

Actualités Concurrence

Février 2011

Fusion Veolia Transport / Transdev : nouvelle grille d'analyse sur les marchés d'appels d'offres

Le 30 décembre dernier, l'Autorité de la concurrence a autorisé sous réserve d'engagements la fusion entre Veolia Transport et Transdev, qui réduit de trois à deux le nombre de grands opérateurs sur le marché du transport urbain routier de voyageurs (hors Ile-de-France). Cette décision, très riche d'enseignements, est intéressante notamment par l'analyse concurrentielle poussée que l'Autorité a menée sur les marchés d'appels d'offres.

Il était généralement acquis que sur des marchés d'appels d'offres, la part de marché n'est pas synonyme de pouvoir de marché, les candidats étant dans une situation d'égalité pour chaque nouvel appel d'offres, peu importe les marchés gagnés dans le passé. Aussi, pour se défendre des restrictions de concurrence générées par le rapprochement de 2 acteurs majeurs du secteur, les parties faisaient état d'un marché d'appels d'offres « idéal » caractérisé par les éléments suivants :

- un seul opérateur remporte la totalité du contrat ;
- l'enjeu économique du contrat est significatif pour les participants à l'appel d'offres ;
- la probabilité de succès doit être indépendante du résultat des appels d'offres passés (donc de la part de marché) ;
- il n'existe pas de barrière à l'entrée.

L'Autorité prend à son compte ces quatre critères, élaborés par l'économiste Paul Klemperer, mais constate qu'en l'espèce, les deux derniers critères ne sont pas remplis. En effet, elle établit que la **position sur le marché** dans lequel l'appel d'offres s'inscrit, est au contraire d'une importance considérable pour remporter l'appel d'offres. Les chances de l'opérateur sortant de remporter le nouvel appel d'offres sont ainsi particulièrement élevées : son expérience du marché lui permet de réaliser des économies dans l'élaboration de l'offre et de mieux situer son offre, tout en profitant d'un effet de réputation, acquise dans la période précédente. Par ailleurs, la présence sur d'autres réseaux de transport a **un effet « vitrine »** et confère un atout évident pour les critères de sélection tels que l'expérience ou les références. Enfin, l'Autorité souligne **différentes synergies**, qu'elles soient géographiques ou qu'elles résultent d'économies d'échelle dans les coûts administratifs ou dans l'exploitation des réseaux.

L'Autorité relève en outre que les **barrières à l'entrée sont élevées**, notamment pour les opérateurs étrangers qui soulignent l'importance des contacts avec les autorités locales.

Partant de ces constatations et en analysant la concurrence entre les entités fusionnantes lors des appels d'offres passés, l'Autorité conclut à une diminution du nombre d'offres sur un marché où la concurrence est naissante, induisant par conséquent une détérioration des prix des offres et un appauvrissement de la diversité des réponses.

L'atteinte à la concurrence qui en résulte a cependant pu être compensée par plusieurs engagements, dont le plus innovateur consiste pour les parties à financer les coûts des entreprises non retenues dans les appels d'offres et stimuler ainsi la participation d'autres entreprises.

Saluons l'effort de l'Autorité d'avoir élaboré dans la présente affaire une grille d'analyse pour les concentrations impliquant des marchés d'appels d'offres, en espérant toutefois qu'elle n'en fera pas une application trop stricte lorsque les parties pourront démontrer une concurrence suffisante.



« ...en analysant la concurrence entre les entités fusionnantes lors des appels d'offres passés, l'Autorité conclut à une diminution du nombre d'offres sur un marché où la concurrence est naissante... »

QPC : la notion de « déséquilibre significatif » est jugée conforme à la Constitution

Le 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de la clause de l'article L.442-6 I, 2°, interdisant de soumettre un partenaire commercial à des obligations « *créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

L'analyse très attendue du Conseil a finalement déçu les espoirs des nombreux acteurs de la vie économique, dont la grande distribution à l'origine de la QPC, de voir prononcer l'inconstitutionnalité de ce texte.

Dans sa décision du 13 janvier, le Conseil a estimé que **la notion de « déséquilibre significatif » n'était pas arbitraire** aux motifs, d'une part, qu'elle était déjà consacrée par l'article L.132-1 du code de la consommation et la jurisprudence appliquant ce texte, et d'autre part, qu'il était toujours loisible à une juridiction de consulter la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), laquelle, composée de représentants des secteurs économiques intéressés, pourrait toujours l'éclairer de son expertise.

A vrai dire, ces arguments n'emportent pas la conviction.

On ne saurait contester le fait que l'article L.132-1 du code de la consommation renvoie effectivement à la notion de déséquilibre significatif. Cependant, la comparaison a de sérieuses limites. Cette disposition régit les relations entre professionnels et non professionnels, ce qui diffère notablement des rapports entre partenaires commerciaux soumis à l'article L.442-6 du code de commerce. D'ailleurs, le décret pris en Conseil d'Etat déterminant la liste des clauses présumées abusives lorsqu'elles sont opposées aux consommateurs, paraissent **difficilement transposables** aux situations rencontrées par un fournisseur ou un distributeur avec ses interlocuteurs habituels.

Quant à la jurisprudence, celui qui a pris la peine de la regarder de près, constatera qu'elle est loin d'être homogène et ne garantit pas une véritable sécurité juridique à ceux qui tentent de cerner les contours de la notion. On ne voit pas d'ailleurs comment il pourrait en être autrement tant la référence au seul terme « significatif » laisse place à une appréciation essentiellement subjective.

Enfin, le renvoi à la CEPC est d'autant plus surprenant que sa présidente, Madame Catherine Vautrin, entendue par la Commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale en octobre 2010, déclarait : « *la notion de 'déséquilibre significatif', n'est toujours pas fixée aujourd'hui, pas plus au plan juridique qu'au plan jurisprudentiel* ».

Gageons que les affaires en cours concernant la grande distribution viendront apporter des précisions nécessaires à cette notion qui a néanmoins le mérite d'éviter les dérives abusives d'une liberté contractuelle sans garde-fous.

Le projet de concentration entre Aegan Airlines et Olympic Air interdit par la Commission européenne

L'enquête approfondie menée par la Commission a conclu que l'opération envisagée aurait conduit à un quasi-monopole sur le marché du transport aérien grec. Les entreprises ont proposé plusieurs engagements, dont notamment de libérer des créneaux horaires dans l'aéroport d'Athènes et d'autres aéroports grecs, et de fournir un accès à leurs programmes de fidélisation et à leurs accords interliges. Cependant, ces mesures ont été jugées insuffisantes par la Commission, qui a estimé qu'elles ne permettraient pas de remédier à l'entrave significative à la concurrence ni aux effets négatifs que cela aurait à l'égard des consommateurs.

C'est la première interdiction d'une concentration prononcée par la Commission depuis l'affaire Ryanair/Aer Lingus en 2007. Cette affaire illustre le fait que même si les engagements proposés auraient pu être jugés suffisants pour résoudre des problèmes de concurrence dans un marché moins concentré, il existe néanmoins des opérations, heureusement peu nombreuses, où la situation concurrentielle exclut la possibilité d'une autorisation sauf à proposer des engagements remettant en cause l'économie du projet.

« *L'analyse très attendue du Conseil a finalement déçu les espoirs des nombreux acteurs de la vie économique, dont la grande distribution à l'origine de la QPC, de voir prononcer l'inconstitutionnalité de ce texte.* ».

Contacts

Salans Paris

Emmanuelle van den Broucke

Tel: +33 1 42 68 49 45
evandenbroucke@salans.com

Jean-Cyril Bermond

Tel: +33 1 42 68 91 13
jbermond@salans.com

Christoph Herrmann

Tel: +33 1 42 68 49 21
cherrmann@salans.com

Pour plus d'informations sur l'activité Salans « EU & Competition » :

www.salans.com/Competition



www.salans.com

Competition News

February 2011

The Veolia Transport / Transdev merger: a new framework of analysis for markets operating via calls for tenders

On December 30, 2010, the French Competition Authority authorized the merger between Veolia Transport and Transdev, subject to commitments, which reduces the number of major operators on the urban and intercity passenger transport market (outside the Ile-de-France). This enlightening decision is particularly interesting because of the comprehensive competitive analysis the Authority made of markets operating via calls for tenders.

It was generally accepted that on markets of this kind, the market share is not synonymous with market power as the candidates are all equally positioned for each new tender procedure, regardless of the contracts they may have been awarded in the past. As their defence against the restrictions on competition due to an alliance between two major players, the parties spoke of an “ideal” call for tenders market with the following characteristics:

- a single operator is awarded the whole contract;
- the contract's economic stakes are significant for the participants in the tender procedure;
- the probability of success must be independent of the results of past calls for tenders (and therefore of the market share);
- there are no entry barriers.

The Authority adopted these four criteria, established by the economist Paul Klemperer, but noted that the last two criteria were not met in this case. It established that a candidate's **positioning on the market** on which the call for tenders is made is on the contrary very important for the award of the contract. The chances of the outgoing operator being successful are therefore particularly high: thanks to its experience of the market it can make savings when preparing its bid and position its bid more advantageously, while taking advantage of the reputation it has built up during the previous period. In addition, a presence on other transport networks has a **“show window” effect** and gives it an obvious advantage for the selection criteria such as experience or references. Finally, the Authority emphasized **various synergies**, whether geographic or resulting from economies of scale in the administrative costs or the operation of the networks.

The Authority also noted that the **entry barriers were high**, particularly for foreign operators, highlighting the importance of contacts with the local authorities.

Based on these observations, after analyzing the competition between the merging entities in previous calls for tenders, the Authority concluded that there would be a reduction in the number of bids on a market where competition was in its early stages, thereby causing a deterioration in bid prices and a lesser diversity in the answers.

However, the effects on competition were able to be compensated by several commitments, the most innovative of which was the parties' undertaking to finance the costs of the unsuccessful bidders thereby encouraging other undertakings to participate.

The Authority should be applauded for creating a framework of analysis for mergers involving call for tenders markets, with the hope that it will not apply it too narrowly when the parties can demonstrate that sufficient competition exists.



“...after analyzing the competition between the merging entities in previous calls for tenders, the Authority concluded that there would be a reduction in the number of bids on a market where competition was in its early stages...”

Priority Preliminary Ruling: the notion of “significant inequality” is not judged to be unconstitutional

On January 13, 2011 the French Constitutional Council issued its opinion on the constitutionality of the provision in Article L.442-6 I, 2° prohibiting imposing obligations on a commercial partner which “create a significant inequality in the rights and obligations between the parties.”

The Council's much awaited analysis in the end dashed the hopes of many economic players of seeing this text declared unconstitutional, including the supermarket distributors which had requested the priority preliminary ruling.

In its January 13 decision, the Council found that **the notion of “significant inequality” was not arbitrary** insofar as, first, it had already been validated by Article L.132-1 of the Consumer Code and the case law applying to this article and, second, any court was still at liberty to consult the Commercial Practices Review Commission (CEPC), composed of representatives of various economic sectors, on whose expertise the court could always rely for clarification.

Yet in actual fact these arguments are not really convincing.

It is not disputed that Article L.132-1 of the Consumer Code refers to the notion of significant inequality, but the comparison cannot be taken much further. This article governs relations between professionals and non-professionals, a considerably different matter from relations between business partners governed by Article L.442-6 of the Commercial Code. In fact the clauses determined by the *Conseil d'Etat* decree which are presumed to be abusive when applied to consumers **are not easily transposable** to the situations between suppliers or distributors and their usual business partners.

Then in the matter of case law, those who have taken the trouble to look at it closely will see that **it is far from uniform and does not guarantee any real legal security** to those trying to comprehend the contours of the notion. It is difficult to see how it could be otherwise since a reference to just the term “significant” is essentially appreciated subjectively.

Finally, **the referral to the CEPC is particularly surprising** as its President, Mrs. Catherine Vautrin, heard by the Parliamentary Economic Affairs Commission in October 2010, stated that “*the notion of ‘significant inequality’ has still not been finally determined today by the law or case law*”.

Hopefully the pending cases involving supermarket distributors will contribute the necessary clarifications regarding this notion, even though it does have the merit of avoiding the abusive excesses of contractual freedom without any safeguards.

The European Commission refuses to authorize the proposed concentration between Aegean Airlines and Olympic Air

Following a detailed investigation the Commission concluded that the contemplated concentration would have resulted in a quasi-monopoly on the Greek air transport market. The undertakings proposed several commitments, including freeing up time slots at Athens airport and other Greek airports and giving access to their loyalty programmes and inter-airline agreements. Nevertheless, the Commission felt that these measures were not sufficient as they did nothing to remedy the considerable restrictions on competition or the adverse effects that they would have for consumers.

This was the first time the Commission had prohibited a concentration since the Ryanair/Aer Lingus case in 2007. The present case is an illustration of the fact that, even though the commitments proposed by the parties might have been judged adequate to resolve the competition problems on a less concentrated market, there are nevertheless transactions, luckily few in number, where the competitive situation rules out any possibility of an authorisation unless commitments are proposed which would affect the economy of the project.

“The Council's much awaited analysis in the end dashed the hopes of many economic players of seeing this text declared unconstitutional, including the supermarket distributors which had requested the priority preliminary ruling.”

Contacts

Salans Paris

Emmanuelle van den Broucke

Tel: +33 1 42 68 49 45
evandenbroucke@salans.com

Jean-Cyril Bermond

Tel: +33 1 42 68 91 13
jbermond@salans.com

Christoph Herrmann

Tel: +33 1 42 68 49 21
cherrmann@salans.com

For additional information on Salans' “EU & Competition” activities:

www.salans.com/Competition



www.salans.com