

CONCENTRATIONS ÉCONOMIQUES

Sous la responsabilité de Christian MONTET, Université de la Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier I et Antoine WINCKLER, Avocat, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP



Par Gildas de MUIZON

Microeconomix

L'Autorité de la concurrence confirme sa grille d'analyse des fusions dans les marchés d'appels d'offres

L'Autorité de la concurrence autorise, sous réserve d'engagements, la prise de contrôle exclusif de la société Ne Varietur par GDF Suez. Elle applique la grille d'analyse qu'elle avait mobilisée deux mois auparavant pour le rapprochement entre Veolia Transport et Transdev afin d'apprécier les effets unilatéraux d'une concentration dans un marché d'appels d'offres.

RLC 1834

Aut. conc., déc. n° 10-DCC-34, 25 févr. 2011, Ne Varietur/GDF Suez

Le 25 février 2011, l'Autorité de la concurrence a autorisé, sous réserve d'engagements, la prise de contrôle exclusif de la société Ne Varietur par GDF Suez. Les deux sociétés sont simultanément présentes sur trois marchés pertinents : le marché de la gestion et de l'exploitation d'installations techniques des bâtiments, le marché des travaux de génie climatique et le marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur. Elles entretiennent en outre une relation verticale puisque Ne Varietur s'approvisionne en gaz naturel auprès de GDF Suez pour fournir à ses clients des services de gestion des réseaux de chaleur.

La part de marché relativement modeste de la nouvelle entité sur le marché de la gestion et de l'exploitation d'installations techniques des bâtiments et sur le marché des travaux de génie climatique, ainsi que le constat de l'existence de nombreux autres concurrents, conduit l'Autorité à exclure toute atteinte à la concurrence sur ces marchés. L'opération n'emporte pas non plus d'effets verticaux compte tenu de l'existence de sources d'approvisionnement alternatives à GDF Suez pour les concurrents de la nouvelle entité sur les marchés des réseaux de chaleur. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence concentre ainsi son analyse sur le marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur, qui est un marché d'appels d'offres lancés par les collectivités territoriales.

Puisque GDF Suez détenait déjà 34 % de Ne Varietur, l'Autorité de la concurrence s'interroge au préalable sur la nature du contrôle qu'exerçait GDF Suez avant l'opération et sur la manière dont l'opération la modifie. Les parties ont fait valoir que GDF Suez détenait déjà le contrôle conjoint de Ne Varietur et que le passage à un contrôle exclusif ne modifierait pas la situation concurrentielle. L'Autorité de la concurrence écarte cette position en relevant que l'existence de dissensions entre GDF Suez et Ne Varietur, ainsi que l'absence d'administrateur de GDF Suez ayant siégé au conseil d'administration de Ne Varietur depuis 2006 s'étaient traduites par une pleine autonomie de Ne Varietur dans sa stratégie de réponse aux appels d'offres. La participation des parties aux mêmes appels d'offres à de nombreuses reprises

confirme qu'elles se comportaient effectivement comme deux concurrents autonomes.

Après s'être pliée à l'exercice obligatoire de calcul des parts de marché (en nombre de réseaux gérés et en chiffre d'affaires), l'Autorité de la concurrence admet que, s'agissant d'un marché d'appels d'offres, les parts de marché ne constituent pas forcément un indicateur pertinent du pouvoir de marché de la nouvelle entité. Les parts de marché sont en fait le reflet des mises en concurrence passées et ne donnent pas nécessairement une bonne image de l'intensité de la concurrence aux appels d'offres futurs. Elle souligne néanmoins que l'opération implique les deuxième et troisième opérateurs du marché, faisant de la nouvelle entité le *leader* du marché, et qu'à l'issue de l'opération, deux opérateurs se partageront entre 80 et 90 % du marché.

La grille d'analyse que l'Autorité déroule pour analyser les effets unilatéraux de l'opération reprend celle développée dans la décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative au rapprochement entre Veolia Transport et Transdev. Elle s'appuie sur des données de la centaine d'appels d'offres lancés par les collectivités au cours des quatre dernières années. Pour chaque appel d'offres, l'Autorité de la concurrence a analysé le nombre d'offres remises, l'identité des participants, de l'opérateur sortant et de l'attributaire. Cela lui permet de calculer certaines statistiques intéressantes telles que le nombre moyen d'offres remises par consultation (2,3 sur la période 2007-2010), le taux de participation des différents concurrents (GDF Suez participait à la moitié des appels d'offres environ, Ne Varietur à un ou deux appels d'offres sur dix, tandis que Dalkia participait à la quasi-totalité des appels d'offres) et leurs taux de succès (révélant notamment des taux plus élevés en défensif qu'en offensif et un relatif désavantage pour les petits opérateurs). L'Autorité de la concurrence met ainsi en évidence l'existence d'un concurrent (Coriance) qui paraît aussi crédible et efficace que GDF Suez ou que Dalkia, bien que sa part de marché soit inférieure à 5 %. À l'opposé, la société Idex, bien qu'elle détienne une part de marché similaire à celle de Coriance, n'est pas considérée comme un concurrent aussi crédible en raison de sa faible participation aux appels d'offres.

S'agissant de la société Ne Varietur, l'Autorité de la concurrence souligne qu'elle est l'opérateur qui participe le moins aux appels d'offres alors même qu'elle est le troisième opérateur en part de marché. Elle relève également que ses taux de succès, offensifs comme défensifs, sont médiocres et conclut que sa capacité à animer la concurrence est limitée. De manière surprenante, elle n'écarte toutefois pas tout risque d'atteinte à la concurrence, soulignant que Ne Varietur et GDF Suez se sont rencontrés assez souvent (entre 10 et 20 fois – le chiffre exact est confidentiel – sur la centaine d'appels d'offres de la période 2007-2010). Elle ne cherche cependant pas à croiser cette information avec l'implication d'autres opérateurs pour vérifier si GDF Suez et Ne Varietur participaient seuls à ces appels d'offres ou si d'autres concurrents y prenaient part également.

En outre, l'Autorité de la concurrence souligne qu'il existerait des effets géographiques locaux se traduisant par une probabilité plus grande de remporter un appel d'offres donné si l'on est préalablement déjà bien implanté localement en exploitant des réseaux de chaleur proches. De telles préoccupations avaient également été mises en avant s'agissant du rapprochement entre Veolia Transport et Transdev. Les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence les avaient étayées par des travaux économétriques cherchant à caractériser le lien géographique éventuel et à en mesurer l'intensité. Ici, il semble que l'Autorité de la concurrence se fonde uniquement sur les réponses au test de marché et qu'elle n'a pas cherché à le vérifier à partir des données d'appels d'offres dont elle disposait pourtant. Cela conduit néanmoins l'Autorité de la

S'agissant de la société Ne Varietur, l'Autorité de la concurrence souligne qu'elle est l'opérateur qui participe le moins aux appels d'offres alors même qu'elle est le troisième opérateur en part de marché.

concurrence à considérer qu'il y a là un risque important d'amointrissement de la concurrence : l'existence de synergies géographiques n'est pas considérée comme une source de gains d'efficacité susceptible de se traduire par des prix plus bas pour les collectivités, mais comme une barrière à l'entrée décourageant la participation de concurrents moins bien implantés. L'Autorité de la concurrence retient finalement que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence en raison de ses effets géographiques en Île-de-France, Bourgogne et Pays de la Loire.

Les engagements proposés par les parties se limitent à offrir à deux collectivités (Saint-Pierre-des-Corps et Montceau-les-Mines) la possibilité de résilier unilatéralement le contrat de délégation de service public (DSP) qu'elles ont attribué à Ne Varietur, ainsi qu'à offrir la possibilité à l'opérateur concurrent Coriance de résilier un contrat de sous-traitance qu'il avait attribué à Ne Varietur. On ne peut être que particulièrement dubitatif sur la cohérence entre les effets anticoncurrentiels que l'Autorité estime avoir caractérisés et les engagements qu'elle accepte.

Si l'on admet l'existence d'un effet anticoncurrentiel de l'opération engendré par des effets de concentration géographique locale, on voit mal comment la résiliation anticipée de deux DSP situées dans les zones concernées permettrait de le résoudre. Il apparaît donc un écart étonnant entre l'effet anticoncurrentiel que l'Autorité estime avoir caractérisé et le remède qu'elle retient. Ce n'est finalement peut-être pas si grave en l'espèce, car la caractérisation des effets unilatéraux ne convainc guère. ♦