

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

Forum mondial sur la concurrence

CONCURRENCE POUR LE MARCHÉ

-- Résumé des discussions --

5-6 décembre 2020

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est un résumé détaillé des discussions tenues lors de la Session IV du Forum mondial sur la concurrence les 5 et 6 décembre 2020.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante : oe.cd/cpmar.

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Lynn Robertson [courriel : Lynn.Robertson@oecd.org].

JT03464583

Résumé des discussions

Par le Secrétariat

1. Le **Président** ouvre la discussion sur la manière d'organiser la concurrence dans les cas où il est possible de faire un compromis entre la concurrence sur le marché et la concurrence pour le marché. Il explique que la discussion se concentrera sur les concessions, sous deux angles. En premier lieu, les marchés dans lesquels il faudrait organiser la concurrence pour le marché par opposition avec la concurrence sur le marché, et, en second lieu, la manière de traiter les problèmes d'application de la loi dans les marchés de concessionnaires.
2. Il présente les deux intervenants invités : **Elisabetta Iossa**, Professeur d'économie à l'Université de Rome et **Rory MacMillan**, Associé fondateur du Cabinet Macmillan Keck et membre du Barreau de New York. Le Président indique que les débats seront structurés en deux parties : dans la première partie, la discussion portera sur l'opportunité d'offrir des concessions, les avantages du concessionnaire en place et la manière de créer une concurrence plus efficace. Dans la seconde partie, la discussion sera consacrée aux défis liés à l'application du droit de la concurrence dans les marchés de concessionnaires, en particulier sous l'angle de l'abus de position dominante et des fusions. Le Président invite le Secrétariat à introduire le débat en présentant la note de référence.
3. Le **Secrétariat** définit la concurrence pour le marché comme la situation dans laquelle des produits présentent des caractéristiques qui amènent les entreprises à se faire concurrence pour être le fournisseur d'un marché entier, plutôt que pour conquérir une part de marché. La note de référence identifie quatre types de marchés où cela peut se produire : 1) les monopoles naturels, 2) les monopoles financés par des fonds publics, 3) les monopoles protégés par la loi et 4) les monopoles de plates-formes. Elle se concentre sur les deux premiers monopoles et préconise de privilégier si possible la concurrence sur le marché plutôt que la concurrence pour le marché – mais ajoute que si la concurrence sur le marché n'est pas possible, des concessions peuvent au moins aider à faciliter un certain degré de concurrence.
4. La note de référence décrit les défis sérieux auxquels se heurte la conception des procédures d'appel d'offres pour l'octroi de concessions. Elle souligne en particulier qu'il est important, lorsqu'il est envisagé d'offrir une concession, de ne pas sous-estimer la difficulté et les coûts liés à la rédaction d'un contrat suffisamment détaillé et complet, d'une part, ainsi qu'à l'application de ce contrat de manière efficace, d'autre part (par exemple, si le concessionnaire essaie de renégocier le contrat). Entre autres considérations, le secrétariat a suggéré que les autorités de la concurrence examinent s'il est possible d'utiliser un système d'enchères continues. Par exemple, en accordant une concession exigeant de l'enchérisseur gagnant qu'il évalue lui-même la valeur de cette concession et paie une taxe à l'État sur le prix ainsi indiqué. Le contrat stipulerait l'obligation pour le concessionnaire d'abandonner le contrat de concession à tout enchérisseur qui offrirait de payer le prix ainsi autoévalué.
5. Le **Secrétariat** indique que la seconde moitié de la note de référence se concentre sur les défis liés à l'application de la loi dans les marchés de concessionnaires. Par exemple, comment définir les marchés, faut-il regrouper des marchés, quand identifier un changement de contrôle, et les outils pour analyser les informations sur des soumissions passées et la crédibilité des différents soumissionnaires. Les risques de conduite

d'exclusion, de collusion et d'imposition de mesures correctives anticoncurrentielles dans les marchés de concessionnaires ont également été identifiés.

6. Le **Président** invite **M^{me} Elisabetta Iossa** à prendre la parole et lui explique que la première partie de la discussion sera consacrée à la question de savoir s'il convient de choisir un concessionnaire pour un marché et, dans l'affirmative, comment le choisir.

7. **M^{me} Iossa** prend la parole et commence par résumer l'état actuel de la théorie économique sur la question de la concurrence pour le marché : la concurrence pour le marché peut être favorable si le marché ou un lot donné peut être servi de manière plus efficace par une seule entreprise. Elle indique qu'elle estime qu'il y a des cas dans lesquels la concurrence pour le marché peut générer des gains d'efficacité, faire baisser les coûts sans compromettre la qualité, voire même améliorer la qualité. Elle ajoute que cela suggère, à condition de garantir l'égalité des chances, que l'appel d'offres pour l'octroi du contrat nous permettra d'obtenir des offres qui réalisent la meilleure combinaison entre le coût et la qualité.

8. Elle évoque ensuite certains signes inquiétants observés en Europe, qui montrent que la concurrence ne fonctionne pas toujours, et elle signale en particulier les problèmes qui se posent au stade de la procédure d'appel d'offres. Elle note qu'un récent rapport de l'UE sur la passation des marchés publics en Europe constate que le nombre d'appels d'offres ayant abouti à une seule offre a augmenté pendant la période 2006-16 de 17 % à 30 %, que le nombre moyen de soumissionnaires répondant à l'appel d'offres enregistre une chute, et qu'il est avéré que des marchés publics ont été remportés à de nombreuses reprises par l'entreprise déjà en place.

9. Plusieurs problèmes peuvent limiter l'efficacité de la concurrence. L'un d'eux tient à une mauvaise conception des appels d'offres et des contrats, qui peut décourager la concurrence en créant des barrières à l'entrée qui confèrent une position de force à l'entreprise en place. Elle ajoute que l'avantage conféré à l'entreprise en place est presque toujours, par définition, un problème dans tous les cas où l'objectif est d'ouvrir un marché à la concurrence.

10. **M^{me} Iossa** poursuit en posant la question suivante : pourquoi ce problème n'a-t-il pas été suffisamment traité ? Elle ajoute que les problèmes avec les acheteurs publics revêtent une importance majeure, tout comme le risque que les appels d'offres soient influencés par un agenda politique. Elle estime que nous devrions examiner les moyens de renforcer la concurrence et les pouvoirs des autorités publiques, et aider ces dernières grâce à l'utilisation de contrats standardisés et de conseils sur l'utilisation des procédures d'appel d'offres.

11. Enfin, elle indique que la première chose à faire est de s'attaquer au problème de l'avantage conféré à l'entreprise en place et ajoute qu'il faut le faire dès le départ, à défaut de quoi tout ce qui sera planifié ensuite sera inefficace, puisque l'entreprise en place bénéficiera alors d'une position inébranlable.

12. **M^{me} Iossa** pose ensuite la question suivante : comment pouvons-nous nous attaquer au problème de ces avantages conférés à l'entreprise en place ? Elle estime que nous devons, pour ce faire, aborder les nombreuses dimensions du problème. Il faudrait notamment évaluer l'état de la concurrence avant d'ouvrir le marché et se demander s'il existe une égalité des chances en termes de fourniture des informations nécessaires. Nous devrions également être très prudents en ce qui concerne le calendrier de l'appel d'offres, afin de se prémunir contre des accords de soumissions concertées.

13. **M^{me} Iossa** suggère que lorsqu'elles conçoivent des appels d'offres, les administrations publiques devraient regarder le long terme et veiller à préserver la

concurrence sur une longue période. Cela pourrait passer par la division des contrats par lots, bien que cela ne soit pas la meilleure option pour minimiser les coûts, mais cela aurait toutefois le mérite de réduire les coûts à plus long terme. Elle évoque également, en lien avec ce qui précède, l'importance d'inciter les PME à répondre à des appels d'offres, étant donné qu'elles sont cruciales pour garantir qu'une pression concurrentielle s'exerce sur une période plus longue - et éviter qu'il n'y ait qu'une ou deux entreprises soumissionnaires. Ces incitations pourraient prendre la forme de crédits encourageant les PME à soumissionner, ou de l'adjudication de contrats plus fréquents et de plus courte durée.

14. Le **Président** remercie M^{me} Iossa de sa contribution et donne ensuite la parole à Hong Kong.

15. **Hong Kong** commence en évoquant le sujet des auto-écoles. Le délégué de Hong Kong explique que le problème majeur à Hong Kong tient au fait que le gouvernement tire une masse considérable de ses recettes de la concession de droits d'utilisation de terrains. L'année dernière, le droit d'exploiter le site de la quatrième auto-école a été adjugé au propriétaire des trois autres sites, qui a offert le prix le plus élevé au gouvernement, et a ainsi consolidé sa position de monopole.

16. La Commission de la concurrence de Hong Kong dispose de pouvoirs en matière de contrôle des fusions mais elle n'avait aucun moyen de faire usage de ces pouvoirs pour traiter ce problème. Elle s'est donc concentrée sur des activités de plaidoyer à propos de ces questions. Cela lui a permis de sensibiliser le public, qui a pu voir que les prix augmenteraient, et elle a œuvré pour développer une stratégie média illustrant les raisons pour lesquelles les consommateurs paieraient plus.

17. La stratégie media a échoué, mais la Commission a néanmoins travaillé avec des fonctionnaires du gouvernement qui se sont montrés réceptifs, afin de chercher à identifier des critères qui permettent non seulement de s'efforcer de maintenir la concurrence sur le marché, mais également de s'efforcer d'intégrer certains aspects liés aux avantages pour les consommateurs et au bien-être, de telle sorte que le gagnant ne soit pas seulement et toujours le soumissionnaire qui offre le prix le plus élevé. Le délégué de Hong Kong espère que cela puisse fournir un modèle définissant précisément comment tenir compte de la concurrence, plutôt que de se contenter de dire que le gouvernement doit faire plus.

18. Le **Président** demande quels sont les critères.

19. Hong Kong indique qu'il s'est produit un changement et que le critère n'est plus seulement le prix. Désormais, l'évaluation intègre des mesures comme l'attribution d'un plus grand nombre de points aux soumissionnaires qui n'exploitent pas de multiples écoles. Elle attribue également des points non seulement en fonction du prix qu'un soumissionnaire offre de payer au gouvernement, mais également en fonction du prix que le soumissionnaire facturera aux consommateurs. En outre, le gouvernement a travaillé pour attirer des offres de prestataires étrangers.

20. Le **Président** se tourne vers la Russie et lui demande d'évoquer les défis liés à l'octroi de concessions.

21. Le délégué de la **Russie** explique que la loi a fixé un ensemble de critères en matière d'appel d'offres, qui fournit aux autorités russes un outil très précieux pour maintenir la concurrence dans les procédures d'appel d'offres en vue de l'octroi de concessions. Le Service fédéral anti-monopole de Russie a le pouvoir de vérifier que les procédures d'appel d'offres sont conformes à la loi. La jurisprudence récente montre que les autorités concédantes fixent parfois des critères excessifs, ce qui conduit à restreindre la concurrence sur le marché. Par exemple, les soumissionnaires sont tenus dans certains cas d'avoir une expérience de l'exploitation de concessions. Toutefois, la présence ou l'absence de cette

expérience passée dans l'exploitation d'une concession ne prouve pas en soi, avec une certitude raisonnable, la capacité à remplir les obligations découlant de contrats de concession. Le Service fédéral anti-monopole de Russie considère que les exigences en matière d'expérience passée, ainsi que d'autres exigences excessives, constituent des restrictions injustes entravant l'accès aux procédures d'appel d'offres. Il considère en conséquence qu'elles nuisent à la concurrence en rendant l'accès au marché plus complexe.

22. Cette position a d'ailleurs triomphé dans une affaire où un établissement public avait lancé un appel d'offres pour la maintenance technologique d'un réseau routier et la gestion de parkings payants. La Cour suprême a examiné le détail de cet appel d'offres et reconnu, avec l'autorité de la concurrence, qu'il incluait des exigences pouvant conduire à une restriction de la concurrence. Le Service fédéral anti-monopole de Russie a pris la décision d'annuler l'appel d'offres, de modifier les exigences imposées pour participer à cet appel d'offres et de relancer un nouvel appel d'offres pour l'octroi de la concession.

23. M^{me} Iossa demande si la décision s'applique désormais à d'autres procédures d'appel d'offres.

24. La Russie indique que ces actions de plaidoyer sont très importantes étant donné qu'au niveau municipal, les organisateurs de procédures d'appel d'offres ne lisent pas tous les décisions de la Cour suprême. C'est pourquoi ces dispositions de la loi ont fait l'objet de violations répétées au niveau municipal, mais, au niveau fédéral, l'ensemble fonctionne mieux qu'avant.

25. M^{me} Iossa indique qu'une chose est de demander une expérience dans la prestation du service précis concerné, et une autre est de s'assurer que l'entreprise a les qualifications nécessaires pour fournir ce service. Elle ajoute que la qualification est certes une condition indispensable, mais que le fait de détenir une expérience spécifique ne l'est pas, par exemple l'expérience acquise pour avoir construit exactement ce type d'infrastructure. Elle indique qu'elle aime l'idée de Hong Kong de créer un handicap pour l'entreprise en place, en vue de garantir une égalité des chances, et reconnaît que la Russie s'attaque à un point important. Elle déplore le fait que ces exigences favorisant les entreprises en place sont très répandues.

26. Le **Président** se tourne vers les États-Unis et demande comment ils identifient les services pour lesquels il pourrait être utile d'avoir une concession, plutôt que d'opter pour leur production directe par l'administration.

27. Les **États-Unis** citent l'exemple de l'industrie de l'électricité, qui a traditionnellement été considérée comme un monopole naturel. La Federal Energy Regulatory Commission (FERC) est passée par plusieurs stades de libéralisation du marché de la distribution d'électricité, et le ministère fédéral de la Justice (DOJ) ainsi que la Commission fédérale du commerce (FTC) ont participé à des actions de plaidoyer à chacun de ces stades. Ces dernières années, des décisions prises par la FERC ont aidé à faciliter une plus grande concurrence et un meilleur accès pour des producteurs indépendants ; à titre d'exemple, la FERC a pris en 2011 une décision qui a éliminé, au niveau fédéral, les droits de premier refus qui existaient pour la construction d'installations régionales de distribution. Toutefois, les règles de la FERC ne s'appliquent pas au niveau étatique, de telle sorte que plusieurs États ont adopté des règles accordant des droits spéciaux aux producteurs en place.

28. Les États-Unis indiquent qu'ils ont également mené des actions de plaidoyer énergiques et citent l'exemple du Texas où la législature a examiné un projet de loi qui réserverait la construction de nouvelles installations de distribution d'électricité aux seuls producteurs existants de l'État. La loi a été adoptée mais plusieurs entreprises de distribution implantées hors de l'État ont intenté une action judiciaire contre le Texas,

arguant que cette loi était à la fois une mesure anticoncurrentielle et un acte illégal. Le DOJ est intervenu et l'affaire est actuellement pendante. Toutefois, les entreprises ont dû se fonder sur la clause sur le commerce de la Constitution, qui prohibe les barrières entravant le commerce interétatique, plutôt que sur le Sherman Act.

29. Les États-Unis évoquent également les actions de plaidoyer de la FTC dans le secteur de l'énergie. La FTC s'est notamment focalisée sur la réforme des procédures permettant aux producteurs d'électricité de se connecter au réseau de transmission. Plus récemment, la FTC a plaidé en faveur du programme « Reforming the Energy Vision » de New York, qui réforme plusieurs caractéristiques du marché de la distribution d'électricité, y compris la liberté des clients de choisir leurs fournisseurs d'électricité dans plusieurs États.

30. Le **Président** se tourne ensuite vers le Pérou et évoque la question de l'organisation de la concession pour l'exploitation du service de transport des touristes sur le site du Machu Picchu.

31. Le **Pérou** décrit les circonstances de cette affaire, qui a pris naissance au moment où l'INDECOPI a constaté qu'une seule entreprise opérait sur le marché depuis 1995, et que cette entreprise avait remporté la concession à chaque renouvellement de celle-ci. L'INDECOPI a donc formulé des recommandations appelant à faire jouer la concurrence dans l'attribution de la concession et à accroître la transparence pendant la procédure de soumission des offres ainsi que la publicité afin d'encourager la concurrence. Cependant, l'autorité chargée de l'administration du site du Machu Picchu a engagé une action judiciaire contre l'INDECOPI, laquelle a gagné devant la Cour suprême ; actuellement, l'entreprise a saisi le Conseil constitutionnel devant lequel l'affaire est toujours pendante. Le Pérou conclut en indiquant qu'il espère gagner dans ce procès, lequel a montré à quel point il est difficile de mettre fin aux monopoles des entreprises en place, en plaidant en faveur d'une concurrence pour le marché.

32. Le **Président** invite ensuite l'Équateur à prendre la parole.

33. L'**Équateur** commence par exposer brièvement la situation du marché du gaz de pétrole liquéfié et la manière dont il est réglementé. Il décrit les différentes options possibles afin de gérer la question des monopoles. Elles incluent la régulation des prix, qui s'accompagnent d'une perte sèche d'efficacité, et la production subventionnée qui élimine la perte sèche mais signifie que les recettes ne couvrent plus le coût de production. L'Équateur estime que la réponse est complexe étant donné qu'il existe des coûts sociaux qui doivent être pris en considération, et que la question du choix entre un opérateur public ou privé est une question persistante. Les avantages et les inconvénients sont notamment l'inefficacité de certaines entreprises publiques et les barrières importantes à l'entrée créées par les monopoles naturels, ainsi que les défis qu'ils représentent. M^{me} Iossa évoque un article rédigé par Marty Morris Straub, qui décrit les raisons pour lesquelles la concurrence pour le marché a reçu une si mauvaise publicité dans les médias. La population est très souvent hostile à cette concurrence et les preuves suggèrent que cette hostilité est liée au fait qu'il est fréquent, même si la concession est globalement moins chère, que la balance entre la subvention et les tarifs appliqués aux usagers est telle que la subvention diminue mais ces tarifs augmentent. Dans ces conditions, les usagers voient très clairement que les prix augmentent mais ne voient pas clairement que les subventions baissent. Le problème général est de savoir comment éviter l'opposition des usagers à l'utilisation de concessions car cette utilisation engendre un énorme risque réglementaire et politique, en dépit de l'efficacité de ces concessions.

34. Le **Président** s'adresse à la Thaïlande. Il évoque en particulier l'article 4 de la loi sur la concurrence, qui prescrit que cette loi ne s'applique pas à l'activité des administrations centrales, régionales ou locales et note la différence avec la Russie, où les règles s'appliquent également aux administrations municipales. Il demande au délégué de la Thaïlande comment l'OTCC peut faire des recommandations aux agences gouvernementales à propos des règles, réglementations ou décisions en matière de concurrence qui peuvent avoir des effets anticoncurrentiels. Il lui demande dans quelle mesure ces recommandations sont juridiquement contraignantes et s'il prévoit d'émettre des recommandations sur l'application de la loi de 2019 relative aux partenariats public-privé.

35. La **Thaïlande** indique qu'elle est demeurée l'un des observateurs de l'accord de l'OMC sur les marchés publics depuis le 3 juin 2015, mais ajoute que cela ne signifie pas qu'elle ne fait rien d'autre à propos des procédures de passation des marchés publics. La Thaïlande a adopté deux lois en 2019, l'une introduisant des règles applicables aux marchés publics et l'autre étant la loi de 2019 sur les partenariats public-privé. Ces lois sont destinées à compléter la loi sur la concurrence de 2017 qui a créé l'OTCC afin de réguler les politiques en matière de concurrence, ainsi que les lois qui s'y attachent.

36. La loi sur les marchés publics entend améliorer les informations sur la passation des marchés publics et garantir l'accès des parties prenantes à ces informations. Elle a également été adoptée dans l'espoir d'améliorer l'accessibilité des PME à ces projets. La Thaïlande conclut en notant que l'OTCC a dû prescrire des recommandations au cabinet et au gouvernement.

37. L'**OMC** remercie la Thaïlande d'avoir mentionné l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP). L'OMC indique que l'AMP fournit un cadre juridiquement contraignant au niveau international, qui est pro-concurrentiel, et que certains membres de l'OMC ont choisi de couvrir également les contrats de concession en vertu des règles de l'AMP.

38. Le **Président** s'adresse au **BIAC** afin de connaître ses vues sur les défis qui se posent en matière de conception et d'octroi de concessions. Il lui demande si les attitudes envers la propriété publique ne sont pas désormais plus positives, sachant que la privatisation conduit très souvent, en fait, à des hausses de prix.

39. Le **BIAC** indique que la solution est une concession bien conçue, et que cette option est préférable à celle qui consisterait à n'introduire aucune concurrence. Le BIAC estime que l'éducation est importante afin de faire comprendre les bénéfices à long terme de la concurrence. La conception d'une concession implique la prise de décisions complexes et les autorités de la concurrence ont un rôle important à jouer dans ces actions de plaidoyer pour la concurrence et pour aider à trouver les compromis potentiels qui doivent être envisagés.

40. Il peut s'agir, par exemple, de compromis sur la durée de la concession. En tout état de cause, le processus d'attribution des concessions doit être transparent afin de se prémunir contre les risques de collusion et de corruption potentielle. À cet égard, la liste de contrôle de l'OCDE pour la conception de la procédure de passation des marchés publics constitue un outil précieux pour réduire les risques de soumissions concertées.

41. Le **Président** ouvre ensuite le débat sur la seconde moitié de la discussion: les défis de l'application de la loi sur la concurrence dans les marchés de concessionnaires.

42. **Rory MacMillan** commence en expliquant la distinction entre la concurrence pour le marché et la concurrence sur le marché.

43. Il opère une distinction entre les deux en ce sens que la concurrence pour le marché peut affecter le montant que l'autorité concédante va devoir payer en subventions, ou qu'elle recevra en redevances, tandis que la concurrence sur le marché tend à être plus intéressée par les bénéfices directs pour le consommateur.

44. M. MacMillan évoque la possibilité d'un abus de position dominante dans la procédure de soumission des offres. Il cite l'exemple de la traversée de la Méditerranée par ferry entre Marseille et la Corse, où l'opérateur en place a soumis une offre pour le renouvellement de sa délégation de service public – mais a regroupé de nombreuses lignes dans son offre, en en faisant une offre forfaitaire, raison pour laquelle il a été difficile pour l'autorité concédante de comparer les offres, étant donné que les autres concurrents avaient soumis des offres portant sur une seule ligne.

45. Il explique que l'autorité de la concurrence française a estimé qu'il s'agissait d'un abus de position dominante. L'autorité a considéré que les avantages de l'entreprise en place étaient si importants qu'elle était dominante, ajoutant que la procédure d'appel d'offres ne l'empêchait certes pas de faire une offre groupée, mais que celle-ci avait un effet d'exclusion étant donné qu'aucun autre rival ne pouvait soumettre une telle offre globale. M. MacMillan évoque des cas similaires comme l'affaire Porto Nuevo où la concurrence a été verrouillée par le comportement d'un soumissionnaire pendant le cours même de la procédure d'appel d'offres.

46. Il suggère toutefois que les cas d'abus de position dominante impliquant des concessions concernent souvent l'exercice du contrôle en amont sur une installation, une infrastructure ou un certain type de service exclusif sur un marché en aval, qui constitue un intrant essentiel. Dans ces cas, des règles plus sévères interdisant la discrimination auraient pu réduire le risque d'une telle conduite anticoncurrentielle. Il émet l'avis qu'une séparation structurelle n'est peut-être pas la solution, car cela peut conduire à l'exclusion de certains soumissionnaires de l'appel d'offres, mais qu'il existe certaines approches structurelles des concessions qui réduisent les avantages de l'entreprise en place découlant des coûts irrécupérables liés à la propriété de l'actif. Par exemple, des actifs corporels peuvent être rendus cessibles et une clause peut être prévue dans la concession pour la reprise de la propriété publique.

47. M. MacMillan indique que les connaissances que l'entreprise en place a acquises en qualité d'acteur du marché et de partie contractante traitant avec l'autorité concédante – en connaissant son attitude envers le contrat et la vigueur ou le manque de vigueur dont elle fait preuve pour poursuivre l'exécution forcée du contrat – sont des connaissances en or. Il est donc vital de réduire ou de modifier le rôle que ces connaissances peuvent jouer pendant la procédure d'appel d'offres. Il aborde ensuite la question des fusions et la manière dont elles peuvent nuire à la concurrence en réduisant le nombre d'entreprises capables de concourir dans de futures procédures d'appel d'offres, ce qui renforce la puissance des soumissionnaires restants.

48. Il cite l'exemple de la fusion entre Veolia Transport et Transdev et évoque les préoccupations qu'elle a suscitées de la part de l'autorité de la concurrence française, et la manière dont elles ont été résolues en permettant à la fusion de se réaliser en imposant aux parties de contribuer à un fonds qui indemniserait les autres soumissionnaires des coûts qu'ils ont encourus pour soumissionner sans succès afin d'obtenir des concessions de réseau de transport dans des zones où ces entreprises étaient les entreprises en place. Le fonds servirait également à payer des prestations de conseil des autorités publiques sur la manière d'améliorer la compétitivité dans de futures procédures d'appel d'offres.

49. Il poursuit en abordant la question du contrôle des ententes et la manière dont l'organisation d'une série d'appels d'offres entraîne un risque de partage du marché et de soumissions concertées. Simultanément, la collusion des opérateurs est rendue un peu plus difficile en raison de la nature irrégulière et peu fréquente de ces transactions.

50. Il évoque ensuite la question de l'autorité déléguée et des cas dans lesquels son rôle est de réduire la concurrence sur le marché. Dans certains pays, la décision officielle de structurer un marché à la manière d'un monopole peut elle-même être jugée illégale. Par exemple, dans l'affaire Aviva/Aéroport de Luton, l'aéroport de Luton avait accordé une concession à une société d'autocars qui devait assurer le service exclusif de transport entre Londres et Luton et paierait 20-25 % de ses recettes à l'aéroport. Cette concession a mis fin à l'activité de son prédécesseur. La High Court a jugé que l'aéroport, en accordant une concession exclusive, avait abusé de sa position dominante et faussé la concurrence sur un marché en aval. Outre les règles relatives aux procédures d'appel d'offres et la concession elle-même, M. MacMillan indique que l'application du droit de la concurrence peut également devoir prendre en considération la relation avec la réglementation du secteur concerné. À titre d'exemple, l'affaire de soumission prédatrice décrite dans la note de référence du secrétariat lui a rappelé l'affaire UE/Deutsche Telekom, dans laquelle la Commission européenne a considéré que le fait que l'autorité de régulation avait approuvé les prix de Deutsche Telekom n'excusait pas le fait que ces prix aient pour effet de comprimer la marge au point d'exclure les rivaux. Il suggère qu'il s'agit du cœur du problème, en ce sens qu'il existe tant de réglementations sur les contrats de concession qu'il devient difficile pour les autorités de la concurrence de distinguer ce qui est ou n'est pas anticoncurrentiel.

51. En conclusion, il estime que le rôle central de l'infrastructure dans les concessions les rend vulnérables à une position dominante, aux avantages dont jouit l'entreprise en place et à une conduite d'exclusion. Améliorer la conception des procédures d'appel d'offres et les dispositions contractuelles sera d'une grande aide. Néanmoins, l'application du droit de la concurrence devra également aborder des questions telles que les conflits d'intérêts ou le traitement discriminatoire anticoncurrentiel. Il ajoute que la vigilance à l'égard des fusions est également vitale, tout comme la créativité nécessaire afin de concevoir des mesures correctives en matière de fusions et la nécessité de veiller à l'exécution du contrat lui-même.

52. M^{me} Iossa reconnaît que la renégociation peut constituer un abus de position dominante et pourrait signifier que la meilleure offre au moment de sa soumission n'est plus la meilleure offre au moment des renégociations. Elle soutient donc l'idée de soumettre la renégociation à des limites.

53. Le **Président** se tourne ensuite vers l'Albanie.

54. L'**Albanie** décrit comment, en vertu de la loi sur la concurrence, elle a le pouvoir d'évaluer la concession et comment les institutions publiques peuvent demander à l'autorité de la concurrence de formuler certaines recommandations au moment de la conception des concessions. Toutefois, cet avis n'a pas été demandé dans l'affaire du Port de Duras.

55. En bref, une enquête a été ouverte en 2017 à la suite d'une plainte d'une entreprise opérant dans le Port de Duras, faisant grief à l'exploitant du port de ne pas lui permettre d'utiliser des installations essentielles. La Commission de la concurrence a pris la décision de prononcer des mesures provisoires en vertu de l'article 44 de la loi, afin de permettre l'accès à toutes les entreprises et à tous les équipements au profit des opérateurs. D'autres preuves ont ensuite été découvertes pendant l'enquête et la Commission a formulé des recommandations afin d'encourager la collaboration, et imposé la surveillance du concessionnaire pour contrôler l'application des décisions.

56. Le **Président** invite l’Afrique du Sud à prendre la parole.
57. L’**Afrique du sud** expose le cas du fournisseur d’électricité Eskom et de ses contrats de longue durée avec des compagnies minières. En l’occurrence, la plainte incriminait l’exclusion de petits acteurs du marché, conséquence du fait qu’Eskom détenait des contrats exclusifs avec ces compagnies minières. En effet, Eskom aurait pu être approvisionnée en charbon de moindre qualité étant donné qu’elle était liée par un contrat et n’était pas en mesure de le renégocier.
58. Le **Président** demande si cette situation est davantage le résultat d’une mauvaise gestion que celui d’une tentative d’exclusion par Eskom.
59. Le délégué sud-africain indique que cette situation est le produit du gouvernement d’apartheid.
60. Le **Président** interroge l’Italie sur les défis de l’application du droit de la concurrence dans les marchés de concessionnaires.
61. L’**Italie** indique que l’autorité de la concurrence est intervenue à plusieurs reprises contre différents abus de position dominante dans ce secteur. Elle cite deux cas, l’un concernant une société de transports publics de passagers à Padoue, et l’autre concernant l’opérateur d’une infrastructure de transport ferroviaire. Deux leçons en ont été tirées : 1) le rôle crucial des données et des informations sur les concessions, qui sont importantes pour permettre l’entrée de nouveaux soumissionnaires, et 2) l’utilisation potentielle d’une concession pour monopoliser les marchés en aval ou les marchés liés, et, partant, la nécessité d’une séparation structurelle dans certains cas.
62. Le **Président** se tourne ensuite vers l’Allemagne.
63. Le **délégué allemand** indique que le Bundeskartellamt a acquis une expérience de la concurrence pour le marché grâce à de nombreuses années de procédures consacrées à l’octroi de concessions par les autorités gouvernementales. Pendant cette période, plusieurs procédures pour abus ont été lancées à propos de l’attribution de concessions portant sur des réseaux d’électricité et de gaz.
64. L’autorité de la concurrence a conclu, par exemple, que Neustadt, qui est une petite ville du sud-ouest de l’Allemagne, avait abusé de sa position dominante en appliquant une procédure de sélection discriminatoire accordant la préférence à un soumissionnaire spécifique, sans aucune justification objective, en appliquant des critères de sélection inadmissibles et illégaux et en violant le principe du secret de la concurrence et l’interdiction d’accepter ou d’accorder d’autres avantages que ceux qui sont admissibles en vertu du décret allemand sur les redevances de concession pour la fourniture d’électricité et de gaz. Le Bundeskartellamt a jugé que les municipalités doivent lancer des appels d’offres pour la distribution d’eau, de gaz et d’électricité d’une manière transparente et non discriminatoire. En dépit des difficultés et des coûts de lancement d’un appel d’offres pour l’octroi d’une concession, le Bundeskartellamt a également jugé qu’il est interdit à une municipalité de fournir directement le service à moins d’avoir une justification objective pour ce faire. Le Bundeskartellamt a soutenu que le titulaire d’une licence doit être choisi au motif qu’il peut garantir la fourniture d’un produit ou d’un service dans des conditions sécurées, abordables, efficaces, favorables aux consommateurs et respectueuses de l’environnement. La position ainsi adoptée par le Bundeskartellamt a été confirmée par la Cour de justice fédérale.

65. M. MacMillan indique qu'il a été très intéressé par la description de ces actions d'application de la loi à l'encontre des municipalités, mais se demande si elles n'ont pas soulevé de résistance. Par exemple, la note de référence du secrétariat note que la fourniture directe du produit ou du service pourrait être plus efficace qu'un appel d'offres étant donné les coûts et les défis liés à la génération d'une concurrence efficace. M. MacMillan souligne que la fourniture directe du produit ou du service par une municipalité s'apparente un peu à la situation dans laquelle une entreprise verticalement intégrée pratiquerait une discrimination à l'encontre de ses rivaux en aval, ce que nous assimilons habituellement à une décision financière dictée par le profit.

66. Le **Président** se tourne vers la Lettonie et évoque une affaire impliquant l'attribution d'un contrat exclusif pour la gestion des déchets à Riga.

67. La **Lettonie** commence par évoquer une décision provisoire en matière de fusions qu'elle a adoptée dans l'enquête en cours sur le système de gestion des déchets à Riga.

68. Il existait quatre opérateurs actifs sur le marché et la municipalité de Riga a remplacé les opérateurs existants par un seul opérateur. L'autorité de la concurrence s'est vigoureusement opposée à cette décision. Elle l'a analysée et a donc examiné la réglementation sectorielle ainsi que le modèle de partenariat public-privé que la municipalité de Riga se proposait d'adopter, sachant qu'il s'agissait d'un partenariat institutionnel public-privé permettant à la municipalité d'intervenir activement dans les opérations au jour le jour.

69. La Lettonie conclut qu'un partenaire qui détient la capacité administrative de réguler la concurrence sur le marché abuse de son pouvoir s'il contracte uniquement avec un partenaire et si les autres opérateurs sont chassés du marché. Elle s'est donc posé la question suivante : pourquoi la municipalité passerait-elle du modèle de la concurrence sur le marché pour adopter le modèle de la concurrence pour le marché ?

70. La seule réponse qui lui a été faite est la suivante : la municipalité souhaitait introduire un prix sur le marché et cela est bénéfique pour les clients, ce que l'autorité de la concurrence a jugé discutable. En effet, l'abus de position dominante était constitué par l'attribution de la concession, de telle sorte que l'autorité a imposé une décision provisoire stoppant l'application de la décision d'attribution de la concession.

71. La Lettonie précise que l'affaire est en cours et que la concurrence pour le marché existe dans le modèle prévu par la législation nationale. L'affaire a suscité beaucoup d'attention et le parlement débat actuellement de l'opportunité de modifier la loi et d'introduire un modèle dans lequel la municipalité pourra organiser les systèmes de gestion des déchets selon les principes de la concurrence sur le marché.

72. La Lettonie conclut qu'il n'y a pas de problème pour les petites municipalités où il n'existe qu'un opérateur, mais qu'à Riga plusieurs opérateurs sont susceptibles de se faire concurrence, et la réglementation actuelle semble écarter la possibilité pour la municipalité de recourir à cette option.

73. Le **Président** passe à la question des fusions et invite la Colombie à prendre la parole.

74. La **Colombie** indique que l'affaire Puerto Nuevo a mis en lumière plusieurs considérations liées à l'évolution de la dynamique du marché au fil du temps. La Colombie ajoute qu'en termes d'application de la loi, cette affaire a posé des défis à la fois pratiques et théoriques liés à la structure du marché, pour commencer avec l'interaction entre des entreprises se faisant concurrence pour le marché, puis avec la concurrence sur le marché.

75. L'autorité de la concurrence a identifié trois défis posés par l'application de la loi : 1) pour définir la position d'un agent sur le marché concerné, l'autorité de la concurrence a dû procéder à une analyse économique dynamique qui a impliqué une évaluation temporaire de la définition du marché et du comportement des agents, 2) pour évaluer les comportements restrictifs potentiels pendant l'exploitation d'une concession, elle a dû tenir compte des décisions précédentes de l'autorité concernant les mêmes faits, mais dans un contexte de contrôle des fusions – qui constitue un point clé afin de répondre à ces questions et 3) pour évaluer une situation d'administration conjointe dans le contexte d'une enquête sur un comportement anticoncurrentiel, l'autorité de la concurrence a dû considérer chaque décision lorsqu'elle a contrôlé la fusion d'agents dans le cadre de cette enquête.

76. La Colombie indique, en conclusion, que la définition du marché en cause a changé au fil du temps. Elle ajoute que l'intervention d'une autorité de la concurrence dans le contrôle d'une fusion n'exclut pas que cette même autorité puisse enquêter sur un comportement restrictif de concurrence, et les circonstances factuelles analysées dans le cadre du contrôle d'une fusion peuvent ne pas coïncider avec celles qui sont analysées dans le cadre d'une affaire de restriction de la concurrence.

77. Enfin, ces affaires traitées par la Division antitrust montrent les risques qui peuvent être atténués en imposant des mesures correctives structurelles dans le cadre d'un contrôle des fusions. M. MacMillan indique qu'il a été extrêmement intéressé par les progrès accomplis dans le traitement de l'affaire Puerto Nuevo et ajoute qu'à son avis, le manque de préparation d'un port pour répondre aux besoins des exportateurs de charbon de la région a constitué une faille majeure se situant au cœur même de cette procédure d'appel d'offres.

78. Le **Président** donne ensuite la parole au Mexique.

79. Le **Mexique** explique que l'État concède des baux, licences, concessions, permis etc. au secteur privé pour la construction ou l'exploitation des infrastructures nécessaires afin de fournir des services publics. La COFECE analyse tous les documents d'appel d'offres et décide si des mesures pro-concurrentielles sont requises. Les décisions de la COFECE visent à garantir le maximum de concurrence pour le marché possible et à empêcher des soumissions concertées.

80. La commission procède à une évaluation similaire à celle qu'elle réalise lorsqu'elle contrôle une fusion entre agents économiques, afin de déterminer si l'attribution en cause facilite ou permet la fixation unilatérale de prix plus élevés, la fourniture de services de moindre qualité ou l'éviction de concurrents. L'évaluation se fait en quatre étapes et, si elle démontre que l'attribution en cause confère à un participant une puissance substantielle sur le marché concerné, la COFECE émet un avis défavorable.

81. À titre d'exemple, la COFECE a émis un avis défavorable en 2014, au moment où l'autorité de régulation de l'électricité a annoncé le lancement de deux appels d'offres pour l'attribution d'un permis de distribution de gaz naturel via des gazoducs dans deux zones géographiques du pays. L'un des concurrents était un distributeur détenant les plus grandes parts du marché du GPL dans les deux régions concernées. La COFECE craignait, si les permis lui étaient attribués, qu'il serait incité à déployer une infrastructure de distribution de gaz naturel dans les endroits où il n'était confronté à aucune concurrence importante sur le marché du GPL.

82. L'analyse du dossier a suggéré que ce concurrent, si les permis lui étaient attribués, serait soumis à peu de pressions concurrentielles et aurait peu d'incitations à améliorer les prix et la qualité de distribution dans les deux régions.

83. Le **Président** fait observer qu'il est clair que la COFECE est en bien meilleure position de pouvoir intervenir au stade critique de la conception de l'appel d'offres et de dire quels candidats ne devraient pas y prendre part.

84. M. MacMillan résume en suggérant que des actions de plaidoyer sont importantes pour une meilleure sensibilisation des autorités qui sont chargées en dernier ressort de déléguer la responsabilité de fournir des services publics.

85. Le **Président** conclut en disant que la ferme volonté des autorités de la concurrence de mener des actions de plaidoyer fait une grande différence, comme en témoignent les contributions des délégués qui ont pris part à cette session. Il remercie ensuite tous les délégués de leurs contributions.