

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

Forum mondial sur la concurrence

**COLLUSION ENDEMIQUE AU SEIN DE L'INDUSTRIE SUD-AFRICAINE DE LA
CONSTRUCTION : RAISONS & IMPLICATIONS**

Note de Robert Wilson

-- Session IV --

Ce document, rédigé par Robert Wilson, Associé spécialiste de la concurrence dans le cabinet Webber Wentzel, a été présenté pour servir de référence pour la Session IV du Forum mondial sur la concurrence qui s'est tenu les 29 et 30 octobre 2015.

Les opinions exprimées et les arguments employés dans le présent document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou ceux des gouvernements de ses pays membres.

Une documentation plus complète est disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/competition/globalforum

JT03418486

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.

COLLUSION ENDÉMIQUE AU SEIN DE L'INDUSTRIE SUD-AFRICAINE DE LA CONSTRUCTION : RAISONS & IMPLICATIONS¹

-- Robert Wilson² --

1. Introduction

1. À mesure qu'une économie se développe, les investissements dans les infrastructures constituent un moteur de croissance important. Ces investissements créent des emplois et favorisent d'autres investissements. Les grands projets d'infrastructures sont commandés par les pouvoirs publics et font ordinairement l'objet d'un appel d'offres, et sont souvent réalisés par des entreprises de construction locales. Toutefois, compte tenu des sommes d'argent en jeu et des conditions de marché et des conditions réglementaires qui prévalent dans certains pays, ces processus peuvent donner naissance à la constitution de cartels.

2. Le présent document propose une étude de cas sur le degré de collusion qui prévaut dans le secteur sud-africain de la construction. Après une présentation de la Loi sur la concurrence, il décrit les dispositions anti-cartel de cette loi et les pouvoirs dont disposent les autorités de la concurrence. Ce document fournit une présentation générale du secteur et montre de quelle manière nombre de cartels ont été mis au jour grâce aux politiques d'immunité ou de clémence de la Commission de la concurrence.

3. Le présent document analyse ensuite le nombre d'affaires jugées relatives à des cartels, le montant des sanctions contre les cartels, et les méthodes utilisées pour déterminer ces sanctions depuis la première sanction imposée par le Tribunal de la concurrence. Partant de là, le document parvient à la conclusion que jusqu'à une date récente, le secteur sud-africain de la construction était sujet à une collusion endémique.

4. Le document identifie ensuite les raisons possibles de ce phénomène, ainsi que les implications pour l'application future du droit de la concurrence. Il préconise la recherche par la Commission de la concurrence du difficile équilibre entre politique de détection et politique de prévention. Dans le même temps, la Commission doit adapter ses politiques de sensibilisation en vue de décourager la constitution de cartels sur les projets d'infrastructures.

2. Loi sud-africaine sur la concurrence

Contexte

5. La loi sud-africaine sur la concurrence de 1998³ (Loi sur la concurrence) est pleinement entrée en vigueur en 1999, abrogeant la Loi de maintien et de promotion de la concurrence de 1979.⁴ La Loi sur la

¹ Le présent rapport a été établi à la demande du Secrétariat de l'OCDE pour le 14^{ème} Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE qui s'est tenu à Paris le 30 octobre 2015.

² Associé spécialiste de la concurrence dans le cabinet Webber Wentzel, Johannesburg. Je tiens à remercier Lea Pavese pour son aide dans mes recherches.

³ Act No. 89 de 1998

concurrence trouve son origine dans les événements dramatiques survenus en Afrique du Sud pendant les années 1990.

6. En 1994, l'Afrique du Sud a tenu ses premières élections démocratiques, portant au pouvoir le Congrès national africain (ANC), jusqu'alors en exil. Avant ces élections, l'ANC avait défini ses grands objectifs économiques dans le *Programme de reconstruction et de développement* (RDP). Le RDP dénonçait l'excessive concentration du pouvoir économique aux mains d'une minorité au sein de la population, la domination de certains secteurs par quelques grands conglomérats, et les fortes tendances anti-concurrentielles qui prévalaient au sein de certains secteurs. Le RDP a proposé de nouvelles lois et des institutions antitrust afin de « créer un environnement économique plus concurrentiel et plus dynamique ».

7. Le *Livre blanc sur la reconstruction et le développement* du nouveau gouvernement reprenait l'analyse du RDP. Toutefois, il ajoutait que la nouvelle politique antitrust devait assurer la participation des petites et moyennes entreprises à l'économie et la sauvegarde des intérêts des travailleurs. En 1996, le gouvernement a mis en place le programme pour la *Croissance, l'emploi et la redistribution* (GEAR) pour stimuler la croissance économique afin de répondre aux besoins sociaux du pays. Un des éléments clés du programme GEAR était le renforcement de la politique de la concurrence. Il soulignait également que les conclusions auxquelles conduiraient l'examen des politiques en matière de concurrence alors en cours seraient prises en compte dans la nouvelle législation renforcée.

8. En novembre 1997, le ministère du Commerce et de l'Industrie (Department of Trade and Industry, DTI) a proposé des lignes directrices pour la politique en matière de concurrence, dans un texte intitulé *Créer un environnement propice à la concurrence, à la compétitivité et au développement* (Orientations politiques). Ce document critiquait les textes de loi et les institutions antitrust de l'époque et en proposait de nouvelles. Les Orientations politiques soulignaient également que la politique en matière de concurrence devait trouver le bon équilibre entre la promotion de marchés efficaces et les autres politiques de développement économique et de redistribution de la richesse nationale.

9. Les Orientations politiques ont été utilisées pour les négociations entre les entreprises, les pouvoirs publics et les travailleurs lors du Conseil national de développement économique et de la main-d'œuvre (NEDLAC). En mai 1998, le NEDLAC est parvenu à un accord sur la politique en matière de concurrence et le même mois, le DTI a publié la Loi sur la concurrence de 1998. Après une série de consultations publiques, une nouvelle Loi sur la concurrence a été votée par le parlement sud-africain en septembre 1998 et promulguée par le Président le mois suivant.

Objectifs et application

10. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que les objectifs fixés par la Loi sur la concurrence soient le reflet d'un but vers lequel il faut tendre, et représentent en même temps ce but. Le préambule reconnaît notamment que l'apartheid et les autres lois et pratiques discriminatoires ont conduit à restreindre de manière inadéquate les pratiques anti-concurrentielles ; qu'une loi sur la concurrence crédible, et des structures efficaces pour administrer cette loi, sont nécessaires au bon fonctionnement de l'économie ; et qu'un environnement économique efficace, concurrentiel, donnant la priorité au développement, profitera à tous les Sud-africains.

11. Les objectifs multiples de la Loi sur la concurrence sont encore précisés dans sa disposition relative à l'objet.⁵ De manière générale, il est précisé que la loi vise à assurer la promotion et le maintien de la concurrence en Afrique du Sud, mais cette loi vise aussi, entre autres, à favoriser l'efficacité,

⁴ Act No. 96 de 1970

⁵ Section 2

l'adaptabilité et le développement de l'économie ; à améliorer le bien-être social et économique des Sud-africains ; à garantir l'égalité de chances des petites et moyennes entreprises de participer à l'économie ; et à promouvoir l'élargissement de l'accès à la propriété, notamment accroître celle des personnes historiquement défavorisées.

12. La loi s'applique aux activités économiques en Afrique du Sud ou ayant un effet dans celle-ci. Les seules exceptions concernent les conventions collectives, ainsi que les activités destinées à la réalisation d'un objectif socio-économique non commercial ou ayant un objet similaire.⁶

Institutions

13. La Loi sur la concurrence a instauré trois nouvelles institutions, chacune ayant des fonctions distinctes et indépendantes les unes des autres. De manière générale, la Commission de la concurrence (la Commission) a une fonction d'enquête et de poursuites, mais elle est également habilitée à prendre des décisions sur les demandes de dispense, ainsi que les fusions de tailles petite et intermédiaire.⁷ Le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) est un organisme juridictionnel, rendant des décisions sur les pratiques prohibées, y compris des ordonnances de référé et de consentement, les grandes fusions et les saisines concernant les fusions de tailles petite et intermédiaire.⁸ La Cour d'appel en matière de concurrence (CAC) examine les recours formés contre les décisions du Tribunal. La CAC a le statut de Haute Cour et elle est composée de juges instruisant des affaires en dehors de leurs fonctions habituelles.⁹

Pratiques prohibées

14. La Loi sur la concurrence interdit la collusion entre concurrents, ainsi que l'exploitation et l'exclusion par une firme dominante.

15. La loi interdit formellement toute entente ou pratique concertée par des firmes ou toute décision prise par une association de firmes dans une relation horizontale (c'est-à-dire entre concurrents) si elle implique une fixation des prix ou d'autres conditions de transaction, le partage de marchés ou un accord collusoire relatif à un appel d'offres.¹⁰ Toute autre pratique horizontale restrictive est interdite si ses effets anti-concurrentiels l'emportent sur les éventuels effets favorables à la concurrence (ce que l'on appelle communément les effets « anticoncurrentiels nets »).¹¹

16. Les firmes dominantes ont l'interdiction d'appliquer un prix excessif au détriment des consommateurs, de refuser d'accorder aux concurrents un accès à une installation essentielle ou, si ces pratiques ont des effets anticoncurrentiels nets, de pratiquer des actes d'éviction d'ordre général ou particulier (notamment de discrimination tarifaire).¹² Une firme est en situation dominante sur un marché si elle possède au moins 45 % de ce marché, ou au moins 35 % mais moins de 45 % de ce marché à moins

⁶ Section 3

⁷ Sections 19-25

⁸ Sections 26-35

⁹ Sections 36-39

¹⁰ Section 4(1)(b). Cette interdiction ne s'applique pas aux accords conclus entre une société mère, ses filiales directes et indirectes détenues à 100 %, ou une combinaison d'entre elles, ni entre des firmes appartenant à une « entité économique unique » de structure similaire à un tel groupe d'entreprises.

¹¹ Section 4(1)(a)

¹² Sections 8 & 9

qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir de marché, ou moins de 35 % de ce marché si elle dispose d'un pouvoir de marché.¹³

17. Un accord entre des parties dans une relation verticale (c'est-à-dire entre une firme et ses fournisseurs, ses clients, ou les deux) est interdit s'il a des effets anticoncurrentiels nets.¹⁴ De plus, la pratique du prix de revente minimum est formellement interdite, à moins que le fournisseur ou le producteur ne recommande un prix de revente minimal.¹⁵ On peut considérer que la première interdiction s'appliquera uniquement à une firme dominante¹⁶ tandis que la seconde semble destinée aux cartels entre fournisseurs.

18. Toute pratique de fixation des prix, de partage de marchés ou un accord collusoire relatif à un appel d'offres constitue nécessairement un cartel. Dans *American Natural Soda Ash Corporation and Another v Competition Commission and Others*¹⁷ (affaire Ansac), la Cour suprême a jugé que la disposition de la Loi sur la concurrence relative à l'entente sur les prix ne concernait pas nécessairement toutes les formes de coopération horizontale pouvant influencer sur les prix entre acteurs concurrents. Les arguments sur lesquels la Cour fonde son raisonnement sont les suivants :

« La question centrale de l'enquête est de déterminer si le caractère du comportement dénoncé coïncide avec le caractère de la conduite prohibée, et ce processus comporte nécessairement deux éléments. Le premier est le champ d'application de l'interdiction : il s'agit d'une question d'interprétation législative. L'autre est la nature du comportement dénoncé : il s'agit d'une enquête sur les faits. En langage courant, l'on peut dire qu'il s'agit de « caractériser » le comportement – c'est le terme utilisé aux Etats-Unis, que l'Ansac a adopté ».¹⁸

19. La Cour précise que l'entente sur les prix implique nécessairement une collusion entre les concurrents, l'élimination de la concurrence entre eux en constituant la visée et non pas la conséquence accidentelle.¹⁹ La Cour mentionne en y souscrivant l'opinion majoritaire au sein de la Cour suprême des États-Unis dans *Broadcast Music, Inc. v Columbia Broadcasting System, Inc.*²⁰ qui critiquait l'interprétation « littérale » de la notion d'« entente sur les prix ».

20. Nonobstant les critiques exprimées à l'encontre de ce jugement,²¹ plus récemment dans l'affaire *Competition Commission v South African Breweries Limited & Others*,²² la CAC a analysé la caractérisation telle qu'elle a évolué dans la jurisprudence sud-africaine depuis l'affaire de l'Ansac. La CAC a estimé que toute la question de la caractérisation consistait à savoir si un accord comportant à la fois une dimension horizontale et une dimension verticale devait être analysé selon les dispositions concernant les

¹³ Section 7

¹⁴ Section 5(1)

¹⁵ Sections 5(2) & (3)

¹⁶ Dans la mesure où pour qu'un accord vertical ait un effet anti-concurrentiel net, l'une des parties doit assurément disposer d'un pouvoir de marché.

¹⁷ 2005 (6) SA 158 (SCA)

¹⁸ Para. 47

¹⁹ Paras 48 & 49

²⁰ 441 US 1 (1978) à 9

²¹ Lewis, D, *Thieves at the Dinner Tableau: Enforcing the Competition Act*, Jacana, 2012 aux pp. 213-216.

²² [2015] ZACAC 1

pratiques restrictives entre firmes dans une relation horizontale ou dans une relation verticale, ou selon les deux.

Conséquences des infractions

21. Le Tribunal peut rendre diverses ordonnances pour des infractions aux dispositions relatives aux pratiques prohibées de la Loi sur la concurrence. Celles-ci peuvent prendre la forme d'une sanction administrative pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par une firme en Afrique du Sud et à l'exportation.²³ La Loi sur la concurrence recense les facteurs devant être pris en considération par le Tribunal pour déterminer la sanction appropriée. Ces dernières comprendraient notamment la question de savoir si l'entreprise incriminée a déjà enfreint la Loi par le passé.²⁴ Les pénalités sont payées à la Commission, qui les reverse au « National Revenue Fund » (Trésor public).²⁵

22. Suivant l'arrêt de la CAC dans l'affaire *Southern Pipeline Contractors and Another v Competition Commission*²⁶ (affaire SPC) le Tribunal dans l'affaire *Competition Commission v Aveng (Africa) Ltd t/a Steeldale and Others*²⁷ (affaire Aveng) a défini la méthodologie suivante en six étapes pour déterminer les sanctions administratives :

- Étape 1 - Déterminer le chiffre d'affaires affecté²⁸ au cours de l'exercice pris en compte pour l'estimation ;²⁹
- Étape 2 - Calculer le montant de base, c'est-à-dire 0-30 % de la valeur déterminée à la première étape, en tenant compte de la nature et de la gravité de l'infraction, de tout préjudice ou dommage subi du fait de l'infraction, des circonstances dans lesquelles l'infraction s'est produite, et du niveau de profits obtenus grâce à l'infraction ;³⁰
- Étape 3 - Multiplier la valeur obtenue à la deuxième étape par le nombre d'années pendant lesquelles l'infraction a duré ;

²³ Sections 58(1)(a)(iii) & 59. Une infraction aux dispositions anti-collusion proprement dites peut entraîner une sanction administrative pour une première infraction.²³ Suivant la « règle de raison », le Tribunal peut imposer uniquement une sanction administrative pour un comportement prohibé s'il s'agit essentiellement de la réitération par la même firme d'un comportement déjà jugé par le Tribunal comme étant prohibé.

²⁴ Section 59(3)

²⁵ Sections 59(4). Le « National Revenue Fund » (Trésor public) est constitué en vertu de la section 213 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996 (Act N° 108 de 1996).

²⁶ [2011] ZACAC 6

²⁷ [2012] ZACT 32

²⁸ Le chiffre d'affaires affecté est fondé sur les ventes de biens et de services qui peuvent être considérées comme ayant été affectées par l'infraction. Cf. affaire Aveng (para. 134).

²⁹ En règle générale, l'exercice pris en compte pour l'estimation sera le dernier exercice complet au cours duquel le comportement s'est produit. Cf. affaire Aveng (para. 135).

³⁰ Cf. affaire Aveng (para. 140-147). Les facteurs pris en compte à ce stade sont ceux qui sont recensés dans la section 59(3) (a) (b) (d) & (e) de la Loi sur la concurrence. Par ailleurs, le niveau des profits obtenus grâce à l'infraction peut être pris en compte à l'étape 2 ou à l'étape 5.

- Étape 4 - Arrondir par défaut la valeur obtenue à la troisième étape, si elle dépasse le plafond de 10 % du chiffre d'affaires total de la firme ;³¹
- Étape 5 - Attribuer une décote ou une prime exprimée en pourcentage d'un montant qui est soit soustrait soit additionné à la valeur déterminée à la quatrième étape, en tenant compte d'une série de facteurs tels que le comportement de la firme, le niveau de profits obtenus grâce à l'infraction, le degré de coopération avec les autorités, et s'il s'agit d'une première infraction ou d'une récidive ;³² et
- Étape 6 - Arrondir par défaut la valeur obtenue à la cinquième étape, si elle dépasse le plafond de 10 % du chiffre d'affaires total de la firme.³³

23. Le 1er mai 2015, la Commission a publié ses *Lignes directrices pour la détermination des sanctions administratives des pratiques prohibées* (« Lignes directrices sur les pénalités »). Ces directives non contraignantes suivent globalement la méthodologie en six étapes de l'affaire Aveng. Toutefois, elles stipulent également que le Commission peut procéder à d'autres ajustements en appliquant des décotes au règlement et/ou en tenant compte de l'incapacité des contrevenants à payer les pénalités.

24. La Loi sur la concurrence prévoit également la possibilité pour le Tribunal de qualifier un comportement de pratique prohibée pour les besoins des demandes de dommages indirects civils déposées devant la Haute Cour,³⁴ qui restent un domaine insuffisamment développé du droit sud-africain. Plusieurs procédures ont été engagées ou sont menacées, qui devraient soulever des questions complexes de qualité pour agir, de lien de causalité et d'évaluation quantitative des dommages. La Commission avance l'argument que si les firmes actuellement cotées ne prévoient pas de verser de dommages, elles subissent néanmoins une baisse de leur cours sur les marchés actions.³⁵

25. La Loi sur la concurrence ne criminalise pas la constitution de cartels. En revanche, le fait de révéler des informations confidentielles, d'entraver l'application de la Loi, de ne pas comparaître à une convocation, de ne pas répondre en toute bonne foi, d'entraver une enquête ou une procédure d'arbitrage, et de contrevenir ou ne pas se conformer à une ordonnance provisoire ou définitive du Tribunal ou de la CAC, constitue simplement un délit.³⁶

26. La Loi modificatrice sur la concurrence de 2009³⁷ prévoit effectivement que l'administrateur ou le dirigeant d'une firme se rend coupable d'une infraction s'il a causé ou sciemment permis des pratiques concertées par la firme. Cette personne peut se voir imposer des amendes allant jusqu'à 500 000 ZAR ou une peine de prison pouvant aller jusqu'à 10 ans. Toutefois, ces dispositions particulières de la Loi modificatrice prendront effet seulement à la date arrêtée par le Président, et l'on ne sait pas encore de quelle date il s'agit ni si le Président arrêtera effectivement une date.

³¹ L'année prise en compte dans ce contexte est l'exercice qui précède l'application de la pénalité. Cf. affaire SPC (para. 61) et affaire Aveng (paras 114-115).

³² Cf. affaire Aveng (para. 153). Les facteurs pris en compte à cette étape sont ceux qui sont présentés en section 53(3) (c) (e) (f) & (g) de la Loi sur la concurrence.

³³ Idem que pour étape 4 ci-dessus, l'année prise en compte dans ce contexte est l'exercice qui précède l'application de la pénalité. Cf. affaire SPC (para. 61) et affaire Aveng (para. 114-115).

³⁴ Section 58(1)(a)(v)

³⁵ Commission, *Competition News*, édition 52, mai 2015, p. 12

³⁶ Sections 69-74

³⁷ Act No. 1 de 2009

27. Néanmoins, il se peut qu'un accord collusoire relatif à un appel d'offres contrevienne ou donne lieu à des contraventions de différentes dispositions de la Loi de 2004 sur la prévention et la répression des actes de corruption (Loi anti-corruption).³⁸

Exemptions

28. À la demande d'une firme, la Commission peut accorder une exemption à des pratiques prohibées qui contribuent au maintien ou à la promotion des exportations ; qui aident certaines petites entreprises (ou des firmes contrôlées ou détenues par des personnes historiquement désavantagées) à devenir plus concurrentielles ; qui favorisent un changement des capacités productives nécessaire pour interrompre le déclin d'un secteur d'activité ; ou qui favorisent la stabilité économique d'un secteur d'activité désigné par le Ministre du développement économique (après consultation du Ministre responsable de ce secteur d'activité). La Commission peut également exempter des pratiques prohibées liées à l'exercice des droits de propriété intellectuelle.³⁹

Application de la loi

29. La Commission peut engager ou recevoir une plainte contre une pratique prohibée présumée, et doit examiner la plainte aussi vite que possible.⁴⁰ Aucune plainte ne peut être engagée plus de trois ans après que la pratique a pris fin.⁴¹ Lorsqu'une plainte est engagée, la Commission peut convoquer une personne pour l'interroger ou pour livrer un objet particulier.⁴² La Commission peut également effectuer des perquisitions en vertu d'un mandat émis par un juge ou un magistrat, et dans certains cas sans mandat.⁴³ La partie demanderesse peut introduire une demande en référé auprès du Tribunal à l'égard des pratiques présumées, avant l'ouverture des débats ou après qu'ils auront été ouverts.⁴⁴

30. Si au cours de l'enquête engagée à la suite d'une plainte, ou après cette enquête, la Commission et le défendeur s'accordent sur les conditions d'un ordre approprié, le Tribunal, sans prendre connaissance des preuves, peut confirmer cet accord en tant qu'ordonnance sur consentement.⁴⁵ À défaut, à tout moment après avoir engagé une plainte, la Commission peut renvoyer la plainte au Tribunal. Dans les douze mois suivant le dépôt d'une plainte, la Commission doit renvoyer la plainte au Tribunal si elle juge qu'une pratique prohibée a été établie. Dans tout autre cas, la Commission doit émettre un avis de non-renvoi au plaignant.⁴⁶ Dans ce cas, ce dernier peut directement porter plainte auprès du Tribunal.⁴⁷

31. En 2008, la Commission a publié sa politique révisée de clémence prévue pour les entreprises (*Corporate Leniency Policy CLP*).⁴⁸ En termes de la présente politique, la Commission peut accorder

³⁸ Act No. 12 de 2004

³⁹ Section 10

⁴⁰ Section 49B

⁴¹ Section 67(1)

⁴² Section 49A

⁴³ Sections 46-49

⁴⁴ Section 49C

⁴⁵ Section 49D

⁴⁶ Section 50

⁴⁷ Section 51

⁴⁸ Publiée dans la General Notice 628 dans la Government Gazette 31064 du 23 mai 2008, modifiée par la General Notice 212 dans la Government Gazette 35139 du 16 mars 2012.

l'immunité au membre d'un cartel qui viendrait se dénoncer s'il est le premier à s'adresser à la Commission. Pour remplir les conditions de l'immunité conditionnelle, puis de l'immunité totale, le demandeur doit satisfaire aux exigences de la CLP. Si la demande d'immunité est accordée, la Commission ne demandera pas au Tribunal d'imposer une sanction administrative au demandeur. Toutefois, un demandeur ayant obtenu l'immunité n'est pas protégé contre les poursuites civiles.

Actions de sensibilisation

32. La Loi sur la concurrence mandate également la Commission, et indirectement le Tribunal de la concurrence, à mener diverses actions de sensibilisation. Ces actions consistent notamment à prendre une série de mesures visant à sensibiliser le public sur les dispositions de la Loi ; à négocier des accords avec toute autorité réglementaire en vue de coordonner et d'harmoniser l'exercice de la compétence en matière de concurrence au sein d'un secteur d'activité ; à participer aux travaux de toute autorité réglementaire ; à donner et obtenir des conseils auprès de toute autorité réglementaire ; et à examiner la législation et les réglementations publiques à terme.⁴⁹

3. Collusion au sein du secteur sud-africain de la construction

Contexte

33. Le secteur sud-africain de la construction a enregistré une croissance très soutenue au cours des 20 dernières années. À l'époque de l'apartheid, ce secteur d'activité était entravé par les politiques raciales et par les sanctions internationales. Après les élections de 1994, le nouveau gouvernement démocratique a commencé à rattraper les retards pris en matière d'infrastructures socio-économiques, notamment de logement, de traitement des eaux et d'électricité. Le gouvernement a également pris de nouvelles mesures pour stimuler la croissance du secteur de la construction. Parmi ces mesures figurent notamment la mise en place d'un Conseil de développement de l'industrie de la construction (*Construction Industry Development Board, CIDB*),⁵⁰ l'élaboration d'un échéancier des dépenses publiques à travers le Cadre de dépenses à moyen terme, et la mise en place de programmes pour favoriser l'émergence d'entrepreneurs noirs. La croissance de ce secteur d'activité a également bénéficié du dynamisme des dépenses d'infrastructures en vue de la Coupe du monde de football de la FIFA de 2010.⁵¹

34. D'après le Bureau de la statistique d'Afrique du Sud (*Statistics South Africa*), le chiffre d'affaires total du secteur de la construction en 2011 a atteint 267 014 millions de ZAR.⁵² En 2011, les dépenses se sont élevées à 256 070 millions de ZAR,⁵³ et la marge bénéficiaire à 2,8 %.⁵⁴ Le chiffre d'affaires total des

⁴⁹ Section 21

⁵⁰ Le CIDB a été créé par la loi portant sur la création du Conseil de développement de l'industrie de la construction (*Construction Industry Development Board Act*) de 2000 (No. 38 de 2000) en vue de mettre en œuvre une stratégie intégrée pour la reconstruction, la croissance et le développement du secteur de la construction.

⁵¹ Cottle, E, "The Transformation of the Construction Sector in South Africa since apartheid: social inequality and labour", *Global Labour Column*, No. 198, avril 2015, University of the Witwatersrand

⁵² Statistics South Africa, "The Construction Industry 2011", Rapport No. 50-02-01 (2011), p. 1. Le principal contributeur au chiffre d'affaires total est la « construction de génie civil » (104 670 millions de ZAR, soit 39 %), suivie de la « construction de bâtiments » (68 553 millions de ZAR, soit 26 %), les « autres installations dans les bâtiments », (20 402 millions de ZAR, soit 7 %), et les « installateurs électriciens » (15 234 millions de ZAR, soit 6 %).

⁵³ Statistics South Africa, p. 3. Le principal poste de dépenses est constitué des « Achats » (110 743 millions de ZAR, soit 43 %), suivi des « paiements aux sous-traitants de construction » (53 672 millions de ZAR,

grandes entreprises (chiffre d'affaires supérieur ou égal à 52 millions de ZAR) s'est élevé à 171 098 millions de ZAR, soit 64 % du chiffre d'affaires total du secteur de la construction. Les entreprises de taille moyenne ont enregistré un chiffre d'affaires de 57 229 millions de ZAR (soit 21 % du chiffre d'affaires total), et les petites et les micro entreprises, un chiffre d'affaires de 38 687 millions de ZAR (soit 15 %).⁵⁵ Les 20 plus grandes entreprises ont apporté une contribution de 25,9 % au chiffre d'affaires total du secteur en 2011.⁵⁶ Le secteur privé (entreprises et particuliers) a été le principal client du secteur de la construction en 2011, contribuant à hauteur de 145 863 millions de ZAR, soit 58 % aux produits de prestations de services, suivis par les entités semi-publiques (grandes entreprises publiques) (58 789 millions de ZAR, soit 24 %) et par le gouvernement (44 487 millions de ZAR, soit 18 %).⁵⁷

35. La Table ronde sur le secteur du bâtiment qui s'est tenue en 2008 dans le cadre du Comité de la concurrence de l'OCDE souligne que le secteur sud-africain de la construction se caractérise par un petit nombre de grandes firmes qui sont actives dans la totalité des marchés de la construction, ou dans beaucoup de ces marchés. De plus, ce secteur d'activité est marqué par un degré très élevé d'intégration verticale, un petit nombre de grandes entreprises de construction contrôlant les fournisseurs de briques, de ciment et granulats. Les grandes firmes constituent fréquemment des coentreprises pour répondre aux appels d'offres pour les grands projets de construction. Il existe également un certain nombre de barrières à l'entrée, notamment le respect des exigences en matière de capacités techniques et financières du CIDB pour pouvoir remporter certains appels d'offres,⁵⁸ et la capacité à attirer et à retenir les ingénieurs, les technologues et les techniciens qui sont en nombre insuffisants sur ce marché.⁵⁹

36. Le secteur sud-africain de la construction affiche une performance médiocre depuis quelque temps. D'après un rapport de la firme PwC⁶⁰, les résultats financiers publiés en 2014 par les entreprises cotées du secteur étaient mitigées. La capitalisation boursière globale de ces firmes a diminué tout au long de l'année 2014. Cette situation contraste fortement avec celle des autres sociétés cotées à la Bourse de Johannesburg.⁶¹ Le caractère cyclique de l'activité de construction explique peut-être le déclin observé en 2014. Toutefois, il se peut également qu'il soit lié à une tendance baissière structurelle au sein de ce secteur d'activité.

soit 21 %), les « salaires et traitements » (48 111 millions de ZAR, soit 19 %) et les « amortissements » (6 859 millions de ZAR, soit 3 %).

⁵⁴ Statistics South Africa, p. 2. Le segment « Préparation du site » affichait les marges bénéficiaires les plus élevées à 5,5 %, suivi des « installateurs électriciens » à 5,2 % et par les « autres installations dans les bâtiments » à 4,9 %. Le segment « location avec opérateur de matériel de construction ou de démolition » affichait les marges bénéficiaires les plus faibles à -4,4 %.

⁵⁵ Statistics South Africa, p. 1

⁵⁶ Statistics South Africa, p. 2. Le segment « Préparation du site » affiche les taux de concentration les plus élevés dans ces trois catégories : CR5 (57,5 %), CR10 (71,1 %) et CR20 (82,7 %). Le segment des « Autres travaux de parachèvement de bâtiment » en revanche, affichait le taux de concentration le plus faible dans les trois catégories : CR5 (4,2 %), CR10 (7,1 %) et CR20 (11,5 %).

⁵⁷ Statistics South Africa, p. 5

⁵⁸ Le CIDB doit tenir à jour un registre national des entreprises de construction pour faciliter le processus d'attribution des marchés publics. Le CIDB note les entreprises de construction en fonction de certains critères et les classe dans 20 catégories et neuf notes. Par exemple, le montant maximal des appels d'offre auxquels peut répondre une entreprise ayant la note 2 est égal à 650 000 ZAR, à 6 500 000 ZAR pour une entreprise ayant la note 5, tandis qu'une entreprise ayant la note 9 n'est soumise à aucune limite.

⁵⁹ OECD, *Competition in the Construction Industry*, DAF/COMP(2008)36, pp. 144-148

⁶⁰ PwC, SA Construction, 2^{ème} édition, novembre 2014.

⁶¹ PwC, pp. 4 & 5

37. Une série de raisons expliquent cette tendance baissière. Tout d'abord, l'économie sud-africaine n'a pas échappé à la crise économique mondiale de 2008 et elle affiche depuis lors une croissance faible. Ensuite, malgré l'engagement affiché par le gouvernement à réaliser des investissements dans les infrastructures publiques, les établissements publics tels qu'Eskom (production et distribution d'électricité), Transnet (réseau ferré, infrastructures portuaires, oléoducs et logistique) et SANRAL (agence nationale des routes) ont réduit leurs dépenses d'investissement.⁶² Par ailleurs, l'industrie minière a fortement réduit ses investissements industriels en raison de la baisse des marges induite par la volatilité des cours des matières premières et de l'agitation ouvrière.⁶³ La baisse des dépenses du secteur privé a été en partie contrebalancée par les investissements dans les énergies durables (centrales photovoltaïques et parcs d'éoliennes).⁶⁴ Parmi les autres raisons qui expliquent la faible performance de ce secteur d'activité figurent le climat du travail explosif et violent, la perte de compétences et d'expertise, les investissements nécessaires aux nouveaux projets et les retards dans la clôture de certains contrats.⁶⁵

38. Malgré la faible performance financière du secteur de la construction, PwC souligne que l'industrie profite grandement à l'Afrique du Sud en raison des avantages pécuniaires perçus par plusieurs parties prenantes, notamment les employés et leurs familles, les syndicats, les investisseurs individuels, les fonds de pension, les fonds communs de placements, les sociétés d'investissement, les fournisseurs, les clients, et les pouvoirs publics en tant qu'autorité de réglementation et dépositaires de l'impôt sur le revenu.⁶⁶ Néanmoins, plus de 20 ans après la fin de l'apartheid, le secteur sud-africain de la construction ne s'est guère transformé. Dans le rapport de PwC, l'analyse de la composition des conseils d'administration des sociétés du secteur, souligne que les personnes historiquement désavantagées et les femmes représentent seulement 35 % et 18,9 % des membres, respectivement. Fait significatif, 47,8 % sont blancs, sont principalement des hommes, et sont âgés d'au moins 50 ans. De même, la part des ingénieurs parmi les membres des conseils d'administration est de 37 % dans les entreprises de construction et de 21 % dans les entreprises de matériaux de construction.⁶⁷

Premières affaires de cartel

39. Au milieu de l'année 2007, la Commission a donné la priorité aux questions de concurrence dans les infrastructures et la construction en raison de l'importance des investissements en infrastructures dans la stratégie de croissance du gouvernement, ainsi que des interactions de la Commission avec les autorités de la concurrence dans les autres juridictions qui avaient mis au jour des preuves de collusion au sein de ce secteur d'activité. En décembre 2007, Rocla, filiale de Murray & Roberts, a présenté une demande d'immunité au titre de la politique de clémence alors en vigueur vis-à-vis des entreprises de la Commission.⁶⁸ À partir de ces informations, la Commission a lancé une enquête sur la formation d'un cartel à l'encontre d'un certain nombre de firmes qui avaient fourni des produits préfabriqués en béton (conduites, regards, ponceaux, etc.). La Commission a ensuite interrogé de nombreuses personnes pendant plusieurs mois et a ensuite renvoyé la plainte au Tribunal en février 2009 pour jugement.⁶⁹ Suivant l'exemple de Rocla,

⁶² PwC, pp. 6-8

⁶³ PwC, p. 8

⁶⁴ PwC, p. 9

⁶⁵ PwC, pp. 14-16

⁶⁶ PwC, pp. 22-25

⁶⁷ PwC, pp. 36 & 37

⁶⁸ La CLP est venue remplacer la première politique de clémence vis-à-vis des entreprises de la Commission, qui était entrée en vigueur le 6 février 2004.

⁶⁹ Ce renvoi a finalement conduit au jugement de la CAC dans l'affaire SPC évoquée plus haut.

plusieurs autres firmes de construction et de matériaux de construction ont rapidement présenté des demandes d'immunité pour dénoncer d'autres cas de cartels. L'une d'entre elles, DPI Plastics, a fait sa demande après que la constitution d'un cartel ait été découverte au cours d'une enquête menée dans le cadre d'une fusion. De nombreuses firmes ne réunissant pas les conditions pour obtenir l'immunité ont fini par trouver un accord avec la Commission en payant des pénalités administratives.

Mécanisme de règlement accéléré

40. Le 10 février 2009, la Commission a lancé une enquête sur les pratiques de cartel dans la construction des stades pour la Coupe du monde de football de la FIFA 2010. Après avoir reçu un certain nombre de demandes d'immunité, le 1er septembre 2009, la Commission a élargi son enquête au secteur de la construction tout entier, c'est-à-dire à la fois au segment de la construction et à celui des matériaux de construction. Au cours de ces enquêtes, la Commission a reçu environ 150 demandes de signet de clémence et 65 demandes d'immunité.⁷⁰

41. A partir de ces enquêtes et d'autres enquêtes, ainsi que de divers règlements et référés, la Commission est parvenu à la conclusion que les pratiques de cartel étaient endémiques au sein du secteur de la construction. Pour parvenir à régler toutes ces affaires de manière économique et rapide, la Commission a décidé d'inviter les entreprises de construction impliquées dans des cartels à présenter une demande pour engager des discussions en vue d'un règlement. Le 1er février 2011, la Commission a publié son *Invitation aux firmes du secteur de la construction à engager des discussions en vue d'un règlement des infractions à la Loi sur la concurrence* (« Invitation »). Cette initiative visait notamment à encourager les firmes à reconnaître leurs pratiques de cartel en leur proposant des règlements à des conditions financièrement avantageuses.⁷¹

42. La Commission a classé les demandeurs en différentes catégories d'après le nombre de « pratiques prohibées non désignées »⁷² qu'ils révélaient. La Commission a ensuite déterminé le montant des pénalités en pourcentage du chiffre d'affaires⁷³ sur la base d'une fourchette correspondant à chaque catégorie (cf. Tableau 1 ci-après).

⁷⁰ Commission, *Competition News*, édition 52, mai 2015, p. 10

⁷¹ Invitation, p. 2

⁷² Pratiques de cartel dans le secteur de la construction qui se poursuivent ou qui n'ont pas cessé trois ans avant les plaintes du 10 février 2009 ou du 1^{er} septembre 2009.

⁷³ Chiffre d'affaires annuel du demandeur dans le sous-secteur concerné en Afrique du Sud et à l'exportation pour l'exercice précédant la date de l'Invitation.

Tableau 1 : Calcul du montant des pénalités prévues par le mécanisme de règlement accéléré⁷⁴

Catégorie	Nombre de contraventions non désignées par demandeur du sous-secteur ⁷⁵	Pénalités en pourcentage du CA du demandeur du sous-secteur (en %)
A	1 à 4	1 à 4
B	5 à 12	4 à 7
C	13 à 22	7 à 10
D	23 et plus	10 à 12

Source : Commission

43. Vingt et une firmes ont répondu à l'Invitation, révélant environ 300 cas d'accords collusoires relatifs à un appel d'offres sur des projets de construction pour une valeur proche de 112 milliards de ZAR.⁷⁶ Cet accord collusoire relatif à un appel d'offres a pris la forme d'une répartition des clients et des marges bénéficiaires, offres fictives, versement de paiements compensatoires aux soumissionnaires non retenus, et sous-traitance aux soumissionnaires non retenus.⁷⁷ Trois des firmes remplissaient donc les conditions requises pour pouvoir bénéficier d'une immunité conditionnelle, ce qui les a dispensées de parvenir à un règlement avec la Commission.

44. Etant donné que l'Invitation concernait uniquement les projets de construction dont la conclusion intervenait après février ou septembre 2006, la Commission a ensuite effectué des règlements avec 15 entreprises de construction au titre de 140 accords collusoires relatifs à des appels d'offres. Treize d'entre elles avaient commis plusieurs infractions à la Loi sur la concurrence. Certaines des firmes ayant répondu à l'Invitation ont impliqué 24 autres firmes pour 31 projets.⁷⁸

45. En 2013, les 15 firmes ont accepté des pénalités d'un montant total de 1,46 milliards de ZAR. Le Tribunal a confirmé ces règlements les 22 et 23 juillet 2013. La pénalité la plus élevée atteignait 311 288 311 ZAR et la plus basse 155 850 ZAR. Le Tableau 2 indique le montant de la pénalité acceptée par chacune de ces 15 firmes.

⁷⁴ Invitation, p. 7

⁷⁵ Les sous-secteurs sont les catégories de travaux de construction définies à l'Annexe 3 des *CIDB Regulations*.

⁷⁶ Commission, *Competition News*, édition 52, mai 2015, p. 10

⁷⁷ Commission, *Annual Report 2012/2013*, p. 19

⁷⁸ Van Niekerk, A, *Calculating Cartel Follow-on Damages: General considerations and application to South African construction sector*, 2015, pp. 2-5. Document non publié présenté au Zimbabwean Competition and Tariff Commission et à la Annual Competition and Economic Regulation Week du Centre for Competition, Regulation and Economic Development de l'université de Johannesburg les 20 et 21 mars 2015.

Tableau 2 : Pénalités administratives imposées dans le cadre du mécanisme de règlement accéléré⁷⁹

N°	Firme	Montant de la pénalité (ZAR)
1	WBHO	311 288 311
2	Murray & Roberts	309 046 455
3	Stefanutti Stocks	306 892 664
4	Aveng	306 576 143
5	Basil Read	94 936 248
6	Raubex	58 826 626
7	Haw & Inglis	45 314 041
8	Rumdel	17 127 465
9	Guiricich Bros	3 552 568
10	Vlaming	3 421 662
11	Tubular Technical	2 634 667
12	Liverio & Son	2 011 078
13	Hochtief	1 315 719
14	Norvo	714 897
15	Esorfranki	155 850
TOTAL		1 463 814 394

Source : Commission

46. Le montant des projets de construction non désignés s'est élevé à 37,1 milliards de ZAR et celui des projets désignés à 9,9 milliards de ZAR. Parmi ces deux catégories, 225 projets concernaient le secteur public et 75 le secteur privé. En valeur, les projets du secteur public représentaient 28 milliards de ZAR et ceux du secteur privé 19 milliards de ZAR. Parmi les projets importants pour le secteur public figurait notamment la construction des stades pour la Coupe de football de la FIFA 2010.

47. Bien que la Commission se soit déclarée satisfaite du résultat du mécanisme de règlement accéléré, compte tenu de la valeur des projets et de la taille des éventuels dommages et intérêts, plusieurs institutions publiques ont engagé ou envisagent d'engager des poursuites civiles auprès de la Haute Cour.

Affaires de cartels ultérieures

48. À l'issue de ce mécanisme de règlement accéléré, la Commission a déclaré qu'elle mènerait des enquêtes et engagerait des poursuites pour des pratiques de cartel supposées de firmes n'ayant pas répondu à l'invitation, et des firmes qui avaient répondu mais n'avaient pas révélé de pratiques dans lesquelles elles avaient été impliquées par un autre demandeur.⁸⁰ La Commission a ensuite appelé cette action la « phase 2 » du processus et opéré la distinction entre les firmes qui (i) avaient procédé au règlement de certains projets au cours de la phase 1 mais avaient refusé le règlement d'autres projets dans lesquelles elles avaient été impliquées, (ii) avaient participé à la phase 1 mais avaient refusé de procéder au règlement des

⁷⁹ Commission, *Construction firms settle collusive tendering cases with R1.5 billion in penalties*, communiqué de presse du 24 juin 2013

⁸⁰ Commission, *Annual Report 2013/2014*, p. 34

projets qu'elles avaient révélé, et (iii) n'avaient pas du tout participé au processus de règlement mais étaient impliquées dans des projets.

49. La Commission est parvenue à un règlement avec 7 firmes, a renvoyé 19 affaires au Tribunal à des fins de poursuites, et décidé de ne pas engager de poursuites pour 20 affaires concernant 14 firmes lorsque les preuves étaient insuffisantes ou lorsqu'elles avaient été liquidées. Le 26 octobre 2015, la Commission a annoncé qu'elle avait renvoyé au Tribunal la dernière affaire résultant du mécanisme de règlement accéléré et qu'elle allait maintenant s'employer à traiter les affaires qui avaient été renvoyées au Tribunal.⁸¹

50. Pour parvenir à un règlement avec les firmes, la Commission a utilisé au cours de la phase 2 une méthode de calcul des pénalités plus rigoureuse qu'au cours de la phase 1.⁸² Le tableau 3 dresse la liste des pénalités imposées récemment.

Tableau 3 : Phase 2 pénalités administratives⁸³

N°	Firme	Pénalité (ZAR)
1	B & E International	8 158 447
2	Cycad Pipelines	3 394 151
3	Civcon Construction	798 385
4	N17	424 121
5	Harding Allison	78 821
TOTAL		12 853 925

Source : Commission

Analyse des affaires

51. Bien que la Loi sur la concurrence soit pleinement entrée en vigueur en 1999, le Tribunal n'a imposé les premières pénalités pour constitution de cartels qu'en 2003.⁸⁴ La présente section replace le degré de collusion au sein du secteur sud-africain de la construction dans son contexte en tenant compte du nombre total d'affaires jugées relatives à des cartels, de la valeur des sanctions contre les cartels et des méthodes utilisées pour calculer ces pénalités depuis 2003.⁸⁵

52. Dans environ 238 affaires, le Tribunal et la CAC ont imposé des pénalités administratives pour des infractions aux pratiques prohibées et aux dispositions pour le contrôle des fusions de la Loi sur la concurrence. Seulement 18 de ces affaires concernaient la mise en œuvre préalable d'une fusion devant faire l'objet d'une notification. La valeur totale des pénalités imposées est de 4 899 milliards de ZAR, dont 5,4 millions de ZAR seulement concernaient les infractions au contrôle des fusions. On peut donc en

⁸¹ Commission, *Competition Commission finalises its investigation of the construction sector*, 26 octobre 2015

⁸² Commission, *Annual Report 2014/2015*, p. 51

⁸³ *Ibid*

⁸⁴ *Competition Commission v The Association of Pretoria Attorneys and All the members of the Association of Pretoria Attorneys*, 33/CR/Jun03

⁸⁵ Analyse au 16 octobre 2015 sur la base des décisions du Tribunal et des accords amiables approuvés par le Tribunal publiés sur le site Web du Tribunal (<http://www.comptrib.co.za>).

déduire que la quasi-totalité des affaires concernaient des pratiques prohibées (c'est-à-dire des pratiques restrictives et des abus de position dominante).

Nombre

53. Parmi les quelque 220 affaires de pratiques prohibées, 192 étaient liées à des infractions aux dispositions anti-cartel de la Loi sur la concurrence, dont environ 92 affaires de fixation des prix, 10 affaires de partage de marchés, et 55 affaires concernant un accord collusoire relatif à un appel d'offres. Certaines affaires concernaient une conjonction de ces pratiques strictement prohibées. On a dénombré environ 17 affaires concernant à la fois des pratiques de fixation des prix et de répartition des marchés, deux affaires de fixation des prix couplées à un accord collusoire relatif à un appel d'offres, deux affaires de partage de marchés associées à un accord collusoire relatif à un appel d'offres, et 14 affaires réunissant les trois formes de pratiques de cartel. Les firmes de construction et de matériaux de construction étaient impliquées dans 51 de ces affaires, dont 38 étaient accusées d'infractions multiples par une firme unique des dispositions anti-cartel de la Loi sur la concurrence (cf. tableau 4 ci-après).

Tableau 4 : Analyse des affaires de cartel (nombre)

Pratiques	Total	Secteur de la construction	Infractions multiples
Fixation des prix	92	4 (4 % de toutes les affaires)	1 (25 % des affaires du secteur de la construction)
Partage de marchés	10	0	0
Accord collusoire relatif à un appel d'offres	55	31 (57 % de toutes les affaires)	22 (71 % des affaires du secteur de la construction)
Fixation des prix / partage de marchés	17	4 (24 % de toutes les affaires)	3 (75 % des affaires du secteur de la construction)
Fixation des prix / accord collusoire relatif à un appel d'offres	2	1 (50 % de toutes les affaires)	1 (100 % des affaires du secteur de la construction)
Partage de marchés / accord collusoire relatif à un appel d'offres	2	1 (50 % de toutes les affaires)	1 (100 % des affaires du secteur de la construction)
Fixation des prix / partage de marchés / accord collusoire relatif à un appel d'offres	14	10 (71,4 % de toutes les affaires)	10 (100 % des affaires du secteur de la construction)
Total	192	51	38

Source : affaires traitées par le Tribunal et par la CAC

54. Si l'interdiction pure et simple des prix de vente minimaux imposés a été votée par le Parlement pour empêcher la constitution de cartels, alors 12 autres affaires doivent être incluses dans cette analyse (dont aucune ne concerne les firmes de construction et de matériaux de construction). Ces affaires contrastent de toute évidence avec les quelques affaires de collusion et d'abus de position dominante ne constituant pas un cartel.

Valeur des pénalités

55. En valeur, le montant des pénalités imposées par le Tribunal et par la CAC s'élève à 4 894 milliards de ZAR dans les affaires de pratiques prohibées, dont 4 578 milliards de ZAR pour des affaires de cartel. Les pénalités imposées aux firmes de construction et de matériaux de construction représentaient environ 2 241 milliards de ZAR. Ce chiffre intègre les pénalités imposées dans le cadre du mécanisme de règlement accéléré, ce qui signifie qu'environ 777 millions de ZAR de pénalités ont été imposées aux firmes de construction et de matériaux de construction en dehors de ce processus. Le secteur de la construction représente donc près de la moitié (49 %) de l'ensemble des pénalités imposées par le Tribunal et par la CAC dans des affaires de cartel. Environ 2 198 milliards de ZAR de pénalités ont été imposées à des firmes de construction et de matériaux de construction pour des infractions multiples à la Loi sur la concurrence, soit la quasi-totalité (98 %) des sanctions contre les cartels ayant été imposées à ces firmes (cf. tableau 5 ci-après).

Tableau 5 : Analyse des affaires portant sur des cartels (valeur en ZAR)

Total	Secteur de la construction	Règlement accéléré	Règlement non accéléré	Infractions multiples
4 578 milliards	2 241 milliards (49 % du total)	1 463 milliards (65 % du secteur de la construction)	777 millions (35 % du secteur de la construction)	2 198 milliards (98 % du secteur de la construction)

Source : Affaires traitées par le Tribunal et par la CAC

Méthodologie

56. L'analyse de la plupart de ces affaires ne montre pas clairement, loin s'en faut, quelle méthodologie a été utilisée pour déterminer le montant des sanctions administratives. La Loi sur la concurrence prévoit que le Tribunal peut imposer une sanction administrative pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par la firme condamnée en Afrique du Sud et à l'exportation. Une « firme » se définit comme particulier, une société de personnes ou une fiducie.⁸⁶ Cela signifie qu'une division au sein d'une société, une société seule ou un groupe de sociétés peuvent constituer une firme. Dans les premiers cas, aucune mention n'est faite du pourcentage du chiffre d'affaires de la firme. Même lorsqu'il est fait mention de ce pourcentage, celui-ci concerne le chiffre d'affaires soit « affecté » soit « annuel » de la firme, sans que la notion de firme soit clairement identifiée. Les affaires traitées après le jugement de la CAC dans l'affaire SPC et l'introduction de la méthode en six étapes du Tribunal dans l'affaire Aveng n'ont pas permis d'y voir plus clair. La Commission et le Tribunal semblent avoir continué à fixer le montant des pénalités en se fondant simplement sur le chiffre d'affaires des firmes incriminées. Lorsqu'elles indiquent avoir appliqué la méthode, elles ne l'ont pas respectée. Par conséquent, il n'est pas surprenant que les pourcentages soient compris entre 0,3 % et 9 %, même si la question de savoir à quoi ce pourcentage est appliqué demeure.

4. Les raisons de la collusion endémique au sein du Secteur de la construction

57. Le CLP et le mécanisme de règlement accéléré ont permis d'identifier un certain nombre de cartels au sein du secteur sud-africain de la construction. La plupart de ces cartels impliquaient les mêmes firmes ayant enfreint la Loi sur la concurrence à plusieurs reprises. Certains cartels ont duré de longues périodes, tandis que d'autres ont été de plus courte durée. La seule conclusion que l'on puisse en tirer est

⁸⁶

que la collusion est, ou jusqu'à une date récente était, endémique dans le secteur sud-africain de la construction.

58. Cela peut paraître surprenant dans la mesure où la Loi sur la concurrence est en vigueur depuis 1999 et confère à la Commission d'importants pouvoirs d'enquête et de poursuite à l'encontre des cartels. De plus, l'interdiction pure et simple des pratiques de fixation des prix, de partage de marchés et d'accord collusoire relatif à un appel d'offres est relativement claire, et le Tribunal peut imposer une pénalité importante dès la première infraction à ces dispositions.

59. Toutefois, cela peut paraître moins surprenant si l'on tient compte de l'expérience de collusion au sein du secteur de la construction dans d'autres juridictions. Il convient donc d'analyser plus précisément les raisons qui expliquent un tel degré de collusion au sein du secteur sud-africain de la construction. Ce faisant, il est utile d'opérer globalement la distinction entre les facteurs liés à la mise en application de la loi et les facteurs propres à ce secteur d'activité.

Héritage de l'Apartheid

60. La contribution présentée par l'Afrique du Sud souligne que l'héritage de l'Apartheid favorise la collusion dans un certain nombre de secteurs d'activité. En effet, le régime d'apartheid menait une stratégie d'industrialisation caractérisée par une réglementation abondante de l'économie et par un soutien à un certain nombre de firmes et de secteurs d'activité clés. La promotion de la concurrence n'était pas une priorité et les marchés étaient marqués par un degré élevé de concentration. Cette situation a entraîné un phénomène de collusion sur de nombreux marchés, qui a souvent été ignoré, voire toléré par l'ancien Conseil de la concurrence. Après les élections démocratiques de 1994, le nouveau gouvernement a libéralisé de nombreux marchés et démantelé différents cartels approuvés par l'Etat. Toutefois, cela n'a pas nécessairement conduit à une concurrence accrue entre firmes. De fait, il se peut que cela ait même encouragé les firmes à trouver des moyens plus dissimulés de continuer à se coordonner entre elles.

Priorités des autorités dans les premiers temps de la loi

61. Pendant que ce processus de libéralisation avait lieu au cours des années 1990, les nouvelles lois et institutions antitrust étaient encore en projet. La Loi sur la concurrence, avec ses dispositions relatives à l'intérêt général, alors inédites, n'est pas entrée en vigueur avant 1999. Les nouvelles autorités ont renforcé leurs moyens et assis leur crédibilité en se concentrant au départ davantage sur les fusions que sur les pratiques prohibées.⁸⁷ Par ailleurs, un certain nombre de questions procédurales ont dû être tranchées lors des premières affaires relatives aux pratiques prohibées. Les quelques affaires ayant trait à des questions de fond ont fait l'objet de débats vigoureux et se sont avérées longues et laborieuses. La première pénalité dans une affaire de cartel, imposée par le Tribunal seulement en 2003, portait sur une décision que l'on peut considérer comme naïve par une association professionnelle davantage qu'à un cartel patent. Il est donc tout à fait concevable que les firmes qui se rendaient coupables de collusion à l'époque aient simplement décidé d'attendre de voir si les nouvelles autorités avaient la volonté et les moyens de les poursuivre.

Politiques d'immunité

62. La Commission n'a adopté sa première Politique de clémence vis-à-vis des entreprises que le 6 février 2004. Avant cette date, la Commission n'a été saisie que de très peu de plaintes et n'a effectué que très peu d'enquêtes relatives à des cartels. La plupart des plaintes concernaient des abus supposés de

⁸⁷ Commission, *Annual Report 2003/2004*, p. 1

position dominante. Cela n'est guère surprenant compte tenu de l'opacité qui caractérise généralement des cartels.

63. La première demande d'immunité présentée en 2004 par Comair, était liée aux taxes sur le carburant dans l'industrie du transport aérien. Le nombre de demandes a ensuite suivi une augmentation exponentielle. D'après Chantal Lavoie, cette situation est due en grande partie aux demandes d'immunité pour les cartels dans les industries du lait et du pain, et soutien populaire pour les enquêtes ultérieures de la Commission dans ces industries.⁸⁸ Ces demandes d'immunité ont été suivies d'autres demandes pour les cartels dans les industries de la construction, des transports et de l'énergie.

64. Les demandes d'immunité dans le secteur de la construction ont conduit la Commission à enquêter en priorité sur ce secteur, ce qui a ensuite conduit à la mise en place du mécanisme de règlement accéléré évoqué plus haut. Une grande partie des cartels mis au jour au cours de ce processus étaient liés à des pratiques qui ont été menées avant la mise en place de la première politique de clémence vis-à-vis des entreprises de 2004. Ces pratiques auraient pu être détectées plus tôt, voire découragées, si la politique avait été introduite plus tôt.

Faible montant des pénalités

65. Les premières sanctions contre les cartels ont été imposées aux associations professionnelles et n'étaient pas particulièrement élevées.⁸⁹ C'est seulement aux alentours de 2006 que les pénalités ont commencé à dépasser généralement le million de ZAR. La première pénalité véritablement significative (99 millions de ZAR) a été imposée à Tiger Brands en 2007 pour sa participation dans un cartel du pain.

66. C'est pour la première fois en 2009 qu'une pénalité importante a été imposée à une firme de construction (Aveng), à hauteur de 46 millions de ZAR, suivie par d'autres pénalités de quelques millions de Rands imposées à d'autres acteurs du secteur. Peu de temps après, la Commission a mis en place le mécanisme de règlement accéléré, ce qui a conduit un certain nombre d'entreprises de construction à accepter de payer des pénalités réduites.

67. Bien que ce processus ait porté le montant total des pénalités à environ 1 476 milliards de ZAR, on peut considérer qu'aucune entreprise de construction particulière n'a encore encouru la pénalité potentielle maximale permise prévue par la Loi sur la concurrence. Cette situation pourrait changer à présent que la Commission a renvoyé 17 affaires au Tribunal à l'encontre de plusieurs firmes qui n'ont pas effectué de règlement avec elle au cours des deux phases du mécanisme de règlement accéléré.

Incertitudes sur la méthodologie utilisée

68. La Loi sur la concurrence recense les facteurs que le Tribunal doit prendre en compte pour déterminer la pénalité qui convient. Après la décision de la CAC dans l'affaire SPC, le Tribunal a mis en place la méthodologie en six étapes décrite plus haut. Toutefois, avant et après ces affaires, il était difficile de prévoir la méthode qui serait utilisée pour déterminer la sanction administrative, ce qui pourrait avoir diminué l'effet dissuasif de la disposition de la Loi sur la concurrence autorisant le Tribunal à imposer une sanction administrative pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel de la firme en Afrique du

⁸⁸ Lavoie, C, "South Africa's Corporate Leniency Policy: A Five-Year Review" in Moodaliyar, K et Roberts, S (eds), *The development of competition law and economics in South Africa*, HSRC Press, 2012, pp. 136-159

⁸⁹ Board of Healthcare Funders of Southern Africa, Association of Pretoria Attorneys, Hospital Association of South Africa, South African Medical Association, Institute of Estate Agents of South Africa, USA Citrus Alliance.

Sud et à l'exportation. Le contre-argument est que l'incertitude sur le montant de la pénalité pourrait justement avoir un effet dissuasif beaucoup plus grand.

Responsabilité pénale individuelle

69. La Loi sur la concurrence ne retient pas encore la responsabilité pénale individuelle dans les pratiques de cartel. Cet aspect, ainsi que le montant relativement faible des sanctions contre les cartels imposées aux entreprises de construction avant la mise en place du mécanisme de règlement accéléré, et pendant son application, pourrait avoir eu un effet insuffisamment dissuasif pour les personnes engageant leur firme dans des pratiques de cartel. Pour l'heure, au surplus, personne n'a été poursuivi au titre de la Loi visant à lutter contre la corruption pour avoir participé à un accord collusoire relatif à un appel d'offres, ce qui pourrait avoir diminué le caractère dissuasif des deux lois.

Dommages et intérêts

70. Les poursuites civiles liées aux infractions à la Loi sur la concurrence restent un domaine insuffisamment développé du droit sud-africain. Il est malaisé de quantifier les dommages et intérêts qui s'appuient sur la constatation préalable d'une infraction, et notamment dans le secteur de la construction où les projets sont souvent uniques et ponctuels, et où les données tarifaires, entre autres données comparatives, ne sont pas disponibles. La faible perspective de se voir imposer des demandes d'indemnisation pourrait donc n'avoir pas découragé les pratiques collusoires chez les entreprises de construction.

Atteinte à la réputation

71. Le mécanisme de règlement accéléré a été mis en place peu de temps après la découverte des premiers cartels dans le secteur de la construction. Il ne fait pas de doute que les firmes impliquées dans ces cartels ont subi, et continuent à subir, une atteinte à leur réputation. Toutefois, compte tenu du nombre de firmes impliquées dans ce processus ainsi que du nombre de cartels mis au jour, on peut supposer que les firmes ont pu se dissimuler derrière la condamnation générale de l'industrie. Les entreprises de construction auraient pu être découragées de pratiques collusoires si une firme individuelle avait été poursuivie beaucoup plus tôt et avait fait l'objet d'un blâme public significatif.

Structure du marché

72. De même que dans les autres juridictions, le secteur sud-africain de la construction se caractérise par un petit nombre de grandes firmes qui sont actives dans la totalité des marchés de la construction, ou dans beaucoup de ces marchés. Les grandes entreprises dégagent 64 % du chiffre d'affaires total du secteur de la construction et les 20 principaux acteurs du secteur ont contribué à hauteur de 25,9 % au chiffre d'affaires total de l'industrie en 2011. Ces marchés se caractérisent également par des barrières à l'entrée élevées. Ces aspects, ainsi que d'autres caractéristiques structurelles du marché, ainsi que les raisons évoquées dans cette section, ont peut-être contribué au phénomène généralisé de collusion au sein de ce secteur d'activité.

Performance sectorielle

73. Malgré la croissance significative enregistrée au cours des 20 dernières années, ce secteur d'activité affiche une performance médiocre depuis quelque temps. Cette situation est due en partie à la crise qui touche l'économie mondiale depuis 2008, mais elle est également due en grande partie au fait que le gouvernement n'a pas tenu ses promesses en matière d'investissements publics dans les infrastructures. De fait, il se peut que certaines entreprises de construction aient estimé avoir des chances plus élevées de

limiter la baisse de leurs marges en se coordonnant entre elles plutôt qu'en augmentant leur chiffre d'affaires par le jeu de la concurrence.

Exigences relatives aux appels d'offres

74. Seules quelques entreprises de construction locales ont rempli les exigences du CIDB d'obtenir une note pour participer aux grands projets de construction. Par ailleurs, l'éloignement géographique de l'Afrique du Sud des autres marchés, où des firmes étrangères pourraient satisfaire ces exigences, limite la concurrence sur les marchés de la construction sud-africains, et l'on peut considérer que cela a encouragé les grandes entreprises de construction à pratiquer la collusion.

75. Ce phénomène s'est trouvé exacerbé par la date de la Coupe du monde de football de la FIFA en 2010, et par les exigences liées aux différents projets d'infrastructures lancés pour cette occasion. Durant la période qui a précédé cet événement, de nombreuses entreprises de construction ont été confrontées à des insuffisances de capacité. Certaines institutions publiques exigeaient la participation d'un nombre donné de firmes à l'appel d'offres lancé pour un projet donné, à défaut de quoi elles affirmaient qu'elles n'attribueraient pas le contrat. Dans le même temps, elles affirmaient qu'elles placeraient sur une liste noire, ou pour le moins qu'à l'avenir elles désavantageraient les firmes qui décideraient de ne pas participer à l'appel d'offres lancé pour un projet. Il se peut que cette situation ait encouragé les firmes à présenter des offres fictives pour donner l'impression qu'elles répondaient à l'appel d'offres de manière concurrentielle. Il est significatif que ces firmes aient choisi la collusion plutôt qu'une demande d'exemption de la Loi sur la concurrence.

76. De plus, avant de répondre aux appels d'offres pour des contrats importants, les entreprises de construction sont ordinairement tenues de participer ensemble à des réunions lors de visites du site pour discuter du projet et des conditions de l'appel d'offres avec le client potentiel et ses conseillers. Il se peut que ce processus ait levé une part des incertitudes liées au jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres et qu'il ait encouragé les firmes à communiquer de manière volontaire ou par inadvertance leurs intentions respectives les unes aux autres.

Négociations commerciales

77. Non seulement l'Afrique du Sud compte seulement un petit nombre de grandes entreprises de construction, mais de plus, ce secteur d'activité est marqué par un degré très élevé d'intégration verticale, un petit nombre de grandes entreprises de construction contrôlant les fournisseurs qui assurent l'approvisionnement de leurs concurrents. De plus, les grandes firmes constituent fréquemment des coentreprises pour répondre aux appels d'offres pour les grands projets de construction. Ces négociations commerciales, si elles sont en soi légitimes, ont peut être créé les conditions d'un phénomène de collusion entre ces firmes.

Relations personnelles

78. Les organes de direction des grandes entreprises de construction sont principalement occupés par des hommes blancs ayant une qualification d'ingénieur. On observe également un degré relativement élevé de mobilité de la main d'œuvre entre les firmes qui se font concurrence pour attirer des ressources humaines techniques rares. Cette situation a peut-être encouragé un certain phénomène de solidarité entre ces dirigeants, notamment lorsque ce secteur d'activité a connu des périodes difficiles. Les liens qui se sont noués entre ces dirigeants ont peut-être également fourni d'autres occasions de collusion.

Culture du respect de la loi

79. Enfin, la culture de respect de la loi sur la concurrence est peut-être en partie responsable du degré élevé de collusion au sein du secteur de la construction. Le mécanisme de règlement accéléré a abouti à des accords de règlement dont les dispositions imposaient aux entreprises de construction la mise en œuvre et le respect de programmes de mise en conformité à la loi sur la concurrence. A l'évidence, la Commission estimait que ces firmes n'avaient pas jusqu'alors été suffisamment formées à la loi sur la concurrence, et de plus, qu'elles avaient mis en place des protocoles inadéquats de surveillance de leurs employés. Il est possible que certaines personnes aient ignoré la loi, mais beaucoup d'autres prenaient sciemment des risques si l'on en juge aux efforts qu'elles ont déployés pour garder le secret de leurs agissements.

5. Implications pour la mise en œuvre future

80. Ces raisons, et d'autres éventuellement qui expliquent le degré élevé de collusion au sein du secteur sud-africain de la construction; ont des implications importantes pour l'application du droit de la concurrence dans ce pays à l'avenir. La Commission doit trouver un meilleur équilibre entre politique de détection et politique de prévention dans l'application de la Loi sur la concurrence. Dans le même temps, elle doit définir des politiques de sensibilisation pour empêcher que les cartels ne se reforment dans le secteur de la construction, notamment à travers des accords stratégiques avec d'autres autorités. Ces aspects sont abordés l'un après l'autre ci-après.

Mise en œuvre

81. Scott Hammond souligne qu'il existe un degré élevé de convergence entre la détection et la prévention des cartels, et il identifie trois ingrédients essentiels. Tout d'abord, les lois sur la concurrence doivent prévoir des pénalités élevées aux firmes qui se rendent coupables de pratiques de cartel. Ensuite, les firmes doivent anticiper un risque élevé de détection par les autorités de la concurrence si elles adoptent de telles pratiques. Enfin, les autorités de la concurrence doivent assurer la transparence tout au long de leurs processus de mise en œuvre afin que les entreprises qui demandent l'immunité ou la clémence puissent prévoir avec un degré élevé de confiance le traitement qui leur sera réservé.⁹⁰

82. Marvão et Spagnolo soulignent également que les politiques d'immunité ou de clémence peuvent être bénéfiques si elles sont bien conçues et bien gérées, sans quoi elles ont l'effet opposé. Une politique trop généreuse peut avoir des effets insuffisamment dissuasifs pour empêcher les firmes de pratiquer la collusion. Une telle situation peut entraîner une augmentation des poursuites à l'avenir, avec tous les coûts que cela comporte. Les autorités de la concurrence doivent donc s'abstenir de favoriser des politiques qui produisent des données superficielles de manière à les faire paraître efficaces aux dépens de politiques moins faciles à quantifier.⁹¹

83. La Loi sur la concurrence permet au Tribunal d'imposer des pénalités administratives pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé par la firme en Afrique du Sud et à l'exportation. La CAC a fourni au Tribunal des orientations relatives à l'exercice de ses pouvoirs judiciaires. De même, le Tribunal a mis au point une méthodologie, que la Commission a reprise dans ses Lignes directrices sur les pénalités. Malgré cela, la Commission et la Tribunal n'ont pas la même manière d'appliquer cette méthodologie,

⁹⁰ Scott D. Hammond, *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*, document présenté au Séminaire international sur les cartels, 21 & 22 novembre 2000, Brighton

⁹¹ Marvão, C & Spagnolo, G, *What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence*, Document de travail, Stockholm Institute of Transition Economics, octobre 2014

notamment en ce qui concerne les accords de règlement. Cette situation suscite un degré élevé d'incertitude pour les firmes sur le montant probable de la pénalité qui peut leur être imposée dans certaines circonstances particulières, et l'on peut donc considérer que cela réduit le caractère dissuasif de la loi.

84. Il est compréhensible que, aussi longtemps que la loi sur les pénalités évoluait, la Commission s'est concentrée sur les politiques d'immunité ou de clémence pour mieux détecter et poursuivre les cartels. De fait, la CLP et le mécanisme de règlement accéléré ont permis de mettre au jour de nombreux cartels dans le secteur de la construction. Toutefois, on est en droit de douter que ces politiques aient permis d'éradiquer les cartels de ce secteur d'activité. Malgré l'adoption de ces politiques, des questions se posent également quant au degré de collusion dans les autres secteurs d'activité.

85. Le montant total des pénalités qui ont été imposées en vertu de ces politiques n'est pas négligeable. On peut toutefois considérer qu'aucune firme particulière ne s'est vu imposer de lourdes pénalités. De fait, plutôt que d'utiliser ces politiques à leurs fins prévues de détection, les firmes ont peut-être plus de chances de les utiliser pour les besoins de leur propre stratégie. Elles peuvent par exemple chercher à impliquer des concurrents dans des demandes d'immunité abusives qui gaspillent les ressources de leurs concurrents et celles de la Commission. De plus, les politiques d'immunité ou de clémence de la Commission peuvent être sapées par des processus opaques de demande et de prise de décision, et par les délais nécessaires à la Commission pour prendre une décision sur une demande particulière.

86. Cela dit, si la Commission insiste fortement sur le succès apparent de la CLP et du mécanisme de règlement accéléré, on peut également considérer que cette réussite s'est faite au détriment des politiques de prévention qui sont non moins importantes. À l'avenir, la Commission ne doit pas s'arrêter aux données superficielles. Elle doit procéder à un examen critique pour déterminer si elle respecte les conditions précises de la CLP. Elle doit également quantifier les bénéfices de la CLP et du mécanisme de règlement accéléré par rapport au coût de la non-détection des cartels.

Actions de sensibilisation

87. Le gouvernement sud-africain a identifié une série d'objectifs visant à stimuler la croissance de l'économie et à créer des emplois. Ces objectifs comprennent notamment le développement des infrastructures, qui nécessiteront des dépenses importantes de la part du secteur public et du secteur privé. Compte tenu de leur ampleur, la plupart sinon la totalité de ces projets feront l'objet d'un appel d'offres et seront entrepris, ou pour le moins dirigés par les quelques grandes entreprises de construction locales. Parallèlement, le secteur de la construction est confronté à d'immenses défis financiers qui pourraient inciter les firmes à pratiquer la collusion.

88. La Commission ne doit pas supposer que les firmes qui ont enfreint par le passé la Loi sur la concurrence ne le feront plus. Nonobstant les pénalités qui leur ont été imposées et de l'atteinte à la réputation dont elles ont souffert, certaines de ces firmes pourraient de nouveau mettre en balance les risques de détection et de poursuite et les profits qu'elles pourraient obtenir si elles formaient de nouveaux cartels. Le risque d'être détecté pourrait toutefois augmenter si ces firmes sont confrontées à une certitude accrue de se voir infliger une pénalité élevée et si la politique d'immunité est plus transparente. Toutefois, la Commission doit également définir des politiques de sensibilisation pour réduire les chances d'une réapparition de cartels dans le secteur de la construction, y compris à travers des accords stratégiques avec d'autres autorités.

89. Hardin Ratshisusu décrit les actions complémentaires que peuvent mener la Commission et le CIDB en vue de décourager la collusion.⁹² Il souligne que le CIDB dispose de différents pouvoirs lui

⁹² Hardin Ratshisusu, *Limiting Collusion in the Construction Industry: a Review of The Bid-Rigging Settlement in South Africa*, Journal of Economic and Financial Sciences, octobre 2014 7(s), pp. 587-606

permettant de réglementer les entreprises de construction qui répondent aux appels d'offres pour des contrats de marché public et celles qui les remportent. Toutefois, certains de ces pouvoirs font actuellement l'objet d'un examen par la Haute Cour. Hardin Ratshisusu opère la distinction entre les éventuelles interventions au niveau des organes réglementaires, au niveau des achats et au niveau de la firme, pour lesquelles la Commission pourrait mener des actions de sensibilisation visant à décourager la constitution de cartels au sein du secteur de la construction.

90. Les interventions réglementaires proposées sont les suivantes : (i) renforcer les pouvoirs du CIDB pour examiner les cas d'irrégularités dans l'appel d'offres (y compris à travers un durcissement des sanctions) ; (ii) modifier le système de notation du CIDB de façon à empêcher les entreprises de construction d'entreprendre des projets dépassant leurs capacités ; (iii) introduire des mesures visant à soutenir les firmes émergentes afin de les encourager à participer aux grands projets d'infrastructures ; et (iv) développer la coopération entre la Commission et le CIDB pour les enquêtes, notamment celles qui impliquent des appels d'offres teintés de collusion.

91. Au niveau des achats, les interventions possibles sont les suivantes : (i) répartir les dépenses sur les grands projets d'infrastructures sur une période plus longue et les aligner sur la capacité des entreprises de construction locales ; (ii) diviser les grands projets de construction en parties distinctes pour favoriser la participation de plusieurs entreprises de construction sans compromettre la qualité du projet ; (iii) accorder les contrats sur la base d'une fourchette de prix, et non pas au mieux disant, de manière à rendre plus difficile la collusion entre les firmes pour déterminer le prix probable de l'offre et pour limiter les possibilités d'offres fictives et d'offres complémentaires ; (iv) définir des exigences standards relatives aux appels d'offres et créer des comités séparés pour gérer le cahier des charges, l'évaluation des offres et l'attribution des marchés ; et (v) améliorer la capacité de gestion de projet au sein du secteur public de manière à ce que les projets respectent les contraintes de prix, de qualité et de délai du cahier des charges.

92. Enfin, les interventions au niveau des entreprises de construction émergentes et établies sont les suivantes : (i) introduire des protocoles de gestion de l'intégrité des offres afin d'améliorer la transparence ; (ii) assurer la conformité à travers un code de conduite dûment mandaté du CIDB ; (iii) promouvoir le développement des entreprises de construction émergentes à travers un transfert de compétences par les grandes entreprises de construction ; et (iv) encourager les entreprises de construction étrangères à répondre aux appels d'offres pour les grands projets d'infrastructures.

93. Le CIDB n'est peut-être pas l'autorité la mieux placée, ni la seule à laquelle la Commission devrait s'adresser. Toutefois, certaines des actions de sensibilisation proposées par Hardin Ratshisusu pourraient être menées avec d'autres autorités, telles que la Presidential Infrastructure Coordinating Commission (PICC),⁹³ ou les institutions publiques qui seront chargées de l'émission du cahier des charges, de l'évaluation des offres et de l'attribution des marchés pour les projets d'infrastructures.

94. Surtout, on peut considérer que ces actions de sensibilisation donnent à la Commission des moyens plus efficaces pour atteindre les objectifs d'intérêt général de la Loi sur la concurrence, que l'espoir que les enquêtes, les poursuites et les sanctions contre les cartels créeront davantage d'opportunités pour les petites et moyennes entreprises et les personnes historiquement désavantagées au sein du secteur sud-africain de la construction.

⁹³ Créée par le Infrastructure Development Act de 2014 (No. 23 de 2014) la PICC est chargée de coordonner le programme d'infrastructures publiques d'un montant de plusieurs milliards de Rand du gouvernement.

6. Conclusion

95. Le présent document a montré comment les politiques d'immunité ou de clémence de la Commission ont permis de mettre au jour un certain nombre de cartels au sein du secteur sud-africain de la construction. La plupart de ces cartels impliquaient les mêmes firmes qui s'étaient rendues coupables d'infractions multiples à la Loi sur la concurrence. Cela peut paraître surprenant dans la mesure où la Loi sur la concurrence confère à la Commission des compétences très larges dans l'instruction et l'exercice de poursuites contre les cartels, et au Tribunal le pouvoir d'imposer de lourdes pénalités pour sanctionner les firmes qui se seraient rendues coupables d'une première infraction aux dispositions anti-cartel de la Loi.

96. Ce document a ensuite évoqué les facteurs qui pourraient expliquer le degré de collusion qui prévaut au sein de l'industrie, en opérant la distinction entre les facteurs liés à la mise en œuvre et les facteurs liés au secteur d'activité. Figurent notamment l'héritage de l'Apartheid, les priorités de la Commission dans les premiers temps de la loi et les politiques d'immunité, le niveau des pénalités imposées par le Tribunal et les méthodologies ayant servi à leur détermination, l'absence de responsabilité pénale individuelle, la faible probabilité pour les firmes de se voir imposer des dommages et intérêts, et leur aptitude à se soustraire à une atteinte à la réputation. Le présent document a ensuite décrit comment la collusion est peut-être également une conséquence de la structure du marché et de la performance du secteur d'activité, des exigences relatives aux appels d'offres, des négociations commerciales entre entreprises de construction, des relations entre les dirigeants de ces firmes et de la culture du respect de la loi.

97. Ces raisons, et peut-être d'autres encore, ont des implications importantes pour l'avenir de l'application du droit de la concurrence en Afrique du Sud. Le présent document préconise la recherche par la Commission de la concurrence du difficile équilibre entre politique de détection et politique de prévention. Dans le même temps, la Commission doit adapter ses politiques de sensibilisation en vue de décourager la constitution de cartels sur les projets d'infrastructures. Pour soutenir et renforcer ces politiques, le présent document propose également que la Commission effectue régulièrement des évaluations quantitatives et qualitatives de ces politiques.