

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

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

TABLE RONDE SUR LES ENTENTES PORTANT SUR DES BIENS INTERMÉDIAIRES

-- Document de référence du Secrétariat --

27 octobre 2015

Le présent document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de Document de référence se rapportant au point 3 de l'ordre du jour de la 12e réunion du Groupe de travail n°3, tenue le 27 octobre 2015.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont invoqués ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou du gouvernement de ses pays membres.

Vous trouverez plus de documentation concernant ces débats sur la page suivante : www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm.

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter Mme Despina Pachnou [tél. : +33 1 45 24 95 25 -- courriel : despina.pachnou@oecd.org].

JT03399116

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte 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.



LES ENTENTES PORTANT SUR DES BIENS INTERMÉDIAIRES

Document de référence du Secrétariat

1. Introduction

1. Après la Deuxième Guerre mondiale, l'idée que les ententes illicites avaient des effets préjudiciables sur les consommateurs, les entreprises et l'économie dans son ensemble a suscité une convergence de vues de plus en plus importante. Ainsi, le nombre de pays dans lesquels les ententes sont interdites et où elles sont sanctionnées a régulièrement augmenté pour atteindre aujourd'hui un chiffre très supérieur à 120¹. Il est toutefois difficile d'appliquer efficacement les dispositions législatives contre les ententes car ces pratiques sont secrètes par nature – ce qui rend difficiles la détection et l'ouverture de poursuites à leur encontre. Cela étant, la liste de pays qui répriment activement les ententes, dans laquelle un nombre limité de pays seulement occupait dans le passé une place centrale, n'a cessé de s'allonger, en particulier depuis le passage au 21^e siècle.

2. Un rapide coup d'œil aux retombées de cette activité répressive dans le monde permet d'observer que des ententes sont à l'œuvre dans toutes sortes de secteurs et de marchés, depuis la chimie, l'électronique, les produits agricoles, les services de transport, les télécommunications et les services financiers jusqu'à différents types de biens industriels et de nombreux autres produits². Certains secteurs, comme l'industrie chimique, se sont particulièrement distingués par la survenue d'affaires d'ententes à répétition tandis que d'autres semblent moins se prêter à la constitution d'ententes. Les raisons pour lesquelles certains secteurs sont plus prédisposés que d'autres à la formation d'ententes sont nombreuses et ont fait l'objet de travaux universitaires approfondis³.

3. Un regard plus attentif aux statistiques relatives aux affaires révèle une autre information — qui a son importance au regard du présent document — donnant à penser que les ententes portant sur des biens finaux et de consommation sont généralement plus fréquentes que celles portant sur des biens intermédiaires⁴. En y regardant d'encore plus près, on observe également des différences significatives de

¹ Voir le site Internet de l'International Competition Network, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx>.

² Voir la base de données Private International Cartels (PIC) établie par le Professeur John M. Connor, Purdue University, Indiana, USA. Le présent document s'appuie sur les données de l'édition 2015 de cette base de données, ci-après « Connor (2015) », ainsi que sur l'étude *European Cartel Digest* de Sackers, E. et Ysewyn, J. (version sur feuillets mobiles, Wolters Kluwer, 2008), ci-après « Sackers et Ysewyn (2008) ».

³ Voir, par exemple, Grossman, P.Z. *How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion*. Cheltenham, Royaume-Uni ; Northampton, MA ; 2004 ; Levenstein, Margaret C., et Valerie Y. Suslow (2006) « What Determines Cartel Success? » *Journal of Economic Literature*, 44(1): 43-95, ci-après « Levenstein et Suslow (2006) ».

⁴ Les facteurs contribuant, selon les économistes, à la formation d'ententes pourraient donner à penser de manière générale, ainsi que l'a exprimé par Ludwig Erhard dès 1958, que : « *Nous savons fort bien que les branches de notre économie ne sont pas toutes aussi capables ou désireuses de constituer des ententes.* »

portée géographique ou de stabilité entre les ententes ciblant des biens intermédiaires et celles concernant des biens finaux. Par conséquent, il semble utile d'étudier ces questions et d'examiner en quoi elles peuvent avoir une incidence sur la prévention et la détection des ententes visant des biens intermédiaires.

4. La mondialisation toujours croissante de la production et la complexité grandissante des chaînes de production et de distribution suscitent des difficultés particulières lorsqu'il s'agit d'ouvrir des poursuites à l'encontre des membres d'ententes portant sur des biens intermédiaires. Le projet de l'OCDE sur les chaînes de valeur mondiales (« CVM ») rassemble des informations sur la réalité économique actuelle dans le cadre de laquelle de nombreux produits finaux intègrent, du fait de différents facteurs, des intrants venant d'un certain nombre de pays, ainsi que le travail de nombreux intermédiaires⁵. Les produits les plus complexes, et en particulier les produits de haute technologie, se composent de différentes pièces ou composants dont beaucoup proviennent souvent d'autres pays que celui dans lequel le produit final est assemblé. Différents produits, comme les ordinateurs, l'iPod, les Boeing et les smartphones notamment, illustrent parfaitement la complexité des chaînes d'approvisionnement⁶. Les CVM prennent en outre de plus en plus d'importance dans l'agroalimentaire, comme le montre le graphique 1 qui présente la CVM de « Nutella® »⁷, célèbre pâte à tartiner au cacao et aux noisettes vendue dans le monde entier⁸.

Dans l'industrie de base et l'industrie lourde, et lorsqu'une entente peut être facilement conclue, il faut s'attendre, dans une certaine mesure, à une tendance à la formation d'ententes, à un désir d'entente et à une capacité à constituer des ententes. Toutefois, plus nous nous approchons du secteur des biens manufacturés, plus nous nous approchons des biens transformés, plus nous observons que la configuration ne cesse d'évoluer, et plus il devient difficile de parvenir à une entente, de sorte que les accords en ce sens deviennent inefficaces et inutiles ». Voir Von Erhard, L. Prosperity through competition, Ludwig von Mises Institute (1958).

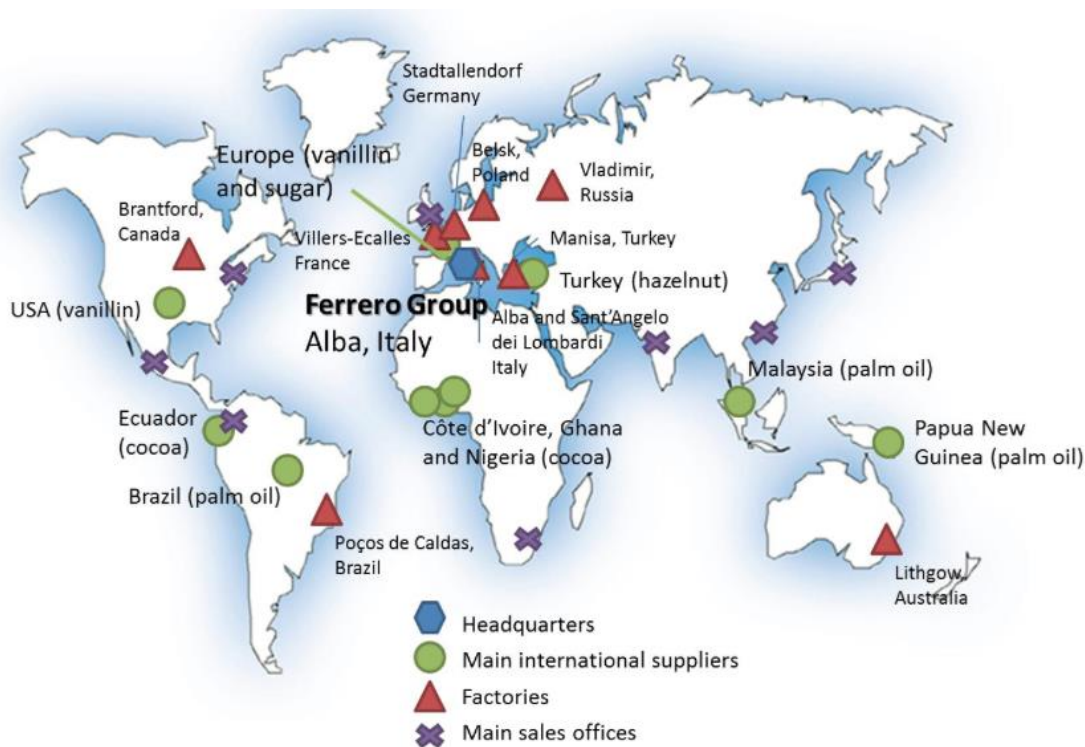
⁵ Voir OCDE (2013), *Économies interconnectées : comment tirer parti des chaînes de valeur mondiales*, Édition OCDE, DOI :<http://dx.doi.org/10.1787/9789264189560-en>, qui étudie la manière dont les CVM ont évolué et les difficultés qu'elles ont créées pour l'action publique, ainsi que d'autres publications relatives aux chaînes de valeur mondiales, consultables sur le site internet de l'OCDE, <http://www.oecd.org/sti/ind/global-value-chains.htm>.

⁶ Voir, par exemple, Dedrick, J. et Kraemer, K.L. (2002) « Globalization of the personal computer industry: trends and implications. » Center for Research on Information Technology and Organizations, University of California, Irvine ; Dedrick, J., Kraemer, K.L. et Linden, G. (2008). « Who Profits from Innovation in Global Value Chains? A Study of the iPod and notebook PCs. » Document présenté lors de la Conférence annuelle Sloan Industry Studies, Boston, MA ; Grossman, G.M. et Rossi-Hansberg, E. (2012) « Task Trade between Similar Countries. » *Econometrica*, Vol. 80, n° 2 (mars 2012), 593–629 ; Ali-Yrkkö, J., Foster, N., Hanzl-Weiss, H., Rouvinen, P., Seppälä, T., Stehrer, R., Stöllinger, R. et Ylä-Anttila, P. (2011) « Trade in intermediate products and EU manufacturing supply chains ». Institut viennois d'études économiques internationales, Vienne, Rapports de recherche de l'Institut viennois d'études économiques internationales (369).

⁷ Nutella est une marque déposée utilisée pour une pâte contenant du cacao et d'autres ingrédients dont Ferrero S.p.A. (Piazzale Pietro Ferrero) est propriétaire.

⁸ L'entreprise de transformation alimentaire Ferrero International SA a son siège à Luxembourg et possède actuellement 10 usines de production de Nutella : cinq basées dans l'Union européenne, une en Russie, une en Turquie, une en Amérique du Nord, une en Amérique du Sud et une en Australie. Certains intrants sont principalement fournis au nouveau local, comme l'emballage et certains des ingrédients (comme le lait écrémé). Certains ingrédients sont toutefois fournis au niveau mondial : les noisettes proviennent principalement de Turquie, l'huile de palme de Malaisie, de Papouasie-Nouvelle-Guinée et du Brésil, le cacao principalement de Côte d'Ivoire, du Ghana, du Nigéria et d'Équateur, le sucre principalement d'Europe et l'arôme vanille des États-Unis et d'Europe. Le Nutella est ensuite vendu dans le monde par l'intermédiaire de bureaux de vente. Voir De Backer, K. et S. Miroudot (2013), « Mapping Global Value

Graphique 1. CVM du Nutella



Sources : Nutella, De Backer et Mirodout (2013)

Légendes : (par ligne + ou – horizontale)

	Stadtallendorf (Allemagne)		
	Europe (vanilline et sucre)	Belsk (Pologne)	Vladimir (Russie)
Brantford (Canada)	Villers-Ecalles (France)		Manisa (Turquie)
États-Unis (Vanilline)	Groupe Ferrero (Alba, Italie)	Turquie (noisette)	
	Alba et Sant'Angelo dei Lombardi (Italie)		
Équateur (cacao)	Côte d'Ivoire, Ghana et Nigéria (cacao)		Malaisie (huile de palme)
Brésil (huile de palme)	Poços de Caldas (Brésil)		Papouasie-Nouvelle-Guinée (huile de palme)
			Lithgow (Australie)
	Siège		
	Principaux fournisseurs internationaux		
	Usines		
	Principaux bureaux de vente		

5. La complexité et la mondialisation de la production soulèvent une série de problèmes lorsqu'il s'agit de poursuivre les membres des ententes portant sur des biens intermédiaires. Le présent document s'intéresse aux grandes questions — notamment la compétence, les enquêtes, le calcul des amendes, les procédures parallèles menées par les autorités de la concurrence des différents pays — qui se posent toutes s'agissant de ces ententes. Le présent document a tout d'abord pour objet d'examiner leur spécificité et d'étudier l'impact que cette spécificité peut avoir sur leur fonctionnement et sur leur détection. On étudiera dans la deuxième partie du document les obstacles particuliers auxquels se heurtent les autorités de la concurrence lorsqu'elles engagent des poursuites contre les membres de ces ententes. On examinera également des exemples récents d'ententes de ce type dans certains pays.

Chains », Document de travail de l'OCDE sur la politique commerciale n° 159, Éditions OCDE, Paris. DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/5k3v1trgnbr4-en>, p. 16, ci-après « De Backer and Mirodout (2013) ».

6. Pour résumer, il ressort du présent document, à partir des statistiques de différents pays relatives aux ententes que, dans l'ensemble, les produits finaux semblent se prêter légèrement plus à la constitution d'ententes que les biens intermédiaires du fait notamment de facteurs tels qu'une plus grande transparence des marchés. Ces mêmes statistiques révèlent que les ententes portant sur des biens intermédiaires sont généralement plus stables, couvrent des zones géographiques plus vastes et que les autorités peuvent avoir généralement plus de mal à les détecter, sans y avoir été requises, que les ententes concernant des biens finaux.

7. S'agissant des enquêtes sur les ententes et des poursuites dont leurs membres peuvent faire l'objet, celles qui portent sur des biens intermédiaires présentent des problèmes particuliers ayant trait au champ d'application juridictionnel du droit de la concurrence des différents pays, en ce sens qu'une certaine forme de compétence fondée sur la théorie des effets est nécessaire pour lutter efficacement contre elles en raison de leur portée internationale et de la nature des produits impliqués. Il ressort du présent document que la plupart des pays sont en mesure de procéder eux-mêmes efficacement au calcul des amendes visant ces ententes lorsqu'ils ont compétence sur le comportement en question et cela, dans une large mesure, quel que soit par ailleurs le barème qu'ils utilisent à cette fin.

8. Enfin, en raison des enquêtes parallèles sur les ententes ciblant des biens intermédiaires dans différents pays, le même chiffre d'affaires pourra être pris en compte plusieurs fois (par plusieurs autorités de la concurrence) comme base de calcul des amendes. Toutefois, dans la mesure où les véritables cas de double comptage sont rares, les pays sont généralement en mesure — sans y être toutefois tenus — d'atténuer ce risque et de prendre en compte les amendes infligées par d'autres pays. À cet égard, une coopération efficace entre les autorités concernées est donc particulièrement importante.

2. Biens intermédiaires

2.1 Biens intermédiaires contre biens finaux

9. La notion de biens intermédiaires englobe habituellement tous les biens utilisés comme intrants dans la production de biens manufacturés destinés aux consommateurs finaux. Ils sont définis comme des biens qui peuvent être « ... *des pièces et des composants ou tout autre élément utilisés comme intrants dans la production de biens manufacturés destinés aux consommateurs finaux* »⁹. Ils incluent tous les biens manufacturés ou transformés utilisés aux étapes intermédiaires de la production d'un produit final. Dans la mesure où elles font l'objet d'un traitement, d'une transformation et d'une intégration dans d'autres biens, les matières premières sont également considérées comme des biens intermédiaires.

10. Certains biens peuvent être classés soit comme intermédiaires soit comme finaux en fonction de leur utilisation. Par exemple, le sucre peut être un bien final lorsqu'il est vendu aux consommateurs finaux ou comme un bien intermédiaire lorsqu'il sert d'intrant dans la production de friandises et de confiseries. La définition d'un bien intermédiaire est donc dans une large mesure liée à sa fonction.

11. Dans ce contexte, il convient d'insister sur le fait que les systèmes de comptabilité nationale retiennent trois types de biens : (i) les biens intermédiaires, (ii) les biens d'équipement, et (iii) les biens de consommation des ménages¹⁰. Les biens intermédiaires sont des biens utilisés comme intrants dans la production d'un produit final, les biens d'équipement sont des biens durables utilisés par les entreprises

⁹ ONUDI, Mapping Global Value Chains, Intermediate Goods Trade and Structural Change in the World Economy, Document de travail 5/2010, page 5, note de bas de page 1.

¹⁰ Voir Zhu, S., N. Yamano et A. Cimper (2011), « Compilation of Bilateral Trade Database by Industry and End-Use Category », *Documents de travail sur la science, la technologie et l'industrie de l'OCDE*, n° 2011/06, Éditions OCDE, Paris. DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/5k9h6vx2z07f-en>.

dans leur processus de production (immobilisations, machines, etc.) et les biens de consommation des ménages sont des biens achetés pour la consommation. La différence entre les biens intermédiaires et les biens d'équipement dans ce contexte est principalement établie aux fins du calcul du PIB, en vertu de quoi les biens intermédiaires sont déduits du PIB d'un pays, alors que ce n'est pas le cas pour les biens d'équipement¹¹. Toutefois, aux fins du présent document – qui s'intéresse aux ententes sur les niveaux intermédiaires de la production – les biens sont classés soit comme intermédiaires soit comme finaux, les seconds couvrant à la fois les biens d'équipement et les biens de consommation des ménages.

2.2 Chaînes de valeur¹²

12. Le débat sur les biens intermédiaires impose de commenter les chaînes de valeur car, du fait de leur nature même, ils sont utilisés à différentes étapes de la chaîne de valeur. L'expression « chaîne de valeur » couvre un champ légèrement plus vaste que celui des chaînes de production traditionnelles et peut être définie comme toute la palette des activités des entreprises et des travailleurs qui transforment un produit depuis le stade de sa conception au stade de son utilisation finale et au-delà¹³.

13. Habituellement, une chaîne de valeur comprend les activités suivantes : conception, production, commercialisation, distribution et assistance au consommateur final. Ces activités couvrent à la fois les biens et les services, et peuvent être exercées par une seule entreprise ou réparties entre un certain nombre d'agents économiques. En termes de portée géographique, les chaînes de valeur peuvent être locales, régionales ou mondiales, couvrant plusieurs pays¹⁴.

14. Les études se sont principalement intéressées aux chaînes de valeur dans le contexte du commerce international dans la mesure où dans l'économie toujours plus mondialisée que nous connaissons actuellement, elles ont souvent tendance à être transfrontalières par nature et à couvrir fréquemment différentes régions de la planète. La production d'un grand nombre de biens n'a pas seulement lieu dans des régions du monde différentes de celles où ils sont consommés, mais elle est aussi le point culminant d'un processus en vertu duquel les produits et les services de nombreux pays parviennent au stade de produit final. Il s'agit du résultat de tout un ensemble d'évolutions qui commencent par un abaissement des droits de douane et autres obstacles au commerce, passent par une amélioration des transports et de la logistique, et aboutissent aux progrès des technologies de communication qui permettent une coordination efficace de la production dans le monde.

15. Par conséquent, plus de la moitié des exportations se composent en moyenne de produits échangés dans le cadre des CVM¹⁵. Les pays sont de plus en plus tributaires d'intrants étrangers pour les exportations de leurs propres entreprises, lesquels intrants peuvent faire l'objet d'autres transformations dans d'autres pays. Le diagramme du graphique 1 ci-dessous (indice de participation) identifie ces deux

¹¹ OCDE (2003), *Inflation Accounting: A Manual on National Accounting Under Conditions of High Inflation*, Éditions OCDE, Paris. DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264299511-en>, p. 94.

¹² L'OCDE propose un large éventail de travaux pour aider les décideurs à comprendre les effets des chaînes de valeur mondiales sur les politiques commerciales, la transformation de la production, les évolutions et autres. Dans ce contexte, l'Organisation a publié un certain nombre de documents et d'études disponibles à l'adresse <http://www.oecd.org/sti/ind/global-value-chains.htm>.

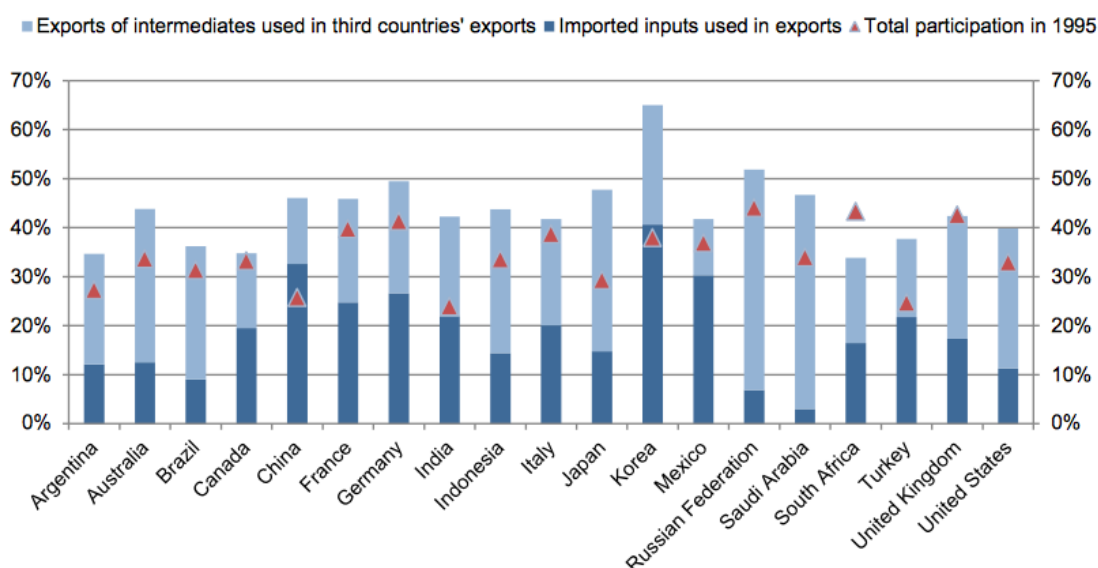
¹³ Voir Gereffi, G. et Fernandez-Stark, K. (2011), « Global value chain analysis: a primer. » Durham, NC: Center on Globalization, Governance & Competitiveness (CGGC), Duke University. Consultable à l'adresse http://www.cggc.duke.edu/pdfs/2011-05-31_GVC_analysis_a_primer.pdf.

¹⁴ Voir OCDE (2013), *Économies interconnectées : comment tirer parti des chaînes de valeur mondiales*, Édition OCDE, DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264189560-en>.

¹⁵ Voir De Backer et Mirodout (2013).

aspects. Entre 30 % et 60 % des exportations des pays du G20 se composent de biens intermédiaires échangés dans le cadre des CVM, et la comparaison des chiffres de 1995 et de 2009 permet d'observer une augmentation dans pratiquement tous les pays. L'analyse des CVM est par conséquent particulièrement importante dans le contexte des échanges internationaux où elle peut fournir aux décideurs des informations essentielles.

Figure 1. Participation des CVM, 1995 et 2009¹⁶.



Sources : OCDE, OMC et CNUCED, Rapport « Implications of global value chains for trade, investment, development and jobs » de l'OCDE, l'OMC et la CNUCED, 6 août 2013, préparé pour le Sommet des dirigeants du G20 à Saint-Petersbourg (Fédération de Russie), septembre 2013.

Légendes :

Exportations de biens intermédiaires utilisés dans les exportations de pays tiers / Intrants importés utilisés dans les exportations / Participation totale en 1995

Argentine / Australie / Brésil / Canada / Chine / France / Allemagne / Inde / Indonésie / Italie / Japon / Corée / Mexique / Fédération de Russie / Arabie Saoudite / Afrique du Sud / Turquie / Royaume-Uni / États-Unis

16. Les CVM et les chaînes de valeur en général posent aussi des problèmes significatifs pour les politiques de la concurrence et leur application. L'OCDE, l'OMC et la CNUCED ont mis en garde contre le risque de voir les perspectives de développement et de compétitivité offertes par les CVM entravées par des pratiques anticoncurrentielles, et souligné le rôle que les politiques et les lois régissant la concurrence peuvent jouer en supprimant les obstacles auxquels des secteurs essentiels dans les CVM sont confrontés¹⁷. En outre, si les problèmes soulevés par la prolifération des CVM ne sont pas totalement nouveaux pour les politiques de la concurrence, cette prolifération attire de nouveau l'attention sur les échanges de biens

¹⁶ L'indice est calculé comme le pourcentage des exportations brutes et comprend deux composantes : le contenu d'importation des exportations et les exportations d'intrants intermédiaires (biens et services) utilisés dans les exportations de pays tiers.

¹⁷ Rapport « Implications of global value chains for trade, investment, development and jobs » de l'OCDE, l'OMC et la CNUCED, 6 août 2013, préparé pour le Sommet des dirigeants du G20 de Saint-Petersbourg (Fédération de Russie) de septembre 2013, p. 18f et rapport « Global value chains: Challenges, opportunities, and implications for policy » de l'OCDE, l'OMC et du Groupe de la Banque mondiale préparé pour la réunion des ministres du Commerce du G20 de Sydney, Australie, le 19 juillet 2014, p. 25f.

intermédiaires et les obstacles au commerce susceptibles d'apparaître à cet égard du fait de contraintes horizontales et verticales¹⁸.

17. Dans la pratique, les affaires d'ententes portant sur des biens intermédiaires récemment saisies par un certain nombre d'autorités de la concurrence ont mis en évidence le problème des limites de concurrence au sein des CVM et souligné les difficultés auxquelles les services en charge de l'application des lois régissant la concurrence sont confrontés à cet égard. Compte tenu du fait que les CVM semblent être prédominantes et plus complexes dans les secteurs de l'automobile et de l'électronique¹⁹, il n'est peut-être pas surprenant que les affaires qui ont placé ce problème sur le devant de la scène concernent toutes ces secteurs²⁰.

18. Du fait de la nature intermédiaire des biens faisant l'objet d'ententes et du caractère mondialisé des chaînes de valeur concernées – ce qui peut entraîner des poursuites simultanées de différents services en charge de l'application des lois de la concurrence dans différentes juridictions à travers le monde –, les autorités de la concurrence chargées de poursuivre ces affaires d'ententes doivent faire face à des questions relatives à la compétence, au calcul des amendes, au principe de double incrimination et autres. Pour s'attaquer à certains de ces problèmes, il faut souvent une coordination entre les autorités de la concurrence des juridictions concernées, en renforçant la coopération internationale sur les questions de concurrence. Même si certains commentateurs ont suggéré que la mondialisation a peut-être atteint son pic et que les entreprises relocalisent la production plus près de leurs marchés domestiques, ce qui réduit la complexité de leur chaîne de production²¹, les problèmes d'application des lois de la concurrence soulevés par les CVM demeureront sans doute pertinents, en particulier dans certains secteurs comme l'électronique et les pièces automobiles.

¹⁸ Voir OCDE (2013), *Économies interconnectées : comment tirer parti des chaînes de valeur mondiales*, Édition OCDE, DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264189560-en>, p. 110.

¹⁹ De Backer et Miroudot (2013), p. 20.

²⁰ Dans le secteur des pièces automobiles, de nombreuses enquêtes sont menées concernant la tarification et les soumissions concertés dans un certain nombre de juridictions à travers le monde. Le ministère américain de la Justice (« DOJ ») les a décrites comme les enquêtes pénales les plus importantes qu'il a jamais menées, et l'on dénombre à l'heure actuelle 37 entreprises et 55 dirigeants accusés dans le cadre d'enquêtes en cours du DOJ qui ont accepté de payer des amendes pénales d'un montant total supérieur à 2.6 milliards de dollars (voir le communiqué de presse, U.S. Dep't of Justice, KYB Agrees to Plead Guilty and Pay \$62 Million Criminal Fine for Fixing Price of Shock Absorbers (16 septembre 2012), consultable à l'adresse <http://www.justice.gov/opa/pr/kyb-agrees-plead-guilty-and-pay-62-million-criminal-fine-fixing-price-shock-absorbers>. Ces enquêtes ont porté sur différentes pièces automobiles, y compris des pièces anti-vibration en caoutchouc, des capteurs d'oxygène standard, des bougies d'allumage et des capteurs de mélange air-carburant, des flexibles automobiles, des airbags et des volants, et d'autres produits. Parmi les autres juridictions à avoir achevé des enquêtes sur le secteur des pièces automobiles dans le monde, citons l'Union européenne (faisceaux de câblage, mousses, roulements, chauffages de stationnement), le Canada (commutateurs et capteurs, moyeux de roue, roulements, boîtes de faisceaux de câbles et électriques), la Chine (démarreurs, alternateurs, boîtiers papillon et faisceaux de câblage), le Japon (faisceaux de câblage, boîtes de relai, boîtes à fusibles et boîtes d'accouplement), la Corée (essuie-glaces et commutateurs de tableau de bord, roulements) et Singapour (roulements à billes et à rouleaux). Les affaires les plus connues dans le secteur de l'électronique ont concerné l'entente mondiale sur les écrans LCD qui a été poursuivie aux États-Unis, dans l'UE, en Chine, en Corée et au Japon, ainsi que l'entente sur les écrans à tube cathodique qui a été poursuivie dans l'UE, au Japon, en Corée, en Hongrie et aux États-Unis.

²¹ Voir, par exemple, Wall Street Journal, Worries Rise Over Global Trade Slump, 14 septembre 2015, qui mentionnait l'économiste en chef de l'OMC Robert Koopman.

3. Ententes portant sur des biens intermédiaires

19. Le terme « entente » a le sens défini par la Recommandation de 1998 du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : « ...un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité »²². Les régimes de la concurrence dans le monde, y compris ceux de l'ensemble des pays Membres de l'OCDE, interdisent de façon générale ces types de pratiques – qu'elles soient définies comme des ententes injustifiables ou de simples ententes – qui constituent en soi des infractions.

20. Les autorités de la concurrence connaissent bien les ententes sur des biens intermédiaires. Dans la plupart des pays dotés de services opérationnels chargés de l'application des lois antitrust, les autorités de la concurrence ont été confrontées à des ententes portant sur le ciment, produit intermédiaire classique. La plupart des ententes dans le secteur chimique ont également concerné des produits de nature intermédiaire et il en a généralement été de même concernant la plupart des ententes dans les secteurs de l'acier et du verre. Cependant, on peut également observer des ententes sur des biens intermédiaires dans différents secteurs, comme en attestent les différentes affaires saisies par de nombreuses juridictions à travers le monde²³. Ces dernières années, bon nombre d'ententes portant sur des biens intermédiaires ont été révélées dans les secteurs de l'électronique et de l'automobile, et les enquêtes et les poursuites dont elles ont fait l'objet ont contribué à mettre en lumière certains des problèmes que présentent les ententes portant sur des biens intermédiaires²⁴.

21. Au plan statistique, environ 38 % des 955 ententes sur des biens inscrites dans la base de données Connor portent sur des biens intermédiaires²⁵. Ce pourcentage atteint environ 50 % lorsque l'on ne s'intéresse qu'aux juridictions « de premier plan » (Canada, UE, Japon, Corée, États-Unis), soit collectivement 209 ententes environ²⁶. S'agissant de certaines juridictions, le pourcentage d'ententes

²² OCDE (1998), Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, section I.A.2.a.

²³ Outre les nombreuses affaires d'ententes saisies par les « principales juridictions » (États-Unis, UE, Canada, Japon et Corée) et d'autres, comme la France et l'Allemagne, qui sont commentées ci-dessous, il existe différents exemples dans d'autres pays du monde comme le Brésil : Acier (1999), Pierres concassées (2005), Extraction de sables (2008), Ciment (2014) et autres, voir le site Internet du Conseil administratif de défense économique du Brésil ; le Mexique : Compresseurs frigorifiques (2009), Carburants (2010), voir le site Internet de la Commission fédérale de la concurrence du Mexique ; le Chili : Compresseurs frigorifiques (2012), Viandes de volaille (2014), voir le site Internet de la Fiscalía Nacional Económica du Chili ; l'Afrique du Sud : Conduites en béton (2010), Conduites en plastique (2012), voir le site Internet du Tribunal de la concurrence de l'Afrique du Sud ; la Hongrie : Minoteries (2010), Écrans à tube cathodique (2014), Béton prêt à l'emploi (2014), voir le site Internet de l'Autorité de la concurrence de Hongrie.

²⁴ Voir note de bas de page 20 ci-dessus.

²⁵ Voir Connor (2015).

²⁶ Toutefois, les récentes poursuites du ministère américain de la Justice ont principalement concerné des ententes sur des biens intermédiaires.

portant sur des biens intermédiaires dans l'UE s'établit à 74 % entre 1969 et 2015²⁷ et à 38 % pour la France²⁸, 27 % pour le Royaume-Uni²⁹ et 35 % pour l'Allemagne³⁰ sur la période 2004-14.

22. Toutefois, certaines des affaires qui sont généralement classées comme portant sur des biens intermédiaires peuvent être de nature mixte car elles concernent des produits que l'on peut utiliser aussi bien comme produits intermédiaires que comme produits finaux, et les ententes concernées peuvent avoir couvert les deux usages. L'entente des minoteries qui a fait l'objet de poursuites de l'Office fédéral des cartels allemand (Bundeskartellamt) illustre cette situation. Dans le cadre de celle-ci, les entreprises impliquées fixaient les prix, attribuaient les clients et les volumes par rapport à la farine vendue aux clients industriels (utilisation intermédiaire) et aux distributeurs alimentaires (utilisation finale)³¹. Une entente de l'industrie minotière liée a également été poursuivie par l'Autorité de la concurrence française³² alors que les autorités de la concurrence de plusieurs autres juridictions poursuivaient aussi des ententes dans ce même secteur³³.

4. Différences entre les ententes sur des biens intermédiaires et sur des biens finaux

23. L'un des objectifs du présent document est d'étudier si les ententes sur des biens intermédiaires diffèrent de façon systématique et significative des ententes portant sur des biens finaux. Comme les statistiques mentionnées dans le paragraphe 0 ci-dessus le montrent clairement, certaines différences (en termes de pourcentage) semblent exister entre les ententes sur des biens intermédiaires et celles portant sur des biens finaux. Dans la mesure où la période couverte par ces statistiques est représentative (11 ans et plus), les résultats sont susceptibles de mettre en évidence des différences inhérentes à la nature des ententes elles-mêmes plutôt que de refléter des variations temporaires et des évolutions du ciblage des contrôles des services en charge de l'application des lois concernés. Ces différences peuvent être significatives du point de vue de l'application des lois dans la mesure où les autorités de la concurrence sont susceptibles de les exploiter pour éclairer leurs stratégies de détection, d'enquête et de dissuasion dans le cadre de leur lutte contre les ententes.

²⁷ 138 ententes globalement, 85 portant sur des biens intermédiaires, 28 sur des biens finaux, 25 sur des services. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

²⁸ 97 ententes au total, 13 sur des biens intermédiaires, 21 sur des biens finaux et 63 sur des services. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

²⁹ 19 ententes au total, 3 sur des biens intermédiaires, 8 sur des biens finaux (hors poursuite pénale contre l'entente sur les tuyaux marins). *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

³⁰ 56 ententes au total, 16 sur des biens intermédiaires, 30 sur des biens finaux et 10 sur des services. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

³¹ *Voir* l'Office fédéral allemand des cartels, Communiqué de presse du 19 février 2013, l'Office fédéral des cartels clôt la procédure contre des minoteries et impose des amendes d'un montant total supérieur à 65 millions d'euros, consultable à l'adresse http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/19_02_2013_M%C3%BChlenkartell.html. Les entreprises impliquées s'étaient entendues sur les volumes alloués et fournis à leurs clients. Les accords s'appliquaient à toutes les formes de distribution de farine de blé tendre et de seigle, c'est-à-dire aux clients industriels (comme les fabricants de produits de boulangerie et les chaînes de boulangeries), les artisans boulangers et la vente directe de farine par petits paquets (paquets d'un kilo maximum) aux distributeurs de produits alimentaires.

³² *Voir* Décision de l'Autorité de la concurrence 12-D-09 du 13 mars 2012, consultable à l'adresse http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417&id_article=1822.

³³ Hongrie (2008), Pays-Bas (2010), Belgique (2013).

4.1 Formation d'ententes

24. La première question qui se pose dans ce contexte est de savoir si des ententes sont plus susceptibles de se former sur les marchés de biens intermédiaires que sur les marchés de produits finaux. Cependant, les statistiques mentionnées dans le paragraphe 0 ne permettent pas de répondre de façon définitive à cette question. Si le chiffre global de 38 % peut inciter à penser qu'il existe plus d'ententes portant sur les produits finaux, cette conclusion appelle au moins deux mises en garde importantes.

25. Premièrement, ce chiffre peut résulter de l'attention accrue accordée aux biens finaux, et en particulier aux biens de consommation, par les contrôles ciblés des services en charge de l'application des lois. Les ententes portant sur des biens de consommation ont l'incidence la plus directe et la plus facile sur le bien-être des consommateurs, ce qui peut influencer les priorités des services en charge de l'application des lois dans certains contextes³⁴.

26. Deuxièmement, et c'est peut-être là le plus important, il n'existe pas de chiffres fiables du ratio entre les biens intermédiaires et les biens finaux pris globalement. Certaines études ont été menées au niveau du commerce international – qui révèlent que le ratio entre les biens intermédiaires et les biens finaux négociés à l'international est de 63 %³⁵. Il est toutefois difficile de supposer que ce même ratio s'applique aux biens qui ne font pas l'objet de négociations transfrontalières. Par exemple, les chaînes de valeur des produits de base et des services sont généralement nationales ou régionales plutôt que mondiales, ce qui suggère que les biens intermédiaires représentent un pourcentage plus élevé dans les bases de données sur les échanges que leur pourcentage de l'univers global des produits³⁶. Cela étant, il est peu probable que la différence soit de l'ordre de dizaines de pour cent. En outre, compte tenu du degré élevé de fragmentation verticale et de complexité de la très grande majorité des produits finaux actuels, il est plausible que les biens intermédiaires représentent environ 50-60 % des biens en général³⁷.

27. Compte tenu de ces mises en garde, le fait que les ententes sur des biens intermédiaires ne représentent que 38 % de l'ensemble des ententes poursuivies peut indiquer que des ententes sont plus susceptibles de se former sur les marchés de biens finaux. La question est de savoir s'il existe des différences structurelles entre les marchés de biens intermédiaires et les marchés de biens finaux qui accroissent les probabilités de complicités.

28. Des travaux d'économie théorique ont mis en évidence un certain nombre de facteurs susceptibles d'influer sur les incitations potentielles qu'ont les entreprises à s'entendre et, de ce fait, la rationalité de la formation d'ententes³⁸. Ces facteurs se répartissent entre les facteurs structurels, les facteurs liés à l'offre et les facteurs liés à la demande. Les facteurs structurels qui facilitent la collusion dans un secteur sont le faible nombre de concurrents, les obstacles importants à l'entrée, la communication fréquente entre les entreprises et la transparence du marché. Les facteurs liés à la demande sont la stabilité des conditions de la

³⁴ Par exemple, l'Autorité de la concurrence autrichienne a indiqué qu'elle ciblerait ses contrôles sur les biens de consommation en 2015-16. Voir GCR, The European Antitrust Review – Austria, 2015, consultable à l'adresse (<http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/240/chapters/2901/austria-federal-competition-authority/>).

³⁵ De Backer et Miroudot (2013).

³⁶ Ali-Yrkkö, J. et Rouvinen, P. (2015) « Slicing Up Global Value Chains: a Micro View », *Journal of Industry, Competition and Trade*, mars 2015, Volume 15, n° 1, pp 69-85.

³⁷ Voir également Grobovsek, J. Development accounting with intermediate goods (2012), p.1.

³⁸ Voir Stigler, G. (1964) « A Theory of Oligopoly. » *Journal of Political Economy*, 72(1): 44–61 ; Tirole, J. (1988) « The theory of industrial organization » (MIT press, Cambridge) ; Levenstein et Suslow (2006) et d'autres.

demande, la faible élasticité de la demande, le pouvoir d'achat et l'absence d'effets de club ou de réseau. Enfin, les facteurs liés à l'offre sont la maturité du secteur, la lenteur du rythme de l'innovation, la symétrie et la similitude des coûts, la symétrie des capacités, l'homogénéité des produits, les contacts multi-marchés, les liens structurels, les antécédents de comportements anticoncurrentiels, ainsi que les rapports contractuels fréquents entre concurrents³⁹.

29. L'application de ces facteurs aux marchés de biens intermédiaires (pour essayer d'identifier des différences significatives et suffisamment générales par rapport aux marchés de biens finaux) est contrariée par le problème quasi insurmontable que pose l'hétérogénéité de chacun de ces groupes de marchés. Ainsi, il est impossible de dire si les marchés de biens intermédiaires sont en général plus concentrés que ceux de biens finaux ou si les barrières à l'entrée sont plus élevées dans l'un ou l'autre. Certains facteurs se prêtent toutefois à l'analyse pour savoir s'il existe une probabilité plus élevée d'ententes entre les entreprises qui vendent ou achètent des biens intermédiaires par rapport à celles qui négocient des biens finaux.

30. Premièrement, en ce qui concerne les facteurs structurels, le critère de transparence du marché pourrait sembler propice à une généralisation utile à cet égard. Les marchés intermédiaires ont tous en commun le fait que les transactions se font par nature d'entreprise à entreprise. Ces opérations peuvent généralement couvrir en moyenne des volumes le plus élevés de biens que celles qui portent sur des biens finaux dans la mesure où elles n'impliquent pas de ventes aux clients finaux individuels (contrairement aux biens finaux). Ces deux facteurs sont susceptibles de contribuer à la moindre transparence des prix sur les marchés de biens intermédiaires car les prix facturés sont généralement moins étroitement corrélés aux prix des catalogues que sur les marchés de produits finaux. Différentes formes de rabais, comme des rabais liés au volume ou à la fidélité, sont la norme dans les transactions entre entreprises, alors que les prix facturés aux consommateurs finaux sont généralement très transparents⁴⁰. Cette différence de marché et, en particulier, la transparence des prix entre les marchés de biens intermédiaires et finaux, donne à penser que, toutes choses égales par ailleurs, les seconds sont plus prédisposés aux pratiques de collusion.

31. Deuxièmement, en ce qui concerne les facteurs liés à la demande, le pouvoir d'achat peut se prêter à une généralisation significative eu égard aux marchés de biens intermédiaires et aux marchés de biens finaux. En général, les vendeurs situés en fin de chaîne de distribution ont face à eux des populations d'acheteurs très dispersées – les consommateurs finaux. Comparativement, les entreprises situées aux niveaux intermédiaires d'une chaîne de production ou de distribution négocient avec un nombre plus limité de contreparties.

32. À nouveau, cette situation permet de penser qu'en moyenne, et toutes choses égales par ailleurs, la probabilité que des entreprises soient confrontées à un pouvoir d'achat plus important sur les marchés de biens intermédiaires est plus élevée, réduisant ainsi les incitations aux pratiques collusoires. Cependant, certaines affaires d'ententes récemment saisies dans le secteur automobile (dans lequel des entreprises agissant de concert ont été confrontées à des clients dotés d'un pouvoir d'achat significatif – les plus grands constructeurs automobiles mondiaux) montrent que, dans certaines circonstances, un pouvoir d'achat important et la pression résultante qui s'exerce sur les marges peuvent inciter des entreprises à conclure des ententes⁴¹.

³⁹ OCDE (2013) Roundtable on Ex-officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels. Voir aussi OCDE (2015) Roundtable on Serial offenders: Why do some industries seem prone to endemic collusion? (à paraître prochainement).

⁴⁰ Grâce, entre autres, à des prestataires de services (tels que Nielsen) qui réunissent et commercialisent des données détaillées sur les prix et les volumes.

⁴¹ Dans les différentes affaires touchant le secteur automobile, comme les ententes sur les faisceaux de câblage, les roulements, les pièces anti-vibration en caoutchouc et d'autres, les clients des ententes étaient

33. Enfin, en ce qui concerne les facteurs liés l'offre, l'homogénéité des produits se prête à une généralisation significative pour l'analyse de la tendance relative qu'ont les entreprises à former des ententes sur les marchés de biens intermédiaires et de biens finaux. La théorie économique suggère que les ententes sont plus faciles à conclure et à pérenniser en ce qui concerne les biens qui sont homogènes plutôt que différenciés. Plus la différenciation d'un produit est importante, plus le nombre de facteurs sur lesquels les entreprises se livrent concurrence est élevé, d'où il est plus difficile de parvenir et de pérenniser un accord de collusion. Lorsque les biens sont homogènes, voire même fongibles, le prix devient le principal paramètre de concurrence, ce qui réduit le nombre de problèmes que les entreprises doivent discuter pour parvenir à une entente.

34. Par définition, les biens finaux ont généralement tendance à être plus différenciés que les biens intermédiaires, non seulement du fait de leurs caractéristiques intrinsèques, mais également en raison de la publicité, de l'image de marque, etc. Les biens intermédiaires sont en général moins complexes que les produits finaux auxquels ils sont intégrés. Ainsi, le potentiel de différenciation est moindre qu'en ce qui concerne les biens finaux. Cette situation est d'autant plus vraie en ce qui concerne les matières premières qui sont en général globalement fongibles.

35. Par conséquent, deux des facteurs étudiés (moindre transparence du marché et pouvoir d'achat plus important) semblent rendre plus facile la formation d'ententes sur les marchés de biens finaux, tandis que le troisième (différenciation des produits) suggère le contraire. En outre, bien que cette analyse soit imparfaite du fait du caractère hétérogène des différents marchés spécifiques, elle fournit néanmoins des informations sur les raisons susceptibles d'expliquer de la prédominance des ententes portant sur des biens finaux par rapport à celles portant sur des biens intermédiaires.

4.2 Pérennité des ententes

36. Les facteurs qui ont une influence sur la formation des ententes s'appliquent également à la question de leur stabilité et leur pérennité. La stabilité des ententes transparait au niveau de leur durée, de sorte que plus une entente est stable, plus elle dure. Par conséquent, si l'on regarde de la durée déclarée des ententes faisant l'objet de poursuites, il peut être possible de définir s'il existe des différences substantielles et significatives que l'on peut attribuer à la nature des produits visés par les ententes. Toutefois, le manque relatif de données fiables concernant la durée des ententes faisant l'objet de poursuites dans un échantillon suffisamment large de juridictions complique cet exercice.

37. On ne dispose pas de données fiables sur la durée pour l'ensemble des ententes sur les biens dans la totalité des juridictions. Il est toutefois possible d'analyser un échantillon éventuellement significatif en s'intéressant aux 114 ententes portant sur des biens qui ont fait l'objet de poursuites de la Commission européenne au niveau de l'UE depuis 1969 et aux 46 et 34 ententes saisies par les autorités de la concurrence allemande et française, respectivement, entre 2004 et 2014.

38. Un avertissement s'impose toutefois avant de commenter ces statistiques. La durée prise en compte est celle établie dans les décisions de l'autorité concernée, qui ne reflète pas nécessairement la durée totale des ententes prises individuellement car elle correspond à la durée telle qu'observée dans les données probantes disponibles. En outre, dans les affaires dans lesquelles un ajustement de la durée a pu être opéré à la suite des procédures judiciaires, ces modifications ne sont pas prises en compte dans les statistiques. Enfin, nombre de décisions couvrent des infractions distinctes qui peuvent avoir des durées différentes. Aux fins des statistiques, la durée la plus longue est considérée comme représentative de la

certains des plus importants constructeurs automobiles du monde, notamment Toyota, Nissan, Renault, Suzuki et d'autres.

durée globale de l'entente, indépendamment du fait qu'elle ait été traitée comme une série d'infractions distinctes.

39. Toutefois, la possibilité est faible que ces risques biaisent significativement les données, compte tenu de la taille relativement importante des échantillons concernés et du fait qu'ils affectent tout autant les ententes sur des biens intermédiaires et des biens finaux. De surcroît, les différences de durée entre les deux types d'ententes sont suffisamment significatives pour ne pas avoir à expliquer qu'elles sont le fruit du hasard. Par conséquent, il est possible de s'appuyer sur ces chiffres pour tirer des conclusions, au moins provisoires, concernant la durée et la stabilité des ententes portant sur des biens intermédiaires ou finaux.

40. En ce qui concerne l'UE, pour la période comprise entre 1969 et 2014, la durée moyenne des ententes sur des biens intermédiaires est de 94.2 mois, tandis que pour les biens finaux, la moyenne s'établit à 77.5 mois⁴². On peut en conclure que les ententes sur des biens intermédiaires ayant fait l'objet d'enquêtes et de sanctions de la Commission européenne durent en moyenne 17.1 mois de plus (22 %) que celles portant sur des biens finaux. En Allemagne, pour la période 2004-14, la durée moyenne des ententes sur des biens intermédiaires s'établit à 122.8 mois, tandis que pour les biens finaux, la moyenne est de 62.4 mois⁴³. Ainsi, les ententes sur des biens intermédiaires ayant fait l'objet d'enquêtes et de sanctions de l'Office fédéral des cartels durent en moyenne 60.4 mois de plus (près de 100 %) que les ententes portant sur des biens finaux. Durant la même période, la durée moyenne des ententes sur des biens finaux ayant fait l'objet d'enquêtes et de sanctions de l'Autorité de la concurrence en France a été de 59.1 mois, tandis que les ententes portant sur des biens intermédiaires ont en moyenne duré 85.7 mois, soit une différence de 26.6 mois (45 %)⁴⁴.

41. Les écarts de durée moyenne entre les ententes portant sur des biens finaux et des biens intermédiaires vont tous dans le même sens dans l'ensemble des trois juridictions. En outre, ils sont tous d'une ampleur significative (au moins 20 %) et ne peuvent donc être considérés comme peu concluants. Par conséquent, il semble possible de tirer une conclusion, au moins provisoire, selon laquelle les ententes portant sur des biens intermédiaires durent en général plus longtemps, et sont de ce fait plus stables, que les ententes sur des biens finaux.

42. Il conviendrait de poursuivre les travaux pour étayer davantage ces constatations, en analysant la durée des ententes ayant fait l'objet de poursuites d'un plus grand nombre d'autres juridictions non couvertes par cet échantillon. De plus, des recherches complémentaires (qui sortent du champ du présent document) pourraient s'avérer nécessaires pour étudier les causes sous-jacentes de la plus grande stabilité

⁴² On dispose de données de durée pour 84 des 85 ententes sur des biens intermédiaires et ces données couvrent au total 7 920 mois (pas de données disponibles sur la durée de l'entente sur le verre plat (Benelux), 1984). On dispose de données de durée pour l'ensemble des 28 ententes portant sur des biens finaux et ces données couvrent au total 2 171 mois. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

⁴³ On dispose de données de durée pour 15 des 16 ententes sur des biens intermédiaires et ces données couvrent au total 1 842 mois (pas de données disponibles sur la durée de l'entente sur les portes automatiques, 2012). On dispose de données de durée pour 28 des 30 ententes portant sur des biens finaux et ces données couvrent au total 1 749 mois (pas de données disponibles sur la durée de l'entente sur les antibiotiques, 2009, et de l'entente sur le cappuccino instantané, 2011). *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008)

⁴⁴ On dispose de données de durée pour 11 des 13 ententes sur des biens intermédiaires et ces données couvrent au total 943 mois (pas de données disponibles sur la durée de l'entente sur le ciment en Corse, 2007, et de l'entente sur les granulats en Ille-et-Vilaine, 2008). On dispose de données de durée pour 19 des 21 ententes portant sur des biens finaux et ces données couvrent au total 1 123 mois (pas de données disponibles sur la durée de l'entente du Conseil régional de l'Ordre des Pharmaciens de Basse Normandie, 2009 ; l'entente sur les produits pétroliers à La Réunion, 2008, n'est pas prise en compte car elle concernait uniquement un appel d'offres). *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008)

des ententes portant sur des biens intermédiaires par rapport à celle des ententes sur des biens finaux⁴⁵. Les conclusions provisoires actuelles fournissent toutefois des informations en ceci qu'elles permettent d'établir un critère supplémentaire susceptible d'orienter de nouvelles recherches empiriques. Ces travaux permettraient en définitive d'éclairer les autorités de la concurrence grâce à des informations utilisables pour concevoir des mesures afin d'influer fortement sur certains des facteurs qui jouent un rôle dans la stabilité des ententes portant sur des biens intermédiaires.

4.3 *Portée géographique*

43. Les biens intermédiaires étant souvent négociés dans le cadre des CVM, la question se pose de savoir si les ententes portant sur ces biens ont une portée géographique généralement plus large que celle des ententes sur des biens finaux. La fragmentation verticale, l'externalisation et la délocalisation ont favorisé le développement de chaînes de production transnationales.

44. Ainsi, la portée géographique d'une entente portant sur un bien intermédiaire produit dans un pays A – qui est ultérieurement utilisé comme intrant dans la production d'un produit final dans les pays A, B, C et D – couvre au moins ces quatre pays. Cependant, le caractère intermédiaire d'un produit qui fait l'objet d'une entente peut ajouter un niveau de complexité si le produit final est également vendu dans des pays autres que ceux dans lesquels il a été assemblé. Dans ce cas, les critères de compétence de ces pays peuvent aussi être satisfaits, ce qui élargit encore davantage la portée de l'entente.

45. Il est possible, pour tester l'hypothèse selon laquelle les ententes sur des biens intermédiaires sont en moyenne de portée géographique plus large que les ententes portant sur des biens finaux, d'étudier les statistiques de la base de données Connor qui indiquent la portée géographique de 955 ententes qui ont fait l'objet de poursuites dans un large ensemble de juridictions⁴⁶. Sur plus de 125 ententes de portée géographique mondiale, 10 seulement ciblaient des biens finaux. On pourrait ainsi penser que les ententes sur des biens finaux sont généralement de portée géographique considérablement plus limitée que celles portant sur des biens intermédiaires, ou au minimum, qu'elles sont rarement d'envergure mondiale.

46. L'étude de données tirées de certaines juridictions du Réseau européen de la concurrence, qui est constitué par les autorités de la concurrence de chaque État membre de l'Union européenne et de la Commission européenne, conforte cette constatation⁴⁷. De manière générale, seules les ententes qui touchent plus de trois États membres de l'UE sont saisies par la Commission européenne⁴⁸. Du fait de ces règles d'attribution des affaires, la Commission européenne se saisit normalement des ententes ayant une portée géographique plus large, tandis que les autorités de la concurrence de chaque État membre de l'UE se chargent des ententes de portée locale ou nationale.

47. Sur la période de 2004-14, le ratio entre les ententes sur des biens intermédiaires et des biens finaux poursuivies par la Commission s'établit à 75 % environ. À l'inverse, dans certaines juridictions nationales de l'UE, le ratio est de 38 % pour la France, 27 % pour le Royaume-Uni et 35 % pour

⁴⁵ Voir Levenstein et Suslow (2006) et Grossman, P.Z. (ed) (2004) *How Cartels Endure and How They Fail: Studies of Industrial Collusion*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers, 2004, pour des commentaires généraux sur la stabilité des ententes.

⁴⁶ Voir Connor (2015).

⁴⁷ Voir Faull, J. et Nikpay, A. *The EU Law of Competition* (3^{ème} édition), OUP (2014), ci-après « Faull et Nikpay (2014) ».

⁴⁸ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 0043 – 0053.

l'Allemagne⁴⁹. Compte tenu des règles d'attribution des affaires susmentionnées, ces chiffres donnent à penser que les ententes portant sur des biens intermédiaires ont en moyenne une portée géographique plus étendue et sont de ce fait saisies par la Commission, tandis que les ententes sur des biens finaux sont de nature plus locale ou nationale et prises en charge par les autorités nationales de la concurrence.

4.4 Détection

48. La dernière question à se poser concernant la nature spécifique des ententes portant sur des biens intermédiaires est de savoir si elles présentent des différences significatives en ce qui concerne leur détection par les autorités de la concurrence, par rapport aux ententes sur des biens finaux. Dans une certaine mesure, cette question a partiellement été traitée plus haut par l'examen de la stabilité des ententes, dans la mesure où la détection – ou sa menace perçue – est l'un des éléments qui a une incidence sur la stabilité des ententes, telle qu'observée au niveau de leur durée.

49. Cette analyse indiquait que les ententes sur des biens intermédiaires avaient en moyenne une durée plus longue (suggérant une plus grande stabilité) que les ententes portant sur des biens finaux. Si la détection (ou les risques de détection) n'est que l'un des nombreux facteurs à avoir une incidence sur la durée d'une entente, il est possible que la plus grande stabilité observée des ententes sur des biens intermédiaires résulte en partie du fait qu'elles sont moins susceptibles d'être détectées ou que les risques perçus de détection sont moindres.

50. Il est possible, pour tester cette hypothèse, d'observer le nombre d'ententes qui ont été détectées *ex officio*, par opposition au nombre de celles identifiées du fait d'un programme de clémence (auto-dénonciation), et de comparer pour voir s'il existe des différences significatives entre les ententes portant sur des biens intermédiaires et sur des biens finaux⁵⁰. Si le pourcentage d'ententes sur des biens intermédiaires révélées du fait d'une auto-dénonciation est plus élevé que pour les ententes sur des biens finaux, on peut alors penser que les premières sont plus difficiles à détecter *ex officio* que les secondes. Il est toutefois nécessaire d'être prudent lorsque l'on tire une telle conclusion car, comme indiqué plus haut, les autorités de la concurrence peuvent privilégier les enquêtes d'office ciblant les biens finaux (et en particulier les biens de consommation). De surcroît, la distinction entre les affaires détectées du fait d'un programme de clémence et *ex officio* n'est pas toujours parfaitement claire dans la mesure où certaines affaires qui ont été ouvertes suite à une auto-dénonciation peuvent être déclarées comme des affaires *ex officio*. Enfin, ce type d'analyse peut conduire à des résultats faussés du fait d'un fonctionnement sous-optimal du programme de clémence de la juridiction concernée, ce qui peut se traduire par une surreprésentation des ententes détectées *ex officio*.

51. Dans le présent document, l'analyse s'appuie sur des données de trois juridictions – l'UE, la France et l'Allemagne – déjà commentées plus haut dans les paragraphes sur la portée géographique et la pérennité des ententes. Ces données fournissent un échantillon suffisamment large d'affaires de trois juridictions différentes toutes dotées de programmes de clémence fonctionnels qui permettent d'atténuer certains des risques évoqués dans le paragraphe précédent⁵¹.

⁴⁹ Voir le paragraphe 21 ci-dessus.

⁵⁰ Dans ce contexte, l'expression « ententes détectées *ex officio* (ou d'office) » couvre toutes les ententes pour lesquelles une enquête a été ouverte du fait d'événements autres qu'une auto-dénonciation dans le cadre d'un programme de clémence, comme des opérations de détection, des plaintes, un lanceur d'alerte, les répercussions d'une autre enquête, etc.

⁵¹ Pour atténuer le risque de surreprésentation des poursuites initiées *ex officio* du fait de l'inexistence ou d'un fonctionnement partiel des programmes de clémence, cette analyse porte uniquement sur les poursuites consécutives à la première décision dans une affaire ouverte suite à une auto-dénonciation. Dans la

52. Dans l'UE, le pourcentage d'ententes sur des biens intermédiaires détectées *ex officio* est de 30 %, tandis que pour les ententes sur des biens finaux, le chiffre s'établit à 35 %⁵². En France, les pourcentages sont de 67 % pour les premières et de 81 % pour les secondes⁵³. En Allemagne, enfin, les chiffres sont très proches, avec 56 % pour les ententes sur des biens intermédiaires détectées *ex officio*, contre 53 % pour celles portant sur des biens finaux⁵⁴.

53. Même s'il est possible que les différences ne soient pas suffisamment significatives pour donner une réponse définitive (et en Allemagne, les chiffres semblent indiquer le contraire), les statistiques permettent néanmoins de penser que les ententes sur des biens intermédiaires peuvent être plus difficiles à détecter *ex officio* que celles portant sur les bien finaux. Il est difficile d'identifier les raisons à cela et leur analyse est de ce fait largement théorique. L'une des explications possibles est que certaines des méthodes de détection, en particulier comportementales, peuvent s'avérer moins efficaces du fait de l'opacité relative de la tarification sur les marchés intermédiaires par rapport aux marchés de biens de consommation, ou de l'indisponibilité de certaines données.

54. De plus, les relations mutuelles à long terme que les entreprises entretiennent souvent sur les marchés de biens intermédiaires peuvent limiter leur prédisposition à déposer plainte auprès d'une autorité de la concurrence lorsqu'elles sont soupçonnées de collusion, ce qui conduirait à une enquête d'office). Enfin, cette moindre prédisposition peut également tenir au fait que les acheteurs des secteurs des biens intermédiaires sont moins sensibles aux prix dans la mesure où ils peuvent répercuter, partiellement du moins, une éventuelle surfacturation de l'entente. Cette hypothèse semble partiellement étayée par les statistiques qui révèlent que dans l'UE, 10 % des poursuites ciblant les ententes sur des biens finaux résultent d'une plainte d'une autre entreprise, alors que ce chiffre tombe à 3 % en ce qui concerne les ententes sur des biens intermédiaires⁵⁵. On observe une situation similaire en France, où 19 % des poursuites visant des ententes sur des biens finaux et 11 % des poursuites ciblant des ententes sur des biens intermédiaires ont été initiées à la suite d'une plainte⁵⁶. À l'inverse, les plaintes en Allemagne ont été à

pratique, cela signifie que bien que l'UE soit dotée d'un régime de clémence depuis 1996, seules les affaires ultérieures à la décision rendue par la Commission européenne contre l'entente sur le sucre au Royaume-Uni en 1998 sont prises en compte.

⁵² Depuis la première poursuite engagée dans le cadre d'un programme de clémence (entente sur le sucre au Royaume-Uni) en 1998, on a dénombré 62 poursuites d'ententes sur des biens intermédiaires, dont 44 ont été ouvertes suite à une demande d'immunité, et 20 poursuites d'ententes sur des biens finaux, dont 13 initiées suite à une demande d'immunité. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

⁵³ Depuis la première poursuite engagée dans le cadre d'un programme de clémence (secteur de la fabrication des portes) en 2006, 3 des 9 poursuites d'ententes sur des biens intermédiaires et 3 des 16 poursuites d'ententes sur des biens finaux ont été engagées suite à une auto-dénonciation. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

⁵⁴ En Allemagne, 14 des 30 poursuites d'ententes sur des biens finaux et 7 des 16 poursuites d'ententes sur des biens intermédiaires ont été initiées suite à une auto-dénonciation. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

⁵⁵ Depuis la première poursuite engagée dans le cadre d'un programme de clémence (entente sur le sucre au Royaume-Uni) en 1998, on a dénombré 2 poursuites consécutives à des plaintes visant des ententes portant sur des biens intermédiaires (dont 1 déposée par un concurrent) et 2 visant des ententes sur des biens finaux. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

⁵⁶ Depuis la première poursuite engagée dans le cadre d'un programme de clémence (secteur de la fabrication des portes) en 2006, 1 des 9 poursuites d'ententes sur des biens intermédiaires et 3 des 16 poursuites d'ententes sur des biens finaux ont été engagées du fait d'une plainte. *Voir* Sakkers et Ysewyn (2008).

l'origine de 19 % des poursuites visant les ententes sur des biens intermédiaires, alors que ce chiffre n'était que de 3 % seulement pour les poursuites visant les ententes portant sur des biens finaux⁵⁷.

55. S'agissant des ententes détectées du fait d'une auto-dénonciation dans le cadre de programmes de clémence, un élément significatif qui semble conférer aux ententes sur des biens intermédiaires une certaine spécificité concerne leur portée géographique. Comme indiqué plus haut, la portée géographique des ententes portant sur des biens intermédiaires est généralement plus large que celle des ententes sur des biens finaux, touchant souvent de nombreuses juridictions à travers le monde. Par exemple, lorsqu'une entreprise impliquée dans une entente internationale décide de s'auto-dénoncer, elle le fera fréquemment dans plusieurs juridictions. Le choix de ces juridictions dépendra d'un certain nombre de facteurs, comme l'exposition de l'entreprise à des territoires donnés, les antécédents de l'autorité de la concurrence en matière d'application des lois, le fonctionnement de son programme de clémence, et ainsi de suite⁵⁸. Bien que ce calcul soit unique pour chaque affaire, il se traduit souvent par une auto-dénonciation dans plusieurs juridictions « de premier plan », comme les États-Unis, l'UE, Japon, la Corée ou le Canada.

56. Par conséquent, les pratiques d'une juridiction en matière d'application des lois, ou les affaires dont l'origine ne se situe dans une seule juridiction uniquement, peuvent entraîner la détection d'une entente du fait d'une auto-dénonciation dans d'autres juridictions du monde en raison de la portée géographique de l'entente. Dans la mesure où les ententes portant sur des biens intermédiaires sont plus fréquemment de nature transnationale que celles portant sur des biens finaux, cet effet joue davantage concernant les premières.

57. Les ententes internationales de grande envergure des années 1990, comme l'entente sur la lysine et l'entente sur les vitamines, sont des exemples typiques à cet égard et portaient toutes sur des biens intermédiaires. Une modification du régime de clémence américain en 1993 a soulevé une vague de demandes d'amnistie aux États-Unis, laquelle a entraîné des demandes dans d'autres juridictions qui venaient de mettre en place des régimes de clémence, comme l'UE, le Canada et d'autres⁵⁹. Aujourd'hui, la plupart des ententes internationales portant sur des biens intermédiaires suivent un schéma similaire en vertu duquel une auto-dénonciation dans une juridiction s'accompagne de demandes d'amnistie dans plusieurs autres juridictions, entraînant des opérations de « détection » et des enquêtes parallèles des autorités de la concurrence concernées – comme ce fut le cas pour les ententes sur les LCD et dans le secteur automobile⁶⁰.

⁵⁷ En Allemagne, 12 des 30 poursuites d'ententes sur des biens intermédiaires et 7 des 15 poursuites d'ententes sur des biens finaux ont été initiées du fait d'une auto-dénonciation. Voir Sackers et Ysewyn (2008).

⁵⁸ La décision de s'auto-dénoncer dans le cadre d'un programme de clémence est complexe et repose sur de nombreux facteurs qui sont décrits dans Spratling, G.R. et Arp, D.J. (2010) « Making the Decision: What to do when face with international cartel exposure. Developments impacting the decision in 2010 », consultable à l'adresse http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp10_Spratling_paper.pdf.

⁵⁹ Suite à la modification de 1993, l'augmentation du nombre de demandes d'amnistie a été considérable. La moyenne est passée d'une demande par an sous la précédente politique à trois demandes par mois après l'instauration de cette modification. Ce changement de situation s'est notamment traduit par la révélation d'un grand nombre d'ententes internationales de grande envergure (ententes sur les vitamines et la lysine) et a fortement contribué à l'instauration de politiques de clémence dans différentes juridictions à travers le monde.

⁶⁰ Voir la note de bas de page 20 ci-dessus. Cette situation peut également entraîner une éventuelle surreprésentation dans les statistiques des ententes sur des biens intermédiaires dans la mesure où une entente mondiale peut faire l'objet d'enquêtes de différents pays dont chacun comptabilise l'entente dans ses propres statistiques nationales.

5. Enquêtes sur les ententes portant sur des biens intermédiaires et sanctions

58. La présente section s'intéresse aux problèmes spécifiques qui surviennent lorsque que les autorités de la concurrence enquêtent, poursuivent et sanctionnent les ententes sur des biens intermédiaires, par rapport à ceux qui apparaissent concernant les ententes sur des biens finaux. Ces problèmes sont principalement liés aux effets transnationaux des ententes et à la nature intermédiaire des produits concernés. Bon nombre de ces problèmes, comme ceux strictement relatifs à la nature transfrontalière des ententes (collecte de données probantes à l'étranger ou coordination des étapes d'enquête), ne sont pas spécifiques aux ententes portant sur des biens intermédiaires et ne seront donc que très brièvement commentés. L'étude porte principalement sur les problèmes qui surviennent de façon spécifique et unique dans le cas des ententes sur des biens intermédiaires.

5.1 Problèmes de compétence

59. L'une des premières questions à laquelle toute autorité de la concurrence doit répondre lorsqu'elle décide de prendre ou non des mesures à l'encontre d'une entente donnée est de savoir si elle a compétence pour le faire, ce qui dépend de la portée des règles d'interdiction des ententes de la juridiction concernée. Son champ de compétence est défini par le principe de territorialité en vertu du droit international, selon lequel les états souverains ont toute autorité pour réglementer la conduite à l'intérieur de leurs frontières. L'application objective de ce principe, également appelé doctrine des effets, signifie que les états peuvent également appliquer de façon légitime leurs lois antitrust contre des comportements survenant en dehors de leur territoire pour autant qu'ils aient des effets sur leur territoire⁶¹. Ainsi, en vertu du droit international, les règles de la concurrence d'une juridiction peuvent s'appliquer à la fois à des comportements survenant sur son territoire et à des comportements produisant de effets sur son territoire.

60. Par conséquent, lorsque le comportement d'une entente a une dimension transnationale, les lois de plusieurs pays peuvent s'appliquer à ce comportement spécifique. Cette situation peut susciter des tensions, lesquelles sont à l'origine de problèmes les plus significatifs relatifs à la poursuite et à la sanction des ententes portant sur des biens intermédiaires.

5.2 Champ de compétence (comportement national et effets intérieurs)

61. Lorsqu'ils élaborent les règles d'interdiction antitrust, les pays peuvent choisir de limiter leur applicabilité en fonction du principe de territorialité susmentionné. Les pays ont recours à des approches différentes à travers le monde.

62. Par exemple, le Sherman Act américain s'applique « *aux échanges ou au commerce entre plusieurs États ou avec des nations étrangères* »⁶². De ce fait, cette loi s'applique à des comportements survenant aux États-Unis même s'ils affectent seulement d'autres pays, mais aussi à des comportements qui produisent des effets aux États-Unis, et ce quel que soit l'endroit où ils surviennent. La portée juridictionnelle de cette formulation a été nuancée par une série de lois et de décisions de justice ultérieures. De façon plus significative, les ententes à l'exportation (comportement survenant aux États-Unis, mais produisant des effets dans d'autres pays uniquement) ne sont effectivement pas assujetties au Sherman Act⁶³. Par conséquent, la présence d'effets sur les échanges au sein des États-Unis ou sur les

⁶¹ Voir, par exemple, Popofsky, M.S. « Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence », dans 3 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 2417 (ABA Section of Antitrust Law 2008), ci-après « Popofsky (2008) ».

⁶² Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-2.

⁶³ 15 U.S.C. § 6a ; voir aussi le Webb-Pomerene Act, 15 U.S.C. §§ 61-66 et l'Export Trading Company Act, 15 U.S.C. §§ 4001-4003, 4011-4021.

échanges à l'importation vers les États-Unis peut effectivement servir de base juridictionnelle pour que les autorités américaines en charge de l'application des lois antitrust fassent appliquer celles-ci.

63. La formulation de l'interdiction d'entente de l'Union européenne (Article 101 TFUE) limite son applicabilité aux accords qui sont « susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché intérieur », excluant ainsi implicitement les comportements survenant au sein de l'UE, mais dont les effets touchent uniquement des pays externes à l'Union⁶⁴. Le texte de l'article a été interprété comme s'appliquant aux comportements survenant dans l'UE ou produisant des effets dans l'UE⁶⁵.

64. Les exemples américain et de l'UE illustrent deux approches différentes de la portée juridictionnelle des lois antitrust adoptées par les pays dans le monde. La première, l'approche américaine, repose sur une interdiction générale qui couvre à la fois le lieu où le comportement concerné est survenu et ses effets au niveau intérieur, tout en accordant une immunité spécifique aux comportements qui n'affectent que d'autres pays⁶⁶. La seconde, l'approche de l'UE, repose sur des interdictions qui couvrent expressément les comportements affectant uniquement le territoire national concerné, accordant donc une immunité implicite aux comportements survenant dans ces territoires mais affectant uniquement d'autres pays⁶⁷.

65. Bien que ces approches soient intrinsèquement différentes, elles considèrent en fait que les effets – au niveau intérieur – des comportements visés sont les critères déclencheurs d'une action juridique. De plus, elles excluent de fait les ententes à l'exportation, ce qui a été fortement critiqué⁶⁸. Dans ce contexte, il est étrange de constater que l'affaire *de la pâte de papier*, principale affaire relevant de la compétence de l'UE, concerne une entente à l'exportation américaine qui a été exclue outre-Atlantique en vertu du Webb-Pomerene Act⁶⁹.

66. La portée exacte des pouvoirs juridictionnels fondés sur les effets sur les marchés nationaux est loin d'être claire et sa définition a fait l'objet de nombreux débats et interprétations des tribunaux. Cette question a notamment concerné la portée juridictionnelle du Sherman Act américain qui a été la principale loi sur la concurrence effectivement appliquée à travers le monde durant de longues années.

67. Les tribunaux américains se sont battus pour définir clairement les limites de leur compétence extraterritoriale. En 1945, la Cour d'appel de deuxième instance des États-Unis a statué sur l'affaire *Alcoa*

⁶⁴ Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p. 0001.

⁶⁵ Affaires jointes 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö et autres contre la Commission* [1988] ECR 5193 (ci-après « *Affaire de la pâte de papier* ») ; *Affaire T-102/96, Gencor Ltd contre la Commission des Communautés européennes* [1999] ECR II-00753 (ci-après « *Gencor* ») ; Voir Faull et Nikpay (2014), §§ 3.435-3.441. Voir aussi Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Journal officiel n° 101 du 27/04/2004, p. 81-96.

⁶⁶ Australie, Afrique du Sud, Canada et autres. Voir Suslow, V.Y. « The Changing International Status of Export Cartel Exemptions. » *American University International Law Review* 20, n° 4 (2005) : 785-828, ci-après « Suslow (2005) ».

⁶⁷ Union européenne et la plupart de ses États membres, Japon, Brésil et d'autres. Voir Suslow (2005).

⁶⁸ Voir Jenny, F. « *Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective* » in *TRADE, COMPETITION, AND THE PRICING OF COMMODITIES*, p. 99, Simon J. Evenett et Frédéric Jenny, eds, février 2012 ; et Suslow (2005).

⁶⁹ Voir *Affaire de la pâte de papier*, para 20.

en indiquant que les comportements ayant des effets intentionnels au sein des États-Unis relevaient du Sherman Act, mais sans préciser l'ampleur que cet effet devait avoir ni la nature de l'effet requis⁷⁰. Bien que de nombreux tribunaux, et même la Cour suprême américaine dans l'affaire *Hartford Fire* en 1993, aient conclu que des effets substantiels aux États-Unis étaient nécessaires, de nombreuses requêtes divergentes dans l'affaire *Alcoa* ont suscité d'importants critiques et une opposition d'autres pays⁷¹.

68. Cette critique de l'extension visible de la compétence territoriale du Sherman Act a trouvé une réponse dans l'application, par les tribunaux, du principe de courtoisie internationale – établi dans l'arrêt *Timberlane* de la Cour d'appel de la neuvième circonscription des États-Unis en 1978⁷². Selon cet arrêt, les tribunaux américains peuvent refuser d'appliquer le Sherman Act sauf si « *les intérêts des États-Unis et les liens vers les États-Unis – y compris l'ampleur des effets sur le commerce extérieur américain – sont suffisamment importants, par rapport à ceux d'autres pays, pour justifier l'affirmation d'une autorité extraterritoriale* »⁷³.

69. Le Congrès américain a finalement réagi en votant le Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) en 1982, qui complète le Sherman Act par l'ajout de la Section 6a – qui définit le champ d'application du Sherman Act en ce qui concerne les comportements relatifs au négoce ou au commerce avec des pays étrangers. Premièrement, le FTAIA limite la compétence du Sherman Act aux comportements relatifs au négoce ou au commerce à l'importation aux États-Unis. Deuxièmement, les comportements relatifs au négoce ou au commerce international hors importations ne relèvent pas du Sherman Act, sauf s'ils ont un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce américain (intérieur, d'importation ou d'exportation), et que cet effet donne lieu à une plainte fondée sur le Sherman Act. Ce dernier critère est particulièrement pertinent en ce qui concerne les demandes d'indemnisation introduites par des particuliers. Malheureusement, le FTAIA n'a pas réussi à définir de façon définitive les limites de compétence de l'application du Sherman Act et les débats se poursuivent concernant, par exemple, la définition du caractère suffisamment « direct » d'un effet.

70. Toutefois, aux fins du présent document, il suffit de se référer au critère appliqué par les services américains en charge de l'application des lois, tel que décrit dans leurs directives internationales. En ce qui concerne le commerce extérieur d'importation, les directives mentionnent l'arrêt *Hartford Fire* en vertu duquel « *Le Sherman Act s'applique aux comportements à l'étranger ayant pour but de produire et ayant effectivement produit un certain effet substantiel aux États-Unis* ». En ce qui concerne le commerce hors importations, le Sherman Act (tel que modifié par le FTAIA) s'applique aux comportements à l'étranger qui ont un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce américain⁷⁴. Cette norme est particulièrement pertinente pour les ententes portant sur des biens intermédiaires qui peuvent affecter les États-Unis par le biais de mécanismes allant au-delà des ventes directes. Enfin, les normes pertinentes

⁷⁰ Voir Popofsky (2008), p. 2422. Voir *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), ci-après « *Alcoa* ».

⁷¹ En réaction à la portée perçue comme excessive des lois antitrust et des procédures civiles américaines, de nombreux pays ont adopté des clauses de blocage et de rétrocession. Voir *Fugate, W. L. FOREIGN COMMERCE and the ANTITRUST LAWS (cinquième édition)*, Aspen Publishers (1996), p. 279ff ; *Born, G.B. INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS*, Kluwer Law International (1996), p. 587ff ; Popofsky (2008), p. 2423 et les décisions qui y sont mentionnées. Voir *Hartford Fire Ins. v. California* (91-1111), 509 U.S. 764 (1993).

⁷² *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.*, 549 F.2d 597, 613 (9th Cir. 1976), ci-après « *Timberlane* »).

⁷³ Ibid.

⁷⁴ En ce qui concerne le commerce d'exportation, le FTAIA comporte une « clause d'exportation » en vertu de laquelle le Sherman Act couvre uniquement les dommages aux entreprises exportatrices aux États-Unis.

sont complétées par des considérations de courtoisie que les organismes américains concernés sont tenus de prendre en compte lorsqu'ils décident ou non de poursuivre un comportement donné⁷⁵.

71. Les évolutions de l'application de la doctrine des effets aux États-Unis évoquées ci-dessus se sont produites durant une période où d'autres pays du monde adoptaient leur propre réglementation antitrust. Ainsi, elles ont éclairé la formulation des limites juridictionnelles de la réglementation antitrust de ces pays, créant une situation dans laquelle le critère d'« *effets directs, substantiels et raisonnables* » est largement accepté dans le monde malgré de nombreuses variantes, comme la limite de leur application territoriale.

72. La Commission européenne, qui a poursuivi le plus grand nombre d'ententes internationales, après le ministère américain de la Justice (« DOJ »), n'avait jusqu'à présent pas expressément affirmé sa compétence en la basant uniquement sur les effets d'une entente étrangère. Elle s'était plutôt appuyée sur le critère de « mise en œuvre » tel que défini par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *de la pâte de papier*. Dans celle-ci, la CJUE avait fait la distinction entre deux aspects d'une violation de l'article 101, l'élaboration d'un accord illicite et sa mise en œuvre. Elle a ensuite statué que les producteurs concernés (qui étaient situés et concluaient des accords de prix en dehors de l'UE) mettaient en œuvre leur accord en vendant leurs produits à des clients dans l'UE, indépendamment du fait qu'ils le faisaient directement ou par l'intermédiaire de filiales ou de représentants basés dans l'UE. Ainsi, leur comportement entrait dans le champ de l'article 101⁷⁶.

73. Certains commentateurs ont laissé entendre que dans l'affaire *de la pâte de papier*, la CJUE avait délibérément choisi le concept *sui generis* de « mise en œuvre » plutôt qu'adopté le concept américain des « effets »⁷⁷. On peut toutefois se demander si la différence entre la « mise en œuvre » et les « effets directs, substantiels et raisonnables » d'un accord d'entente est plus que simplement sémantique. Bien qu'il concerne la compétence à l'égard du contrôle des fusions, l'arrêt du Tribunal de l'UE dans l'affaire *Gencor* a confirmé la compétence de la Commission européenne sur la question des fusions en se fondant sur les « effets prévisibles, immédiats et substantiels » dans l'UE, ce que le tribunal a comparé à la doctrine de la mise en œuvre telle qu'élaborée dans le cadre des accords de l'affaire *de la pâte de papier*⁷⁸. Cette situation incite à penser que la mise en œuvre est en fait identique aux effets directs, substantiels et raisonnables, et certains ont fait valoir qu'en réalité l'UE appliquait la doctrine des « effets » lorsqu'il s'agissait d'appliquer ses règles d'interdiction des ententes⁷⁹.

⁷⁵ Voir U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMM'N ANTITRUST ENFORCEMENT GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS (1995), ci-après « US International enforcement guidelines ». Des considérations de courtoisie sont également imposées par l'accord bilatéral États-Unis-Communauté européenne de 1991, qui engage les parties contractantes à tenir compte de plusieurs facteurs inspirés par l'affaire *Timberlane* lorsqu'ils envisagent des mesures d'application des lois affectant l'autre partie (Voir l'Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence). Voir aussi DOJ Brief in *Hsiung* (<http://www.justice.gov/file/488146/download>) p. 33-41 ; DOJ Amicus Brief in *Minn-Chem* (<http://www.justice.gov/file/504411/download>).

⁷⁶ *Affaire de la pâte de papier*, paragraphes 12-18. Comparer également l'arrêt du Tribunal dans l'Affaire T-91/11 *InnoLux Corp. contre la Commission européenne*, paragraphes 56-76.

⁷⁷ Voir Suffrin, B. « *Competition Law in a Globalised Marketplace: Beyond Jurisdiction* », p. 111 dans Capps P., Evans M. et Konstantinidis S., *Asserting Jurisdiction: International and European legal perspectives* (Oxford: Hart Publishing, 2003).

⁷⁸ *Gencor*, paragraphes 87ff.

⁷⁹ Voir Faull et Nikpay (2014), §§ 3.435-3.441.

74. En droit européen, la question de compétence est étroitement liée au concept d'effet sur le commerce entre États membres, ce qui est particulièrement pertinent s'agissant des ententes internationales. Pour poursuivre une entente pour violation de l'article 101 TFUE, la Commission européenne doit non seulement établir sa compétence, mais aussi démontrer que le comportement est susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Ce concept est clarifié dans les Lignes directrices sur l'affectation du commerce de la CE, qui s'appuient sur l'ensemble de la jurisprudence des tribunaux de l'UE sur cette question⁸⁰.

75. S'agissant des ententes, l'effet sur le commerce est établi si le comportement a un effet direct, indirect, réel ou potentiel sur la configuration des échanges entre États membres. La notion d'effets indirects est particulièrement pertinente dans le contexte du présent document car elle a été appliquée dans une affaire relative à un produit intermédiaire. Dans l'affaire *BNIC*, la CJUE a statué qu'un accord portant sur des spiritueux utilisés dans la production du cognac et ne faisant pas l'objet d'un commerce transnational pouvait avoir un effet sur le commerce au motif que le produit final – le cognac – faisait lui l'objet d'un commerce transnational⁸¹. De surcroît, pour qu'un effet sur le commerce soit établi, le comportement concerné doit être d'une certaine ampleur, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir affecter la concurrence dans des proportions non négligeables. Bien qu'il s'agisse de faits qu'il faut évaluer au cas par cas, les lignes directrices établissent une sphère de sécurité pour les comportements impliquant des parties dont la part de marché cumulée est inférieure à 5 % et le chiffre d'affaires annuel dans l'UE à 40 millions d'euros⁸². D'une certaine manière, le critère d'appréciation est similaire au critère juridictionnel des effets substantiels.

76. Comme indiqué plus haut, les règles de compétence américaines et de l'UE incluent des critères fondés sur les effets. Certains pays sont cependant plus conservateurs lorsqu'il s'agit de l'application extraterritoriale de leur réglementation antitrust, ce qui nécessite un lien plus substantiel entre le comportement et leur territoire que de simples effets. Par exemple, la Loi sur la concurrence du Canada est muette sur la question de son application territoriale et le Code criminel canadien confère aux tribunaux une compétence à l'égard des collusions étrangères qui commettent un délit pénal au Canada. Jusqu'à présent toutefois, aucune affaire n'a donné lieu à des poursuites pénales à l'encontre d'une entente étrangère dont le seul lien avec le Canada concernait la vente de produits faisant l'objet d'une entente. Les services canadiens en charge de l'application des lois ont obtenu des plaidoyers de culpabilité de la part de producteurs étrangers de papier de télécopie, de sorbates ou de vitamines pour des infractions d'ententes totalement externes au Canada, mais qui ciblaient expressément les marchés, les prix et les consommateurs canadiens⁸³. Ils ont par ailleurs fait la même chose en ce qui concerne plusieurs entreprises japonaises impliquées dans des comportements d'entente portant sur différentes pièces automobiles (faisceaux de câblage, équipements anti-vibration et roulements)⁸⁴. Cette approche n'a toutefois pas été éprouvée devant les tribunaux canadiens et certaines incertitudes subsistent donc.

⁸⁰ Voir les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 de la Commission européenne, ci-après « Lignes directrices sur l'affectation du commerce de la CE ».

⁸¹ Voir Affaire 123/83 *BNIC* contre Clair, [1985] ECR 391, ci-après « *BNIC* ».

⁸² Voir Lignes directrices sur l'affectation du commerce de la CE, paragraphe 52.

⁸³ Voir Rowley, J. W., Low, M. D. et Wakil, O.K. (2002) « Recent Trends in the Prosecution of Cartels in Canada ».

⁸⁴ Voir plaidoyer de culpabilité du 4 avril 2013 de Furukawa Electric Co., Ltd. et plaidoyer de culpabilité du 18 avril 2013 d'Yazaki Corporation, les deux devant la Cour supérieure de l'Ontario, et les déclarations jointes d'admission de culpabilité et autres consultables sur le site Internet du Bureau de la concurrence du Canada.

77. Les règles de compétence appliquées par d'autres pays, comme l'Australie, le Japon ou la Corée, leur permettent de poursuivre les ententes internationales qui ont un effet sur leur territoire.

78. S'agissant de la Corée, l'article 2-2 de la Loi sur la réglementation des monopoles et le commerce équitable s'appliquent aux comportements survenant en dehors de Corée, pour autant qu'ils aient un impact sur le marché coréen⁸⁵. Selon l'interprétation de la Cour suprême coréenne, cette disposition requiert l'existence d'un effet direct, significatif et raisonnablement prévisible sur le marché coréen⁸⁶.

79. La Loi antimonopole japonaise (« AMA ») ne prévoit pas de disposition spécifique concernant sa portée juridictionnelle ; elle est interprétée comme s'appliquant aux comportements qui ont des effets substantiels sur le marché japonais, quel que soit le lieu où ils surviennent⁸⁷. La Commission japonaise de la concurrence (« JFTC ») a par exemple invoqué l'AMA dans l'affaire de l'entente sur les CRT, sanctionnant un comportement survenant en dehors du Japon et affectant les ventes de produits achetés par des fabricants japonais basés à l'étranger⁸⁸.

80. En ce qui concerne l'Australie, la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (« ACCC ») a engagé une action contre un certain nombre d'ententes étrangères, dont celles portant sur les tuyaux marins ou le papier fin, montrant ainsi qu'elle avait les moyens de lutter efficacement contre les comportements des ententes internationales⁸⁹. La Loi australienne sur la concurrence et la consommation de 2010 (« ACC ») lui a facilité la tâche en supprimant une obligation de l'ancien régime en vertu de laquelle le comportement concerné devait être intervenu, ou avoir eu un effet, sur un marché « en Australie » pour que l'interdiction des ententes puisse s'appliquer⁹⁰. En vertu du régime actuel, l'interdiction des ententes de l'ACC s'applique aux comportements à l'étranger d'entreprises enregistrées ou exerçant des activités en Australie, ainsi qu'aux comportements visant l'Australie ou mis en œuvre dans ce pays. L'Examen de la politique de la concurrence de l'Australie a proposé d'élargir davantage le champ d'application de l'interdiction en supprimant le critère de résidence des entreprises en

⁸⁵ Voir l'article 2-2 de la Loi coréenne sur la réglementation des monopoles et le commerce équitable, consultable à l'adresse http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Monopoly%20Regulation%20and%20Fair%20Trade%20Act_mar%2014%202012.pdf

⁸⁶ Voir Rhee, P. et Yun, S. « Korea – Cartels and Leniency 2015 » chapitre de l'International Comparative Legal Guides, consultable à l'adresse <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2015/korea>.

⁸⁷ Voir la Loi japonaise sur l'interdiction des monopoles privés et la pérennisation d'un commerce loyal (Loi n° 54 du 14 avril 1947), consultable à l'adresse http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/ et Hara, E. et Ishida, H. « Japan: Cartels » chapitre de The Asia Pacific Antitrust Review, GCR, consultable à l'adresse <http://globalcompetitionreview.com/reviews/69/sections/235/chapters/2753/>.

⁸⁸ Voir « JFTC cease and desist order of 29 March 2010 » consultable à l'adresse http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2010/mar/individual-000136.files/2010-Mar-29_1.pdf. Voir aussi « Appeals against JFTC fines for foreign CRT cartel go down the tube » article de blog du 8 juin 2015 de King & Wood Mallesons, consultable à l'adresse <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=67a9b94c-cd0b-450b-922b-ac138e694f1f>.

⁸⁹ Voir le site Internet de l'ACCC à l'adresse <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/cartels-case-studies-legal-cases>.

⁹⁰ Voir Huet, L. et Stevenson, P. « Australia: Cartels » chapitre de The Asia Pacific Antitrust Review, GCR, consultable à l'adresse <http://globalcompetitionreview.com/reviews/69/sections/235/chapters/2733/>, en particulier le commentaire intitulé *Australian Competition & Consumer Commission v Air New Zealand Ltd* [2014] FCA décision 1157.

vertu duquel l'ACC s'applique uniquement aux entreprises constituées en Australie ou exerçant leurs activités dans ce pays⁹¹.

5.3 Compétence et ententes sur des biens intermédiaires

81. Le scénario hypothétique suivant illustre des problèmes de compétence relatifs aux ententes sur des biens intermédiaires et leurs conséquences.

L'entreprise Alpha et l'entreprise Bêta sont constituées en vertu des lois d'un Pays A où elles ont des usines qui fabriquent le Composant X, pièce de matériel informatique de haute technologie utilisée pour la fabrication de produits électroniques. Alpha et Bêta concluent une entente pour augmenter les prix du Composant X qui est vendu à des assembleurs de produits finis. Ces assembleurs sont constitués en vertu des lois d'un Pays B où ils ont des usines qui intègrent le Composant X dans des produits finis électroniques qu'ils vendent dans un Pays C.

Une partie ou la totalité de la surfacturation anticoncurrentielle du Composant X est répercutée par les assembleurs sur les acheteurs de produits finis dans le Pays C. Alpha et Bêta savent que le Composant X est intégré dans des produits finis vendus dans le Pays C, et Alpha et Bêta évaluent ensemble la situation du marché et suivent les ventes des produits finis dans le Pays C.

82. Dans le cadre de ce scénario, il y a trois pays dont la compétence pourrait s'exercer concernant l'accord de prix entre les entreprises Alpha et Bêta.

83. Premièrement, le Pays A – en vertu des lois duquel les deux entreprises ont été constituées et dans lequel elles fabriquent le produit faisant l'objet d'une entente, le Composant X. Dans la mesure où ce produit est vendu à des assembleurs de produits dans le Pays B et en prenant pour hypothèse que l'accord n'a pas d'effets secondaires sur le marché du Pays A (parce qu'il contient une disposition limitant les réimportations, par exemple), l'entente est purement une entente à l'exportation. Par conséquent, si le Pays A prévoit, comme la plupart des pays du monde, une dispense implicite ou explicite pour les ententes à l'exportation, il n'aurait pas compétence sur le comportement d'entente dans cet exemple.

84. Deuxièmement, le Pays B – où sont situés les clients directs de l'entente et dans lequel le Composant X est intégré dans les produits finis électroniques. Du point de vue de ce pays, l'entente est purement une entente à l'importation. Les membres de l'entente sont basés à l'étranger, l'entente a été conclue à l'étranger, mais le produit faisant l'objet de l'entente est importé sur son territoire et acheté par des clients situés dans celui-ci. Le comportement visait à produire des effets sur le territoire du Pays B et a été mis en œuvre dans celui-ci du fait d'importations directes. De ce fait, il est plus que probable que le comportement serait couvert par la réglementation de la concurrence de la plupart des pays, qu'ils appliquent ou non le critère de compétence fondé sur les effets, sur la mise en œuvre ou sur des variantes des deux⁹².

85. Enfin, le Pays C – où le produit final est vendu. Le prix de ce produit intègre tout ou partie de la surfacturation de l'entente du fait de sa répercussion par les assembleurs. Le produit issu de l'entente ne fait pas l'objet d'importations directes dans le Pays C et, de ce fait, si la compétence de celui-ci sur des comportements à l'étranger nécessite qu'il y ait un impact sur le commerce à l'importation, il n'est alors pas en mesure de poursuivre l'entente. De même, si le Pays C s'appuie sur la doctrine de la mise en œuvre, il

⁹¹ Voir Australian Competition Policy Review, Final Report of 31 March 2015, part 4: Competition Laws, consultable à l'adresse <http://competitionpolicyreview.gov.au/final-report/>.

⁹² Sous réserve, évidemment, que les autres composantes du critère de compétence pertinent, comme le « caractère substantiel » ou le « caractère sensible » des effets soient satisfaites.

pourrait ne pas pouvoir poursuivre l'entente étant donné que l'on peut considérer que la mise en œuvre survient dans le Pays B où le produit a été initialement vendu par les membres de l'entente.

86. Le comportement a sans aucun doute des effets dans le Pays C, du fait du prix plus élevé du produit final. De plus, les membres de l'entente savent que le composant faisant l'objet de l'entente est vendu dans le Pays C car intégré dans le produit fini, et ils suivent ses ventes et évaluent ensemble la situation du marché à ce niveau. Ces facteurs peuvent suffire pour donner compétence au Pays C si le critère est fondé sur les « effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles », auquel cas le Pays C pourrait être en mesure de poursuivre l'entente⁹³. D'autres facteurs reliant le comportement au Pays C peuvent contribuer davantage à établir l'existence des effets « directs » nécessaires, comme : (i) la présence des membres de l'entente lors des négociations du prix du produit fini avec les clients dans le Pays C, (ii) le fait que les assembleurs soient des filiales à 100 % des acheteurs du produit fini dans le Pays C, et (iii) la participation aux réunions de l'entente dans le Pays C⁹⁴.

87. S'agissant d'exemples réels d'ententes internationales portant sur des biens intermédiaires, les des autorités de la concurrence se sont jusqu'à présent saisies des affaires qui concernaient au moins certaines importations directes de produits faisant l'objet d'une entente dans leur territoire, lesquelles ont servi de point d'ancrage juridictionnel.

88. Aux États-Unis, l'ensemble des affaires portant sur des composants électroniques poursuivies par le DOJ ont jusqu'à présent au moins concerné certaines ventes de composants dans le pays. Il en est de même pour les affaires portant sur des pièces automobiles. Pareillement, les affaires relatives à des biens intermédiaires saisies par la Commission européenne dans les secteurs de l'électronique et de l'automobile ont au moins concerné certaines ventes intra-UE. Dans ce contexte, il convient de noter que la Commission européenne a considéré que le concept de ventes dans l'UE englobait à la fois (i) les ventes sur la base du lieu de livraison du produit faisant l'objet de l'entente, et (ii) les ventes sur la base de la facturation, même si le bien est au final livré en dehors de l'UE⁹⁵. D'autres pays qui ont instruit des affaires récentes d'ententes sur des biens intermédiaires impliquant les secteurs des pièces automobiles et de l'électronique, comme le Japon, la Corée, le Canada ou la Hongrie, ont également pu invoquer le critère d'importation directe pour justifier leur compétence⁹⁶.

⁹³ Comparer l'exemple B des US International Enforcement Guidelines, qui est analogue à cet exemple à ceci près qu'il ne concerne pas un bien intermédiaire (*Voir* US International Enforcement Guidelines). Dans ce contexte, voir également l'arrêt dans l'affaire *BNIC*.

⁹⁴ *Voir* les commentaires relatifs aux arrêts dans l'affaire *Hsiung* ci-dessous.

⁹⁵ Le critère de livraison a été invoqué dans les décisions des affaires portant sur les LCD ou les tubes cathodiques pour téléviseurs et écrans d'ordinateurs, tandis que le critère de facturation a été utilisé pour l'affaire Intel et l'affaire portant sur les tuyaux marins (*Voir* Résumé de la décision de la Commission du 8 décembre 2010 dans l'Affaire COMP/39.309 — LCD consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1007\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1007(01)&from=FR); Résumé de la décision de la Commission du 5 décembre 2012 dans l'Affaire COMP/39.437 – Tubes cathodiques pour téléviseurs et écrans d'ordinateurs, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1019\(02\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1019(02)&from=FR); Résumé de la décision de la Commission du 13 mai 2009 dans l'Affaire COMP/37.990 – Intel, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922(02)&from=EN); Résumé de la décision de la Commission du 28 janvier 2009 dans l'Affaire COMP/39.406 – Tuyaux marins, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0721\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0721(01)&from=FR).

⁹⁶ *Voir* les communiqués de presse et les plaidoyers/décisions négociés sur les sites Internet : JFTC, KFTC, Bureau canadien de la concurrence et Autorité hongroise de la concurrence.

89. Aucune affaire n'a semble-t-il eu lieu dans laquelle une autorité de la concurrence a poursuivi une entente sur des biens intermédiaires en l'absence d'importations directes sur son territoire⁹⁷. Comme indiqué plus haut, les États-Unis, l'UE, l'Australie, le Japon, la Corée et d'autres pays devraient pouvoir poursuivre une entente de ce type en s'appuyant sur certains critères de compétence fondés sur les effets, en particulier si cette entente présente certains des critères susmentionnés comme éléments de preuve de l'effet direct requis.

90. Les récentes décisions de la Cour d'appel de la neuvième circonscription des États-Unis dans l'affaire *Hsiung*, relative à la poursuite d'AU Optronics, sa filiale américaine, et de deux de ses dirigeants dans l'entente sur les écrans TFT-LCD, sont tout à fait significatives à cet égard. Elles semblent en effet ouvrir la voie à l'établissement d'une compétence même en l'absence d'importations directes⁹⁸. La Cour d'appel de la septième circonscription des États-Unis a adopté une ligne similaire dans l'affaire *Motorola Mobility*, qui est une affaire de dommages et intérêts liée à l'entente sur les écrans TFT-LCD⁹⁹.

91. Dans l'affaire *Hsiung*, la poursuite pénale se fondait sur les effets sur les importations (l'entente réalisant des ventes directes d'écrans servant de composants aux États-Unis) et sur les effets sur le commerce américain (du fait d'importations des produits finis qui intégraient les écrans faisant l'objet de l'entente). Le tribunal a considéré ces deux types d'effets comme deux motifs indépendants d'exercice de sa compétence, et en ce qui concerne le critère d'effets intérieurs, il a considéré qu'il y avait un effet « *direct, substantiel et raisonnablement prévisible* » sur le commerce américain. Différents facteurs reliaient l'entente étrangère aux États-Unis, ce qui a permis au tribunal de confirmer que les éléments de preuve « *soulignaient le lien direct, étroit et intégré entre l'achat d'écrans à prix fixé, les États-Unis comme pays de destination des produits et la hausse résultante des prix des produits finis importés aux États-Unis* »¹⁰⁰.

92. En ce qui concerne l'impact de ces décisions dans d'autres pays, l'analyse des tribunaux américains des « effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles » des ententes portant sur des biens intermédiaires est très instructive et pourrait inspirer les services en charge de l'application des lois et les tribunaux qui appliquent ce critère de compétence.

⁹⁷ À l'exception éventuelle du Japon dans l'affaire de l'entente sur les CRT, qui concernait des ventes à des usines de fabrication japonaises basées à l'étranger, dans la mesure où le produit final était en définitive vendu au Japon. Les documents accessibles au public n'indiquent pas clairement si cette approche ne concernait pas uniquement certains des défendeurs bien que l'entente puisse globalement avoir réalisé certaines ventes directes au Japon. Voir note de bas de page 88 ci-dessus.

⁹⁸ United States v. Hsiung, n° 12-10492, 2015 U.S. App. LEXIS 1590 (9th Cir. Jan. 30, 2015), ci-après « *Hsiung* ».

⁹⁹ Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp., 773 F.3d 826 (7th Cir. 2014), amended, Jan. 12, 2015, ECF No. 148, petition for reh'g en banc denied, Jan. 12, 2015, ECF No. 147.

¹⁰⁰ Différents accords existaient concernant l'intégration des écrans dans les produits finis. Par exemple, Dell avait une usine en Malaisie dont 100 % des produits étaient destinés au marché américain. Dans d'autres cas, les assembleurs étrangers de systèmes achetaient les écrans pour les intégrer dans des produits finis, souvent sous la supervision directe des fabricants américains pour la tarification des écrans TFT-LCD. Parfois encore, la branche chargée des produits mondiaux d'une entreprise américaine achetait directement les écrans auprès d'un membre de l'entente puis les vendait aux intégrateurs de systèmes. Il était courant que les commandes passées aux assembleurs de systèmes le soient en fonction de commandes personnalisées des clients américains pour leur être directement livrées. Voir l'affaire *Hsiung*.

5.4 *Problèmes de poursuite et de sanction*

93. Ces commentaires sur la compétence illustrent les problèmes complexes qui surviennent concernant les ententes internationales sur des biens intermédiaires. Comme l'exemple hypothétique susmentionné le montre, le comportement d'entente concerné peut soit éviter la sanction, soit être couvert par la réglementation de la concurrence de plusieurs juridictions. La première éventualité est loin d'être optimale, en particulier si elle résulte d'une exonération – par le Pays A – de sanctions pour les ententes à l'exportation et de l'absence – dans les Pays B et C – de règles nécessaires pour leur application efficace. La seconde éventualité, dans laquelle plusieurs pays peuvent exercer leur compétence, présente ses propres problèmes spécifiques.

94. Bon nombre de ces problèmes surviennent s'agissant de tous types d'ententes internationales. Ils concernent, par exemple, le besoin de coordination entre les autorités en charge de l'application des lois lorsqu'elles ont affaire à des défendeurs ou des éléments de preuve situés à l'étranger, ou des interactions entre les régimes de clémence de différentes juridictions. Ces problèmes ont pour la plupart déjà été étudiés lors de précédentes tables rondes et il convient donc de se reporter aux documents pertinents¹⁰¹.

95. Certains problèmes sont toutefois spécifiques aux ententes sur des biens intermédiaires du fait de la nature intermédiaire du produit faisant l'objet de l'entente. Ils concernent en particulier le calcul de l'amende à infliger aux entreprises participant à l'entente ainsi que la question de savoir si l'amende doit prendre en compte les sanctions imposées par d'autres juridictions.

5.5 *Calcul des amendes*

96. Lorsqu'ils fixent les amendes, les pays s'intéressent généralement au chiffre d'affaires des entreprises concernées. Nombre d'entre eux regardent en particulier le chiffre d'affaires spécifiquement généré par le produit issu de l'entente pendant la période d'infraction, que ce soit en termes de montant des ventes, de volume négocié ou autrement. D'autres pays s'intéressent aux gains ou aux profits de l'entente¹⁰². Ces différentes approches et leur interaction mutuelle peuvent générer des problèmes lorsqu'il s'agit de la saisie d'ententes portant sur des biens intermédiaires. Ces problèmes peuvent à nouveau être illustrés par le scénario hypothétique d'une entente relative à un composant fabriqué dans le Pays A, importé dans le Pays B et intégré dans un produit final qui est vendu dans le Pays C.

97. Pour le Pays A, l'entente est purement une entente à l'exportation, sans ventes sur son territoire. Toutefois, si la compétence du Pays A couvre les ententes à l'exportation, il peut prétendre à une prise en compte des ventes à l'exportation dans le calcul de l'amende. Cela ne présenterait aucune difficulté si le Pays A fonde ses amendes sur le chiffre d'affaires total des entreprises impliquées ou sur les profits générés par l'entente, dans la mesure où elles ne sont pas liées à son territoire.

¹⁰¹ Voir OCDE (2012) Improving international co-operation in cartel investigations ; OCDE (2012) Leniency for subsequent applicants; ICN Anti-Cartel Enforcement Manual - Chapter on International Cooperation and Information Sharing, consultable à l'adresse http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf.

¹⁰² Voir ICN Setting of Fines for Cartels n ICN Jurisdictions, Rapport à l'intention de la 7^{ème} Conférence annuelle de Kyoto, avril 2008, consultable à l'adresse <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf> ; Voir également Note de présentation du Secrétariat de l'OCDE et d'autres documents transmis pour la Session I (Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence) du Forum latino-américain sur la concurrence, 3-4 septembre 2013, Lima, Pérou, consultable à l'adresse <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2013-latin-american-competition-forum.htm>.

98. En ce qui concerne le Pays B, dans lequel le produit issu de l'entente est importé, il ne devrait en principe pas y avoir de problème, que la politique de sanction soit fondée sur le chiffre d'affaires, les ventes concernées ou les profits, dans la mesure où ces trois éléments peuvent être retenus dans cette situation.

99. S'agissant du Pays C, dans lequel le produit fini est vendu, la situation est simple si les amendes sont évaluées sur la base du chiffre d'affaires total des entreprises ou sur les gains générés par l'entente. Les choses se compliquent toutefois si le chiffre d'affaires spécifiquement généré par le produit faisant l'objet de l'entente sert de base au calcul de l'amende. Dans la mesure où le produit issu de l'entente ne fait pas l'objet de ventes directes sur son territoire, le Pays C devrait alors trouver un critère de substitution approprié ou prendre en compte autrement le comportement dans le calcul de sa sanction. Il pourrait prendre le pourcentage du composant issu de l'entente dans le prix du produit fini en se fondant sur la valeur des achats des assembleurs (afin d'exclure leur marge du calcul).

100. Cet exemple hypothétique montre que les ententes internationales portant sur des biens intermédiaires posent des difficultés spécifiques lorsque les pays déterminent les amendes en se fondant sur les ventes de biens issus d'une entente sur le territoire. Dans certains cas, le produit faisant l'objet de l'entente n'est vendu (lorsqu'il l'est) dans le territoire concerné qu'en tant que composant du produit final, du moins en ce qui concerne certains membres de l'entente. Dans de telles situations, les autorités de la concurrence doivent trouver des solutions appropriées pour évaluer les amendes et dans les affaires jugées jusqu'à présent, elles l'ont fait en s'appuyant sur des critères de substitution appropriés ou en augmentant les amendes de façon discrétionnaire¹⁰³.

101. Par exemple, la Commission européenne a fondé ses décisions contre les ententes sur les LCD et les tubes cathodiques pour téléviseurs et écrans d'ordinateurs sur le concept de « ventes par le biais de produits transformés ». Dans ces affaires, la Commission européenne a classé les ventes d'ententes comme suit : (i) ventes directes – qui couvraient les ventes directes de composants issus d'ententes à des clients dans l'Espace économique européen (EEE), (ii) ventes directes par le biais de produits transformés – qui couvraient les ventes dans l'EEE de composants issus d'ententes intégrés dans des produits finis par un membre de l'entente intégré verticalement qui a assemblé les produits finis en dehors de l'EEE¹⁰⁴, et (iii) ventes indirectes – qui couvraient les ventes d'écrans LCD à un tiers en dehors de l'EEE, lequel intégrait ensuite les écrans dans des produits finis qu'il vendait dans l'EEE. Lorsqu'elle a déterminé les amendes, la Commission a pris en compte à la fois les ventes directes dans l'EEE et les ventes directes par le biais de produits transformés. Elle a exclu les ventes indirectes dans la mesure où l'amende était assez dissuasive, mais en se réservant le droit de les prendre en compte dans des affaires appropriées.

102. Des problèmes similaires sont survenus s'agissant des enquêtes sur les pièces automobiles aux États-Unis où le DOJ s'est intéressé à trois catégories de commerce et s'est fondé sur deux d'entre elles pour déterminer la fourchette d'amende appropriée conformément aux U.S. Sentencing Guidelines (lignes directrices américaines sur la détermination de la peine). La première catégorie concernait les pièces fabriquées à l'étranger, mais vendues aux États-Unis pour être intégrées dans des voitures fabriquées ou vendues dans ce pays. La deuxième catégorie concernait les pièces automobiles effectivement fabriquées aux États-Unis et vendues à des constructeurs automobiles américains. Ces deux catégories ont été utilisées pour

¹⁰³ Voir par exemple l'approche de la Commission européenne dans l'affaire des faisceaux de câblage concernant Furukuawa (Résumé de la décision de la Commission européenne du 10 juillet 2013 dans l'Affaire At.39748 – Faisceaux de fils électriques automobiles, paragraphe 133, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0928\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0928(01)&from=FR)).

¹⁰⁴ Les ventes internes avaient lieu à des prix affectés par l'entente et les membres de celle-ci savaient que le prix des écrans faisant l'objet de l'entente influait sur le prix des produits finis dans lesquels ils étaient intégrés.

calculer le volume de commerce affecté et, au final, la fourchette d'amendes. La troisième catégorie concernait la vente de pièces automobiles fabriquées et vendues à l'étranger, mais intégrées dans des voitures sur les chaînes d'assemblage qui étaient destinées aux États-Unis. Si le DOJ n'a pas pris en compte ces ventes lorsqu'il a déterminé le volume du commerce affecté pour établir la fourchette d'amendes conformément aux U.S. Sentencing Guidelines, il les a néanmoins considérées comme un facteur pour déterminer le niveau de l'amende à appliquer dans cette fourchette ou, le cas échéant, pour réduire la sanction afin de tenir compte de la coopération du défendeur. Le DOJ a considéré que l'exclusion totale de cette catégorie de commerce aurait minimisé la gravité du délit et l'impact de ce comportement aux États-Unis¹⁰⁵.

103. Alors que les enquêtes du DOJ sur les pièces automobiles conclues jusqu'à présent l'ont toutes été par des plaidoyers négociés, l'approche de la Commission européenne a été contestée mais finalement confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Innolux*. Dans le cadre de celle-ci, la CJUE a refusé de statuer sur la base de considérations juridictionnelles et s'est plutôt intéressée au fait que les ventes par le biais de produits transformés étaient en réalité des ventes internes d'une entreprise intégrée verticalement, ce qui, conformément à sa décision antérieure dans l'affaire *Guardian*, doit être pris en compte lorsque l'on détermine les amendes « dans la mesure où elles ont été inévitablement affectées » par l'entente et parce que procéder différemment aurait conféré un avantage indu aux entreprises intégrées verticalement¹⁰⁶. De plus, les membres de l'entente savaient que le prix des écrans LCD faisant l'objet de l'entente influait sur le prix des produits finis dans lesquels ils étaient intégrés. Le fait que la première vente d'un produit issu d'une entente ait eu lieu en dehors de l'EEE a été considéré comme non pertinent dans la mesure où il s'agissait d'un transfert intra-groupe entre le membre de l'entente et sa filiale. La CJUE a plutôt considéré que l'élément déterminant était la première vente d'un produit issu d'une entente à un tiers indépendant dans l'EEE. De ce fait, la CJUE s'est effectivement intéressée aux ventes par le biais de produits transformés de la même manière qu'elle l'aurait fait pour des ventes internes à l'intérieur de l'UE (ventes par des entreprises intégrées verticalement dans l'UE), ce qui lui a permis de statuer dans l'affaire *Guardian* et d'éviter les questions de territorialité et de compétence.

104. La CJUE n'avait pas à s'intéresser à celles-ci dans la mesure où la question des ventes purement indirectes, qui les auraient suscitées, n'était pas soulevée (la Commission européenne ayant exclu les ventes indirectes du calcul de l'amende). Comme le DOJ, la Commission européenne a établi sa capacité à se fonder sur celles-ci dans des affaires appropriées¹⁰⁷, et le DOJ a pris ces ventes en considération pour calculer les amendes dans l'affaire Hsiung commentée ci-dessus. Considérant la possibilité de tenir compte

¹⁰⁵ Voir The GCR Cartel Roundtable moderated by Niall Lynch during the ABA/IBA International Cartel Workshop in Vancouver, British Columbia, GLOBAL COMPETITION REVIEW (2012) Volume 15 Issue 4 et Duke, B.W. (2013) « The Indirect Bump: Indirect Commerce and Corporate Cartel Plea Agreements » Printemps 2013, ABA Young Lawyer Division Antitrust Law Committee Newsletter, consultable à l'adresse <http://cdn2.winston.com/images/content/6/4/v2/64609/THE-INDIRECT-BUMP.pdf>, ci-après « Duke, B.W. (2013) ».

¹⁰⁶ Affaire C-231/14 P *InnoLux Corp. contre Commission européenne*, ci-après « *Innolux* ». Comparer également l'Affaire C-580/12 P *Guardian Industries et Guardian Europe Sàrl contre Commission européenne*, EU:C:2014:2363, ci-après « *Guardian* ».

¹⁰⁷ Voir Résumé de la décision de la Commission européenne du 13 mai 2009 dans l'Affaire COMP/37.990 – Intel, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922(02)&from=EN); Résumé de la décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010 dans l'Affaire COMP/39.309 – LCD, consultable à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1007\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1007(01)&from=FR). En ce qui concerne le DOJ aux États-Unis, voir the GCR Cartel Roundtable moderated by Niall Lynch during the ABA/IBA International Cartel Workshop in Vancouver, British Columbia, GLOBAL COMPETITION REVIEW (2012) Volume 15 Issue 4 et Duke, B.W. (2013).

des ventes indirectes, la décision de la CJUE dans l'affaire *Innolux* utilise une formulation potentiellement favorable : « *la notion de valeur des ventes ... englobe les ventes réalisées sur le marché concerné par l'infraction dans l'EEE, sans qu'il importe de déterminer si ces ventes ont été **réellement** affectées par cette infraction* » [mis en gras par l'auteur]¹⁰⁸.

105. Si une autorité de la concurrence décidait de tenir compte des ventes indirectes pour calculer les amendes, la question se poserait alors de savoir comment obtenir les données pertinentes.

106. Si les ventes sont totalement indirectes par nature (lorsque que le composant issu de l'entente est produit et vendu à l'étranger à un tiers qui l'intègre ultérieurement dans un produit fini importé sur le territoire de la juridiction concernée), alors les données nécessaires pour l'évaluation des ventes indirectes sont en possession du fabricant du produit fini. Même si l'on pouvait obtenir ces données, la partie concernée par la procédure (les producteurs du composant issu de l'entente) pourrait ne pas être à même de vérifier l'exactitude de ces chiffres, ce qui soulèverait des problèmes de droits de la défense et de procédure. Ces problèmes pratiques relatifs à la prise en compte des ventes indirectes ont peut-être joué un rôle dans le fait que les autorités de la concurrence ne se sont jusqu'à présent pas directement fondées sur les ventes indirectes.

5.6 Amendes dans le contexte de procédures parallèles dans différentes juridictions

107. Outre les problèmes liés à la détermination de l'amende elle-même, les ententes sur des biens intermédiaires posent également des problèmes concernant les amendes parallèles infligées par différentes juridictions. Le renforcement des procédures d'application des lois au niveau mondial a entraîné une augmentation du nombre d'autorités susceptibles de poursuivre une entente, ce qui peut conduire à l'imposition en parallèle de sanctions éventuellement significatives. Le problème de double incrimination a fait l'objet de nombreux débats ces dernières années et apparaît particulièrement pertinent s'agissant des ententes portant sur des biens intermédiaires.

108. Reprenons l'exemple hypothétique commenté plus haut. Supposons que le Pays B et le Pays C enquêtent sur l'entente, s'ils se fondent tous les deux sur la valeur des ventes concernées de l'entente pour calculer leurs amendes, il en résulte qu'une vente unique peut être sanctionnée deux fois : une fois par le Pays B (comme vente directe à l'importation) et une seconde fois par le Pays C (comme vente par le biais de produits transformés). Ce double comptage peut entraîner une double incrimination, comme le requérant s'en est plaint devant la CJUE dans l'affaire *Innolux*.

109. Les règles de double incrimination (*non bis in idem*) sont généralement interprétées au sens strict. Selon la jurisprudence des tribunaux de l'UE, le critère de double incrimination repose sur trois éléments : i) les mêmes faits, (ii) le même contrevenant, et (iii) l'unité des intérêts juridiques à protéger¹⁰⁹. Dans l'affaire des *électrodes en graphite* – affaire dans laquelle il n'y avait aucune vente indirecte – le CJUE a rejeté la plainte selon laquelle la Commission avait enfreint le principe de *non bis in idem* en ne tenant pas compte des amendes infligées aux États-Unis car il n'y avait pas d'unité des intérêts juridiques à protéger (les amendes de l'UE sanctionnant l'impact des ententes dans l'UE)¹¹⁰. Dans l'affaire *Innolux*, dans laquelle les mêmes ventes pouvaient éventuellement être prises en compte par la Commission et une autre

¹⁰⁸ Voir *Innolux*, paragraphe 51.

¹⁰⁹ Voir Affaires jointes C-204/00 P, etc *Aalborg Portland et autres contre Commission des Communautés européennes* [2004] ECR I-123, paragraphes 338-340.

¹¹⁰ *Showa Denko contre Commission des Communautés européennes*, C-289/04 P, EU:C:2006:431, paragraphes 52 à 58 ; *SGL Carbon contre Commission des Communautés européennes*, C-308/04 P, EU:C:2006:433, paragraphes 28-34 et *SGL Carbon contre Commission des Communautés européennes*, C-328/05 P, EU:C:2007:277, paragraphes 24-35.

autorité, la CJUE a adopté la même ligne et indiqué que « *ni le principe non bis in idem ni aucun autre principe de droit n'est susceptible d'obliger la Commission à tenir compte des poursuites et des sanctions dont fait l'objet une entreprise dans des États tiers* »¹¹¹. Par conséquent, la possibilité de se fonder sur la double incrimination dans les affaires d'entente portant sur des biens intermédiaires semble limitée, tout du moins dans l'UE.

110. Alors que les autorités de la concurrence ne sauraient être contraintes par leurs règles de compétence de prendre en compte des amendes imposées dans d'autres juridictions, elles peuvent toutefois le faire volontairement. Par exemple, selon le Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder des États-Unis, les situations de double comptage sont rares, mais le DOJ tiendra parfois compte des amendes infligées par d'autres juridictions¹¹². Dans l'affaire de l'entente sur le transport de fret, le DOJ a semble-t-il réduit de 10 % les amendes de certains défendeurs afin de tenir compte des amendes précédemment payées par les entreprises au Japon¹¹³. L'exclusion, par l'UE, des ventes indirectes d'écrans LCD de téléviseurs et d'ordinateurs peut également être interprétée comme une abstention volontaire d'inclure des ventes sensément prises en compte par d'autres juridictions. Le Bureau de la concurrence du Canada semble aussi tenir compte d'éventuels problèmes de double comptage lorsqu'il détermine ses amendes¹¹⁴.

111. Pour conclure, les juridictions semblent disposer d'une certaine marge de manœuvre pour prendre en compte les sanctions d'autres juridictions, tout en appliquant une politique de sanction adéquate afin de conserver un pouvoir de dissuasion approprié. Pour ce faire, des discussions peuvent être nécessaires entre les autorités concernées sur des affaires parallèles en cours, lesquelles discussions semblent possibles compte tenu des cadres de coopération existants¹¹⁵.

6. Conclusions

112. Le présent document avait deux principaux objectifs. Premièrement, découvrir si les ententes portant sur des biens intermédiaires présentent des caractéristiques spécifiques par rapport aux ententes sur des biens finaux. Deuxièmement, mettre en évidence et commenter certains des problèmes que les ententes portant sur des biens intermédiaires posent aux services en charge de l'application des lois en matière d'enquête, de poursuite et de sanction.

113. En ce qui concerne le premier objectif, la recherche empirique indique que les ententes sont sans doute plus fréquentes sur les marchés de biens finaux que sur les marchés de biens intermédiaires. Cette

¹¹¹ Voir *Inmolux*, paragraphe 75.

¹¹² Voir le rapport Mlex « Double-counting' of cartel penalties rare, DOJ official says », MLEX IN WASHINGTON: Rapport de la 63^{ème} réunion de printemps ABA Antitrust Law (2015), consultable à l'adresse <http://mlexmarketinsight.com/wp-content/uploads/2015/04/MLex-ABA-Coverage-Book-20153.pdf>.

¹¹³ Voir Tween, D. et Murray, G. (2014) « Death by 1,000 fines: is there a way to stop the bleeding? » Baker & McKenzie publication, consultable à l'adresse <http://www.bakermckenzie.com/ArNADeath1000FinesMar14/>.

¹¹⁴ Voir The GCR Cartel Roundtable moderated by Niall Lynch during the ABA/IBA International Cartel Workshop in Vancouver, British Columbia, GLOBAL COMPETITION REVIEW (2012) Volume 15 Issue 4.

¹¹⁵ Voir OCDE (2014), Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence ; OCDE (2012) Improving international co-operation in cartel investigations ; ICN Anti-Cartel Enforcement Manual - Chapter on International Cooperation and Information Sharing, consultable à l'adresse http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf.

situation peut être expliquée par les caractéristiques structurelles communes aux marchés de biens finaux, comme la transparence des prix et l'absence de pouvoir d'achat, qui facilitent la formation et la pérennité des ententes. La recherche empirique révèle également que les ententes portant sur des biens intermédiaires sont en moyenne plus stables, plus difficiles à détecter d'office et d'une portée géographique souvent plus large que les ententes sur des biens finaux.

114. Concernant le deuxième objectif, les ententes sur des biens intermédiaires posent des problèmes spécifiques en matière d'application des lois, en particulier s'agissant des questions de compétence et de calcul des amendes, en raison de leur portée internationale et de la nature intermédiaire des produits concernés. Il ne peut y avoir de ventes directes d'un produit faisant l'objet d'une entente, mais uniquement des ventes du produit final qui l'intègre dans un pays, ce qui peut poser un problème de compétence pour faire appliquer les lois. En outre, il peut être compliqué de trouver des éléments de preuve, de calculer et d'infliger des amendes tout en évitant le problème du double comptage, et cela dépend de la capacité des autorités de la concurrence à coopérer.

PRINCIPALES RÉFÉRENCES

Australian Competition Policy Review, Final Report of 31 March 2015, part 4: Competition Laws, consultable à l'adresse <http://competitionpolicyreview.gov.au/final-report/>.

Autorité de la Concurrence, Décision 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/user/standard.php?id_rub=417&id_article=1822.

Ali-Yrkkö, J. et Rouvinen, P. (2015) « Slicing Up Global Value Chains: a Micro View », *Journal of Industry, Competition and Trade*, mars 2015, Volume 15, Issue 1, pp 69-85.

Ali-Yrkkö, J, Foster, N., Hanzl-Weiss, H., Rouvinen, P., Seppälä, T., Stehrer, R., Stöllinger, R. et Ylä-Anttila, P. (2011) « Trade in intermediate products and EU manufacturing supply chains ». Institut viennois des études économiques internationales, Vienne, Rapports de recherche de l'Institut viennois d'études économiques internationales (369).

Born, G.B. *INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS*, Kluwer Law International (1996).

Bureau canadien de la concurrence, Plaidoyer de culpabilité du 4 avril 2013 de Furukawa Electric Co., Ltd. devant la Cour supérieure de l'Ontario et les déclarations jointes d'admission de culpabilité consultables sur le site Internet du Bureau canadien de la concurrence.

Bureau canadien de la concurrence, Plaidoyer de culpabilité du 18 avril 2013 de Yazaki Corporation devant la Cour supérieure de l'Ontario et les déclarations jointes d'admission de culpabilité consultables sur le site Internet du Bureau canadien de la concurrence.

Connor, J.M., base de données Private International Cartels (PIC) du Professeur John M. Connor, Purdue University, Indiana, USA. Ce document utilise les données de l'édition 2015 de la base de données, 2015.

De Backer, K. et S. Miroudot (2013), « Mapping Global Value Chains », *Documents OCDE sur la politique commerciale*, n° 159, Éditions OCDE, Paris. DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/5k3v1trgnbr4-en>, 2013.

Dedrick, J. et Kraemer, K.L. (2002) « Globalization of the personal computer industry: trends and implications. » Center for Research on Information Technology and Organizations, Université de Californie, Irvine.

Dedrick, J., Kraemer, K.L. et Linden, G. (2008). « Who Profits from Innovation in Global Value Chains? A Study of the iPod and notebook PCs. » Document présenté lors de la Conférence annuelle Sloan Industry Studies, Boston, MA.

Duke, B.W. « The Indirect Bump: Indirect Commerce and Corporate Cartel Plea Agreements » ABA Young Lawyer Division Antitrust Law Committee Newsletter (Printemps 2013), consultable à l'adresse <http://cdn2.winston.com/images/content/6/4/v2/64609/THE-INDIRECT-BUMP.pdf>.

Résumé de la décision de la Commission européenne du 13 mai 2009 dans l’Affaire COMP/37.990 – Intel, consultable à l’adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922(02)&from=EN)

Résumé de la décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010 dans l’Affaire COMP/39.309 – LCD, consultable à l’adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1007\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1007(01)&from=FR)

Résumé de la décision de la Commission européenne du 28 janvier 2009 dans l’Affaire COMP/39.406 – Tuyaux marins, consultable à l’adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0721\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0721(01)&from=FR)

Résumé de la décision de la Commission européenne du 5 décembre 2012 dans l’Affaire COMP/39.437 – Écrans de téléviseurs et d’ordinateurs, consultable à l’adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1019\(02\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1019(02)&from=FR)

Résumé de la décision de la Commission européenne du 10 juillet 2013 dans l’Affaire At.39748 – Faisceaux de fils électriques automobiles, consultable à l’adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0928\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0928(01)&from=FR)

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 0043 – 0053.

Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d’affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité [Journal officiel n° C 101 du 27.4.2004], p. 81-96.

Union européenne, version consolidée du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012, p. 1, article 101.

Faull, J. et Nikpay, A. *The EU Law of Competition* (3^{ème} édition), OUP (2014).

Fugate, W. L. *FOREIGN COMMERCE and the ANTITRUST LAWS* (5^{ème} édition), Aspen Publishers (1996).

GCR, The GCR Cartel Roundtable animée par Niall Lynch durant le séminaire ABA/IBA International Cartel de Vancouver, Colombie Britannique, *GLOBAL COMPETITION REVIEW* (2012) Volume 15 Issue 4.

GCR, *The European Antitrust Review – Austria, 2015*, consultable à l’adresse <http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/240/chapters/2901/austria-federal-competition-authority/>.

Gereffi, G. et Fernandez-Stark, K. (2011), « Global value chain analysis: a primer. » Durham, NC: Center on Globalization, Governance & Competitiveness (CGGC), Duke University. Consultable à l’adresse http://www.cggc.duke.edu/pdfs/2011-05-31_GVC_analysis_a_primer.pdf.

Office fédéral allemand des cartels, Communiqué de presse du 19 février 2013, l’Office fédéral des cartels clôt la procédure contre des minoteries et impose des amendes d’un montant total supérieur à 65 millions d’euros, consultable à l’adresse

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/19_02_2013_M%C3%BChlenkartell.html.

Grobovsek, J. Development accounting with intermediate goods (2012).

Grossman, P.Z. How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion. Cheltenham, UK; Northampton, MA ; 2004.

Grossman, G.M. et Rossi-Hansberg, E. (2012) « Task Trade between Similar Countries. » *Econometrica*, Vol. 80, n° 2 (mars, 2012), 593–629.

Hara, E. et Ishida, H. « Japan: Cartels » chapitre dans *The Asia Pacific Antitrust Review*, GCR, consultable à l'adresse <http://globalcompetitionreview.com/reviews/69/sections/235/chapters/2753/>.

Huet, L. et Stevenson, P. « Australia: Cartels » chapitre dans *The Asia Pacific Antitrust Review*, GCR, consultable à l'adresse <http://globalcompetitionreview.com/reviews/69/sections/235/chapters/2733/>.

ICN, International Competition Network's Member Directory, consultable à l'adresse <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx>.

ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual - Chapter on International Cooperation and Information Sharing, consultable à l'adresse http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf.

ICN, Setting of Fines for Cartels n ICN Jurisdictions, Rapport de la 7^{ème} conférence annuelle de Kyoto, avril 2008, consultable à l'adresse <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>;

Loi japonaise sur l'interdiction des monopoles privés et la pérennisation d'un commerce loyal (Loi n° 54 du 14 avril 1947), consultable à l'adresse http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/.

Ordonnance de cessation et d'abstention JFTC du 29 mars 2010 consultable à l'adresse http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2010/mar/individual-000136.files/2010-Mar-29_1.pdf.

Jenny, F. « Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective » in *TRADE, COMPETITION, AND THE PRICING OF COMMODITIES*, p. 99, Simon J. Evenett et Frédéric Jenny, eds, février 2012 ; et Suslow (2005).

Loi coréenne sur la réglementation des monopoles et le commerce équitable, consultable à l'adresse http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Monopoly%20Regulation%20and%20Fair%20Trade%20Act_mar%2014%202012.pdf.

Levenstein, Margaret C. et Valerie Y. Suslow (2006) « What Determines Cartel Success? » *Journal of Economic Literature*, 44(1): 43-95, 2006.

Mlex - Rapport « Double-counting' of cartel penalties rare, DOJ official says », MLEX IN WASHINGTON: Rapport de la 63^{ème} réunion de printemps ABA Antitrust Law (2015), consultable à l'adresse <http://mlexmarketinsight.com/wp-content/uploads/2015/04/MLex-ABA-Coverage-Book-20153.pdf>.

- OCDE (1998), Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998).
- OCDE (2003), *Inflation Accounting: A Manual on National Accounting Under Conditions of High Inflation*, Éditions OCDE, Paris. DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264299511-en>.
- OCDE (2012) Improving international co-operation in cartel investigations.
- OCDE (2012) Leniency for subsequent applicants.
- OCDE (2013) Note de présentation du Secrétariat de l'OCDE et d'autres documents transmis pour la Session I (Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence) du Forum latino-américain sur la concurrence, 3-4 septembre 2013, Lima, Pérou, consultable à l'adresse <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2013-latin-american-competition-forum.htm>.
- OCDE (2013), *Économies interconnectées : Comment tirer parti des chaînes de valeur mondiales*, Éditions OCDE, DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201842-fr>.
- OCDE (2013) Roundtable on Ex-officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels.
- OCDE (2014) Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence.
- OCDE (2015) Roundtable on Serial offenders: Why do some industries seem prone to endemic collusion? (à paraître prochainement)
- OCDE, OMC, CNUCED, Implications of global value chains for trade, investment, development and jobs, OCDE, OMC, CNUCED, 6 août 2013, préparé pour le Sommet des dirigeants du G20 à Saint-Pétersbourg (Fédération de Russie), septembre 2013.
- OCDE, OMC et Groupe de la Banque mondiale, Global value chains: Challenges, opportunities, and implications for policy. Rapport préparé pour la réunion des ministres du Commerce du G20 de Sydney, Australie, le 19 juillet 2014.
- Popofsky, M.S. Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence, in 3 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 2417 (ABA Section of Antitrust Law 2008).
- Rhee, P. et Yun, S. « Korea – Cartels and Leniency 2015 » chapitres dans International Comparative Legal Guides, consultable à l'adresse <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2015/korea>.
- Rowley, J. W., Low, M. D. et Wakil, O.K. (2002) « Recent Trends in the Prosecution of Cartels in Canada ».
- Sackers, E. et Ysewyn, J. European Cartel Digest, (version sur feuille mobile, Wolters Kluwer, 2008). Le présent document utilise les données de la mise à jour de 2015.
- Spratling, G.R. et Arp, D.J. (2010) « Making the Decision: What to do when face with international cartel exposure. Developments impacting the decision in 2010 », consultable à l'adresse http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp10_Spratling_paper.pdf.

- Stigler, G. (1964) « A Theory of Oligopoly. » *Journal of Political Economy*, 72(1): 44–61.
- Suffrin, B. « Competition Law in a Globalised Marketplace: Beyond Jurisdiction », dans Capps P., Evans M. et Konstantinidis S., *Asserting Jurisdiction: International and European legal perspectives* (Oxford : Hart Publishing, 2003).
- Suslow, V.Y. « The Changing International Status of Export Cartel Exemptions. » *American University International Law Review* 20, n° 4 (2005): 785-828).
- Tirole, J. (1988), *The theory of industrial organization* (MIT press, Cambridge).
- Tween, D. et Murray, G. (2014) « Death by 1,000 fines: is there a way to stop the bleeding? » Baker & McKenzie publication, consultable à l'adresse <http://www.bakermckenzie.com/ArNADeath1000FinesMar14/>
- ONUUDI, *Mapping Global Value Chains, Intermediate Goods Trade and Structural Change in the World Economy*, Document de travail 5/2010.
- U.S. Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1–7.
- U.S. Sentencing Guidelines, 18 U.S.C. § 3553.
- U.S. Webb-Pomerene Act, 15 U.S.C. § § 61-66 et Export Trading Company Act, 15 U.S.C. §§ 4001-4003, 4011-4021.
- U.S. DOJ, Communiqué de presse, U.S. Dep't of Justice, KYB Agrees to Plead Guilty and Pay \$62 Million Criminal Fine for Fixing Price of Shock Absorbers (16 septembre 2012), consultable à l'adresse <http://www.justice.gov/opa/pr/kyb-agrees-plead-guilty-and-pay-62-million-criminal-fine-fixing-price-shock-absorbers>.
- U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMM'N ANTITRUST ENFORCEMENT GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS (1995).
- Von Erhard, L. *Prosperity through competition*, Ludwig von Mises Institute (1958).
- Wall Street Journal, *Worries Rise Over Global Trade Slump*, 14 septembre 2015.
- Zhu, S., N. Yamano et A. Cimper (2011), « Compilation of Bilateral Trade Database by Industry and End-Use Category », *Documents de travail sur la science, la technologie et l'industrie de l'OCDE*, n° 2011/06, Éditions OCDE, Paris. DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/5k9h6vx2z07f-en>.

PRINCIPALES AFFAIRES

Union européenne

Affaire 123/83, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Guy Clair, [1985] Recueil de jurisprudence 391.

Affaires jointes 89/85, A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission des Communautés européennes [1988], Recueil de jurisprudence 5193 (*pâte de bois*).

Affaire T-102/96, Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes [1999], Recueil de jurisprudence II-00753.

Affaires jointes C-204/00 P, Aalborg Portland et autres contre Commission des Communautés européennes [2004], Recueil de jurisprudence I-123.

Affaire C-289/04 P, Showa Denko KK contre Commission des Communautés européennes, EU:C:2006:431.

Affaire C-308/04 P, SGL Carbon AG contre Commission des Communautés européennes, EU:C:2006:433.

Affaire C-328/05 P, SGL Carbon AG contre Commission des Communautés européennes, EU:C:2007:277.

Affaire T-91/11, InnoLux Corp. contre Commission européenne.

Affaire C-580/12 P, Guardian Industries Corp. et Guardian Europe Sàrl contre Commission européenne, EU:C:2014:2363.

Affaire C-231/14 P, InnoLux Corp. contre Commission européenne.

États-Unis

United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

Hartford Fire Ins. v. California (91-1111), 509 U.S. 764 (1993).

Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., 549 F.2d 597, 613 (9th Cir. 1976).

United States v. Hsiung, No. 12-10492, 2015 U.S. App. LEXIS 1590 (9th Cir. Jan. 30, 2015).

Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp., 773 F.3d 826 (7th Cir. 2014), amended, Jan. 12, 2015, ECF No. 148, petition for reh'g en banc denied, Jan. 12, 2015, ECF No. 147.