de multiples infractions au droit des ententes depuis le 23 juillet 1999. Ses filiales furent condamnées en 2001 et 2006 et la condamnation de 2006 concernait une entente qui avait pris fin après la première condamnation ; Akzo Nobel a cependant participé à la dernière entente des années avant la première condamnation. Par conséquent, aucune de ces entreprises n'a participé de nouveau à une entente après avoir été condamnée ».

25. Dans l'étude qu'ils consacrent aux décisions rendues par la Commission européenne entre 1969 et 2009, Combe et Monnier (2012) mesurent l'ampleur de la récidive en matière de collusion et ses variations d'un secteur à l'autre. Ils définissent le taux de récidive comme la proportion d'ententes impliquant au moins une entreprise déjà sanctionnée pour entente par la Commission européenne. Ils constatent que 24 % des 111 ententes que contient l'échantillon comptent au moins un membre récidiviste et que 35 entreprises sont récidivistes. En outre, sur l'ensemble des ententes qui impliquent des entreprises récidivistes, 66 % comptent un membre récidiviste, 18 % en comptent deux et 14 % en comptent trois.

26. Le taux de récidive est particulièrement élevé dans le secteur de la fabrication de machines et d'équipements et dans l'industrie chimique. Combe et Monnier (2012) soulignent notamment que toutes les ententes comptant trois récidivistes s'étaient formées dans l'industrie chimique.

Graphique 2. Nombre d'ententes par secteur (échelle de gauche) et taux de récidive dans chaque secteur (échelle de droite), décisions rendues par la Commission européenne entre 1969 et 2009



Source : Graphique réalisé d'après des données de Combe et Monnier (2012)

2.3. Données de la base de données PIC relatives aux entreprises récidivistes¹²

27. Dans cette section nous présentons des données relatives à l'ampleur de la récidive dans les secteurs des produits chimiques, des produits alimentaires, des services de construction, du ciment et du béton. Notre objectif est de déterminer si ces secteurs comptent des entreprises récidivistes et, dans l'affirmative, d'identifier les ententes correspondantes. Nous analysons à partir de ces données les circonstances qui entourent les affaires en question et décrivons les caractéristiques économiques des

¹²

La base de données PIC, établie par John Connor, recense des ententes détectées dans le monde entier.

secteurs concernés (voir la section 4, consacrée au profil économique des quatre secteurs étudiés). Le Secrétariat de l'OCDE a réalisé cette analyse à partir de la base de données PIC pour les besoins du document de référence, afin de fournir des éléments factuels à l'appui des débats prévus dans le cadre du Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence.

28. Dans cette section, nous fournissons des statistiques succinctes sur l'ampleur de la récidive en matière de collusion. Nous avons cependant choisi de ne pas donner le nom des entreprises qui figurent dans la base de données PIC. Il arrive en effet que les autorités de la concurrence n'indiquent pas le nom des membres d'une entente, si bien que les données disponibles ne constituent qu'une partie d'un échantillon plus vaste. De surcroît, indiquer le nom des entreprises plus souvent impliquées que les autres dans les ententes découvertes et répertoriées dans la base de données PIC n'ajouterait pas nécessairement à l'intérêt des conclusions générales.

2.3.1. Description et limites des données

29. Les informations présentées sont issues de la base de données PIC, qui contient un vaste échantillon d'ententes détectées et visées par une enquête entre 1990 et 2014. La base de données contient des ententes dont « l'un des membres au moins, qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique, a son siège ou son lieu de résidence en dehors du territoire de compétence de l'autorité de la concurrence chargée de l'enquête ou qui a la nationalité d'un pays extérieur à ce territoire de compétence » (Connor et Helmers, 2007). Dans la pratique, le terme « international » renvoie au fait que les membres de l'entente (ou leur société mère) sont immatriculés dans des pays différents. La base de données distingue les types d'ententes suivants : (i) les ententes nationales, dont l'activité ne touche qu'un seul pays ; (ii) les ententes européennes, qui touchent au moins deux États membres de l'Union européenne ; et (iii) les ententes mondiales, qui concernent au moins deux continents¹³.

30. Nous ne prétendons pas, à travers les données présentées dans cette section, fournir une description statistique exhaustive de l'ampleur de la récidive dans les quatre secteurs étudiés. Les données présentent en effet des limites, qui compliquent la tâche, à savoir : (i) les autorités de la concurrence ne précisent pas toujours le nom des entreprises qui participent à une entente ou qui demandent à bénéficier d'une procédure de clémence, ce qui limite les informations disponibles sur les membres des ententes ; (ii) la base de données couvre à la fois les ententes qui ont été sanctionnées et celles qui font l'objet d'une enquête encore en cours ; (iii) dans la base de données, une infraction commise par une entreprise acquise est considérée comme une infraction commise par l'acquéreur, ce qui conduit peut-être à une surévaluation du nombre d'entreprises récidivistes¹⁴. La couverture de la base de données impose des limites quant aux affaires et aux entreprises qu'il nous a été possible d'identifier.

31. De plus, la manière dont les affaires sont rapportées diffère d'une juridiction à l'autre, ce qui a une incidence sur la façon dont elles sont enregistrées dans la base de données. Par exemple, il peut arriver

¹³ Levenstein et Suslow (2011) relèvent que les « ententes nationales sont, dans une large mesure, confrontées aux mêmes obstacles [que les ententes internationales] et ont recours aux mêmes outils organisationnels. Il existe cependant des différences s'agissant des stratégies employées. Par exemple, les ententes internationales font plus fréquemment appel à la répartition géographique des marchés, tandis que les ententes nationales préfèrent fixer des quotas de production ».

¹⁴ Comme l'expliquent Werden *et al.* (2011) : « S'agissant des entreprises qui ont fusionné durant la période étudiée, l'auteur attribue à l'entité née de la fusion la totalité des infractions aux règles sur les ententes commises par les entreprises qui existaient avant la fusion. Ainsi, une entreprise issue de plusieurs fusions peut, *in fine*, se voir attribuer plus de dix ententes, même si la société qui a fusionné n'a elle-même jamais participé à une entente et même si aucune des entreprises existant avant la fusion n'avait participé plusieurs fois à une entente » (*notes de bas de page non reproduites*).

qu'une autorité de la concurrence sanctionne l'entente en tant qu'entité, tandis qu'une autre engage des poursuites contre chacune des entreprises qui en sont membres. Dans le second cas, le nombre d'ententes est surévalué.

32. Ces réserves étant faites, il n'en reste pas moins que notre analyse des informations issues de la base de données PIC permet de dégager quelques conclusions élémentaires dans les quatre secteurs :

- la grande majorité des membres (identifiés nominativement) d'ententes n'ont participé qu'à une entente. Ce pourcentage est supérieur à 80 % dans les quatre secteurs ;
- il existe peu d'indices tendant à démontrer qu'une même entreprise s'est livrée à des pratiques de collusion de manière répétée dans la même juridiction. L'industrie chimique fait exception, en partie en raison des ententes sur les vitamines¹⁵ ;
- le nombre moyen d'ententes par entreprise¹⁶ est plus élevé dans l'industrie chimique et dans le secteur du bâtiment et plus faible dans le secteur des produits alimentaires.

2.3.2. *Ciment et béton*

33. Toutes les ententes qui figurent dans la base de données PIC ont une portée nationale, à savoir que leur activité n'a concerné qu'un pays même lorsque les participants avaient leur siège dans des pays différents ; seule une entente sanctionnée par la Commission européenne dans les années 90 fait exception¹⁷¹⁸. Sur les 375 membres d'ententes qui ont été condamnés ou ont fait l'objet d'une enquête, 64 % sont des entreprises identifiées nominativement, les autres étant anonymes. La plupart des entreprises (identifiées nominativement) de l'échantillon n'ont été impliquées qu'une fois dans une entente (voir le graphique ci-après). Toutefois, chacune des trois entreprises qui ont participé le plus souvent à une entente a été sanctionnée ou visée par une enquête à dix reprises au moins. Certaines ententes ont impliqué plusieurs filiales d'un même groupe¹⁹.

¹⁵ L'entente sur les vitamines – dans le cadre de laquelle plusieurs entreprises se sont livrées à des faits de collusion concernant diverses vitamines, aux alentours de la même période – est répertoriée dans la base de données sous la forme d'ententes distinctes.

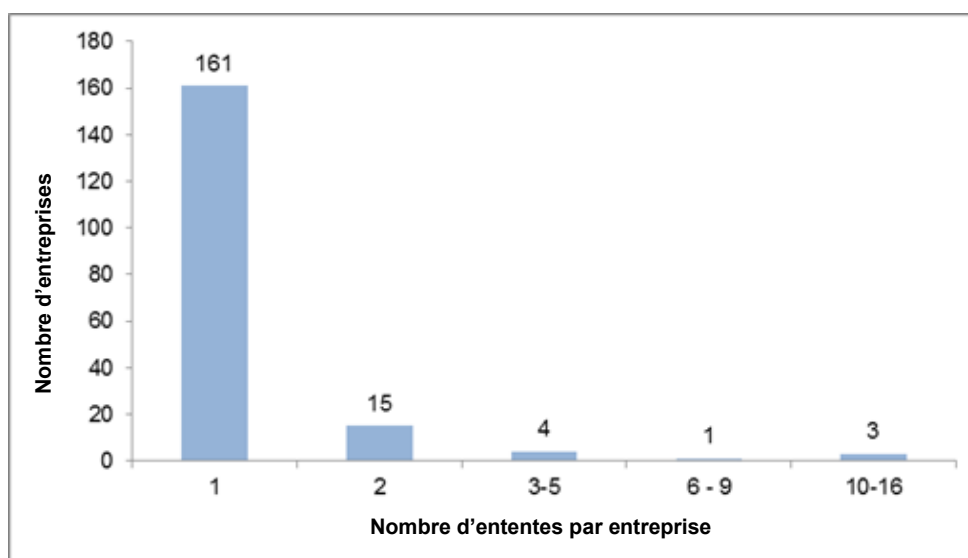
¹⁶ Le nombre d'ententes par entreprise est calculé à partir de la base de données PIC. Nous commençons par déterminer à combien de reprises une société mère a été sanctionnée (ou a fait l'objet d'une enquête), puis nous créons une variable permettant d'attribuer à chaque société mère le nombre de fois qu'elle a été sanctionnée.

¹⁷ 94/815/CE : Décision de la Commission du 30 novembre 1994 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (Affaires IV/33.126 et 33.322 - Ciment), JO n° L 343 du 30.12.1994, p. 1–158.

¹⁸ La base de données créée par John Connor contient (au 26 février 2015) une enquête visant des cimentiers ouverte par la Commission européenne en 2010 à la suite d'inspections menées en 2008. Cette enquête ayant récemment été classée, nous l'avons exclue du nombre des ententes. Voir http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39520.

¹⁹ Ainsi, d'après la base de données PIC, trois filiales distinctes d'un même groupe du secteur de la construction et deux filiales d'un autre groupe étaient impliquées dans l'entente européenne sanctionnée en 1994 par la Commission européenne.

Graphique 3. Nombre d'ententes par entreprise (ciment et béton)



Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

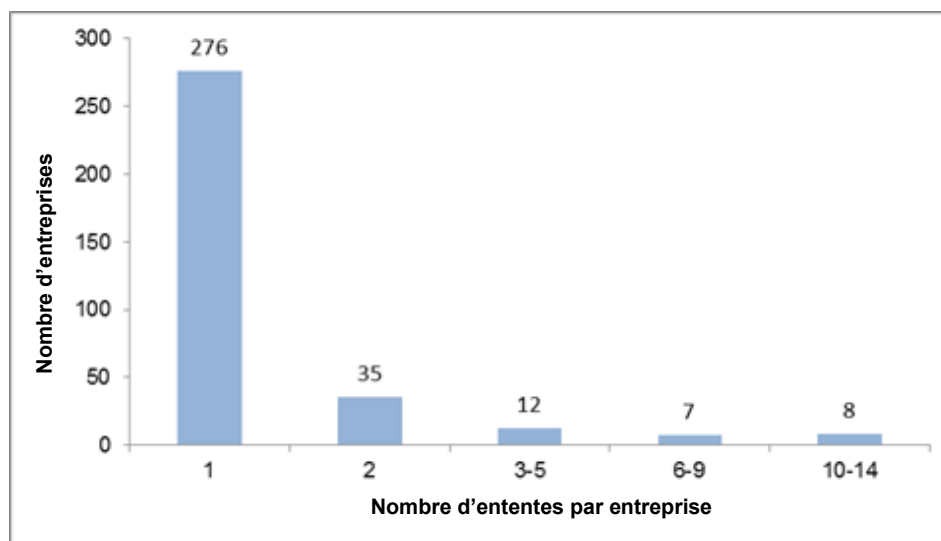
34. Les trois entreprises qui ont été le plus souvent membres d'ententes ont respectivement été impliquées dans 16, 14 et 10 ententes²⁰. Ces trois producteurs figurent aussi parmi les dix premières entreprises manufacturières du monde. Toutefois, selon la base de données PIC, ils n'ont pas commis d'infractions de manière répétée dans la même juridiction.

2.3.3. Produits chimiques

35. La base de données PIB contient au total 97 ententes formées dans le secteur de la chimie, dont 37 sont des ententes mondiales – c'est par exemple le cas des ententes sur la lysine et sur les vitamines²¹. Plus de 80 % des entreprises (uniques) figurant dans la base de données n'ont participé qu'à une seule entente. Il existe toutefois des exceptions notables. Ainsi, d'après la base de données, un groupe mondial du secteur de la santé a participé à 14 ententes dans les années 90, une multinationale fabriquant des peintures, des revêtements et des produits chimiques a été impliquée dans 13 ententes, le plus souvent de dimension mondiale, et un conglomérat présent sur les marchés des produits chimiques, du plastique, du pétrole et du gaz a été membre de 16 ententes, portant quasiment toutes sur les vitamines.

²⁰ Ces chiffres sont issus de la base de données PIC, qui contient aussi bien des enquêtes en cours que des enquêtes clôturées. Les affaires très récentes, par exemple une enquête en cours lancée par l'autorité espagnole de la concurrence (<http://globalcompetitionreview.com/news/article/38781/spain-launches-second-round-concrete-dawn-raids/>), ne sont pas incluses.

²¹ Chaque entente mondiale est enregistrée une fois dans la base de données et la juridiction qui enquête est indiquée.

Graphique 5. Nombre d'ententes par entreprise (industrie chimique)

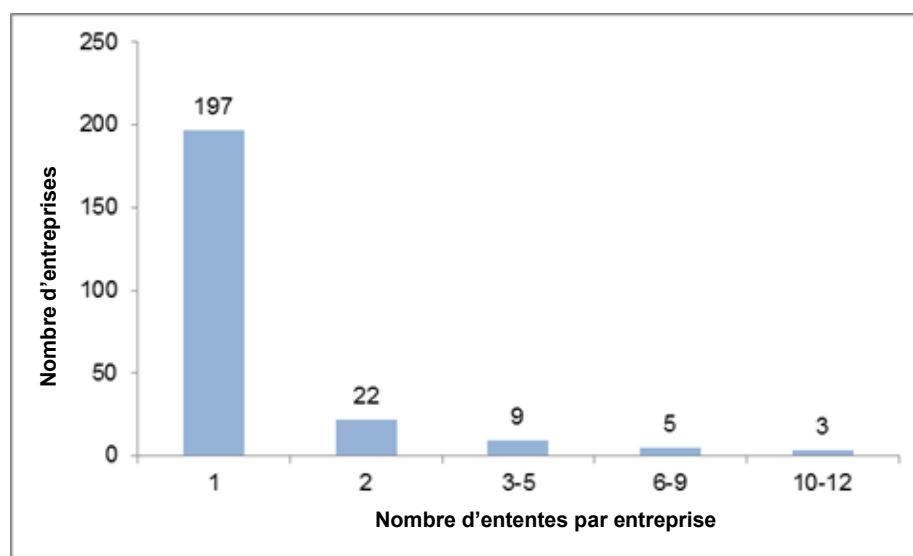
Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

36. Le graphique 6 ci-après présente le nombre d'ententes par entreprise pour les ententes qui n'ont pas une dimension mondiale. Ces ententes concernent, dans une large mesure, les produits d'hygiène, les cosmétiques et les détergents et sont généralement nationales, exception faite d'une entente touchant le territoire de l'Union européenne²². Nous constatons que la plupart des entreprises identifiées nominativement dans la base de données n'ont été membres que d'une entente (voir le graphique) mais que chacune des trois entreprises les plus impliquées dans des ententes non mondiales a été sanctionnée ou visée par une enquête à dix reprises au moins. Ces entreprises sont des producteurs mondiaux de biens de consommation. Selon le classement établi par PricewaterhouseCoopers (PwC, 2015), l'une d'elles fait partie des 20 premières entreprises du monde par la capitalisation boursière et une autre se situe entre la 41^e et la 60^e position du classement. Bien que la plupart des récidives aient lieu dans des juridictions différentes, deux entreprises ont été sanctionnées plusieurs fois dans la même juridiction.

37. La base de données permet de subdiviser le secteur de l'industrie chimique pour distinguer les affaires qui ont concerné les produits chimiques inorganiques et les engrais de celles qui ont touché les produits chimiques organiques. La collusion répétée est beaucoup moins fréquente dans le secteur des produits chimiques inorganiques et des engrais, où 96 % des membres d'une entente identifiés nominativement n'ont participé qu'à une seule entente, alors que ce pourcentage n'est que de 76 % dans le secteur des produits chimiques organiques. Environ 14 % des entreprises ont participé à deux ententes, tandis que 5 % ont été membres de 3 à 5 ententes et les 5 % restants de 6 à 14 ententes.

38. Par ailleurs, nous avons isolé une sous-catégorie constituée des affaires concernant les produits de consommation, par exemple les produits d'hygiène et les détergents. Selon la base de données, 32 % des entreprises ont participé à deux ententes au moins, soit un pourcentage supérieur au pourcentage moyen observé dans l'industrie chimique dans son ensemble. Quelque 14 % des entreprises ont été membres de 2 ententes, 8 % de 3 à 5 ententes et 11 % de 6 à 11 ententes.

²² Décision de la Commission du 13 avril 2011 relative à une procédure d'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/39579 – Détergents domestiques), C(2011) 2528 final.

Graphique 6. Nombre d'ententes par entreprise (industrie chimique, hors ententes mondiales)

Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

2.3.4. Produits alimentaires

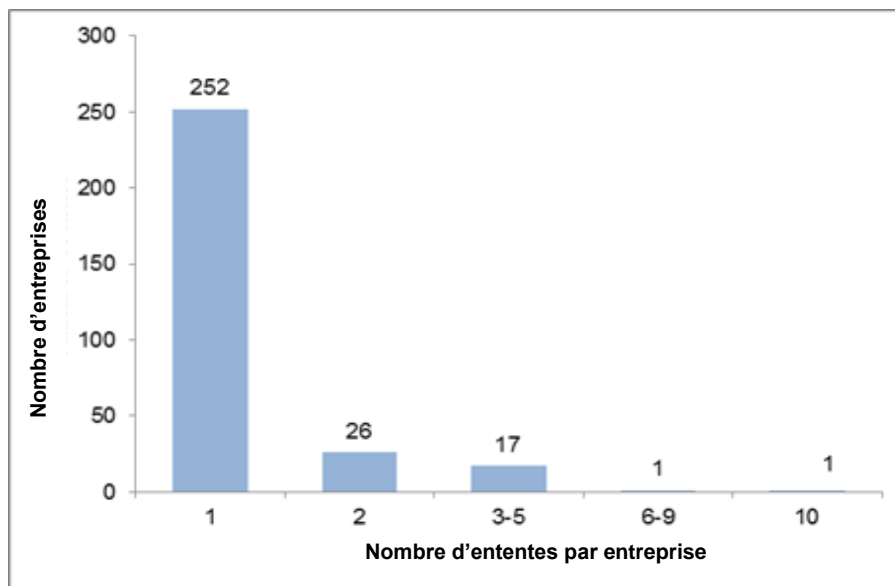
39. La plupart des 60 affaires répertoriées dans la base de données PIC sont des ententes nationales²³. Parmi les ententes touchant le territoire de l'Union européenne figurent une entente sur le sucre sanctionnée par une amende en 1998²⁴ et une entente impliquant des producteurs de champignons en conserve, qui a fait l'objet d'une décision de la Commission européenne en 2014²⁵.

40. Nous constatons qu'environ 85 % des entreprises identifiées nominativement (uniques) dans la base de données n'ont participé qu'à une seule entente, mais que 44 entreprises ont été impliquées dans deux ententes au moins. Le nombre d'ententes par entreprise est plus faible dans le secteur des produits alimentaires que dans les autres secteurs étudiés dans le présent document.

²³ Comme expliqué dans la section 2.3.1., les ententes nationales répertoriées dans la base de données PIC ne touchent qu'une juridiction mais leurs membres sont immatriculés dans des pays différents. La base de données contient deux ententes mondiales. L'une concerne des barres de chocolat, tandis que l'autre implique des fabricants coréens de nouilles instantanées et a donné lieu à une action civile en dommages et intérêts aux États-Unis (In Re Korean Ramen Antitrust Litigation, affaire n° 3:13-cv-04115).

²⁴ Décision de la Commission du 14 octobre 1998 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (affaire IV/F- 3/33.708 – British Sugar plc, affaire IV/F-3/33.709 – Tate & Lyle plc, affaire IV/F-3/33.710 – Napier Brown & Company Ltd, affaire IV/F- 3/33.711 – James Budgett Sugars Ltd [notifiée sous le numéro C(1998) 3061] (Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi) (JO n° L 076 du 22.03.1999, p. 1).

²⁵ Décision de la Commission du 25 juin 2014 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (AT.39965 – Champignons), C(2014) 4227 final.

Graphique 7. Nombre d'ententes par entreprise (produits alimentaires)

Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

41. Selon la base de données PIC, certaines entreprises récidivistes ont été impliquées dans plusieurs ententes dans la même juridiction. L'un des plus grands groupes alimentaires mondiaux a été impliqué dans dix affaires au total, dont deux ententes sur le lait pour bébé en Italie. Une autre entreprise a participé à cinq ententes dans le domaine de la meunerie, dont deux en Hongrie. Quelques entreprises, notamment un grand distributeur et des entreprises présentes sur le marché des produits alimentaires et des boissons ont chacune participé à quatre ententes, dans des juridictions différentes. Une grande entreprise du secteur des produits alimentaires et des boissons, impliquée dans quatre ententes sur les produits alimentaires, a été sanctionnée dans deux affaires distinctes relatives au lait infantile en Italie.

42. Outre ces cas de récidive concernant la farine et le lait pour bébé, nous constatons qu'il existe plusieurs entreprises récidivistes dans le domaine de la fabrication de chocolat et une entreprise récidiviste dans celui du sucre et des produits à base de glucose.

2.3.5. Construction

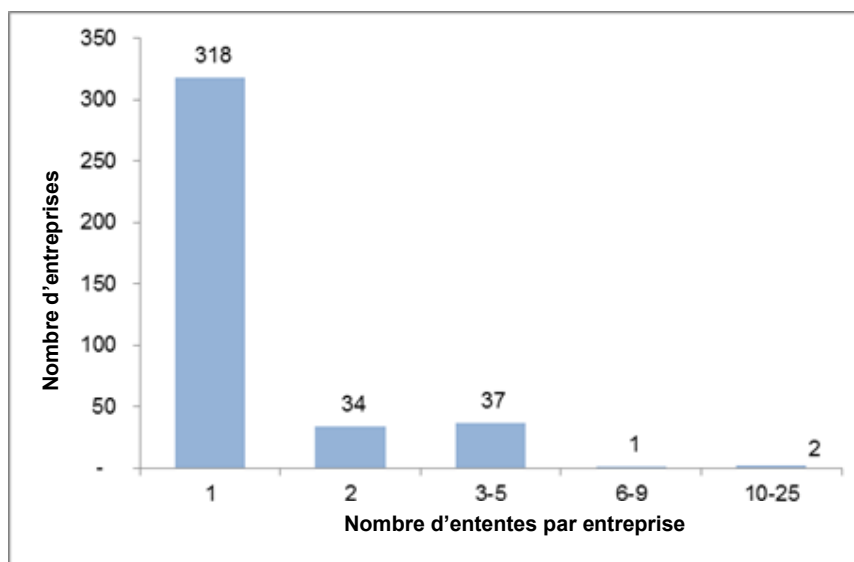
43. La base de données PIC contient 54 affaires touchant ce secteur. La plupart d'entre elles sont des ententes nationales, mais l'une a fait l'objet d'une enquête menée par les États-Unis à l'extérieur de leur territoire (et est classée parmi les ententes mondiales dans la base de données) et certaines ententes ont été visées par des poursuites engagées par la Commission européenne²⁶. Les ententes répertoriées dans la base de données comptent de 2 (par exemple dans le cas de l'entente sur les ponts en Californie) à 656 membres (dans le cas d'une entente néerlandaise).

44. Nous constatons que la construction est, des quatre secteurs étudiés, celui dans lequel le nombre d'ententes par entreprise est le plus élevé. La base de données contient également quelques cas de récidive dans la même juridiction (par exemple au Canada, en France et en Hongrie). Néanmoins, comme dans les

²⁶ Décision à l'encontre de 28 associations néerlandaises du secteur de la construction et de leur fédération (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-92-84_fr.htm); amende infligée à une entente néerlandaise concernant la location de grues (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-95-1306_fr.htm)

autres secteurs, la plupart des membres (identifiés nominativement) d'ententes n'ont participé qu'à une entente. Environ 80 % des entreprises identifiées nominativement dans la base de données PIC n'ont été visées qu'une seule fois par une sanction ou une enquête.

Graphique 8. Nombre d'ententes par entreprise (construction)

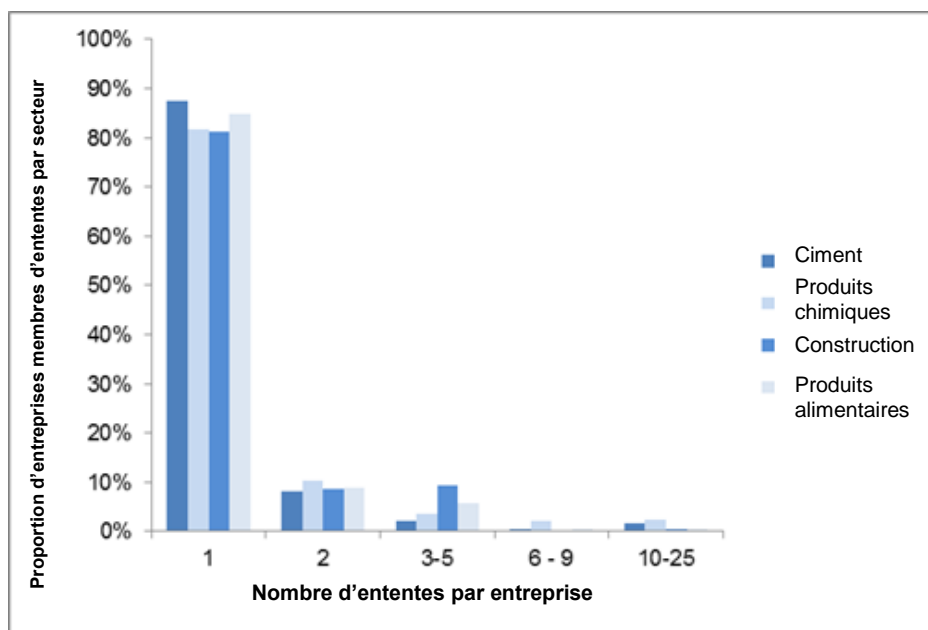


Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

45. L'entreprise de la base de données PIC impliquée dans le plus grand nombre d'ententes (23), qui s'est notamment rendue coupable d'infractions à plusieurs reprises au Canada, en Hongrie et en France, est un conglomérat diversifié. Par ailleurs, un groupe mondial du secteur de la construction a participé à 19 ententes au total et une autre multinationale du secteur a été membre de 7 ententes. À cela d'ajoutent plusieurs cas dans lesquels une entreprise a participé à une entente à travers plusieurs de ses filiales.

2.3.6. Comparaison des secteurs et réflexion sur les résultats de l'analyse

46. Les informations disponibles au sujet de l'ampleur de la récidive en matière de collusion dans les quatre secteurs étudiés montrent qu'environ 80 % des membres d'ententes n'ont été sanctionnés qu'une fois pour collusion. Nous avons cependant constaté que certaines entreprises récidivaient, et que les entreprises récidivistes étaient moins nombreuses dans le secteur alimentaire que dans les trois autres secteurs. Les récidives ont souvent lieu dans des juridictions différentes, et il est, d'après la base de données PIC, relativement rare que les mêmes entreprises participent plusieurs fois à des faits de collusion dans la même juridiction. Comme il est fréquent que le nom des entreprises impliquées ne soit pas indiqué par les autorités et ne figure donc pas dans la base de données, les conclusions que nous présentons sont des conclusions à valeur indicative, reposant sur l'échantillon disponible.

Graphique 9. Nombre d'ententes par entreprise dans les quatre secteurs

Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

47. Les entreprises les plus souvent impliquées à plusieurs reprises dans des pratiques de collusion dans différents pays sont des multinationales ou des filiales de multinationales²⁷. La base de données contient également des exemples dans lesquels une entreprise multinationale a récidivé dans le même pays (essentiellement dans le secteur de la construction et, dans un petit nombre de cas, dans les secteurs des produits alimentaires et des produits chimiques).

48. Ce résultat pourrait cependant s'expliquer par la taille des entreprises en cause et par le nombre de pays dans lesquels elles sont présentes. Ainsi, l'une des entreprises impliquées dans la plupart des ententes qui se sont formées dans le secteur des produits alimentaires fait partie des 20 premières entreprises du monde par la capitalisation boursière et l'une des entreprises les plus souvent impliquées dans les ententes touchant l'industrie chimique se situe entre la 41^e et la 60^e position du classement établi selon ce critère (PwC, 2015). Les trois cimentiers qui apparaissent le plus souvent dans la base de données font eux aussi partie des dix plus grands fabricants de ciment du monde. De surcroît, comme la base de données contient des ententes qui impliquent des entreprises de pays différents, les entreprises multinationales sont, par construction, surreprésentées. C'est la raison pour laquelle les données que nous présentons ne semblent pas confirmer les conclusions de Connor (2010), qui estime que la logique économique plaide en faveur de l'idée selon laquelle les multinationales diversifiées ont une probabilité de récidive plus forte. L'auteur avance les explications potentielles suivantes à l'appui de son argument : (i) les entreprises à la fois grandes et diversifiées sont présentes sur de nombreux marchés de produits et marchés géographiques. Les informations relatives aux conséquences d'une infraction ne circulent pas très bien au sein du groupe dans son ensemble, si bien que les autres divisions ne sont pas pleinement conscientes des risques encourus en cas de collusion ; (ii) si les ententes sont gérées par des dirigeants peu scrupuleux, la probabilité qu'un tel dirigeant soit présent dans une division est indépendante de la probabilité qu'il en aille de même dans une autre division. De ce fait, « une société mère diversifiée

²⁷ Les informations disponibles ne permettent souvent pas d'identifier les récidivistes au niveau de la filiale sanctionnée, l'identification n'étant alors possible qu'au niveau de la société mère.

comptant dix divisions risque dix fois plus de se faire démasquer que dix entreprises spécialisées prises individuellement » ; (iii) s'il apparaît qu'une entente permet d'accroître les marges d'une division, une entreprise diversifiée risque d'adopter la même stratégie dans les autres divisions. Néanmoins, dans le même article, Connor (2010) cite une étude plus ancienne consacrée à la délinquance des entreprises, selon laquelle « en règle générale, les grandes entreprises ne commettent pas plus d'infractions par unité retenue pour mesurer la taille que les entreprises de plus petite taille ».

49. Les cas de récidive examinés dans cette section correspondent tous à des ententes qui ont été détectées, ce qui est un point commun à la plupart des études consacrées aux ententes, exception faite de celles qui portent sur les ententes légales²⁸. Or, Connor (2010) relève « qu'en règle générale, les études consacrées aux ententes montrent que seulement 10 à 30 % environ de ces accords sont détectés et sanctionnés ». Il existe donc un biais d'échantillonnage et il convient de se demander si les caractéristiques des récidives observées et celles des récidives non observées sont les mêmes.

50. Grout et Sonderegger (2005) examinent une question connexe, en l'occurrence celle de savoir si les secteurs qui, selon leurs constatations, concentrent le plus grand nombre d'ententes ne sont en réalité que ceux dans lesquels le plus grand nombre d'ententes est *détecté*. Ils font observer qu'au sein de leur échantillon il existe une forte corrélation entre les secteurs impliqués dans les ententes détectées par l'Union européenne et ceux impliqués dans les ententes détectées par les États-Unis et interprètent ce résultat ainsi :

« [...] si les autorités agissent de manière relativement indépendante et si elles ne découvrent qu'une faible proportion des ententes qui existent, il est logique que les secteurs concernés se recoupent peu. À l'inverse, si les facteurs qui favorisent la formation d'ententes sont les mêmes dans tous les pays et si les autorités parviennent relativement bien à détecter les ententes, il est logique de constater une forte corrélation entre les juridictions. L'existence d'une forte corrélation pourrait donc être le signe d'une certaine efficacité des autorités. De plus, cette corrélation laisse penser qu'il existe, au niveau des secteurs d'activité, des facteurs communs qui favorisent la formation d'ententes » (Grout et Sonderegger, 2005; paragraphe 4.11).

51. Les auteurs font cependant aussi observer que les autorités n'agissent peut-être pas de manière indépendante, si bien que cette forte corrélation doit être interprétée avec prudence. Par exemple, il est possible que la détection d'une entente dans une juridiction facilite la découverte d'informations sur des ententes similaires dans d'autres pays. Il est aussi possible que lorsqu'une entente est détectée dans un marché de produits, d'autres autorités recherchent des indices de comportement collusif sur ce marché.

52. Les programmes de clémence pourraient concourir à expliquer la découverte d'ententes dans certains secteurs. Ainsi, comme souligné dans OCDE (2013), « les enquêtes déclenchées par les programmes d'amnistie et de clémence semblent concentrées dans un nombre de secteurs relativement limité. Aux États-Unis, par exemple, les enquêtes menées à la fin des années 90 concernaient essentiellement les secteurs des produits alimentaires et des aliments pour animaux, des vitamines et des produits chimiques. Cette concentration semble encore plus prononcée aujourd'hui qu'alors. Ces cinq

²⁸ Ainsi, Marvão (2014) souligne que « les ententes étant prohibées par le traité qui institue l'Union européenne, elles sont secrètes et seules celles qui font l'objet de poursuites et d'une condamnation sont prises en compte dans les données disponibles. Quant aux ententes antérieures, il est possible qu'elles soient restées secrètes parce que leurs membres n'avaient pas suffisamment intérêt à les dénoncer. Ce biais de sélection sur les variables inobservables ne peut être éliminé mais son existence est pris en compte dans l'interprétation des résultats ».

Davies et Ormosi (2014) proposent une méthode pour remédier à ce biais de sélection dans le cadre de l'estimation du préjudice causé aux consommateurs par les ententes.

dernières années, les trois principaux secteurs cibles ont été ceux des composants électroniques et informatiques, du transport aérien de fret et de passagers, et des pièces automobiles » (*notes de bas de page non reproduites*).

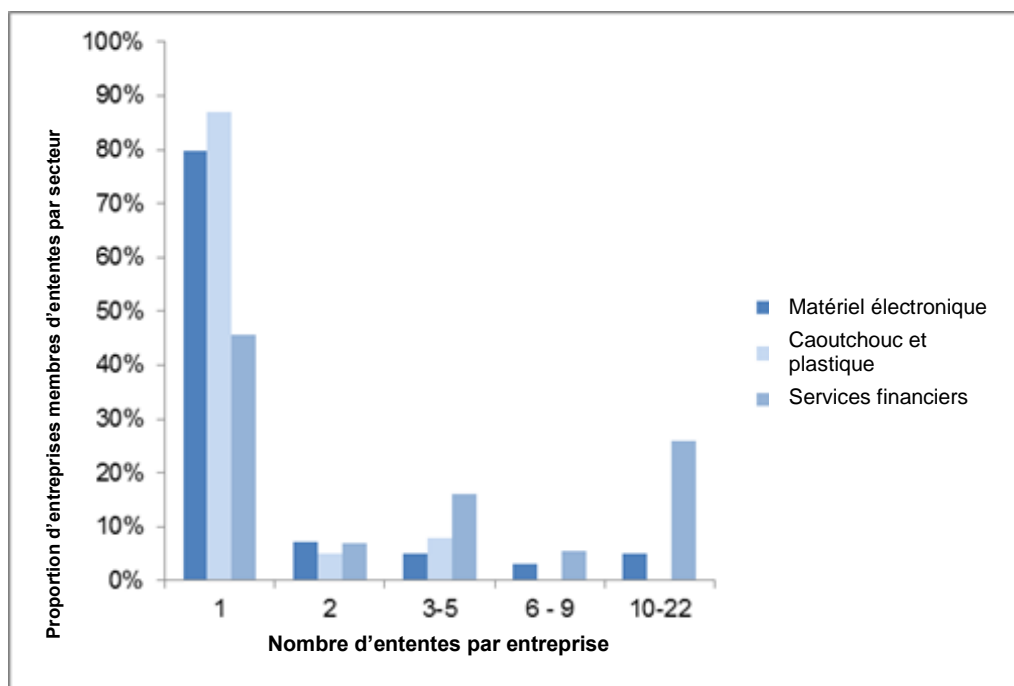
53. Il a été avancé que le programme de clémence renforcé du ministère fédéral de la Justice des États-Unis (*Leniency Plus Program*) explique que les enquêtes soient concentrées dans certains secteurs parce qu'il permet aux autorités de mener une enquête complète dans un secteur, produit par produit (Klawiter, 2011)²⁹. De surcroît, l'utilisation stratégique que font les entreprises des demandes de clémence influe sur la répartition sectorielle des ententes. Ainsi, il n'est pas exclu que les ententes détectées à la suite d'une demande de clémence soient celles qui sont les moins rentables et qui sont devenues plus instables (OCDE, 2013)³⁰. Ces facteurs pourraient également concourir à expliquer les caractéristiques observées des cas de récidive dans les quatre secteurs étudiés dans le présent document.

54. Enfin, même si nous n'avons pas réalisé de comparaison exhaustive de l'ampleur de la récidive dans l'ensemble des secteurs couverts par la base de données PIC, certains secteurs autres que ceux étudiés sont touchés par des récidives fréquentes. Le graphique ci-après montre par exemple que le nombre d'ententes par entreprise est relativement élevé dans le secteur de la fabrication de matériel électronique et dans celui des services financiers. À l'inverse, dans d'autres secteurs, par exemple celui du caoutchouc et du plastique, la récidive est plus rare.

²⁹ Le programme de clémence renforcé s'applique lorsqu'une entreprise visée par une enquête des autorités de la concurrence divulgue l'existence d'une ou plusieurs ententes dans d'autres marchés de produits sur lesquels elle est présente. Si elle est la première à dénoncer ces autres ententes, elle bénéficie d'une amnistie totale pour le ou les produits en cause et, le cas échéant, d'une remise supplémentaire sur l'amende qu'elle négocie au titre du premier produit.

³⁰ Levenstein et Suslow (2011) décrivent un exemple d'utilisation stratégique de la clémence dans le secteur chimique : « Il suffit d'examiner, par exemple, le contraste entre le comportement de Rhône-Poulenc dans le cadre de l'entente sur la méthionine et son attitude s'agissant de l'entente sur la méthylglucamine. Mise en cause pour sa participation à l'entente sur les vitamines, l'entreprise a fourni des éléments sur l'entente concernant la méthionine en contrepartie d'une réduction de sa sanction au titre de l'entente sur les vitamines. Dans ses aveux, elle n'a pas mentionné l'entente sur la méthylglucamine, pour laquelle elle se vit par la suite infliger une amende. Reste à savoir pourquoi Rhône-Poulenc a dénoncé une entente sans divulguer l'autre. La raison en est que l'une était rentable tandis que l'autre ne l'était pas. Le groupe Monsanto, grand producteur de méthionine en forte croissance, avait refusé de participer à l'entente. De ce fait, celle-ci n'avait plus beaucoup d'effet sur les prix. À l'inverse, l'entente sur la méthylglucamine était beaucoup plus rentable, les deux entreprises qui en étaient membres détenant 100 % du marché mondial » (Levenstein et Suslow, 2011).

Graphique 10. Nombre d'ententes par entreprise dans quelques secteurs



Source : Base de données PIC, calculs de l'OCDE

3. Facteurs économiques mis en évidence par les études théoriques

55. La théorie économique a mis en lumière certaines caractéristiques des marchés et des produits jugées favorables à la collusion. Ces facteurs ont été longuement décrits dans la publication OCDE (2013), portant sur les enquêtes d'office relatives aux ententes et sur l'utilisation de filtres pour détecter les ententes, qui les classe en trois catégories : les « facteurs structurels », les « facteurs liés à l'offre » et les « facteurs liés à demande ».

56. Certains facteurs économiques peuvent exercer une influence sur la motivation des entreprises à participer à une entente et sur leur capacité à parvenir à un accord et à le faire perdurer. Nous avons jugé utile de présenter succinctement ces facteurs avant de décrire, dans la section 4, les caractéristiques des quatre secteurs étudiés dans le présent document. Dans la section 3, nous décrivons ces facteurs de manière synthétique et fournissons un aperçu des données empiriques sur leur pertinence. Dans la dernière partie de la section, nous passons rapidement en revue une autre série d'études, consacrée aux caractéristiques des entreprises susceptibles d'avoir un lien avec les comportements de collusion.

3.1. Tour d'horizon des facteurs sectoriels recensés dans les études économiques

57. Lorsqu'elle doit choisir si elle va respecter une entente ou jouer le jeu de la concurrence, une entreprise compare les gains immédiats qu'elle peut retirer d'une déviation par rapport à l'accord collusoire et la perte qu'elle risque de subir à long terme sous l'effet des représailles des autres entreprises (Tirole, 1988). Elle choisit de respecter l'entente lorsque les gains sont plus faibles que la perte. Plus précisément, la collusion est d'autant plus probable que les gains retirés d'une déviation sont faibles, que le profit dégagé lorsque les autres entreprises décident de punir celle qui dévie est faible et que l'entreprise est patiente (en d'autres termes que son facteur d'actualisation est élevé).

58. Dans leurs interventions, par exemple en matière de collusion explicite et de contrôle des opérations de concentration, les autorités de la concurrence tiennent compte de ces facteurs pour évaluer si un marché ou un secteur est ou non exposé à un risque de pratiques de collusion. De plus, ces facteurs pourraient contribuer à expliquer que des ententes se forment à plusieurs reprises dans le même secteur et que des entreprises récidivent. Cependant, les facteurs propices à la collusion tacite ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux censés caractériser les secteurs touchés par la collusion explicite³¹. Selon toute vraisemblance, la communication entre entreprises est surtout nécessaire dans des situations peu favorables à la formation d'ententes³².

59. Dans cette section, nous faisons un rapide tour d'horizon de ces facteurs en nous appuyant principalement sur OCDE (2013), Motta (2004), Bishop et Walker (2010) et Grout et Sonderegger (2005). Pour simplifier la présentation, nous avons distingué, suivant OCDE (2013), les facteurs structurels, ceux liés à l'offre et ceux liés à la demande³³.

3.1.1. Facteurs structurels

60. Le nombre d'entreprises a une incidence à la fois sur la possibilité de parvenir à un accord et sur celle de le faire respecter. La collusion est d'autant plus probable que les acteurs présents sur le marché sont peu nombreux³⁴. Lorsque les entreprises qui participent à la collusion sont nombreuses, chacune d'elles n'obtient qu'une part relativement limitée du total des profits. Cependant, si l'une d'entre elles dévie, il n'est pas impossible qu'elle parvienne à répondre à la demande du marché. Les gains réalisés pendant la phase de déviation seront donc supérieurs à la perte de profits potentiels subie durant la phase de punition. L'entente est donc d'autant plus instable que les entreprises sont nombreuses.

61. Certaines ententes comptent cependant de nombreux participants. Ainsi, au Royaume-Uni, en 2009, l'Office of Fair Trading (OFT) a sanctionné 103 entreprises du secteur de la construction après avoir découvert des pratiques de soumission concertée touchant de nombreux marchés passés par des autorités locales du pays. De même, environ 1 400 entreprises ont été sanctionnées par une amende pour avoir participé à l'entente néerlandaise dans le secteur de la construction (Bishop et Walker, 2010). De plus, dans un marché concentré, la présence de « francs-tireurs » peut compromettre le maintien de prix

³¹ Conformément aux publications antérieures du Secrétariat, par exemple OCDE (2015) et OCDE (2012), nous employons le terme « collusion explicite » pour désigner des situations dans lesquelles les entreprises se mettent d'accord, en communiquant, pour restreindre la concurrence. Nous employons le terme « collusion tacite » lorsque la collusion n'est pas négociée de manière explicite.

³² Sur ce point et sur les implications de la stratégie qui consiste à détecter la collusion sur la base de la communication explicite, voir le document rédigé par Louis Kaplow pour la réunion du Comité de la concurrence sur les oligopoles, qui a eu lieu en juin 2015, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2015\)13&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2015)13&docLanguage=En)

³³ À noter que les catégories retenues pour classer les facteurs varient selon les auteurs. Ainsi, Motta (2004) oppose les facteurs structurels aux facteurs liés à la transparence des prix et à l'échange d'informations, tandis que Bishop et Walker (2010) distinguent les facteurs qui ont une incidence sur la capacité à augmenter les prix de ceux qui influent sur la capacité à parvenir à un accord.

³⁴ Il existe également des circonstances dans lesquelles ce n'est pas le cas. Kühn (2012) montre que dans un marché caractérisé par l'homogénéité des produits et l'insuffisance des capacités, la fragmentation des capacités peut être favorable à la collusion.

élevés³⁵. Il en va particulièrement ainsi si ces francs-tireurs, qui ne participent pas à l'entente, sont en mesure d'accroître facilement leurs capacités et leur production pour faire concurrence à l'entente.

62. L'existence de barrières à l'accès à un marché facilite le maintien de prix collusoires³⁶. Un niveau de prix et de profits élevé sur un marché attire de nouveaux concurrents, si bien que l'entente est plus difficile à faire perdurer. Il peut arriver que les nouveaux arrivants adoptent un comportement agressif, prennent des parts de marché aux entreprises en place et finissent par rendre impossible le maintien de l'entente. De plus, même un nouvel entrant accommodant, prêt à se joindre à l'entente, peut déstabiliser celle-ci. En effet, d'autres entreprises sont encouragées à entrer sur le marché si elles constatent que les entreprises en place adoptent une stratégie accommodante. À noter toutefois que la volonté d'entreprises d'entrer sur le marché ne déstabilise pas nécessairement une entente. Si les candidats à l'entrée pensent que les entreprises en place vont s'opposer à leur accès au marché et si cette menace est crédible, ils risquent tout simplement d'être dissuadés d'entrer (Harrington, 1989b).

63. Le fait que les comportements des entreprises puissent être observés renforce le risque de collusion. Comme souligné dans OCDE (2013), les ententes perdurent plus facilement si leurs membres sont en mesure de surveiller l'application de l'accord et d'infliger rapidement des représailles lorsqu'un participant offre secrètement des tarifs inférieurs à ceux pratiqués par les autres membres de l'entente. Comme le montrent Green et Porter (1984), si la demande du marché et les prix pratiqués par les autres entreprises ne sont pas observables, une entreprise peut interpréter la faiblesse de la demande comme la conséquence de baisses de prix appliquées par ses concurrents. Elle va alors les punir et déclencher une guerre des prix. Toutefois, cette punition ne dure pas indéfiniment et l'équilibre collusoire finit par se rétablir.

64. Des commandes régulières et fréquentes facilitent aussi la collusion. Par exemple, une entreprise qui reçoit une commande plus volumineuse que ses commandes habituelles est très tentée de dévier de l'entente parce qu'elle a la perspective de dégager un profit important. Ce profit est suffisamment élevé pour contrebalancer le risque de punition, les commandes à venir étant appelées à être plus petites. Lorsque les commandes sont fréquentes, les entreprises peuvent punir rapidement une éventuelle déviation, ce qui contribue aussi à faire perdurer la collusion.

3.1.2. Facteurs liés à la demande

65. La symétrie des concurrents en termes, par exemple, de parts de marché, de coûts et de capacités, est souvent considérée comme propice à la collusion. En toute logique, les entreprises jugent plus facile de passer un accord lorsque leurs structures de coûts et leur efficacité opérationnelle sont similaires. En pareil cas, le prix optimal peut être le même pour toutes les entreprises³⁷.

³⁵ Un « franc-tireur » est une entreprise qui applique une stratégie agressive ou qui se démarque fortement de ses concurrents. Par exemple, dans la décision qu'elle a rendue au sujet de la fusion Pilkington-Techint/SIV ([1994] JO L158/24), la Commission européenne analyse la capacité d'un « franc-tireur » à perturber une coordination tacite.

³⁶ Le même raisonnement vaut pour les barrières à l'expansion. À titre d'exemple, comme le montrent Levenstein et Suslow (2003), le développement des capacités chinoises de production de vitamine C est un nombre des facteurs qui ont conduit à l'écroulement de l'entente sur la vitamine C.

³⁷ Compte, Jenny et Rey (2002) examinent un scénario dans lequel les entreprises sont dotées de capacités différentes et montrent qu'une distribution plus égalitaire des capacités favoriserait la collusion. Harrington (1989a) montre que les entreprises qui n'ont pas le même facteur d'actualisation peuvent néanmoins parvenir à un accord collusoire en redistribuant les parts de marché.

66. Le rôle que jouent le niveau élevé des stocks et les capacités excédentaires n'est pas clairement établi, ni par les modèles théoriques ni par les études empiriques (Motta, 2004). D'un côté, une entreprise dont les capacités sont très excédentaires est en mesure d'infliger une punition sévère en cas de déviation. De l'autre, cet excédent l'incite à dévier de l'entente afin d'utiliser pleinement ses capacités. Ce raisonnement vaut lorsque toutes les entreprises ont des capacités excédentaires. Conformément à ce qui a été démontré ci-dessus au sujet de la symétrie, en cas de répartition inégale des capacités, il est plus difficile de faire perdurer la collusion.

67. Les contacts multi-marchés sont depuis longtemps considérés comme des facteurs facilitant la collusion³⁸. La logique qui sous-tend cet argument est qu'une déviation est sanctionnée par une punition sur tous les marchés, ce qui dissuade les entreprises de tricher³⁹. Toutefois, les contacts multi-marchés ne modifient pas nécessairement les incitations à former une entente, à tout le moins lorsque les entreprises et les marchés sont parfaitement symétriques (Bernheim et Whinston, 1990). Il peut arriver que les entreprises soient asymétriques, par exemple en termes de parts de marché, lorsque chaque marché est considéré de manière isolée. Si l'on considère les marchés dans leur ensemble, c'est-à-dire si l'on mesure le coût et les avantages d'une collusion tous marchés confondus, l'asymétrie diminue et la collusion peut être facilitée.

68. L'homogénéité des produits est, elle aussi, souvent vue comme un facteur de nature à faciliter la collusion, puisque le nombre de dimensions, telles que les prix et les capacités, au sujet desquelles les entreprises doivent se coordonner est réduit par rapport à une situation dans laquelle les entreprises sont en concurrence au niveau de produits différenciés. Comme le relèvent Bishop et Walker (2010), les décisions importantes rendues par la Commission européenne en matière d'ententes concernent des produits en grande partie homogènes, comme le ciment, le PVC, les vitamines, le phosphate de zinc, le peroxyde d'hydrogène et le perborate. Les études théoriques sont cependant plus ambiguës sur ce point (Motta, 2004). D'un côté, une déviation est moins rentable lorsque les produits sont différenciés que lorsqu'ils sont homogènes parce que l'entreprise qui dévie ne peut pas espérer soustraire une part de marché importante à ses concurrents. De ce point de vue, la collusion est plus probable lorsque les produits sont différenciés. Cependant, d'un autre côté, la punition subie par l'entreprise qui dévie n'est pas très sévère, son produit continuant d'être demandé puisqu'il est différencié. De ce point de vue, la collusion est donc plus difficile à inscrire dans la durée.

69. Par ailleurs, un marché où l'innovation est fréquente est moins prédisposé à la collusion parce que « les entreprises ont davantage intérêt à vendre leurs nouveaux produits qu'à recourir à cette pratique et à partager le marché avec leurs concurrents » (OCDE, 2013). De plus, si le rythme de l'innovation est tellement rapide que les entreprises en place craignent de ne plus être très compétitives à l'avenir, elles deviennent plus impatientes et se livrent à une concurrence plus agressive.

70. Enfin, comme souligné dans OCDE (2013), la collusion peut aussi être facilitée par des liens structurels (participations croisées, y compris les participations passives sans contrôle) ou par l'existence d'accords de coopération et de relations contractuelles entre concurrents. Ces relations peuvent, par exemple, avoir une incidence directe sur les stratégies de fixation des prix des entreprises et sur l'intérêt de ces dernières à jouer le jeu de la concurrence. Elles peuvent aussi accroître les possibilités de représailles, et, par conséquent, de rétorsion des entreprises qui ne respectent pas l'entente.

³⁸ Certaines études empiriques démontrent l'existence de ce phénomène sur le marché du transport aérien (Evans et Kessides, 1994) et sur celui de la téléphonie mobile aux États-Unis (Parker et Röller, 1997).

³⁹ L'augmentation de la fréquence des interactions entre les mêmes entreprises est un autre canal à travers lequel les contacts multi-marchés pourraient faciliter la collusion.

3.1.3. Facteurs liés à la demande

71. La prévisibilité de la demande peut être favorable au maintien d'une entente parce qu'elle accroît la transparence. Lorsque la demande est très incertaine ou exposée à des chocs fréquents, les entreprises éprouvent des difficultés à distinguer la part du faible niveau des ventes imputable au caractère fluctuant de la demande de celle due au fait que leurs concurrents pratiquent des prix plus bas. À l'inverse, dans un marché stable et mature, le non-respect d'un accord collusoire est plus facile à détecter.

72. La capacité à augmenter les prix dépend de l'élasticité de la demande. Si la demande est plus inélastique, les participants à l'entente peuvent fixer les prix à un niveau plus élevé et retirer des gains plus importants de la collusion (Bishop et Walker, 2010). À l'inverse, si la demande est très élastique, il est plus difficile de pratiquer durablement des prix élevés. Toutefois, comme souligné dans OCDE (2013), « les études ne permettent pas d'établir avec certitude si l'élasticité de la demande a un impact sur la possibilité de maintenir durablement des prix de collusion ». Ainsi, Motta (2004) explique que l'élasticité de la demande exerce une influence sur ce que la déviation rapporte à l'entreprise à la fois au moment où elle triche et au moment où elle subit des représailles. Ayant une incidence aussi bien sur le coût que sur les gains de la déviation, l'élasticité a un effet net incertain sur la possibilité de faire perdurer la collusion. Il n'en reste pas moins que la collusion est plus rentable quand l'élasticité de la demande est faible, ce qui peut influencer sur la propension des entreprises à former une entente et, à terme, faciliter la stabilité de cette entente (OCDE, 2013).

73. La concentration des acheteurs et, par conséquent, leur pouvoir peuvent aussi influencer sur la possibilité de maintenir durablement des prix de collusion. Ainsi, un gros acheteur peut intensifier la concurrence entre les fournisseurs potentiels, voire menacer de fabriquer le bien lui-même. Il peut aussi passer des commandes importantes et moins fréquentes, ce qui réduit le risque de collusion (Snyder, 1996).

3.1.4. Ces facteurs permettent-ils de prévoir plus facilement la collusion ?

74. Plusieurs études, notamment Grout et Sonderegger (2005), Kudo et Odagiri (2014) et Antonielli et Mariniello (2014), ont cherché à établir si, considérés ensemble, les facteurs qui viennent d'être recensés peuvent permettre de prévoir la probabilité de collusion.

75. Avant d'analyser les données empiriques disponibles, il importe de s'attarder sur l'intérêt de ces facteurs économiques pour les autorités de la concurrence. Si l'analyse économique peut aider à établir s'il est plausible qu'un secteur soit exposé à un risque de collusion, ces facteurs économiques ne sont que des indices pouvant laisser penser que la situation du marché est favorable à la collusion. Même si un ou plusieurs de ces facteurs sont observés dans un secteur, il ne faut pas nécessairement en déduire qu'il existe des ententes dans ce secteur. De plus, dans certains secteurs, il est possible que certains facteurs soient présents mais que d'autres ne le soient pas. Or, il n'existe pas de directives claires sur la manière de pondérer les différents facteurs lorsqu'ils ne vont pas tous dans le même sens. Comme souligné dans OCDE (2013), « il est fréquent que le lien entre les facteurs économiques et la probabilité de collusion ne soit pas linéaire, et divers facteurs économiques peuvent avoir des effets différents sur la concurrence en fonction des caractéristiques du marché ».

76. Si la présence de ces facteurs n'est pas suffisante pour conclure à l'existence d'ententes dans un secteur, il faut également savoir interpréter leur absence. Bishop et Walker (2010) avancent que « les caractéristiques de beaucoup de secteurs ne permettent pas aux entreprises de se livrer durablement à une coordination explicite, même s'il n'existe pas de législation interdisant ces comportements ».

77. La pertinence des facteurs économiques décrits dépend aussi de la nature, tacite ou explicite, de la collusion. Si les entreprises sont en mesure de se livrer à une collusion tacite, elles privilégieront ce type

de coordination par rapport à la formation d'une entente et au risque de détection de cette entente par les autorités. Par conséquent, lorsque la situation d'un marché est très propice à la coordination, il est peu probable que des ententes soient observées du fait que les entreprises n'ont pas besoin de s'entendre expressément (Bishop et Walker, 2010).

78. Enfin, les questions qui ont trait à l'organisation des ententes sont indéniablement importantes pour la compréhension de la formation et de la stabilité des ententes et peuvent interagir avec les facteurs sectoriels. Il est en effet possible que même lorsque les caractéristiques d'un secteur ne sont pas propices à la collusion, les modalités d'organisation de l'entente permettent d'y pallier et donnent davantage de chances de réussite à l'entente.

3.2 *Données empiriques*

79. Les études empiriques consacrées aux facteurs qui facilitent la collusion ne corroborent pas toujours les enseignements des études théoriques, et il existe quelques incohérences entre les résultats obtenus par différents auteurs⁴⁰. Par exemple, alors que les données empiriques confirment l'existence d'une corrélation négative entre les fluctuations de la demande et la collusion, les résultats obtenus s'agissant du lien entre barrières à l'entrée et collusion sont variables selon l'indicateur retenu.

80. S'exprimant de manière générale sur les difficultés auxquelles soulevées par l'analyse empirique, Grout et Sonderegger (2005) relèvent que « le besoin de communication des membres d'une entente augmente dans les situations où le maintien d'une collusion est plus difficile. Il s'ensuit que c'est peut-être précisément dans les circonstances qui, selon la théorie, se prêtent le moins à la collusion que les parties sont les plus enclines à adopter des pratiques ouvertement collusoires. En d'autres termes, il est peu probable qu'existe une relation univoque entre la théorie et les études empiriques ».

81. Kudo et Odagiri (2014) examinent empiriquement les caractéristiques des secteurs dans lesquels des ententes se sont formées (et ont été détectées) au Japon. Ils utilisent des données sur les ententes détectées et visées par des poursuites de la Japan Fair Trade Commission (JFTC) au cours de la période 1990-2004, avant qu'un programme de clémence permettant de réduire le montant des amendes ne soit instauré dans le pays. Ils ventilent leur ensemble de données par secteur et retiennent 131 secteurs manufacturiers⁴¹.

82. Ils constatent que la hausse et les fluctuations de la demande sont négativement corrélées à la probabilité de formation d'ententes. Le signe négatif de la corrélation entre les fluctuations de la demande et les ententes est conforme à la théorie économique, ce qui n'est pas le cas du lien négatif entre la hausse de la demande et les ententes. Kudo et Odagiri (2014) avancent, pour expliquer ce résultat, que dans un « contexte de baisse de la demande, les entreprises cherchent à préserver un certain niveau de bénéfices,

⁴⁰ Ainsi, Symeonidis (2003), évoquant des études antérieures, s'exprime en ces termes : « Hay et Kelley [1974] constatent que la différenciation des produits entrave la collusion, ce que ne confirme pas Dick [1996a]. Selon Hay et Kelley [1974] ou encore Fraas et Greer [1977], la collusion est plus probable dans des secteurs où l'offre est concentrée, mais tel n'est pas le cas selon Dick [1996a] ou encore Asch et Seneca [1976]. En outre, alors que Dick [1996a] constate qu'il existe un lien positif entre l'intensité capitalistique et la fréquence de la collusion, Hay et Kelley [1974] concluent à l'absence de lien entre le rapport des coûts fixes au total des coûts et les comportements de collusion ».

⁴¹ Ils utilisent la nomenclature japonaise des secteurs d'activité (*Japan Standard Industry Classification*, JSIC) au niveau à trois chiffres. C'est dans l'industrie chimique et dans le secteur des produits en céramique, en pierre et en terre cuite qu'ils constatent le plus grand nombre d'ententes, avec huit ententes dans chacun de ces deux secteurs. Ils observent également qu'il existe des secteurs dans lesquels aucune entente n'a été détectée au cours de la période étudiée.

par exemple en formant des ententes au lieu de miser sur la concurrence pour assurer leur survie ». Les auteurs constatent qu'il existe une corrélation significative et positive entre les barrières à l'entrée⁴² et la probabilité de formation d'ententes. Ils n'observent en revanche pas de corrélation significative entre la concentration du marché et cette probabilité. Ils avancent deux hypothèses pour expliquer ce résultat. La première est que si le marché est déjà concentré, les entreprises n'ont peut-être pas besoin de former des ententes ; la deuxième est qu'il existe en réalité des ententes mais qu'elles sont plus faciles à faire perdurer et plus difficiles à détecter par la JFTC.

83. Kudo et Odagiri (2014) explorent également la relation entre ces variables et le *nombre* d'ententes détectées par la JFTC dans un secteur donné. Leurs résultats confirment globalement ceux obtenus s'agissant de la probabilité de formation d'ententes, à ceci près qu'il n'existe plus de corrélation significative entre le taux de croissance de la demande et les ententes. Ils constatent l'existence d'une corrélation significative négative entre la concentration du marché, mesurée par l'indice C3, et le nombre d'ententes, alors que cette corrélation n'est pas significative dans le modèle sur la probabilité de formation d'ententes.

84. Antonielli et Mariniello (2014) étudient des décisions rendues par la Commission européenne dans des affaires liées à des ententes et à des opérations de concentration au cours de la période 2000-13. Ils appariant les secteurs concernés par ces décisions avec des données sur les caractéristiques des secteurs dans les principaux pays de l'Union européenne. Ils constatent que dans l'un comme dans l'autre type d'affaires, « les procédures engagées visaient dans une large mesure des secteurs caractérisés par un niveau relativement élevé de concentration du marché, de rentes économiques ou d'économies d'échelle ».

85. Grout et Sonderegger (2005) analysent de nombreuses décisions rendues en matière d'ententes en Europe et aux États-Unis. Leur série de données englobe des décisions rendues par la Commission européenne à compter de 1990 et des procédures instruites par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis en matière d'entente horizontale sur les prix à compter de 1994⁴³. Comme les auteurs d'autres études relatives aux ententes, Grout et Sonderegger (2005) précisent que la méthode qu'ils ont retenue « repose implicitement sur l'hypothèse selon laquelle l'information sur les secteurs dans lesquels des ententes ont été détectées renseigne sur les secteurs dans lesquels d'autres ententes se sont formées ou, plus précisément, sur les secteurs dans lesquels il est possible de détecter d'autres ententes et d'engager des poursuites ». Les données sur les ententes ont été appariées aux secteurs d'activité désignés par les codes à trois chiffres de la classification sectorielle SIC.

86. Les auteurs constatent que les facteurs liés à la demande jouent un rôle très significatif et conforme aux attentes : alors qu'il existe une corrélation positive entre la croissance du chiffre d'affaires et la formation d'ententes, il y a une corrélation négative entre le caractère variable du chiffre d'affaires et la formation d'ententes. La concentration du marché et le chiffre d'affaires sectoriel, qui donne une indication de l'échelle, sont également significatifs. En revanche, les barrières à l'entrée⁴⁴ ne le sont pas, sauf lorsqu'elles sont mesurées à l'aune des économies d'échelle. Grout et Sonderegger (2005) avancent que ces résultats ambigus au sujet des barrières à l'entrée pourraient s'expliquer par des problèmes liés aux données. L'échantillon ne contient en effet que des ententes détectées. Si les barrières à l'entrée ne sont pas élevées, les entreprises peuvent être contraintes de recourir à d'autres stratégies pour empêcher des

⁴² Les indicateurs indirects utilisés sont le stock par établissement et la valeur de l'acquisition de machines/équipements par établissement.

⁴³ Bien que certaines affaires soient communes à la Commission et au ministère, ce chevauchement reste limité puisqu'il concerne moins de 20 % des affaires.

⁴⁴ Mesurées par les dépenses d'investissement brutes, le niveau des stocks par entreprise et le niveau de R-D par entreprise.

concurrents d'accéder au marché et risquent alors d'adopter un comportement plus risqué, susceptible de conduire à la détection d'une entente. Dans les secteurs où les coûts fixes sont élevés par rapport aux coûts marginaux, une tricherie peut être très rentable à court terme. Grout et Sonderegger (2005) constatent qu'il existe une corrélation positive entre les économies d'échelle et la formation d'ententes⁴⁵. Les auteurs relèvent aussi que les coûts de main-d'œuvre, qui ne sont pas examinés par les études théoriques sur les facteurs sectoriels, jouent un rôle significatif.

Encadré 1. Données expérimentales sur les facteurs propices à la collusion

La pertinence des facteurs identifiés par les études a aussi été testée dans plusieurs études expérimentales. Engel (2015) a réalisé une méta-analyse dans laquelle il synthétise les résultats de 140 publications et documents de travail. Les expériences présentées testent l'incidence d'un ensemble de facteurs, dont certains, par exemple l'homogénéité des produits et la concentration du marché, figurent en général déjà dans les lignes directrices établies par les autorités de la concurrence pour le contrôle des opérations de concentration. L'auteur normalise les résultats des différentes expériences afin de les exprimer en termes de degré de proximité entre les résultats obtenus dans le cadre expérimental (prix, quantité, par exemple) et ce qu'ils seraient dans une situation de collusion ou d'équilibre concurrentiel. Il calcule le poids relatif des facteurs testés dans les expériences. Il utilise à cette fin les effets marginaux issus de régressions dans lesquelles la situation du marché est la variable dépendante tandis que les différents facteurs sont les variables explicatives.

Les facteurs associés à un risque de collusion plus élevé sont le fait que l'entreprise vende ou non des produits complémentaires, les garanties d'alignement des prix et le prix d'offre affiché (principe selon lequel les acheteurs ont le choix entre accepter l'offre et renoncer à acheter le produit). Le risque de collusion est plus faible lorsque l'un des participants est un algorithme informatique, assimilé à un « franc-tireur » suivant une stratégie optimale quelle que soit l'attitude des autres participants, lorsque les entreprises participent dans le cadre de groupes plutôt qu'individuellement et lorsque les capacités des entreprises sont limitées.

Le rôle du nombre d'entreprises a également été testé. Comme le résumait Huck et Armstrong (2010), « dans des marchés expérimentaux, le nombre de membres de l'oligopole joue un rôle déterminant dans la capacité à établir une collusion tacite, c'est-à-dire dans les cas où les entreprises ne peuvent pas communiquer directement entre elles ». En revanche, dans une étude récente, Fonseca et Normann (2014) comparent des marchés sur lesquels sont présentes deux entreprises et des marchés qui en comptent quatre. Ils constatent que les duopoles forment moins d'ententes que les oligopoles comptant quatre entreprises. Après l'éclatement d'une entente, les prix ne retrouvent pas le niveau auquel ils se trouvaient avant la formation initiale de l'entente. Cet effet d'hystérèse est plus marqué dans le cas de l'oligopole que dans celui du duopole. Les expériences portant sur l'impact de l'homogénéité des produits sur la collusion montrent que dans un oligopole de Bertrand, les prix s'établissent à un niveau supra-concurrentiel, même en présence de plus de deux concurrents. Contrairement aux études théoriques, les expériences montrent que lorsque chaque participant est informé des actions des autres et des bénéfices qu'ils en retirent, la concurrence s'améliore.

3.3. Facteurs propres aux entreprises

87. Certaines caractéristiques propres aux entreprises, par exemple la structure, la gouvernance et la culture d'entreprise peuvent également influencer sur la probabilité de collusion.

88. González et Schmid (2012) ont retenu, à partir de la base de données de John Connor (2010), un échantillon de 182 entreprises américaines membres d'ententes⁴⁶ pour étudier de manière empirique le lien entre la gouvernance de ces entreprises et leur probabilité d'adopter un comportement de collusion. Ils

⁴⁵ D'autres indicateurs indirects de barrières à l'entrée, par exemple les dépenses de R-D, ne se sont pas révélés significatifs.

⁴⁶ Les auteurs expliquent être partis d'un échantillon constitué des 819 entreprises américaines impliquées dans des ententes figurant dans la base de données de Connor (2010), puis avoir exclu les ententes formées avant 1987 et toutes celles qui ne figuraient pas dans les bases Compustat et CRSP, ce qui a fortement réduit l'échantillon pour le ramener à 182 entreprises.

constatent que les entreprises relativement grandes et matures ont une probabilité plus forte que les autres de participer à une entente. Ils observent que cette conclusion va dans le même sens que celle de Connor (2010) lorsqu'il affirme que la plupart des entreprises membres d'ententes sont des conglomérats internationaux dont une division est présente sur le marché des biens industriels (produits chimiques intermédiaires, minéraux non métalliques, par exemple).

89. L'analyse révèle en outre l'existence d'une corrélation significative entre le comportement d'entente sur les prix et les indicateurs de gouvernance. Les auteurs examinent, entre autres indicateurs de gouvernance, l'indice E (qui mesure la protection contre la prise de contrôle)⁴⁷, la taille du conseil d'administration, le mandat du directeur général, les régimes de rémunération aux résultats et l'investissement dans la R-D. Ils constatent l'existence d'une corrélation négative entre l'indice E et la probabilité de participer à une entente. Selon eux, « cette constatation pourrait s'expliquer par le fait que des entreprises mieux protégées sont moins inquiètes au sujet des bénéfices qu'elles réalisent et ont une probabilité plus faible de prendre part à une entente ». Les auteurs constatent également qu'il existe une corrélation positive entre la taille du conseil d'administration et le mandat du directeur général d'une part et la probabilité de participer à une collusion d'autre part. Ils avancent que des conseils d'administration plus grands sont moins efficaces et offrent davantage de possibilités d'établir des relations avec d'autres entreprises. Quant au mandat du directeur général, il constitue un indicateur indirect du pouvoir que celui-ci détient au sein de l'entreprise et des relations plus ou moins étroites qu'il entretient au sein de l'entreprise et du secteur d'activité. L'étude met en lumière une corrélation positive entre ce mandat et la probabilité de collusion. Selon les auteurs, « certains éléments montrent que les entreprises risquent davantage de prendre part à une entente lorsque leur dirigeant est plus puissant et leur conseil d'administration *a priori* moins à même d'assurer une surveillance du dirigeant ». L'étude met également en évidence un lien entre décisions relatives aux investissements et collusion. Les entreprises membres d'une entente investissent dans des activités de R-D moins risquées, tandis que des investissements plus élevés vont de pair avec de meilleures perspectives de croissance et une concurrence plus intense.

90. Les études révèlent également l'existence d'une relation forte entre formation d'ententes et dispositifs incitatifs en faveur des dirigeants. Spagnolo (2005) observe que les modalités de rémunération les plus courantes facilitent la collusion dans les oligopoles. Plus précisément, les dirigeants ont une forte préférence pour des profits lissés dans le temps. Les entreprises qui ont une aversion pour la variabilité des profits sont plus enclines à respecter une entente parce qu'un écart par rapport à l'accord collusoire et la punition qui peut s'ensuivre renforcent cette variabilité. Spagnolo (2005) constate également que, du fait qu'ils sont exposés à la concurrence sur plusieurs marchés, les conglomérats ont un intérêt supplémentaire à participer à une entente. De surcroît, lorsque les dispositifs incitatifs en faveur des dirigeants sont plafonnés (prime plafonnée, indemnités de départ avec prime au sortant), les « entreprises dirigées par les dirigeants sont beaucoup plus à même de faire durer une entente que celles qui cherchent à maximiser leurs profits »⁴⁸.

⁴⁷ Les auteurs donnent la précision suivante : « (...) pour tenir compte de la protection des entreprises contre la prise de contrôle, nous utilisons l'indice d'enracinement (*Entrenchment Index*), ou indice E, proposé par Bebchuk, Cohen et Ferrell (2009), qui contient les six principales composantes de l'indice bien connu qu'est l'indice G (Gompers, Ishii et Metrick, 2003). Un indice E (ou G) élevé signifie qu'une entreprise est mieux protégée contre la prise de contrôle et que les actionnaires ont moins de droits puisque les dirigeants sont mieux protégés du marché du contrôle des sociétés ».

⁴⁸ Buccirosi et Spagnolo (2008) confirment ces constatations et précisent qu'elles s'expliquent par le fait que « lorsque les dispositifs incitatifs sont plafonnés, la fonction objectif des dirigeants est strictement concave pour les profits de chaque période, si bien que l'utilité marginale que les dirigeants retirent de profits plus élevés diminue. Ce phénomène réduit les gains qu'ils espèrent retirer d'une déviation unilatérale des stratégies collusoires et augmente les pertes qu'ils craignent de subir du fait de la guerre des prix consécutive à cette déviation ».

91. Bertrand, Lumineau et Fedorova (2014) s'appuient sur la théorie des choix rationnels appliquée aux pratiques répréhensibles des organisations⁴⁹. Les études de ce type prennent pour point de départ les travaux fondateurs de Becker (1968) et élaborent une théorie de la dissuasion à partir de l'idée fondamentale selon laquelle lorsqu'il choisit d'enfreindre ou non la loi, un agent fait ce choix de manière rationnelle, en tenant compte de la sanction à laquelle il pense être exposé (ce qui dépend de la probabilité de sanction et de la désutilité qui l'accompagne). Les auteurs examinent les conditions qui sont propices à un comportement collusoire des entreprises. À partir d'un échantillon d'entreprises impliquées dans des ententes dans l'Union européenne, ils analysent le lien entre les facteurs liés à la motivation et à l'opportunité d'une part et la conduite collusoire d'autre part. Ils constatent que « plus la performance de l'entreprise (mesurée par le rendement de ses actifs) est faible, plus il est probable qu'elle participe à une entente ». S'agissant de l'opportunité, ils constatent que la taille de l'entreprise accroît la probabilité de collusion et que cet effet est modéré négativement par le degré de concentration du secteur. Ils observent également qu'il existe une interaction entre les facteurs internes (propres à l'entreprise) et les facteurs externes (sectoriels).

92. La culture d'entreprise est un autre facteur qui joue un rôle important dans les pratiques collusoires. Il est difficile de définir ce qu'est une culture favorable à la collusion et de la mesurer dans l'environnement complexe qu'est une organisation. La collusion peut résulter d'une initiative directe du sommet de l'organisation ou être provoquée indirectement, si les dirigeants sont contraints de réaliser des profits rapidement. Une culture propice à la collusion peut également naître de relations étroites et fréquentes entre l'entreprise et les associations professionnelles et autres organisations sectorielles. Harding et Joshua (2010) analysent cette culture et observent que les corporations et associations professionnelles peuvent favoriser l'apparition d'un instinct de coopération⁵⁰. Les auteurs affirment également que les entreprises relativement grandes et complexes sont plus susceptibles que les autres d'adhérer à une culture de coopération. Ils soulignent cependant que même lorsque la culture d'entreprise d'une organisation est favorable à la collusion, il peut exister des différences importantes entre unités. Ainsi, il peut arriver que les directeurs des ventes soient soucieux d'obtenir rapidement des résultats et des profits (et aient un instinct de coopération), tandis que d'autres unités de l'entreprise privilégient le respect du droit de la concurrence et de la consommation.

93. L'exemple d'Aveng, un groupe mondial spécialisé dans les infrastructures et impliqué dans une entente dans le secteur de la construction en Afrique du Sud, illustre combien il est important qu'existe une culture fondée sur le respect du droit au sein de l'entreprise. Le directeur général (qui a quitté son poste depuis lors) a ouvert une enquête interne pour faire la lumière sur les comportements répréhensibles et pratiques anticoncurrentielles qui avaient cours au sein de l'entreprise. À la suite de cette enquête, il s'est engagé à rompre avec cette culture de la fraude et à faire évoluer l'organisation, notamment en brisant les « cercles d'influence » qui avaient contribué à faire perdurer l'entente pendant des années⁵¹.

94. Il est également possible que certaines entreprises n'aient pas pleinement exploité les programmes de conformité et formations de nature à réduire le risque de violation du droit de la

⁴⁹ Les auteurs s'appuient sur Cornish et Clarke (1986) et Opp (1997) et expliquent que « l'application de la théorie des choix rationnels à l'analyse des agissements répréhensibles des entreprises repose sur l'hypothèse selon laquelle les acteurs calculent les coûts et avantages d'un acte illicite et ne décident de commettre cet acte que si ses avantages potentiels l'emportent sur ses coûts potentiels ».

⁵⁰ Dans le cadre de l'analyse réalisée pour les besoins du présent document, nous avons constaté des cas de comportement collusoire favorisé par les associations professionnelles dans des affaires touchant le secteur du ciment (voir ci-après, dans l'annexe).

⁵¹ The Institute of Internal Auditors, South Africa, « Collusion, Corruption and Corporate Culture », consultable à l'adresse [c.ymcdn.com/sites/www.iiasa.org.za/resource/collection/BA8203A5-101F-460C-A2EC-1DDEC9FED153/Collusion, Corruption and Corporate Culture.pdf](http://c.ymcdn.com/sites/www.iiasa.org.za/resource/collection/BA8203A5-101F-460C-A2EC-1DDEC9FED153/Collusion,_Corruption_and_Corporate_Culture.pdf)

concurrence⁵². Les autorités de la concurrence réservent un accueil de plus en plus favorable à la volonté des entreprises de faire de ces programmes le socle de leur culture d'entreprise. En témoigne la transaction pénale récemment conclue entre les États-Unis et Barclays, dans le cadre de laquelle la sanction requise contre la banque, impliquée dans une entente liée au marché des changes, a été diminuée en contrepartie des efforts qu'elle a déployés pour se mettre en conformité avec les règles⁵³. En 2014, dans un discours intitulé « *Compliance is a Culture, Not Just a Policy* », le ministre adjoint de la Justice responsable de la division antitrust et de la répression pénale a souligné que « bien qu'ils se trouvent au sommet de la hiérarchie, les dirigeants doivent contribuer à doter l'entreprise des bases à partir desquelles elle pourra édifier une culture fondée sur la conformité aux règles. La plus ou moins grande exhaustivité du programme de conformité d'une entreprise est sans importance si les dirigeants ne font pas de ce programme le socle de la culture de l'entreprise »⁵⁴.

4. Caractéristiques économiques des quatre secteurs étudiés

95. Dans cette section, nous décrivons sommairement les principales caractéristiques des secteurs étudiés, en commençant par les trois secteurs manufacturiers (produits chimiques, ciment et béton, produits alimentaires) et en terminant par les services de construction. Pour cette description synthétique, nous faisons appel à diverses sources, notamment – dans la mesure du possible – aux décisions et rapports des autorités de la concurrence, ainsi qu'à d'autres types de documents, par exemple des articles et des rapports de marché. Cette section présente les principales conclusions issues de l'analyse qualitative, tandis que l'intégralité des informations sur les caractéristiques des secteurs et sur les sources utilisées figure dans l'annexe. Les cas de récidive sont signalés dans l'annexe, le cas échéant.

4.1. Produits chimiques

96. L'industrie chimique fabrique un large éventail de produits, principalement utilisés comme intrants dans d'autres secteurs industriels et dans diverses activités économiques, telles que l'agriculture et la construction. Parmi ces produits figurent les produits pétrochimiques, les produits chimiques inorganiques de base comme les engrais et les gaz industriels, et les polymères comme le plastique et le caoutchouc synthétique. Les produits chimiques à usages spéciaux représentent une catégorie plus petite, qui regroupe, par exemple, les peintures et les encres, les produits phytopharmaceutiques, les colorants et les pigments. L'industrie chimique fabrique en outre des produits destinés aux consommateurs, comme les produits d'hygiène et les détergents, qui sont cependant à l'origine d'une part plus faible du chiffre d'affaires du secteur.

97. Ces dix dernières années, le chiffre d'affaires mondial du secteur chimique a connu une croissance d'environ 7 % par an, en grande partie due à l'Asie (A.T. Kearney, 2012). Les ventes mondiales ont ralenti en 2013 et la délocalisation de la production hors de l'Europe et des pays signataires de

⁵² Voir, par exemple, la Boîte à outils ICC sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, consultable à l'adresse <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Areas-of-work/Competition/Fostering-a-culture-of-compliance/>.

⁵³ Voir United States District Court, District of Connecticut, Plea Agreement, United States of America vs Barclay's PLC, paragraphe 13, consultable à l'adresse www.justice.gov/file/440481/download

⁵⁴ Voir Brent Snyder, ministre adjoint de la Justice, division antitrust du ministère fédéral de la Justice des États-Unis, *Compliance is a Culture, Not Just a Policy*, allocution préparée pour l'atelier sur le respect du droit de la concurrence organisé conjointement par la Chambre de commerce internationale et le United States Council of International Business, New York, NY, 9 septembre 2014, consultable à l'adresse www.justice.gov/atr/speech/compliance-culture-not-just-policy

l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) devrait se poursuivre⁵⁵. Les premiers marchés du monde par le chiffre d'affaires sont la Chine, qui représente environ un tiers des ventes mondiales, la zone de l'ALENA et l'Union européenne (Conseil européen de l'industrie chimique, 2015)⁵⁶.

98. Comme mentionné dans la section précédente, le secteur chimique est souvent impliqué dans des ententes, qui sont la plupart du temps mondiales. Ces affaires concernent principalement les produits chimiques industriels. Quant aux ententes nationales, elles touchent en général les produits d'hygiène, les cosmétiques et les détergents. La récidive est relativement fréquente dans le secteur chimique, à tout le moins en Europe. Ainsi, il a été souligné que ces affaires « avaient valeur de référence s'agissant de l'application de la majoration pour récidive prévue par les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes et fournissaient des informations sur le montant de la majoration que les entreprises multirécidivistes peuvent escompter se voir infliger dans de futures affaires »⁵⁷.

99. D'après les rapports de marché et les informations issues des affaires relatives au droit de la concurrence présentées en annexe, les principales caractéristiques économiques de l'industrie chimique sont les suivantes :

- Concentration : les autorités de la concurrence font état d'une forte concentration du marché pour certains produits, depuis les produits destinés aux consommateurs jusqu'aux produits de base utilisés par l'industrie⁵⁸.
- Barrières à l'entrée : elles peuvent être liées à la nécessité d'investir dans la R-D⁵⁹, à l'existence d'économies d'échelle⁶⁰, aux effets d'apprentissage et au coût du respect de la réglementation relative à l'environnement. La marque constitue une barrière supplémentaire s'agissant des

⁵⁵ Le chiffre d'affaires mondial s'est établi à 3 156 milliards EUR en 2013 (Conseil européen de l'industrie chimique, 2015), contre 3 127 milliards EUR en 2012 (Conseil européen de l'industrie chimique, 2014).

⁵⁶ Les ventes mondiales se sont établies à 3 156 milliards EUR en 2013. La Chine a représenté 1 047 milliards EUR, la zone de l'ALENA 528 milliards EUR et l'Union européenne 527 milliards EUR (Conseil européen de l'industrie chimique, 2015).

⁵⁷ Flavia Distefano, *Recent EU Chemicals Cartels and Risks Arising from REACH Implementation*, The European Antitrust Review 2015, Global Competition Review, consultable à l'adresse globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/209/chapters/2465/chemicals/. Le rapport examine 22 décisions en matière d'ententes imposant des amendes plus élevées que celles infligées dans n'importe quel autre secteur.

⁵⁸ Au niveau mondial, ce sont les producteurs diversifiés de produits chimiques industriels qui occupent la tête du classement des entreprises chimiques en termes de ventes. Parmi les premières entreprises du classement figurent les compagnies pétrolières intégrées. Les 100 premières entreprises ont réalisé environ 9 % du chiffre d'affaires mondial enregistré par le secteur en 2014. Voir ICIS, Top 100 Chemical Companies, consultable à l'adresse www.icis.com/pages/icis-top-100-chemical-companies/

⁵⁹ Lieberman (1989) étudie l'incidence de l'apprentissage par l'expérience et de la technologie sur l'arrivée de nouveaux concurrents dans l'industrie chimique. Il constate que la production cumulée (qui reflète l'expérience en matière de production) est sans incidence. Il observe également que « l'accès aux technologies a été plus difficile dans les marchés où les producteurs sont peu nombreux, ce qui a retardé l'entrée mais l'a rarement empêchée complètement ».

⁶⁰ Lieberman (1987) constate que la taille moyenne d'un site de production « a plus que quintuplé entre la fin des années 50 et le début des années 80 ».

produits chimiques destinés aux consommateurs, les dépenses de publicité liées à ces produits étant élevées⁶¹.

- Si la plupart des produits chimiques sont homogènes (c'est par exemple le cas des produits chimiques de base), il existe aussi des produits différenciés (comme les produits d'hygiène). S'agissant des produits chimiques de base, la concurrence se fait généralement sur les prix et « les coûts de production du producteur marginal constituent le principal déterminant des prix du marché » (McKinsey and Company, 2015). S'agissant de la deuxième catégorie de produits, les entreprises investissent massivement pour parvenir à différencier leurs produits.
- Fluctuations de la demande : la majeure partie de la demande de produits chimiques provient d'autres secteurs, tels que ceux de l'automobile, de la construction et de l'habillement. La demande de produits chimiques de base est cyclique et dépend de la croissance économique mondiale⁶². Les investissements d'équipement sont déterminés par la demande anticipée, si bien que la cohérence entre investissements et capacités a une incidence sur le taux d'utilisation des capacités dans le secteur.
- Passation de marchés : s'agissant des produits destinés à un usage industriel, les acheteurs sont en général dotés d'une procédure structurée de passation des marchés. Cette procédure prévoit un filtrage des soumissionnaires puisqu'elle vise à garantir que les fournisseurs sont en mesure de produire les quantités demandées et de respecter les spécifications souhaitées (Marshall et Marx, 2012).
- L'investissement dans la R-D est considéré comme indispensable à la compétitivité à long terme, par exemple pour que les entreprises de l'industrie chimique puissent suivre le rythme de l'innovation dans les secteurs d'aval qu'elles approvisionnent. L'investissement dans l'innovation est plus rentable dans certains domaines, comme les matériaux, que dans d'autres, comme les produits de base⁶³. Selon des données de l'OCDE sur les dépenses de R-D dans l'industrie⁶⁴, dans plus d'un tiers des 27 pays de l'échantillon, c'est le secteur des produits chimiques (et des minéraux) qui absorbe la plus grande part des dépenses de R-D. Les données du Conseil européen de l'industrie chimique révèlent de fortes variations d'un pays à l'autre. Ainsi, au Japon, le rapport des dépenses de R-D aux ventes s'établissait à 5.1 % en 2013, ce qui est nettement plus élevé que dans d'autres économies, comme la Suisse (3.7 %), les États-Unis (2.1 %) et l'Union européenne (1.8 %).

⁶¹ Selon McKinsey and Company (2015), le rapport du budget publicitaire aux ventes pour les produits de consommation non indispensables s'établit à 25 % (annexe 2, page 94 du rapport), ce qui correspond au quartile supérieur du classement des produits examinés dans l'étude établi sur la base de cet indicateur.

⁶² D'après la revue *The Economist*, en 2009, sous l'effet de la crise économique, les ventes ont chuté de près de moitié dans certaines divisions de la première entreprise mondiale du secteur chimique (The Economist, 23 juin 2010, www.economist.com/blogs/newsbook/2010/06/chemical_industry). La société IHS, spécialiste de l'information sur le marché, a tracé une courbe de l'évolution dans le temps des bénéfices de l'industrie chimique et a mis en évidence d'importantes fluctuations (IHS Quarterly, 19 mai 2014, blog.ihs.com/q12-investment-risk-for-chemical-producers).

⁶³ McKinsey (2013), « Chemical innovation: An investment for the ages », McKinsey on Chemicals. Comme souligné dans A.T. Kearney (2012), « des progrès sont attendus dans le secteur des produits chimiques à usages spéciaux et des applications de niche, sous l'effet de bonds technologiques dans certains secteurs clients, comme celui des biotechnologies et des piles à combustible ».

⁶⁴ OCDE, Science, technologie et industrie : Tableau de bord de l'OCDE 2013, graphique 4.1.1, Spécialisation de la R-D, trois principaux secteurs, 2011.

100. Comme le montre l'encadré ci-après, les ententes sur les vitamines ont également mis en lumière des facteurs propices à la collusion.

Encadré 2. Facteurs mis en lumière par les 16 ententes sur les vitamines

Le secteur des vitamines a été impliqué dans de nombreuses affaires d'entente. Connor (2006) fait état de 16 ententes, qui « sont probablement les ententes internationales les plus vastes, les plus préjudiciables et les plus durement sanctionnées de la fin du 20^e siècle »⁶⁵. Les ententes sur les vitamines ont été visées par des enquêtes et des sanctions dans plusieurs juridictions, dont les États-Unis, le Canada, l'Europe et le Japon.

Connor (2006 et 2008⁶⁶) a analysé les caractéristiques structurelles du secteur des vitamines et constaté que certaines de ces caractéristiques et certains aspects de la situation du marché étaient propices à la formation d'ententes, à savoir :

- **Une forte concentration.** Le marché était très concentré, l'indice de concentration moyen pour les quatre premières entreprises (C4) s'établissant à 97 % en 1990, soit un niveau extrêmement élevé⁶⁷. L'indice C4 n'était inférieur à 90 % que sur trois marchés de vitamines en vrac, à savoir les marchés de la biotine (88 %), de la vitamine B6 (75 % environ) et de la vitamine B4 (67 %). La concentration des marchés mondiaux des vitamines A, B2, B3, B9, B12, D3 et E et des caroténoïdes était particulièrement forte.
- **Important contrôle du marché.** Le degré de contrôle du marché mondial par les membres des ententes s'établissait à 93 % en moyenne et était compris entre 70 % pour la vitamine B6 et 100 % pour les caroténoïdes.
- **Concentration des acheteurs.** La concentration des acheteurs sur le marché des vitamines en vrac et celui des prémélanges était généralement relativement faible.
- **Homogénéité.** Malgré des différences de qualité et de dosage, une vitamine possède une structure moléculaire et des propriétés biologiques uniques. Les vitamines sont donc considérées comme des « produits de base » et semblent tellement homogènes que le prix après remises constitue le seul critère de décision des acheteurs.
- **Coûts d'entrée.** L'industrie chimique est un secteur à forte intensité capitaliste du fait de l'échelle de la fabrication et se caractérise par des coûts de production élevés. L'entrée est lente et elle est entravée par des coûts irrécupérables élevés et l'existence de capacités excédentaires.
- **Baisse des bénéfices et des prix avant la formation de l'entente.** La quasi-totalité des ententes se sont formées immédiatement après une période de baisse des prix et des bénéfices.

La plupart de ces facteurs sont également cités par Kovacic *et al.* (2007). Selon les auteurs, « le secteur est très concentré. De plus, l'importance des investissements et surtout de l'expérience de production nécessaires pour fabriquer des vitamines constitue une barrière à l'entrée. Bien que les principaux producteurs utilisent les mêmes techniques de production, les procédés de synthèse chimique font beaucoup appel à l'apprentissage par l'expérience. Chaque producteur apprend, au fil du temps, à éliminer plus efficacement les goulets d'étranglement sur n'importe quel site de production. D'un point de vue chimique, un produit à base de vitamines fabriqué par une entreprise est identique au même produit fabriqué par une autre entreprise ».

⁶⁵ Connor, John M., The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence (22 février 2006), American Antitrust Institute Working Paper n° 06-02, consultable à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=1103604> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103604>

⁶⁶ Connor, John M., The Great Global Vitamins Conspiracies, 1985-1999 (1^{er} avril 2008), consultable à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=1120936> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1120936>

⁶⁷ Ce chiffre tient également compte des entreprises qui n'étaient pas membres de l'entente. Connor (2006) explique cependant que « les ententes sur les vitamines impliquant les trois ou quatre plus grands producteurs, le contrôle exercé par l'entente correspond pratiquement à l'indice C4 dans la plupart des marchés ».

4.2. *Ciment et béton*

101. Le secteur du ciment et du béton a été visé par de nombreuses enquêtes pour comportement collusoire. Selon Harrington *et al.* (2014), « la fréquence des ententes s'explique par différents facteurs qui font de la collusion une pratique rentable et favorisent la stabilité des accords ». Ces facteurs sont les suivants :

- Les marchés du ciment sont très concentrés en raison du coût du transport et de l'existence d'économies d'échelle. Comme le soulignent Boyer et Ponsard (2013), « [l]e ciment est fabriqué dans de grandes usines, dont la taille est liée à des contraintes technologiques ».
- Le ciment est un produit homogène, si bien que la concurrence est particulièrement intense (et la collusion particulièrement intéressante) et qu'il est relativement facile pour les entreprises de s'entendre sur un prix commun.
- Si la demande au niveau de l'entreprise est très élastique du fait de l'absence de différenciation de produit, la demande au niveau du marché est très inélastique. La raison en est que la demande de ciment dépend de la demande de produits finals, dont une petite partie du coût seulement correspond au ciment.
- Les coûts d'entrée sont élevés, ce qui a un effet dissuasif. Toutefois, le risque que du ciment produit par des cimentiers plus éloignés soit importé constitue une menace qui contient les prix maximaux (Salvo, 2010).

102. Les autres caractéristiques économiques du secteur sont notamment les suivantes :

- La demande de ciment et de béton est étroitement liée aux fluctuations économiques et dépend des cycles économiques.
- Bien que le ciment soit un produit homogène, les importations ne représentent souvent qu'une menace limitée en raison du coût élevé du transport. Antonielli et Mariniello (2014) soulignent que le secteur des « produits en ciment, en pierre et en céramique » est au nombre des secteurs d'activité qui affichent le taux de pénétration des importations le plus faible dans les grands pays européens⁶⁸.
- Dans le cas du béton prêt à l'emploi, le produit doit être utilisé « une à deux heures après avoir été fabriqué », si bien que le marché est local⁶⁹.
- Le secteur du ciment et du béton est un secteur à forte intensité capitalistique. Comme le soulignent Boyer et Ponsard (2013), « le rapport investissement sur chiffre d'affaires est de l'ordre de 2 à 3, soit l'un des rapports les plus élevés de l'industrie »⁷⁰.

⁶⁸ Les auteurs calculent la part des importations dans les ventes en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne et au Royaume-Uni et l'évaluent à environ 12 % pour les produits en ciment, en pierre et en céramique (Antonielli et Mariniello, 2014, p. 14).

⁶⁹ Competition Commission (2012), *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation*, Working paper on market definition for aggregates, cement and RMX, https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5329dfb440f0b60a730002cf/market_definition_housestyle.pdf

⁷⁰ Boyer et Ponsard (2013).

- Les capacités sont relativement fixes, et accroître celles d'un site de production nécessite un gros investissement⁷¹.

4.3. Produits alimentaires

103. Ce secteur fabrique une large gamme de produits, depuis les produits finals prêts à consommer jusqu'aux produits intermédiaires utilisés pour les fabriquer. La fabrication de produits alimentaires et de boissons représente 1 à 3 % du PIB (Dobbs *et al.*, 2015)⁷². Ce secteur a d'autant plus d'importance qu'il représente une forte proportion de la consommation dans certains pays : l'alimentation représente ainsi plus de 40 % des dépenses de consommation dans certains pays non membres de l'OCDE, contre seulement 6 % environ aux États-Unis et à Singapour⁷³. Pour la même raison, et parce que les dépenses d'alimentation peuvent avoir un caractère régressif chez les ménages modestes, (OCDE, 2014)⁷⁴, le prix des produits alimentaires constitue une question sensible dans un contexte marqué par la hausse des prix à l'échelle mondiale⁷⁵.

104. Le secteur agroalimentaire se démarque des autres secteurs étudiés dans le présent document par la complexité des relations verticales entre les fournisseurs situés en amont et les distributeurs. Dans un certain nombre d'affaires, les problèmes concurrentiels résultaient de l'interaction (et de l'exercice de pressions) entre différents niveaux de cette chaîne, davantage que du secteur agroalimentaire à proprement parler. Des problèmes ont été soulevés au sujet du fonctionnement de la chaîne de valeur du secteur alimentaire, et des questions concurrentielles telles que le pouvoir de marché et le pouvoir des acheteurs, la concentration, la transparence et les liens verticaux entre les différents niveaux de cette chaîne font probablement partie de ces problèmes (OCDE, 2014)⁷⁶⁷⁷. L'encadré ci-après décrit les différentes catégories de produits le plus souvent visées par des enquêtes des autorités de la concurrence.

⁷¹ Comme l'expliquent Boyer et Ponsard (2013), « une cimenterie a besoin d'une carrière de calcaire, ressource rare soumise à des règles de protection de l'environnement. De surcroît, une cimenterie fonctionne généralement pendant plus de 20 ans ».

⁷² Dobbs, R., Remes, J. et J. Woetzel, (2015), « Where to look for global growth », McKinsey Quarterly, janvier 2015.

⁷³ Calculs réalisés par le service de recherche économique du ministère fédéral de l'Agriculture des États-Unis d'après des données d'Euromonitor International sur les dépenses annuelles des ménages.

⁷⁴ Le niveau élevé et l'instabilité du prix des matières premières constituent également un problème épineux pour les autorités de la concurrence, notamment s'agissant des produits alimentaires. Cet aspect a été examiné dans le cadre d'une précédente réunion du Forum mondial, voir OCDE (2012).

⁷⁵ D'après des données de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), l'indice mondial des prix à la consommation a progressé de 81 % entre 2006 et 2014.

⁷⁶ Pour de plus amples informations, voir OCDE (2014).

⁷⁷ Réseau européen de la concurrence, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector (rapport du REC), 24 mai 2012, paragraphe 95 : « Le secteur du lait a récemment pâti de la forte instabilité des prix sur les marchés mondiaux. Après avoir augmenté jusqu'à atteindre un sommet en 2008, les prix ont chuté dans une proportion plus forte encore tandis que le prix des intrants (en particulier de l'alimentation et de l'énergie) continuait d'augmenter. La crise dite « du lait » a donné lieu à des discussions au niveau de l'Union européenne et remis le régime des quotas laitiers institué par la Politique agricole commune (PAC) au centre du débat. Face à cette situation, le système de l'Organisation commune de marché unique a récemment été modifié par l'adoption du règlement (UE) 261/2012 pour que les agriculteurs puissent, sous réserve que des conditions très précises soient remplies, mener des négociations collectives et se mettre d'accord sur un prix commun pour les livraisons de lait cru » (notes de bas de page non reproduites).

105. D'après les rapports de marché et les informations issues des affaires examinées par les autorités de la concurrence – qui sont présentés en annexe –, les principales caractéristiques économiques du secteur sont les suivantes :

- Concentration : la forte concentration du secteur a été invoquée par les autorités de la concurrence dans plusieurs affaires, notamment celles portant sur l'alimentation pour bébés, la farine et le lait liquide. Toutefois, selon Antonielli et Mariniello (2014), le secteur des produits alimentaires est moins concentré que d'autres, comme ceux du tabac et des produits chimiques, à tout le moins dans les grands pays européens.
- Barrières à l'entrée créées par la réglementation, le niveau élevé des coûts fixes et la force des marques : des contraintes réglementaires faisant obstacle à l'entrée ont été identifiées dans quelques segments de l'industrie agroalimentaire. Figurent parmi ces contraintes les restrictions sur les droits de mouture en France, les restrictions visant la publicité pour le lait infantile en Italie ou encore le système de quotas sur le marché du sucre au niveau de l'Union européenne. Le niveau élevé des coûts fixes fait obstacle à l'accès à certaines activités de transformation, comme la transformation de betterave à sucre, qui exige d'importants investissements d'équipement. La présence de marques fortes et la fidélité des consommateurs jouent aussi un rôle important dans le cas de certains produits. Toutefois, les études de marché laissent penser que les consommateurs hésitent de moins en moins à changer de marque, y compris au profit de labels privés. Une étude réalisée par Deloitte (2015) montre qu'aux États-Unis, « la fidélité indéfectible à la marque a reculé pour trois catégories de produits conditionnés sur quatre depuis 2011 »⁷⁸.
- Pouvoir d'acheteur : la concentration de la distribution, principalement due à l'apparition de grandes chaînes de supermarchés⁷⁹ accroît la pression à laquelle sont soumis les fabricants de produits alimentaires. En règle générale, le pouvoir d'acheteur peut intensifier la concurrence entre fournisseurs. Toutefois, il peut aussi rendre la structure verticale du secteur agroalimentaire plus compliquée.
- Faible élasticité de la demande : une faible élasticité de la demande a été constatée, en particulier s'agissant des produits indispensables aux ménages. Cette caractéristique a été citée par les autorités de la concurrence dans le cas des ententes dans le secteur de la farine en France et en Allemagne, de même que dans le secteur laitier au Royaume-Uni et dans celui du lait infantile en Italie.
- Coexistence de produits homogènes et différenciés : la plupart des produits alimentaires sont homogènes (c'est le cas de la farine et du sucre, par exemple), mais il existe également des produits que les producteurs tentent de différencier en ayant recours à la publicité et à diverses techniques commerciales (c'est le cas du lait infantile, par exemple).

⁷⁸ Deloitte (2015), « The American Pantry Study – The call to re-connect with consumers », <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consumer-business/us-cb-2015-american-pantry-study.pdf>

⁷⁹ EY France, Arcadia International et Cambridge Econometrics ont réalisé pour la Commission européenne une étude sur les conséquences du système actuel de distribution alimentaire. Cette étude décrit les tendances observées en matière de concentration, au niveau de la distribution et de la fabrication, ainsi que l'évolution au niveau du choix (voir http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/overview_en.html).

Encadré 3. Produits le plus souvent visés par une enquête

L'industrie agroalimentaire englobe de nombreux produits et segments de marché, parmi lesquels certains sont plus touchés que les autres par les ententes. La majorité des ententes répertoriées dans la base de données PIC portaient sur la farine et les produits à base de céréales (dont plusieurs ententes sur les céréales et la farine aux Pays-Bas, en Allemagne, en Belgique, en France, au Portugal et en Afrique du Sud). Viennent ensuite les produits laitiers (deux ententes sur les préparations pour nourrissons en Italie et une entente sur les produits laitiers en Espagne, par exemple), le sucre et le chocolat (notamment au Canada et en Allemagne) et la viande (notamment des ententes sur la volaille au Mexique et en Afrique du Sud et sur les saucisses en Allemagne). Dans la majorité des cas, les autorités de la concurrence ont eu affaire à ces marchés dans le cadre de leurs activités de détection des ententes ou de contrôle des opérations de concentration, ou encore à l'occasion d'études et d'enquêtes de marché.

Céréales et produits à base de céréales : Les pratiques collusoires concernant les céréales et produits à base de céréales ont fait l'objet de nombreuses enquêtes en Europe. Un rapport du Réseau européen de la concurrence (REC, 2012) dénombre 32 affaires d'ententes dans 17 États membres de l'Union européenne. Les pratiques anticoncurrentielles découvertes portaient sur divers produits, tels que la farine, le pain, les produits de boulangerie, la pâtisserie, le blé, les céréales et les pâtes. En dehors de l'Europe, des ententes sur la farine ont été découvertes en Afrique du Sud (trois affaires), aux États-Unis et au Brésil.

Lait et produits laitiers : Le REC (2012) fait état de 21 enquêtes ou affaires dans le domaine du lait et des produits laitiers, étant entendu que le niveau de la chaîne verticale le plus souvent visé est celui de la transformation. Plusieurs enquêtes ont porté sur des ententes entre acheteurs sur l'achat de lait cru. D'après le REC, à la suite de ces enquêtes, 16 actions de surveillance du marché ont été lancées par les autorités nationales de la concurrence dans le secteur du lait en Bulgarie, au Danemark (deux), en Estonie, en France (deux), en Allemagne, en Hongrie, en Lettonie (trois), en Pologne, en Roumanie, en Slovaquie et en Espagne (deux). Durant le premier semestre de 2015, l'autorité italienne de la concurrence a lancé une étude sur la filière du lait et des produits laitiers. La fréquence des ententes pourrait être due aux spécificités du secteur du lait. Le REC souligne que ces spécificités sont nombreuses, citant « la production quotidienne continue et le caractère très périssable du lait non transformé, qui nécessitent un bon fonctionnement du système de transport ». Toujours selon le REC, « ajoutée au poids relativement élevé du lait non transformé, cette caractéristique limite la distance qui peut être parcourue dans de bonnes conditions de rentabilité et la possibilité pour les éleveurs de changer d'acheteur. Les marchés sont donc généralement de dimension nationale ou régionale et les autorités nationales de la concurrence sont souvent bien placées pour s'attaquer à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles ».

Sucre et confiserie : Dans leur grande majorité, les infractions découvertes sur ce segment du marché concernaient la transformation et étaient des infractions horizontales. S'agissant des friandises à base de chocolat, les pratiques anticoncurrentielles les plus graves ont été sanctionnées en Allemagne et en France, ainsi qu'au Canada. Aux États-Unis, une pratique anticoncurrentielle similaire a été soupçonnée n'a pas pu être prouvée.

4.4. Construction

106. Ce secteur englobe les activités nécessaires à la construction d'un large éventail de bâtiments et ouvrages d'art. Parmi les bâtiments figurent, entre autres, les bâtiments à usage résidentiel, les bureaux et les écoles. Les ouvrages d'art peuvent être des routes, des voies ferrées, des ponts, des tunnels et des infrastructures de réseau, par exemple pour l'approvisionnement en eau ou en électricité. Le secteur de la construction englobe aussi les travaux d'aménagement, par exemple les travaux d'électricité et de plomberie, de plâtrerie, de peinture et de couverture.

107. Le secteur de la construction constitue un pan important de l'économie. En 2013, il employait 5.8 millions de personnes (soit 5.15 % de l'emploi hors fonction publique) aux États-Unis⁸⁰. La même

⁸⁰ Ministère fédéral du Travail des États-Unis, Bureau of Labor Statistics. Au Royaume-Uni, on dénombrait 2.1 millions d'emplois dans ce secteur au premier trimestre de 2014, soit 6.3 % de l'emploi total (www.parliament.uk/briefing-papers/sn01432.pdf).

année, il a représenté 5.7 % de la valeur ajoutée brute totale dans l'Union européenne⁸¹. Il occupe une place particulièrement importante dans les pays où il est nécessaire de réaliser des investissements lourds dans les infrastructures parce qu'elles sont obsolètes ou insuffisamment développées⁸². Ainsi, les investissements d'infrastructure ont fortement contribué à la croissance économique de la Chine ces vingt dernières années⁸³. Comme il est prévu que ce type d'investissements double au cours des quinze années à venir, la place du secteur de la construction dans l'économie est appelée à augmenter⁸⁴.

108. La commande publique représente une forte part de la valeur totale du secteur de la construction. Aux États-Unis, les travaux publics représentent de 27 % à 29 % de la valeur totale des chantiers de construction⁸⁵, et au Royaume-Uni, ce pourcentage s'établissait à 26 % au premier trimestre de 2015⁸⁶.

109. Le secteur de la construction a fait l'objet d'enquêtes des autorités de la concurrence à de multiples reprises, à tel point qu'il a été décrit comme un secteur où « il semble y avoir une culture et un environnement qui permettent que des infractions et des malversations économiques soient commises et s'inscrivent dans la durée » (Dorée *et al.*, 2003). Le Comité de la concurrence a d'ailleurs déjà débattu de la question de savoir si ce secteur est ou non propice à la collusion. Certains pays estiment que tel est le cas, et soutiennent également que lorsque le marché pertinent est défini, la concurrence apparaît limitée. D'autres, en revanche, considèrent que les ententes n'attirent pas autant qu'on pourrait le penser les entreprises du secteur de la construction⁸⁷.

110. Suivant Weishaar (2013) et OCDE (2008), nous décrivons ainsi les principales caractéristiques économiques du secteur de la construction :

- La demande est en grande partie cyclique. L'investissement dans la construction connaît d'amples fluctuations et ses différentes composantes (investissement dans les infrastructures, investissement dans le logement, etc.) ne suivent pas nécessairement toutes le même cycle.
- Le secteur compte de nombreuses petites entreprises, qui exercent souvent leur activité localement, mais aussi quelques grands acteurs, dont certains sont d'envergure mondiale.
- Le lancement d'appel d'offres est une procédure couramment utilisée pour sélectionner les entreprises. Cette pratique se traduit par une certaine transparence de l'information, à tout le moins s'agissant des appels d'offres lancés pour la passation de marchés publics ; il arrive ainsi que le budget disponible soit connu et que les offres des autres soumissionnaires soient divulguées.

⁸¹ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/National_accounts_and_GDP

⁸² The Economist, « Infrastructure in the rich world: building works », 29 août 2015, <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21662593-historic-opportunity-improve-infrastructure-cheap-danger?zid=311&ah=308cac674cccf554ce65cf926868bbc2>

⁸³ Wilkins , K. et A. Zurawski (2015), « Infrastructure investment in China », Reserve Bank of Australia Bulletin, juin 2015, <http://www.rba.gov.au/publications/bulletin/2014/jun/pdf/bu-0614-4.pdf>

⁸⁴ McKinsey (2015), The construction productivity imperative, consultable à l'adresse http://www.mckinsey.com/insights/infrastructure/the_construction_productivity_imperative

⁸⁵ Census Bureau, <https://www.census.gov/construction/c30/c30index.html>

⁸⁶ www.parliament.uk/briefing-papers/sn01432.pdf

⁸⁷ OCDE (2008), Competition in the Construction Industry, DAF/COMP(2008)36, Synthèse, p. 10, consultable à l'adresse www.oecd.org/daf/competition/sectors/41765075.pdf

- Chaque appels d'offres porte sur un produit relativement homogène. Dans les grands projets d'infrastructure, le degré de substitution est plus limité du côté de l'offre. Ainsi, un entrepreneur en mesure de construire une route locale n'est peut-être pas équipé pour gérer un gros projet d'infrastructure tel que la construction d'un pont ou d'un tunnel immergé.
- Le recours à la sous-traitance est très fréquent. Cette caractéristique peut s'expliquer, par exemple, par la complexité des projets, qui peuvent faire appel à plusieurs domaines de spécialité, de même qu'à la nécessité d'exécuter avec efficacité de gros chantiers et de les achever dans les délais impartis. De ce fait, il est fréquent que les entreprises coopèrent dans le cadre de certains projets mais soient en concurrence pour d'autres.
- Les acheteurs sont nombreux. Même les dépenses publiques dans les travaux de construction sont fragmentées, les autorités locales jouant un rôle important.

111. La faible productivité et le manque d'efficacité sont d'autres facteurs qui conduisent souvent à des retards et à un dépassement des coûts, même s'ils ne sont pas directement liés au risque de collusion (McKinsey, 2015).

5. Outils à la disposition des autorités de la concurrence pour lutter contre la collusion endémique

112. Les autorités de la concurrence peuvent exercer une influence non négligeable sur la décision des entreprises de participer à une entente, de continuer à en être membre ou de la dénoncer. Cet effet dissuasif dépend de la probabilité de détection des ententes et de la sévérité des sanctions appliquées. Les autorités de la concurrence ont recours à divers outils pour favoriser le respect du droit de la concurrence, par exemple à l'application d'amendes, à la mise en place de programmes de clémence ou à la qualification pénale des ententes (OCDE, 2011)⁸⁸. Dans certains cas, ces instruments prennent en compte la récidive. En outre, ces outils horizontaux sont parfois complétés par des mesures préventives plus ciblées visant à surveiller les secteurs d'activité jugés les plus exposés au risque de collusion. Dans cette section, nous présentons les outils qui peuvent aider les autorités de la concurrence à mener des enquêtes dans des secteurs plus exposés que d'autres à la collusion ou dans lesquels la récidive est plus fréquente.

5.1. Infractions en série et récidive : définitions

113. Comme exposé dans la section 2, il existe peu de données sur le taux de récidive constaté dans les différents secteurs économiques. À cela s'ajoute que l'ampleur de la récidive en général est controversée parce qu'elle dépend de la définition retenue pour la mesurer. On distingue en particulier la récidive au sens strictement juridique du terme et une définition plus large, correspondant à la commission d'infractions en série, qui est celle retenue ici. Les définitions juridiques varient en outre d'une juridiction à l'autre.

Les critères suivants pourraient être retenus pour qualifier la récidive⁸⁹ :

⁸⁸ Le Comité de la concurrence a examiné divers outils susceptibles de favoriser le respect du droit de la concurrence, en particulier du droit relatif aux ententes, en juin 2011. Parmi les outils examinés figuraient également les actions civiles, la négociation de peine/la procédure de transaction et les programmes de conformité.

⁸⁹ Barennes et Wolf (2011) décrivent certains de ces éléments à partir de la jurisprudence de l'Union européenne et des décisions de la Commission européenne.

1. Infractions simultanées ou en série : selon une définition large comme celle retenue dans le présent document et dans les études empiriques (Marvão, 2015 ; Connor, 2010, par exemple), il y a récidive dès lors qu'il y a infractions multiples. En revanche, les définitions juridiques de la récidive renvoient généralement aux infractions qui ont fait l'objet d'une sanction dans le passé, sans doute parce qu'une enquête en cours ne peut pas être considérée comme une sanction. De plus, Wils (2012), faisant valoir des arguments juridiques, affirme « qu'il est beaucoup moins justifié de majorer une amende en cas d'infractions simultanées qu'en cas de récidive »⁹⁰.
2. Commission d'infractions dans la même juridiction ou dans des juridictions différentes : les infractions antérieures prises en compte peuvent être limitées à celles commises dans la même juridiction ou inclure aussi celles commises dans d'autres pays, par exemple dans les États membres de l'Union européenne.
3. Prescription : certaines juridictions peuvent fixer un délai au-delà duquel une infraction antérieure n'est plus prise en compte (c'est le cas des États-Unis, de l'Allemagne et du Royaume-Uni)⁹¹.
4. Infraction commise au niveau d'une filiale ou au niveau du groupe : la définition large peut se démarquer de la définition juridique par le fait que le contrevenant peut aussi être un groupe dont les filiales ont été membres d'ententes (Barennes et Wolf, 2011). À l'inverse, une définition strictement juridique renverrait sans doute plus précisément à une entreprise spécifique plutôt qu'à un groupe. Dans le même ordre d'idées, la définition diffère selon qu'une opération de fusion-acquisition entraîne ou non le transfert de l'infraction. La base de données PIC a été construite sur la base de l'hypothèse d'un transfert de l'infraction mais cette hypothèse n'est pas neutre et la pratique peut différer selon les juridictions.
5. Nature de la violation du droit relatif aux ententes : une entreprise membre d'une entente peut être qualifiée de récidiviste si elle a déjà eu un comportement similaire par le passé ; toutefois, le terme « similaire » peut être diversement interprété⁹². Ainsi, la notion de comportement similaire peut recouvrir tout type de comportement collusif mais aussi, en théorie, être élargie jusqu'à couvrir l'abus de position dominante.

⁹⁰ Wils (2012) avance l'argument suivant : « Si une entreprise est reconnue coupable d'au moins deux infractions simultanées (distinctes), chacune de ces infractions doit, en principe, donner lieu à la même amende que celle qui serait imposée si aucune autre infraction n'avait été commise par l'entreprise. Toutefois, lorsque plusieurs amendes sont infligées simultanément ou presque au même moment, le risque que l'entreprise soit dans l'incapacité de s'acquitter de l'amende augmente ; or, l'absence de capacité contributive peut justifier une réduction du montant de l'amende ».

⁹¹ Lianos *et al.* (2014).

⁹² Lianos *et al.* (2014) soulignent qu'en France, « pour être identiques ou similaires, des pratiques doivent avoir le même objet ou le même effet anticoncurrentiel, par exemple le même effet d'éviction ». Wils (2012) évoque la question de l'interprétation de l'adjectif « similaire » et renvoie à la jurisprudence de l'Union européenne : « S'agissant du terme "similaire", il ressort de la jurisprudence qu'une infraction à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et une infraction à l'article 102 dudit Traité ne peuvent être considérées comme similaires (arrêt du tribunal de première instance, 12 décembre 2007, affaires jointes T-101/05, BASF c. Commission européenne [2007] Rec. II-4949, paragraphe 64 et arrêt du tribunal de première instance du 25 juin 2010, affaire T-66/01, Imperial Chemical Industries c. Commission européenne, non encore publié dans le recueil de la jurisprudence, paragraphes 378–381) ».

114. L'exemple suivant montre que des définitions différentes peuvent aboutir à des conclusions divergentes sur la récidive. Connor (2010) souligne que « le nombre de récidivistes progresse rapidement, en valeur absolue comme en pourcentage de l'ensemble des entreprises impliquées dans des ententes »⁹³. Cette constatation repose sur une définition large de la notion de récidive, qui englobe également les infractions simultanées et attribue les infractions commises par des entreprises qui ont fusionné à l'entité issue de la fusion. Selon Connor, « en matière d'entente sur les prix, une entreprise est considérée comme récidiviste au sens large si elle est condamnée une deuxième fois pour entente, quels que soient le lieu ou la date de la précédente infraction ».

115. En revanche, d'autres auteurs, tels Werden, Hammond et Barnett (2012), retiennent une définition plus restrictive et ne confirment pas ces conclusions. Werden, Hammond et Barnett (2012), qui ont examiné les ententes recensées aux États-Unis et ne se sont pas limités aux ententes internationales, n'ont pas trouvé d'entreprises récidivistes. Ils considèrent comme récidivistes les entreprises qui, après avoir déjà été condamnées aux États-Unis, participent à une entente qui a fait l'objet de poursuites dans ce pays. Wils (2012) souligne lui aussi que la définition large retenue par Connor⁹⁴ n'est pas compatible avec celle retenue dans les lignes directrices de la Commission européenne. Il relève également que les récentes prises par la Commission européenne au cours de la période 2006-2010 révèlent un recul de la récidive au cours de la période récente⁹⁵.

5.2. *Amendes et programmes de clémence*

5.2.1. *Les outils de lutte contre les ententes tiennent-ils compte des récidivistes ?*

116. Nombre d'autorités de la concurrence considèrent désormais la récidive comme une circonstance aggravante et appliquent ainsi des amendes plus élevées aux entreprises récidivistes. Lianos *et al.* (2014) fournissent un aperçu des lignes directrices pour le calcul des amendes adoptées dans quelques grandes juridictions et constatent que ces lignes directrices considèrent la récidive comme une circonstance aggravante. Selon Wils (2012), traiter la récidive comme une circonstance aggravante peut contribuer à un meilleur respect du droit de la concurrence de trois manières. Premièrement, imposer des amendes peut avoir un effet dissuasif. Deuxièmement, dans le cas d'infractions collectives comme les ententes, la modulation des amendes en fonction du rôle joué par les différents protagonistes peut accroître le coût de la formation et de la gestion des ententes. Troisièmement, sanctionner publiquement les entreprises qui enfreignent le droit de la concurrence peut envoyer un message à celles qui respectent spontanément les règles, renforcer leur détermination à les respecter et avoir ainsi un effet moral.

117. Les lignes directrices relatives à la récidive appliquées aux États-Unis et en Europe sont reproduites ci-après à titre d'exemple. Elles présentent des différences notables, liées au délai de prescription des infractions et au fait que les lignes directrices de la Commission européenne tiennent compte des décisions rendues par les autorités de la concurrence des États membres de l'Union

⁹³ Dans la même veine, dans une étude sur l'effet dissuasif des sanctions contre les ententes, Ginsburg et Wright (2010) renvoient aux constatations de Connor et Helmers (2007) et relèvent que « le problème de la récidive est bien réel ».

⁹⁴ Selon Wils (2012), « il est cependant à l'évidence injustifié de reprocher à la Commission d'avoir mal appliqué ses lignes directrices au motif qu'elle n'a pas considéré comme des situations de récidive des situations qui ne pourraient être considérées comme telles qu'en vertu d'une définition de la récidive différente de celle retenue dans les lignes directrices en question et dans la jurisprudence de l'Union européenne ».

⁹⁵ Selon Wils (2012), « si une tendance se dégage de ces cinq années, elle est orientée à la baisse : 24 % en 2006 (11 sur 45), 11 % en 2007 (7 sur 64), 13,5 % en 2008 (5 sur 37), 13 % en 2009 (5 sur 38) et 4 % en 2010 (3 sur 71) ».

européenne. À noter qu'en 2006, la Commission européenne a révisé ses lignes directrices pour le calcul des amendes, modifiant sensiblement les règles applicables en cas de récidive. Comme elle l'a elle-même annoncé⁹⁶, « jusqu'à présent, la Commission augmentait de 50 % l'amende infligée dans le cas d'une entreprise ayant déjà commis une ou plusieurs infractions similaires. Les nouvelles lignes directrices apportent trois changements :

1. la Commission tiendra compte non seulement de ses décisions antérieures, mais également de celles prises par les autorités nationales de concurrence en application de l'article 81 ou 82 [devenus les articles 101 et 102 du TFUE] ;
2. la majoration pourra atteindre 100 % ;
3. toute infraction antérieure entraînera un alourdissement de l'amende ».

118. La règle correspondante dans la législation des États-Unis figure dans des lignes directrices regroupées dans le *Sentencing Guidelines Manual* (§ 8C2.5), d'après lesquelles les antécédents d'infraction constituent un facteur qui augmente le « score de culpabilité » de la manière suivante :

« Si l'organisation (ou une division gérée séparément) a commis une partie quelconque de l'infraction en cause moins de dix ans après (A) avoir fait l'objet d'une décision pénale pour des actes similaires ou (B) avoir fait l'objet d'une (de) décision(s) civile(s) ou administrative(s) pour s'être rendue coupable d'au moins deux actes similaires distincts, ajouter un point ;

ou

(2) Si l'organisation (ou une division gérée séparément) a commis une partie quelconque de l'infraction en cause moins de cinq ans après (A) avoir fait l'objet d'une décision pénale pour des actes similaires ou (B) avoir fait l'objet d'une (de) décision(s) civile(s) ou administrative(s) pour s'être rendue coupable d'au moins deux actes similaires distincts, ajouter deux points ».

119. À la différence des lignes directrices, les programmes de clémence n'offrent en général pas de possibilités de modulation en cas de récidive. Ainsi, le manuel sur la répression des ententes publié en 2014 par le Réseau international de la concurrence (RIC) sous le titre *Anti-cartel enforcement manual* ne fait pas la différence entre les récidivistes et les autres entreprises qui demandent à bénéficier d'un programme de clémence⁹⁷, et il en va de même des programmes de clémence en vigueur dans l'Union européenne et aux États-Unis⁹⁸. L'autorité de la concurrence grecque (HCC) n'autorisait pas les récidivistes à bénéficier de son programme de clémence⁹⁹ mais a modifié cette règle par la suite¹⁰⁰.

⁹⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne IP/06/857 du 28 juin 2006, consultable à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_fr.htm ; version intégrale des Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, [2006] JO C210, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=FR)

⁹⁷ RIC, Anti-cartel enforcement manual, avril 2014, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>

⁹⁸ Voir également le rapport de 2009 dans lequel le Réseau européen de la concurrence (REC) décrit les principales caractéristiques des programmes de clémence en place dans l'Union européenne : http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf et http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-456_en.htm

⁹⁹ Voir le paragraphe 4e de la Décision n° 299/V/2006 de l'assemblée plénière de l'autorité grecque de la concurrence sur la clémence, selon lequel pour pouvoir être dispensée du paiement d'une amende, une entreprise doit, entre autres, « ne pas avoir participé par le passé à une pratique collusoire interdite ayant

120. Chen et Rey (2012) se penchent sur les raisons qui plaident en faveur de l'ouverture des programmes de clémence aux récidivistes¹⁰¹. Ils montrent qu'exclure « les récidivistes des programmes de clémence a un effet contraire à celui recherché et peut anéantir l'efficacité du programme ». Ils avancent que le fait d'empêcher les récidivistes de solliciter la clémence risque certes de dissuader les entreprises d'adopter de nouveau une stratégie consistant à « participer à une entente puis à la dénoncer » mais aussi « d'engendrer de nouvelles formes de stratégies de collusion, comme celle qui consiste à dénoncer une fois mais à ne jamais le faire une deuxième fois ». La raison en est que lorsqu'une première dénonciation a eu lieu, chaque membre de l'entente sait qu'aucun membre ne dénoncera, si bien que la collusion devient plus stable que si toutes les entreprises pouvaient bénéficier de la clémence. Ce raisonnement vaut tant que les membres de l'entente ont intérêt à s'entendre, le programme de clémence étant alors inefficace¹⁰².

121. Wils (2012) a résumé les arguments qui plaident en valeur de l'ouverture des programmes de clémence aux récidivistes. Il souligne que ces programmes permettent d'augmenter la détection et l'instabilité des ententes, avantages qui seraient perdus si les récidivistes étaient exclus des programmes. Si les membres d'une entente sont moins nombreux à avoir intérêt à la dénoncer, les ententes pourront se former et fonctionner plus facilement¹⁰³.

5.2.2. *Ces outils sont-ils efficaces ?*

122. L'effet dissuasif des enquêtes sur les ententes a été amplement étudié. Selon un rapport établi par le cabinet London Economics (2011) à partir d'un sondage mené auprès d'entreprises britanniques, c'est le risque que les interventions des autorités de la concurrence font peser sur la réputation des entreprises qui a l'effet dissuasif le plus fort, suivi par les sanctions pénales encourues par les personnes physiques et les sanctions pécuniaires visant les entreprises.

123. Plus précisément, selon le rapport « en général, les amendes qui peuvent être infligées aux entreprises et aux individus réduisent la motivation à adopter un comportement anticoncurrentiel »

donné lieu à une décision d'une autorité nationale de la concurrence ou de la Commission européenne », décision consultable à l'adresse <http://www.epant.gr/img/File/Hellas-Leniency%20Programme%20en.pdf>

¹⁰⁰ Autorité grecque de la concurrence, Décision n° 526/VI/2011, consultable à l'adresse http://www.epant.gr/img/x2/apofaseis/apofaseis661_1_1351256055.pdf

¹⁰¹ Dans le modèle des auteurs, deux entreprises jouent à un jeu qui se répète à l'infini ; elles choisissent, soit de former une entente, soit de se livrer une concurrence à la Bertrand. Les auteurs introduisent une hétérogénéité entre secteurs en faisant varier le rendement de la collusion. Ils supposent que l'autorité de la concurrence détecte une entente soit à travers une enquête sur le secteur (avec une certaine probabilité de détection), soit à la suite d'une dénonciation d'un membre de l'entente.

¹⁰² Certaines expérimentations sur les programmes de clémence portent également sur la récurrence et aboutissent à des résultats contrastés : Bigoni *et al.* (2012) constatent qu'ils permettent d'éliminer la récurrence, tandis que Hinlopen et Soetevent (2008) observent qu'ils ne font pas reculer la récurrence par rapport à l'application normale du droit sur les ententes.

¹⁰³ Wils (2012) s'intéresse également au fait que l'octroi de la clémence à des récidivistes peut être perçu comme inéquitable, en particulier en raison de l'impression (i) qu'un contrevenant bénéficie d'une impunité ; et (ii) que les membres de l'entente font l'objet d'une inégalité de traitement. Il avance que cette perception est certainement plus forte dans le cas des récidivistes, mais qu'il est possible de concevoir les programmes de clémence de manière à l'atténuer. Ainsi, selon l'auteur, il est important que « la clémence ne soit accordée que si l'entreprise ou la personne physique a réellement et efficacement coopéré avec l'autorité de la concurrence, ce qui la distingue objectivement des autres membres de l'entente, qui n'ont pas ou pas autant coopéré ou ne l'ont pas fait aussi tôt » (Wils, 2012).

(London Economics, 2011)¹⁰⁴. Dans un contexte où le montant des amendes augmente au fil du temps, la question du montant optimal de l'amende continue de susciter un vif intérêt (Allain *et al.*, 2013 ; Katsoulacos et Ulph, 2013)¹⁰⁵.

124. OCDE (2013) porte sur l'utilisation des programmes d'amnistie ou de clémence et sur leur efficacité en termes d'augmentation de la détection dans nombre de juridictions¹⁰⁶. Il n'est cependant pas démontré que ces programmes ne permettent pas surtout de détecter des ententes qui ne fonctionnent plus ou ne sont plus stables et sont sur le point d'éclater. De surcroît, il est possible qu'une entente soit parfois plus facile à former et soit plus stable en présence de programmes de clémence (Motta et Polo, 2003 ; Chen et Harrington, 2007 ; Harrington, 2008).

125. Marvão et Spagnolo (2014) ont recensé les études empiriques et constaté « qu'il n'est pas possible de se prononcer avec certitude sur le point de savoir si [les programmes de clémence] ont en réalité pour effet d'augmenter le bien-être à travers un fort effet dissuasif ou de le réduire parce qu'ils engendrent des frais de gestion et de poursuite supplémentaires qui ne sont pas contrebalancés par une augmentation suffisante de l'effet dissuasif. Les données les plus encourageantes à cet égard concernent les États-Unis, qui appliquent des amendes beaucoup plus élevées, et sont cohérentes avec ce qu'enseigne la théorie ». La même étude présente également une synthèse des données *expérimentales* disponibles et parvient à la conclusion que les programmes de clémence ont un effet dissuasif à condition qu'ils soient bien conçus. Comme les données empiriques, les expérimentations montrent que l'effet dissuasif est limité à moins que les sanctions ne soient lourdes.

126. Si de nombreuses études ont été consacrées à la dissuasion en général, il existe peu de données empiriques sur la dissuasion et la récidive. Cette lacune est en partie due au fait que le nom des entreprises membres d'ententes n'est pas toujours communiqué, à tout le moins dans certaines juridictions. Cette section fournit un aperçu d'études empiriques ou expérimentales qui portent sur l'effet dissuasif des programmes de clémence et évoquent parfois la récidive.

127. Marvão (2015) étudie les ententes traitées par la Commission européenne de 1996 à 2013 afin d'identifier les facteurs associés à une plus forte probabilité de dénonciation d'une entente par ses membres. L'auteur rassemble des données se rapportant à 93 ententes dont un membre au moins a bénéficié de la clémence. Certaines de ces ententes comptaient des membres récidivistes auteurs d'infractions réitérées ou multiples. Les auteurs d'infractions réitérées sont, conformément à la communication sur la clémence adoptée en 2006 par la Commission européenne, les entreprises qui ont déjà enfreint le droit de la concurrence *par le passé* (7 entreprises sur les 441 que compte la base de données). Les auteurs d'infractions multiples sont définis dans l'étude comme les entreprises sanctionnées plus d'une fois pour collusion. Selon cette définition plus large, qui correspond à celle retenue dans la présente étude, Marvão (2015) constate que plus de 84 % des entreprises de l'échantillon n'ont participé qu'à une seule entente.

128. L'un des principaux enseignements de l'étude réside dans le fait que les réductions d'amende accordées aux auteurs d'infractions multiples dans le cadre des programmes de clémence sont plus élevées que la moyenne. Ainsi, selon Marvão (2015), « lorsque les autres variables explicatives sont fixées à leur

¹⁰⁴ Réalisée pour l'Office of Fair Trading (OFT), cette étude portait sur les facteurs qui favorisent le respect des règles et sur les effets dissuasifs des actions de l'OFT. L'OFT a fusionné avec la Competition Commission pour donner naissance à la Consumer and Markets Authority.

¹⁰⁵ Lianos *et al.* (2014) proposent un recensement complet des études économiques consacrées aux amendes et examinent l'interaction des amendes et des autres outils utilisés par les autorités de la concurrence.

¹⁰⁶ Buccrossi, Marvão et Spagnolo (2014) étudient l'incidence des actions privées sur les incitations offertes par les programmes de clémence.

valeur moyenne, la valeur prédite de la réduction d'amende accordée à une entreprise coupable d'infractions multiples est supérieure de 19 à 26 points de pourcentage à ce qu'elle est pour une entreprise non récidiviste. De plus, le nombre d'auteurs d'infractions multiples par entente a également une incidence positive et significative sur la valeur prédite de la réduction accordée à l'entreprise dans le cadre du programme de clémence ». Les entreprises qui participent à des ententes successives bénéficient également d'une réduction d'amende mais, à la différence des auteurs d'infractions multiples, cette réduction est inférieure à celle accordée aux autres entreprises (d'environ 35 % en moyenne, voir le tableau 7 de l'étude). Toutefois, l'auteur constate aussi que pour chaque récidiviste coupable d'infractions répétées au sein d'une entente, la réduction d'amende accordée à l'entente dans son ensemble est supérieure d'environ 50 % à la moyenne.

129. Marvão (2015) commente les résultats obtenus en ces termes : « il semble que les entreprises peuvent “apprendre à jouer au jeu de la clémence”, soit en apprenant à tricher soit en apprenant à dénoncer, puisque les réductions accordées aux auteurs d'infractions multiples (et aux autres membres de l'entente) sont sensiblement plus élevées ». Elle constate que les entreprises qui ont commis des infractions répétées ou multiples sont rarement les premières à dénoncer (32 % et 20 % respectivement) mais bénéficient souvent d'une réduction d'amende dans le cadre de la clémence (59 % et 68 % respectivement).

130. Dans une étude portant sur des affaires examinées aux États-Unis et dans l'Union européenne¹⁰⁷, Marvão (2014) constate qu'aux États-Unis, les « entreprises qui commettent des infractions réitérées ont une probabilité plus forte (de 6 à 8 points de pourcentage) de bénéficier d'une amnistie » et que « cette probabilité augmente à chaque récidiviste supplémentaire au sein de l'entente ».

5.3. *Instruments de prévention*

131. La détection est dite préventive lorsque les autorités de la concurrence engagent une action de détection de leur propre chef. En d'autres termes, les actions préventives procèdent d'une initiative de l'autorité elle-même et ne sont pas déclenchées par un événement extérieur (OCDE, 2013). Le Comité de la concurrence de l'OCDE a déjà débattu des enquêtes d'office et de l'utilisation de filtres.

132. Les instruments de prévention regroupent des mesures très diverses qui peuvent être complémentaires, à la fois entre elles et par rapport aux actions menées en réaction à des infractions (clémence, plaintes, etc.). Par exemple, lorsqu'une autorité de la concurrence sait que certains secteurs se prêtent à la collusion ou a des raisons de soupçonner la présence d'entreprises récidivistes dans ces secteurs, elle peut utiliser cette information pour axer ses actions de répression prioritairement sur ces secteurs ou pour conduire des études sur certains marchés en particulier. Les activités d'enquête peuvent rester les mêmes, mais cet outil supplémentaire peut accroître les chances de détecter des ententes (en particulier si l'on tient compte du fait que des entreprises ou secteurs déjà condamnés par le passé adoptent souvent une stratégie plus élaborée face à une enquête), et renforcer l'effet dissuasif des actions sur ces secteurs et sur les entreprises récidivistes.

133. Un rapport du RIC (2010) décrit divers instruments. Ceux qui sont adaptés à des secteurs considérés comme prédisposés aux pratiques collusoires sont présentés ci-après¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Les données relatives aux affaires européennes ont été recueillies par l'auteur, tandis que celles relatives aux affaires examinées aux États-Unis proviennent de la base de données PIC construite par J. Connor.

¹⁰⁸ Certaines autorités effectuent un suivi systématique des comportements dans un secteur particulier. Les méthodes de filtrage comportemental peuvent aussi être utiles pour surveiller un secteur et repérer des indices de comportement collusoire. Ainsi, certaines autorités ont utilisé ces méthodes pour analyser le risque de soumissions concertées. En 2006, la Corée a adopté un dispositif afin de détecter le risque de soumissions concertées à l'aide de méthodes de filtrage. Un système d'analyse des indicateurs de

134. *Le recours à l'analyse économique.* Cette forme d'action préventive consiste à utiliser les études économiques pour identifier les facteurs qui peuvent être révélateurs de collusion ou les marchés sujets à la collusion qui méritent une enquête plus approfondie. Cette démarche englobe également les approches empiriques qui, en règle générale, exploitent les données économiques issues d'affaires antérieures pour repérer les secteurs dans lesquels des ententes pourraient, à l'avenir, être détectées. Il est également possible d'utiliser les études de secteur ou de marché pour les secteurs dans lesquels, historiquement, les ententes sont plus fréquentes ou dans lesquels des études antérieures ont mis en évidence des caractéristiques communes.

135. *Coopération avec d'autres organismes.* Les autorités de la concurrence peuvent également coopérer avec leurs homologues d'autres pays ou avec d'autres organismes ayant des compétences dans un secteur donné (par exemple les organismes chargés de la réglementation). Cette coopération peut se révéler très fructueuse, en particulier s'agissant des secteurs dans lesquels des pratiques collusoires ont déjà été détectées, l'échange d'informations et d'expériences relatives à d'autres affaires pouvant fournir des indices de collusion.

136. *Analyse d'affaires antérieures.* L'analyse d'affaires antérieures peut aider les autorités de la concurrence à se concentrer sur les ententes touchant certains secteurs en particulier. Une autorité peut également utiliser les analyses d'affaires réalisées par ses homologues d'autres pays. En cas de collusion répétée dans un secteur ou de récidive touchant plusieurs pays, les connaissances acquises par les autres autorités dans le cadre des précédentes affaires peuvent être très utiles pour détecter des ententes touchant le même secteur sur le territoire national voire impliquant les mêmes entreprises.

137. *Analyse des actions menées dans d'autres domaines du droit de la concurrence.* Les actions menées par une autorité de la concurrence sur d'autres aspects du droit de la concurrence, tels que les opérations de concentration ou l'abus de position dominante, peuvent permettre d'identifier certaines caractéristiques importantes d'un secteur et de déceler des indices d'entente voire de récidive. Ces informations peuvent être utilisées pour les besoins d'une enquête visant un secteur ou un marché donné.

138. *Autres outils.* Les autorités peuvent aussi se concentrer sur un secteur apparemment prédisposé aux pratiques collusoires et assurer une veille des médias, de la presse commerciale et d'Internet. Cette veille peut leur permettre de recueillir des informations précieuses sur le secteur concerné. Elles peuvent également s'intéresser à l'appartenance aux associations professionnelles, en particulier lorsque de précédentes affaires ont mis en lumière l'existence d'un lien entre l'activité de ces associations et les pratiques anticoncurrentielles.

139. Les outils de prévention présentent également des inconvénients, auxquels une réunion de 2013 du Comité de la concurrence a réservé une large place. Ils mobilisent parfois des ressources importantes, que les autorités de la concurrence peuvent préférer affecter à d'autres actions¹⁰⁹. De surcroît, ils fournissent des indices utiles, mais ceux-ci ne sont pas nécessairement destinés à être utilisés comme

soumissions concertées – le *Bid Rigging Indicator Analysis System* ou BRIAS – analyse de manière automatique et statistique les indicateurs de soumissions concertées à partir des données relatives aux appels d'offres publics fournies à la KFTC par les organismes publics. Pour de plus amples informations, voir l'annexe 2 au rapport de l'OCDE intitulé « *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels* » (DAF/COMP(2013)27), dans laquelle il est précisé « qu'en moyenne, le BRIAS signale chaque mois plus de 80 situations méritant une analyse plus approfondie de la part du personnel de la KFTC ».

¹⁰⁹ Comme le souligne Hüschelrath (2010) « bien qu'il n'existe pas de statistiques détaillées sur la question, il semble que les méthodes de prévention jouent un rôle relativement limité comparativement aux méthodes curatives ».

preuve du comportement illicite. Les actions préventives peuvent être utilisées pour renforcer d'autres instruments, tels que les programmes de clémence¹¹⁰ et avoir ainsi un effet globalement positif en termes de dissuasion. Par conséquent, la solution jugée la plus efficace consiste à associer des instruments de prévention et des outils de détection curatifs (OCDE, 2013). Hüschelrath (2010) souligne également que « certains éléments semblent montrer que l'on utilise de plus en plus une panoplie d'outils préventifs complémentaires pour accroître encore la probabilité de détecter les ententes ».

140. Les actions préventives consistant à effectuer un suivi des facteurs, des affaires antérieures ou des activités sectorielles sont particulièrement adaptées à la surveillance des secteurs prédisposés à la collusion. Ces instruments pourraient permettre aux autorités de la concurrence de hiérarchiser par ordre de priorité les secteurs à cibler dans leur plan de travail. Ils pourraient également aider à empêcher ou à détecter les cas de récidive. Par exemple, le fait que certains secteurs soient définis comme prioritaires par les autorités de la concurrence sans que les entreprises sachent qu'ils font l'objet d'une surveillance peut avoir pour effet d'accroître la probabilité de détection et/ou exercer un effet dissuasif qui empêche la formation de nouvelles ententes.

141. Les autorités qui utilisent déjà une stratégie de prévention quelconque pourraient la développer pour y intégrer des informations sur le nombre d'ententes déjà détectées dans un secteur donné, dans la même juridiction ou ailleurs. Elles pourraient même aller plus loin et répertorier les ententes antérieures impliquant les mêmes entreprises.

6. Conclusion

142. Dans cette étude, nous avons examiné quatre secteurs dans lesquels des cas de récidive en matière de collusion ont été observés, que les faits aient été commis par des entreprises différentes ou par les mêmes entreprises dans des juridictions différentes. Ces secteurs sont ceux des produits chimiques, du ciment et du béton, des produits alimentaires et des services de construction, y compris les services réalisés dans le cadre d'appels d'offres publics.

143. L'analyse présente des limites (voir la section 2), notamment en raison de l'insuffisance des données (liée, entre autres, au fait que les autorités de la concurrence n'indiquent pas toujours le nom des membres d'une entente ou que l'information sur la filiale d'un groupe qui a été sanctionnée n'est pas toujours connue) et parce qu'elle ne repose que sur les ententes découvertes. Or, comme le souligne Connor (2010), « les études sur les ententes montrent en général que seulement 10 à 30 % des associations frauduleuses sont découverts et sanctionnés ».

144. Pour avoir une première idée de l'ampleur de la récidive, nous avons examiné les données issues de la base de données PIC et effectué une analyse comparative des ententes dans ces secteurs. La plupart des entreprises (identifiées nominativement) qui ont participé à une entente n'ont été membres que d'une seule entente. Les récidivistes sont généralement membres d'ententes qui se sont formées dans des juridictions différentes, et il est plus rare qu'une même entreprise récidive dans une même juridiction, sauf dans le cas de l'industrie chimique, ce qui s'explique en partie par les ententes sur les vitamines. L'analyse réalisée à partir de la base de données PIC montre que les entreprises récidivistes sont membres d'un plus grand nombre d'ententes dans les secteurs de l'industrie chimique et de la construction, et d'un nombre plus petit dans celui des produits alimentaires.

¹¹⁰ Si les entreprises membres d'une entente non détectée savent que l'autorité de la concurrence conduit des études ou exerce une surveillance sur le marché concerné, elles peuvent avoir intérêt à demander la clémence. Voir également OCDE (2013) au sujet de l'effet dissuasif des filtres.

145. Nous avons également réalisé une analyse qualitative des caractéristiques économiques des secteurs étudiés en utilisant les affaires examinées par les autorités de la concurrence et d'autres sources. Ces secteurs présentent certaines des caractéristiques considérées comme propices la collusion par les études, à savoir :

- *Concentration* : dans la plupart des affaires étudiées pour les besoins du présent document, les autorités de la concurrence ont constaté une forte concentration dans les quatre secteurs. Le secteur de la construction pourrait, à première vue, sembler fragmenté, mais certains pays font observer que cette fragmentation coexiste avec la présence d'un petit nombre de grandes entreprises. De surcroît, le nombre de participants à un appel d'offres est généralement faible.
- *Barrières à l'entrée* : la quasi-totalité des secteurs sont protégés par des barrières à l'entrée plus ou moins élevées, qui peuvent différer par leur nature. Dans le secteur du ciment et du béton par exemple, les barrières à l'entrée semblent dues à la forte intensité capitalistique du marché et à l'intégration verticale des deux produits. Les secteurs agroalimentaire et chimique présentent des barrières à l'entrée parce qu'ils sont visés par des obligations réglementaires exigeantes (en matière de sécurité et de protection de l'environnement, par exemple) et que les entreprises doivent engager des dépenses pour s'y conformer.
- *Homogénéité des produits* : cette caractéristique est, elle aussi, observée dans tous les secteurs, par exemple dans le secteur agroalimentaire et dans celui du ciment et du béton. Toutefois, dans certains segments de marché, comme celui des détergents dans le cas de l'industrie chimique, les produits ne sont pas parfaitement homogènes et les entreprises se mobilisent pour différencier leurs produits à travers des stratégies de marketing et de publicité. Dans le secteur de la construction, l'homogénéité des produits est induite par la nature des procédures d'appel d'offres, dans la mesure où un appel d'offres précise de manière détaillée les caractéristiques du produit à fournir, les entreprises n'étant alors souvent en concurrence que sur le prix.
- *D'autres facteurs*, qui ne sont pas communs à tous les secteurs, ont également été repérés. Parmi eux figurent l'implication des associations professionnelles dans le secteur du ciment et du béton, la transparence des prix dans certains segments de l'industrie agroalimentaire (comme le lait) ou la puissance des marques dans certains segments de ce secteur (comme les friandises au chocolat) et de l'industrie chimique (détergents, par exemple).

146. L'analyse qualitative ne permet pas d'obtenir des résultats univoques quant aux facteurs les plus souvent associés à la récidive. Il en va de même de nombre des décisions analysées dans notre étude, qui n'établissent généralement pas de lien direct entre les caractéristiques économiques d'un marché et la situation en matière de collusion. De surcroît, pour expliquer que des entreprises se rendent coupables de collusion de manière répétée, il faudrait aussi tenir compte de l'effet dissuasif de la politique de la concurrence. De ce point de vue, les caractéristiques des entreprises jouent probablement un rôle et les travaux empiriques réalisés à partir de données par entreprise sur les caractéristiques des récidivistes pourraient apporter un éclairage sur les facteurs que les autorités de la concurrence pourraient surveiller.

147. Les enquêtes sur des ententes antérieures et les condamnations auxquelles elles ont donné lieu peuvent fournir des données utiles aux autorités de la concurrence. Les secteurs régulièrement touchés par des ententes, dans lesquels des récidivistes ont déjà été identifiés par le passé, peuvent être soumis à une surveillance régulière des autorités, qui peuvent également y mener des actions spécifiques, par exemple des études de marché. Bien que la prise en compte de la récidive ait des avantages, les autorités savent aussi que les mesures de lutte contre les ententes peuvent entraîner une concentration des ententes

découvertes dans certains secteurs (OCDE, 2013 ; Klawiter, 2011)¹¹¹. Cet effet peut, par exemple, être lié à la possibilité offerte aux entreprises visées par une enquête relative à une entente portant sur un produit de dénoncer des ententes sur d'autres produits et de bénéficier ainsi d'une réduction supplémentaire de la sanction qu'elles encourent au titre de l'entente sur le premier produit.

148. Les outils de lutte contre les ententes qui s'appliquent de manière transversale à tous les secteurs, par exemple les amendes et les programmes de clémence, pourraient être revus dans le sens d'une prise en compte de la récidive. En général, les lignes directrices pour le calcul des amendes considèrent la récidive comme une circonstance aggravante. La définition de la récidive diffère selon les juridictions, par exemple concernant le délai de prescription et la nature des infractions antérieures prises en compte. Quant aux programmes de clémence, ils demeurent apparemment accessibles aux récidivistes, ce qui, d'après certaines études économiques, pourrait être une bonne chose.

¹¹¹ Voir la section 2.3.6. du présent document et OCDE (2013) pour de plus amples informations.

ANNEXE

Caractéristiques des quatre secteurs étudiés

1. Produits chimiques

1.1. Concentration

149. L'industrie chimique fabrique une large gamme de produits, dont certains sont la résultante d'activités de production très spécialisées, concentrées dans un petit nombre d'entreprises.

150. Dans le cas des produits d'hygiène et des détergents par exemple, la Bundeskartellamt, autorité allemande de la concurrence, a estimé dans une décision concernant une entente entre fabricants de détergents de marque, que la grande majorité des segments de marché touchés se caractérisaient par une forte concentration, les trois principales entreprises présentes détenant au total plus de 50 % du marché¹¹². En 2006, la KFTC, autorité coréenne de la concurrence, a infligé aux trois principaux producteurs de lessives et de détergents pour lave-vaisselle une amende pour entente sur les prix et accord sur les conditions de vente. Ces trois entreprises détenaient plus de 82 % du marché local¹¹³.

151. Les autorités de la concurrence ont fait le même constat dans diverses affaires impliquant des produits chimiques à usage commercial et industriel. Ainsi, en 2007, la KFTC a été saisie d'une affaire dans laquelle dix grandes entreprises pétrochimiques s'étaient entendues sur un prix de référence. Elle a souligné que ces dix entreprises détenaient plus de 85 % du marché national des résines de synthèse¹¹⁴.

152. En Australie, dans l'affaire relative à l'entente sur les produits de préservation du bois, la Cour fédérale a estimé que les deux principaux fournisseurs présents sur le marché de l'arséniate de cuivre chromé, qui détenaient respectivement 40 % et 60 % du marché, s'étaient entendus sur les prix¹¹⁵. Par ailleurs, elle a tenu compte dans sa sanction du fait que chacune des deux parties s'était déjà livrée à une pratique similaire¹¹⁶.

153. En 2010, aux États-Unis, deux entreprises engagèrent, au nom de toutes les personnes physiques et morales qui avaient acheté du dioxyde de titane, une action de groupe contre cinq vendeurs pour entente présumée sur les prix. Le tribunal régional du district du Maryland a rendu une décision dans laquelle il se

¹¹² Bundeskartellamt, Case summary, Fine proceedings against manufacturers of drugstore products, affaire B11 – 17/06, consultable à l'adresse www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B11-17-06.pdf?__blob=publicationFile&v=4

¹¹³ Korea Fair Trade Commission, rapport annuel 2008, consultable à l'adresse eng.ftc.go.kr/utility/quicksearch.jsp?pageId=0601df

¹¹⁴ L'entente s'était formée sur le marché des produits pétrochimiques, plus précisément du polypropylène et du polyéthylène haute densité et était restée en vigueur de 1994 à 2005 (voir Wall Street Journal, « Korea Fines 9 Petrochemical Firms for Price Fixing », consultable à l'adresse www.wsj.com/articles/SB117199941125913878

¹¹⁵ Federal Court of Australia, Australian Competition and Consumer Commission vs FChem (Aust) Limited [2008] FCA 344, NSD 1461 OF 2006, consultable à l'adresse www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2008/2008fca0344

¹¹⁶ Federal Court of Australia, Australian Competition and Consumer Commission vs FChem (Aust) Limited [2008] FCA 344, NSD 1461 OF 2006, paragraphe 48.

fonde sur la structure du marché pour conclure à l'existence d'indices prouvant que les défendeurs avaient des raisons de s'entendre sur les prix. Aux termes de cette décision¹¹⁷, « la structure du marché américain du dioxyde de titane favorise l'entente sur les prix, pour de multiples raisons. (...) Le marché du dioxyde de titane est très concentré, ce qui signifie qu'il est dominé par un petit nombre de vendeurs ». Les cinq vendeurs impliqués dans l'entente ont reconnu avoir dominé le marché durant la période en cause.

154. Dans la décision qu'elle a rendue en 2009 au sujet de l'entente sur les réactifs à base de carbure de calcium et de magnésium¹¹⁸, la Commission européenne a fait état du petit nombre de fournisseurs présents sur le territoire de l'Espace économique européenne¹¹⁹. L'autre raison pour laquelle cette affaire revêt une grande importance tient au fait que la Commission a majoré l'amende infligée à deux membres de l'entente parce qu'ils avaient déjà fait l'objet de décisions à la suite d'infractions similaires¹²⁰.

1.2. Barrières à l'entrée

155. Le secteur des produits chimiques se caractérise par d'importantes barrières à l'entrée. La nature de ces barrières varie selon le marché de produits concerné. Elles peuvent être liées a) à la nécessité de réaliser des investissements d'équipement élevés pour parvenir à dégager des économies d'échelle ; b) à une faible substitution ; c) à la courbe d'apprentissage ou d'expérience¹²¹. Dans le cas des détergents, où les entreprises doivent engager des dépenses de marketing et de publicité pour construire une identité forte, les barrières à l'entrée peuvent être liées à la différenciation de marque ou de produit. Les réglementations relatives à l'environnement peuvent également créer des barrières à l'entrée parce qu'elles obligent les entreprises à investir dans des installations et équipements conformes aux exigences qu'elles imposent.

156. Le rôle des investissements dans la R-D et dans l'image de marque, a été souligné dans une décision sur les produits d'entretien et d'hygiène rendue en 2014 par l'autorité française de la concurrence.

¹¹⁷ United States District Court for the District of Maryland, Affaire *In re Titanium Dioxide Antitrust Litigation*, 10- cv-00318-RDB, 14 août 2013, p. 47, consultable à l'adresse www.mdd.uscourts.gov/Opinions/Opinions/In%20re%20Titanium%20Dioxide%20Antitrust%20Litig.10-318%20Mem.%20Op.%20&%20Order%20COMBINED.pdf

¹¹⁸ La Commission a infligé des amendes à neuf entreprises qui avaient, d'avril 2004 à janvier 2007, participé à une entente touchant l'ensemble du territoire de l'EEE exception faite de l'Espagne, de l'Irlande, du Portugal et du Royaume-Uni. Cette entente prévoyait un partage du marché, une répartition de la clientèle, la fixation de quotas et l'échange d'informations sensibles sur le plan commercial.

¹¹⁹ Décision de la Commission, COMP/39.396 – Réactifs à base de carbure de calcium et de magnésium destinés aux secteurs sidérurgique et gazier, 2009 (C 2009) 5791 final, considérant 37 (22 juillet 2009), consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39396/39396_2009_5.pdf. La Commission s'exprime en ces termes : « Les producteurs et fournisseurs de carbure de calcium sont peu nombreux sur le territoire de l'EEE. Outre les sept producteurs/fournisseurs cités aux considérants (9) à (33), il existe sept producteurs ou fournisseurs détenant au total environ 15 % du marché de la poudre de carbure de calcium et 31 % du marché des granulés de carbure de calcium ».

¹²⁰ Ainsi peut-on lire, aux paragraphes 309 à 312 de la décision : « Le fait qu'ils aient de nouveau participé à une entente, fût-ce dans un autre secteur que celui concerné par le comportement pour lequel ils ont déjà été sanctionnés, montre que les premières sanctions n'ont pas été suffisantes pour les conduire à changer de comportement, ce qui constitue une circonstance aggravante ». Les décisions antérieures prises en compte par la Commission sont, en ce qui concerne Akzo Nobel, les décisions de la Commission du 19 mars 2002 dans l'affaire COMP/36/756 (gluconate de sodium), du 10 décembre 2003 dans l'affaire COMP/37.857 (peroxyde organique), du 9 décembre 2004 dans l'affaire COMP/37.533 (chlorure de choline) et du 19 janvier 2005 dans l'affaire COMP/37.773 (acide monochloroacétique). En ce qui concerne Degussa, la Commission a tenu compte de sa décision du 2 juillet 2002 dans l'affaire COMP/37.519 (méthionine).

¹²¹ Au sujet de la courbe d'apprentissage, voir Lieberman (1989).

L'autorité souligne que le marché présente des barrières à l'entrée en raison de la nécessité d'innover régulièrement et d'investir dans la R-D et que l'image de marque et la publicité jouent également un rôle crucial. Selon la décision, l'ensemble de ces contraintes se traduit par des coûts fixes élevés, plus facilement absorbés par les grandes entreprises déjà présentes sur le marché, qui bénéficient d'économies d'échelle non négligeables¹²².

157. De même, en 2011, dans une affaire similaire relative aux lessives, l'autorité française a estimé que les contraintes réglementaires créaient d'importantes barrières à l'entrée. Elle a relevé que les contraintes réglementaires, notamment celles liées à la protection de l'environnement, exigeaient des efforts financiers importants de la part des entreprises, obligées de réaliser de lourds investissements pour que la fabrication de leurs produits respecte ces règles¹²³. À noter également que les deux affaires citées (celle de 2014 et celle de 2011) impliquaient des entreprises récidivistes.

158. Dans l'affaire relative au dioxyde de titane aux États-Unis, la décision signalait aussi l'existence de barrières à l'entrée créées par le niveau élevé des investissements à réaliser pour entrer sur le marché : « [...] Troisièmement, l'importance des investissements d'équipement nécessaires pour ouvrir un site de production de dioxyde de titane créait des barrières élevées à l'entrée de nouveaux fournisseurs. Or, lorsque les barrières à l'entrée sont élevées, le marché est plus exposé au risque de collusion. [...] »¹²⁴.

1.3. Facteurs liés à la demande

159. Dans le secteur chimique, des facteurs liés à la demande sont également susceptibles de faciliter la collusion. Ces dernières décennies, la demande a fortement chuté sous l'effet de la concurrence mondiale et du comportement des acheteurs, qui se tournent vers des produits de substitution¹²⁵.

160. Le tribunal régional qui a statué sur l'entente sur le dioxyde de titane aux États-Unis évoquait dans sa décision les aspects de la situation du marché qui avaient favorisé l'entente sur les prix : « les plaignants présentent suffisamment de preuves pour montrer que durant les dix années qui ont précédé la période visée par l'action de groupe, et plus particulièrement en 2001, les défendeurs ont pâti d'une forte baisse de la consommation et du prix du dioxyde de titane. [...] Or, la baisse de la demande est un aspect de la situation du marché "plus favorable à une baisse qu'à une hausse des prix" »¹²⁶.

161. Dans sa décision relative à l'entente sur les réactifs à base de carbure de calcium et de magnésium, la Commission européenne fait observer que la demande était en baisse depuis quelques

¹²² Autorité de la concurrence, décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, paragraphes 106, 114 et 1324, consultable à l'adresse www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14d19.pdf

¹²³ Autorité de la concurrence, décision n° 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, paragraphe 618, consultable à l'adresse www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11d17.pdf

¹²⁴ United States District Court for the District of Maryland, affaire *In re Titanium Dioxide Antitrust Litigation*, 10- cv-00318-RDB, 14 août 2013, p. 48

¹²⁵ Voir, par exemple, Oxford Economics, rapport pour le Conseil européen de l'industrie chimique, octobre 2014, *Evolution of competitiveness in the European chemical industry: historical trends and future prospects*, consultable à l'adresse www.cefic.org/Documents/PolicyCentre/Competitiveness/Oxford-Study-2014.pdf

¹²⁶ United States District Court for the District of Maryland, case: *In re Titanium Dioxide Antitrust Litigation*, 10- cv-00318-RDB, filed 08/14/13, p. 49

années en raison de la conjoncture économique et de l'évolution technique¹²⁷. De plus, le prix des coques et de l'énergie a rendu le magnésium plus intéressant, et les acheteurs pouvaient remplacer facilement l'un des produits par l'autre¹²⁸.

162. En Italie, dans l'entente sur les peintures destinées au secteur maritime, l'autorité de la concurrence italienne a infligé une amende à cinq entreprises¹²⁹. En plus d'insister sur la structure oligopolistique du marché et sur le profil des acteurs de ce marché¹³⁰, la décision soulignait que la demande était concentrée, résultant à 84 % d'activités de maintenance.

163. Les facteurs qui viennent d'être présentés jouent un rôle plus important s'agissant des produits chimiques à usage industriel et de produits relativement homogènes. Dans le cas des détergents et des produits d'hygiène, les entreprises tentent plutôt de différencier leurs produits et de réduire l'élasticité de la demande. Ainsi, les détergents, qui sont des produits très achetés, qui évoluent rapidement et sont étroitement liés aux besoins courants des ménages, se caractérisent par une élasticité-prix de la demande relativement faible. Dans la décision qu'elle a rendue en 2014 dans l'affaire relative aux produits d'entretien et d'hygiène, l'autorité française de la concurrence souligne que l'élasticité-prix de la demande était relativement faible, ce qu'elle explique principalement par le fait que ces produits sont indispensables aux ménages. De plus, la différenciation des produits à travers l'image de marque, l'innovation et la publicité jouent un rôle central dans le choix des consommateurs¹³¹.

¹²⁷ Décision de la Commission, COMP/39.396 – Réactifs à base de carbure de calcium et de magnésium destinés aux secteurs sidérurgique et gazier, 2009 (C 2009) 5791 final (22 juillet 2009), consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39396/39396_2009_5.pdf, paragraphe 43. S'agissant des évolutions techniques, la décision évoque « [I]a création d'usines sidérurgiques plus efficaces et le remplacement de plus en plus courant de l'acétylène par des technologies plus efficaces pour souder et découper ».

¹²⁸ Selon la décision et les parties elles-mêmes (paragraphe 175), les granulés de carbure de calcium et de magnésium étaient, jusqu'à un certain point, substituables entre eux.

¹²⁹ Les entreprises s'étaient entendues pour se répartir la clientèle afin de conserver leurs clients traditionnels sans avoir à subir la pression des concurrents également membres de l'entente. Voir le communiqué de presse de l'autorité italienne de la concurrence à l'adresse <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1612-marine-paint-manufacturers.html>

¹³⁰ Autorité italienne de la concurrence, décision du 25 janvier 2007, I646 – Produttori vernici marine, Provvedimento n. 16404, consultable à l'adresse www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/download/41256297003874BD/3DF3B800930B1730C125727D004C4232.html?a=p16404.pdf. L'autorité de la concurrence souligne que les cinq entreprises représentaient la quasi-totalité des fournisseurs en Italie. De surcroît, elles appartenaient à des groupes multinationaux et pouvaient de ce fait garantir qu'elles pourraient fournir les produits déjà utilisés dans la phase de construction. Leurs liens avec des groupes ou réseaux multinationaux constituaient également une barrière à l'entrée du fait qu'il était difficile à un nouveau fournisseur d'être compétitif par rapport au profil international des entreprises en place. L'une de ces entreprises faisait partie du groupe Akzo Nobel.

<http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/download/41256297003874BD/3DF3B800930B1730C125727D004C4232.html?a=p16404.pdf>

¹³¹ Autorité de la concurrence, décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, paragraphes 1341-1349.

1.4. Autres facteurs

1.4.1. Homogénéité des produits

164. Comme évoqué dans la section 3, il est plus probable que des ententes se forment lorsque les produits sont relativement homogènes. En général, les entreprises du secteur chimique fabriquent des produits plutôt homogènes. Ainsi, dans la décision rendue au sujet de l'entente sur le dioxyde de titane aux États-Unis, le tribunal régional souligne que le produit était comparable à un produit de base et qu'il était le même chez les cinq vendeurs : « [...] le dioxyde de titane est un produit standard, comparable à un produit de base. Le prix était, *in fine*, sa caractéristique la plus importante pour les clients puisqu'il existait peu de différences de qualité entre les produits vendus par les défendeurs »¹³².

1.4.2. Capacités excédentaires

165. La décision rendue au sujet de l'entente sur le dioxyde de titane aux États-Unis citait aussi l'existence de capacités excédentaires parmi les facteurs structurels de nature à favoriser la collusion : « [...] les plaignants avancent des éléments qui laissent penser que les défendeurs conservaient des capacités excédentaires. Or, l'excédent de capacités "rend la concurrence par les prix plus risquée que d'ordinaire et fait de la collusion une stratégie plus intéressante que d'ordinaire" »¹³³.

166. Ainsi comme l'expliquent Levenstein et Suslow (2011), dans l'entente (mondiale) sur les vitamines, la hausse des exportations chinoises de vitamine C est au nombre des facteurs qui ont conduit à l'éclatement de l'entente sur la vitamine C.

1.4.3. Asymétrie

167. L'asymétrie des parts de marché et des coûts entre les parties est souvent considérée comme un facteur de nature à rendre les ententes moins stables et plus difficiles à former. En toute logique, il devrait donc exister une faible corrélation entre les secteurs touchés par les ententes et l'hétérogénéité des parts de marché des principales entreprises présentes sur ce marché¹³⁴. Or, dans l'entente sur la méthionine¹³⁵, les entreprises Degussa (Allemagne), Nippon Soda (Japon) et Aventis (ex-Rhône-Poulenc, France) furent condamnées pour avoir participé, entre 1986 et 1999, à une entente mondiale sur le marché de la méthionine, l'un des acides aminés les plus importants du monde, principalement utilisé dans l'alimentation destinée aux volailles et aux porcs. Comme le soulignent Grout et Sonderegger (2005), dans cette affaire, « les parts de marché détenues par les membres de l'entente étaient très hétérogènes, Degussa étant le premier producteur du monde tandis que Nippon Soda était une entreprise cinq fois plus petite ».

¹³² United States District Court for the District of Maryland, affaire *In re Titanium Dioxide Antitrust Litigation*, 10- cv-00318-RDB, 14 août 2013, p. 48.

¹³³ United States District Court for the District of Maryland, affaire *In re Titanium Dioxide Antitrust Litigation*, 10- cv-00318-RDB, 14 août 2013, p. 49.

¹³⁴ Grout et Sonderegger (2005).

¹³⁵ Au sujet de l'affaire de la méthionine, voir Décision de la Commission du 2 juillet 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire C.37.519 – Méthionine), JO [2003] L 255/1, consultable à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003D0674&from=FR>

2. Ciment et béton

2.1. Concentration

168. Les autorités de la concurrence ont évoqué la forte concentration du marché dans plusieurs affaires et précisé qu'elle était due au niveau élevé des investissements à réaliser pour accéder au marché et dégager des économies d'échelle. Qui plus est, cette concentration a été dénoncée en termes, non seulement de parts de marché mais aussi de capacités (en Inde et en Pologne, par exemple). Certaines affaires impliquaient souvent les mêmes entreprises multinationales, présentes sur plusieurs marchés nationaux à travers leurs filiales.

169. En Belgique, dans une affaire récente, le Conseil de la concurrence a relevé à la fois la taille et la stabilité des parts de marché détenues par les membres de l'entente. Ainsi déclare-t-il dans cette décision¹³⁶ que « l'on constate des parts de marché sur le marché du ciment gris relativement stables, marché dominé par CBR et Holcim qui détiennent respectivement une part de marché de [30 à 40 %] pour le premier et de [20 à 30 %] pour le second. Avec CCB, les trois cimentiers belges possèdent plus de 70 % du marché du ciment gris ».

170. Cette forte concentration a également été soulignée dans le cas d'une entente sur le ciment en Afrique du Sud. La concentration avait facilité la surveillance de l'accord sur la base des données agrégées que l'organisation sectorielle communiquait à ses membres (voir l'encadré).

Encadré 4. Collusion et concentration dans le secteur sud-africain du ciment

L'autorité sud-africaine de la concurrence a ouvert une enquête sur le secteur du ciment en juin 2008 puis en 2009, et peu après, le principal cimentier du marché a déposé une demande de clémence. L'entente portait sur les prix et sur le partage du marché, les principaux cimentiers, à savoir Pretoria Portland Cement Company Limited (PPC), Lafarge, AfriSam (South Africa) (Pty) Ltd (AfriSam) et Natal Portland Cement Cimpor (Pty) Ltd (NPC-Cimpor), se répartissaient les parts de marché et les territoires. PPC a bénéficié d'une amnistie, AfriSam et Lafarge ont transigé, tandis que Natal Portland Cement Cimpor, refusant toute transaction, a laissé le soin au tribunal de se prononcer sur sa sanction.

Les membres de l'entente tentaient de conserver les parts de marché qu'ils détenaient avant 1996, c'est-à-dire avant que l'entente ne tombe sous le coup du droit de la concurrence. Prévoyant le démantèlement de l'entente légale, ils s'entendirent pour conserver les parts de marché qu'ils possédaient lorsque l'accord était légal.

Comme l'expliquent Govinda, Khumalo et Mkhwanazi (2014), la concentration du secteur facilitait la surveillance de l'accord. Selon les auteurs, « étant donné la forte concentration du secteur du ciment, les entreprises pouvaient utiliser les données agrégées communiquées par l'association sectorielle pour surveiller leur propre part de marché. En cas d'évolution (en deçà ou au-delà d'un certain objectif), les données permettaient à l'entreprise d'en déterminer avec précision l'origine. Il était alors possible d'infliger des punitions ciblées ou de réduire les volumes sans entraîner de guerre des prix ou déstabiliser le marché de toute autre manière ».

En 2014, l'autorité de la concurrence a donné son feu vert à l'acquisition de Lafarge par Holcim à condition que Holcim cède sa participation dans AfriSam dans un délai de trois ans à compter de l'approbation de la fusion. Elle s'est exprimée en ces termes : « La participation de Holcim dans AfriSam, qui produit du ciment en Afrique du Sud, aurait des effets anticoncurrentiels après la fusion. Cette participation crée en effet un lien structurel préjudiciable entre Holcim et AfriSam parce qu'elle permet à Holcim d'avoir accès aux informations commercialement sensibles détenues par AfriSam ».

Zegeni et Mondliwa (2015) évoquent eux aussi le processus de concentration à l'œuvre dans le secteur. Ils soulignent que le secteur cimentier sud-africain « dépend essentiellement de grandes multinationales, à savoir Lafarge, Heidelberg et Holcim » et que la fusion entre Holcim et Lafarge et celle entre AfriSam et PPC auront pour effet de faire entrer quelques acteurs consolidés, ce qui risque d'avoir des conséquences anticoncurrentielles dans le secteur.

¹³⁶

Conseil de la Concurrence, Décision n° 2013-I/O-34 du 30 août 2013, Affaire CONC-I/O-05/0075 : Cimenteries CBR S.A., Holcim (Belgique) S.A., Compagnie des ciments belges S.A., FEBELCEM A.S.B.L. et CRIC, paragraphe 43, consultable à l'adresse economie.fgov.be/fr/binaries/34_2013IO34_Pub_tcm326-231421.pdf

171. Une association sectorielle a également été impliquée dans une affaire en Inde, où l'autorité de la concurrence (Competition Commission of India ou CCI) a estimé que les cimentiers s'étaient coordonnés sur les prix, le transport et l'approvisionnement. En 2002, la CCI a infligé une amende à 11 cimentiers et à leur association professionnelle pour accords anticoncurrentiels. Selon la décision, la CCI a constaté qu'un petit nombre d'entreprises avait une forte présence sur le marché indien, à travers des sites de production répartis sur l'ensemble du territoire. Elle a considéré que « le fait qu'un petit nombre de grands acteurs détienne la majeure partie du marché indien du ciment faisait de ce marché un oligopole. Or, dans un oligopole, les entreprises étant peu nombreuses, l'interdépendance est inévitable »¹³⁷.

172. En 2009, l'autorité polonaise de la concurrence et de la protection des consommateurs (UOKiK) a rendu une décision contre les plus gros cimentiers du pays au motif qu'entre 1998 et 2009, ils avaient partagé entre eux le marché national du ciment gris. Les sept entreprises en cause « détenaient près de 100 % du marché polonais du ciment gris en termes de production et de ventes »¹³⁸.

173. Bejger (2011) a examiné divers indicateurs dans l'entente polonaise sur le ciment, notamment les caractéristiques des parts de marché et les prix. Il a constaté que « les parts de marché détenues par les acteurs et les prix/l'offre présentaient des caractéristiques associées, d'après la théorie, à des pratiques de collusion, notamment : la stabilité, la faible variabilité des parts de marché et l'indépendance de la structure des parts de marché par rapport à la taille du marché, le lissage de la saisonnalité des prix et leur faible corrélation avec l'offre (ou la demande) ».

174. L'entente roumaine sur le ciment a confirmé le caractère oligopolistique du secteur. Selon la décision rendue dans cette affaire, le marché roumain était un oligopole dont les trois membres de l'entente détenaient 98 % en 2003¹³⁹.

¹³⁷ Competition Commission of India, affaire n° 29/2010, Builders Association of India against Cement Manufacturers' Association and others, paragraphes 6.5.45-6.5.47. Dans cette décision, la CCI s'exprime également en ces termes : « S'agissant des capacités disponibles, les données de la CMA relatives à l'année 2010 révèlent qu'il y avait 47 cimentiers, possédant 142 sites et une capacité installée égale à 97 % de la capacité totale. Comme souligné dans les paragraphes précédents, 12 cimentiers possèdent environ 75 % de la capacité totale de production de l'Inde. De plus, selon le directeur général, 21 entreprises détiennent environ 90 % du marché en termes de capacités ». La décision peut être consultée dans son intégralité à l'adresse cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/292011.pdf

¹³⁸ Communiqué de presse de l'Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK), 13 décembre 2013, UOKiK breaks cement cartel: Decision of UOKiK, consultable à l'adresse uokik.gov.pl/news.php?news_id=10754 ; communiqué de presse du 10 décembre 2009, Cement cartel smashed, consultable à l'adresse uokik.gov.pl/news.php?news_id=1768. Selon l'autorité, l'entente consistait en un accord passé entre les producteurs de ciment gris Lafarge Cement, Górażdże Cement, Grupa Ożarów, Cemex, Dyckerhoff, Cementownia Warta et Cementownia Odra. Les entreprises avaient réparti entre elles le marché polonais en acceptant de geler les parts de marché et de s'entendre sur un prix minimum pour le ciment, ainsi que sur le calendrier, le montant et l'ordre d'entrée en vigueur des hausses de prix. Il a de surcroît été établi que les membres de l'entente tenaient diverses réunions et échangeaient à cette occasion des informations sensibles, en particulier sur les volumes des ventes. L'entente a été détectée à la suite d'une demande de clémence.

¹³⁹ Romanian Competition Council, Decision n° 94/26.05.2005 relating to the sanctioning of LAFARGE ROMCIM S.A., HOLCIM (Romania) S.A. and CARPATCEMENT HOLDING S.A. for the infringement of Article 5(1)(a) of the Competition Law no 21/1996, paragraphe 18, consultable à l'adresse www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id6156/decizii_2005_94.pdf. En 2005, l'autorité roumaine de la concurrence a estimé que les sociétés SC Lafarge Romcim SA (filiale du groupe Lafarge), SC Holcim Romania SA (filiale du groupe Holcim) et SC Carpatcement Holding SA (filiale du groupe Heidelbergcement) avaient participé à une entente sur les prix.

2.2. *Barrières à l'entrée*

2.2.1. *Intégration verticale*

175. Le secteur de la production de ciment est protégé par d'importantes barrières à l'entrée, principalement dues au montant élevé des investissements d'équipement nécessaires et des coûts d'exploitation. En outre, parmi les caractéristiques structurelles qui contribuent à créer ces barrières figure l'intégration verticale des producteurs de ciment et de béton, qui, du fait de la proximité des deux produits, permet aux entreprises de réaliser des gains d'efficacité. Cette caractéristique structurelle, conjuguée au montant élevé des investissements nécessaires, fait en général fortement obstacle à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. Elle a été mentionnée dans des affaires concernant le Brésil, la Belgique et la Turquie.

176. Dans une décision de 2013 relative à une entente sur le ciment en Belgique, le Conseil de la concurrence a évoqué les facteurs structurels qui jouent un rôle dans le secteur du ciment. La décision souligne que les principaux cimentiers de Belgique et d'Europe sont verticalement intégrés et liés à la production de béton, si bien que le marché du ciment gris est verticalement lié au marché du béton prêt à l'emploi¹⁴⁰.

177. L'autorité turque de la concurrence (TCA) signale aussi que l'intégration verticale du secteur du ciment constitue une barrière à l'entrée. Le ciment étant le principal composant du béton et du clinker, les entreprises intègrent leur production verticalement afin de fabriquer tous les produits et de dissuader de nouveaux producteurs d'entrer sur le marché. Les nouveaux entrants ne seraient en effet pas en mesure d'être compétitifs par rapport aux économies d'échelle déjà réalisées par les producteurs intégrés. De plus, les entreprises intégrées verticalement peuvent mettre en difficulté les producteurs non intégrés déjà présents sur le marché qui ont besoin de leur acheter les matières premières (comme le ciment) nécessaires pour fabriquer le produit final (comme le béton)¹⁴¹. Les liens entre les produits ont favorisé l'intégration verticale des entreprises mais cette caractéristique structurelle a créé des barrières à l'entrée et est donc susceptible d'entraver la concurrence. L'autorité turque de la concurrence a également estimé que le fait que les entreprises disposent d'un réseau de distribution dense constituait une autre barrière à l'entrée. Les distributeurs s'approvisionnant auprès d'un seul producteur, en mesure de satisfaire leurs demandes, tout nouvel arrivant doit créer un nouveau réseau de distribution pour être sur un pied d'égalité avec les entreprises déjà en place¹⁴².

178. Dans une décision de 2014, le Conseil administratif de défense économique (CADE), autorité brésilienne de la concurrence, a pris des mesures structurelles et imposé des amendes record,

¹⁴⁰ Conseil de la Concurrence, Décision n° 2013-I/O-34 du 30 août 2013, affaire CONC-I/O-05/0075 : Cimenteries CBR S.A., Holcim (Belgique) S.A., Compagnie des ciments belges S.A., FEBELCEM A.S.B.L. et CRIC, paragraphe 41.

¹⁴¹ OCDE (2008), *Competition in the Construction Industry*, DAF/COMP(2008)36, résumé, p. 99, consultable à l'adresse www.oecd.org/daf/competition/sectors/41765075.pdf

¹⁴² L'autorité turque de la concurrence s'intéresse depuis des années au marché du ciment, de même qu'aux marchés du béton prêt à l'emploi et du béton aéré. Elle affirme avoir conduit plus d'une dizaine d'enquêtes sur ces marchés et avoir pris des mesures de prévention. En 2006, dans le cadre d'une de ces enquêtes, le conseil de l'autorité a décidé de contraindre les producteurs de ciment et de béton prêt à l'emploi à fournir des informations sur leurs capacités mensuelles, ainsi que des chiffres sur la production et les ventes. L'autorité de la concurrence estime que ce type de mesure est également « conçu comme un outil de filtrage pour le marché du ciment » (voir OCDE (2013), *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*, DAF/COMP(2013)27, p. 197, consultable à l'adresse <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>).

d'un milliard EUR, dans le secteur du ciment et du béton¹⁴³. L'entente s'était initialement formée sur le marché du béton, les entreprises échangeant des actifs entre elles de manière à conserver la participation au marché sur laquelle elles s'étaient préalablement entendues. Le rapporteur justifia¹⁴⁴ l'obligation de cession d'actifs imposée aux membres de l'entente en la présentant « comme un moyen d'intensifier la concurrence sur le marché ». Il expliqua que le secteur brésilien du ciment était très concentré, un très petit nombre de producteurs contrôlant le marché, et ajouta que ces producteurs possédaient des actifs jusqu'en bas de la chaîne d'approvisionnement, ce qui favorisait la collusion. Il estima que le fait d'obliger les entreprises à céder des sites de production, des fours à ciment et des participations minoritaires permettrait l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché et libéraliserait la structure verticale du secteur. Le CADE a également contraint les entreprises condamnées à céder 20 % de leurs capacités de production de béton dans les régions dans lesquelles elles possédaient plus d'un site de production de béton. Enfin, il leur a interdit d'effectuer des transactions entre elles dans le cadre de projets dans le secteur du ciment et d'acquérir quelque actif que ce soit sur le marché du béton pendant cinq ans.

2.2.2. Normes techniques

179. Les normes techniques peuvent être utilisées de manière anticoncurrentielle pour empêcher l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché ou favoriser les entreprises en place. Les affaires d'entente qui ont eu lieu au Brésil et en Belgique en sont une illustration.

180. Dans l'entente condamnée en 2014 au Brésil, les entreprises impliquées avaient érigé des barrières à l'entrée en modifiant les règles édictées par l'organisme brésilien compétent en matière de normes techniques (ABNT). Les nouvelles règles interdisaient, entre autres, l'utilisation d'adjuvants pour préparer le béton, ce qui rendait impossible la conversion d'un site de production de béton en un site de production de ciment. Les entreprises impliquées pouvaient ainsi, à la différence de leurs concurrents non intégrés, continuer d'utiliser leurs sites de production de béton (intégrés avec leurs sites de production de ciment). En conséquence, le nombre d'acteurs présents sur le marché a accusé une baisse favorable aux producteurs intégrés.

181. Dans sa décision de 2013 relative à l'entente belge sur le ciment, le Conseil de la concurrence s'est également intéressé à l'utilisation de normes techniques à des fins anticoncurrentielles. En 1999, ORCEM (Pays-Bas) décida d'entrer sur le marché belge, ce qui supposait que son produit soit certifié et normalisé (en d'autres termes reconnu conforme aux normes nationales). Les cimentiers CBR, CCB et Holcim, de même que l'association professionnelle Febelcem et Centre national de recherches scientifiques et techniques pour l'industrie cimentière retardèrent l'adoption des autorisations et normes nécessaires à l'utilisation de laitier moulu pour fabriquer du ciment prêt à l'emploi, ce qui eut pour conséquence de retarder l'entrée sur le marché d'ORCEM. Selon la décision¹⁴⁵, les accords et pratiques concertées avaient un objectif anticoncurrentiel et ont eu pour effet d'au moins retarder la normalisation et la certification du produit d'ORCEM et, par conséquent, l'entrée sur le marché d'ORCEM.

¹⁴³ Le CADE infligea une amende à six entreprises, six personnes physiques et trois organisations sectorielles du secteur du ciment et du béton. Il estima qu'entre 1986 et 2007, les parties s'étaient entendues pour fixer les prix, répartir le marché et ériger des barrières à l'entrée. Décision du CADE du 29 mai 2014, consultable à l'adresse www.cade.gov.br/Default.aspx?71c455a47c9166ad78c596a1b69f

¹⁴⁴ D'après Harry Philips, *Alleged cement cartel facing unprecedented CADE fines and asset sales* (30 janvier 2014), consultable à l'adresse globalcompetitionreview.com/news/article/35122/alleged-cement-cartel-facing-unprecedented-cade-fines-asset-sales/

¹⁴⁵ Conseil de la concurrence, Décision n° 2013-I/O-34 du 30 août 2013, affaire CONC-I/O-05/0075 : Cimenteries CBR S.A., Holcim (Belgique) S.A., Compagnie des ciments belges S.A., FEBELCEM A.S.B.L. et CRIC, paragraphe 309.

2.2.3. Coût du transport

182. L'industrie du ciment et du béton a pour autre caractéristique importante le coût élevé du transport. Dans certaines régions, le manque d'infrastructures et le coût élevé du transport peuvent limiter les possibilités d'achat et de vente. Selon Harrington *et al.* (2014), « le mode de transport le plus utilisé est le transport par camion mais le transport par voie ferroviaire ou maritime est moins coûteux, si tant est qu'il soit possible d'y recourir. Peut-être faut-il en déduire qu'en l'absence de possibilités de transport par voie ferroviaire ou maritime, le marché géographique pertinent est le marché local ». En tout état de cause, que le problème soit lié au coût ou au caractère local des ventes, l'entrée sur le marché devient moins intéressante.

183. La Turquie a signalé ce problème, estimant que le ciment « est un produit qui peut être vendu sur un marché géographique spécifique en raison du coût élevé du transport »¹⁴⁶. La Suisse a également souligné que les cimentiers étrangers ne pouvaient pas participer à des projets dans le secteur de la construction parce que les règles relatives à la protection de l'environnement imposaient de transporter le ciment par voie ferroviaire et que seuls quelques fournisseurs suisses disposaient d'un accès direct (et moins coûteux) au réseau ferré¹⁴⁷.

184. De même, l'entente sur le ciment détectée en Roumanie a mis en lumière l'existence de barrières à l'entrée dans le secteur du ciment. Selon la décision rendue en 2005, une nouvelle entreprise s'installant en Roumanie devrait réaliser un investissement de départ important, supérieur à 200 millions EUR, alors que seule une partie de la capacité de production installée est nécessaire pour répondre à la demande effective. Enfin, compte tenu de la superficie du pays, de l'insuffisance des infrastructures et de la distance par rapport aux autres sources de ciment, les importations de ciment sont relativement onéreuses¹⁴⁸.

2.3. Autres facteurs

2.3.1. Homogénéité des produits

185. Le secteur du ciment fabrique un produit homogène, ce qui rend la collusion particulièrement intéressante et l'entente sur un prix commun relativement facile (Harrington *et al.*, 2014).

186. Ainsi, en Europe, bien qu'il en existe de nombreuses variétés (27) selon la norme européenne EN 197-1, le ciment est considéré comme un produit homogène (Harrington *et al.*, 2014 et Hüscherlath et Veith, 2014)¹⁴⁹. Cette homogénéité est confirmée par Boyer et Ponsard (2013) s'agissant du secteur du ciment européen. Les auteurs soulignent toutefois aussi que « le coût élevé du transport par rapport au prix départ usine se traduit par une forte différenciation géographique ».

187. L'autorité turque de la concurrence a elle aussi évoqué l'homogénéité du produit, soulignant qu'à « la différence du savon, le ciment ne peut être différencié sur la base de sa couleur, de son odeur ou de son

¹⁴⁶ OCDE, DAF/COMP(2008)36, p. 99.

¹⁴⁷ OCDE, DAF/COMP(2008)36, p. 95.

¹⁴⁸ Romanian Competition Council, Décision n° 94/26.05.2005 relating to the sanctioning of LAFARGE ROMCIM S.A., HOLCIM (Romania) S.A. and CARPATCEMENT HOLDING S.A. for the infringement of Article 5(1)(a) of the Competition Law n° 21/1996, paragraphe 19, consultable à l'adresse www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id6156/decizii_2005_94.pdf

¹⁴⁹ En Europe, l'essentiel du ciment vendu est le CEM I, qui n'est composé que de clinker de ciment Portland et ne peut contenir aucun autre composant.

emballage, raison pour laquelle le prix est le seul instrument qui permet d'intensifier la concurrence sur le marché »¹⁵⁰.

2.3.2. Capacités excédentaires

188. Comme mentionné dans la section 3, les effets de l'utilisation des capacités sur la collusion ne sont pas parfaitement établis. Ainsi que l'a expliqué l'autorité de la concurrence du Royaume-Uni à l'occasion de l'enquête conduite sur le marché du ciment, des agrégats et du béton prêt à l'emploi, « il est permis de penser que les producteurs ont besoin de capacités excédentaires pour pouvoir punir les entreprises qui dévient de l'entente et pour que l'entente puisse se former ; toutefois, lorsque l'excédent de capacités est très important, il est plus difficile que la coordination perdure si les producteurs doivent respecter un taux d'utilisation des capacités inférieur à celui en deçà duquel la production n'est plus efficiente parce que l'incitation à augmenter la production devient alors très forte »¹⁵¹. L'enquête a montré qu'en 2008 et 2010, le secteur avait des excédents de capacités très importants et que cette situation avait conduit à la fermeture ou à la mise en sommeil de certains sites de production.

189. En 2003, la Bundeskartellamt a infligé une amende record aux six plus grands cimentiers allemands, dont Holcim, Heidelberg Cement, Lafarge Zement et Schwenk Zement. Selon l'autorité, durant les années 90, les principaux cimentiers du marché s'étaient partagé les marchés du ciment¹⁵². L'entente portait sur quatre marchés régionaux du ciment, correspondant à la Westphalie, ainsi qu'à l'est, au nord et au sud de l'Allemagne.

190. Harrington *et al.* (2014) donnent des chiffres sur les volumes produits et consommés et sur les capacités dans le secteur allemand du ciment. Les auteurs expliquent que la consommation nationale de ciment a augmenté au début des années 90, avant de chuter à compter de la fin des années 90. Parallèlement, la production nationale est globalement restée relativement stable. Les capacités de cuisson ont diminué du fait d'une diminution du nombre d'usines. Toutefois, cette baisse sensible des capacités conjuguée à la relative stabilité des volumes de production laisse penser que le taux d'utilisation global des capacités a progressé. Selon les auteurs, en 2005, les trois cimentiers membres de l'entente détenaient 86.1 % des capacités en Allemagne.

191. La décision rendue concernant l'entente sur le ciment en Inde indiquait que le taux d'utilisation des capacités de production des cimentiers avait chuté pour s'établir à 73 % durant l'année 2010, contre 83 % en 2009-10. La CCI a estimé que les cimentiers n'avaient pas utilisé l'intégralité de leurs capacités de production, de manière à réduire l'offre et à faire monter les prix dans un contexte de hausse de la demande. Elle s'exprime en ces termes : « alors que le taux d'utilisation des capacités avait connu une hausse constante au cours des quatre années écoulées, la production n'a pas augmenté en conséquence au cours de cette période, ce qui laisse penser que les cimentiers se sont entendus pour que la production reste

¹⁵⁰ OCDE, DAF/COMP(2008)36, p. 99.

¹⁵¹ UK Competition Commission (2013), Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation, Coordinated effects in Great Britain cement, Appendix 1, https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5329dfb2e5274a226b0002b1/coordinated_effects_in_great_britain_cement_excised.pdf

¹⁵² Bundeskartellamt, communiqué de presse du 10 avril 2013, Highest fine in Bundeskartellamt history is final – Federal Court of Justice confirms compliance of fine provision with the constitution, consultable à l'adresse www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/10_04_2013_BGH-Zement.html

inférieure à la demande de manière à rendre le produit artificiellement rare et à pouvoir dégager davantage de bénéfices¹⁵³ ».

2.3.3. *Transparence permise par les associations professionnelles*

192. Comme souligné plus haut, un niveau élevé de transparence et d'échange d'informations a été constaté dans le secteur du ciment, ce qui s'explique souvent par le rôle des associations professionnelles.

193. La décision relative à l'entente indienne indiquait qu'un système d'échange d'informations permis par l'association des cimentiers (CMA) était en place. Les informations échangées étaient des informations hebdomadaires sur les prix de détail et de gros, sur la production effective et les capacités disponibles¹⁵⁴. En outre, la CMA avait créé un haut comité de la CMA, qui tenait diverses réunions offrant aux membres de l'entente l'occasion de passer des accords et d'échanger des informations.

194. L'autorité turque de la concurrence a elle aussi signalé que la forte transparence du marché du ciment. En premier lieu, les producteurs étant peu nombreux et ayant les mêmes distributeurs, il leur était possible d'obtenir des informations sur les prix effectivement facturés par leurs concurrents. De plus, l'association turque des cimentiers, qui recueille notamment des informations sur la demande régionale, peut permettre d'échanger des informations et facilite aussi le suivi des accords anticoncurrentiels¹⁵⁵.

3. Secteur agroalimentaire

3.1. *Concentration*

195. Les problèmes concurrentiels sont souvent liés à la concentration du secteur, soit au niveau de la production soit le long de la chaîne d'approvisionnement. Comme souligné dans OCDE (2014), « la chaîne d'approvisionnement agroalimentaire se présentant comme un ensemble de marchés verticalement liés, les problèmes concurrentiels peuvent se manifester au sein de l'un quelconque des maillons de cette chaîne ou au niveau des liens entre ces différents maillons ».

196. Une forte concentration de la production a été observée en Europe et aux États-Unis¹⁵⁶¹⁵⁷. Comme le montre le graphique ci-après, le degré de concentration varie selon les produits.

¹⁵³ Competition Commission of India, affaire n° 29/2010, Builders Association of India against Cement Manufacturers' Association and others, paragraphe 6.7.2

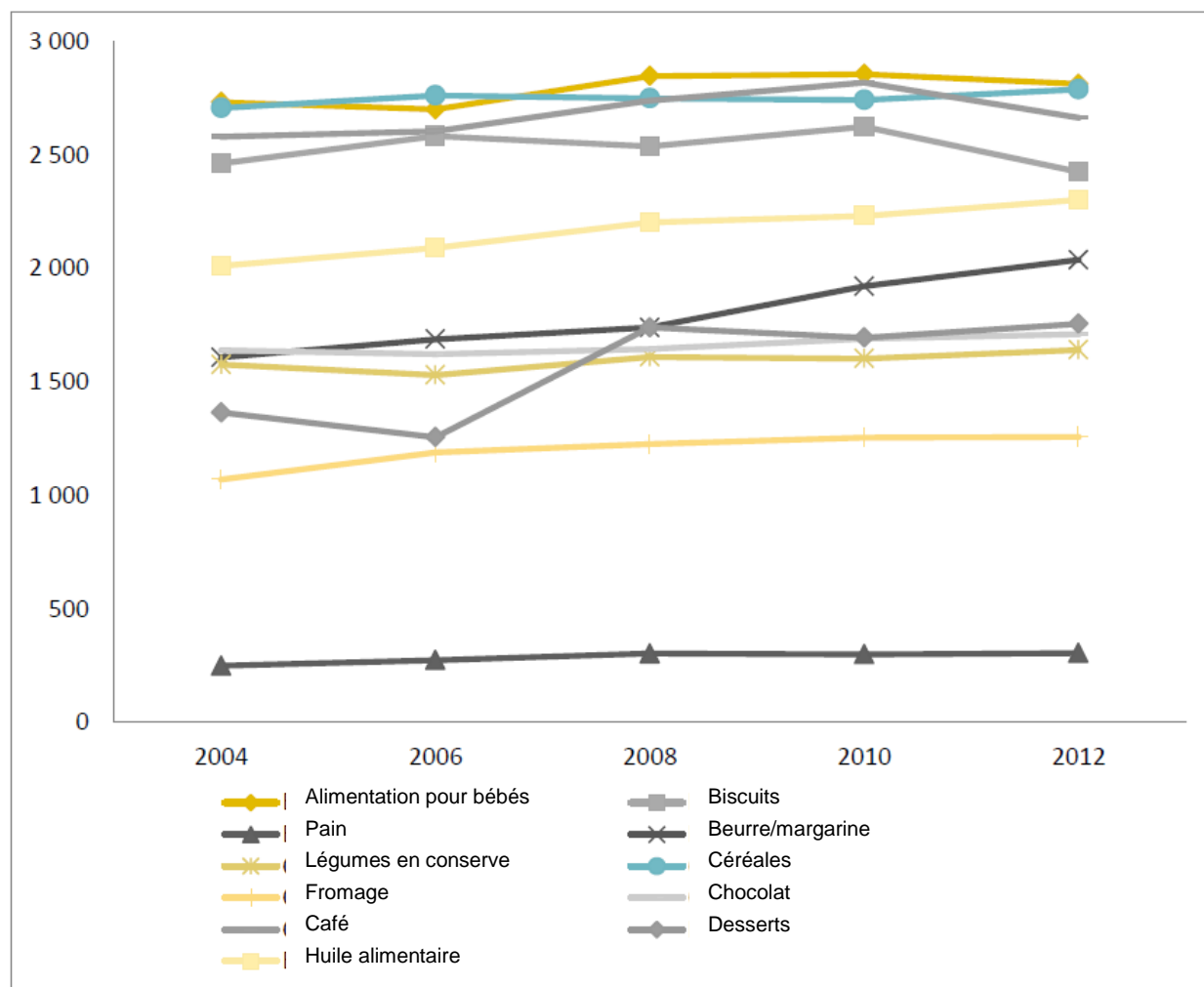
¹⁵⁴ Competition Commission of India, affaire n° 29/2010, Builders Association of India against Cement Manufacturers' Association and others, paragraphe 4.2.44

¹⁵⁵ OCDE, DAF/COMP(2008)36, p. 100.

¹⁵⁶ OCDE (2014), Competition issues in the food chain industry, DAF/COMP(2014)16, tableaux 2 et 3, pp. 15-16.

¹⁵⁷ Le Réseau européen de la concurrence (REC) et la Commission européenne relèvent que « dans l'industrie agroalimentaire, la concentration est relativement forte dans certains secteurs et certaines régions : ainsi, la principale entreprise de transformation du lait est à l'origine de plus de 50 % de la production nationale au Danemark, en Suède et aux Pays-Bas. Dans le secteur des produits alimentaires, la concentration est forte également. Par exemple, dans beaucoup d'États, deux producteurs fournissent plus de 70 % de l'alimentation pour bébés. Il est cependant possible que la situation varie d'un État membre à l'autre : dans le cas des produits à base de chocolat (tablettes, friandises, etc.) par exemple, le marché est principalement approvisionné par deux producteurs au Royaume-Uni, en Irlande et en Pologne, contre plus de cinq en France ». Voir OCDE (2014), Competition issues in the food chain industry, DAF/COMP(2014)16, p. 110, qui renvoie aux affaires COMP/M.4842 – Danone/Numico et COMP/M.5644 – Kraft Foods/Cadbury.

Graphique 11. Concentration des producteurs mesurée par l'indice de Herfindahl-Hirschmann (HHI) par segment de marché, par catégorie de produits (niveau national), moyenne pour quelques produits dans 14 États membres¹⁵⁸



Source : Analyse de EY à partir de données de © Euromonitor International

197. L'alimentation pour bébés et les céréales figurent parmi les produits examinés dans l'étude qui affichent l'indice de Herfindahl-Hirschmann (HHI) le plus élevé (graphique A1)¹⁵⁹. D'autres produits fréquemment visés par des enquêtes pour entente affichaient un indice de concentration plus faible :

¹⁵⁸ Le graphique est extrait d'une étude réalisée par EY France, Arcadia International et Cambridge Econometrics pour la Commission européenne (graphique 76), consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/overview_en.html

¹⁵⁹ Selon l'étude, les plats cuisinés surgelés se caractérisent par un HHI élevé, compris entre 3 000 et 3 500. Les pizzas et entrées surgelées ont affiché un HHI proche de 3 000 en 2010 et 2012.

l'indice HHI du chocolat s'établissait à environ 1 500 et celui du lait était compris entre 2 000 et 2 500 en moyenne dans les pays couverts par l'étude¹⁶⁰¹⁶¹.

198. Ces différences entre catégories de produits ont été confirmées par une étude de 2011 sur le marché norvégien¹⁶². D'après cette étude, le marché était très concentré, plus encore au niveau des fournisseurs qu'au niveau des distributeurs. Sur différents segments de produits, les trois premiers fournisseurs présents détenaient au total une part de marché comprise entre 61 % et 99 %. Le degré de concentration variait cependant d'un segment à l'autre. L'étude norvégienne soulignait également qu'il pouvait être difficile pour les fournisseurs d'accéder à certains marchés de petite taille.

199. Selon les autorités de la concurrence qui ont examiné des affaires sur les marchés du lait infantile et de l'alimentation pour bébés, ces marchés se caractérisent par une forte concentration des fournisseurs. L'autorité italienne de la concurrence a eu à examiner à plusieurs reprises, en 2000¹⁶³ et en 2005¹⁶⁴, des pratiques collusoires sur le marché du lait infantile. Elle estime qu'en Italie, ce marché se caractérise par la coexistence d'un petit nombre d'opérateurs de grande taille et d'une frange concurrentielle, les huit plus gros acteurs présents détenant au total plus de 90 % des trois segments visés par l'enquête (les préparations pour nourrissons, les préparations de suite et les préparations spéciales). L'autorité souligne également que plusieurs facteurs affaiblissaient la concurrence sur le marché (voir ci-après, section 3.3.1.)¹⁶⁵.

200. Le marché de l'alimentation pour bébés est également très concentré aux États-Unis. En 2001, la Federal Trade Commission (FTC) s'est opposée à une opération de concentration impliquant deux des trois plus grands acteurs du marché de l'alimentation pour bébés aux États-Unis, qui réalise près d'un milliard USD de chiffre d'affaires chaque année. À l'époque, le marché était indéniablement dominé par Gerber, qui en détenait environ 65 % et commercialisait des produits dans plus de 90 % des supermarchés du pays. Les deux producteurs qui arrivaient en deuxième et troisième positions, en l'occurrence Heinz et

¹⁶⁰ À savoir la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, l'Espagne et le Royaume-Uni (voir p. 64 de l'étude).

¹⁶¹ L'étude réalisée par EY, Arcadia International et Cambridge Econometrics précise « qu'au niveau national, la concentration des fournisseurs a augmenté dans 20 des 23 catégories de produits étudiées et dans 13 des 14 États membres de l'échantillon. En moyenne, la concentration a davantage progressé durant la période antérieure à la crise (elle a augmenté dans 22 des 23 catégories de produits) qu'après 2008 (elle a alors augmenté dans 17 des 23 catégories de produits). Les produits qui affichaient la concentration moyenne la plus forte entre 2004 et 2012 sont les plats cuisinés surgelés, l'alimentation pour bébés, les céréales et le café. Ce sont les catégories charcuterie/traiteur, fromage et pain frais préemballé qui affichaient la concentration moyenne la plus faible » (page 30).

¹⁶² OCDE, DAF/COMP(2014)16, Competition issues in the food chain industry 2014, p. 294, qui renvoie au rapport NOU, 2013, intitulé « Mat, makt og avmakt, om styrkeforholdene i verdikjeden for mat », résumé anglais consultable à l'adresse www.regjeringen.no/globalassets/upload/lmd/vedlegg/brosjyrer_veiledere_rapporter/mat_makt_og_avmakt_summary_engelsk.pdf

¹⁶³ Affaire I328, consultable à l'adresse <http://www.agcm.it/concorrenza--delibere/concorrenza-provvedimenti/open/41256297003874BD/D9B1D3B7CE26E470C12568A9003A8089.html>

¹⁶⁴ En 2005, l'autorité italienne de la concurrence a clôturé l'enquête ouverte contre sept fournisseurs de lait infantile en Italie (Heinz Italy, Plada, Nestle Italy, Nutricia, Milupa, Humana Italy et Milte Italy) et a conclu à une entente sur les prix.

¹⁶⁵ Affaire I623, consultable à l'adresse <http://www.agcm.it/concorrenza--delibere/concorrenza-provvedimenti/open/41256297003874BD/0403E49529CE6846C12570A00050A409.html> ; OCDE, DAF/COMP/GF/WD(2006)5, Cartel case studies, case submitted by Italy, consultable à l'adresse www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/35994584.pdf

Beech-Nut, ont envisagé de fusionner. Selon la FTC, les deux fournisseurs se livraient une concurrence agressive sur le marché de gros pour conquérir et conserver la place de deuxième marque présente sur les linéaires des distributeurs (après Gerber)¹⁶⁶.

201. En Australie, deux opérations de concentration¹⁶⁷ touchant le lait infantile ont démontré à quel point ce segment de marché était concentré. Dans le premier cas, en 2012, l’Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) a décidé de ne pas s’opposer à l’acquisition par Nestlé de Pfizer Nutrition, entreprise mondiale du secteur de l’alimentation pour bébés appartenant au groupe Pfizer, sous réserve que certains engagements soient respectés. Elle estimait que l’acquisition envisagée conduirait au regroupement de deux des trois plus grands acteurs présents dans un secteur déjà concentré et protégé par d’importantes barrières à l’entrée. Les marques de lait infantile de Nestlé et Pfizer étaient en effet « incontournables » pour les principales chaînes de supermarchés parce que les clients leur étaient particulièrement fidèles et qu’elles attiraient dans les points de vente une clientèle intéressante. Dans le deuxième cas, le 6 juin 2013, l’ACCC a annoncé qu’elle s’opposait à l’acquisition de Rafferty’s Garden par H J Heinz, estimant que l’opération aurait ou risquait d’avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence sur le marché de gros national des aliments liquides, céréales et collations pour bébés.

202. La forte concentration fait également partie des facteurs mis en évidence par les ententes sur la farine qui se sont formées en France et en Allemagne et ont impliqué des entreprises des deux pays, dont l’entreprise VK Mühlen, membre des deux ententes. Dans la décision qu’elle a rendue en 2012 sur l’entente franco-allemande¹⁶⁸, l’autorité française de la concurrence a relevé que la meunerie était un secteur concentré en France, ajoutant que cette situation était la résultante d’un processus de regroupement qui s’était opéré au cours des 20 années écoulées et avait conduit à ce que les moulins et usines d’ensilage se regroupent en un petit nombre d’acteurs. Elle a souligné que le secteur de la meunerie était aussi concentré en Allemagne, comptant essentiellement deux grands groupes et un troisième récemment entré sur le marché¹⁶⁹.

203. Au Royaume-Uni, la décision relative aux pratiques en matière de prix de détail du lait insiste sur l’existence d’une forte concentration au niveau des fabricants de laits liquides. Elle souligne, entre autres, que les petites entreprises de transformation avaient peu de chances de pouvoir approvisionner les distributeurs¹⁷⁰.

¹⁶⁶ OCDE, DAF/COMP(2014)16, Competition issues in the food chain industry, 2014, p. 383, qui renvoie au mémoire présenté par le plaignant à l’appui de la demande d’injonction provisoire, FTC v. H.J. Heinz Co., n° 1:00CV01688 (D.D.C. 14 juillet 2000).

¹⁶⁷ Pour plus d’informations, voir la contribution de l’Australie à OCDE, DAF/COMP(2014)16, Competition issues in the food chain industry, 2014, pp. 56-57.

¹⁶⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, consultable à l’adresse <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d09.pdf>, paragraphe 45.

¹⁶⁹ Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, paragraphe 100.

¹⁷⁰ Decision of the Office of Fair Trading, CA98/03/2011, Dairy retail price initiatives, 26 juillet 2011 (affaire CE/3094-03), paragraphes 4.19 à 4.26, consultable à l’adresse http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/ca-and-cartels/dairy-decision.pdf. La décision renvoie au rapport « Arla Foods Amba and Express Dairies plc: A report on the proposed merger », Competition Commission, octobre 2003 ; des informations générales au sujet de cette affaire peuvent être trouvées à l’adresse <https://www.gov.uk/cma-cases/arla-foods-uk-plc-midlands-co-operative-society-ltd#product-market>

3.2. *Concentration de la distribution et pouvoir d'acheteur*

204. Une forte concentration de la distribution peut également exercer une forte influence sur le fonctionnement de la chaîne agroalimentaire. La concentration croissante des distributeurs a fait craindre que le pouvoir de marché n'ait des incidences sur la concurrence au niveau des entreprises de transformation.

205. En Allemagne, une enquête sur le secteur de la distribution alimentaire¹⁷¹ dont les résultats ont été publiés en 2014 exprimait des préoccupations liées au pouvoir d'acheteur croissant exercé par les grands distributeurs. L'enquête faisait état du petit nombre de distributeurs présents sur le marché, dominé par quatre acteurs nationaux. Selon l'autorité de la concurrence, ces quatre distributeurs étaient de loin les plus gros acheteurs, représentant, ensemble, la plus forte proportion des volumes d'achat. Lorsqu'ils négociaient avec le secteur agroalimentaire, ils étaient largement en mesure d'exploiter à leur avantage la position de force qu'ils occupaient sur le marché¹⁷². L'autorité de la concurrence a cependant aussi relevé que dans les marchés où la structure de l'offre est très concentrée, il peut arriver que les distributeurs désireux de conserver une stratégie multimarques n'aient, au mieux, qu'une possibilité limitée de changer de fournisseur. Cette conclusion reposait sur une évaluation économétrique des résultats de négociations entre producteurs et distributeurs qui avait pour but de déterminer quels facteurs concouraient le plus à expliquer leur pouvoir de négociation relatif¹⁷³.

206. En Australie, l'ACCC a considéré, dans le cadre d'une opération de concentration touchant le marché de l'alimentation pour bébés qu'en l'espèce, les distributeurs alimentaires ne disposaient pas d'un contre-pouvoir suffisant face à l'entité qui résulterait de la fusion entre Heinz et Rafferty's Garden. Leur contre-pouvoir était au contraire limité par le fait que Heinz et Rafferty's Garden disposaient d'une puissance de marque supérieure et bénéficiaient de la confiance et du soutien des consommateurs. Les acheteurs d'aliments pour bébés étant généralement des clients intéressants, les distributeurs avaient grandement intérêt à proposer les marques les plus prisées par ces consommateurs¹⁷⁴.

207. En 2007, l'autorité hongroise de la concurrence (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) a commandé une étude sur les rapports entre les grandes chaînes de distribution et leurs fournisseurs. L'étude conclut que plus une chaîne de distribution est grande (par la taille), plus elle adopte un comportement abusif à l'égard des fournisseurs. Elle montre également que les fournisseurs de relativement grande taille risquent

¹⁷¹ Bundeskartellamt, summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector, 2014, consultable à l'adresse www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary_Sector_Inquiry_food_retail_sector.pdf?__blob=publicationFile&v=3

¹⁷² Ils occupaient donc une position plus favorable dans la négociation que les fabricants et disposaient d'un avantage structurel important par rapport aux distributeurs de plus petite taille.

¹⁷³ En Italie, une enquête sur la distribution réalisée en 2013 a également mis en évidence l'existence d'asymétries et de relations conflictuelles entre producteurs et grands distributeurs. Selon l'autorité italienne, « cette situation pourrait laisser penser qu'il existe un pouvoir d'acheteur susceptible d'avoir une incidence sur la concurrence qui règne sur le marché » (voir Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, IC43 Settore della Grande Distribuzione Organizzata, 24 juillet 2013, consultable à l'adresse www.agcm.it/stampa/comunicati/6548-ic43-agroalimentare-antitrust-piu-forte-il-potere-di-mercato-della-gdo-rapporti-conflittuali-con-i-fornitori-effetti-incerti-sui-consumatori.html).

¹⁷⁴ D'après la contribution de l'Australie à OCDE, DAF/COMP(2014)16, Competition issues in the food chain industry, 2014, p. 57

davantage que leurs concurrents plus petits de pâtir de ces pratiques parce qu'ils ont besoin d'accéder au marché pour croître¹⁷⁵.

208. Au Royaume-Uni, la décision relative aux pratiques en matière de prix de détail du lait soulignait aussi l'importance du pouvoir d'acheteur concernant le lait fourni par les entreprises de transformation. Le poids des labels privés a constitué un volet important de l'analyse de l'affaire mais la décision soulignait aussi que le pouvoir d'acheteur reposait sur divers autres facteurs¹⁷⁶, tels que : a) la transparence du prix au producteur, qui permet aux chaînes de distribution d'être informées de baisses des coûts de transformation et de demander qu'elles soient répercutées sous forme de prix de gros plus bas ; b) l'existence de surcapacités dans le secteur de la transformation, qui permet aux chaînes de distribution de changer d'entreprise de transformation en faisant porter ces changements sur de gros volumes de lait – à noter que cette possibilité de passer d'un fournisseur à l'autre est grandement facilitée lorsque le lait liquide est vendu sous la marque propre du distributeur, les consommateurs n'ayant alors pas conscience du changement de fournisseur ; c) le poids croissant des chaînes de distribution dans la vente de lait aux ménages, qui confère à ces distributeurs un pouvoir supplémentaire dans la chaîne d'approvisionnement du fait que la part que représentent les ventes aux chaînes de distribution dans les ventes totales de chaque producteur a augmenté.

3.3. *Barrières à l'entrée*

209. L'existence de barrières à l'entrée dans le secteur agroalimentaire joue un rôle très important et a été soulignée dans plusieurs décisions relatives à des pratiques anticoncurrentielles. Plus il est difficile d'accéder au marché, plus ce marché se prête à des comportements collusoires. Dans le secteur agroalimentaire, ces barrières peuvent être érigées pour diverses raisons et être dues à plusieurs caractéristiques de chaque segment du marché. Elles peuvent tenir à la nature du produit (ainsi, les marques puissantes s'imposent sur le marché et empêchent que les consommateurs ne se tournent vers des substituts), à la forte intensité capitalistique du marché (par exemple la nécessité d'investir dans des installations, des réseaux de distribution, l'intégration verticale, etc.) ou aux exigences réglementaires auxquelles est subordonné l'exercice d'une activité (ainsi, une entreprise de transformation agroalimentaire doit avoir des locaux spécifiques pour pouvoir exercer son activité).

3.3.1. *Barrières créées par la réglementation*

210. Les barrières créées par la réglementation ont facilité la formation de l'entente française sur la farine entre des meuniers et des boulangeries qui a été condamnée en 2015. Ces barrières sont liées à une réglementation spécifique relative à l'octroi de droits de mouture¹⁷⁷, qui plafonne les quantités de blé qui peuvent être moulues et transformées en farine destinée à la consommation humaine. De plus, pour entrer sur le marché, les nouveaux meuniers sont tenus de posséder un outil de production puis d'acquérir les droits de mouture auprès d'un producteur en place, ce qui, d'après la décision, n'est pas aisé. Les mêmes observations avaient été faites au sujet de l'entente franco-allemande, en 2012¹⁷⁸. De surcroît, la décision

¹⁷⁵ OCDE, DAF/COMP(2014)16, Competition issues in the food chain industry, 2014, p. 197 ; la contribution renvoie à l'étude hongroise réalisée en 2007 sur les rapports entre les grandes chaînes de distribution et leurs fournisseurs.

¹⁷⁶ Decision of the Office of Fair Trading, CA98/03/2011, Dairy retail price initiatives, 26 juillet 2011 (affaire CE/3094-03), paragraphe 4.28.

¹⁷⁷ En France, une réglementation plafonne le volume de blé qui peut être moulu et transformé en farine destinée à la consommation humaine.

¹⁷⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, consultable à l'adresse <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d09.pdf>, paragraphes 810-811.

de 2015 a montré que certains participants à l'entente étaient déjà membres de l'entente franco-allemande de 2012 sur la farine en sachets¹⁷⁹.

211. Les barrières liées à la réglementation ont également facilité la conclusion d'un accord collusoire sur le lait infantile en Italie. Comme l'explique l'autorité de la concurrence, la législation italienne interdit la publicité pour le lait infantile mais cette interdiction ne concerne que les préparations pour nourrissons. Les producteurs ont, de leur propre chef, étendu cette interdiction à l'ensemble des laits infantiles. Par ailleurs, une loi de 1994 autorise les hôpitaux à demander aux producteurs de laits infantiles de les approvisionner gratuitement. Les hôpitaux ont largement fait usage de cette possibilité et ont, dans la majorité des cas, organisé un système de rotation donnant l'exclusivité à chaque (grand) producteur pendant deux semaines.

212. S'agissant du marché du sucre, le rapport du REC (2012) mentionne les obligations réglementaires imposées au niveau de l'Union européenne¹⁸⁰ : « Le marché du sucre présente des spécificités liées au cadre réglementaire défini par l'organisation commune des marchés agricoles (OCM). Ce cadre prévoit notamment des quotas pour la production de sucre de betterave. Ces quotas sont alloués aux États membres, qui les répartissent eux-mêmes entre les entreprises de transformation de betterave à sucre. Le cadre fixe également un prix minimal et un prix de référence pour la vente de sucre blanc de qualité type ».

213. Comme la réglementation en vigueur, une ancienne réglementation peut faciliter la collusion. Premièrement, les fournisseurs autrefois protégés tentent de s'entendre pour conserver les avantages dont ils bénéficiaient. Deuxièmement, il arrive que les entreprises continuent de respecter la réglementation, même une fois qu'elle ne s'applique plus. L'entente sud-africaine sur la farine offre une illustration du rôle que peut jouer une ancienne réglementation protectrice. MnCube (2014) fait observer que de 1937 à 1996, la filière du blé était très réglementée par l'État, notamment à travers une commission du blé (*Wheat Board*). Ce circuit de commercialisation contrôlait les importations et les exportations et avait le monopole de l'achat et de la vente de blé à des prix prédéfinis. MnCube (2014) s'exprime en ces termes « [...] l'entente s'est formée après la déréglementation du secteur. Au lieu de jouer le jeu de la concurrence, les meuniers ont remplacé la réglementation par des accords privés ». Selon l'auteur, l'entente a aussi été facilitée par d'autres facteurs, tels qu'une forte concentration du secteur, l'homogénéité du produit et le fait que les entreprises soient présentes sur plusieurs marchés simultanément¹⁸¹.

214. L'entente s'est formée en 1999, c'est-à-dire trois ans après l'abrogation de la réglementation protectrice par le gouvernement. Des plaintes formées en décembre 2006 par des distributeurs de pain de la province du Cap occidental conduisirent à l'ouverture d'une enquête sur des soupçons d'entente sur le prix du pain entre les principaux fabricants de pain, qui étaient tous intégrés verticalement en amont, jusqu'à la meunerie¹⁸².

¹⁷⁹ Les deux enquêtes ont porté sur des ententes de nature différente, concernant des niveaux différents de la chaîne. L'enquête de 2012 concernait des pratiques anticoncurrentielles de producteurs de farine allemands et français, tandis que celle de 2015 portait sur une entente sur les prix entre des meuniers et des boulangers français.

¹⁸⁰ Réseau européen de la concurrence, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, (rapport du REC), 24 mai 2012, paragraphes 142-143.

¹⁸¹ Mncube L, 2014, The South African Wheat Flour Cartel: Overcharges at the Mill, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2014, vol. 14, n° 4, pp. 487-509.

¹⁸² Les quatre entreprises intégrées verticalement détenaient au total 95 % du marché de la farine de blé et dominaient également le marché du pain, situé en aval. Lors de son enquête, l'autorité de la concurrence a

3.3.2. Coûts fixes

215. Les entreprises qui fabriquent des produits alimentaires homogènes tels que la farine, le sucre et le lait doivent investir dans des sites de production de grande taille pour être efficaces. Ainsi, selon le rapport du REC (2012), « la transformation de la betterave à sucre nécessite de lourds investissements d'équipement, ce qui a été à l'origine d'un processus de forte concentration du secteur ces dernières années, si bien que dans la plupart des États membres, le marché est très concentré et ne compte que quelques acteurs ».

216. Grimbeek et Lekezwa (2013)¹⁸³ ont analysé l'entente sud-africaine sur la farine et constaté que le secteur était protégé par des barrières à l'entrée élevées, principalement créées par l'existence d'économies d'échelle et par la nécessité de disposer d'un réseau de distribution bien établi. De ce fait, les entreprises avaient besoin de réaliser de lourds investissements pour se doter des capacités nécessaires pour être efficaces. Les nouveaux concurrents n'étaient pas motivés pour entrer s'ils n'avaient pas suffisamment de clients pour financer leur expansion. De surcroît, les quatre principaux acteurs présents dans le secteur de la farine étaient intégrés verticalement, ce qui créait un obstacle supplémentaire à l'entrée de nouveaux concurrents, ces derniers étant contraints d'être présents à plusieurs niveaux de la chaîne pour réaliser des économies d'échelle et devenir compétitifs.

3.3.3. Marque

217. Certains segments du secteur agroalimentaire se distinguent par la présence de produits de marque, souvent fabriqués par des entreprises multinationales. Ces entreprises investissent généralement massivement dans le marketing, la publicité et la promotion en créant et en développant des marques de renommée internationale. Dans ce contexte, l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché est difficile du fait de l'importance des investissements à réaliser pour créer une marque compétitive.

218. Selon un rapport publié en 2014 par EY, Arcadia International et Cambridge Econometrics, le choix a augmenté, à tout le moins en Europe : « Le choix entre les marques proposées dans les points de vente a augmenté au fil du temps dans tous les États membres, la progression annuelle ayant été comprise entre 1.7 % en Italie et 6.4 % en Espagne au cours de la période 2004-12 ». Malgré cette progression globale, il existe des différences selon les produits : « Entre 2004 et 2012, l'augmentation la plus forte du choix a concerné les céréales, la charcuterie-traiteur, le chocolat et les boissons non alcoolisées. La progression la plus faible a concerné le beurre/la margarine, le café et les légumes surgelés. Le nombre total de fournisseurs a diminué dans deux catégories de produits (les légumes surgelés et l'alimentation pour bébés) durant la crise ».

219. L'alimentation pour bébés et le lait infantile et les friandises au chocolat sont des exemples de produits pour lesquels les marques jouent un rôle important. Ainsi, dans le cadre de l'opération de

constaté que ces entreprises avaient participé à une entente injustifiable sur les prix de 1994 au minimum à début 2007. Elle a également constaté que les boulangers prenaient part à des pratiques de répartition du marché, acceptant de fermer certaines boulangeries dans certaines régions au profit de boulangeries concurrentes. L'une des entreprises en cause a bénéficié d'une mesure de clémence au titre de sa participation à l'entente sur le pain, tandis que les trois autres furent condamnées à une amende.

¹⁸³

Grimbeek, S. et Lekezwa, B. (2012), « The emergence of more vigorous competition and the importance of entry – comparative insights from flour and poultry », communication présentée à l'occasion de la sixième conférence annuelle sur le droit, l'économie et la politique de la concurrence en Afrique du Sud, Université du Witwatersrand, 6-7 septembre 2012, consultable à l'adresse www.uj.ac.za/EN/Faculties/ecofin/economics/research/cce/Documents/CCE%20Working%20Paper%201-2013%20PoultryandMilling.pdf

concentration envisagée sur le segment de l'alimentation pour bébés entre Heinz et Rafferty's Garden, l'ACCC a estimé¹⁸⁴ que les barrières à l'entrée et à l'expansion étaient élevées. Elle a avancé que ces barrières étaient principalement dues à l'obstacle que représentait la fidélité des consommateurs à la marque des produits des fournisseurs en place et aux difficultés d'accès aux linéaires. La fidélité à l'égard de la marque et la réputation jouent un rôle particulièrement important s'agissant de l'alimentation pour bébés parce que les consommateurs tiennent tout particulièrement à s'assurer que la nourriture donnée à leurs enfants est bonne pour la santé et offre des garanties de sécurité.

220. Dans le cadre d'une entente présumée sur les friandises au chocolat aux États-Unis (qui n'a finalement pas été prouvée), il a été reconnu que les barrières à l'entrée liées à la marque avaient facilité la collusion. Dans sa décision, le tribunal s'est exprimé en ces termes : « En concluant que le marché se prêtait à la collusion, les deux experts ont fait des observations pertinentes. La première est que le marché du chocolat était dominé par quelques vendeurs et caractérisé par une forte concentration. La deuxième est que l'entrée sur le marché était, dans une large mesure, bloquée par d'importantes barrières à l'entrée, notamment par le niveau élevé de l'investissement en temps et en argent nécessaire et par la difficulté d'introduire une marque. La troisième est que chacun des défendeurs avait la même structure de coût des intrants et la quatrième que durant toute la durée de l'entente, la demande était relativement inélastique »¹⁸⁵.

221. Deux ententes de grande ampleur ont été découvertes, l'une au Canada et l'autre en Allemagne¹⁸⁶. À noter que les deux affaires impliquaient certaines des plus grandes entreprises multinationales du secteur. En 2013, le Bureau de la concurrence canadien a estimé que trois entreprises – Nestlé Canada Inc., Mars Canada Inc. et ITWAL Limited, un réseau national de distributeurs en gros indépendants – s'étaient entendues sur le prix de produits à base de chocolat. La même année, en Allemagne, la Bundeskartellamt clôtura la procédure engagée contre plusieurs producteurs de friandises de marque et infligea des amendes, représentant au total environ 63 millions EUR, à 12 entreprises et à plusieurs directeurs des ventes¹⁸⁷. À noter que les entreprises qui ont participé à ces deux ententes détectées

¹⁸⁴ OCDE, DAF/COMP(2014)16, Competition issues in the food chain industry, 2014, p. 57.

¹⁸⁵ La décision peut être consultée dans sa version intégrale à l'adresse www.mcguirewoods.com/news-resources/publications/antitrust/In-re-Chocolate-Confectionary-dismissal.pdf

¹⁸⁶ Pour le Canada, voir Bureau de la concurrence, annonce du 6 juin 2013, Dépôt d'accusations relativement à un cartel de fixation des prix dans l'industrie du chocolat, consultable à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03569.html>. Pour l'Allemagne, voir Bundeskartellamt, Case summary of the 27th of May 2013, Fine proceedings against confectionery manufacturers, consultable à l'adresse www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B11-11-08.pdf?__blob=publicationFile&v=2

¹⁸⁷ La procédure a été ouverte à la suite d'une demande de clémence formée par la société Mars GmbH. L'enquête a porté sur des hausses coordonnées du prix des produits chocolatés, survenues début 2008. En 2007, le prix des produits de base que sont le lait et le cacao a connu une forte hausse. Les fabricants de produits à base de chocolat durent décider si et dans quelle mesure ils allaient répercuter cette hausse sur les distributeurs (et, *in fine*, sur les consommateurs) en augmentant le prix de leurs produits. Certains d'entre eux s'entendirent avec leurs concurrents dans le cadre d'un échange direct et confidentiel pour coordonner le calendrier et l'ampleur des hausses de prix. De surcroît, plusieurs confiseurs participaient à des groupes de discussion dans le cadre desquels ils échangeaient des informations sensibles sur le plan concurrentiel, en particulier sur l'avancement de leurs négociations annuelles avec les distributeurs.

et sanctionnées avaient un profil similaire et que dans les deux cas, certaines entreprises étaient des récidivistes¹⁸⁸.

3.4. *Faible élasticité-prix de la demande*

222. Certains produits fabriqués par l'industrie agroalimentaire se caractérisent par une faible élasticité-prix de la demande, essentiellement liée à la nature même de certains produits, comme le lait, le pain ou la farine, qui sont indispensables aux ménages.

223. Ainsi, dans sa décision de 2015 sur l'entente française entre les meuniers et les boulangers, l'autorité française de la concurrence relève que l'élasticité-prix du produit était tellement faible qu'elle était de nature à faciliter la mise en place de hausses de prix sans crainte de voir la demande baisser sensiblement¹⁸⁹. Cette observation avait déjà été faite dans la décision de 2012 sur l'entente franco-allemande. De même, dans le secteur du lait, la décision relative aux pratiques en matière de prix de détail du lait, au Royaume-Uni, souligne que la demande de lait est inélastique au prix¹⁹⁰.

224. L'autorité italienne de la concurrence a fait les mêmes remarques au sujet de la faible élasticité-prix de la demande dans l'affaire du lait infantile. Elle a fait observer que la demande des consommateurs était principalement influencée par leur pédiatre, tandis que la volonté de réaliser des économies sur les prix joue un rôle négligeable. De ce fait, les producteurs ont peu intérêt à se livrer une concurrence agressive.

3.5. *Transparence*

225. En 2012, l'enquête sectorielle sur le secteur du lait réalisée en Allemagne¹⁹¹ a montré que la forte transparence des prix était de nature à influencer la formation du prix du lait et des produits laitiers, et pouvait avoir des effets de distorsion. L'enquête a notamment permis de découvrir l'existence de systèmes d'échange d'informations fournissant des informations actualisées sur le prix du lait cru payé par chaque entreprise de transformation aux producteurs. Ces systèmes permettaient aux laiteries privées de connaître les prix acquittés par les coopératives laitières de la région et d'utiliser ces prix comme référence pour fixer les prix payés à leurs propres fournisseurs. Il a été constaté que ces mécanismes favorisaient une uniformisation des prix et avaient pour effet de réduire la concurrence entre laiteries au niveau du prix d'achat du lait cru. L'enquête a également montré que les mouvements de prix le long de la chaîne d'approvisionnement semblaient sans incidence sur les marges des distributeurs.

¹⁸⁸ Quoique constituant des personnes morales différentes (entités différentes selon le pays), les entreprises appartenaient à la même société. De surcroît, s'agissant de l'entente allemande, nous considérons l'entreprise qui a déposé une demande de clémence comme une entreprise participante.

¹⁸⁹ Autorité de la concurrence, décision n° 15-D-04 du 26 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la boulangerie artisanale, consultable à l'adresse <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15d04.pdf>, paragraphe 388. À noter que la décision a été contestée et est actuellement examinée par la cour d'appel de Paris.

¹⁹⁰ *Ibid.*, paragraphes 4.55 à 4.60 (note de bas de page 170).

¹⁹¹ Réseau européen de la concurrence, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, (rapport du REC), 24 mai 2012, p. 103, qui renvoie au rapport de la Bundeskartellamt, Milk Sector Inquiry, Final Report January 2012, (B2-19/08), consultable à l'adresse www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Milk%20Sector%20Inquiry%20-%20Final%20Report.pdf?__blob=publicationFile&v=7

4. Construction

4.1 Concentration et fragmentation

226. L'idée que les marchés de la construction sont très fragmentés suscite une large adhésion et a été avancée par de nombreuses autorités de la concurrence. Pourtant, malgré cette première impression, la concurrence, examinée sur un marché pertinent spécifique sur lequel un petit nombre d'acteurs est présent, apparaît souvent limitée.

227. Dans une étude réalisée en 2009 pour l'Office of Fair Trading (OFT) du Royaume-Uni, Europe Economics a analysé six décisions prises par l'OFT dans des affaires d'entente sur les prix ou autres activités collusoires dans le secteur de la construction entre 2004 et 2006¹⁹². Il en ressort que la part de marché totale détenue par les participants à l'entente sur les marchés de produits et géographiques pertinents était très variable selon les affaires. Dans l'une d'elles, elle s'établissait à 60 %, tandis que dans une autre, le marché était tellement fragmenté qu'aucun des participants ne détenait une part de marché importante. L'OFT en a déduit que la fragmentation n'était pas en bon indicateur d'activités collusoires¹⁹³.

228. Le rapport remis à l'OFT¹⁹⁴ décrivait les circonstances de nature à assurer la pérennité des ententes, dont les soumissions concertées, et estimait que le secteur de la construction ne présentait pas les caractéristiques d'un secteur prédisposé à la formation d'ententes : « Le secteur de la construction pris dans son ensemble n'est pas un marché très concentré ne comptant qu'un petit nombre de grandes entreprises. Il ne s'agit pas davantage d'un secteur fabricant des produits uniformes proposés à un prix catalogue. Les projets sont souvent complexes et conçus sur mesure, et il n'est pas rare que le client comme l'entrepreneur n'aient aucune certitude quant à ce qui sera livré tant que le travail n'est pas achevé »¹⁹⁵.

229. Après avoir commencé par souligner que le marché de la construction dans son ensemble n'était pas un marché concentré, le rapport ajoute qu'il peut cependant arriver que l'offre soit concentrée au niveau d'un petit nombre d'entreprises. Cette concentration peut être due à la nature spécialisée du produit ou service nécessaire ou à l'existence de contraintes géographiques qui confèrent une dimension locale au

¹⁹² Barres en aluminium pour double vitrage (juin 2006) ; contrats de fourniture de services pour les toitures plates et les parkings en Angleterre et en Écosse (février 2006) ; contrats de fourniture de services concernant les membranes monocouches pour toiture plate dans la région de Glasgow (juillet 2005) ; contrats de fourniture de services pour toitures plates bitumées en Écosse (avril 2005) ; contrats de fourniture de services concernant les membranes monocouches pour toiture plate dans le nord-est de l'Angleterre (avril 2005) ; contrats de fourniture de services pour les toitures plates dans les *West Midlands* (avril 2004).

¹⁹³ Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics* (OFT 1240, juin 2010), consultable à l'adresse www.europe-economics.com/publications/bidrig.pdf. Le rapport renvoie aux affaires suivantes : Office of Fair Trading (2006), « Agreement to fix prices and share the market for aluminium double glazing spacer bars », n° CA98/04/2006 et Office of Fair Trading (2006), « Collusive tendering for flat roof and car park surfacing contracts in England and Scotland », n° CA98/01/2006.

¹⁹⁴ Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics* (OFT 1240, juin 2010), paragraphes 5.6-5.9. Selon l'OFT, les circonstances de nature à favoriser la pérennité des pratiques collusives sont le petit nombre de vendeurs, des coûts fixes élevés, le coût induit par la soumission d'une offre par rapport aux chances de succès et la quantité d'informations sur un appel d'offre à laquelle l'ensemble des participants peuvent avoir accès.

¹⁹⁵ Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics*, (OFT 1240, juin 2010), paragraphe 5.10

marché, par exemple parce que le coût du transport de certains matériaux de construction est élevé. Vu sous cet angle, le secteur de la construction se présente comme « un ensemble de marchés liés les uns aux autres plutôt que comme un secteur unique homogène ». Compte tenu de ces éléments, entre autres¹⁹⁶, l'OFT souligne que des pratiques collusoires durables sont possibles¹⁹⁷.

230. Dans l'une des plus grandes affaires de collusion qui ait eu lieu dans le secteur de la construction, l'autorité néerlandaise de la concurrence (NMa¹⁹⁸) fut confrontée à une affaire impliquant environ 650 entreprises et dans laquelle 481 demandes de clémence furent déposées. Elle a ouvert une enquête approfondie sur plusieurs segments du marché de la construction, par exemple le bâtiment et le logement, les travaux routiers et le génie civil et le secteur de l'aménagement. Elle a estimé que de nombreuses entreprises étaient présentes sur la plupart des segments de marché et que les petites et moyennes entreprises (PME) étaient très nombreuses. Néanmoins, alors que le marché est à première vue très concurrentiel, chaque marché pertinent ne compte que quelques acteurs, ce qui est dû à plusieurs facteurs. Premièrement, les appels d'offres concernaient des projets dont le contenu et le cahier des charges étaient très spécifiques. De ce fait, le marché pertinent analysé sur la base d'une méthodologie au cas par cas ne regroupait qu'un petit nombre d'acteurs. La NMa a également souligné que lorsque les projets avaient un cahier des charges plus compliqué en raison d'obligations liées à l'environnement, à la sécurité ou à la qualité, l'offre tendait même à devenir plus oligopolistique. Ce phénomène pourrait agir comme une barrière à l'entrée pour les entreprises de petite taille et les entreprises étrangères¹⁹⁹.

231. Cette forte fragmentation du marché a également été soulignée par l'autorité française de la concurrence, qui a cependant fait observer que cette fragmentation coexistait avec la présence d'un petit nombre de très grandes entreprises²⁰⁰. Elle a découvert plusieurs ententes²⁰¹ dans ce secteur, dont certaines

¹⁹⁶ Le rapport souligne aussi que les entreprises qui soumissionnent pour des travaux spécialisés offrent souvent des produits très similaires dans le cadre d'offres très proches les unes des autres et sont souvent très bien informées au sujet des autres soumissionnaires (ce qui s'explique, entre autres, par la place importante qu'occupe la sous-traitance).

¹⁹⁷ Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics*, (OFT 1240, juin 2010), paragraphes 5.11 à 5.13.

¹⁹⁸ À la date de l'enquête, l'autorité néerlandaise de la concurrence était la « Nederlandse Mededingingsautoriteit » ou NMa. En avril 2013, l'autorité chargée de la protection des consommateurs, la NMa et l'autorité indépendante chargée des postes et télécommunications (OPTA) ont fusionné, donnant naissance à une nouvelle autorité de surveillance, chargée des consommateurs et des marchés (Autoriteit Consument & Markt ou ACM).

¹⁹⁹ OCDE, DAF/COMP(2008)36, *Competition in the Construction Industry* (2008), p. 78. Il est aussi souligné que « le coût élevé du transport et le délai court dans lequel certains matériaux (comme le béton prêt à l'emploi) doivent être utilisés réduisent la taille géographique d'un marché et, partant, le nombre de concurrents qui peuvent l'approvisionner ».

²⁰⁰ OCDE, DAF/COMP(2008)36, *Competition in the Construction Industry* (2008), p. 52. L'autorité s'exprime dans les termes suivants : « La construction est un secteur très atomisé : les très petites entreprises (TPE : moins de 10 salariés) sont majoritaires dans le secteur du BTP, elles représentaient 91,7 % de la structure totale du secteur en 2005, pour seulement 34,3 % du chiffre d'affaires des travaux de construction. À l'inverse, les 289 entreprises de plus de 200 salariés (soit 0,1 % du total) ont assuré 18,6 % du chiffre d'affaires global en 2005. La concentration se révèle plus importante si on analyse l'actionnariat de ces grandes sociétés. Celles-ci sont en général contrôlées par des majors du BTP : Vinci, Bouygues et Eiffage. Elles peuvent aussi appartenir à d'autres opérateurs moins spécialisés : Cegelec, Spie, Sade ».

²⁰¹ Voir, entre autres : Décision n° 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France ; Décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France ; Décision n° 05-D-19 du 12 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des

concernaient des infractions commises de manière réitérée par une même entreprise. Ainsi, dans une décision de 2013, elle a infligé une amende à des entreprises du secteur de la construction impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan. Elle a majoré de 30 % l'amende infligée à une entreprise au motif qu'elle avait déjà pris part à une pratique similaire dans le secteur des travaux publics en France en 2005 et 2007²⁰².

232. Le Department for Business, Innovation and Skills, au Royaume-Uni, a tenté d'expliquer la fragmentation du secteur. Dans une publication de 2013 sur le secteur de la construction au Royaume-Uni²⁰³, il souligne que « [...] le secteur se caractérise par la présence de nombreuses entreprises privées et passe pour plus atomisé que ses principaux concurrents, par exemple les secteurs de la construction allemand ou français. Cette forte fragmentation s'explique probablement par la place relativement grande qu'occupe l'activité indépendante dans ce secteur au Royaume-Uni et par le nombre relativement élevé de petites et très petites entreprises ». Comme l'autorité néerlandaise, l'autorité de la concurrence du Royaume-Uni a découvert au début des années 2000 une entente qui impliquait de nombreuses entreprises et existait depuis longtemps²⁰⁴. L'OFT a infligé 129.2 millions GBP d'amendes au total à 103 entreprises du secteur de la construction anglais²⁰⁵. Dans sa décision, l'autorité décrit le marché comme très fragmenté²⁰⁶.

ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche.

²⁰² Autorité de la concurrence, Décision n° 13-D-09 du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan, paragraphes 183 à 196, consultable à l'adresse <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/13d09.pdf>

²⁰³ Department of Business, Innovation and Skills, UK CONSTRUCTION, *An economic analysis of the sector*, juillet 2013, consultable à l'adresse www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/210060/bis-13-958-uk-construction-an-economic-analysis-of-sector.pdf. Le rapport renvoie à la publication n° 293 de l'International Council for Research and Innovation in Building and Construction (CIB) intitulée *The Construction Sector System Approach: An International Framework* et au document du HM Treasury (décembre 2010) intitulé *Infrastructure Cost Review: Technical Report*.

²⁰⁴ L'OFT estima que de 2000 à 2006, les entreprises en cause s'étaient livrées à des pratiques anticoncurrentielles illicites de soumissions concertées à l'occasion de 199 appels d'offres, principalement en soumettant des « offres de couverture ». Selon l'OFT, « une offre est dite de couverture lorsqu'au moins un candidat à un appel d'offres obtient d'un concurrent qu'il propose un prix artificiellement élevé. Le prix de l'offre est fixé de manière que le soumissionnaire ne puisse pas remporter le marché mais que l'offre soit bien réelle, ce qui induit les clients en erreur quant à l'ampleur réelle de la concurrence. Cette pratique fausse la procédure d'appel d'offres et risque de dissuader des entreprises susceptibles de proposer des prix plus bas de soumissionner ».

²⁰⁵ Decision of the Office of Fair Trading, n° CA98/02/2009, Bid rigging in the construction industry in England, 21 septembre 2009 (affaire CE/4327-04).

²⁰⁶ Decision of the Office of Fair Trading, n° CA98/02/2009, paragraphes II.1599 et VI. 122.

Encadré 5. Collusion dans le secteur de la construction néerlandais

En 2002, après la révélation sur dénonciation qu'une entreprise de premier plan du secteur de la construction était titulaire de comptes secrets, les autorités néerlandaises ouvrirent une enquête qui permit de découvrir une collusion rampante dans l'ensemble de ce secteur aux Pays-Bas. Quelque 650 entreprises étaient impliquées et 481 déposèrent une demande de clémence. Une commission d'enquête parlementaire conclut que la fraude avait coûté aux autorités publiques en moyenne 8.8 % du montant des marchés publics de construction. Le gouvernement infligea des amendes représentant 239 millions EUR au total.

À partir d'une recherche exhaustive sur le secteur de la construction néerlandais, Dorée (2004) a analysé les facteurs et aspects économiques caractéristiques du marché. Il a comparé ces facteurs avec ceux mis en évidence par les études et a conclu que les deux séries de facteurs semblaient concorder.

Il a identifié les caractéristiques suivantes : a) bien que le secteur de la construction néerlandais ne soit pas déteu par un petit nombre d'entreprises, le recours à des appels d'offres limités crée des marchés locaux oligopolistiques ; b) la collusion permettait effectivement de régler par l'action collective le problème que constituaient les candidats à l'entrée sur le marché ; c) les systèmes d'enchères tels que les appels d'offres et la sélection du moins-disant comportent un risque pour les soumissionnaires si bien qu'ils établissent des devis imprécis et incertains ; d) le système de contrôles et de rémunérations fonctionnait depuis tellement longtemps que les entrepreneurs le percevaient comme une pratique normale acceptée ; e) les entrepreneurs avançaient que le système de collusion contribuait à stabiliser leur volume d'activité et réduisait l'incertitude quant aux fluctuations des volumes d'activité à venir ; f) une procédure de sélection obligatoire et transparente était en place et devait être respectée par les clients publics.

Il était donc simple, pour les entrepreneurs, de prévoir et de fausser les résultats de la procédure de sélection. À noter que Dorée relève que le marché comporte une dimension culturelle : « Le marché de la construction néerlandais est considéré comme un secteur caractérisé par un fort sentiment d'appartenance collective et au sein duquel existe une coopération étroite entre des groupes aux intérêts communs. Les entreprises tendent à coopérer, à rechercher des compromis et à s'entendre sur un consensus, ce qui atténue la rivalité et la concurrence ».

4.2. Les procédures d'appel d'offres réduisent souvent le nombre de soumissionnaires

233. Les marchés de construction sont généralement attribués dans le cadre de procédures d'appel d'offres administrées par des organismes privés ou publics. De plus, le caractère local des projets attire (ou favorise) souvent des prestataires locaux du fait que des obligations précises doivent être respectées et que le transport des matériaux de construction est très coûteux. Quelques autorités de la concurrence se sont intéressées à l'incidence des procédures d'appel d'offres sur la concurrence dans le contexte des marchés de construction.

234. Ainsi, l'autorité sud-africaine a souligné que le cadre réglementaire régissant la passation de marchés publics créait des barrières à l'entrée²⁰⁷. Selon ce cadre, les entreprises doivent remplir des conditions spécifiques pour pouvoir participer à un appel d'offres. Elles doivent en premier lieu justifier d'une certaine capacité financière pour pouvoir soumissionner à un marché d'un certain montant et en second lieu apporter la preuve qu'elles disposent du personnel qualifié nécessaire pour gérer les projets dont la valeur dépasse un certain niveau.

235. En Suisse, la Commission de la concurrence (Comco) a eu à traiter plusieurs affaires de collusion. La majorité d'entre elles concernaient des soumissions concertées pour des projets de construction de routes et de génie civil dans différents cantons du pays. La Comco a souligné que la dimension locale des projets et l'absence d'obligation de lancer des appels d'offres ouverts étaient deux

²⁰⁷

OCDE, DAF/COMP(2008)36, Competition in the Construction Industry (2008), p. 145-146.

facteurs qui facilitaient la collusion puisque l'un comme l'autre se traduisaient par le fait que les soumissionnaires à un appel d'offres donné étaient peu nombreux²⁰⁸.

236. Les mêmes préoccupations ont été signalées par l'autorité hongroise de la concurrence, qui a eu à traiter plusieurs infractions dans le secteur de la construction et a notamment rendu en 2009 une décision dans une affaire impliquant trois récidivistes²⁰⁹. Dans une précédente contribution à une table ronde de l'OCDE, la GVH avait déclaré qu'il ne pouvait être affirmé que le marché ne comptait qu'un petit nombre d'acteurs en concurrence et se prêtait de ce fait à la collusion. Elle avait cependant aussi évoqué d'autres caractéristiques propices à la collusion, notamment l'application de procédures de passation des marchés publics conduisant à une structure oligopolistique du marché²¹⁰. Elle a également relevé, se fondant sur son expérience en matière d'action répressive, que le fait que plusieurs projets différents soient simultanément soumis à un appel d'offres créait des conditions favorables à des pratiques de partage du marché.

4.3. *Risque, complexité et sous-traitance*

237. Le secteur de la construction se caractérise par l'importance du risque d'exploitation. L'exécution de chantiers complexes et spécialisés s'étale souvent sur de longues périodes et comporte des risques de retards et d'annulations. Comme le relève l'OFT, le secteur de la construction n'est pas un « secteur fabricant des produits uniformes proposés à un prix catalogue. Les projets sont souvent complexes et conçus sur mesure, et le client comme l'entrepreneur n'ont souvent aucune certitude quant à ce qui sera livré tant que le travail n'est pas achevé »²¹¹.

238. Ces caractéristiques du marché ont pour conséquence un recours fréquent à la sous-traitance et, dans certains cas, à l'intégration verticale. Ces relations entraînent un resserrement des contacts multi-marchés et améliorent la circulation de l'information entre concurrents. Enfin et peut-être surtout, elles créent des situations complexes dans le cadre desquelles des entreprises qui sont concurrentes dans le cadre de certains appels d'offres coopèrent à l'occasion d'autres projets.

²⁰⁸ OCDE, DAF/COMP(2008)36, Competition in the Construction Industry (2008), p. 95.

²⁰⁹ Site Internet de la GVH, résumé consultable à l'adresse www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2009/5658_en_another_road_construction_cart_el_wound_up_by_the_gvh.html?query=construction. Dans cette affaire, la GVH a souligné que la récidive habituelle et répétée devait être considérée comme une circonstance aggravante à prendre en compte pour fixer le montant des amendes.

²¹⁰ OCDE, DAF/COMP(2008)36, Competition in the Construction Industry (2008), p. 62 : « Du simple fait de sa structure, le secteur de la construction ne doit pas être vu comme un secteur dans lequel les pratiques anticoncurrentielles sont inévitables. La GVH n'a constaté sur aucun segment de ce marché qu'un acteur occupait une position dominante ou particulièrement forte ouvrant la voie à des pratiques abusives. Les petites entreprises sont relativement nombreuses dans le secteur de la construction, une décision de 1999 en dénombrait près de 70 000. Cette décision dénombrait 122 entreprises de plus de 50 salariés dans le secteur de la construction d'infrastructures et 140 dans celui du génie civil. Bien que les distances géographiques réduisent le nombre d'entreprises éloignées ou, à tout le moins, leur compétitivité, il ne peut être affirmé que le marché ne compte qu'un petit nombre d'acteurs et se prête de ce fait à la collusion. Pourtant, de nombreuses ententes formées dans ce secteur ont fait l'objet d'enquêtes de la GVH, dont certaines ont abouti à la découverte des infractions les plus graves jamais détectées en Hongrie. Les ententes découvertes dans ce secteur portaient sur les prix et sur le partage du marché ».

²¹¹ Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics*, (OFT 1240, juin 2010), paragraphe 1.9.

239. D'après le rapport de l'OFT, le recours à la sous-traitance est l'une des principales caractéristiques du secteur de la construction²¹² : « La sous-traitance est courante parce que la plupart des projets ne peuvent pas être menés à bien de manière efficiente sans un recours plus ou moins important à des sous-traitants. Les faits montrent cependant le secteur de la construction du Royaume-Uni se caractérise par un recours plus fréquent à la sous-traitance et une concurrence plus intense à tous les niveaux ».

240. L'autorité sud-africaine de la concurrence signale également que les entreprises créent souvent des co-entreprises afin de réduire les risques dans le cadre de projets complexes et de grande envergure. Elle souligne également que les candidats à l'entrée sur le marché se heurtent à des barrières en raison de l'intégration verticale des grandes entreprises²¹³. Les grandes entreprises sud-africaines s'intègrent verticalement pour former des entreprises d'infrastructures et de matériaux de construction. Cette caractéristique dissuade les entreprises étrangères d'entrer sur le marché parce que le coût élevé du transport de matériaux les obligerait à se procurer ces matériaux localement. En plus d'avoir un effet dissuasif sur les nouveaux acteurs et les entreprises étrangères, cette caractéristique structurelle encourage l'échange d'informations du fait que les entreprises ne se font pas concurrence à tous les niveaux.

241. En 2008, l'autorité sud-africaine de la concurrence a fait de la filière de la construction dans son ensemble une priorité²¹⁴. En 2009, elle a lancé une enquête d'envergure pour détecter les pratiques de collusion et, le secteur ayant été défini comme une priorité, certaines entreprises ont demandé à bénéficier d'une procédure de clémence. En 2011, l'autorité invita toutes les entreprises qui participaient à des soumissions concertées et à des pratiques collusives à transiger après communication d'informations importantes sur leur comportement et – dans certains cas – paiement d'une amende administrative. Au terme de l'enquête, 57 transactions ont été conclues, principalement en lien avec la construction de stades dans le cadre de la Coupe du monde de la FIFA et avec le projet de rénovation de l'autoroute du Gauteng (GFIP). Dans le premier cas, l'autorité de la concurrence a conclu une transaction avec 15 entreprises de construction après leur avoir imposé une amende record de 1.46 milliards ZAR (140 millions USD) pour soumissions concertées dans le cadre de chantiers liés à la Coupe du monde 2010²¹⁵. Dans le deuxième cas, les entreprises de construction s'étaient entendues pour l'attribution des marchés et pour soumettre des offres de couverture. À noter que certaines entreprises étaient impliquées dans les deux ententes.

242. L'autorité coréenne de la concurrence (KFTC) a été confrontée à de multiples affaires de collusion dans le secteur de la construction. En 2014, elle a imposé des sanctions dans plusieurs affaires de soumissions concertées, imposant de lourdes amendes et engageant simultanément des poursuites pénales²¹⁶. En 2015, elle a infligé une amende à plus de 20 entreprises du secteur, pour un montant total de

²¹² Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics*, (OFT 1240, juin 2010), paragraphe 5.10.

²¹³ OCDE (2008), pp. 145-146.

²¹⁴ Hekima Advisory (2014), *The Role of CIDB in Limiting Construction Industry Cartels*, Regulatory Entities Capacities Building Project, rapport du Centre for Competition, Regulation and Economic Development, 14-16, consultable à l'adresse static1.squarespace.com/static/52246331e4b0a46e5f1b8ce5/t/534f8d5fe4b053dc26f7a611/1397722463112/1400407_EDD-UJ_RECBP_Project+Report_App12_Case+Study++Construction+and+Cartels_Final.pdf

²¹⁵ Voir Gibson Dunn, *2013 Year-End Criminal Antitrust and Competition Law Update*, 8 janvier 2015, consultable à l'adresse www.gibsondunn.com/publications/pages/2013-Year-End-Criminal-Antitrust-and-Competition-Law-Update.aspx, qui renvoie à Matthew Heller, *S. Africa Fines Builders \$140M for World Cup Bid-Rigging*, Law 360 (24 juin 2013), consultable à l'adresse www.law360.com/articles/452438

²¹⁶ Voir, par exemple, Gibson Dunn, *2014 Year-End Criminal Antitrust and Competition Law Update*, 8 janvier 2015, consultable à l'adresse www.gibsondunn.com/publications/pages/2014-Year-End-Criminal-

182.6 milliards KRW (150 millions EUR), pour soumissions concertées dans de multiples projets publics d'envergure²¹⁷.

243. Dans une précédente contribution à une table ronde de l'OCDE, la KFTC avait évoqué les caractéristiques propres au secteur de la construction. Les entreprises de ce secteur sont exposées à un risque important, qui peut être lié, par exemple, à des modifications des caractéristiques du projet ou à la nécessité de réaliser des travaux supplémentaires imprévus. Pour mieux gérer ce risque et améliorer l'efficacité des différentes composantes d'un projet, les grandes entreprises font appel à des sous-traitants de manière à répartir le risque et à garantir la livraison du projet. Ces facteurs ont contribué à l'apparition de plusieurs niveaux de sous-traitance dans le secteur de la construction.

4.4. Autres facteurs

244. Parmi les autres facteurs mentionnés par les autorités de la concurrence figurent les fluctuations de la demande, le niveau élevé des coûts fixes, l'homogénéité des produits et des facteurs culturels.

245. L'autorité suisse de la concurrence a signalé que les fortes fluctuations du volume d'activité jouaient aussi un rôle important, les entreprises tendant à compenser les pertes par des pratiques collusoires²¹⁸. Ce comportement est aussi lié au fait que, comme souligné précédemment, les projets de construction sont exposés à un risque d'exploitation élevé et sont source de nombreuses incertitudes pour les entreprises.

246. Comme l'a souligné la KFTC, les entreprises du secteur de la construction sont confrontées à des coûts fixes élevés parce qu'elles doivent disposer en permanence des ressources humaines et matérielles nécessaires à l'exécution d'éventuels nouveaux projets (OCDE, 2008). Ces coûts fixes élevés sont aussi dus à l'équipement spécialisé qu'exigent les projets de relativement grande envergure. Une fois qu'elles sont entrées sur le marché et ont réalisé ces investissements d'équipement, elles ont intérêt à soumettre des offres à un prix bas de manière à couvrir leurs coûts fixes, ainsi qu'à faire leurs preuves et à remplir les conditions d'expérience requises par de futurs appels d'offres.

247. De plus, comme le fait observer l'OFT²¹⁹, les entreprises qui soumissionnent pour des travaux spécialisés offrent souvent des produits très similaires dans le cadre d'offres très proches les unes des autres et sont souvent très bien informées au sujet des autres soumissionnaires (ce qui s'explique, entre autres, par la place importante qu'occupe la sous-traitance).

[Antitrust-and-Competition-Law-Update.aspx](#). Au deuxième semestre, KFTC aurait infligé des amendes de 100 milliards KRW (90.9 millions USD) à des entreprises coupables de soumissions concertées.

²¹⁷ Voir Miriam Kenner, *Korea fines builders €150 million for bid rigging*, consultable à l'adresse www.globalcompetitionreview.com/news/article/38574/korea-fines-builders-150-million-bid-rigging/

²¹⁸ OCDE, DAF/COMP(2008)36, *Competition in the Construction Industry* (2008), p. 95.

²¹⁹ Office of Fair Trading, *Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry: A report by Europe Economics*, (OFT 1240, juin 2010), paragraphes 5.11 à 5.13.

248. L'autorité néerlandaise insiste également sur l'existence d'une dimension culturelle. Outre les autres facteurs tels que la faiblesse de l'innovation et de la productivité du travail, elle souligne que le secteur est fermé et a une dimension régionale, ce qui peut conduire les principaux acteurs à être fréquemment en contact les uns avec les autres²²⁰. Il s'agit là, selon l'autorité, d'une dimension culturelle de nature à faciliter la collusion au sein du secteur. L'autorité hongroise a également fait valoir que les bonnes relations personnelles qu'entretiennent les chefs d'entreprise risquent non seulement de faciliter la collusion, mais aussi de compromettre l'efficacité des programmes de clémence²²¹.

²²⁰ OCDE, DAF/COMP(2008)36, *Competition in the Construction Industry* (2008), p. 79

²²¹ OCDE (2008), p. 62.

BIBLIOGRAPHIE

- Allain, M.-L., Boyer, M., Kotchoni, R. et J.-P. Ponsard (2013), « Are cartel fines optimal? Theory and evidence from the European Union », CIRANO -Scientific Publications, 2013s-2.4.
- Armstrong, M. et S. Huck (2010), « Behavioral economics as applied to firms: A primer », *Competition Policy International*, 2010, vol. 6, n° 1, pp. 3-45.
- Antonielli, M. et M. Mariniello (2014), « Antitrust risk in EU manufacturing: A sector-level ranking », Bruegel Working Paper 2014/7, <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail/publication/836-antitrust-risk-in-eu-manufacturing-a-sector-level-ranking>.
- Bejger, S. (2011), « Polish cement industry cartel - preliminary examination of collusion existence », *Business and Economic Horizons*, vol. 4, n° 1, pp. 88-107, consultable à l'adresse dx.doi.org/10.15208/beh.2011.8.
- Barennes, M. et G. Wolf (2011), « Cartel recidivism in the mirror of EU case law », *Journal of European Competition Law and Practice*.
- Becker, Gary (1968), « Crime and punishment: an economic approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, pp. 169-217.
- Bernheim, B et M. Whinston (1990), « Multimarket contact and collusive behaviour », *RAND Journal of Economics*, vol. 21, pp. 1-26.
- Bertrand, O., Lumineau, F. et E. Fedorova (2014), « The Supportive Factors of Firms' Collusive Behavior: Empirical Evidence from Cartels in the European Union », *Organization Studies*, 1^{er} juin 2014, vol. 35, n° 6, pp. 881-908.
- Bigoni, M., Fridolfsson, S.-O., Le Coq, C. et G. Spagnolo (2012), « Fines, leniency, and rewards in antitrust », *RAND Journal of Economics*, vol. 43, n° 2, pp. 368-390.
- Bishop, S. et M. Walker (2010), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Royaume-Uni.
- Bosch, C. et E. W. Eckard (1991), « The profitability of price fixing: Evidence from stock-market reaction to federal indictments », *Review of Economics and Statistics*, vol. 73, n° 2, pp. 309-317.
- Bos, I. et J. E. Harrington (2010), « Endogenous cartel formation with heterogeneous firms », *RAND Journal of Economics*, vol. 41, pp. 92-117.
- Boyer, M. et Ponsard, J.-P. (2013), « Economic analysis of the European cement industry », CIRANO - Scientific Publication, n° 2013s-47, p. 9, consultable à l'adresse dx.doi.org/10.2139/ssrn.2370476.
- Buccirossi, P., Marvão, C. et G. Spagnolo (2014), « Leniency and damages », CEPR Discussion Paper, n° 10682.
- Buccirossi, P., et G. Spagnolo (2008), *Corporate Governance and Collusive Behavior*, *Issues in Competition Law and Policy 1* (W.D. Collins, dir. pub., 2008), American Bar Association.
- Chang, M-H et J.E. Harrington (2014), « When can we expect a corporate leniency program to result in fewer cartels? », http://assets.wharton.upenn.edu/~harrij/pdf/Leniency_08.11.14.pdf

- Chen, Z. et P. Rey (2013), « On the design of leniency programs », *Journal of Law and Economics*, vol. 56, pp. 917.
- Combe, E. et C. Monnier (2012), « Les cartels en Europe: Une analyse empirique », *Revue française d'économie*, vol. 27, n° 2.
- Compte, O., Jenny, F. et P. Rey (2002), « Capacity constraints, mergers and collusion », *European Economic Review*, vol. 46, pp. 1-29.
- Connor, J. (2010), « Recidivism revealed: Private International Cartels, 1990-2009 », *Competition Policy International*, vol. 6/2, pp. 101-127.
- Connor, J. M. (2008), « The Great Global Vitamins Conspiracies, 1985-1999 », consultable à l'adresse SSRN <http://ssrn.com/abstract=1120936> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1120936>
- Connor, J. et Gustav Helmers (2007), Statistics on Modern Private International Cartels, Working Paper 07-01, American Antitrust Institute.
- Connor, J. M., (2006), « The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence », American Antitrust Institute Working Paper n° 06-02, consultable à l'adresse SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1103604> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103604>
- Conseil européen de l'industrie chimique (2015), Chemical Connections, consultable à l'adresse <http://www.cefic.org/Documents/PolicyCentre/Competitiveness/Chemical-Connections.pdf>
- Conseil européen de l'industrie chimique (2014), Landscape of the European Chemical Industry, consultable à l'adresse <http://www.cefic.org/Documents/Landscape-European-chemical-industry/Landscape-of-the-European-Chemical-Industry-March-2014.pdf>
- Davies, S. et P. Ormosi (2014), « The economic impact of cartels and anti-cartel enforcement », ESRC Centre for Competition Policy, Université de l'East Anglia, CCP Working Paper 13-7 v2.
- Dick, A. (1996), « When are cartels stable contracts? », *Journal of Law and Economics*, vol. 39/1, pp. 241-283.
- Dick, A. (1995), « Where do cartels form?: Antitrust screens and the cost of cartel transactions », Working Paper 729, Université de Californie, Los Angeles, <http://www.econ.ucla.edu/workingpapers/wp729.pdf>
- Dorée, A. (2004), « Collusion in the Dutch construction industry: an industrial organization perspective », *Building Research and Information*, vol. 32, n° 2, mars-avril, pp. 146-156, consultable à l'adresse www.utwente.nl/ctw/p3bi/te_downloaden_publicaties/bri_collusie_definitief.pdf
- Dorée, A., Holmen, E. et J. Caerteling (2013), « Co-operation and competition in the construction industry of the Netherlands », 19^e conférence annuelle de l'Association of Researchers in Construction Management (ARCOM), vol. 2 (2003), pp. 817-826.
- Engel, C. (2015), « Tacit Collusion - The Neglected Experimental Evidence », Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2015/4, consultable à l'adresse http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2015_04online.pdf
- Evans, W. et I. Kessides (1994), « Living by the "Golden Rule": Multimarket contact in the US airline industry », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109, pp. 41-366.

- Fonseca, M. et H.-T. Normann (2014), « Endogenous cartel formation: Experimental evidence », Discussion Paper n° 159, Düsseldorf Institute for Competition Economics, http://www.vfs.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/159_Fonseca_Normann.pdf
- Ginsburg, D. et J. Wright (2010), « Antitrust Sanctions », (automne 2010), pp. 3-39.
- Golub, A., Detre, J. et J. Connor (2005), « The profitability of price fixing: Have stronger antitrust sanctions deterred? » (avril 2005).
- González, T.A. et Schmid, M. (2012), « Corporate governance and antitrust behavior », Saint-Gall, Swiss Institute of Banking and Finance, Université de Saint-Gall, Suisse.
- Govinda, H., Khumalo, J. et S. Mkhwanazi (2014), « On measuring the economic impact: savings to the consumer post cement cartel burst », Conférence sur le droit, l'économie et la politique de la conférence, 4-5 septembre 2014, consultable à l'adresse www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/On-measuring-the-economic-impact-savings-to-the-consumer-post-cement-cartel-burst-CC-15-Year-Conference.pdf
- Grimbeek, S. et Lekezwa, B. (2012), « The emergence of more vigorous competition and the importance of entry – comparative insights from flour and poultry », communication présentée à la sixième conférence annuelle sur le droit, l'économie et la politique de la concurrence en Afrique du Sud, Université du Witwatersrand, 6-7 septembre 2012, consultable à l'adresse www.uj.ac.za/EN/Faculties/ecofin/economics/research/cce/Documents/CCE%20Working%20Paper%202001-2013%20PoultryandMilling.pdf
- Green, E. et R. Porter (1984), « Noncooperative collusion under imperfect price information », *Econometrica*, vol. 52/1, pp. 87-100.
- Grout, P.A. et S. Sonderegger (2005), « Predicting cartels: A report for the Office of Fair Trading », Economic discussion paper OFT 773, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/report_s/comp_policy/oft773.pdf
- Gual, J. et N. Mas (2011), « Industry characteristics and anti-competitive behavior: Evidence from the European Commission's decisions », *Review of Industrial Organization*, n° 39.3, pp. 207-230.
- Harding, C. et J. Joshua (2010), « Regulating Cartels in Europe », Deuxième édition, Oxford University Press.
- Harrington, J. E., Hüschelrath, K., Laitenberger, U. et F. Smuda (2014), « The discontent cartel member and cartel collapse: The case of the German cement cartel », ZEW – Centre for European Economic Research Discussion Paper n° 14-084, consultable à l'adresse SSRN: ssrn.com/abstract=2523347 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2523347>.
- Harrington, J. E. (2013), « Corporate leniency programs when firms have private information: The push of prosecution and the pull of pre-emption », *Journal of Industrial Economics*, vol. 61, n° 1, pp. 1-27.
- Harrington, J.E. (2011), « When is an antitrust authority not aggressive enough in fighting cartels? », *International Journal of Economic Theory*, vol. 7, pp. 39-50.
- Harrington, J.E. (2008), « Optimal corporate leniency programs », *Journal of Industrial Economics*, vol. 56, n° 2, pp. 215–246.

- Harrington, J. (1989a), « Collusion among asymmetric firms: The case of different discount factors », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 7, pp. 289-307.
- Harrington, J. (1989b), « Collusion and predation under (almost) free entry », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 7, pp. 381-401.
- Horstmann, N., J. Kraemer, et D. Schnurr (2015), « Number effects in oligopolies: How many competitors are enough to ensure competition? », consultable à l'adresse SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2535862>
- Hüschelrath K., et T. Veith (2014), « Cartel detection in procurement markets », *Managerial and Decision Economics*, vol. 35, pp. 404-422.
- Hüschelrath, K. (2010), « How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Pro-active Methods to Establish Antitrust Infringements », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 1/6.
- Hyytinen, A., Steen, F. et O. Toivanen (2013), « Anatomy of cartel contracts », CEPR Discussion Paper n° 9362.
- Jacquemin, A., T. Nambu, et I. Dewez (1981), « A dynamic analysis of export cartels: The Japanese case », *Economic Journal*, vol. 91, n° 363, pp. 685-696.
- Katsoulacos, I. et D. Ulph (2013), « Antitrust penalties and the implications of empirical evidence on cartel overcharges », *The Economic Journal*, vol. 123/572.
- A.T. Kearney (2012), Chemical Industry Vision: a European perspective, <https://www.atkearney.com/documents/10192/536196/Chemical+Industry+Vision+2030+A+Europe+an+Perspective.pdf/7178b150-22d9-4b50-9125-1f1b3a9361ef>
- Klawiter, D.C. (2011), « Enhancing international cartel enforcement: Some modest suggestions », *CPI Antitrust Chronicle*, septembre 2011 (2).
- Kovacic, William E., Marshall, Robert C., Marx, Leslie M. et Raiff, Matthew E (2007), « Lessons for Competition Policy from the Vitamins Cartel », Vivek Ghosal et Johan Stennek (dir. pub.), *The Political Economy of Antitrust* (Contributions to Economic Analysis, vol. 282), Emerald Group Publishing Limited, pp. 149-176.
- Kudo, Y. et H. Odagiri (2014), « Empirically investigating structural factors facilitating cartels: A case of Japanese manufacturing », Competition Policy Research Center Discussion Paper Series, CPDP-61-E, <http://www.jftc.go.jp/cprc/discussionpapers/h26/index.files/CPDP-61-E.pdf>.
- Kühn, K.-U. (2012), « How market fragmentation can facilitate collusion », *Journal of the European Economic Association*, vol. 10/5, pp. 1116-1140.
- Levenstein, M. et V. Suslow (2015), « Cartels and collusion: Empirical evidence », Blair, R.D. et D. D. Sokol (dir. pub.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 2.
- Levenstein, M. et V. Suslow (2011), « Breaking up is hard to do: Determinants of cartel duration », *Journal of Law and Economics*, vol. 54, n° 2, pp. 455-492.
- Levenstein, M. et V. Suslow (2006), « What determines cartel success? », *Journal of Economic Literature*, vol. 44, pp. 43-95.

- Levenstein V. et M. Suslow, avec L. Oswald (2003), « International price-fixing cartels and developing countries: A discussion of effects and policy remedies », William Davidson Working Paper Number 538, Université du Michigan, consultable à l'adresse <http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/39923/wp538.pdf&embedded=true?sequence=2>
- Lianos, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova E. et E. David (2014), « An optimal and just financial penalties system for infringements of competition law: A comparative analysis », CLES Research paper series 3/2014, UCL Faculty of Laws, Londres, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2542991
- Lieberman, B. M. (1989), « The Learning Curve, Technology Barriers to Entry, and Competitive Survival in the Chemical Processing Industries », *Strategic Management Journal*, vol. 10, n° 5 (septembre-octobre, 1989), pp. 431-447.
- Lieberman, M. (1987), « Market growth, economies of scale, and plant size in the chemical processing industries », *Journal of Industrial Economics*, vol. 36, n° 2, pp. 175-191.
- London Economics (2011), « The impact of competition interventions on compliance and deterrence: A report for the Office of Fair Trading », <http://londoneconomics.co.uk/blog/publication/the-impact-of-competition-interventions-on-compliance-and-deterrence/>
- Marshall, R. et L. Marx (2012), *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, MIT Press.
- Marvão, C. (2015), « The EU leniency programme and recidivism », *Review of Industrial Organization*, à paraître.
- Marvão, C. (2014), « Heterogeneous penalties and private information », Konkurrentverket Working Paper Series in Law and Economics, Working Paper 2014, n° 1.
- Marvão, C. et G. Spagnolo (2014), « What do we know about the effectiveness of leniency policies? A survey of the empirical and experimental evidence », Stockholm Institute of Transition Economics, <http://swopec.hhs.se/hasite/papers/hasite0028.pdf>
- McKinsey and Company (2015), « Oil-price shocks and the chemical industry: Preparing for a volatile environment », *McKinsey on Chemicals*, mai 2015.
- Mncube, L. (2014), « The South African wheat flour cartel: Overcharges at the mill », *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2014, vol. 14, n° 4, pp. 487-509.
- Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, États-Unis.
- OCDE (2015), Hearing on Competition enforcement in oligopolistic markets, DAF/COMP(2015)/2.
- OCDE (2014a), « Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement », Éditions OCDE, Paris <http://www.oecd.org/daf/competition/Challenges-Competition-Internat-Coop-2014.pdf>
- OCDE (2014b), Policy Roundtable on Competition issues in the food chain industry, DAF/COMP(2014)16.
- OCDE (2013), Policy Roundtable on Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, DAF/COMP(2013)27.

- OCDE (2012), Policy Roundtable on Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects, DAF/COMP/(2012)17.
- OCDE (2011), Policy Roundtable on Promoting compliance with competition law.
- OCDE (2008), Policy Roundtable on Competition in the construction industry”, DAF/COMP(2008)36.
- Réseau international de la concurrence, (2010), Anti-Cartel Enforcement Manual – Cartel Working Group – Subgroup 2: Enforcement Techniques.
- Parker, P. et L.-H. Röller (1997), « Collusive conduct in duopolies: Multimarket conduct and cross-ownership in the mobile telephone industry », *RAND Journal of Economics*, vol. 28, pp. 304-322.
- Posner, R. (1970), « A statistical study of antitrust enforcement », *Journal of Law and Economics*, vol. 13, n° 2, pp. 365-419.
- PwC (2015), Global Top 100 Companies by market capitalisation, mise à jour du 31 mars 2015, <http://www.pwc.com/gx/en/audit-services/capital-market/publications/assets/document/pwc-global-top-100-march-update.pdf>
- Salvo, A. (2010), « Inferring market power under the threat of entry: the case of the Brazilian cement industry », *RAND Journal of Economics*, vol. 41, n° 2, pp. 326-350.
- Snyder, C. (1996), « A dynamic theory of countervailing power », *RAND Journal of Economics*, vol. 27, n° 4, pp. 747-769.
- Spagnolo, G. (2005), « Managerial incentives and collusive behavior », *European Economic Review*, vol. 49, pp. 1501-1523.
- Suslow, V. (2005), « Cartel contract duration: Empirical evidence from inter-war international cartels », *Industrial and Corporate Change*, vol. 14, n° 5, pp. 705-744.
- Symeonidis, G. (2003), « In which industries is collusion more likely? Evidence from the UK », *Journal of Industrial Economics*, vol. 51, n° 1, pp. 45-74.
- Tirole, J. (1988), *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, États-Unis.
- Veljanovski, C. (2007), Cartel fines in Europe: Law, practice and deterrence, *World Competition*, vol. 29.
- Weishaar, S. (2013), « Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economic Approaches to Bid Rigging », Edward Elgar Publishing.
- Werden, G., Hammond, S. et B. Barnett (2011), « Recidivism eliminated: cartel enforcement in the United States since 1999 », *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, octobre 2011 (1).
- Wils, Wouter P. J. (2012), « Recidivism in EU antitrust enforcement: A legal and economic analysis », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 35, n° 1, mars 2012.
- Zengeni T. et P. Mondliwa (2015), « Consolidation and entry: changing dynamics in the regional cement », Centre for Competition, Regulation and Economic Development, consultable à l’adresse www.competition.org.za/review/2015/2/18/consolidation-and-entry-changing-dynamics-in-the-regional-cement