

Les fusions concernant des entreprises actives sur des marchés d'appels d'offres font l'objet d'une appréciation qui présente des spécificités par rapport aux opérations se déroulant sur des marchés classiques. L'Autorité de la concurrence a adopté une grille d'analyse pragmatique permettant de caractériser les éventuels effets horizontaux, en s'appuyant essentiellement sur l'analyse du déroulement des appels d'offres, moment durant lequel s'exprime la concurrence. Les engagements que les parties peuvent proposer doivent également tenir compte du contexte particulier des marchés d'appels d'offres et il ne faut pas hésiter à se tourner vers des solutions innovantes.

Quels engagements pour remédier aux effets anticoncurrentiels d'une fusion sur un marché d'appels d'offres ?



Par **Gildas DE MUIZON**⁽¹⁾
Économiste et directeur
de Microeconomics

INTRODUCTION

Deux récentes décisions d'autorisation (Aut. conc., déc. n° 10-DCC-198, 30 déc. 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations ; Aut. conc., déc. n° 11-DCC-34, 25 févr. 2011, relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez) sous réserve d'engagements ont permis à l'Autorité de la concurrence d'exposer la manière dont elle entend examiner les fusions sur les marchés d'appels d'offres. Cet article se concentre sur la manière dont les effets unilatéraux sont caractérisés et les engagements qui peuvent être présentés par les parties pour y remédier.

I. – LA CARACTÉRISATION DES EFFETS UNILATÉRAUX D'UNE FUSION SUR UN MARCHÉ D'APPELS D'OFFRES

Une fusion horizontale se traduit par la disparition d'un concurrent sur le marché et par l'addition des parts de marché des parties à l'opération. Traditionnellement, l'approche des autorités de la concurrence consiste à délimiter les marchés pertinents, estimer les parts

de marché et évaluer l'impact de l'opération sur le degré de concentration du marché et sur l'intensité de la concurrence. S'agissant des marchés d'appels d'offres, il est admis par les autorités de la concurrence que cette démarche mécanique n'est guère adaptée et ne permet pas d'apprécier correctement les effets unilatéraux potentiels de l'opération. Notons que les évolutions récentes observées aux États-Unis et au Royaume-Uni remettent également en cause cette approche de façon plus générale. Les nouvelles lignes directrices des autorités américaines et britanniques mettent en avant l'intérêt d'autres indicateurs (tels que le ratio de diversion ou l'indice de pression à la hausse des prix) jouant, à la place des parts de marché, le rôle de premiers filtres permettant d'identifier les opérations les plus susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels sensibles.

L'intuition est que sur les marchés d'appels d'offres, la concurrence ne se joue qu'à certains moments précis. Les parts de marché ne sont que le simple résultat des appels d'offres remportés dans le passé et constituent donc un mauvais indicateur de l'intensité de la concurrence future. Comme l'a souligné la Commission européenne, « *les données sur les parts de marché ne prennent en compte que l'activité des entreprises qui obtiennent un marché donné, mais n'indiquent pas combien de concurrents crédibles ont effectivement participé à la*

procédure en soumissionnant et ont ainsi créé une pression concurrentielle » (Déc. Comm. CE, 6 déc. 2000, aff. n° COMP/M.2139, Bombardier/Adtranz, pt. 39).

L'Autorité de la concurrence a cependant adopté une position prudente. Elle considère que les parts de marché donnent une première indication des positions concurrentielles des parties et de leurs concurrents qu'il convient de compléter par un examen des appels d'offres passés. Elle estime qu'« *afin d'évaluer si les parts de marché des parties surestiment ou sous-estiment leur pouvoir de marché, il convient d'examiner les conditions de concurrence sur ce marché d'appels d'offres et donc de déterminer, sur la base d'une analyse des appels d'offres passés ; combien de soumissionnaires crédibles exercent une pression concurrentielle sur les parties et quelle était l'intensité de la concurrence [entre les parties]* » (Aut. conc., déc. n° 11-DCC-34, préc., pt. 64).

En tout état de cause, l'appréciation des parts de marché ne constitue qu'une première étape, suivie d'une analyse approfondie des effets de l'opération sur la concurrence. S'agissant des marchés d'appels d'offres, on retiendra qu'une addition importante de parts de marché conduisant à une position forte de la nouvelle entité est un élément moins préoccupant que le nombre de concurrents crédibles subsistant sur le marché. À titre d'illustration, on peut citer la décision d'autorisation sans condition du volet néerlandais de l'opération Veolia

>

⁽¹⁾ Avertissement : l'auteur a conseillé Veolia Environnement dans le cadre de la notification du rapprochement entre Veolia Transport et Transdev étudié dans cet article. Il s'exprime ici à titre strictement personnel.

transport/Transdev : bien que la nouvelle entité allait détenir près de 60 % du marché national, l'autorité néerlandaise de concurrence a considéré que cela ne soulevait pas de risque d'effet anticoncurrentiel, notamment en raison d'un marché très dynamique et de la présence d'au moins deux autres concurrents suffisamment crédibles pour discipliner le comportement de la nouvelle entité.

A. – Les conséquences de la réduction du nombre de participants aux appels d'offres futurs

L'Autorité de la concurrence est en premier lieu préoccupée par l'effet de la réduction du nombre de participants aux appels d'offres futurs. Elle retient deux principaux effets possibles de cette réduction : d'une part, une moindre intensité concurrentielle au cours des appels d'offres se traduisant par une hausse du prix final ; d'autre part, une dégradation de la qualité des offres et un appauvrissement de leur diversité.

L'effet sur les prix est classique. L'analyse économique modélise les procédures d'appels d'offres comme des mécanismes d'enchères et certains modèles d'enchères montrent un lien entre le prix final et le nombre de participants à l'appel d'offres. Il convient néanmoins de souligner qu'il ne s'agit pas d'un résultat général. Certains modèles d'enchères indiquent à l'inverse que le nombre de participants n'a pas d'influence sur le résultat final de l'enchère et qu'il suffit de deux participants pour assurer une issue compétitive à l'appel d'offres (cf. par exemple Klempereur P., *Bidding markets*, Competition Commission, ainsi que l'analyse de Montet C., *Fusion Veolia/Transdev* : comment dynamiser un marché d'enchères imparfait, RLC 2011/27, n° 27). Ce n'est généralement pas le sentiment des organisateurs d'appels d'offres interrogés par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des tests de marché qu'elle effectue. Dans les deux concentrations étudiées, les collectivités ayant répondu au test de marché ont généralement indiqué que « *trois participants crédibles étaient nécessaires pour obtenir une offre finale compétitive* » (Aut. conc., déc. n° 11-DCC-34, préc., pt. 71).

Afin d'évaluer l'ampleur de l'effet sur les prix, il est nécessaire d'estimer au préalable l'impact de l'opération sur le nombre de participants. Sur la base des appels d'offres passés, on peut calculer la fréquence de rencontres des parties à la concentration et en déduire la baisse moyenne du nombre d'offres remises qui en aurait résulté. Plus les parties se rencontraient fréquemment dans le passé, plus la baisse moyenne du

nombre d'offres était susceptible d'être importante. Si les parties participaient simultanément à tous les appels d'offres, le nombre moyen d'offres remises aurait baissé d'une unité. Si les parties ne participaient jamais aux mêmes appels d'offres, l'opération n'aurait pas d'impact sur le nombre moyen d'offres remises.

Soulignons que, paradoxalement, l'Autorité de la concurrence fonde son appréciation quasiment exclusivement sur l'observation des dynamiques passées, bien qu'elle cherche, en théorie, à se projeter dans le futur en menant une analyse prospective des effets probables de l'opération. Ainsi, elle n'analyse pas les éventuelles modifications des comportements des concurrents (par exemple, on peut s'attendre à ce qu'ils accroissent leur taux de participation aux appels d'offres, car compte tenu de la réduction du nombre de candidats, ils anticipent une plus grande probabilité de succès) ou de la nouvelle entité (celle-ci peut en effet réallouer les économies de moyens générées par la suppression des candidatures simultanées et ainsi participer à des appels d'offres auxquels les parties n'auraient pas participé en l'absence de l'opération). Soulignons néanmoins que l'Autorité de la concurrence a, dans le dossier *Veolia Transport/Transdev*, tenu compte de la modification probable du comportement de la RATP à l'issue de l'opération. En effet, l'opération avait également pour conséquence de supprimer les liens capitalistiques qui préexistaient entre Transdev et la RATP. Autrement dit, l'opération créait également un nouveau concurrent. L'Autorité évalue l'impact de ce changement sur le nombre de candidats crédibles susceptibles de participer aux appels d'offres futurs et conclut que l'émergence de la RATP en tant que nouveau concurrent ne compense pas totalement la disparition de Transdev (pt. 190).

Une fois calculé l'impact de la concentration sur le nombre moyen de participants, il faut déterminer le lien entre le nombre de participants et le prix final, afin d'évaluer la hausse du prix final susceptible d'être causé par la concentration. D'une manière générale, cet effet est présumé. Il est en effet généralement difficile de collecter des données sur les meilleurs prix proposés par les parties afin d'étudier si les prix sont plus bas lorsque les parties sont en concurrence. En outre, on se heurte à des difficultés pour comparer les prix d'appels d'offres qui peuvent concerner des services très différents.

Dans le dossier *Veolia Transport/Transdev*, l'Autorité de la concurrence s'est appuyée sur l'analyse de données statistiques publiques sur les comptes de résultats des opérateurs délégataires, afin d'étudier l'impact du nombre de participants aux appels d'offres sur le taux de marge de l'attributaire. Elle a considéré avoir mis en évidence une corrélation forte entre le taux de marge et le nombre de concurrents, bien que les parties aient contesté la validité des données utilisées.

Plusieurs indicateurs peuvent être plus facilement calculés et fournir des éléments d'appréciation de l'intensité de la concurrence qui prévalait entre les parties. Par exemple, on peut regarder la direction des changements d'opérateurs : si l'on observe, à l'issue des appels d'offres passés, beaucoup de changement d'opérateurs de l'une des parties vers l'autre, on aura tendance à penser que les offres des parties sont généralement perçues comme proches par les organisateurs des appels d'offres. On peut également calculer les taux de participation, de succès offensif et défensif. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a observé que « *Ne Varietur, alors même qu'il est le troisième opérateur en terme de part de marché, est celui qui participe le moins aux appels d'offres, et dont le taux de réussite, qu'il s'agisse de candidatures offensives ou défensives est le plus faible* » (pt. 76). Elle en déduit que « *la capacité actuelle de Ne Varietur à animer la concurrence lors des attributions ou renouvellements de DSP apparaît dès lors restreinte* ».

Le second effet possible de la réduction du nombre de participants reste envisagé d'un point de vue théorique. La théorie économique explique en effet que la réduction de l'intensité concurrentielle peut se traduire par une hausse des prix et/ou une dégradation de la qualité des offres. L'Autorité de la concurrence retient ainsi que « *la décroissance du nombre de candidats risque d'affaiblir pour un opérateur l'incitation à innover afin de se démarquer de l'offre de ses concurrents* » (Aut. conc., déc. n° 10-DCC-198, préc., pt. 167). Il n'est guère envisageable en pratique de valider ou d'invalider ce mécanisme par des analyses des données d'appels et les retours du test de marché jouent alors un rôle déterminant dans l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence.

B. – La crainte d'effets géographiques locaux

La délimitation des marchés pertinents doit prendre en compte la spécificité des

marchés attribués par appels d'offres. En effet, si l'on s'en tenait à l'analyse de la substituabilité du côté de la demande, on conclurait que chaque appel d'offres constitue un marché pertinent. Ainsi, l'autorité organisatrice des transports albigeois est intéressée par une prestation de services qui concerne la gestion de son réseau, laquelle n'est aucunement substituable à la gestion d'un autre réseau. En réalité, c'est la substituabilité du côté de l'offre qui conduit à élargir les frontières du marché pertinent, en analysant l'étendue géographique des activités des entreprises.

Par exemple, s'agissant du marché du transport urbain de voyageurs ou du marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur, l'Autorité de la concurrence retient une délimitation nationale en observant que les principales entreprises candidatent sur l'ensemble du territoire national. À l'inverse, s'agissant du transport interurbain de voyageurs, l'Autorité de la concurrence retient une dimension départementale, notamment parce que les candidats aux appels d'offres sont principalement des entreprises locales, qui candidatent rarement dans les départements limitrophes.

Cependant, même dans les cas où elle a conclu à une dimension nationale du marché pertinent, l'Autorité de la concurrence a retenu l'existence d'effets anticoncurrentiels locaux.

Le mécanisme décrit par l'Autorité de la concurrence est le suivant : les parties disposent d'une forte implantation dans certaines zones géographiques (par exemple la région PACA s'agissant de l'opération *Veolia Transport/Transdev* ou la région Bourgogne s'agissant de *GDF Suez/Ne Varietur*) et des gains d'efficacité seraient engendrés par l'exploitation de contrats géographiquement proches. Dans ces conditions, la concentration aurait pour effet de renforcer la compétitivité de la nouvelle entité qui bénéficierait de synergies avec les réseaux géographiquement proches qu'elle exploite. On pourrait penser qu'il s'agit là d'un effet pro concurrentiel de l'opération. Mais l'Autorité de la concurrence estime que cela est de nature à décourager les opérateurs concurrents de participer aux appels d'offres car ils anticiperaient « une moindre probabilité de remporter l'appel d'offres » (Aut. conc., déc. n° 11-DCC-34, préc., pt. 90). En résumé, les gains d'efficacité engendrés par la concentration dissuaderaient des concurrents moins efficaces de candidater. On est en plein dans l'*efficiency offense* et il est inquiétant qu'une autorité de concurrence ait par deux fois considéré que

l'éviction de concurrents moins efficaces pouvait constituer un effet anticoncurrentiel. Cela induit une certaine schizophrénie chez les parties notifiantes qui, d'un côté, sont incitées à justifier la rationalité de leur projet de fusion par des gains d'efficacité et de l'autre, ont intérêt à les nier pour ne pas laisser craindre l'éviction de concurrents moins efficaces.

C. – Conclusion : une caractérisation des effets unilatéraux s'appuyant essentiellement sur l'analyse quantitative des données d'appels offres

Qu'il s'agisse des effets unilatéraux classiques (réduction du nombre de concurrents se traduisant par une hausse de prix) ou d'effets de concentration géographiques plus exotiques, l'analyse quantitative est au cœur de la caractérisation des effets unilatéraux d'une opération de concentration sur un marché d'appel d'offres. Les parties à une opération de concentration sur ces marchés doivent

**La délimitation des
marchés pertinents doit
prendre en compte la
spécificité des marchés
attribués par appels
d'offres.**

donc se préparer à transmettre à l'autorité de concurrence des données sur les appels d'offres passés (typiquement sur une durée calée sur la durée moyenne des contrats), incluant notamment l'identité du titulaire sortant, des participants et de l'attributaire, les caractéristiques propres aux contrats. Il est prudent d'anticiper et de faire analyser ces données en amont. Elles sont d'ailleurs en général riches d'enseignement et la mise en œuvre de techniques économétriques peut révéler des déterminants intéressants du taux de reconduction de l'opérateur sortant, de la décision de participer à un appel d'offres et de la probabilité de le remporter. Soulignons enfin qu'une analyse approfondie n'a été généralement entreprise que pour des opérations impliquant deux des trois principaux concurrents. La Commission européenne a ainsi autorisé sans remèdes toute une série d'opérations pour lesquelles elle observait qu'il subsistait un nombre suffisant de concurrents crédibles, en général au minimum deux concurrents en plus de la nouvelle entité (cf. par exemple, Déc. Comm. CE, 5 sept. 2002, aff. n° COMP/M.2816, *Ernst&Young/Andersen France* ; Déc.

Comm. CE, 10 juill. 2003, aff. n° COMP/M.3148, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines* ; Déc. Comm. CE, 10 oct. 2007, aff. n° COMP/M.4747, *IBM/Telelogic*).

II. – LES REMÈDES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE PROPOSÉS PAR LES PARTIES

Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence indiquent que « lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte, (...) l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence » (pt. 521). Les remèdes doivent donc être définis de manière à corriger les effets anticoncurrentiels mis en évidence. Cette section passe en revue les différents types de remèdes que les parties peuvent proposer en analysant s'ils sont applicables aux marchés d'appels d'offres.

A. – Cessions d'actifs

Les autorités de concurrence ont une préférence affichée pour les remèdes dits « structurels », consistant à céder une activité viable afin de permettre à l'acquéreur d'exercer une pression concurrentielle crédible sur la nouvelle entité. Les lignes directrices de l'Autorité précisent ainsi qu'elle « recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents » (pt. 528) et que « pour qu'une cession d'activité puisse efficacement remédier aux atteintes à la concurrence, il est indispensable que l'activité cédée soit viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement » (pt. 531).

Des engagements de cessions d'actifs ont ainsi été pris au niveau européen dans les opérations *Siemens/Va Tech* (Déc. Comm. CE, 13 juill. 2005, aff. n° COMP/M.3653) et *GE/Instrumentarium* (Déc. Comm. CE, 2 sept. 2003, aff. n° COMP/M.3083). Par exemple, dans le premier cas, Siemens s'est engagé à céder VA Tech Hydro afin d'éliminer tout chevauchement entre Siemens et VA Tech sur le marché des équipements pour centrales hydroélectriques (pt. 492). Soulignons que l'analyse de la Commission ne va pas au bout du raisonnement : l'effet anticoncurrentiel qui était craint tenait au fait que « le nombre de soumissionnaires crédibles passerait en effet de

quatre à trois » (pt. 43). Or l'élimination de tout chevauchement n'y répond pas directement. Encore faut-il que le repreneur devienne, grâce à son acquisition, un soumissionnaire crédible. En l'occurrence, c'est la société Andritz qui a finalement repris VA Tech Hydro. Sa part de marché avait été estimée par la Commission à moins de 1 % et elle n'était pas incluse dans les quatre opérateurs considérés comme des soumissionnaires crédibles.

Ce fut également le cas dans le dossier *Veolia Transport/Transdev* : la cession d'entreprises de transport interurbain a permis de supprimer des additions de parts de marché jugées trop importantes sur certains marchés départementaux. En réalité, une cession d'actifs revient à transférer des capacités de production (i.e., des moyens de répondre aux appels d'offres futurs) à un acteur qui faisait face à une contrainte de capacité. Elle n'a de sens que si elle permet à l'acquéreur d'exercer une pression concurrentielle plus forte que celle qu'il aurait exercée en l'absence de la cession. Le choix de l'acquéreur est clé : s'il avait déjà les moyens de participer de manière crédible à tous les appels d'offres, il est probable que l'engagement ne produira pas l'effet escompté. À l'inverse, il est efficace de privilégier un repreneur qui faisait face à certaines contraintes ne lui permettant pas d'exercer une concurrence crédible ou de candidater à tous les appels d'offres.

À défaut de pouvoir céder des entités entières et viables, la cession peut concerner des participations. Les lignes directrices indiquent ainsi que « *dans certains cas, pour trancher le lien avec un concurrent important, les parties peuvent proposer la cession de participations minoritaires chez ce concurrent ou dans une entreprise détenue en commun* » (pt. 545). Cela a été le cas dans le dossier *Bombardier/Adtranz* (Déc. Comm. CE, aff. n° COMP/M.2139, préc.). La nouvelle entité s'en engagée à céder des participations qu'elle détenait dans deux fournisseurs de systèmes de propulsion électrique et dans un fabricant de pièces mécaniques pour les trains régionaux et les tramways. La Commission a estimé que ces engagements de cession de participations allaient permettre de « *compenser la disparition d'Adtranz en tant que fabricant de trains régionaux et de tramways et véhicules légers sur rail* » (pt. 102).

B. – Cessions de contrats

La cession de contrats est un remède spécifique aux marchés d'appels d'offres.

Il s'agit *a priori* d'un remède étrange puisqu'il intervient pour défaire une transaction conclue dans le passé entre le producteur et l'acheteur. Il n'y a, à notre connaissance, pas d'équivalent sur les marchés « classiques » : on n'envisagerait pas, pour contrebalancer une addition trop forte de parts de marché, de faire annuler une partie des ventes passée d'une entreprise, afin de faire diminuer sa part de marché !

Il peut éventuellement avoir un sens dans deux situations. D'une part, si les actifs de production attachés au contrat cédés le sont également. Cela renvoie en fait aux cessions d'actifs discutées *supra*. En l'absence d'actifs de production attachés au contrat (par exemple dans le cas d'un contrat de service), on peut imaginer une situation dans laquelle la détention d'un nombre suffisant de contrats constituerait une condition nécessaire à l'exercice d'une pression concurrentielle crédible pour remporter d'autres appels d'offres.

Ce peut être le cas si les organisateurs des

La cession de contrats se heurte dans tous les cas à d'importantes difficultés de mise en oeuvre.

appels d'offres accordent un poids très important aux références des candidats. Il convient de souligner que l'effet de la cession d'un certain nombre de contrats ne se fera alors sentir qu'à l'issue d'une période suffisante pour que l'acquéreur ait fait ses preuves et démontrer son efficacité à exploiter les contrats acquis. Ce peut être également le cas si l'exploitation d'un contrat est indispensable pour concourir et espérer remporter des appels d'offres géographiquement proches. C'est le raisonnement qu'a tenu l'Autorité de la concurrence qui a imposé des cessions de contrats pour résoudre des effets de verrouillage géographique de l'opération *Veolia Transport/Transdev* en région PACA. Elle a ainsi estimé que pour contrebalancer l'implantation géographique concentrée de la nouvelle entité, il était nécessaire de forcer l'implantation d'opérateurs concurrents susceptibles d'exercer à l'avenir une pression concurrentielle crédible dans une région où elle estimait qu'ils auraient eu des difficultés à concurrencer la nouvelle entité. L'Autorité de la concurrence a donc exigé que la nouvelle entité cède quatre contrats d'exploitation de

réseaux de transport urbain situés en région PACA.

La cession de contrats se heurte dans tous les cas à d'importantes difficultés de mise en œuvre. Il peut déjà être difficile de céder un actif de production car il faut gérer l'impact de la cession dans l'organisation interne de l'entreprise et trouver un repreneur acceptable par l'autorité de concurrence. À ces difficultés, s'ajoute, dans le cas d'une cession de contrats, le fait qu'elle implique également un acteur totalement étranger à l'opération de concentration, à savoir l'organisateur de l'appel d'offres qui avait, à l'issue d'une procédure d'appels d'offres, choisi l'entreprise avec laquelle il souhaitait contractualiser. Il n'a *a priori* aucune raison d'être enchanté à l'idée de devoir rompre sa relation avec l'opérateur qu'il a choisi pour la nouer avec un autre opérateur.

C. – Engagements comportementaux

Outre les engagements structurels, des engagements dits « comportementaux » peuvent résoudre certains effets anticoncurrentiels. En pratique, s'agissant des marchés d'appels d'offres, les engagements comportementaux ne sont pas très différents de ceux auxquels on pense traditionnellement (e.g., octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente, octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies, aménagement des relations tarifaires, résiliation ou modification de contrats d'exclusivité, aménagement des conditions de distribution ou d'approvisionnement d'un produit, divulgation d'informations sur une base non exclusive, cf. pt. 549 des lignes directrices).

Il s'agit par exemple d'engagements concernant la possibilité de résiliation anticipée d'un certain nombre de contrats. C'est par exemple l'engagement pris par GDF Suez qui a consisté à offrir à deux collectivités « *la possibilité de résilier unilatéralement les contrats de DSP de gestion de réseaux de chaleurs avec les filiales qui en assurent actuellement l'exploitation* » (pt. 107). On peut légitimement douter de l'efficacité d'un tel remède car on ne voit pas bien en quoi il répond à la préoccupation concurrentielle d'un risque de verrouillage géographique. Il y a en effet une incohérence de raisonnement : si une opération verrouille une zone géographique donnée, la remise en concurrence anticipée d'un contrat situé dans cette zone devrait justement subir les effets du verrouillage.

Des engagements portant sur le comportement de réponse aux appels d'offres de la nouvelle entité peuvent être imaginés. Par exemple, un engagement de ne pas

répondre à certains appels d'offres. Il s'agit d'un engagement qui présente l'inconvénient premier d'accroître les effets négatifs de l'opération sur le nombre d'offres remises mais qui peut se substituer à une cession de contrat.

Il peut également s'agir d'engagements comportementaux venant renforcer un engagement de cession afin de garantir la viabilité de l'entité cédée. Ce fut par exemple le cas dans le dossier *Bombardier/Adtranz* (Déc. Comm. CE, aff. n° COMP/M.2139, préc.), la nouvelle entité s'est engagée à « n'utiliser pendant une période de (...) * ans que le matériel de traction de l'entreprise Kiepe pour les tramways à plancher surélevé du type "K 5000" qu'elle vend sur le marché mondial et les trains-trams du type "Saarbrücken Vehicle" qu'elle vend dans l'Union européenne » (pt. 100). L'objectif de l'engagement était de préserver l'indépendance de ce fournisseur de systèmes de propulsion et de ne pas forclure l'émergence d'un constructeur indépendant de trains régionaux.

D. – Un engagement original : le Fonds d'animation de la concurrence

Dans le cadre de l'opération *Veolia Transport/Transdev*, les parties ont proposé à l'Autorité de la concurrence un remède inédit. Partant du constat que les effets anticoncurrentiels craints par l'Autorité de la concurrence tenaient au nombre de participants crédibles susceptibles d'exercer une pression concurrentielle suffisante sur la nouvelle entité, les parties se sont inspirées de ce qui se pratique dans d'autres secteurs (par

exemple, les concours d'architecture) en proposant la création d'un fonds abondé par la nouvelle entité et destiné à financer l'indemnisation des candidats non retenus aux appels d'offres dont la nouvelle entité sera l'opérateur sortant au cours des cinq prochaines années. Doté de 6,54 millions d'euros versés par la nouvelle entité, le fonds permettra de couvrir une partie significative des dépenses que doivent consentir les candidats pour préparer une réponse crédible aux 44 appels d'offres qui seront organisés dans les cinq prochaines années ; la nouvelle entité sera l'opérateur sortant.

L'effet attendu est l'accroissement du nombre de candidatures offensives. Anticipant qu'ils seront indemnisés si leur offre n'est pas retenue, les opérateurs concurrents seront incités à tenter leur chance sur un plus grand nombre d'appels d'offres. Cela a du sens car la préparation d'une réponse est relativement coûteuse et on observe une contrainte de moyens chez les opérateurs puisque même le *leader* du marché, Keolis, ne répond en moyenne qu'à un appel d'offres sur deux.

Un tel mécanisme est en outre susceptible d'initier une dynamique concurrentielle positive puisqu'il offre une visibilité sur une durée significative (cinq années) susceptible d'encourager les opérateurs à accroître leurs équipes de réponse aux appels d'offres et acquérir une expérience significative susceptible d'être mobilisée pour d'autres appels d'offres. À ce titre, l'effet du fonds d'animation de la concurrence peut s'étendre au-delà

des appels d'offres concernés et perdurer au-delà de son existence.

Bien évidemment, les cinq prochaines années vont être particulièrement intéressantes à étudier afin d'évaluer si cet engagement novateur et fondé du point de vue de la théorie économique génère les effets escomptés et vient compléter la panoplie des engagements susceptibles de résoudre efficacement les problèmes de concurrence.

CONCLUSION

Les deux décisions analysées ont permis de clarifier la manière dont l'Autorité de la concurrence entend apprécier les effets des fusions sur des marchés d'appels d'offres. La caractérisation des effets anticoncurrentiels s'appuie principalement sur l'analyse des données relatives aux appels d'offres passés. En amont d'un projet de concentration, il est donc utile de rassembler ces données et de les faire analyser afin d'anticiper les probables difficultés que l'Autorité de la concurrence ne manquera pas d'identifier. S'agissant des remèdes que les parties peuvent proposer afin d'éliminer les effets anticoncurrentiels allégués, on retiendra qu'il ne faut pas hésiter à sortir des sentiers battus et à innover en concevant des mécanismes originaux. L'Autorité de la concurrence sait faire preuve d'ouverture et d'audace, à condition bien sûr que les engagements proposés soient fondés sur un raisonnement solide et répondent efficacement aux préoccupations de concurrence. ♦