

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

Forum mondial sur la concurrence

LA CONCURRENCE POUR LE MARCHÉ

- Note de référence du Secrétariat -

6 décembre 2019

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de note de référence pour la session IV du 18^{ème} Forum mondial sur la concurrence, le 6 décembre 2019.

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

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
oe.cd/cmkt.

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

JT03455455

Table des matières

La concurrence pour le marché : Plaidoyer et procédures d’application du droit de la concurrence dans le cas des concessions - Note de référence du Secrétariat* -.....	4
1. Introduction	5
2. La concurrence pour le marché	6
2.1. Première catégorie : les monopoles naturels.....	8
2.2. Deuxième catégorie : les monopoles financés par des fonds publics	9
2.3. Troisième catégorie : les monopoles légalement protégés.....	10
2.4. Quatrième catégorie : les monopoles de plateformes	11
3. Les concessions	12
3.1. Qu’est-ce qu’une concession ?.....	13
3.2. Pourquoi offrir des concessions ?	15
3.3. Comment les concessions sont-elles offertes ?	16
3.4. Les concessions en tant qu’alternative à la privatisation	17
3.5. Appel à la concurrence pour l’octroi de concessions.....	17
3.5.1. La concurrence pour le marché versus la concurrence dans le marché.....	17
3.5.2. La procédure d’appel d’offres en tant qu’alternative à la fourniture directe.....	19
4. L’application du droit des ententes aux concessions	20
4.1. Définition du marché	20
4.2. Contrôle des fusions.....	21
4.2.1. Changement de contrôle.....	21
4.2.2. Analyse des effets sur la concurrence	24
4.2.3. Concurrence potentielle.....	25
4.2.4. Mesures correctives imposées dans le cadre du contrôle des fusions	26
4.3. Abus de position dominante.....	27
4.3.1. Abus d’exclusion.....	27
4.3.2. Abus d’exploitation	33
4.4. Collusion.....	34
5. Actions de plaidoyer et autres outils	36
5.1. Rôle des autorités de la concurrence.....	36
5.2. En faveur de quoi plaider ?	39
5.2.1. Contrats incomplets et renégociations.....	42
5.2.2. Attribution de concessions exclusives ou division par lots	44
5.2.3. Soumissions concertées.....	45
5.2.4. Exigences en matière de soumissions	45
5.2.5. Soumissions conjointes	46
5.2.6. Les problèmes de représentation des utilisateurs	46

5.2.7. Conserver des options	47
6. Conclusion.....	48
Notes de fin.....	50
Bibliographie	54

Encadrés

Encadré 1. Différences entre la concession et la passation d'un marché public en droit de l'UE.....	14
Encadré 2. Les concessions en tant que « concentrations » en vertu des règles communautaires et nationales en matière de contrôle des fusions	21
Encadré 3. Exemples de mesures correctives imposées à des concessionnaires dans le cadre du contrôle des fusions.....	26
Encadré 4. Offre prédatrice faite par un concessionnaire.....	28
Encadré 5. Accords d'exclusivité conclus par un concessionnaire au Brésil	29
Encadré 6. L'utilisation des concessions pour comprimer les marges	31
Encadré 7. L'octroi d'une concession exclusive en tant qu'abus d'exclusion	32
Encadré 8. Affaires de fixation de prix excessifs impliquant des concessionnaires.....	34
Encadré 9. Examens des procédures d'adjudication en Allemagne	36
Encadré 10. Règles de l'UE en matière d'aides d'État appliquées aux concessions.....	37
Encadré 11. Mécanisme d'évaluation <i>ex ante</i> de l'UE.....	38
Encadré 12. Les catégories d'enchères.....	40
Encadré 13. Exemples d'initiatives de plaidoyer	47

La concurrence pour le marché : Plaidoyer et procédures d'application du droit de la concurrence dans le cas des concessions

- Note de référence du Secrétariat -*

Ce document catégorise quatre types différents de monopoles où la concurrence « pour le marché » pourrait s'exercer. Il discute du rôle des concessions accordées par l'État comme un moyen de renforcer la concurrence dans des marchés où la concurrence « dans le marché » n'est pas toujours possible, et suggère que les concessions offrent une alternative pro-concurrentielle supérieure à la privatisation et à la régulation du service. Toutefois, nous suggérons que le risque de contrats incomplets et la marge de renégociation opportuniste signifient que les pouvoirs publics devraient, dans la mesure du possible, s'efforcer de stimuler la concurrence « dans le marché », et qu'ils devraient en tout cas procéder à une évaluation approfondie de l'opportunité d'utiliser des incitations du marché pour fournir des services. Parallèlement à des avis sur l'utilisation de lots, le traitement des risques de soumissions concertées et la manière de traiter les soumissions conjointes, nous identifions également les avantages qu'il y a à conserver un opérateur public, soit pour concourir en vue d'obtenir une concession, soit pour servir d'option extérieure si besoin est. Nous suggérons également d'envisager d'utiliser des mécanismes d'enchères continues qui exigent une auto-évaluation de la valeur des droits du concessionnaire.

Ce document identifie certains défis posés par les marchés de concessionnaires dans le cadre du contrôle des fusions et des enquêtes antitrust. À titre d'exemple, nous soutenons que l'existence d'un contrat de concessionnaire ne doit pas servir de justification permettant de conclure à une absence de changement de contrôle. Nous identifions le fait que les marchés de concessionnaires constituent un autre cas dans lequel la définition du marché ajoute peu de valeur. Nous identifions une gamme d'analyses pouvant être réalisées lorsque des données sur les soumissions sont disponibles, et soutenons que la concurrence potentielle est particulièrement importante dans les marchés de concessionnaires, ce qui entraîne deux conséquences : la nécessité de veiller à ce que des « acquisitions meurtrières » potentielles soient examinées, d'une part, et l'opportunité de retenir le critère plus économique de l'atteinte prévisible à la concurrence, qui a récemment été proposé en relation avec les marchés numériques, d'autre part. Nous considérons qu'il ne devrait guère être nécessaire que les autorités de la concurrence se saisissent de cas d'abus d'exploitation liés à une position dominante, mais que le problème des pratiques d'exclusion, telles les soumissions prédatrices, devrait être pris très au sérieux, en raison de la facilité relative avec laquelle la récupération de l'investissement peut intervenir (par comparaison avec les marchés traditionnels). En ce qui concerne les accords collusoires, nous notons que les autorités de la concurrence sont susceptibles de se fier particulièrement aux demandes de clémence et aux signalements des lanceurs d'alerte dans ces types de marchés, et pointons les risques liés aux mesures correctives qui nuisent davantage à la concurrence future.

* La présente note de référence a été rédigée par Chris Pike et Matteo Giangasero de la Division de la concurrence de l'OCDE.

1. Introduction

1. Les marchés concurrentiels recèlent souvent un paradoxe qui leur est inhérent. Lorsqu'une entreprise réussit à surpasser ses rivaux dans un marché libre et concurrentiel, elle peut se tailler une part de marché et monopoliser le marché, simplement parce qu'elle s'est montrée plus compétitive en raison de sa plus grande efficacité. S'il existe des barrières à l'entrée ou à la sortie, la puissance de marché ainsi créée peut s'avérer durable et donc nocive pour la concurrence, car elle va au-delà de la récompense temporaire de l'effort concurrentiel (investissement et innovation) qui a créé cette puissance de marché. Ainsi, la concurrence peut aboutir à dévorer la concurrence. La tendance des marchés à laisser jouer leurs propres mécanismes pour aboutir à la création d'une puissance de marché durable est donc l'une des failles classiques du marché (particulièrement si nous reconnaissons le potentiel des entreprises à être proactives pour protéger la puissance de marché qu'elles acquièrent).

2. La conscience de ce risque a contribué à motiver les pouvoirs publics du monde entier à investir dans des autorités de la concurrence et des autorités réglementaires afin de protéger la concurrence contre elle-même. Comme un casino qui sait que ses joueurs ne reviendront pas sans la possibilité de réaliser un gros gain, la politique de concurrence ne cherche pas à priver les entreprises de l'espoir de conquérir un monopole temporaire. En revanche, elle fixe les règles du jeu afin de garantir qu'en dépit de ces gros lots occasionnels et extrêmement visibles, le gagnant soit toujours finalement le consommateur, comme les ménages.¹

3. Le risque que la concurrence s'auto-dévore est peut-être plus aigu dans les marchés où il n'y a de place que pour une seule entreprise. Comme nous le verrons, il existe une diversité de raisons pour lesquelles un marché ne peut accueillir qu'une seule entreprise. Dans chaque cas, la caractéristique clé est que les barrières à l'entrée et à la sortie font que les entreprises tendent à se faire concurrence pour être le fournisseur de *l'intégralité du marché* de produits ou de services, plutôt que pour conquérir une part de marché (qu'il s'agisse d'une part d'unités, de contrats ou de consommateurs).

4. La nature binaire du succès ou de l'échec dans ces marchés signifie que ces marchés paraissent toujours concentrés lorsqu'ils sont correctement définis, ce qui ne signifie pas nécessairement, toutefois, qu'aucune contrainte concurrentielle ne pèse sur les détenteurs de ce marché intégral. Cependant, ces contraintes sont par définition plus faibles que dans d'autres marchés, de telle sorte que l'État peut jouer un rôle potentiel en étant proactif afin de faciliter la rotation sur ce marché (ou l'attrition). Dans certains cas, il peut y parvenir en limitant la durée de protection des brevets et en exigeant la divulgation des détails de conception en échange de cette protection ; dans d'autres cas, il peut imposer des exigences de portabilité ou des normes d'interopérabilité. Toutefois, nous nous concentrerons dans cette note sur le cas dans lequel l'État peut faciliter la rotation en offrant des concessions à durée limitée.

5. Les concessions sont des droits délégués permettant de gérer un service défini et de percevoir les recettes qui en découlent. En offrant des concessions à durée limitée, les États peuvent périodiquement supprimer les barrières significatives à l'entrée et rendre le marché contestable. Nous nous concentrerons dans la présente note sur les marchés dans lesquels les États et autres recourent à des concessions pour accroître la concurrence. Cet axe reflète à la fois l'importance de ces marchés, et les défis particuliers auxquels les autorités de la concurrence sont confrontées dans leurs fonctions de préconisation et d'application de la loi dans ces marchés.

6. Dans cette note, nous traiterons donc les questions clés suivantes : quand utiliser des concessions, comment les concevoir afin de protéger et de stimuler une concurrence plus efficace, et quels sont les défis qui se posent dans l'application du droit de la concurrence lorsque des concessions sont offertes. Cette note est structurée comme suit : la Section 2 catégorise quatre types différents de monopoles où la concurrence *pour le marché* pourrait s'exercer. La Section 3 explique la pratique des États lorsqu'ils accordent des concessions à des entreprises, et met en lumière le fait que les procédures d'adjudication de ces droits sont généralement conçues pour faciliter la concurrence dans certaines de ces catégories de monopole (souvent en réduisant périodiquement les barrières à l'entrée afin de permettre une concurrence *pour le marché* ou, dans certains cas, en stimulant la concurrence *dans le marché*). La Section 4 débat des principaux défis posés par ces types de marchés de concession, en matière de procédures de contrôle des fusions et antitrust, et la Section 5 traite de certains défis auxquels les autorités de la concurrence sont confrontées dans leurs actions de plaidoyer. Enfin, la Section 6 est consacrée à la conclusion.

2. La concurrence *pour le marché*

7. Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, la concurrence *pour le marché* désigne la situation dans laquelle des produits présentent des caractéristiques qui conduisent des entreprises à concourir, non pour conquérir une part de marché (qu'il s'agisse d'une part d'unités, de contrats ou de consommateurs), mais pour servir un marché de produits ou de services *dans son intégralité*. Il est donc important de reconnaître que la concurrence *pour le marché* n'est pas la même chose que la concurrence *pour un contrat* (Geroski, 2003).

8. Le marché en cause est généralement défini par le Test du monopoleur hypothétique (« test SSNIP »), qui consiste à déterminer le plus petit ensemble de produits pour lequel il est rentable pour un monopoleur hypothétique de fixer le prix (ou la qualité) à un niveau environ 5 % supérieur (ou inférieur) au niveau des concurrents sur une période non transitoire.²

9. Le concept de marché en cause identifie par conséquent les autres produits (et les entreprises qui les fabriquent) qui font peser des contraintes concurrentielles significatives sur le produit en question. Toutefois, il se peut dans certains cas qu'il n'y ait aucun autre produit imposant une contrainte suffisamment forte, de telle sorte que la concurrence *pour le marché* pourrait être la seule concurrence possible. Il peut s'agir, par exemple, des cas dans lesquels a) les produits alternatifs existants pourraient être insuffisamment substituables (et, dès lors, sortir des limites du marché) ; et b) les barrières à l'entrée de nouveaux produits *dans ce marché* pourraient être trop élevées.

10. Bien que ces types de produits soient par définition des monopoles qui ne sont soumis à aucune contrainte concurrentielle *forte* les empêchant d'augmenter leur prix pendant une longue période, ils peuvent néanmoins être confrontés à des contraintes concurrentielles plus faibles émanant de concurrents opérant hors de ce marché, qui pourraient concourir *pour le marché*. Par exemple, des contraintes provenant de l'extérieur du marché pourraient signifier qu'un monopoliste serait en mesure d'augmenter le prix dans une mesure faible mais significative, disons de 5-10 % (son incapacité à ce faire signifierait qu'il n'est pas un marché), mais ne pourrait pas l'augmenter dans une mesure plus importante, disons de 10-15 %. Dans ce cas, un tel marché impliquerait évidemment des marges bénéficiaires plus importantes, et serait moins concurrentiel qu'un marché sur lequel s'exercerait une concurrence *dans le marché* provenant d'un produit rival. En conséquence, dans les deux cas, la concurrence *pour le marché* n'est pas un bon substitut à la concurrence *dans le marché* (comme le reconnaît Geroski, 2003).

11. Pour être clair, la concurrence *pour le marché* ne correspond donc pas à l'idée qu'un marché pourrait être monopolisé mais demeurer *parfaitement* contestable en raison de faibles barrières à l'entrée (Baumol, 1982). Dans ces cas, un monopoliste hypothétique sur le marché candidat ne serait pas en mesure d'augmenter le prix de manière profitable, dans une mesure faible mais significative et pendant une longue période, sans attirer une substitution du côté de l'offre, et, dès lors, ce marché candidat ne constituerait pas un marché en cause pour les besoins d'une enquête antitrust. C'est pour cette raison que l'idée d'un *marché antitrust en cause parfaitement contestable* se heurte à une impossibilité logique.³ En dépit de cela, il peut néanmoins subsister un degré de contestabilité, et cette concurrence *pour le marché* sera souvent préférable à une absence de concurrence (voir Section 5.2.1 pour un exposé des circonstances dans lesquelles tel n'est pas le cas). À titre d'exemple, le succès de la concurrence *pour le marché* exige *soit* un nouveau produit capable de surmonter l'obstacle de la barrière à l'entrée (par ex., une innovation disruptive), *soit* une nouvelle version d'un produit existant (alternatif) qui est significativement moins cher/meilleur (par ex., des offres d'un plus grand nombre de vendeurs) que la version antérieure, et qui constitue donc un meilleur substitut. La concurrence *pour le marché* peut donc fournir une précieuse incitation à l'innovation afin de créer de nouveaux marchés (Nigro, 2017).

12. En effet, l'incitation à innover lorsqu'il existe une concurrence *pour le marché* serait plus importante, toutes choses étant égales par ailleurs, que cela ne serait le cas s'il était prévu que le nouveau marché entraînera une concurrence *dans le marché* (Aghion, 2005).⁴ Cela signifie que l'investissement dans l'innovation se concentrera probablement sur la création du type de produits ou de services qui caractérise une concurrence *pour le marché*. C'est ce qui explique pourquoi les droits de propriété intellectuelle offrent explicitement la promesse de protection qui pourrait, pendant une période temporaire, entraîner une concurrence *pour le marché* (étant donné que, ce faisant, l'innovation est concentrée sur des produits qui seraient autrement fournis en quantités insuffisantes, en raison de l'échec du marché découlant du risque que ces investissements soient parasités). Cela signifie également qu'il y aura de grandes incitations à investir dans l'innovation, afin de créer des produits ayant de puissants effets de réseau. Cela pourrait également signifier qu'il sera moins nécessaire de se soucier de la protection des incitations à investir sur ces marchés (étant donné que la puissance de ces incitations peut risquer d'évincer l'investissement sur les marchés où s'exerce une concurrence *dans le marché*).

13. Ces incitations à innover signifient qu'il n'est pas clair que la simple existence d'un monopole sur un marché, caractéristique d'une concurrence *pour le marché*, soit *nécessairement* un élément auquel il faudrait s'attaquer. Autrement dit, il peut y avoir des bénéfices d'efficience compensatoires qui seraient perdus si le monopole était démantelé, plutôt que remplacé *régulièrement* par un nouveau monopoliste.

14. Cela nous conduit à la considération politique importante suivante lorsqu'il existe une concurrence *pour le marché* : la force de la concurrence sur ces marchés peut être améliorée en facilitant le remplacement *régulier* du monopoliste, et non pas seulement par des efforts pour déconcentrer le marché (que ce soit du côté de l'offre ou de la demande). À titre d'exemple, cette politique pourrait comprendre l'appel à la concurrence pour l'octroi d'une concession, ou la fixation d'une limite à la durée de la protection légale conférée par les brevets, ou encore le re-basculement potentiel du marché en imposant la portabilité et l'interopérabilité après une période adéquate de récupération de l'investissement.⁵

15. Il existe quatre grandes catégories de concurrence *pour le marché* : celles qui sont protégées dans leurs coûts par des économies d'échelle du côté de l'offre ; celles qui sont

protégées par des droits légaux ; celles qui sont protégées par des rendements d'échelle bénéfiques du côté de la demande ; et celles qui n'existent que grâce à un financement public qui n'est pas disposé à tolérer une duplication des coûts fixes. Nous allons brièvement examiner chacune de ces catégories ci-après.

2.1. Première catégorie : les monopoles naturels

16. Les monopoles « naturels » sont la première catégorie de produits pour laquelle il peut y avoir une concurrence *pour le marché*, et l'une des catégories sur laquelle la présente note se concentrera. Ils sont considérés comme « naturels » car ils découlent des propriétés de la technologie de production, plutôt que des activités de l'État ou de rivaux.

17. D'une manière générale, les monopoles naturels se caractérisent par la forte baisse des courbes des coûts moyens et marginaux à long terme, de telle sorte qu'il n'y a de place que pour une seule entreprise afin d'exploiter pleinement les économies d'échelle disponibles et d'approvisionner le marché. Par essence, les monopoles naturels existent en raison d'économies d'échelle et d'économies de gamme qui sont significatives par rapport à la demande du marché. Les monopoles naturels sont censés exister dans certaines portions des industries dites « de réseau », tels l'électricité, les transports ferroviaires, le gaz naturel et les télécommunications. Étant donné que l'efficacité productive exige qu'il n'existe qu'une seule entreprise, les monopoles naturels sont habituellement soumis à une réglementation publique. Cette réglementation peut porter sur le prix, la qualité et/ou les conditions d'entrée.

18. Bien que les théoriciens néoclassiques soutiennent que les monopoles naturels n'existent pas (voir DiLorenzo, 1996)⁶, cet argument a été rejeté par la théorie économique dominante depuis que la question a été identifiée par John Stuart Mill en 1848. Les exemples de monopoles naturels édifiés par des entreprises privées et des entreprises publiques abondent. Il est d'ailleurs notable qu'un grand nombre de ces produits ont été initialement fabriqués par des entreprises privées, et qu'après une phase initiale de concurrence *pour le marché* ils se sont développés en monopoles à capitaux privés (voir, par exemple, le transport ferroviaire) qui ont ensuite été nationalisés ou réglementés.

19. On notera que dans chaque cas où un produit est un monopole naturel, il existera souvent des services en aval, qui, souvent, ne seront pas des monopoles naturels. Par exemple, un réseau national d'électricité peut être un monopole naturel, mais les fournisseurs d'énergie au détail (ou producteurs) ne le sont pas. Les fournisseurs d'énergie se font concurrence pour conquérir une part de marché et, s'ils augmentent les prix, il est prévisible qu'ils perdent une part de marché. Cette situation a conduit à supprimer les contrôles des prix, bien qu'ils aient été réintroduits dans les cas où la demande sur le marché s'est avérée insuffisamment engagée pour créer les incitations nécessaires afin de doper une concurrence efficace.

20. Un réseau ferroviaire peut être un autre exemple de monopole naturel, mais, ici encore, le matériel roulant fonctionnant sur le réseau peut l'être également ou non. Par exemple, si les économies d'échelle sont telles que seul un seul opérateur par ligne est viable, le matériel roulant sur chaque ligne peut être un monopole naturel. Ainsi, dans le cas où aucun opérateur rival ne souhaiterait entrer si le prix augmente de 5%, il s'agit d'un monopole naturel qui est susceptible d'exiger un certain degré de contrôle des prix.

21. En revanche, si de multiples opérateurs sont viables, par exemple sur des lignes ferroviaires plus fréquentées, le matériel roulant sur ces lignes ne serait pas un monopole naturel. Dans cette circonstance, si le régulateur décide néanmoins d'attribuer des droits

exclusifs d'exploitation d'une concession/franchise sur l'itinéraire, le produit serait soit un monopole financé par des fonds publics par défaut (voir 2.2), soit un monopole légalement protégé (dans certains cas, ceux-ci peuvent être des monopoles statutaires) (2.3).

22. Des infrastructures comme les ports, les tunnels et les ponts, peuvent être d'autres exemples classiques de monopoles naturels potentiels. Dans chaque cas, en fonction de la nature des coûts, un marché pourrait être servi de manière plus efficiente par un seul produit plutôt que par plusieurs. Tel pourrait être le cas, par exemple, des tunnels longs (tel le tunnel sous la Manche) ou des ponts (tel celui de l'île de Skye), en raison du ratio des coûts fixes par rapport à la demande, contrairement à des infrastructures de traversée plus courtes (celles de la Tamise, par exemple).

2.2. Deuxième catégorie : les monopoles financés par des fonds publics

23. Les monopoles financés par des fonds publics sont la deuxième catégorie de monopoles où pourrait s'exercer la concurrence *pour le marché*. Dans ces cas, le financement public est (généralement) justifié par le fait que la fourniture suffisante du produit est non économique en l'absence d'intervention de l'État.

24. Par exemple, les États achètent souvent des services de santé pour le compte de la population, en raison de la fourniture insuffisante de ces services par des marchés libres. Dans ces cas, l'État devient souvent le seul acheteur du service dans une zone locale. Si l'État décide dans ces circonstances d'acheter exclusivement auprès d'une seule entreprise, le seul type de concurrence qui peut exister est la concurrence *pour le marché*. Cela ne découle pas nécessairement des caractéristiques du service mais directement du choix de l'État d'acheter auprès d'une seule entreprise, plutôt qu'auprès de multiples entreprises qui se font ensuite concurrence dans un marché.

25. On pourrait également citer l'exemple d'un projet d'infrastructure qui n'est pas économique, même pour un monopoliste. Par exemple, un long tunnel ou un long pont. S'il n'est pas économique même pour un monopoliste, ce n'est pas un monopole naturel (qui est économique pour une entreprise mais non pour deux). Pour que ce monopole existe, il faut donc que l'État le crée, généralement parce qu'il considère les bénéfices du projet qui ne peuvent pas être captés autrement. Dans ces cas, les États ne financeront pas plus d'une entreprise pour construire une infrastructure non économique (bien qu'ils puissent réglementer l'accès à celle-ci).

26. Si l'État est le seul acheteur d'un produit, et s'il choisit d'acheter exclusivement auprès d'une seule entreprise, il crée alors un marché de monopole financé par des fonds publics.

27. La décision des États d'acheter exclusivement auprès d'une seule entreprise pourrait être motivée par la volonté de réaliser, ce faisant, des économies d'échelle ou de gamme. Par exemple, il peut être plus efficient dans une région donnée d'avoir un seul service d'urgence soutenu par un seul service d'ambulances plutôt que d'avoir de multiples services d'urgence et de multiples réseaux d'ambulances. La même motivation pourrait s'appliquer aux services de collecte des ordures.

28. Il existe de nombreux exemples de ces produits et services. De nouveaux exemples continuent d'ailleurs d'émerger dans les nouvelles technologies, lorsque les marchés libres n'investissent pas dans ces produits dans certaines conditions du marché, ce qui produit un sous-investissement qui peut limiter une économie de gamme pour une croissance inclusive. Les exemples récents incluent la 4G mobile rurale et l'ultra-haut débit.⁷

2.3. Troisième catégorie : les monopoles légalement protégés

29. Les monopoles légalement protégés constituent la troisième catégorie. Certains produits protégés par un brevet, qui ne peuvent pas être copiés en raison des droits de propriété intellectuelle détenus par leur propriétaire en sont l'exemple le plus évident. Toutefois, seule une minorité de ces produits seront des monopoles, étant donné que la protection légale accordée au produit ne sera pas suffisamment large, dans la plupart des cas, pour protéger le produit contre la concurrence exercée par des produits différenciés, qui remplissent la même fonction et vers lesquels les consommateurs pourront se tourner en cas d'augmentation des prix. Cependant, il est souvent vrai que des innovations de rupture permettront pendant un certain temps aux produits brevetés de se différencier suffisamment d'autres produits offrant la même fonction, tout en bénéficiant d'une protection légale contre l'entrée de rivaux souhaitant réaliser une copie du même produit.

30. L'innovation qui conduit à une création artistique représente un type légèrement différent d'innovation pouvant relever de cette catégorie. Par exemple, une chanson, un film ou une peinture bénéficient chacun d'une protection légale contre la copie (les copies dites « pirates »). Bien que ces œuvres soient susceptibles de concourir dans le marché avec d'autres œuvres, elles sont également différenciées et jouissent dès lors d'une protection légale ajoutée contre l'imitation directe, de telle sorte que leur prix est significativement plus élevé que le coût marginal de reproduction. La réponse à la question de savoir si cette marge bénéficiaire est suffisamment supérieure au prix d'une œuvre concurrente (en y incluant une part des coûts fixes encourus pour produire l'œuvre) pour constituer un marché antitrust variera habituellement en fonction de l'œuvre en question.

31. D'autres produits, loin d'être innovants, jouissent toutefois d'une protection légale grâce à des droits exclusifs octroyés par l'État (ou une autre entité). Il s'agit par exemple du droit d'exploiter des ressources naturelles, d'utiliser des bandes du spectre électromagnétique ou de télédiffuser des événements comme des tournois sportifs. En fonction de la nature des substituts potentiels qui existent, ils peuvent également constituer chacun des marchés qui sont des monopoles en vertu de la protection légale dont ils bénéficient. Toutefois, en l'absence de puissants motifs d'efficacité le dissuadant de ce faire, il est simple pour l'État de créer une concurrence *dans le marché* en divisant ces droits en lots exclusifs séparés. Par exemple, en attribuant des sections séparées du spectre à des soumissionnaires différents, et en divisant des droits d'extraction ou des bouquets de droits de diffusion en lots séparés. Dans certains cas, les entités adjudicatrices peuvent décider de ne pas attribuer des droits exclusifs, même en lots plus petits, et préférer attribuer des droits non exclusifs afin de renforcer la concurrence *dans le marché* qui s'ensuit. Il convient toutefois de noter que si l'objectif n'est pas l'efficacité mais plutôt la maximisation des recettes, la division en lots (ou autres unités mises aux enchères) pourrait ne pas être la bonne solution. Cependant, l'octroi de multiples licences non exclusives peut s'avérer très efficace pour développer et améliorer un produit ; voir par exemple, le code source ouvert (tel celui de Linux ou de la Blockchain Libra) ou encore la concession de licences de grande ampleur sur la recherche fondamentale menée par des universités.

32. On peut également citer, à titre d'exemple supplémentaire, le fait que des droits légaux peuvent également s'attacher à des droits sur des actifs corporels, tels des biens immobiliers et la propriété foncière plus généralement. Posner & Weyl (2018) notent, dans ce sens, que des droits immobiliers exclusifs peuvent équivaloir à un monopole, étant donné que chaque bien immobilier est dans une certaine mesure unique par sa position et sa nature. Ils mettent en lumière, par exemple, les problèmes et les marges bénéficiaires énormes que ces monopoles détenus sur des parcelles de terrain peuvent créer, particulièrement

lorsqu'ils sont exigés pour réaliser un projet d'infrastructure. Ils plaident donc en faveur de la suppression de droits d'exclusivité illimités sur des terrains, et de leur remplacement par des droits conditionnels. Ces droits sont déjà conditionnels dans une certaine mesure, étant donné que les terrains peuvent, dans certaines juridictions et certaines circonstances, faire l'objet d'une expropriation. Toutefois, Posner & Weyl proposent que le droit immobilier soit libéré si un acheteur satisfait à la clause de libération que le propriétaire a stipulée à propos du bien concerné (et sur lequel le propriétaire paie une taxe, afin d'inciter les propriétaires à estimer correctement la valeur du bien immobilier en question). L'espoir étant qu'en accroissant la concurrence sur le marché de l'immobilier de cette manière, les prix de l'immobilier seront ajustés dans une mesure radicale, ce qui rendra les villes plus abordables pour les citoyens qui y vivent.⁸

2.4. Quatrième catégorie : les monopoles de plateformes

33. Les « monopoles de plateformes » représentent la quatrième catégorie de monopoles où pourrait s'exercer la concurrence *pour le marché* ou la concurrence *dans le marché*. Il s'agit de produits caractérisés par de puissants effets de réseau. Ces effets génèrent une valeur croissante grâce à leur échelle. Nous entendons par cela le fait que la valeur ou la disposition à payer pour le produit croît, parfois de manière exponentielle, au fur et à mesure de la croissance de l'échelle. On peut citer, à titre d'exemples, les réseaux sociaux, les réseaux mobiles et les produits de vente et de recherche en ligne, où les effets de réseau sont suffisamment puissants pour stimuler la concurrence *pour le marché*, plutôt que la concurrence *dans le marché* (la dynamique en vertu de laquelle « le vainqueur remporte toute la mise/ou presque »). Pour être clair, la présente note ne prend pas position sur la question de savoir si la puissance des effets s'attachant aux produits numériques existants atteignent ce seuil, mais rappelle uniquement que ce seuil doit exister. Il convient de noter que beaucoup ont considéré que ce seuil a été atteint dans le cas des réseaux mobiles, d'où la nécessité d'imposer la portabilité et l'interopérabilité dans ces réseaux. Par ailleurs, après avoir examiné cette problématique, plusieurs études récentes de Digital Competition estiment que le seuil a été atteint dans le cas des réseaux sociaux et des produits de vente et de recherche en ligne existants (voir Furman et al., 2019, Crémer et al., 2019, Scott Morton et al., 2019, Haucap, 2019 et ACCC, 2019).

34. Il est vrai que ces produits peuvent *également* se caractériser par des économies d'échelle traditionnelles du côté de l'offre, et par des coûts marginaux extrêmement bas à la suite d'investissements ayant entraîné des coûts fixes substantiels, mais ces deux éléments ne sont généralement pas d'une ampleur de nature à stimuler la concurrence *pour le marché*. En effet, la multiplicité des entreprises qui réalisent ces investissements afin de développer des algorithmes servant à différentes utilisations le démontre abondamment.

35. Si les effets de réseau sont suffisamment puissants, ces monopoles pourraient être qualifiés de monopoles « naturels » (du côté de la demande), en ce sens qu'ils dérivent de conditions exogènes du marché et non de l'État ou du comportement des entreprises. Toutefois, le fait qu'ils dérivent de facteurs liés à la demande les différencie fondamentalement des monopoles « naturels » (facteurs liés à l'offre). En particulier, la flexibilité de la demande, par comparaison avec l'inflexibilité de l'investissement en coûts fixes nécessaire pour réaliser des économies d'échelle, signifie que ces marchés ont au moins le potentiel de re-basculer *occasionnellement* si la demande change, ce qui ne sera pas le cas des économies d'échelle du côté de l'offre. Par exemple, un réseau ferroviaire ne re-basculera jamais, il pourra être usurpé par une ligne aérienne, une route ou un train à

grande vitesse, mais un basculement coordonné de la clientèle ne représenterait pas une menace à lui seul.

36. Toutefois, reconnaître le potentiel de ces marchés à re-basculer ne revient pas à sous-estimer la difficulté d'un basculement coordonné, et, partant, à surestimer la probabilité qu'ils re-basculent sans les mesures d'interopérabilité qui ont été appliquées dans le secteur de la téléphonie mobile et qui traitent le problème sous-jacent de coordination qui détermine la nature de la concurrence dans ces types de marchés. En particulier, c'est ce problème de coordination qui empêche les utilisateurs de capter la valeur des externalités qu'ils apportent au réseau. Ces produits sont donc particulièrement vulnérables au risque que les rentes soient capturées par l'opérateur de la plateforme, qui peut agir comme un goulot d'étranglement entre les utilisateurs tout en internalisant cette valeur. Les exceptions pourraient inclure Wikipedia et des logiciels libres comme Linux.⁹

37. Comme dans le cas des monopoles légalement protégés (catégorie 3), la rente peut fournir une précieuse incitation à innover et à construire un nouveau produit qui capture le marché. Toutefois, à la différence des régimes de propriété intellectuelle classiques, le monopole n'est potentiellement soumis à aucune limitation de durée. Au contraire, comme dans le cas des droits immobiliers, la rente qui peut s'accumuler peut surpasser largement l'incitation qui est nécessaire pour générer l'innovation originelle. Cela pourrait signifier qu'une période de concurrence initiale acharnée est suivie d'une longue période d'absence de concurrence. Il est notable, par exemple, que les responsables politiques limitent la durée des concessions et que les demandes de brevets exigent la divulgation d'informations suffisantes pour reproduire, et, dès lors, à l'issue d'une période de temps appropriée, saper un monopole qui repose sur la propriété intellectuelle revendiquée. Les responsables politiques peuvent donc souhaiter mettre en place des mécanismes afin de garantir que les monopoles que ces entreprises construisent puissent, après une période de temps appropriée, être déconstruits (permettant ainsi aux rentes de faire retour aux utilisateurs).

3. Les concessions

38. Comme nous l'avons vu, il existe différents types de marchés où la concurrence *pour le marché* peut s'exercer. Dans la présente note, cependant, nous nous concentrons sur les marchés où la réponse de l'État à la nature différente de cette concurrence, en particulier à l'absence de concurrence *dans le marché*, consiste à offrir des concessions à durée limitée afin de faciliter l'entrée et la sortie et de stimuler la concurrence *pour le marché*. Cela reflète à la fois l'importance de ces marchés de concessions et les défis particuliers auxquels les autorités de la concurrence sont confrontées dans leurs fonctions de plaidoyer et d'application de la loi sur ces marchés.

39. Comme nous l'avons noté, il serait concevable que des concessions puissent être offertes dans chacune des catégories évoquées ci-dessus. Cela étant dit, nous nous concentrerons ici sur les types les plus courants, c'est-à-dire les marchés des monopoles naturels, des monopoles financés par des fonds publics et de quelques monopoles légalement protégés. Nous faisons observer que les défis liés à la nécessité de repenser l'application du droit des ententes dans le domaine des plateformes numériques ont déjà été examinés (OCDE, 2018), de telle sorte que nous laissons à une discussion future le soin de débattre de la question de savoir si certaines plateformes sont en fait des monopoles, et des mesures que les autorités de la concurrence devraient préconiser dans ces marchés.¹⁰

3.1. Qu'est-ce qu'une concession ?

40. Une concession consiste à accorder le droit de gérer un service défini et de percevoir les recettes qui en découlent (OCDE, 2007). Une concession peut être octroyée, par exemple, pour exploiter un port ou un aéroport, ou pour fournir des services de transport, de chauffage, d'approvisionnement en eau et d'assainissement. Le concessionnaire prend possession des actifs concernés (mais l'État en conserve généralement la propriété) et les utilise pour fournir le produit ou le service en question, conformément aux termes du contrat. Les concessions diffèrent donc de la simple passation de marchés publics, où l'État paie lui-même un entrepreneur pour fournir des travaux, des fournitures ou des services.

41. Dans un marché où des concessions sont offertes, le concessionnaire vend aux utilisateurs. Toutefois, il soumissionne également pour « acheter » le contrat de concessionnaire auprès de l'État (le vendeur du droit de concession permettant de gérer le service). C'est pourquoi, lorsqu'elles examinent la valeur que les consommateurs tirent de ces marchés, les autorités de la concurrence doivent examiner la valeur offerte à la fois aux utilisateurs (qui achètent le service et pourraient donc être vulnérables à la puissance de marché conférée par le monopole) et à l'État (qui vend les droits au concessionnaire et pourrait donc être vulnérable à la puissance de marché conférée par le monopsonne). Le manque de contrôle de la puissance de marché d'un monopsonne par les autorités de la concurrence suggère que cet aspect des marchés de concessions pourrait poser des défis, particulièrement si les autorités de la concurrence interprètent la notion de « consommateur » selon la norme de bien-être du consommateur dans un sens littéral. Comme l'ont noté Hovenkamp (2019) et l'OCDE (2019), la norme de bien-être du consommateur devrait plutôt être interprétée plus largement pour tenir compte des intérêts des citoyens en termes d'efficacité.¹¹ On prendrait ainsi en compte à la fois les intérêts des contribuables et des citoyens au nom desquels l'État décide de déléguer des droits lorsqu'il offre une concession.

42. Il convient toutefois de noter qu'étant donné que l'État n'agit pas ici en tant qu'entreprise publique, mais qu'il offre plutôt des droits pour le compte de citoyens et de contribuables, la norme selon laquelle la répartition compensatoire du pouvoir des concessionnaires de devenir acheteurs de la concession pourrait entraîner une baisse des prix pour les utilisateurs ne s'applique pas (alors qu'elle s'applique souvent dans d'autres marchés caractérisés par de puissants vendeurs d'intrants). Au contraire, on peut s'attendre à ce que l'exercice d'une puissance de marché de monopsonne lèse à la fois les citoyens et les utilisateurs (ces deux catégories se chevauchant bien entendu dans une mesure considérable).

43. Il est important de noter que le prix auquel l'État vend le droit de concessionnaire peut être positif, mais peut également être égal à zéro ou négatif. Par exemple, il peut lancer un appel d'offres et adjuger le droit au soumissionnaire qui est disposé à gérer le service en échange de la redevance la plus faible. Dans ces cas, la fiabilité et la qualité du service peuvent également constituer des aspects clés des offres présentées par des concessionnaires potentiels, et devraient donc être prises en considération par les autorités de la concurrence en tant que dimension importante de la concurrence.

44. L'analyse économique d'une concession est donc identique, pour l'essentiel, à celle qui est réalisée dans le cadre d'un appel d'offres pour la passation d'un marché public, si ce n'est que, dans certains cas, il existe également une marge de concurrence supplémentaire entre le concessionnaire et d'autres rivaux (bien que, dans ces cas, la

concurrence pour la concession n'équivale pas, bien entendu, à une concurrence *pour le marché*).

45. Malheureusement, il n'existe pas de données disponibles sur la valeur des concessions qui sont offertes dans différents pays ; toutefois, Saussier & Tirole (2015) rapportent que les concessions octroyées en France représentent un volume de plus de 100 millions EUR par an, soit environ 5 % du PIB français.

Encadré 1. Différences entre la concession et la passation d'un marché public en droit de l'UE

La différence principale entre une concession et un marché public tient au fait que, dans le cas d'un marché public, une entreprise reçoit le paiement d'un montant fixe pour réaliser l'ouvrage ou fournir le service requis, tandis que, dans une concession, l'entreprise est rémunérée essentiellement par le fait qu'elle est autorisée à gérer et exploiter l'ouvrage ou le service et est exposée à une perte potentielle sur son investissement.¹²

La Directive 2014/23/UE,¹³ définit les concessions comme « des contrats à titre onéreux par lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou une ou plusieurs entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou la réalisation et la gestion de services à un ou plusieurs opérateurs économiques. L'objet de ce type de contrat est l'acquisition de travaux ou la réalisation de services par voie de concession, la contrepartie consistant en un droit d'exploiter les ouvrages ou services ou en ce droit accompagné d'un prix. Si de tels contrats peuvent impliquer, sans que cela soit obligatoirement le cas, un transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices, ce sont toujours les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui obtiennent les avantages liés aux travaux ou services en question. »

Avant même l'entrée en vigueur de la Directive de 2014,¹⁴ les tribunaux de l'UE ont clarifié le fait que « la différence entre un marché public de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services. Le marché de services comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services [...], alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix [...]. Si le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, [...] la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question et que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services. »¹⁵

L'importance du transfert du risque a été récemment confirmée dans les conclusions de l'Avocat général Sharpston du 21 mars 2019 dans l'Affaire C-526/17, *Commission européenne c. Italie*, « [i]l est dans la nature même d'une concession que la majeure partie du risque est transférée au concessionnaire. Ainsi, contrairement à d'autres types de contrats, le concessionnaire [...] doit accepter l'existence d'un risque futur lors de la conclusion du contrat initial ». L'Avocat général Sharpston note également que « [l]es règles ordinaires de la prudence commerciale permettront de répercuter le risque devant être ainsi assumé sur l'offre présentée et/ou sur les négociations approfondies portant sur le contrat lui-même. »

3.2. Pourquoi offrir des concessions ?

46. Dans chacune des catégories visées à la Section 2, l'État pourrait décider d'offrir à un concessionnaire le droit de servir le marché.

- Les États peuvent décider de créer et de détenir des monopoles *naturels* qui permettent de réaliser de grandes économies d'échelle, puis décider d'offrir une concession afin de fournir le service. Cela leur permet de garantir que les efficacités générées par ces économies d'échelle profiteront aux contribuables. Ils peuvent en particulier construire le produit et en assurer la maintenance, puis lancer un appel à la concurrence pour sélectionner un tiers efficace qui fournira le service en vertu d'une concession. À titre d'alternative, ils peuvent construire le produit, puis lancer un appel à la concurrence afin qu'un tiers en assure la maintenance et fournisse les services en vertu d'une concession. Enfin, ils peuvent également conclure un contrat ou un partenariat avec une entreprise privée pour réaliser la construction et assurer la maintenance (et le financement) du produit, puis lancer un appel à la concurrence afin de sélectionner un tiers efficace qui fournira le service en vertu d'une concession.
- En présence de monopoles *financés par des fonds publics* (par ex. si le produit est non économique en l'absence d'une intervention de l'État), l'État peut offrir une concession pour exploiter le service qu'il finance. Comme dans le cas d'un monopole naturel, le concessionnaire pourrait également devoir construire et/ou entretenir le produit, et exploiter ensuite le service correspondant. Dans chaque cas, il existe également une option alternative, qui consiste à diviser la concession en lots exclusifs (franchises), ou en lots non exclusifs, et ce faisant, à introduire une concurrence *dans le marché*. Cette pratique est courante, par exemple, dans le secteur de la santé, de l'éducation et des créneaux aéroportuaires.
- Les États pourraient offrir des concessions sur des monopoles *légalement protégés*, tel le droit d'exploiter une loterie nationale, ou encore les droits exclusifs de diffusion d'événements sportifs ou d'autres événements très médiatisés.
- Enfin, il est finalement concevable que des concessions puissent être offertes sur des *monopoles de plateformes*. À titre d'exemple, des concessions d'exploitation de marchés physiques ont aidé à générer des effets de réseau, tels les marchés de la viande, du poisson ou des fruits et légumes. Il n'existe pas encore d'exemples de ce type dans le domaine des plateformes numériques, bien que certains éléments suggèrent que la création de certaines plateformes numériques, dont l'exploitation serait ensuite offerte en vertu de concessions, pourrait être un objectif de politique publique. Par exemple, il a été suggéré que le contenu en ligne d'un journal local au Royaume-Uni pourrait être hébergé par la BBC (et d'autres ont proposé que la BBC offre une option publique pour un réseau social),¹⁶ tandis qu'à Chicago et à New York les autorités locales ont envisagé de construire une application de VTC, qui aurait pu conduire à offrir une concession pour la construction, la maintenance et l'exploitation d'une plateforme, dont la valeur des effets de réseau croisés de la plateforme aurait davantage profité aux contribuables ou aux utilisateurs de chaque côté de la plateforme.¹⁷

47. Offrir une concession permet de transférer certains risques des contribuables vers le secteur privé. Les concessions transfèrent des risques de production (dépassements du coût de construction), des risques d'exploitation (dépassements des coûts d'exploitation) et des risques liés à la demande (découlant de l'incertitude ou de la mauvaise estimation de la

demande). Dans certains cas, par exemple, une concession pourrait simplement couvrir l'exploitation d'un service, et habiliter le concessionnaire à générer des revenus grâce à la facturation de ces services auprès des utilisateurs, mais elle pourrait, dans d'autres cas, inclure également (en tout ou en partie) le financement, la construction et/ou la maintenance de l'infrastructure requise pour fournir ce service.

48. Le fait d'inclure la construction et/ou la maintenance dans la concession a une incidence sur les incitations de l'entreprise à investir dans l'infrastructure. Par exemple, les concessions offrent aux États un moyen d'inciter des entreprises à investir à long terme dans l'infrastructure, puisqu'ils peuvent espérer que les entreprises investiront davantage si la concession leur donne le droit de percevoir les recettes générées par leur investissement. Toutefois, les États peuvent, à titre d'alternative, s'engager eux-mêmes à financer ces investissements à long terme. Bien que certains États doivent parfois lutter pour faire émerger la volonté politique nécessaire afin de prendre et de maintenir un tel engagement, il convient de noter que l'État a l'avantage de pouvoir adopter une approche du financement à long terme d'un investissement plus patiente que celle des marchés de capitaux.

3.3. Comment les concessions sont-elles offertes ?

49. Les droits consentis à un concessionnaire peuvent être vendus de différentes manières ; par exemple, l'État peut vendre ces droits exactement selon les mêmes méthodes que celles qu'il utilise pour se procurer ou acheter des produits et services au moyen d'un appel d'offres ou d'enchères, de négociations concurrentielles ou de concours de beauté. Un contrat de concession peut comporter de nombreux paramètres, y compris la spécification des prix qui seront payés par les utilisateurs, de l'investissement, des niveaux de service ou des redevances à payer à l'État ou par ce dernier. Le contrat conclu est d'une durée limitée, et peut également être subordonné à la réalisation de certains objectifs. À titre d'exemple, Saussier & Tirole (2015) notent que le contrat pour le viaduc de Millau en France a été conclu pour une durée de 78 ans, mais stipulait une option de résiliation anticipée, valable à compter de 2044 et au-delà, dès lors que le chiffre d'affaires réel cumulé excéderait 375 millions EUR.

50. Les concessions sont habituellement réglementées, même si elles sont adjugées à l'issue d'un appel à la concurrence. À titre d'exemple, les concessions portant sur des monopoles naturels peuvent toujours être soumises à la réglementation des prix qui empêche l'abus de la position dominante qu'elles ont acquises (voir Section 4.3.2. ci-dessous). Cette réglementation pourrait, par exemple, prendre la forme d'une réglementation du prix fixé pour atteindre le taux de rendement ou d'un plafonnement du prix. De la même manière, les concessions non exclusives, par exemple celles qui sont octroyées pour la fourniture d'un service de santé par une installation spécifique, feront toujours l'objet d'inspections de l'installation, d'une évaluation par rapport aux objectifs et d'une réglementation du personnel qu'elle emploie, afin de garantir le respect de normes de qualité minimums. Les réglementations peuvent prendre d'autres formes, notamment des exigences d'accès si le concessionnaire est actif, ou susceptible de l'être, dans d'autres marchés verticalement liés. L'offre d'une concession ne devrait donc pas être considérée comme un substitut à la réglementation.

51. Lorsqu'il décide d'offrir une concession, un État examine généralement les différentes options disponibles, y compris celle de fournir directement le service, celle de privatiser, celle de faire appel à la concurrence pour la prestation de ce service, ou celle de stimuler la concurrence *dans le marché*. Nous examinerons, dans la Section 3.4, les

inconvénients de la privatisation, avant d'aborder, dans la Section 3.5, les avantages relatifs de l'appel à la concurrence, en tant qu'alternative à la prestation directe du service et à la concurrence *dans le marché*.

3.4. Les concessions en tant qu'alternative à la privatisation

52. Dans les marchés où la concurrence s'exerce *pour le marché*, un État peut maintenir des barrières à l'entrée à un niveau faible, en offrant une concession pour une durée limitée et en ne vendant (privatisant) pas les actifs. Ce faisant, il peut garantir que la concurrence *pour le marché* soit plus forte qu'elle ne le serait autrement. Par exemple, choisir de ne pas privatiser un monopole naturel crée une incitation concurrentielle pour l'entreprise privée, l'entreprise publique ou l'entité sans but lucratif remportant la concession, qui l'encourage à fournir un service de valeur supérieure à celui qu'elle fournirait autrement.

53. En effet, les avantages tirés de la privatisation de la propriété et de la prestation de services comme ceux des monopoles naturels ou des monopoles financés par des fonds publics ne sont pas clairement identifiables. La recherche suggère qu'il existe peu de preuves qu'un modèle de propriété donné soit intrinsèquement plus efficace que les autres modèles possibles (voir les travaux de l'UNDP, 2015, Bel et al, 2010, Estache et al, 2005, Estrin et al, 2009, Andersson et al. (2011) et Knyazeva, Knyazeva & Stiglitz, 2013). En outre, à supposer même que l'entité privatisée s'avère être un prestataire plus efficace, son incitation à opérer sur ce marché est de pouvoir fixer un prix à un niveau de monopole, et, si la réglementation des prix l'en empêche, à sous-investir plutôt en termes de qualité ou de capacité.

54. La réglementation qui permettrait d'éliminer ce risque de tarification excessive et de qualité inadéquate est compliquée par la nécessité d'obtenir les informations nécessaires auprès d'un monopoliste réticent, qu'il s'agisse d'informations sur le prix ou sur les dimensions potentiellement multiples de la qualité. En outre, en l'absence d'incitations, on voit mal comment exiger une fourniture efficace du service, à moins qu'il n'existe : a) une référence claire, exogène et analogue par rapport à laquelle la performance peut être évaluée ; et b) un mécanisme efficace permettant de rendre l'entreprise responsable en cas de non-respect de cette norme.

55. En conséquence, si la concurrence est *pour le marché*, les responsables politiques ont le choix entre exploiter le service eux-mêmes (fourniture directe) et recourir à des incitations concurrentielles. Ces incitations peuvent être générées en lançant un appel à la concurrence pour la prestation de ce service en vertu d'une concession, ou en créant un espace pour la concurrence *dans le marché*.

3.5. Appel à la concurrence pour l'octroi de concessions

3.5.1. La concurrence pour le marché versus la concurrence dans le marché

56. Dans le cas de monopoles naturels, présentant un déclin important de leurs courbes moyennes de coûts marginaux à long terme, il est fréquent qu'il n'y ait de place que pour une seule entreprise afin d'exploiter pleinement les économies d'échelle et d'approvisionner le marché. Dans ces cas, la concurrence *dans le marché* n'est pas faisable. Toutefois, dans le cas des monopoles financés par des fonds publics ou des monopoles légalement protégés, les motifs d'efficacité justifiant d'offrir une concession exclusive et de se fonder sur la concurrence *pour le marché* sont faibles. Au contraire, il est souvent possible de stimuler une concurrence plus efficace *dans le marché*. Par exemple, de multiples concessions pourraient

être offertes pour différents bouquets de diffusion d'événements sportifs, pour différentes zones d'exploitation minière, pour différents créneaux aéroportuaires, et pour différentes parties du spectre. Si plusieurs soumissionnaires l'emportent, ils seront fréquemment en concurrence sur un marché en aval.

57. Cette concurrence *dans le marché* fournit aux rivaux une incitation à se faire concurrence sur les aspects du service auxquels les utilisateurs accordent de la valeur (sous réserve qu'ils puissent les respecter), plutôt que sur les aspects auxquels l'autorité concédante accorde de la valeur. Étant donné que l'on peut s'attendre à ce que les utilisateurs accordent plus d'importance à la qualité, cette situation contribuera à améliorer la valeur du service fourni par le marché (une meilleure qualité et des services plus innovants à prix bas), et non pas seulement à fournir des services moins chers, en rognant sur les dépenses afin de réduire les prix. Cette tentation de rogner sur les dépenses est un risque particulier car il est difficile de rédiger des contrats qui engagent les fournisseurs à tenir les promesses faites dans les documents de soumission, lorsque la qualité est multidimensionnelle et difficile à vérifier ou à évaluer par rapport à un critère de référence.

58. Donner le droit de choisir aux utilisateurs avertis plutôt qu'aux acheteurs publics accroît également le niveau de pression concurrentielle. Le fournisseur est dès lors incité à lutter contre ses concurrents pour conquérir chaque utilisateur, chaque année, et donc à faire en sorte de répondre chaque année aux diverses priorités des utilisateurs. En revanche, l'offre de concessions exclusives supprime le risque que le fournisseur perde des recettes dont profiteront ses rivaux pendant la durée du contrat, et l'incitation concurrentielle se concentre donc uniquement sur le moment où le contrat doit être renouvelé. Ces contrats durent habituellement de nombreuses années, de telle sorte que la menace pesant sur le flux de financement du fournisseur est moins immédiate.

59. En outre, la menace qu'un acheteur public change de concessionnaire peut être moins crédible, et, partant, la contrainte concurrentielle est plus faible. Lorsqu'un acheteur public fait un choix, les fournisseurs ne se font pas concurrence pour conquérir l'utilisateur marginal dans un groupe hétérogène d'utilisateurs, et les utilisateurs non marginaux ne sont donc plus protégés par l'incitation du fournisseur à livrer concurrence pour conquérir des utilisateurs marginaux qui sont plus sensibles aux changements de qualité. Au contraire, l'incitation est de livrer concurrence pour obtenir la préférence d'un évaluateur qui s'intéresse à l'utilisateur moyen, n'utilise pas le service lui-même et peut faire un compromis entre les économies de coûts et la continuité (et les inconvénients liés à l'organisation d'une procédure d'appel à la concurrence) au détriment du bien-être de l'utilisateur. Il existe également un risque que des avantages acquis se créent au profit du concessionnaire en place pendant le contrat, et que les gouvernements futurs renoncent à une procédure d'appel à la concurrence pour le renouvellement de ce contrat, réduisant ainsi l'incitation du concessionnaire à se bâtir une bonne réputation en tenant les promesses faites dans son offre initiale.

60. Cela signifie que les États ont de bons motifs d'introduire la concurrence *dans le marché* dans l'exploitation du service à moins qu'il n'existe des pertes d'efficacité importantes et bien documentées découlant de cette concurrence. Si la concurrence *dans le marché* devait réduire l'efficacité, ils pourront souhaiter soit offrir une concession exclusive, soit, en présence de risques importants liés à la conclusion de contrats incomplets ou de coûts de transaction élevés, exploiter directement le service en brandissant la menace de la contestabilité pour stimuler l'efficacité. Nous allons examiner ces options ci-après.

3.5.2. La procédure d'appel d'offres en tant qu'alternative à la fourniture directe

61. Traditionnellement, l'argument avancé en faveur de la procédure d'appel d'offres pour l'octroi d'une concession en vue de la prestation d'un service – plutôt que de faire fournir ce service directement par le secteur public – était qu'une entité exploitant un monopole n'est soumise à aucune pression concurrentielle de nature à stimuler une performance efficiente et ne peut pas se fonder sur des informations relatives au marché de l'offre et de la demande.

62. D'aucuns ont pu ajouter par le passé que le fait qu'une entreprise privée est tenue de rendre des comptes à ses actionnaires constitue un second avantage. Toutefois, aucune théorie ou preuve ne semble clairement justifier cet argument. En tout cas, les entreprises privées contestent de plus en plus que la primauté de l'actionnaire soit leur objectif principal.¹⁸

63. En outre, il est devenu clair que les appels d'offres, et l'externalisation – par opposition à la menace crédible de l'appel à la concurrence – ne sont pas des conditions nécessaires pour qu'une pression concurrentielle s'exerce sur des prestataires de services du secteur public.

64. À titre d'exemple, bien qu'il existe des preuves que des économies de coûts sont réalisées lorsqu'un appel d'offres est lancé pour la fourniture de services plus homogènes, comme l'élimination des déchets (voir Szymanski & Wilkins, 1993), d'autres preuves suggèrent que ces économies déclinent au fil du temps. Par exemple, la méta-analyse réalisée par Petersen, Hjelmar & Vragbaek (2018) constate que des économies de coûts de 4% ont baissé entre 2000 et 2014. De la même manière, une récente méta-analyse réalisée par l'Institute for Government (2019) a mis en évidence des économies de l'ordre de 5-10%. Toutefois, les auteurs ajoutent un avertissement en indiquant que la plupart des études n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de qualité, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'en tirer une conclusion sur l'amélioration ou non de ces valeurs.

65. Sturgess (2015) fournit un éclairage utile sur les raisons du déclin des économies de coûts, en décrivant la manière dont la productivité et la qualité de l'eau de Sydney se sont améliorées dans une mesure spectaculaire grâce à l'approche de la contestabilité qui a créé une menace crédible d'externalisation, afin de stimuler une productivité accrue du prestataire de services public.

66. Des résultats similaires ont été observés dans le cas de la franchise du réseau ferroviaire principal de la côte est du Royaume-Uni, dont l'exploitation a été reprise par un opérateur public au moment où l'opérateur privé, National Express, a failli à ses obligations contractuelles. L'opérateur public qui a repris la franchise a réussi à augmenter le nombre de passagers, le chiffre d'affaires et le bénéfice, de telle sorte que l'État a pu engranger des recettes supérieures à celles que l'opérateur privé lui versait. Toutefois, en dépit de ce succès, la franchise a de nouveau fait l'objet d'un appel d'offres et l'opérateur public (« Directly Operated Railway ») a été empêché de soumissionner et a été démantelé. Cette décision de fausser la concurrence et de violer les principes de la neutralité concurrentielle a abouti à un échec lorsque Virgin Trains, qui avait remporté ce nouvel appel d'offres, a lui-même failli et restitué son contrat en 2018.

67. Toutefois, si la menace crédible d'un appel à la concurrence aide à réaliser des économies de coûts, pourquoi l'État n'insiste-t-il pas pour que chaque contrat fasse l'objet d'un appel d'offres concurrentiel ? La réponse est la suivante : les procédures d'appel d'offres pour l'octroi de concessions se heurtent à plusieurs défis sérieux. L'un de ces défis

fondamentaux est de savoir s'il est possible de rédiger des contrats complets qui engagent les soumissionnaires sur les promesses qu'ils sont incités à faire pendant la procédure d'appel d'offres. Cela suppose de rédiger des contrats qui couvrent toutes les dimensions possibles de la qualité, ainsi que de concevoir des pénalités contractuelles qui sont efficaces pour inciter les entreprises à tenir les promesses faites, tout en n'étant pas si rigoureuses qu'elles éliminent le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires. Si cela est possible, le volume des coûts de transaction encourus pour organiser cette procédure doit alors être comparé aux bénéfices de celle-ci. Par exemple, les concessions peuvent donner lieu à des coûts substantiels, particulièrement s'il s'agit de « services complexes impliquant un actif extrêmement spécifique et une mesurabilité faible (ou extrêmement onéreuse) » (Petersen, Hjelmar, Vragbaek, 2018). Nous reviendrons sur ces questions à la Section 5.2.1.

68. Ces défis suggèrent qu'il ne faudrait pas considérer que l'appel à la concurrence pour l'octroi des concessions est une procédure par défaut ou une présomption. Au contraire, comme l'a mis en évidence la Section 3.5.1, la concurrence *dans le marché* doit être la procédure par défaut dans tous les cas où cela est possible. En outre, dans les cas où cela n'est pas possible, comme dans le cas des monopoles naturels, les coûts et les bénéfices des procédures d'appel d'offres doivent être soigneusement comparés à ceux d'une fourniture directe par le secteur public sous la menace d'un appel à la concurrence.

4. L'application du droit des ententes aux concessions

69. L'application de la loi pose plusieurs défis sur les marchés où les États offrent des concessions. Certains découlent de la nature de la concurrence (qui est souvent *pour le marché*), et d'autres de la conception de la concession. Nous traiterons de ces deux types de défis dans cette Section.

4.1. Définition du marché

70. La définition du marché est le premier défi important qui se pose à de nombreuses autorités de la concurrence dans les affaires impliquant des concessions. La question clé est de savoir dans quels cas une concession est le marché en cause et dans quels cas elle ne l'est pas.

71. La première chose à noter est qu'un contrat de concessionnaire n'est pas un marché si les acheteurs (les utilisateurs) ou le vendeur des droits (l'État) peuvent acheter (ou vendre) un produit de substitution différent, dans le cas où l'offre d'un monopoliste hypothétique ne serait pas compétitive. Toutefois, dans les marchés portant sur des *produits sur mesure* cela est rarement le cas, puisque le vendeur ne peut tout simplement pas changer les droits qu'il vend. En fonction du produit, les utilisateurs peuvent avoir une certaine marge leur permettant de changer de produit, par exemple dans le cas des franchises de services de transport, où ils peuvent changer de moyen de transport (bien qu'ils ne le puissent pas dans le cas d'un opérateur de réseau d'électricité, d'eau, etc.), mais, dans de nombreux cas, la sensibilité de la demande au prix du train par rapport au prix de l'avion ou du car peut ne pas être particulièrement élevée. Il semble donc probable qu'une autorité de la concurrence parviendra souvent à la conclusion que le marché en cause est en réalité le contrat de concessionnaire lui-même.

72. Une concession spécifie habituellement le territoire géographique dans lequel le droit concerné est accordé, de telle sorte qu'ici encore l'État, en tant que vendeur du produit sur mesure, n'a aucune possibilité réelle de changer ce territoire. Pour leur part, les utilisateurs peuvent avoir plus de marge de substitution, particulièrement dans la mesure

où ils peuvent substituer un port ou un aéroport à un autre. Toutefois, tel ne serait pas le cas pour des franchises de réseaux de services publics ou de lignes ferroviaires. Dans ces circonstances, la définition du marché cesse en effet d'être un outil analytique utile et il est souhaitable de passer directement à une évaluation de la concurrence.

73. Cette évaluation de la concurrence examinera en particulier les contraintes concurrentielles qui s'appliquent en conséquence de la volonté de l'État de vendre le droit de concessionnaire à un rival (et non de sa volonté de changer pour passer à un produit sur mesure différent, en l'occurrence un droit de concessionnaire différent). Cela conduit les autorités de la concurrence à examiner un ensemble de contrats sur mesure différents (marchés différents), pour lesquels le même ensemble d'entreprises auraient pu, globalement, être des soumissionnaires crédibles, et ce afin d'évaluer les contraintes concurrentielles pesant sur chaque entreprise. Dans certaines juridictions, cette évaluation de la concurrence est effectuée dans le cadre d'un exercice de « définition du marché », et les résultats servent à agréger des marchés portant sur des contrats sur mesure (voir les franchises ferroviaires britanniques).¹⁹ Toutefois, la logique tortueuse qui conduit à entreprendre une évaluation de la concurrence pour définir un marché, qui est censée aider une autorité de la concurrence à évaluer la concurrence, est non seulement inutile mais risque également de conduire à des erreurs d'analyse (voir Kaplow, 2010, 2013 Katsoulacos, 2016).

74. Il est donc conseillé de se dispenser d'une définition du marché dans le cas de marchés portant l'attribution de concessions sur mesure. Toutefois, si les tribunaux insistent pour que les autorités de la concurrence fournissent une définition, les autorités pourraient et devraient suivre le cadre analytique du monopoliste hypothétique et définir les concessions sur mesure comme des marchés individuels (excepté si les utilisateurs choisissent un autre prestataire que le concessionnaire à la suite d'une augmentation faible mais significative et non transitoire du prix). Bien que ces concessions sur mesure puissent être nombreuses et que le titulaire de chacune d'elles puisse détenir une part de marché de 100%, cela éviterait au moins la confusion qui consisterait à réaliser une évaluation de la concurrence et de la qualifier de définition du marché.

4.2. Contrôle des fusions

4.2.1. Changement de contrôle

75. En matière de contrôle des fusions, la première question qui se pose dans les affaires impliquant des concessions est celle de savoir si la concession est une entreprise et si l'octroi de la concession entraîne un changement de contrôle de cette entreprise. La réponse à cette question détermine si cet octroi peut devoir être notifié comme une fusion.

Encadré 2. Les concessions en tant que « concentrations » en vertu des règles communautaires et nationales en matière de contrôle des fusions

Dans certaines conditions, une concession peut constituer une « entreprise » en vertu des règles sur le contrôle des fusions et, par conséquent, être soumise à des obligations de notification.

Union européenne

L'affaire M.7483 - *Abellio Transport / Scotrail*,²⁰ concernait l'attribution – au moyen d'une procédure d'appel d'offres – à Abellio Scotrail de la prestation de services de transport de passagers sur le réseau ferroviaire en Écosse, pour une période de sept ans (renouvelable). Dans

cette affaire, la Commission européenne est parvenue à la conclusion que la concession constituait une entreprise, entraînant un « changement de contrôle sur une base durable » - plutôt que l'externalisation ou un contrat de services – pour les raisons suivantes : a) la concession générerait des recettes puisque le concessionnaire contracterait directement avec les passagers ; b) le concessionnaire conserverait des recettes ; c) le concessionnaire emploierait des actifs significatifs (personnel et véhicules ferroviaires en location) afin d'exploiter les services ; et d) le concessionnaire prendrait des décisions commerciales et influencerait des décisions stratégiques relatives à la concession, en supportant (partiellement) le risque commercial. La Commission européenne a donné son visa sans conditions à la transaction.

Grèce

La décision No. 626/2016 concernait la notification par Fraport AG (dans le cadre d'un groupement d'entreprises) de l'acquisition de 14 aéroports régionaux grecs, en vertu de contrats de concession portant sur la modernisation, la maintenance, la gestion et l'exploitation d'aéroports nationaux en Crète, en Grèce continentale et en mer Ionienne pendant une période de 40 ans. Cette concession a été accordée au moyen d'une procédure d'appel d'offres lancée par Hellenic Republic Asset Development Fund SA (« HRADF »).

La Commission hellénique de la concurrence a considéré que la durée de la concession était suffisamment longue pour entraîner un changement de contrôle durable et a donné son visa sans conditions à la transaction.

Portugal

L'affaire n° 78/2007 - *CLT/Concessão TGLS* concernait l'attribution – à la suite d'une procédure d'appel d'offres – au Groupe GALP (« GALP ») d'une concession d'exploitation du terminal de vrac liquides du Port de Sines pour une durée maximum de 30 ans. Pendant la procédure de contrôle de la fusion, GALP a argué que la concession ne constituait pas une concentration étant donné que les termes de la concession la soumettaient à un contrôle étroit de l'autorité adjudicatrice, et lui imposaient certaines obligations de conformité. L'autorité de la concurrence portugaise (« AdC ») est parvenue à la conclusion que l'adjudication de cette concession équivalait à une concentration, étant donné que tous les droits d'exploitation concernés étaient cédés à GALP sur une base durable. Il convient de noter que l'AdC a donné son visa à la transaction « dans une seconde phase de contrôle », et que les obligations imposées à GALP (par ex., en matière de régulation des prix, d'accès non discriminatoire de tiers) en vertu de la réglementation du secteur et des termes de la concession, ont permis de chasser les préoccupations initiales suscitées par la transaction.

Royaume-Uni

En vertu des dispositions en matière de contrôle des fusions de l'Enterprise Act 2002, conjointement avec le Railways Act 1993, la Competition & Markets Authority (« CMA ») peut examiner l'adjudication de franchises ferroviaires britanniques de manière à ce qu'elles ne suscitent aucune préoccupation en matière de concurrence. En 2018, la CMA a publié un guide consacré aux « fusions de franchises ferroviaires », où il est noté que « [l]es services de transport ferroviaire de passagers au RU sont fournis selon des modèles divers. La nature de la franchise ou de la concession peut affecter la question de savoir si elle se qualifie comme une fusion justifiant une enquête. »²¹ Les deux affaires ci-dessous en témoignent :

- Dans l'affaire ME/6820/19, la CMA a examiné l'attribution par le ministère des Transports à Abellio de la franchise ferroviaire du réseau des Midlands de l'est. L'affaire a été soumise à la CMA par la Commission européenne. L'enquête de la CMA a identifié des préoccupations concurrentielles à propos de deux itinéraires qu'Abellio exploitait déjà en

vertu d'un autre service sur la même ligne. La CMA a donné son visa à la transaction sous réserve qu'Abellio s'engage à plafonner les prix des billets sur le taux de l'inflation.

- Dans l'affaire ME/6498-14, la CMA a examiné l'attribution à MTR Corporation (Crossrail) Limited (« MTR ») d'une concession ferroviaire par Rail for London Limited (« RfL »), filiale de Transport for London (« TfL »), portant sur la fourniture de services de type réseau express régional pendant une durée de huit ans (pouvant être étendue à dix ans). La CMA n'a pas pu exclure la possibilité que la concession soit une « entreprise » (étant donné que les actifs clés et le personnel étaient transférés). Toutefois, elle est parvenue à la conclusion que TfL et RfL, en offrant la concession, ont conservé le contrôle de la stratégie commerciale, y compris le contrôle des prix et des niveaux de service d'exploitation, et celui des activités de relations avec la clientèle et de marketing. La CMA a considéré que, globalement, la concession n'a pas abouti à une transaction devant être notifiée.

De la même manière, dans son guide consacré à la santé, la CMA clarifie que sa compétence pour contrôler des fusions ne s'étend pas à l'attribution d'un contrat par un adjudicateur public, sous réserve qu'aucun autre élément supplémentaire ne s'attache à l'attribution du contrat (c'est-à-dire, aucun transfert d'actifs, tel qu'un transfert d'équipements ou de personnel d'un prestataire à un autre).²²

Toutefois, comme dans le secteur ferroviaire, la CMA (ou OFT, comme elle était dénommée à l'époque) est également allée plus loin dans le secteur de la santé en limitant la portée de son contrôle des fusions impliquant des concessions. Par exemple, dans l'acquisition par SSP Health de concessions d'exploitation de 22 établissements de soins de médecine générale, au moyen de contrats de 3-5 ans, l'OFT est parvenu à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de fusion étant donné que l'autorité publique offrant la concession (NHS England) avait conservé le contrôle de la prestation des services au moyen du contrat de concession, qui incluait plusieurs indicateurs de performance clés.²³

76. L'argument selon lequel le *contrôle complet* d'une concession est conservé par un vendeur ou un acheteur au moyen de leur accord contractuel revêt une importance particulière. Si les vendeurs d'un droit de concession peuvent spécifier chaque aspect du service que les soumissionnaires offriront aux utilisateurs, il ne peut y avoir aucune concurrence entre le concessionnaire et tout rival potentiel de celui-ci. En d'autres termes, il ne peut y avoir aucune concurrence *dans le marché* ni aucune concurrence *pour le marché* sur des aspects non spécifiés du service (ce qui pourrait néanmoins être important pour les utilisateurs et se refléter dans des scores de satisfaction). Bien qu'un vendeur puisse – en théorie – spécifier de manière exhaustive les caractéristiques des produits qu'il souhaite que les soumissionnaires offrent aux utilisateurs, cela s'avère difficile en pratique, même dans le cas de produits simples, comme en témoigne le vaste éventail de restrictions verticales qui sont utilisées pour inciter les détaillants à offrir le produit à des utilisateurs de la manière qui serait souhaitée par le fabricant. Il semble donc difficilement crédible qu'un vendeur puisse ce faire dans le cadre de l'exploitation d'une concession, si les dimensions du service sont nombreuses et complexes. Il serait donc judicieux de faire preuve d'un grand scepticisme à l'égard de ces arguments, afin d'éviter de créer une échappatoire qui permette potentiellement la réalisation de fusions anticoncurrentielles sans analyse de leurs effets.

4.2.2. Analyse des effets sur la concurrence

77. Il est important que l'analyse des effets sur la concurrence se focalise, dans ces cas, sur la possibilité de substitution à la fois dans la perspective des utilisateurs (c'est-à-dire la substitution du concessionnaire par d'autres options, tels d'autres moyens de transport ou des sources d'énergie alternatives, etc.), et dans la perspective du vendeur du droit de concession. Par exemple, on pourrait s'attendre à ce que le vendeur considère un soumissionnaire rival comme un concessionnaire de substitution solide, a) s'il a l'expérience de la fourniture du service ; b) s'il a exploité des services d'ampleur similaire dans des territoires similaires ; c) s'il a acquis une bonne réputation grâce à sa collaboration à des projets antérieurs ; d) s'il n'a pas failli à ses obligations contractuelles ni à la qualité de ses plans pour l'exploitation du service, et e) s'il offre de solides garanties de la performance promise.

78. Les autorités de la concurrence peuvent également utiliser plusieurs outils quantitatifs pour évaluer la relation de concurrence. Ils pourraient inclure un certain nombre d'outils qui ont été employés dans des fusions impliquant la passation de marchés publics. Toutefois, leur valeur dans des marchés d'octroi de concessions dépendra du nombre et de la fréquence des appels d'offres intervenus :

- Analyse de la participation, qui examine la fréquence à laquelle les parties fusionnant ont participé à des appels d'offres (voir Commission européenne dans les affaires *Atlantia/Abertis* et *Staples/Office Depot*).
- Analyse des appels d'offres remportés et perdus, qui examine la fréquence à laquelle les parties fusionnant ont perdu les unes par rapport aux autres.
- Analyse des lauréats et finalistes, qui examine la fréquence à laquelle les parties fusionnant sont lauréats et finalistes.
- L'analyse de la marge, qui examine si les marges d'une partie sont affectées par la participation de l'autre partie à la même procédure.
- L'analyse Probit, qui examine la probabilité que la victoire de l'une des parties fusionnant soit affectée par la participation de l'autre partie au même appel d'offres (après contrôle d'autres facteurs qui affectent leur probabilité de succès) (voir, par exemple, *GE/Alstom*).

79. Le type de procédure d'appel à la concurrence qui est utilisé pour la concession peut notamment avoir un impact sur ceux de ces outils qui sont les plus utiles. Par exemple, dans le cadre d'une enchère par offres décroissantes, l'analyse des lauréats et finalistes est particulièrement utile, étant donné que l'impact se réduit, dans ces enchères, à la différence entre les offres 2 et 3 (si les parties fusionnant étaient respectivement le lauréat et le finaliste). Coublucq & Federico (2017) suggèrent que, dans ces cas, les autorités de la concurrence devraient examiner les marges moyennes faites par l'enchérisseur 2 dans d'autres appels d'offres où l'enchérisseur 2 est le lauréat et l'enchérisseur 3 est le finaliste, car elles peuvent remplacer l'analyse des effets sur les prix.

80. Afin d'entreprendre cette analyse, les preuves issues d'appels d'offres passés peuvent servir à compiler un jeu de données. Toutefois, le jeu de données et, dès lors, l'analyse visant à permettre d'en tirer plus facilement des conclusions fiables exigent que les données sur des procédures d'appel d'offres passées soient exhaustives, en ce qui concerne les caractéristiques des soumissionnaires participants, ce pourquoi ils ont soumissionné et le contenu de leur soumission (à chaque stade de l'appel d'offres). La création de ce jeu de

données peut prendre du temps et se fonde sur les registres tenus par les autorités ayant géré la procédure d'appel d'offres. Les autorités offrant la concession peuvent également ne pas avoir la même exigence imposant aux parties de coopérer au processus de compilation des données. Si des données ont initialement été collectées par une procédure électronique, cela peut réduire la charge pesant sur l'autorité concédante et aider les autorités de la concurrence à compiler un jeu de données utilisable.

4.2.3. Concurrence potentielle

81. L'enquête sur les effets concurrentiels des fusions dans des affaires de concession exige d'évaluer la menace concurrentielle potentielle exercée par des tiers extérieurs au marché, notamment ceux qui n'ont pas soumissionné jusqu'à présent pour obtenir la concession, mais qui seraient susceptibles de le faire à l'avenir. Elle devra également examiner si des fusions impliquent des parties qui n'ont pas soumissionné jusqu'à présent l'une contre l'autre, mais qui feraient potentiellement peser de fortes contraintes l'une sur l'autre, dans l'hypothèse où la fusion n'aurait pas lieu (voir, par exemple, le visa accordé par la Commission européenne à la fusion entre deux opérateurs de concessions d'autoroutes, Atlantia et Abertis).²⁴

82. Cette évaluation de la concurrence potentielle de la part de soumissionnaires rivaux est déjà plus courante dans des affaires de concession qu'elle ne l'est dans les cas de concurrence *pour le marché* où le monopole détenu par son titulaire est protégé par des droits de propriété, ou par des effets de réseau directs ou indirects. Néanmoins, les récentes propositions tendant à ce que les autorités de la concurrence enquêtent sur la réduction de la concurrence potentielle qui peut survenir lorsque les concessionnaires en place acquièrent des entreprises naissantes (« start-ups ») opérant dans ces marchés pourraient être tout aussi utiles dans le cas des marchés de concession (voir par exemple les récents changements de seuil intervenus en Allemagne et en Autriche). À titre d'exemple, la préoccupation identifiée par Cunningham & al. (2017), redoutant que les concessionnaires en place puissent étouffer la menace concurrentielle représentée par les entreprises qu'ils acquièrent, peut également s'appliquer aux marchés d'adjudication des concessions. De la même manière, on peut craindre – comme dans le cas de l'acquisition de WhatsApp et d'Instagram par Facebook – que l'acquisition d'un entrant disruptif par un concessionnaire dominant puisse réduire le niveau de concurrence qui se serait autrement développé, soit dans le cas où l'entrant aurait été acquis par une entreprise différente, soit dans celui où il se serait développé par ses propres moyens. Il peut donc être utile de considérer les seuils qui sont appliqués pour évaluer les acquisitions de concurrents potentiels par des concessionnaires en place, ainsi que la nécessité d'une analyse d'évaluation (Latham & al. 2019).

83. Sachant l'importance de la concurrence potentielle dans chacune de ces formes de concurrence *pour le marché*, il serait extrêmement souhaitable d'adopter également l'approche plus économique proposée pour la prise de décisions par Furman & al. (2019). Les autorités de la concurrence devraient alors prendre leur décision sur la base de l'*atteinte prévisionnelle à la concurrence* (probabilité d'atteinte multipliée par l'ampleur de cette atteinte), plutôt que sur la base de la probabilité de cette atteinte. Cette approche reconnaît que lorsqu'il s'agit de prendre des décisions dans des conditions incertaines, on commet une erreur si l'on traite de la même manière la perte d'une contrainte concurrentielle potentiellement forte et une contrainte potentielle qui est plus faible (bien que néanmoins tout aussi susceptible de susciter des soumissions).

4.2.4. Mesures correctives imposées dans le cadre du contrôle des fusions

84. Lorsqu'une fusion est de nature à provoquer une perte de concurrence, les autorités de la concurrence peuvent être tentées d'explorer les engagements comportementaux plutôt que des mesures correctives structurelles. Toutefois, comme dans toutes les fusions, ces engagements comportementaux posent de sérieux problèmes dans les affaires impliquant des concessions. Par exemple, interdire à l'entité fusionnée de soumissionner en vue d'obtenir une certaine concession réduit le nombre de soumissionnaires non seulement de un (la partie acquise) mais de deux, étant donné que l'acquéreur ne peut plus enchérir (voir encadré #). Cela risque de causer plus de dommage à la concurrence qu'en remédiant à l'atteinte à la concurrence causée par la fusion, particulièrement dans les marchés qui se caractérisent historiquement par un nombre limité de soumissionnaires.

85. Dans d'autres cas, les parties qui fusionnent ont proposé des engagements qui devront être maintenus pendant toute la durée de la concession. Étant donné que cette durée peut atteindre 50 ans (voir encadré #), le coût encouru pour contrôler et faire appliquer ces engagements est considérable, même s'ils devaient s'avérer efficaces.

Encadré 3. Exemples de mesures correctives imposées à des concessionnaires dans le cadre du contrôle des fusions

Belgique

En 2006, l'Autorité de la concurrence belge a autorisé l'acquisition de Carestel par Autogrill, sous certaines conditions.²⁵ Les parties fusionnant étaient des concurrents proches, tous deux actifs sur le marché des prestations de services de restauration sur les autoroutes de Belgique. À la suite de la transaction, les parties fusionnant auraient exploité 53 des 57 restaurants autoroutiers de Belgique.

Dans son évaluation, l'Autorité de la concurrence belge a tenu compte du fait que ces services sont fournis dans le cadre de concessions à long terme qui constituaient une barrière importante à l'entrée sur le marché. Toutefois, elle a également noté que ces concessions faisaient l'objet de renouvellements périodiques par voie d'appels d'offres.

Par conséquent, l'une des conditions imposées a consisté à interdire aux parties fusionnant de participer à des appels d'offres (spécifiés) pour de nouvelles concessions et de demander le renouvellement ou la prolongation de concessions existantes. Cette mesure corrective a été imposée pour une période de dix ans, avec la possibilité pour les parties de demander la levée de cette mesure au bout de cinq ans.

France

En 2016, l'Autorité de la concurrence française a autorisé l'acquisition de 60 % d'Aéroports de Lyon par Vinci Airports, filiale du Groupe Vinci, sous certaines conditions.²⁶ Cette transaction faisait suite à une réforme de la privatisation des concessions des aéroports de Lyon et de Nice.

En 2010,²⁷ l'Autorité de la concurrence française avait déjà signalé les risques potentiels résultant de la privatisation des concessionnaires aéroportuaires et d'une intégration verticale entre les sociétés de gestion aéroportuaire et les sociétés fournissant des services publics de construction. Lors de l'évaluation de l'opération de 2016, l'Autorité de la concurrence française s'est principalement inquiétée du fait que le Groupe Vinci aurait été

en mesure de favoriser ses propres filiales dans l'attribution des services aéroportuaires (bien qu'Aéroports de Lyon soit resté soumis aux règles de passation des marchés publics).

Pour éviter un tel risque, l'Autorité de la concurrence française a estimé que l'intégration verticale entre une société de travaux publics et une société de gestion aéroportuaire serait préjudiciable à la concurrence en l'absence d'une véritable concurrence dans le cadre des appels d'offres.

En conséquence, Vinci s'est engagé a) à assurer une plus grande transparence en invitant aux réunions du comité des achats un représentant de la Chambre de commerce et d'industrie de Lyon Métropole et de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (« DGCCRF ») ; b) à assurer une séparation claire entre les membres du comité des achats et les autres entités du Groupe Vinci répondant aux appels d'offres ; et c) à fournir à un syndic une liste des appels d'offres lancés et des soumissionnaires retenus. Ces engagements ont été rendus contraignants jusqu'en 2047 (c'est-à-dire pour toute la durée de la concession).

4.3. Abus de position dominante

86. L'application de la loi pose plusieurs défis dans les marchés où les États offrent des concessions. Certains découlent de la nature de la concurrence (qui est souvent *pour le marché*), et d'autres de la conception de la concession. Nous traiterons ici de ces deux types de défis, car ils concernent à la fois les abus d'exclusion et les abus d'exploitation liés à la détention d'une position dominante.

87. La perspective que l'octroi d'une concession permettra au concessionnaire d'obtenir une puissance de marché significative est considérable. À titre d'exemple, si la concession confère l'opportunité d'exploiter un monopole, la durée du contrat est très longue et un nouvel appel à la concurrence pour réattribuer le contrat est incertain (étant donné qu'un futur gouvernement pourra reprendre le contrat pour le faire exécuter par le secteur public), de telle sorte que le soumissionnaire gagnant sera exposé à une pression concurrentielle très faible après avoir obtenu le contrat.

88. Une position dominante peut également être acquise par ceux qui remportent de multiples lots d'une même concession ou de multiples contrats de concessionnaire, privant ainsi les autres des mêmes avantages que ceux que le concessionnaire en place peut acquérir grâce aux enseignements de son expérience et à l'accès asymétrique aux informations sur le service.

89. À supposer même que la pression concurrentielle existe, on peut s'attendre à ce qu'elle fluctue au cours de la concession, et elle se concentrera inévitablement sur les aspects de la performance qui sont mesurés et évalués dans le cadre du contrat ou de l'évaluation des soumissions. Cette situation peut conduire à ce que la puissance de marché soit exercée au moyen d'un sous-investissement dans ces aspects de la performance qui sont difficiles à mesurer et sont susceptibles d'exister dans le cadre d'une concession sur mesure.

4.3.1. Abus d'exclusion

90. Le risque d'abus d'exclusion existe à plusieurs stades différents. Les concessionnaires pourraient chercher à exclure des rivaux qui voudraient soumissionner pour la concession. Ils pourraient également exclure des rivaux en aval. Enfin, l'entité qui a offert la concession pourrait elle-même se livrer à une conduite d'exclusion.

91. En ce qui concerne la concurrence pour la concession elle-même, nous notons que les marchés sur lesquels des concessions sont adjudguées suscitent une préoccupation particulière tenant au fait qu'une entreprise peut faire une offre prédatrice pour remporter une concession, puis chercher à en renégocier les termes (« hold-up ») afin d'exploiter la réduction de la pression concurrentielle qui survient après l'adjudication du contrat. Cette pratique permet de minimiser la nécessité pour l'entreprise de sacrifier son bénéfice en fournissant un service qui lui coûte plus que le revenu qu'elle peut attendre de la concession. Cette stratégie peut être couronnée de succès si le soumissionnaire est en mesure de renégocier le prix après avoir remporté la concession, sans déclencher une nouvelle adjudication de celle-ci, en raison des coûts supplémentaires que l'autorité publique encourrait si elle décidait de lancer un nouvel appel à la concurrence pour l'octroi de la concession du service.

92. Dans ces cas, toutefois, il peut être difficile d'opérer une distinction entre des offres qui sont prédatrices, c'est-à-dire faites dans l'intention d'exclure, et celles qui sont erronées ou excessivement optimistes. Cependant, étant donné que l'atteinte à la concurrence qui en résulte est susceptible d'être la même, quelle que soit l'intention, les autorités de la concurrence peuvent décider de n'opérer aucune distinction entre les deux cas, étant donné qu'il serait souhaitable de décourager ces deux types d'offres. Le risque le plus sérieux est de décourager des offres qui sont basses mais sincères et ne conduisent pas à une demande de renégociation. Le défi qui se pose n'est donc pas très différent de celui que présentent les affaires classiques de prix prédateurs, où l'analyse doit se concentrer sur le sacrifice du bénéfice et les perspectives de récupération. Par exemple, la récupération pourrait être démontrée par une renégociation réussie, où le 'changement de circonstances' qui déclenche la renégociation reflète des facteurs qui auraient pu être prévus dans l'offre originelle ou qui n'échappaient pas au contrôle de l'enchérisseur gagnant. Voir l'encadré 4 ci-après pour un exemple d'affaire de prix prédateurs dans le cadre de l'octroi d'une concession.

Encadré 4. Offre prédatrice faite par un concessionnaire

Aux Pays-Bas, l'État a accordé à N.V. Nederlandse Spoorwegen (« NS »), la compagnie ferroviaire publique, le droit exclusif d'exploiter tous les services ferroviaires nationaux de 2001 à 2025. L'Autorité de la concurrence néerlandaise (« ACM ») a estimé que ce droit conférait à NS une position dominante sur le marché.

En 2014, un appel d'offres a été lancé par l'autorité des transports du Limbourg. NS a ensuite remporté le contrat – connu sous le nom de « Concession du Limbourg » - pour exploiter les réseaux ferroviaires de la région de 2015 à 2025. Toutefois, en 2017, l'ACM a infligé une amende de 41 millions d'euros à NS pour avoir présenté une offre à perte dans le cadre de cette procédure d'appel d'offres.

NS a fait appel de la décision en 2018. Elle a fait valoir qu'elle ne détenait de position dominante ni sur le réseau ferroviaire national ni sur le réseau ferroviaire régional. Elle a fondé cet argument sur le fait que le contrat plafonnait les prix et exigeait qu'elle exploite un certain nombre de trains sur de grands itinéraires. Toutefois, l'évaluation de la position dominante sur le marché qui avait été commandée n'a pas tenu compte d'une telle contrainte dans l'exercice de la position dominante.²⁸ Par conséquent, bien qu'il reste difficile de voir comment le vendeur d'un droit de concessionnaire pourrait unilatéralement supprimer les possibilités d'exercice d'une puissance de marché par le prestataire d'un tel service, opérant

dans le cadre d'un monopole/monopsonne, le tribunal de district de Rotterdam a néanmoins annulé l'amende en 2019.

Le tribunal de district de Rotterdam a également conclu que l'offre de la Concession du Limbourg était en soi la preuve que l'État pourrait unilatéralement démanteler le réseau ferroviaire national au cas où NS détériorerait son service. Toutefois, le simple fait d'avoir la possibilité de lancer un nouvel appel d'offres ne garantit pas que l'adjudicataire de cet appel d'offres puisse forcément être empêché d'exercer une puissance de marché et de détériorer son service. En effet, la nécessité d'un nouvel appel d'offres pourrait même démontrer l'incapacité de l'État d'empêcher le titulaire d'exercer sa puissance de marché.

Le tribunal a également conclu que l'autorité de la concurrence n'avait pas démontré que l'offre prédatrice de NS pour la concession renforcerait sa position dominante sur le marché national. Néanmoins, on ne comprend pas clairement les motifs pour lesquels le tribunal n'a pas considéré que l'effet de la protection de sa position de monopole dans le Limbourg ait constitué une atteinte suffisante à la concurrence.

L'affaire est particulièrement intéressante, car elle montre que le tribunal s'appuie sur une ligne de pensée selon l'École de Chicago pour défendre le comportement anticoncurrentiel d'exclusion imputé à une entreprise publique.²⁹

93. Les accords d'exclusivité constituent une méthode alternative de conduite d'exclusion qui pourrait avoir pour cible les candidats rivaux à la concession. Comme dans d'autres marchés, il est possible que des entreprises se fassent concurrence pour conquérir une relation avec des clients, plutôt que pour obtenir des unités ou des contrats. Toutefois, si un concessionnaire est capable d'obtenir des contrats exclusifs (ou suffisamment restrictifs) avec tous les fournisseurs d'intrants concernés, et, dès lors, de priver tout rival qui pourrait soumissionner pour la concession de l'accès à ces fournisseurs, le risque serait alors que le concessionnaire extraie la rente de monopole de l'État offrant la concession. Bien que les fournisseurs d'intrants aient des incitations à agir afin d'empêcher une réduction de la concurrence entre concessionnaires, un concessionnaire dominant pourrait néanmoins être en mesure d'obtenir la participation des fournisseurs d'intrants, que ce soit en pratiquant la stratégie du « diviser pour régner », ou en rémunérant ces fournisseurs à l'aide du bénéfice tiré du monopole qu'il obtient ensuite grâce à la concession (voir OCDE, 2016). L'affaire du fleuve Madeira au Brésil, qui date de 2007, fournit un exemple intéressant de cette situation qui a donné lieu à un procès contre un concessionnaire (voir encadré 5).

Encadré 5. Accords d'exclusivité conclus par un concessionnaire au Brésil

En 2007, l'affaire *du fleuve Madeira* s'est terminée par la conclusion d'une transaction entre CADE et Construtora Norberto Odebrecht S.A., un constructeur de grands projets d'infrastructure. Il a été conclu dans cette affaire que les contrats d'exclusivité d'Odebrecht risquaient de verrouiller le marché des appels d'offres pour la concession des centrales hydroélectriques de Santo Antônio et Jirau, situées à Rio Madeira.

Odebrecht détenait les droits de contrats d'exclusivité avec trois des quatre seules entreprises en mesure de fournir les turbines nécessaires à la construction des centrales : Alstom, VA Tech et Voith Siemens. En outre, la quatrième entreprise, General Electric Company, était contractuellement empêchée de participer aux appels d'offres publics, à

moins qu'elle ne le fasse par l'intermédiaire d'un consortium avec Odebrecht, bien qu'elle puisse librement fournir des turbines au consortium gagnant.

L'appel d'offres portait sur le prix qui serait facturé aux consommateurs finals, avec un prix maximal de 122 BRL/MWh, pour une concession de 30 ans. Si Odebrecht, en tant qu'unique soumissionnaire, avait offert le prix maximal autorisé, le règlement transactionnel accepté par CADE a permis d'obtenir une réduction de 35 % en permettant à deux soumissionnaires supplémentaires de participer, qui ont forcé Odebrecht à soumissionner au prix de 78.87 BRL/MWh. Dans ce contexte, la valeur actuelle des économies ainsi réalisées s'élève à 16.4 milliards de BRL.

94. En descendant dans la chaîne d'approvisionnement, l'octroi de droits de concessionnaire peut également déterminer la structure d'un marché d'intrants important, et peut, dès lors, avoir le potentiel de restreindre ou de fausser la concurrence dans des marchés adjacents ou en aval où le concessionnaire peut également être actif ou sur lesquels il peut envisager d'entrer.

95. Dans ces cas, les types de conduite d'exclusion qui peuvent se produire sont largement les mêmes que ceux qui peuvent être observés dans des cas où la position dominante n'est pas la conséquence d'une concession. Toutefois, le risque qu'une concession entraîne une position dominante en fait un sujet fréquent de préoccupation pour les autorités de la concurrence.

96. À titre d'exemple, les concessionnaires pourraient refuser de traiter avec des rivaux en aval en limitant ou restreignant l'accès à une installation essentielle sur un marché en aval. Alternativement, ils pourraient procéder à une compression des marges, soit en augmentant les prix de gros et en accordant des subventions croisées à leur filiale afin de fixer des prix prédateurs qui excluent les rivaux du marché en aval, soit en fixant des prix de gros discriminatoires qui augmentent les coûts de leurs rivaux et affaiblissent la concurrence en aval.

97. Dans ces cas, la question clé est de savoir pourquoi la concurrence sur le marché en aval est importante, si l'entreprise a déjà un monopole sur un intrant essentiel ; par exemple, pourquoi ne peut-elle pas déjà extraire toute la rente du monopole au moyen de son prix de gros ? La première possibilité est que le verrouillage en aval protège également le monopole en amont que la concession confère à l'entreprise, puisqu'il sera plus difficile pour un rival de réunir les composants nécessaires afin de présenter une soumission à l'avenir. Une seconde tient au fait que la réduction de la concurrence en aval permet à l'entreprise de procéder à une discrimination par les prix sur le marché en aval et, ce faisant, de mieux exploiter sa puissance de marché. Une troisième est que la concession protège l'entreprise de la concurrence hors prix sur le marché en aval. Une quatrième est que dans le cas où le rival en aval aurait quelques possibilités de substitution d'intrants, même limitées, l'entreprise pourra, au moyen de cette discrimination, accroître son profit en aval dans une mesure supérieure à celle qu'elle obtiendrait en augmentant simplement le prix de la concession. Enfin, il se pourrait que le prix que l'entreprise peut fixer en amont soit plafonné, de telle sorte que sa capacité à extraire la rente au moyen du seul prix de la concession est limitée.

Encadré 6. L'utilisation des concessions pour comprimer les marges

En Europe, les autorités de la concurrence se concentrent généralement sur la question de savoir si l'écart entre la concession de l'entreprise et les prix en aval est trop faible pour permettre à un rival de se livrer à une concurrence efficace. Les orientations de la Commission européenne de 2009 sur les priorités retenues par elle suggèrent que les coûts d'une entreprise intégrée sont parfois utilisés pour comprendre si un concurrent tout aussi efficace peut concourir efficacement.³⁰

Toutefois, ainsi qu'il a été noté au cours de la table ronde de l'OCDE sur la compression de marge (2009), cette attitude peut conduire à faire preuve de trop d'indulgence à l'égard de l'entreprise dominante. Par exemple, les rivaux pourraient être moins efficaces en raison d'un manque d'échelle ou d'expérience. Alors que les orientations de l'UE en matière de priorisation suggèrent que les affaires de compression de marge seront évaluées par rapport aux critères du refus de vente, les tribunaux ont précisé que les affaires de compression de marge n'ont pas besoin de satisfaire aux critères exigés en matière de refus de vente.

Comme indiqué dans l'affaire *Oscar Bronner*, le critère est le suivant : a) le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence sur le marché secondaire de la part de la personne demandant l'accès ; b) le refus ne peut pas être objectivement justifié ; et c) le service en lui-même est indispensable à l'exercice de l'activité de cette personne, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel.³¹ Cette troisième condition sera remplie dans le cas des monopoles naturels, de telle sorte que lorsque des concessions sont utilisées pour fournir des services de monopoles naturels, la compression des marges sera particulièrement préoccupante.

En revanche, aux États-Unis, les tribunaux ont adopté une approche selon laquelle les pratiques de compression des marges sont analysées en fonction des critères du refus de vente, ou en fonction des critères de la pratique de prix prédateurs. Par exemple, dans l'affaire *Pacific Bell Telephone Company c. LinkLine Communications Inc.*,³² la Cour suprême a déclaré qu'en l'absence d'obligation de vente et de prix prédateurs dans le marché de détail, le titulaire « n'est certainement pas tenu de fixer le prix de ces deux services d'une manière qui préserve les marges bénéficiaires de ses concurrents ». Selon ce point de vue, les autorités réglementaires, s'appuyant sur les principes économiques de la tarification de l'accès, devraient s'occuper de tous autres cas de compression des marges.

Au Mexique, en 2003, la Commission fédérale de la concurrence (CFC) a déclaré Ferromax responsable de pratiques monopolistiques dans une affaire de compression des marges par un concessionnaire.³³ L'affaire concernait le réseau ferroviaire mexicain, qui était divisé en trois concessions régionales de lignes principales, Northeast Railway (TFM), North-Pacific Railway (Ferromex) et Southern Railway (Ferrosur); et un terminal partagé dans la vallée du Mexique pour interconnecter leurs voies et assurer leurs services.

Comme indiqué dans la contribution du Mexique à la table ronde de l'OCDE sur la compression de marge (2009), le système ferroviaire mexicain « est conçu de telle sorte que les différents concessionnaires puissent transporter du fret sur n'importe quel itinéraire en utilisant les droits de passage et le trafic interligne. Ainsi, bien que les concessionnaires ne soient pas en concurrence directe le long de la plupart des itinéraires, la configuration

du système vise à assurer des complémentarités avec d'autres moyens de transport pour offrir aux utilisateurs différentes options. »

Le comportement en question consistait à : « i) augmenter artificiellement (c'est-à-dire de manière excessive) les tarifs pour le trafic interlinéaire et les enregistrer comme tarif unique pour le fret express (TUCE) ; et ii) facturer deux fois les services de location de voitures afin d'augmenter les coûts de TFM et de le déloger du marché. » Cela a augmenté le coût de l'interconnexion et du transport dans le trafic sur plusieurs itinéraires interlinéaires où le chemin de fer d'origine était TFM, ainsi que les frais de duplication pour les services de location de voitures. Cela a eu pour effet de laisser Ferromex comme seul fournisseur de ce service sur ses trajets exclusifs. Sur la base de ces constatations, la CFC a ordonné à Ferromex de fixer des tarifs de service de trafic interligne par kilomètre qui ne soient pas supérieurs au tarif minimum facturé par Ferromex à ses clients de lignes exclusives transportant des produits similaires. La CFC a également ordonné à Ferromex de facturer des tarifs de location de voitures, dans le trafic le long des trajets interlinéaires, qui ne dépassent pas le tarif minimum facturé à ses clients de trajets exclusifs.

98. Adopter le critère d'application de prix prédateurs dans des affaires de compression de marge peut toutefois être problématique. Comme les États-Unis et le Canada l'ont mis en lumière pendant la table ronde de l'OCDE sur la compression de marge, une entreprise intégrée verticalement peut exclure ses rivaux sans pratiquer des prix inférieurs au coût de revient et, partant, sans violer les règles interdisant la pratique de prix prédateurs.³⁴ L'utilisation du cadre régissant la pratique de prix prédateurs dans des affaires de compression de marge risque de permettre une conduite anticoncurrentielle qui porte préjudice aux consommateurs. En outre, étant donné qu'une compression de marge pourrait être mise en place en appliquant des prix de concession excessifs plutôt que des prix en aval inférieurs au coût de revient, la crainte qu'une action de répression des compressions de marge puisse avoir un effet dissuasif potentiel sur le comportement de baisse des prix ne s'applique pas de la même manière qu'en matière de pratique de prix prédateurs.

99. Enfin, il convient également de noter que le risque de conduite d'exclusion n'est pas limité à la conduite du concessionnaire. Il peut également être inhérent à la conduite de l'entité accordant la concession. Voir, par exemple, l'affaire de la navette de l'aéroport de Luton et le cas des droits de diffusion des matchs de football égyptiens, dans l'encadré 7.

Encadré 7. L'octroi d'une concession exclusive en tant qu'abus d'exclusion

Affaire des bus de l'aéroport de Luton

En 2014, la High Court anglaise a statué sur une contestation introduite par Arriva à l'encontre d'un accord de concession entre London Luton Airport Operations (« Luton Airport ») et National Express accordant à National Express, par voie d'appel d'offres, une concession exclusive de sept ans pour l'exploitation de services d'autocars de la gare routière entre l'aéroport de Luton et la gare routière de London Victoria.³⁵

Luton Airport a accordé cette concession exclusive en échange d'une part des recettes de National Express générées par le service (et d'un paiement minimum garanti). Cette concession devait durer sept ans et elle accordait à National Express le droit de premier refus sur l'exploitation d'autres services sur les liaisons entre l'aéroport et d'autres

destinations à Londres. Avant cet appel d'offres, Arriva avait exploité une ligne de bus entre l'aéroport de Luton et Londres Victoria pendant 30 ans.

Arriva a fait valoir que Luton Airport avait abusé de sa position dominante en accordant une telle concession exclusive à National Express. La High Court a jugé abusif le comportement de Luton Airport en raison des termes de la concession avec National Express. Ces conditions excluaient Arriva de l'accès à la gare routière de l'aéroport. La High Court a considéré que l'intérêt de Luton Airport pour le marché en aval (c'est-à-dire la part de revenus avec National Express) équivalait au cas d'une société dominante/concessionnaire exerçant des activités sur le marché en aval.

Affaire des droits de retransmission du football égyptien

En 2017, l'Autorité de la concurrence égyptienne (« ECA ») a examiné l'accord de la Confédération Africaine de Football (« CAF ») d'accorder à Lagardère, une société privée de marketing sportif, des droits exclusifs de diffusion de la Coupe d'Afrique des Nations, du Championnat des Nations africaines et de la Ligue des champions d'Afrique, initialement entre 2009 et 2016, mais par la suite jusqu'en 2028, avec la possibilité de prolonger ces droits jusqu'en 2036. L'accord contenait également une clause de droit de premier refus empêchant la CAF de solliciter d'autres offres avant la conclusion des discussions de renouvellement avec Lagardère.

En 2017, l'ECA a constaté que l'absence de procédures d'appel d'offres pendant une période aussi longue et un droit de premier refus empêchaient toute entrée sur le marché. Elle a également critiqué la décision de la CAF d'empêcher plus d'un acheteur d'acquérir les droits. Cet accord a été résilié : la CAF a été tenue de lancer un appel d'offres pour les droits et s'est vu infliger une amende équivalant à environ 37.5 millions d'euros. La CAF a également été tenue d'offrir des lots plus petits et de veiller à ce que tous les lots ne soient pas achetés par un seul acheteur. La décision a été confirmée en juillet 2019.³⁶

4.3.2. Abus d'exploitation

100. Étant donné que des limitations de prix peuvent être et sont souvent stipulées dans le contrat de concession, et qu'elles peuvent faire l'objet d'une réglementation supplémentaire, on ne voit pas immédiatement pourquoi un problème de facturation de prix excessifs pourrait surgir. Or, les deux affaires chiliennes évoquées dans l'encadré 8 semblent chacune impliquer l'application par le concessionnaire de prix à un tarif supérieur à celui indiqué dans le contrat de concessionnaire. Dans ces cas, il se poserait inévitablement la question de savoir si cette pratique constitue un abus d'exploitation lié à la détention d'une position dominante ou simplement une violation du contrat.

101. Si les prix n'ont pas été spécifiés dans le contrat de concessionnaire, le défi traditionnel qui se pose, auquel aucune réponse satisfaisante n'a été apportée jusqu'à présent, est de savoir comment identifier ce qui constitue un prix excessif. Bien que l'on puisse débattre de la question des différents critères de référence (voir encadré 8), il semblerait en tout cas discutable d'ouvrir une procédure pour pratique de prix excessifs si l'État (ou l'autorité locale) a offert une concession sans spécifier un prix (ou un prix maximum), bien qu'il ait eu l'opportunité de ce faire.

Encadré 8. Affaires de fixation de prix excessifs impliquant des concessionnaires

Chili

En 2008, le Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (« TDLC ») a infligé une amende, réduite par la suite par la Cour suprême, à EDELMAG, concessionnaire exclusif de services de distribution d'électricité. Le TDLC a estimé que l'octroi d'un contrat à la défenderesse lié au fait qu'elle était propriétaire d'installations lui conférait une position monopolistique limitée uniquement par les obligations contractuelles de la concession. Le TDLC a constaté qu'EDELMAG avait abusé de sa position dominante en augmentant le prix facturé aux consommateurs pour la fourniture d'électricité, sans tenir compte des tarifs maximaux indiqués dans les conditions de l'appel d'offres. En outre, le TDLC a estimé que les conditions de l'appel d'offres ne garantissaient pas une couverture des coûts ni un niveau minimal de bénéfices, ces deux éléments faisant partie des risques inhérents à l'entreprise.³⁷

La même année (2008), le TDLC a également infligé une amende, confirmée par la Cour suprême, à Atrex, un concessionnaire d'aéroports, pour avoir imposé des tarifs excessifs aux entreprises de messagerie situées en dehors de la zone de concession, pour la location d'espaces et d'installations dans la zone de concession. Les droits exclusifs sur une installation, son caractère indispensable pour les sociétés de messagerie et l'absence de sites alternatifs ou de substitution ont été considérés comme des facteurs conférant à Atrex une position dominante. Le TDLC a conclu que les critères applicables aux tarifs effectivement imposés par Atrex ne satisfaisaient pas aux conditions de l'appel d'offres. Un autre point de repère utilisé dans ce cas a été élaboré en comparant les tarifs facturés à d'autres utilisateurs dans des conditions similaires.³⁸

Union européenne

Dans l'affaire *Bodson*,³⁹ dans le cadre d'une décision préjudicielle, la Cour de justice des Communautés européennes a dû examiner si Pompes Funèbres, concessionnaire exclusif de « services extérieurs » pour les funérailles dans 2 800 communes françaises, pouvait être tenue responsable d'abus de position dominante en imposant des prix excessifs pour ses services dans une ville déterminée.

Pour établir si les prix pratiqués par le concessionnaire étaient équitables, la Cour de justice européenne a indiqué qu'une comparaison pouvait être faite entre le prix pratiqué par Pompes Funèbres et les prix pratiqués par des entreprises qui n'avaient pas bénéficié d'une concession exclusive. Cela dit, la Cour de justice européenne aurait tenu compte d'éventuelles justifications des coûts du concessionnaire, en ce qui concerne les raisons pour lesquelles ses prix étaient plus élevés.

4.4. Collusion

102. Les soumissions concertées ont fait l'objet d'un grand nombre de documents d'orientation de l'OCDE (voir Recommandation et Lignes directrices de l'OCDE, 2009) et, bien que les conseils qui y sont exprimés se concentrent sur les soumissions dans les marchés publics, les mêmes défis se posent pour les soumissions répondant à une offre de contrats de concession et, dès lors, le même cadre s'applique pour traiter ces défis. La seule différence pratique tient au fait que les soumissions en vue de remporter des concessions sont généralement moins fréquentes que celles qui visent à remporter des marchés publics, de telle sorte qu'il existe moins de données disponibles à analyser. Néanmoins, les autorités

de la concurrence peuvent souhaiter utiliser la *liste de vérification pour détecter les soumissions concertées dans les marchés publics*, qui figure dans les lignes directrices de l'OCDE, pour réfléchir à la manière de détecter les soumissions concertées dans les appels d'offres portant sur des concessions. Cette liste donne des conseils pratiques sur ce qu'il convient d'examiner, y compris :

- Les caractéristiques du secteur, du produit ou du service contribuant à la collusion
- Les signaux d'alerte et les schémas révélateurs lorsque les entreprises soumissionnent
- Les signaux d'alerte dans les documents soumis
- Les signaux d'alerte et les schémas révélateurs concernant la fixation des prix
- Les déclarations et comportements suspects.

103. Les actions visant à lutter contre les soumissions concertées en vue d'obtenir des concessions posent des défis particuliers, notamment en raison du fait que les concessions offertes sont souvent sur mesure, de telle sorte que les efforts en vue de détecter les schémas révélateurs suspects sont rendus plus difficiles. Par exemple, il peut s'avérer impossible de contrôler la valeur explicative des facteurs spécifiques à la concession qui sous-tendent ces schémas. En outre, en cas de concurrence *pour le marché*, la collusion se produira probablement dans de multiples marchés (par ex., soumissions de couverture). Les accords collusoires visant à assurer une rotation des gagnants sur le même marché sont beaucoup moins probables, puisque les concessions ont une durée très longue. Cela signifie que les autorités de la concurrence devront se fonder sur le bon cadre de référence, lorsqu'elles examinent des schémas de soumission suspects.

104. Un facteur devrait être pris en considération dans toutes les listes de contrôle ou enquêtes ex officio concernant les concessions, à savoir : la présence de la concurrence dans le marché à la suite de l'adjudication d'une concession est susceptible de réduire le champ des accords de collusion, étant donné que ces accords devraient rester stables aux deux stades de la concurrence. Dans ces cas, l'avantage dont dispose une autorité de la concurrence est d'avoir l'opportunité de détecter un comportement suspect dans deux interactions concurrentielles, et de comparer le comportement dans les deux types différents d'interaction.

105. Les effets proconcurrentiels possibles des soumissions conjointes (souvent présentes dans les concessions portant sur des projets de grande échelle) peuvent également fournir une certaine couverture pour les discussions entre rivaux qui conduisent à des accords anticoncurrentiels. En conséquence, les autorités de la concurrence peuvent se fier tout particulièrement à une demande de clémence et à des lanceurs d'alerte individuels, bien que les incitations au lancement d'alertes demeurent étonnamment sous-utilisées par les autorités de la concurrence (au contraire d'autres autorités réglementaires, voir Tilton, 2018, sur le succès du programme de la SEC américaine), en dépit de la preuve de leur efficacité (voir Butler, Serra & Spagnolo, 2019, et Nyreröd & Spagnolo, 2018).

106. Comme cela est le cas des mesures correctives en matière de fusions, l'application de sanctions peut se révéler compliquée dans les cas où des accords anticoncurrentiels sont identifiés. Ces sanctions peuvent notamment comprendre l'exclusion d'entreprises du droit de participer à de futurs appels d'offres (voir, par exemple, les interdictions annoncées en Espagne en 2016). Bien que l'on puisse s'attendre à ce que ces règles aient des effets de dissuasion utiles, il existe également un risque – si elles sont appliquées – qu'elles puissent réduire significativement la concurrence dans les appels d'offres auxquels il est interdit à ces parties de participer (voir Iza & Loras, 2019).

5. Actions de plaidoyer et autres outils

5.1. Rôle des autorités de la concurrence

107. Au-delà du contrôle des fusions et de l'application du droit des ententes, différentes autorités de la concurrence disposent d'un éventail d'outils de plaidoyer et d'autres outils afin de protéger ou d'améliorer la concurrence. Ces outils incluent dans certains cas le pouvoir de réaliser des études ou enquêtes de marché. Dans d'autres cas, les autorités de la concurrence peuvent émettre des avis publics ou non, contraignants ou non, à l'intention des autorités réglementaires du secteur et d'autres autorités publiques. Elles peuvent parfois le faire de leur propre initiative, mais, dans d'autres cas, leur avis (ou la demande d'avis) pourrait être une étape procédurale exigée par la loi.

108. Dans certaines juridictions, les outils des autorités de la concurrence peuvent avoir des effets contraignants (immédiats) sur l'attribution des concessions par appel à la concurrence. En Roumanie, l'autorité de la concurrence est investie du pouvoir d'approuver les décisions d'autres autorités publiques sur l'opportunité d'accorder une concession ou d'adjudger directement le service, ainsi que les termes d'une concession ou les modifications résultant de renégociations après l'octroi d'une concession. En Russie, depuis avril 2015,⁴⁰ le Service fédéral anti-monopole (« FAS ») doit approuver les modifications apportées à des conditions essentielles des concessions, y compris les prolongations de la durée de la concession, et il s'est vu conférer en 2014⁴¹ le pouvoir d'approuver ou de refuser les modifications des contrats de concession conclus dans le secteur du logement et des services publics. L'encadré 9 ci-dessous décrit le rôle de l'Office fédéral des ententes en Allemagne.

Encadré 9. Examens des procédures d'adjudication en Allemagne

En Allemagne, l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels (« Bundeskartellamt ») - par l'intermédiaire de deux tribunaux fédéraux des marchés publics - est chargé de réexaminer les procédures de passation des marchés publics afin de veiller à ce qu'elles soient concurrentielles, transparentes et non discriminatoires. Dans la mise en œuvre de ces principes, le Bundeskartellamt peut interdire l'octroi d'une concession qui ne remplit pas le critère d'exploitation du réseau le plus efficace.

En 2010, le Bundeskartellamt et l'Agence fédérale allemande du réseau (« Bundesnetzagentur ») ont publié des lignes directrices communes pour l'attribution de concessions de gaz et d'électricité et de crédit-bail de réseau qui contenaient des spécifications sur la manière d'attribuer une concession de manière concurrentielle et non discriminatoire, dans une phase où une tendance à la « remunicipalisation » a été observée en Allemagne. Ces lignes directrices visaient à prévenir les abus de position dominante des municipalités dans l'attribution de droits de servitudes de passage publiques locales, par exemple en accordant sans justification objective la préférence à des soumissionnaires individuels (en particulier à des entreprises associées à la municipalité). Elles abordent également des questions telles que les critères de sélection, la procédure d'attribution et les informations à soumettre à la municipalité.

En 2015, le Bundeskartellamt et la Bundesnetzagentur ont publié une version révisée de leurs lignes directrices de 2010 reflétant les modifications apportées à la loi sur l'industrie de l'énergie en 2011 et à la jurisprudence, en particulier à la suite de deux arrêts historiques de la Cour fédérale de justice de décembre 2013 et juin 2014.

109. Un nombre croissant d'autorités de la concurrence disposent également d'une certaine forme de pouvoir afin de favoriser la neutralité concurrentielle. Elles peuvent notamment avoir des compétences en matière d'aides publiques, qui peuvent être utilisées pour examiner l'effet de distorsion de la concurrence découlant des avantages consentis à des entreprises sélectionnées dans les procédures d'adjudication des concessions. Il peut s'agir, par exemple, des effets de distorsion de la concurrence produits par des avantages au profit d'entreprises locales, de PME ou d'entreprises publiques. Dans d'autres cas, les entreprises publiques peuvent toutefois être soumises à des restrictions qui ne pèsent pas sur des entreprises privées, et qui faussent donc la concurrence, par exemple lorsqu'elles sont empêchées de soumissionner pour l'exploitation d'une concession.

Encadré 10. Règles de l'UE en matière d'aides d'État appliquées aux concessions

Attribution d'une concession

Une concession pour l'exploitation commerciale d'infrastructures peut être considérée comme compatible avec les règles de l'UE en matière d'aides d'État si elle est accordée à des conditions qu'un acteur privé opérant aux conditions du marché aurait également acceptées lorsqu'il offrirait une concession pour des actifs similaires.

Par exemple, la Commission européenne a examiné si l'octroi de concessions pour la modernisation, l'entretien, la gestion et l'exploitation de 14 aéroports régionaux en Grèce, en échange d'une redevance de concession, constituait une aide d'État. En 2017, la Commission européenne a constaté que les termes des accords de concession ne constituaient pas une aide d'État car a) ils étaient conformes aux conditions du marché ; b) ils résultaient d'un appel d'offres concurrentiel, transparent et non discriminatoire ; et c) le concessionnaire était le soumissionnaire offrant les revenus les plus élevés pour l'État grec.⁴²

Prolongation d'une concession

Les règles de l'UE en matière d'aides d'État permettent aux États membres d'accorder des aides aux investissements dans les infrastructures, sous réserve de certaines conditions, notamment la nécessité d'éviter les surcompensations et de garantir le maintien d'une concurrence effective. Lorsqu'un concessionnaire obtient une prolongation d'une concession (sans nouvel appel d'offres), les nouvelles conditions doivent être conformes aux règles de l'UE. Par exemple :

En 2018, la Commission européenne a approuvé, en vertu des règles de l'UE en matière d'aides d'État, un plan visant à prolonger une concession d'autoroute en Croatie. La concession avait été initialement accordée pour la période 1995-2027. La Croatie a notifié à la Commission européenne une prolongation de la concession jusqu'en 2032 afin de supporter les coûts supplémentaires du concessionnaire liés à la construction d'une deuxième chaussée de 28 km de long. La Commission européenne a constaté qu'il n'y avait pas de surcompensation et que la prolongation de la concession était proportionnée au montant nécessaire pour financer les travaux.⁴³

En 2017, la Commission européenne a examiné si la prolongation des concessions hydroélectriques accordées à l'opérateur national de l'électricité Electricidade de Portugal SA (« EDP ») constituait une aide d'État. Le Portugal a prolongé plusieurs concessions hydroélectriques moyennant le paiement de 704 millions d'euros. Ces concessions

correspondaient à 27 centrales hydroélectriques, représentant 27 % de la capacité de production du Portugal. Les principales préoccupations concernaient la redevance payée par EDP et l'impact sur le marché de la prolongation, compte tenu de la position forte d'EDP. La Commission européenne a conclu que la redevance payée par EDP pour la prolongation était conforme aux conditions du marché.⁴⁴

110. Dans certains cas, les autorités de la concurrence ont également le pouvoir de contester les actions d'autres organismes publics qui offrent des concessions si ces actions sont susceptibles de fausser la concurrence (voir, par exemple, le cas de l'Italie et de l'Espagne).⁴⁵ De la même manière, la Commission européenne a récemment attiré l'Italie devant la CEJ pour violation des règles de passation des marchés publics, au motif qu'elle avait attribué un contrat de concession pour l'exploitation d'une autoroute sans avoir lancé un appel d'offres.⁴⁶

111. En outre, le mécanisme d'évaluation *ex-ante* de l'UE permet également aux États d'obtenir un avis sur un plan de passation d'un marché public. Dans la présente note, la passation d'un marché public est réputée inclure un appel à la concurrence pour l'octroi d'une concession.

Encadré 11. Mécanisme d'évaluation *ex ante* de l'UE

Depuis 2017, un mécanisme volontaire est mis à la disposition des autorités nationales et des pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices pour consulter la Commission européenne et recevoir une évaluation de la compatibilité d'un projet avec le cadre réglementaire de l'UE. Dans sa communication de 2017,⁴⁷ la Commission européenne a noté que le mécanisme « contribuera à développer de bonnes pratiques dans le cadre révisé et modernisé des règles de passation des marchés publics européens adoptées en 2014. Cela peut être particulièrement important pour les *concessions* qui, pour la première fois, sont pleinement soumises à un régime harmonisé de l'UE ». Ce mécanisme est destiné à tous les types de projets d'infrastructure, en particulier dans les secteurs des transports et de l'énergie, des TIC et de la construction non résidentielle. Il est généralement disponible au-delà de certains seuils.

Premièrement, les autorités nationales peuvent contacter le service d'assistance de la Commission européenne sur des questions spécifiques auxquelles elles sont confrontées lors de l'élaboration du plan de passation des marchés publics pour un projet.

Deuxièmement, une fois qu'une décision aura été prise sur la manière dont un projet sera réalisé et que la préparation du dossier d'appel d'offres aura été avancée, les autorités nationales et les entités adjudicatrices pourront notifier le projet à la Commission européenne, qui procédera à une évaluation pour déterminer si le plan de passation des marchés est conforme aux règles de l'UE en matière de passation des marchés, sans préjudice de toute interprétation ou évaluation juridique future.

Troisièmement, il existe un mécanisme d'échange d'informations permettant à la Commission européenne et aux autorités adjudicatrices d'échanger des informations sur divers aspects des projets d'infrastructure liés à des marchés publics. Le mécanisme contient une base de données et comprend également une plateforme permettant d'examiner différents aspects des projets de passation de marchés, tels que le type de procédure de passation de marchés en cause, les étapes du projet et les problèmes de mise en œuvre.

5.2. En faveur de quoi plaider ?

112. Ainsi qu'il a été noté à la Section 3.1, l'État vend des droits de concessionnaire, plutôt que d'acheter ou de se procurer autrement des produits ou services ; toutefois, en tant que vendeur, il reste vulnérable au même risque d'accords anticoncurrentiels que ceux qui reflètent la situation symétrique de monopsonne, de la même manière qu'il est confronté à des accords qui reflètent la situation symétrique de monopole lorsqu'il achète. En conséquence, étant donné que l'analyse économique est la même, il est judicieux d'utiliser le même cadre analytique que celui qui serait utilisé pour des achats, lorsque l'on examine la question de savoir en faveur de quoi il faut plaider.

113. La première question, et peut-être la plus importante, sur laquelle un avis de l'autorité de la concurrence serait précieux pour les ministères et autres autorités publiques est donc celle de savoir s'il convient ou non d'offrir une concession. Il s'agit parfois de la décision de faire soi-même ou d'acheter (voir, par exemple, l'UK Outsourcing Playbook, 2018), mais cette distinction passe à côté du sujet. Ainsi qu'il a été observé à la Section 3.4, la simple privatisation ou externalisation d'un monopole naturel n'est pas susceptible d'améliorer la performance du service. Ce qui importe, indépendamment du point de savoir si le service est opéré par une entreprise publique, privée ou sans but lucratif, est de savoir si des incitations sont (ou non) utilisées pour améliorer le service, et si ces incitations sont basées sur des mécanismes réglementaires (fixation d'objectifs, analyse comparative et inspections) ou sur des mécanismes de marché.

114. Les autorités de la concurrence sont donc bien placées, si leurs ressources le leur permettent, pour donner des conseils sur l'opportunité d'utiliser des mécanismes de marché pour fournir un service (et sur les inconvénients qu'il y a à compter entièrement sur des incitations réglementaires). Par exemple, comme dans une étude de marché, elles pourraient examiner a) les barrières probables à l'entrée et à la sortie, b) la possibilité et l'ampleur probable d'un changement de fournisseur à l'initiative de l'utilisateur, c) les soumissionnaires probables en vue de l'obtention de contrats et d) la disponibilité d'informations suffisantes pour faciliter la concurrence.

115. Par exemple, l'Institute for Government (2019) a récemment identifié que bien que les concessions offertes par l'État britannique aient donné de bons résultats dans certains secteurs comme la collecte des ordures et le nettoyage, et des résultats assez satisfaisants dans celui des prisons et de la santé, l'État avait également externalisé certains services dans des domaines où cette décision était inappropriée. Il a cité les services pénitentiaires de probation comme l'exemple le plus flagrant de ce dernier cas, en notant l'absence d'un marché de fournisseurs de bonne qualité, le fait que la différence entre une bonne et une mauvaise performance ne peut pas être mesurée, et l'impossibilité de codifier un niveau acceptable de qualité dans un contrat. Toutefois, en dépit de l'absence de ces critères, l'État a persévéré, ce qui a nui aux efforts de réinsertion des délinquants.

116. Lorsqu'il est hautement souhaitable d'utiliser des mécanismes de marché, la question est alors de savoir si la concurrence *dans le marché* est possible. Ainsi que nous l'avons noté à la Section 3.5.1, si les objectifs sont l'efficacité et les résultats pour les utilisateurs, la concurrence *dans le marché* est probablement préférable si elle est faisable. S'il n'y a pas de place pour la concurrence *dans le marché*, les autorités de la concurrence seront de nouveau bien placées pour conseiller sur la meilleure manière de concevoir des procédures d'appel d'offres.

117. Les enchères ou appels d'offres concurrentiels visent à identifier l'entité qui peut opérer un service de la manière la plus efficace. L'efficacité économique résulte ici de la

combinaison de multiples dimensions, au-delà d'une simple comparaison de prix. En conséquence, les critères d'évaluation sont souvent basés sur un mixte de critères de prix et de qualité, et des variations subtiles de conception, par exemple des modifications du calendrier des concessions (Iossa & al. 2019), peuvent avoir un impact sur l'attribution d'une concession de manière efficace (voir les options de conception des enchères, encadré 12 ci-dessous).

Encadré 12. Les catégories d'enchères

L'OCDE (2006) a répertorié quatre catégories standard d'enchères :

- Les **enchères ascendantes** (également appelées « **enchères anglaises** ») dans lesquelles le prix est successivement augmenté jusqu'à ce qu'il ne reste plus qu'un seul enchérisseur, celui-ci l'emportant au dernier prix. Dans une enchère ascendante sur la base de valeurs privées, chaque enchérisseur restera dans l'enchère jusqu'à ce que le prix atteigne la valeur de cet enchérisseur. Lorsque l'enchérisseur ayant fait la seconde évaluation la plus élevée se retirera, le seul enchérisseur actif restant sera celui qui a fait l'évaluation la plus élevée, et il **remportera l'enchère à un prix égal** (ou peut-être juste légèrement supérieur) **à la seconde évaluation la plus élevée.**
- Les **enchères par offres cachetées au mieux disant**, dans lesquelles chaque enchérisseur soumet une seule offre, aucun d'entre eux ne voit les offres des autres et le mieux disant remporte l'enchère au prix qu'il a offert. Dans une enchère par offres cachetées au mieux disant sur la base de valeurs privées, les enchérisseurs doivent faire un choix entre soumettre une offre plus élevée, ce qui accroît leur probabilité de gagner, et soumettre une offre moins élevée, ce qui accroît la valeur de leur gain, s'ils gagnent. L'enchérisseur mieux disant remporte l'enchère au prix qu'il a offert, mais il n'est pas nécessairement celui qui a fait l'évaluation la plus élevée. **Son offre est inférieure à son évaluation.**
- Les **enchères par offres décroissantes** (également appelées « **enchères hollandaises** »), le prix est abaissé jusqu'à ce qu'un enchérisseur annonce qu'il l'accepte, cet enchérisseur l'emportant à ce prix. Dans une enchère par offres décroissantes sur la base de valeurs privées, les enchérisseurs utilisent les **mêmes stratégies que dans une enchère par offres cachetées au mieux disant**, car ils ont accès aux mêmes informations et font les mêmes choix.
- Les **enchères par offres cachetées au deuxième mieux disant**, dans lesquelles l'enchérisseur soumet une seule offre sans voir les autres offres, mais le gagnant ne paie pas le prix qu'il a offert mais celui correspondant à la deuxième offre la plus élevée. Dans une enchère par offres cachetées au deuxième mieux disant sur la base de valeurs privées, chaque enchérisseur fait une offre correspondant à sa propre évaluation. **L'enchérisseur gagnant est celui qui a fait l'offre la plus élevée, mais il paie le prix de la deuxième offre la plus élevée.**

Il existe également plusieurs variantes de ces catégories standard d'enchères.

- Des enchères portant sur de multiples objets ou de multiples unités sont fréquemment organisées. On peut citer, à titre d'exemples, les licences d'utilisation de parties du spectre électromagnétique pour les télécommunications et pour la transmission et la production d'électricité. Les enchères lancées sur de multiples objets ou unités sont plus compliquées que celles qui portent sur un seul objet ou

une seule unité. Les objets concernés peuvent être des compléments ou des substituts. Les coûts encourus par les enchérisseurs peuvent augmenter rapidement avec la complexité des règles d'enchères et des relations entre les objets. Des objectifs d'efficacité et de recettes peuvent impliquer des compromis radicaux, de telle sorte que les choix politiques à propos de l'objectif de l'enchère peuvent entraîner des différences majeures de conception. Il est difficile de parvenir à des résultats efficaces.

- Les enchères par offres cachetées pour la vente de multiples unités peuvent être à prix uniforme ou à prix discriminatoire, également appelées « pay as bid ». Dans le premier cas, les gagnants paieront tous le même prix, qui est égal à l'offre perdante la plus élevée. Dans le second cas, chaque gagnant paiera le montant de son offre.
- L'enchère par offres ascendantes simultanées (« EOAS ») est également une enchère à prix uniforme. Les EOAS ont été utilisées pour vendre des droits d'exploitation du spectre électromagnétique. Dans ce type d'enchères, les enchérisseurs soumettent des offres et des séries d'enchères se poursuivent jusqu'à ce que les conditions d'adjudication soient remplies. L'avantage des EOAS par rapport aux offres ascendantes séquentielles tient au fait que les enchérisseurs peuvent faire des arbitrages parmi les enchères, en réorientant leur offre vers des objets qui sont relativement bon marché.
- Les enchères combinées et les enchères conditionnelles sont quelque peu différentes des enchères multi-unités. Dans une enchère combinée, un enchérisseur soumet une offre pour les lots A et B séparément et une offre (pour une somme inférieure au total des lots individuels A et B) pour la combinaison des lots A et B. Les enchères conditionnelles sont une généralisation des offres combinées : par exemple, une offre pour A et une offre pour A si l'enchérisseur remporte également B. L'adjudicateur choisit la combinaison d'enchères qui atteint le total le plus élevé.

Les enchères avec droit de revente sont assorties de la possibilité pour les gagnants de revendre ensuite les objets. Cette possibilité change fondamentalement les pratiques en matière d'offres. En raison de cette option de revente, l'augmentation du nombre d'enchérisseurs peut augmenter l'évaluation des enchérisseurs et le montant de l'offre gagnante.

118. L'utilisation croissante des enchères continues par des plateformes digitales pour des spots publicitaires a également mis en évidence l'efficacité accrue qui peut résulter de la pratique des enchères continues. Dans le cas des concessions, par exemple, comme le soutiennent Posner & Weyl (2018), des droits de concessionnaire pourraient être partiellement vendus en vertu d'une licence qui exige de l'enchérisseur gagnant qu'il évalue lui-même la valeur de ces droits et paie une taxe à l'État sur le prix ainsi indiqué. Si une autre entreprise souhaite à un moment quelconque payer le prix indiqué, la concession lui serait alors transférée. Ce système garantirait l'efficacité des attributions, étant donné que le droit ne serait pas conservé pendant 30 ans peut-être par une seule entreprise, mais serait réattribué à des entreprises plus efficaces qui feraient leur entrée en présentant une offre pour ce droit. Il préserverait également les incitations à l'investissement, étant donné que le prix auquel le droit serait potentiellement racheté serait modifié pour refléter la valeur qui a été ajoutée par les investissements du titulaire du droit.

119. Toutefois, outre l'adoption du bon type d'enchères, il est important de souligner l'importance des mesures intuitives évoquées par Paul Milgrom (2004) : « [m]on

expérience du conseil en matière d'enchères m'a appris que de nouveaux types ingénieux d'enchères ne sont que très occasionnellement un facteur important de succès de l'enchère. Beaucoup plus souvent, les clés du succès sont de pouvoir maintenir les coûts de l'enchère à un niveau bas, d'encourager les bons enchérisseurs à participer, de garantir l'intégrité de la procédure et de veiller à ce que l'enchérisseur gagnant soit quelqu'un qui va payer ou livrer comme promis. » En gardant cela à l'esprit, nous allons à présent examiner plusieurs questions clés sur lesquelles les autorités de la concurrence peuvent souhaiter réfléchir lorsqu'elles décident sur quoi doit porter leur plaidoyer dans un cas particulier.

5.2.1. Contrats incomplets et renégociations

120. Bien que, par nature, tous les contrats soient dans une certaine mesure incomplets, ce caractère incomplet est exacerbé dans les contrats de concession sur mesure portant sur la prestation de services qui sont conclus pour une longue durée. La raison tient au fait que ces services se caractérisent généralement par une qualité multidimensionnelle et des coûts et revenus incertains. En conséquence, il est extrêmement difficile (et donc onéreux en termes de coûts de transaction) de spécifier *ex ante* tous les aspects qui pourraient être détériorés ou sous-investis une fois que le contrat a été attribué.

121. Dans ces cas, comme nous l'avons fait observer plus haut, il conviendrait de procéder à une évaluation afin de comprendre si un contrat suffisamment complet peut être conçu pour fournir les avantages découlant de l'adjudication du contrat de concession à l'issue d'un appel à la concurrence, de manière à dépasser les coûts de transaction encourus pour la conception et la conclusion de ce contrat.

122. En raison de la difficulté qu'il y a à rédiger des contrats complets, il est souvent nécessaire de prévoir une certaine marge de renégociation afin de tenir compte de changements imprévus dont le risque n'a pas été intentionnellement mis à la charge du concessionnaire. Toutefois, cette marge de renégociation risque d'être exploitée et d'aboutir à une échappatoire qui permet des renégociations opportunistes, en utilisant la puissance de négociation acquise par le concessionnaire après avoir obtenu la concession. En effet, les chercheurs ont constaté que les niveaux de renégociation des concessions varient entre 40 % et 92 % selon le secteur et le pays en question.⁴⁸ C'est un problème puisque, comme le notent Saussier & Tirole (2015), la renégociation des contrats tend à limiter, voire à éliminer les bénéfices des procédures d'attribution de ces contrats par appel à la concurrence.

123. Dans certaines juridictions, des dispositions réglementent les modifications du contrat et fixent des limites à la capacité des autorités concédantes à renégocier les concessions et identifient celles qui déclencheront l'obligation de remettre le contrat aux enchères. Toutefois, ces réglementations (par ex., la directive de l'UE sur les concessions) laissent néanmoins une grande marge de flexibilité pour la renégociation. Bien qu'elle soit utile dans certains cas, la renégociation crée un espace considérable d'élimination des bénéfices découlant de l'appel à la concurrence.

124. Les documents d'orientation de l'OCDE suggèrent, afin de réduire le risque de renégociation opportuniste, que ceux qui adjudgent des concessions :⁴⁹

- Devraient exiger que le soumissionnaire gagnant prenne des mesures préventives afin d'internaliser le risque que ses coûts s'avèrent plus élevés que prévu. Par exemple, ces mesures pourraient prendre la forme d'une assurance professionnelle ou d'une assurance de projet, ou encore d'une garantie d'exécution grâce à laquelle

l'adjudicateur sera payé si l'entrepreneur ne peut pas garantir que le projet sera livré dans les termes initialement convenus.

- Devraient stipuler en détail dans les documents d'appel d'offres que la renégociation ne sera envisagée que dans le cas où les informations qui ont été fournies à l'origine par l'adjudicateur s'avèreraient inexactes (incorrectes ou incomplètes), ou si certaines conditions clairement spécifiées sont satisfaites (par ex. une hausse du prix d'intrants spécifiques qui ne pouvait pas être prévue par le soumissionnaire). En outre, la loi applicable en matière de passation des marchés publics peut fixer des conditions qui doivent être remplies pour que la renégociation soit permise.
- Devraient inclure dans le contrat des sanctions pour tout soumissionnaire qui exécuterait partiellement ou manquerait d'exécuter les termes de son contrat, à moins que les informations qui ont été fournies à l'origine par l'adjudicateur ne s'avèrent inexactes (incorrectes ou incomplètes). Ces sanctions pourraient inclure des pénalités financières, l'exclusion temporaire d'entreprises ou de personnes, ou l'engagement d'une action en dommages-intérêts par l'adjudicateur à l'encontre de l'entrepreneur.
- Devraient stipuler dans les documents d'appel d'offres que s'ils soupçonnent qu'une entreprise a fait une offre inférieure à son coût variable moyen, pour des raisons de stratégie, ils soumettront l'affaire à l'Autorité de la concurrence, qui est compétente et pourra décider d'évaluer si l'action est problématique en vertu des normes en vigueur.
- Devraient envisager, dans des projets de grande valeur, de récompenser des lanceurs d'alerte qui fourniraient la preuve qu'une entreprise soumissionne à un prix qu'elle a l'intention de renégocier à une date ultérieure, plus particulièrement s'ils l'accompagnent d'une preuve que des accords constitutifs d'actes de corruption ont été conclus avec des agents publics adjudicateurs de marchés publics.
- Devraient évaluer toutes les soumissions par rapport à leurs critères d'évaluation, qui pourraient inclure la qualité de la soumission et l'aptitude du soumissionnaire à la respecter, et ne devraient pas automatiquement exclure une soumission au motif que son prix est bas. En effet, cette exclusion automatique risquerait par exemple d'exclure de nouveaux entrants qui font des soumissions à perte de la possibilité de s'implanter sur un marché.

125. Toutefois, même dans les cas où la renégociation n'a pas lieu, les autorités publiques ont parfois des difficultés à obtenir que les soumissionnaires fournissent ce à quoi ils se sont obligés par contrat. À titre d'exemple, l'application des mécanismes de pénalité dont elles disposent est parfois peu attrayant, car elle pourrait augmenter leurs propres coûts (par ex., si la pénalité déclenche une restitution du contrat ou entraîne une détérioration d'un autre aspect de la performance). Il peut donc être utile d'avoir une autorité indépendante de passation des marchés publics qui puisse fournir l'avis crédible d'acheteurs individuels qui est nécessaire afin de pénaliser des fournisseurs qui ne respectent pas leurs obligations de prestation, en dépit du coût et des difficultés qu'il peut y avoir à ce faire, étant donné que cela garantirait la crédibilité qui améliore finalement l'efficacité du système.

5.2.2. Attribution de concessions exclusives ou division par lots

126. L'attribution de concessions exclusives qui élimine le jeu de la concurrence *dans le marché* peut restreindre la concurrence ainsi que nous l'avons vu à la Section 3.5.1. Les autorités de la concurrence sont donc bien placées pour préconiser à l'État d'adopter une présomption selon laquelle elles utiliseront la concurrence *dans le marché* si possible (tout en reconnaissant que cela ne sera pas toujours faisable, particulièrement dans le cas de monopoles naturels dont l'existence est bien documentée, où les efficacités seraient alors perdues).

127. En ce qui concerne la concurrence sur les marchés d'octroi de concessions, le cadre analytique pertinent est, ici encore, celui qui s'applique à la passation de marchés publics. Ce cadre nous enseigne également qu'il existe un risque que l'attribution de concessions de grande ampleur exclusivement à une entreprise puisse réduire la concurrence. Par exemple, cette exclusivité éliminera des entreprises très spécialisées ou des petites entreprises qui sont efficaces mais ne sont pas en mesure de fournir la gamme complète de services en cause. L'entité offrant la concession peut donc considérer que l'intensité de la concurrence et, dès lors, la valeur qu'elle obtient, sont plus faibles que ce qu'elles pourraient être. En outre, si les droits offerts couvrent la totalité ou la plus grande partie du marché, le vendeur peut – en accordant la concession exclusivement à une seule entreprise – réduire le nombre de soumissionnaires dans des appels d'offres futurs et, ce faisant, accroître la puissance de marché du fournisseur qu'il choisit.

128. Dans chaque cas, la division de la concession en lots peut remédier à ces risques. Toutefois, les vendeurs de droits de concessionnaire devront, ce faisant, veiller à ne pas faciliter la collusion, ou à empêcher les soumissionnaires d'exploiter des économies d'échelle ou de gamme pour améliorer la valeur de leur soumission. En conséquence, lorsqu'ils divisent les concessions en lots, ils devront veiller à le faire d'une manière qui ne réduise pas la concurrence et la valeur réalisée.

129. Les documents d'orientation de l'OCDE suggèrent, afin de réduire ces risques, que ceux qui adjugent des concessions :⁵⁰

- Devraient permettre à un soumissionnaire de soumissionner pour des combinaisons différentes (les « soumissions groupées ») afin d'obtenir le bénéfice des synergies de coûts découlant de la fourniture d'un ensemble plus étendu de produits ou de services. L'obtention de ces synergies peut, par exemple, encourager des soumissionnaires non locaux à soumissionner pour des ensembles de lots différents, même s'ils ne sont pas disposés à soumissionner pour des lots individuels.
- Devraient appliquer des limites d'adjudication plutôt que des limites de participation dans les cas où ils veulent empêcher que tous les lots soient adjugés à une seule entreprise, et s'ils sont confiants que les bénéfices découlant de ces limites l'emporteront sur la perte corrélative de concurrence pour le contrat en question.
- Devraient envisager de fixer un nombre de lots inférieur au nombre de soumissionnaires attendus. Dès lors, il serait plus difficile pour des soumissionnaires concertés de convenir d'une division des lots, et cela améliorerait la valeur réalisée, sous réserve que cela ne soit pas une cause d'inefficience.
- Devraient envisager, en cas de passations répétées de marchés, de les diviser en lots imprévisibles (par exemple, en changeant la taille ou la composition des lots) et d'informer les soumissionnaires de cette imprévisibilité. Cela peut réduire le risque

que la division en lots facilite la collusion et, dès lors, améliorer la valeur réalisée, sous réserve que cela ne soit pas une cause d'inefficience.

5.2.3. *Soumissions concertées*

130. Il existe plusieurs manières dont les procédures d'adjudication peuvent, par inadvertance, faciliter la coordination des soumissionnaires. Les autorités de la concurrence peuvent donc préconiser que les procédures soient ajustées à la lumière de ces préoccupations et aider à éviter ces erreurs. Par exemple :

- Un adjudicateur annonçant un prix de référence peut fournir un prix sur lequel des rivaux peuvent baser leur coordination.
- La divulgation des identités des soumissionnaires perdants qui n'ont pas obtenu les concessions et du contenu de leurs soumissions aide les soumissionnaires à suivre de près des accords collusoires.

131. Les soumissions concertées ont fait l'objet d'un grand nombre de documents d'orientation de l'OCDE (voir Recommandation et Lignes directrices de l'OCDE, 2009) et, bien que les conseils qui y sont exprimés se concentrent largement sur la passation de marchés publics, les mêmes défis se posent pour les soumissions répondant à une offre de contrats de concession et, dès lors, le même cadre s'applique pour traiter ces défis. En particulier, les autorités de la concurrence pourront souhaiter utiliser la *liste de vérification pour la conception de la procédure de passation des marchés dans l'optique de la réduction des risques de soumissions concertées*, qui figure dans les lignes directrices de l'OCDE. Cette liste fournit des conseils pratiques sur la manière de minimiser le risque de soumissions concertées en :

- Concevant la procédure d'appel à la concurrence de façon à obtenir une participation potentielle maximale de fournisseurs véritablement concurrents.
- Fixant clairement vos conditions et en évitant toute prévisibilité.
- Concevant la procédure d'appel à la concurrence de façon à réduire efficacement la communication entre les candidats.
- Choisisant soigneusement les critères d'évaluation des offres et d'attribution du marché.

5.2.4. *Exigences en matière de soumissions*

132. Bien que l'obtention de soumissions parfaitement articulées en vue d'obtenir la concession aide à comparer et sélectionner la meilleure option, des coûts excessifs de la procédure d'appel d'offres peuvent agir comme une barrière à de nouvelles entrées et, dès lors, favoriser le concessionnaire en place. De la même manière, exiger des soumissionnaires qu'ils démontrent la solidité de leur situation financière peut réduire le risque de défaillance mais au prix de faire obstacle à de nouveaux entrants.

133. Les coûts de la procédure d'appel à la concurrence peuvent être réduits en standardisant ces procédures dans tous les cas où cela est possible. En outre, dans le cas d'une offre de concession, tous les soumissionnaires devraient avoir facilement accès à des documents d'appel d'offres clairs, y compris toutes les informations pertinentes disponibles sur la concession. Les soumissionnaires potentiels devraient en particulier pouvoir accéder à ces documents par voie électronique et gratuitement. Le concessionnaire en place devrait être contractuellement tenu de fournir toutes les données afférentes à l'utilisation du

service, qu'il s'agisse de l'utilisation passée ou de l'utilisation prévue à l'avenir (si ces données ont été obtenues dans son rôle de concessionnaire). Cela aide à minimiser tout avantage dont dispose le concessionnaire en place. Les soumissionnaires devraient également disposer d'un délai suffisant pour répondre. Ce délai devrait être proportionné à la taille et à la complexité de la concession. Cet élément est particulièrement important dans les projets techniquement complexes, qui peuvent exiger du temps pour établir des devis.

5.2.5. *Soumissions conjointes*

134. Autoriser des soumissions conjointes pour la concession peut accroître le nombre et la qualité des soumissions présentées en vue d'obtenir cette concession. À titre d'exemple, des soumissionnaires qui seraient autrement incapables de présenter individuellement une soumission crédible pourraient être en mesure de ce faire en coopération avec une autre entreprise (dans ce cas, l'entreprise en question ne serait pas un rival dès lors qu'elle ne serait pas un soumissionnaire crédible en l'absence de cette coopération). Toutefois, des soumissions conjointes peuvent également être anticoncurrentielles dans les cas où les soumissionnaires sont capables de présenter des soumissions crédibles séparées.

135. En cas d'offre d'une concession, il peut donc être souhaitable d'instituer une présomption selon laquelle des soumissions conjointes ne pourront pas être présentées en vue d'obtenir cette concession, *à moins que* les soumissionnaires ne puissent démontrer qu'ils ne pouvaient pas présenter une soumission indépendante crédible. Par exemple, en raison de leur expérience et de leurs actifs, par comparaison avec les exigences décrites dans les documents d'appel d'offres.

5.2.6. *Les problèmes de représentation des utilisateurs*

136. Il est important de noter que ceux qui offrent des concessions ne sont pas toujours nécessairement des agents fiables pour les utilisateurs qu'ils représentent. En particulier, ceux qui offrent des contrats de concessionnaire peuvent supporter peu de conséquences à long terme s'ils prennent une mauvaise décision (parce qu'ils changent de poste avant que les conséquences ne se fassent sentir). En outre, ils peuvent être incités à adjuger des contrats sans appel à la concurrence lorsqu'ils en ont le pouvoir, ou adjuger des contrats qui les aident à atteindre des objectifs internes. Par ailleurs, il existe également le risque omniprésent de corruption.

137. Il est donc précieux de disposer de vendeurs professionnels de droits de concession (et d'acheteurs publics) et d'une agence indépendante experte en passation de marchés publics ou d'une agence d'audit indépendante, afin d'assister et de superviser ceux qui offrent des concessions (ainsi que les acheteurs publics). Au Royaume-Uni, par exemple, les ministères ont instruction de référer toute soumission anormalement basse (c'est-à-dire plus de 10 % inférieure à la moyenne de toutes les soumissions) à une équipe d'assurance centralisée du Bureau du Cabinet (le Royaume-Uni ne fait aucune distinction entre l'adjudication d'un marché public et l'attribution d'un contrat de concession). Le recours à des spécialistes pour fournir cette assurance, plutôt que de rejeter purement et simplement des soumissions étonnamment basses au motif qu'elles sont « trop belles pour être vraies », garantit que des soumissionnaires ne seront pas découragés de présenter la soumission la plus compétitive possible (voir OCDE, 2016 pour plus de conseils sur la protection de la concurrence en cas de soumissions basses).⁵¹

5.2.7. Conserver des options

138. La tâche de ceux qui accordent des concessions peut être facilitée par l'existence d'une option publique. Ainsi, une entreprise publique peut être autorisée à soumissionner sur un pied d'égalité contre des entreprises afin d'obtenir le contrat d'exploitation d'une concession. Comme le notent Besley & Malcolmson (2017), la participation d'un tel soumissionnaire est susceptible d'améliorer le bien-être des consommateurs sur des marchés financés par des fonds publics. En outre, ainsi que nous l'avons fait observer à la Section 3.5, il n'existe aucune preuve qu'une option publique confrontée aux mêmes incitations concurrentielles offrira nécessairement une moindre valeur ou un service moins efficient. En conséquence, le maintien d'une option publique ne devrait pas nécessairement constituer une charge pour l'État. Néanmoins, il est important dans ces circonstances de maintenir la neutralité concurrentielle (voir les travaux en cours de l'OCDE sur ce sujet).⁵²

139. Une autre solution consiste à maintenir un opérateur public qui ne soumissionne pas mais sert d'option extérieure pour le cas où l'appel à la concurrence n'aboutirait pas à un résultat suffisamment compétitif. Par exemple, si un prix de réserve prédéfini pour la concession n'est pas atteint, l'existence d'une option publique fournit une menace crédible à l'autorité publique offrant la concession, dont on peut prévoir qu'elle fera peser une pression concurrentielle supplémentaire sur les soumissionnaires.

140. L'option constituerait également un précieux levier d'influence dans le cas où des soumissionnaires gagnants chercheraient à renégocier après l'attribution du contrat. Par exemple, elle permettrait à l'autorité adjudicatrice de brandir la menace crédible de révoquer la concession et de l'attribuer au prestataire direct.

Encadré 13. Exemples d'initiatives de plaidoyer

France

En 2014, l'Autorité de la concurrence française a émis un avis sur les concessions d'autoroutes, à la suite d'une demande de l'Assemblée nationale française. L'Autorité de la concurrence française a conclu que « la rentabilité exceptionnelle des concessionnaires de routes à péage "historiques" est comparable à un revenu garanti qui doit être mieux réglementé en faveur de l'État et des usagers ». Pour remédier à cette situation, elle a formulé 13 recommandations. Ces recommandations comprenaient a) la nécessité d'adopter une nouvelle formule d'indexation des tarifs de péage fondée sur des variables telles que les coûts ou le trafic, b) l'attribution de pouvoirs d'évaluation et d'inspection à un organisme de réglementation indépendant, c) l'introduction de clauses de réinvestissement et de participation aux bénéfices, et d) la nécessité d'améliorer la transparence et la compétitivité des appels d'offres lancés par les concessionnaires. Enfin, elle a également suggéré que la prolongation de la durée des concessions - en échange de nouveaux investissements dans l'infrastructure – était l'occasion de renégocier les accords de concession.⁵³

Italie

En 2018, l'Autorité de la concurrence italienne (« AGCM ») a émis un avis à l'intention du Parlement et du gouvernement sur le statut des concessions en Italie, soulignant les principaux problèmes de concurrence qui se posent sur certains marchés en raison d'une utilisation faussée des accords de concession. L'AGCM a noté que les appels d'offres

publics devraient être le principal mécanisme d'attribution des concessions et que leur portée et leur durée devraient être justifiées par des raisons techniques ou économiques. Elle a également déclaré que les autorités publiques devraient éviter les cas de renouvellement/exercice automatique des concessions existantes ou de traitement préférentiel accordé aux opérateurs historiques.

En outre, l'AGCM a formulé des recommandations sectorielles (proposant des réformes législatives ainsi que des instructions aux autorités adjudicatrices) pour les concessions concernant les autoroutes, les aéroports, la distribution de gaz, l'hydroélectricité, les transports maritimes et portuaires, le stationnement public, les services postaux (service postal universel), la radiodiffusion télévisuelle de service public et l'attribution des fréquences.⁵⁴

Mexique

En 2015, la Commission fédérale de la concurrence économique (« COFECE ») a émis *un avis d'office* adressé au gouvernement de l'État de Tlaxcala et à son Congrès local. La COFECE a recommandé de réviser la réglementation applicable aux services publics de transport de voyageurs a) en supprimant la suspension de l'octroi de nouvelles concessions et autorisations; b) en utilisant des régimes favorables à la concurrence et des critères techniques lors de l'attribution des concessions; c) en mettant en œuvre un règlement tarifaire pour le transport public de voyageurs; et d) en limitant les pouvoirs discrétionnaires des autorités adjudicatrices.⁵⁵

Portugal

En 2018, l'Autorité de la concurrence portugaise (« AdC ») a publié une étude de marché recommandant au gouvernement et aux autorités portuaires d'adopter des mesures visant à promouvoir la concurrence sur le marché des concessions de terminaux portuaires, en donnant la possibilité de renégocier 15 des 27 contrats de concession expirant en 2025 et 2 concessions en cours de négociation. L'étude de marché de 2018 a combiné une version préliminaire de l'étude de marché avec l'évaluation de la concurrence AdC-OCDE du cadre juridique et réglementaire du secteur portuaire au Portugal, qui a culminé avec l'ensemble de recommandations de l'OCDE et le plan d'action d'AdC.

Afin de promouvoir la concurrence sur le marché des concessions de terminaux portuaires, l'AdC a formulé plusieurs recommandations telles que : a) l'adoption de critères d'attribution objectifs, non discriminatoires et proportionnés ; b) la limitation des durées des concessions à la période pendant laquelle le concessionnaire peut raisonnablement s'attendre à récupérer l'investissement et à obtenir un retour sur investissement fondé sur le marché ; c) l'incorporation dans les contrats de concession de clauses en vertu desquelles des modifications substantielles d'une concession en cours peuvent nécessiter une résiliation anticipée de la concession ; d) le transfert effectif du risque à un concessionnaire ; e) l'introduction de systèmes d'incitation (bonus et pénalités) pour les concessionnaires ; et f) la priorité accordée aux nouvelles offres par rapport à la renégociation des contrats de concession existants.⁵⁶

6. Conclusion

141. En conclusion, nous identifions le rôle potentiel que peuvent jouer les concessions dans plusieurs types différents de marché où il existe une concurrence *pour le marché*. Nous notons qu'elles sont souvent utilisées pour faciliter la concurrence, en réduisant périodiquement les barrières à l'entrée afin de permettre le jeu de la concurrence *pour le*

marché à intervalles définis. Elles offrent ainsi une alternative pro-concurrentielle supérieure à la privatisation et à la régulation du même service. Toutefois, nous suggérons que le risque de contrats incomplets et la marge de renégociation opportuniste signifient que les pouvoirs publics devraient, dans la mesure du possible, s'efforcer de stimuler la concurrence *dans le marché*, et qu'ils devraient en tout cas procéder à une évaluation approfondie de l'opportunité d'utiliser des incitations du marché pour fournir des services. Parallèlement à d'autres suggestions de plaider, sur l'utilisation de lots, le traitement des risques de soumissions concertées et la manière de traiter les soumissions conjointes, nous identifions également les avantages qu'il y a à conserver un opérateur public, soit pour concourir en vue d'obtenir une concession, soit pour servir d'option extérieure si besoin est. Plus radicalement, nous suggérons d'envisager d'utiliser des mécanismes d'enchères continues qui exigent une auto-évaluation de la valeur des droits du concessionnaire.

142. En ce qui concerne les procédures d'exécution, nous soutenons que l'existence d'un contrat de concessionnaire ne doit pas servir de justification permettant de conclure à une absence de changement de contrôle, et nous identifions le fait que les marchés de concessionnaires constituent un autre cas dans lequel la définition du marché ajoute peu de valeur. Nous identifions une gamme d'analyses pouvant être réalisées lorsque des données sur les soumissions sont disponibles, et soutenons que la concurrence potentielle est particulièrement importante dans les marchés de concessionnaires, ce qui entraîne deux conséquences : la nécessité de veiller à ce que des « acquisitions meurtrières » potentielles soient examinées, d'une part, et l'opportunité de retenir le critère plus économique de l'atteinte prévisible à la concurrence, qui a récemment été proposé en relation avec les marchés numériques, d'autre part. Nous considérons qu'il ne devrait guère être nécessaire que les autorités de la concurrence se saisissent de cas d'abus d'exploitation liés à une position dominante, mais que le problème des pratiques d'exclusion, telles les soumissions prédatrices, devrait être pris très au sérieux, en raison de la facilité relative avec laquelle la récupération de l'investissement peut intervenir (par comparaison avec les marchés traditionnels). En ce qui concerne les accords collusoires, nous notons que les autorités de la concurrence sont susceptibles de se fier tout particulièrement aux demandes de clémence et aux signalements des lanceurs d'alerte dans ces types de marchés, et pointons les risques liés aux mesures correctives qui nuisent davantage à la concurrence future.

Notes de fin

¹ Comme de récents débats l'ont mis en lumière (OCDE, 2019), le souci du bien-être des consommateurs englobe en l'espèce à la fois les consommateurs en tant qu'acheteurs qui pourraient être lésés par une puissance de monopole, et en tant que travailleurs qui vendent leur force de travail au marché et pourraient ainsi être lésés par une puissance de monopsonne. Dans les concessions, il inclut également les pouvoirs publics en tant que vendeurs de droits de concession afin de gérer des services, qui sont vendus à des utilisateurs (ici encore, la préoccupation tient à une puissance de marché de type monopsonne).

² La possibilité d'une dégradation de la qualité est importante car elle montre qu'il est erroné de penser que des produits à prix zéro ne peuvent pas constituer un marché en cause, simplement parce qu'une augmentation du prix conduirait à un déplacement de la demande vers d'autres produits. Dans ces cas, le test doit être repensé, afin de poser la question de savoir si ce déplacement de la demande surviendrait si la qualité du produit fourni à un prix zéro devait se dégrader dans une mesure faible mais significative pendant une période non transitoire (ou si une augmentation du prix facturé par les acteurs de marché ne facturant pas à un prix zéro serait profitable). Une dégradation de la qualité pourrait prendre les formes suivants : un algorithme devenant moins efficace, une publicité plus attrayante, une modération de contenu moins effective ou une certaine perte de fonctionnalité. Étant donné qu'aucun de ces facteurs n'implique des augmentations de prix infinies appliquées aux utilisateurs, on peut d'attendre à ce que la réaction de la demande soit substantiellement plus faible, de telle sorte qu'un monopoliste hypothétique est considérablement plus susceptible de trouver cette évolution profitable.

³ Par exemple, si un « marché » est parfaitement contestable, un test SSNIP ne serait pas profitable pour un monopoliste hypothétique. En conséquence, ce marché ne serait pas un marché antitrust en cause, et le marché candidat devrait être élargi pour y inclure les contraintes qui contesteraient le marché en cas d'augmentation du prix.

⁴ Cette incitation plus importante ne signifie pas, toutefois, qu'elle produira plus d'innovation sur ces marchés, étant donné qu'il faut également prendre en considération l'intensité de la concurrence.

⁵ Notamment, l'introduction de la concurrence dans le marché pourrait, dans les cas d'économies d'échelle du côté de l'offre, ou dans le cas de rendements d'échelle croissants du côté de la demande, être susceptible de rétablir une situation de marché de structure monopolistique. Afin d'éviter d'en revenir à cette situation, il faudrait probablement imposer une obligation d'interopérabilité, à la place ou en plus d'une intervention structurelle afin d'introduire la concurrence dans le marché.

⁶ DiLorenzo (1996)

⁷ Voir l'article de The Financial Times "Minister confident of improving UK mobile coverage" (disponible sur le site <https://www.ft.com/content/31b85572-ad29-11e9-8030-530adfa879c2>); and UK Department of Digital, Culture, Media & Sport (2018), *A new broadband Universal Service Obligation: Government's response to consultation on design*, 28 March 2018, (available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/695121/USO_consultation_government_response_28_March.pdf).

⁸ Dans le cas de certains sites historiques uniques, les terrains pourraient être la propriété de l'État et l'exploitation du site pourrait être offerte sous forme de concession.

⁹ Comme le notent Catalini & Gans (2019), les projets de chaînes de blocs ont également cherché à éviter ce problème en décentralisant le contrôle du goulot et en émettant des jetons pour intéresser les premiers utilisateurs au réseau.

¹⁰ Voir OECD 2020 Open Day panel on the Crémer, Furman and Scott Morton Digital Reviews.

¹¹ Par intérêts en termes d'efficience, nous entendons distinguer entre les intérêts qui pourraient être inefficients – par exemple, des prix plus bas provoquant des effets d'entraînement dommageables (par ex. environnementaux ou d'exclusion en cas de prix prédateurs) – et ceux qui sont efficaces. Cela est particulièrement important dans le cas des travailleurs dont les intérêts pourraient être

inefficaces – par exemple, si ces intérêts étaient servis par des exigences imposant que des fusions sauvent des emplois en s’abstenant de réaliser des efficacités disponibles grâce à la dé-duplication des rôles – mais pourraient également être efficaces, par exemple si la fusion avec un monopole local aboutit à ce qu’une entreprise retire sa demande de main-d’œuvre, de manière inefficace, afin de réduire la masse salariale.

¹² Commission européenne, Fiche thématique “Définition d’une concession” (disponible sur le site <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15428/attachments/1/translations/>).

¹³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *sur l’attribution de contrats de concession*.

¹⁴ En vertu de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fournitures et de services* (abrogée par la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics*).

¹⁵ Affaire C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, UE:C:2011:130, paras 24 à 26. Voir également affaire C-458/03, *Parking Brixen* [2005] Recueil de la jurisprudence de la CJUE I-8585, para. 39 et affaire C-206/08 *Eurawasser* [2009] Recueil de la jurisprudence de la CJUE I-8377, paras. 51, 59 et 68.

¹⁶ Voir l’article du *Financial Times* “We need a publicly funded rival to Facebook and Google” (disponible sur le site <https://www.ft.com/content/d56744a0-835c-11e8-9199-c2a4754b5a0e>).

¹⁷ Voir l’article de *The New York Times* “Chicago and New York Officials Look to Build Uber-Like Apps for Taxis” (disponible sur le site https://bits.blogs.nytimes.com/2014/12/11/chicago-and-new-york-officials-look-to-build-uber-like-apps-for-taxis/?_r=1).

¹⁸ Voir l’article de *Project Syndicate* “The End of Shareholder Primacy?” (disponible sur le site <https://www.project-syndicate.org/commentary/shareholder-vs-multi-stakeholder-model-by-michael-spence-2019-08>).

¹⁹ Voir *Competition & Markets Authority, Arriva Rail North and the Northern rail franchise – A report on the completed acquisition by Arriva Rail North Limited of the Northern rail franchise*, 2 novembre 2016, para. 6.5 (disponible sur le site <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/581b6b6ced915d7ad5000007/arriva-northern-final-report.pdf>); *Competition Commission & Office of Fair Trade, Merger Assessment Guidelines*, septembre 2010, para. 5.2.18 (disponible sur le site https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf).

²⁰ Affaire No COMP/M.7483 - *ABELLIO TRANSPORT /SCOTRAIL*, décision de la Commission européenne du 18 mars 2015, paras 5 to 9.

²¹ *Competition & Markets Authority, Rail franchise mergers – Review of methodologies and guidance*, 15 mars 2018 (disponible sur le site <https://www.gov.uk/government/consultations/rail-franchise-mergers-guidance>).

²² *Competition & Markets Authority and Monitor, Competition review of NHS mergers – A short guide for managers of NHS providers*, 31 juillet 2014, (disponible sur le site https://improvement.nhs.uk/1095/CMA-MonitorShortMergerGuide_5FY73oP.pdf).

²³ Voir *Aldwych Partners* (2013), *What does the OFT think about competition between GPS?* (disponible sur le site <https://aldwychpartners.co.uk/what-does-the-oft-think-about-competition-between-gps/>).

²⁴ Affaire M.8536 -*ATLANTIA / ABERTIS INFRAESTRUCTURAS*, décision de la Commission européenne du 13 octobre 2017.

²⁵ *Autogrill/Carestel Group*, 2006-C/C-20, 9 octobre 2006.

- ²⁶ 16-DCC-167 Décision du 31 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aéroports de Lyon par la société Vinci Airports (disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=16DCC167>).
- ²⁷ Avis 10-A-04 du 22 février 2010.
- ²⁸ Voir le rapport de Europe Economics “PUBLIC Research Study: Dominant Positions in National Railway Transport Services Markets”, 10 décembre 2015 (disponible sur https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/15195_dominant-positions-national-railways-transport-services-markets.pdf).
- ²⁹ Voir Van de Sander, M. & T. Beetstra (2019), Abuse of dominance fine of € 41 million for Dutch railway operator annulled, (disponible sur <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/07/09/abuse-of-dominance-fine-of-e-41-million-for-dutch-railway-operator-annulled/>).
- ³⁰ Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l’application de l’article 82 du traité CE aux pratiques d’éviction abusives des entreprises dominantes, OJC 45, 24.2.2009, pp. 7–20. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01)).
- ³¹ Affaire C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. v. MediaprintZeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co., 1998 E.C.R. I-7791.
- ³² *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).
- ³³ Dossiers DE-57-2001 et RA-50-2003
- ³⁴ OCDE (2009)
- ³⁵ [2014] EWHC 64 (Ch)
- ³⁶ Linklaters, Sports & Antitrust – Commercialisation of sports broadcasting rights under the spotlight (disponible sur <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2019/september/sports-and-antitrust-commercialisation-of-sports-broadcasting-rights-under-the-spotlight>).
- ³⁷ TDLC, Décision N° 73, 20 août 2008. (Rc. 21°).
- ³⁸ TDLC, Décision N° 75, 30 septembre 2008. (Rc. 43°)
- ³⁹ Affaire 30/87, Bodson c./ Pompes funèbres libérées, [1988] ECR 2479
- ⁴⁰ Décret No. 406/2015.
- ⁴¹ Décret No. 368/2014.
- ⁴² Affaire SA.44259 *Accords de concession pour 14 aéroports régionaux en Grèce*.
- ⁴³ Affaire SA.48472 *Accord de concession modifié relatif à l'autoroute Y de l'Istrie*.
- ⁴⁴ Affaire SA.35429 *Prolongation de concessions hydroélectriques au Portugal*.
- ⁴⁵ Voir les présentations récentes au Groupe de travail de l’OCDE sur la concurrence et la réglementation, de l’Espagne : <https://www.slideshare.net/OECD-DAF/tools-for-addressing-competitive-neutrality-spain-june-2019-oecd-presentation> et de l’Italie : <https://www.slideshare.net/OECD-DAF/tools-for-addressing-competitive-neutrality-italy-june-2019-oecd-presentation%20>
- ⁴⁶ https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1284_en.htm
- ⁴⁷ 2017 COM(2017) 573 final - *Helping investment through a voluntary ex-ante assessment of the procurement aspects for large infrastructure projects (Aider à l'investissement par une évaluation*

ex ante volontaire des aspects liés à la passation des marchés publics pour les grands projets d'infrastructure).

⁴⁸ Estache & Saussier (2014).

⁴⁹ Voir OCDE, Checklist for protecting competition when managing the risks of very low tenders, Public Procurement Toolbox, (disponible sur le site <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-managing-risks-very-low-tenders.pdf>).

⁵⁰ Voir OCDE, Checklist for protecting competition when splitting contracts into lots, Public Procurement Toolbox (disponible sur le site <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-splitting-contracts-lots.pdf>).

⁵¹ OCDE, Checklist for protecting competition when managing the risks of very low tenders, Public Procurement Toolbox, <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-managing-risks-very-low-tenders.pdf>.

⁵² Pour plus d'informations, voir <http://www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality.htm>.

⁵³ 14-A-13 Avis du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.

⁵⁴ S3470 Segnalazione del 12 dicembre 2018 ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 – *Concessioni e criticità concorrenziali*.

⁵⁵ Opinión Expediente OPN 006-2015, 23 Avril 2015.

⁵⁶ Étude de marché de l'AdC – *Competition in the Portuguese Ports Sector (Concurrence dans le secteur portuaire portugais)*, décembre 2018.

Bibliographie

ACCC (2019), *Digital Platforms Inquiry – Final Report*, <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>.

Aldwych Partners (2013), *What does the OFT think about competition between GPS?*, <https://aldwychpartners.co.uk/what-does-the-oft-think-about-competition-between-gps/>.

Aghion, P., N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith and P. Howitt (2005), “Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 120, No. 2 (May), pp. 701-728, <http://www.jstor.org/stable/25098750>.

Andersson, F. & Jordahl, H. (2011) Outsourcing Public Services: Ownership, Competition, Quality and Contracting (June 15, 2011). IFN Working Paper No. 874. <http://ssrn.com/abstract=1868279>

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), Segnalazione S3470 - *Concessioni e criticità concorrenziali*, 12 December 2018, <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S3470Segn%20exart%2021e22.pdf>.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2019), *Advocacy Tools for Addressing Competitive Neutrality Distortions: the Italian Experience*, OECD Competition Committee - Working Party 2, 3 June 2019, <https://www.slideshare.net/OECD-DAF/tools-for-addressing-competitive-neutrality-italy-june-2019-oecd-presentation>.

- Autorité de la Concurrence (2014), *Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires*, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14a13.pdf>.
- Autoridade da Concorrência (2018), *Competition in the Portuguese Ports Sector – Market Study*, December 2018, http://www.concorrenca.pt/vEN/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Other/Pages/Port-Sector-Study.aspx?lst=1.
- Baumol, W. J. (1982), “Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure” *American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, pp. 1-15 (March), https://www.jstor.org/stable/1808571?origin=JSTOR-pdf&seq=1#metadata_info_tab_contents.
- Bel, G., Fageda, X. & Warner, M.E., (2010), ‘Is Private Production of Public Services Cheaper than Public Production? A Meta-Regression Analysis of Solid Waste and Water Services’. *Journal of Policy Analysis and Management* 29 (3): 553–77. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/pam.20509/abstract>
- Bundesnetzagentur and Bundeskartellamt (2015), *Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers*, Zweite, überarbeitete Auflage 21.05.2015, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Vergabe%20von%20Strom-%20und%20Gaskonzessionen.html>.
- Butler, J. V., D. Serra and G. Spagnolo (2019), “Motivating whistleblowers”, *Management Science*, <https://doi.org/10.1287/mnsc.2018.3240>.
- Catalini, C. and J. S. Gans (2019), “Initial Coin Offerings and the Value of Crypto Tokens”, *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, Working Paper No. 24418, <https://www.nber.org/papers/w24418.pdf>.
- Comisión Federal de Competencia Económica (2015), *Opinión Expediente OPN-006-2015*, 23 April 2015, <https://www.cofece.mx/cfresoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V6/16/2040437.pdf>.
- Comisión Nacional de la Competencia (2009), *Public Monopolies, Concessions and Competition Law and Policies By Spain*, UNCTAD. Tenth session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Geneva, 7-9 July 2009, https://unctad.org/Sections/wcmu/docs/ciclp2009_s2_sp_en.pdf.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2019), *Competition advocacy beyond advice – challenging restrictions to competition in regulation*, OECD Competition Committee - Working Party 2, 3 June 2019, <https://www.slideshare.net/OECD-DAF/tools-for-addressing-competitive-neutrality-spain-june-2019-oecd-presentation>.
- Competition & Markets Authority (2018), *Rail franchise mergers – Review of methodologies and guidance*, 15 March 2018, <https://www.gov.uk/government/consultations/rail-franchise-mergers-guidance>.
- Competition & Markets Authority and Monitor (2014), *Competition review of NHS mergers – A short guide for managers of NHS providers*, 31 July 2014, https://improvement.nhs.uk/ /1095/CMA-MonitorShortMergerGuide_5fY73oP.pdf
- Crémer, J., Y. de Montjoye and H. Schweitzer (2019), *Competition policy for the digital era*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
- Coublucq, D. and G. Federico (2017), *Bidding studies in merger control: insights from recent EC experience*, Antitrust Italia Lunchtime Talk, 28 April 2017,

<http://www.antitrustitalia.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/04/Consolidated-Coublucq-Federico-Bidding-A-Italia-April-2017-Final.pdf>.

- Latham, O., Chisholm, S. & Lynch, S., *Acquisitions of Potential Rivals in Digital/Tech: Valuation Analysis as Key Economic Tool - PayPal/iZettle*, CRA Competition Memo, <http://www.crai.com/publication/acquisitions-potential-rivals-digitaltech-valuation-analysis-key-economic-tool-%E2%80%93>.
- DiLorenzo, T. J. (1996), “The Myth of Natural Monopoly”, *The Review of Austrian Economics*, Vol. 9, No. 2, pp. 43-58, https://mises-media.s3.amazonaws.com/rae9_2_3_3.pdf.
- Estache, A., S. Perelman and L. Trujillo (2005), *Infrastructure Performance and Reform in Developing and Transition Economies: Evidence from a Survey of Productivity Measures*, World Bank Policy Research Working Paper 3514, February 2005, <http://documents.worldbank.org/curated/en/989211468762917889/pdf/wps3514.pdf>.
- Estache, A. and S. Saussier (2014), *Public-Private Partnerships and Efficiency: A Short Assessment*, EPPP DP No. 2014-06, http://chaire-eppp.org/files_chaire/estache_saussier_2014.pdf.
- Estrin, S., J. Hanousek, E. Kočenda and J. Svejnar (2009), “Effects of Privatization and Ownership in Transition Economies”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 47, No. 3, pp. 699-728, <http://www.jstor.org/stable/27739983>.
- Europe Economics (2015), *PUBLIC Research Study: Dominant Positions in National Railway Transport Services Markets*, 10 December 2015, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/15195_dominant-positions-national-railways-transport-services-markets.pdf.
- European Commission (2017), *Communication Helping investment through a voluntary ex-ante assessment of the procurement aspects for large infrastructure projects*, COM/2017/0573 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A573%3AFIN>.
- European Commission, Fact sheet *Definition of a concession*, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15428/attachments/1/translations/>.
- Furman, J., D. Coyle, A. Fletcher, D. McAuley and P. Marsden (2019), *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.
- Gassner, K., A. Popov and N. Pushak (2009), *Does Private Sector Participation Improve Performance in Electricity and Water Distribution?*, The World Bank Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), <https://ppiaf.org/d/1931/download>.
- Geroski, P. A. (2003), “Competition in Markets and Competition for Markets”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol. 3, Issue 3, pp. 151-166, <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1027457020332>.
- Institute for Government (2019), *Government outsourcing – What has worked and what needs reform?* <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/government-outsourcing-reform-WEB.pdf>
- Haucap, J. (2019), “Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy”, *Intereconomics*, Vol. 54, Issue 4, pp. 201-208, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10272-019-0825-0.pdf>.
- Hovenkamp, H. (2019), “Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?”, *Journal of Corp. Law* (forthcoming 2019). https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985

- Iossa, E., Rey, P. and Waterson, M. (2019), *Organizing Competition for the Market*, Toulouse School of Economics Working Papers, No. TSE-984, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2019/wp_tse_984.pdf.
- Iza, A. & Loras, L. (2019), “Prohibitions on contracting and the future of public procurement antitrust enforcement in Spain”, *Competition Policy International – Antitrust Chronicle*, April 2019. <https://www.competitionpolicyinternational.com/prohibitions-on-contracting-and-the-future-of-public-procurement-antitrust-enforcement-in-spain/>
- Kaplow, L. (2013), “MARKET DEFINITION: IMPOSSIBLE AND COUNTERPRODUCTIVE”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 1, pp. 361-379, <https://www.jstor.org/stable/43486961>.
- Kaplow, L. (2010), “WHY (EVER) DEFINE MARKETS?”, *Harvard Law Review*, Vol. 124, No. 2, pp. 437-517. JSTOR, <https://www.jstor.org/stable/25763013>.
- Katsoulacos, Y. (2016), *Issues in Market Definition and Assessment of Market Power*, Review Workshop organised by FNE, CRESSE and ISCI, Santiago, November 2016, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/Market-Def-and-Market-Power-Katsoulacos-Santiago.pdf>
- Knyazeva, A., D. Knyazeva and J. E. Stiglitz (2013), “Ownership Change, Institutional Development and Performance”, *Journal of Banking & Finance*, Vol. 37, Issue 7 (July 2013), pp. 2605-2627, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0378426613001052>.
- Latham, O., Chisholm, S. & Lynch, S., (2019) *Acquisitions of Potential Rivals in Digital/Tech: Valuation Analysis as Key Economic Tool - PayPal/iZettle*, CRA Competition Memo, <http://www.crai.com/publication/acquisitions-potential-rivals-digitaltech-valuation-analysis-key-economic-tool-%E2%80%9393>.
- Linklaters, *Sports & Antitrust – Commercialisation of sports broadcasting rights under the spotlight*, <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2019/september/sports-and-antitrust-commercialisation-of-sports-broadcasting-rights-under-the-spotlight>.
- Milgrom, P. (2004), *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press.
- Mill, J. S. (1848), *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, Ashley ed.
- Nigro, B. A. Jr. (2017), “*Big Data*” and *Competition for the Market*, Remarks as Prepared for Delivery at The Capitol Forum and CQ: Fourth Annual Tech, Media & Telecom Competition Conference, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1017701/download>.
- Nyreröd, T. & Spagnolo, G. (2018), “*Myths and Numbers on Whistleblower Rewards*” Stockholm Institute of Transition Economics, Working Paper No. 44. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3100754>
- OECD (2006), *Competition in Bidding Markets*, DAF/COMP(2006)31, <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/38773965.pdf>.
- OECD (2007), *Competition Policy and Concessions*, Policy Brief, May 2007, <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/38706036.pdf>.
- OECD (2007), *Concessions*, DAF/COMP/GF(2006)6, <https://www.oecd.org/daf/competition/39531515.pdf>.
- OECD (2009), *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>.
- OECD (2009), *Margin Squeeze: Executive Summary*. <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46048803.pdf>

- OECD (2012), *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, <https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm#targetText=On%202017%20July%202012%2C%20the,bid%20rigging%20in%20public%20tenders.http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.
- OECD (2014), *Hearing on the Use of Tenders and Auctions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2014\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2014)15/en/pdf)
- OECD (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm
- OECD (2019), *Competition Concerns in Labour Markets* [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)2/en/pdf)
- OECD, Checklist for protecting competition when managing the risks of very low tenders, Public Procurement Toolbox, <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-managing-risks-very-low-tenders.pdf>.
- OECD, Checklist for protecting competition when splitting contracts into lots, Public Procurement Toolbox, <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-splitting-contracts-lots.pdf>.
- Oxera (2014), *Abus(e) of dominance: the Arriva v Luton case*, Oxera Agenda July 2014, <https://www.oxera.com/agenda/a-buse-of-dominance-the-arriva-v-luton-case/>.
- Petersen, O. H., U. Hjelmar and K. Vrangbæk (2018). “Is contracting out of public services still the great panacea? A systematic review of studies on economic and quality effects from 2000-2014”, *Social Policy and Administration*, Vol. 52, No. 1, pp. 130-157, <https://doi.org/10.1111/spol.12297>.
- Posner, E. A. and E. G. Weyl (2018), *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton University Press.
- Saussier, S. and J. Tirole (2015), “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”, *Notes du Conseil D’Analyse Économique*, 2015/3 (No. 22), https://www.cairn-int.info/focus-E_NCAE_022_0001--strengthening-the-efficiency-of-public-p.htm.
- Scott Morton, F., P. Bouvier, A. Ezrachi, B. Jullien, R. Katz, G. Kimmelman, A. D. Melamed and J. Morgenstern (2019), *Committee for the Study of Digital Platforms – Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/market-structure-report%20-15-may-2019.pdf>.
- Sturgess, G. L. (2015), *Contestability in Public Services: An Alternative to Outsourcing*, ANZSOG Research Monograph, Melbourne, <https://www.anzsog.edu.au/resource-library/research/contestability-in-public-services-an-alternative-to-outsourcing>.
- Szymanski, S. and S. Wilkins (1993), “Cheap Rubbish? Competitive Tendering and Contracting Out in Refuse Collection – 1981-88”, *Fiscal Studies*, Vol 14, No. 3, pp. 109-130, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1475-5890.1993.tb00489.x>.
- UK Government Commercial Function (2019), *The Outsourcing Playbook – Central Government Guidance on Outsourcing Decisions and Contracting*, February 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/816633/Outsourcing_Playbook.pdf.
- UK Department of Digital, Culture, Media & Sport (2018), *A new broadband Universal Service Obligation: Government’s response to consultation on design*, 28 March 2018,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/695121/USO_consultation_government_response_28_March.pdf.

UNCTAD (2009), *Public monopolies, concessions and competition law and policies*, TD/B/C.I/CLP/2, <https://digitallibrary.un.org/record/653812>.

UNCTAD (2018), *Competition issues in the sale of audiovisual rights for major sporting events*, TD/B/C.I/CLP/50, https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd50_en.pdf.

UNDP (2015), *Is the Private Sector more Efficient? A cautionary tale*, https://www.undp.org/content/dam/undp/library/capacity-development/English/Singapore%20Centre/GCPSE_Efficiency.pdf

Van de Sander, M. and T. Beetstra (2019), *Abuse of dominance fine of € 41 million for Dutch railway operator annulled*, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/07/09/abuse-of-dominance-fine-of-e-41-million-for-dutch-railway-operator-annulled/>.