

Politique de la concurrence et concessions

Lorsque privatiser n'est pas possible, une concession est-elle préférable au recours à une entité publique ?

Comment organiser l'octroi d'une concession ?

Comment les concessions sont-elles attribuées ?

Quels sont les effets d'une renégociation sur les avantages des concessions ?

Quel est le rôle de l'autorité de la concurrence en matière de concessions ?

Pour en savoir plus

Références

Où nous contacter ?

Introduction

Les pouvoirs publics ont longtemps fourni à leurs administrés des biens ou des services qui pouvaient, sous une certaine forme, l'être par le secteur privé. Ces dernières décennies, la tendance a cependant consisté à transférer ces fonctions et les actifs publics correspondants entre des mains privées. La méthode la plus courante et généralement privilégiée à cet effet est la privatisation ou la vente ou le transfert direct de la propriété des actifs concernés à une ou plusieurs entités privées. Une autre méthode est celle des concessions.

Les concessions passent souvent pour un substitut de la privatisation lorsque cette dernière n'est pas réalisable pour des raisons politiques ou juridiques. On définit généralement la concession comme l'octroi à une entreprise privée du droit d'exploiter un service d'infrastructure défini ou de percevoir des recettes tirées de cette exploitation. Le concessionnaire prend possession des actifs concernés (mais dont la propriété continue généralement d'appartenir à l'administration publique) et utilise ces actifs pour fournir le produit ou le service correspondant conformément aux termes du contrat de concession. Une concession peut par exemple être accordée pour exploiter un aéroport ou pour fournir de l'eau à une collectivité locale. De nombreux paramètres peuvent intervenir dans un contrat de concession qui peut notamment spécifier les tarifs, les investissements à réaliser, le niveau des services ou des redevances à verser à l'État. Le contrat a une durée déterminée, généralement de 5 à 30 ans. Les concessions ne sont pas des substituts de la réglementation. Lorsqu'une réglementation est nécessaire, par exemple dans une situation de monopole naturel, elle peut être introduite en même temps que la concession.

Le régime des concessions est souvent utilisé dans des situations où la concurrence sur le marché n'est pas faisable ou a peu de chances de se développer, en raison de l'existence d'un monopole naturel ou de conditions structurelles connexes. Les concessions sont un moyen d'assurer une concurrence pour l'obtention du marché – concurrence pour le contrat – qui apporte en grande partie les mêmes avantages pour les consommateurs. ■

Lorsque privatiser n'est pas possible, une concession est-elle préférable au recours à une entité publique ?

La fourniture d'un produit ou service par une entité privée présente un avantage majeur : le secteur privé est généralement plus efficient. Les opérateurs privés se souciant de leurs bénéficiaires, ils ont tout intérêt à réduire leurs coûts. C'est aussi vrai des monopoles privés par rapport à leurs équivalents publics. (Mais bien entendu, les consommateurs ne tirent parti de ces efficacités que s'ils profitent de la diminution des coûts d'une façon ou d'une autre.) Les prestataires privés ont en outre des incitations à innover dont bénéficient les consommateurs.

Il peut cependant y avoir des situations où un prestataire privé peut réduire les coûts en rognant sur la qualité du produit ou du service, au préjudice des consommateurs et surtout où le contrôle exercé par les pouvoirs publics ne peut pas remédier au problème. En effet, les pouvoirs publics ne sont pas nécessairement en mesure d'observer et d'évaluer les baisses de qualité. En pareil cas, si la concurrence n'est pas faisable ou si elle est inefficace, si les possibilités d'innovation sont limitées et si acquérir une réputation de prestataire efficient est sans importance dans le secteur, il vaut sans doute mieux que le secteur privé continue de fournir le produit ou le service. Quant à la question de savoir si de telles situations sont fréquentes, elle suscite des débats récurrents. Certains estiment que les instruments de mesure de la qualité se perfectionnent et que les risques associés à une concession bien conçue sont minimes.

L'essentiel est bien entendu que le contrat de concession soit convenablement établi et exécuté. Si ce n'est pas le cas, les consommateurs en subiront les conséquences et la réaction de l'opinion sera négative et vigoureuse, si bien que la résistance à l'octroi de concessions sera plus forte à l'avenir, même si les contrats sont bien faits. ■

Comment organiser l'octroi d'une concession ?

La première étape de l'octroi d'une concession réside dans son organisation, en d'autres termes, la structure de la concession et les droits et devoirs du concessionnaire. Cette organisation peut être une entreprise très complexe. Il importe de veiller à l'existence dans toute la mesure du possible d'une concurrence sur le marché après l'attribution de la concession. Cela suppose de mettre en place une structure de marché propice à la concurrence, ce qui comporte des aspects tant horizontaux que verticaux.

Sur le plan horizontal, plusieurs concessionnaires peuvent opérer sur un même marché. Dans le cas de ports, par exemple, si deux ou plusieurs ports d'une même côte peuvent se substituer les uns aux autres, il peut être judicieux de choisir différents concessionnaires pour les exploiter. Même au sein d'un même port, la concurrence est possible entre opérateurs intervenant sur différents terminaux. Les télécommunications mobiles sont un autre secteur dans lequel les « séparations » horizontales ont été fréquemment utilisées, avec de bons résultats. Lors de l'évaluation de ces séparations, il faut notamment vérifier si le marché pertinent offre des possibilités importantes d'économies d'échelle ; si c'est le cas, multiplier les concessions risque d'être contraire à l'efficacité.

Au stade de l'organisation, il faut généralement envisager la séparation verticale de l'exploitation d'une éventuelle composante constituant un monopole naturel par rapport aux composantes dans lesquelles la concurrence est possible. On dit souvent que l'électricité est un secteur dans

lequel il est nécessaire de procéder à une séparation verticale. Le réseau de transport d'électricité y est en effet considéré comme un monopole naturel, contrairement à la production d'électricité. Un opérateur exploitant à la fois le réseau de transport et une installation de production peut profiter du réseau pour imposer des pratiques discriminatoires à ses concurrents sur le marché de la production, au préjudice de la concurrence sur ce dernier. Il convient aussi de tenir compte des économies d'envergure, par exemple pour l'exploitation d'un port ou du chemin de fer monopolistique qui le dessert.

Un autre aspect de la conception d'une concession réside dans la durée du contrat. La fixation de la durée d'une concession donne lieu à des arbitrages. Des concessions de longue durée ont l'avantage de pousser le concessionnaire à effectuer des investissements, notamment dans la maintenance, au début de la concession. Les concessions de courte durée exacerbent le problème du manque d'incitation à investir en fin de concession et comme elles sont renouvelées plus fréquemment, elles alourdissent les coûts des soumissionnaires. Cela étant, les concessions de courte durée permettent de procéder plus fréquemment à des appels d'offres concurrentes, ce qui peut faciliter les entrées sur le marché et faire apparaître plus rapidement les éventuels avantages d'une intensification de la concurrence. Des concessions de courte durée peuvent aussi être indiquées lorsqu'il existe des incertitudes sur l'évolution future du marché. À court terme, le raccourcissement de la durée fait peser l'incertitude sur les pouvoirs publics, mais il constitue un facteur de certitude en ce qui concerne la concurrence pour la concession suivante.

L'octroi d'une concession peut s'accompagner de l'introduction d'une réglementation. S'il doit y avoir une réglementation, il faut que la structure et l'organisme de réglementation convenables aient été mis en place avant l'octroi de la concession afin de réduire l'incertitude pour les soumissionnaires. Les éléments qui affectent la rentabilité, comme des obligations de service universel, doivent être spécifiés par avance, de sorte que les candidats concessionnaires puissent préparer de façon intelligente leurs soumissions ou leurs stratégies de négociation. En outre, s'il doit y avoir une réglementation des prix, il convient d'étudier les arbitrages entre les différentes méthodologies, comme le plafonnement des prix ou la réglementation des taux de rendement. ■

Comment les concessions sont-elles attribuées ?

L'attribution de la concession est le moment où intervient la concurrence pour le marché et c'est donc une phase essentielle. Les publications économiques penchent fortement pour les adjudications qu'elles considèrent comme le moyen le plus efficace d'attribuer des concessions. L'organisation de l'adjudication est cependant déterminante. Si elle est mal menée, elle risque de réduire à néant les avantages potentiels du processus.

Il existe différents types d'adjudications. Dans une adjudication sous forme d'enchères ascendantes (à la criée), le prix augmente jusqu'à ce qu'il ne reste plus qu'un soumissionnaire et c'est ce dernier qui emporte l'enchère au dernier prix proposé. Dans une adjudication au premier prix par soumissions sous pli cacheté, aucun soumissionnaire ne voit ce que proposent ses concurrents et c'est le soumissionnaire le plus offrant qui l'emporte au prix qu'il a proposé. Il existe des variantes de ces deux types d'adjudication. Cela étant, aucune formule d'adjudication ne convient à toutes les concessions

et ce sont les circonstances qui dictent souvent le choix des différentes formules.

Autre considération importante, il faut choisir le critère qui fera l'objet de l'adjudication. Les deux critères les plus fréquemment utilisés sont la redevance que le concessionnaire paiera à l'administration publique et le prix ou le tarif que le concessionnaire facturera à ses clients. L'expérience a montré que la redevance est le meilleur critère. En effet, les tarifs vont inéluctablement fluctuer en fonction de l'évolution des conditions commerciales, ce qui nécessitera de nouvelles négociations (voir plus loin), au risque de perdre une partie des avantages de la concurrence apportés par la formule de l'adjudication.

Quoi qu'il en soit, de nombreux commentateurs considèrent que les deux clés du succès d'une adjudication, éléments bien connus des experts de la politique de la concurrence, consistent d'une part à empêcher les collusions et d'autre part à susciter l'entrée de nouveaux concurrents ou un élargissement du nombre de soumissionnaires. Les phénomènes de collusion sont facilités par la possibilité de communiquer entre soumissionnaires. En dehors des communications directes, par exemple lors d'une réunion secrète dans une chambre d'hôtel, les soumissionnaires communiquent parfois par « signaux ». Ils peuvent communiquer indirectement leurs intentions par des déclarations à la presse ou par la façon dont sont montées leurs offres. Les publications sur la politique de la concurrence et la jurisprudence abondent d'exemples de méthodes ingénieuses de transmission de signaux employés par les participants à des ententes. La conception de l'adjudication peut contribuer à faire échec à ces méthodes. La remise des offres sous pli cacheté peut par exemple être plus judicieuse qu'une enchère à la criée pour limiter les possibilités de communication entre soumissionnaires. D'autres mesures peuvent être prises, mais là encore, chaque situation est unique et aucune approche n'est parfaitement adaptée à toutes les circonstances.

Il existe une autre forme de collusion en matière de concessions : la collusion entre des agents publics corrompus et des intervenants privés. Naturellement, prévenir et sanctionner la corruption doit être prioritaire sur le plan de l'application du droit, non seulement dans le cadre de l'octroi de concessions, mais aussi sous tous les aspects de l'administration publique. On peut décourager la corruption dans le domaine des concessions par l'utilisation d'un processus officiel et transparent d'attribution.

La seconde composante d'une adjudication concurrentielle réside dans le nombre de soumissionnaires. Intuitivement, il semble préférable de pouvoir compter sur de nombreux soumissionnaires et les publications économiques le confirment. L'organisme octroyant la concession doit donc faire de son mieux pour attirer des soumissionnaires qualifiés à l'adjudication. Pour ce faire, il peut faire une large publicité sur l'adjudication et limiter le coût de la préparation des offres. Dans certains cas, le recours aux soumissions sous pli cacheté peut avoir pour effet d'attirer des soumissionnaires moins qualifiés, mais qui ont tout de même une chance de l'emporter. Ces soumissionnaires peuvent en revanche hésiter à participer à une enchère à la criée au cours de laquelle ils pensent abandonner à un stade assez tardif, tout en ayant supporté les coûts de préparation en vue de l'adjudication. Un autre problème peut se poser dans des situations de renouvellement de concessions dans

lesquelles l'entreprise en place peut sembler disposer d'avantages en termes d'information de nature à décourager les nouveaux venus. On peut y remédier, au moins partiellement, en fournissant plus d'informations à tous les soumissionnaires.

Enfin, les soumissions conjointes par deux ou plusieurs intervenants, chacun pouvant soumissionner séparément, ont pour effet évident de réduire le nombre de soumissionnaires. L'autorité compétente peut interdire purement et simplement ces soumissions conjointes, mais cela peut avoir pour effet négatif d'éliminer des soumissionnaires qui ne peuvent prendre part à l'appel d'offres que de façon conjointe. Un moyen terme peut consister à interdire la formation de dispositifs de soumissions conjointes à l'approche de l'adjudication. Cela peut empêcher les accords stratégiques destinés à réduire la concurrence.

Les adjudications sont parfois rejetées comme mode d'attribution de concessions lorsque de multiples critères doivent être pris en compte, comme l'offre présentant le meilleur compromis entre couverture, qualité et prix, et lorsqu'il paraît impossible de désigner « le plus offrant ». Les experts mettent cependant en garde les pouvoirs publics contre l'abandon des adjudications, car les autres méthodes aboutissent généralement à de moins bons résultats pour les consommateurs. Les deux principales solutions de rechange aux adjudications sont la négociation et les « concours de beauté ».

Les négociations peuvent être engagées simultanément avec plusieurs candidats à la concession ; ce processus est parfois qualifié de négociations concurrentes. Dans ce processus, plusieurs soumissionnaires potentiels sont contactés par l'autorité compétente et invités à ouvrir des négociations. Durant ces négociations, les candidats proposent des solutions pouvant répondre aux conditions de la concession. Puis, ils remettent leur offre définitive en fonction des solutions apparues au cours des négociations. Du point de vue de la concurrence, une méthode moins satisfaisante consiste à ne négocier qu'avec un seul fournisseur à la fois. Il faut également savoir que dans tout scénario de négociation, les possibilités de corruption sont plus grandes que dans le cadre d'une adjudication.

Les « concours de beauté » présentent nombre de caractéristiques communes avec les négociations. Dans cette formule, les concurrents sont évalués sur la base de critères prédéfinis, comme la compétence technique, la viabilité financière ou la couverture de réseau. On a cependant critiqué les « concours de beauté » pour leur manque de transparence et pour les risques de lobbying et d'interventions politiques qu'ils comportent. ■

Quels sont les effets d'une renégociation sur les avantages des concessions?

Les contrats de concession sont par nature « incomplets », au sens où toutes les variables affectant leurs conditions – comme les coûts précis de prestation d'un service ou le volume de la demande de services – ne peuvent pas être connues par avance. Au fil du temps, notamment dans les concessions de longue durée, les parties peuvent devoir entamer une renégociation pour ajuster les termes du contrat aux réalités du marché.

Mais la possibilité de renégociation peut aussi favoriser des comportements opportunistes. En effet, lors de la phase d'adjudication concurrente, un soumissionnaire peut avoir été amené à réduire considérablement ses

prétentions avec l'espoir de récupérer ce « manque à gagner » lors de renégociations. Après l'adjudication, le rapport de force peut basculer de façon spectaculaire en faveur du concessionnaire. Le gagnant peut « prendre à la gorge » les pouvoirs publics en les menaçant de se retirer, au risque de priver la population d'un produit ou d'un service vital. Il y a de nombreux exemples de tels comportements.

L'autorité octroyant la concession ne peut pas complètement exclure la possibilité de renégociations et ne le souhaite d'ailleurs pas. Différentes mesures peuvent cependant minimiser le risque de comportements opportunistes : rédiger les contrats de façon à susciter le plus de concurrence possible après l'attribution de la concession, ce qui permet à l'autorité de disposer de plusieurs autres prestataires et de limiter ainsi le pouvoir de négociation des concessionnaires ; éviter d'utiliser un critère d'attribution qui risque d'être rapidement modifié après l'octroi de la concession, comme les tarifs, ou qui peut faire l'objet de manipulations, comme des propositions techniques ; faire en sorte qu'un retrait coûte cher aux gagnants, par exemple en leur imposant le dépôt d'une caution d'exécution ; prévoir des « droits d'intervention » permettant aux pouvoirs publics de reprendre en charge l'exploitation d'une concession lorsque le concessionnaire ne respecte pas les normes spécifiées ; imposer au concessionnaire une obligation de continuité du service jusqu'à ce qu'un nouveau concessionnaire ait été choisi. ■

Quel est le rôle de l'autorité de la concurrence en matière de concessions ?

L'autorité de la concurrence doit jouer un rôle important dans l'octroi de concessions et elle doit être impliquée à un stade précoce du processus. Elle peut le faire en plaidant pour la concurrence au cours des phases d'organisation et d'attribution de la concession. Elle peut aider l'organisme concédant à organiser la concession de façon à maximiser la concurrence après attribution, par exemple en recommandant des formules appropriées de séparation horizontale et verticale, comme on l'a vu plus haut. Elle peut apporter des conseils sur le processus d'attribution, notamment sur le mode d'attribution le plus efficace et les moyens de minimiser les possibilités de collusion. Si le processus prévoit l'introduction d'une réglementation, l'autorité de la concurrence peut y contribuer aussi, par exemple en ce qui concerne le type le plus efficace de réglementation des prix. En revanche, l'autorité ne peut pas se contenter de dire « la concurrence est une bonne chose ». Elle doit investir pour acquérir des compétences techniques sur le secteur concerné, à la fois pour asseoir sa crédibilité et renforcer l'utilité de ses avis.

Enfin, l'autorité de la concurrence doit faire respecter sans faiblesse le droit de la concurrence durant tout le processus. Il ne doit pas y avoir d'exemptions ou d'exclusions vis-à-vis du droit de la concurrence dans des secteurs où il y a des concessions – le droit de la concurrence doit leur être appliqué dans toute sa rigueur. L'autorité de la concurrence doit naturellement être consciente de la possibilité de collusions lors de l'attribution de la concession ainsi qu'après l'attribution dans les segments concurrentiels du secteur. Lorsque le concessionnaire est en situation de monopole, l'autorité peut occasionnellement sanctionner sa conduite en lui appliquant les dispositions sur l'abus de position dominante du droit de la concurrence, notamment lorsque cette conduite induit des exclusions. Enfin, les lois sur le contrôle des fusions peuvent s'appliquer, soit à des fusions horizontales entre

concessionnaires concurrents, soit à des acquisitions verticales par des concessionnaires en situation de monopole pouvant porter préjudice à la concurrence sur les marchés. ■

Pour en savoir plus

Pour en savoir plus sur ce numéro de *Synthèses* et sur la Division de la concurrence de l'OCDE, veuillez contacter Edward Whitehorn, tél. : +33 1 45 24 83 81, courriel : Edward.whitehorn@oecd.org ou encore consulter le site Internet : www.oecd.org/competition.

Références

OCDE (2001), **Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés**, voir www.oecd.org/competition à la rubrique « Recommandations et pratiques exemplaires ».

OCDE (2001), **Concurrence et restructuration des services publics**, ISBN 978-92-64-29360-1, 112 p., 33 EUR.

OCDE (2006), « **Access to Key Transport Facilities** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/39/14/37981556.pdf.

OCDE (2005), « **Structural Reform in the Rail Industry** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/7/14/35911008.pdf.

OCDE (2004), « **Regulating Market Activities by Public Sector** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/61/5/34305974.pdf.

OCDE (2004), « **Competition and Regulation in the Water Sector** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/44/1/33691325.pdf.

OCDE (2003), « **Non-commercial service obligations and liberalisation** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/43/35/33691140.pdf.

OCDE (2000), « **Competition in local services** » téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/34/51/1920304.pdf.

OCDE (1999), « **Promoting competition in postal services** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/35/36/1920548.pdf.

OCDE (1998), « **Competition policy and international airport services** », téléchargeable gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/dataoecd/34/52/1920318.pdf.

Les publications de l'OCDE sont en vente sur notre librairie en ligne :
www.oecd.org/librairie

Les publications et les bases de données statistiques de l'OCDE sont aussi disponibles sur notre bibliothèque en ligne : www.SourceOCDE.org

Où nous contacter ?

SIÈGE DE L'OCDE DE PARIS

2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tél. : (33) 01 45 24 81 67
Fax : (33) 01 45 24 19 50
E-mail : sales@oecd.org
Internet : www.oecd.org

ALLEMAGNE

Centre de l'OCDE de Berlin
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tél. : (49-30) 288 8353
Fax : (49-30) 288 83545
E-mail :
berlin.contact@oecd.org
Internet : www.oecd.org/deutschland

ÉTATS-UNIS

Centre de l'OCDE
de Washington
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC 20036-4922
Tél. : (1-202) 785 6323
Fax : (1-202) 785 0350
E-mail : washington.contact@oecd.org
Internet : www.oecdwash.org
Toll free : (1-800) 456 6323

JAPON

Centre de l'OCDE de Tokyo
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tél. : (81-3) 5532 0021
Fax : (81-3) 5532 0035
E-mail : center@oecdtokyo.org
Internet : www.oecdtokyo.org

MEXIQUE

Centre de l'OCDE du Mexique
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tél. : (00 52 55) 9138 6233
Fax : (00 52 55) 5280 0480
E-mail :
mexico.contact@oecd.org
Internet :
www.oecd.org/centrodemexico

Les Synthèses de l'OCDE sont préparées par la Division des relations publiques de la Direction des relations publiques et de la communication. Elles sont publiées sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.