

Autorité
de la concurrence



**Avis n° 10-A-24 du 30 novembre 2010
relatif à un projet de fonds commun de titrisation destiné au
refinancement de contrats de partenariat public privé**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 21 juillet 2010 de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, enregistrée sous le numéro 10/0069 A, saisissant l'Autorité d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 21 octobre 2010 ;

Les représentants des sociétés BNP Paribas et Vinci ayant été entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

1. En application de l'article L. 462-1 du code de commerce, la ministre de l'économie a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence du sujet de la compatibilité avec les règles de concurrence d'un projet de structure de refinancement des créances issues des contrats de partenariat public privé par la création d'un Fonds commun de titrisation (FCT) dédié à ces opérations.
2. Avant d'examiner la demande d'avis, l'Autorité rappelle que les réponses apportées ne sauraient en rien préjuger de l'appréciation qu'elle pourrait porter sur des faits identiques ou comparables, dont elle serait saisie ultérieurement dans le cadre d'une affaire contentieuse. Seule une procédure contradictoire est de nature à permettre la qualification de pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.
3. De même, il doit être souligné que le FCT soumis à l'avis de l'Autorité reste encore à l'état de projet et que sa structure, sa gouvernance et ses modalités de fonctionnement ne sont pas finalisées. L'avis rendu se fonde donc sur les éléments descriptifs portés à la connaissance de l'Autorité par ses promoteurs.
4. Enfin, et notamment pour les raisons évoquées au paragraphe précédent, l'avis rendu ne saurait en aucune façon être interprété comme valant exemption d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, en application de l'article L. 420-4 du code de commerce ou de l'article 101 paragraphe 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

I. Constatations

A. LES PARTENARIATS PUBLICS PRIVÉS

5. Institué par l'ordonnance du 17 juin 2004, le contrat de partenariat public-privé (PPP) est un contrat administratif, par lequel une personne publique confie à un tiers une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement, à l'exception de toute participation au capital. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement garanti par la personne publique pendant toute la durée du contrat, mais ne fait supporter aucun risque d'exploitation au cocontractant de la personne publique.
6. Au 1^{er} mars 2010, soit six ans après le lancement de ce nouveau type de contrat, on dénombre 329 opérations de PPP, se répartissant par activité de la manière suivante :

Secteur d'activité	Bâtiment	Équipement urbain	Énergie	Culture et sport	Transport	TIC	Formation
en nombre de projets	31 %	24 %	15 %	13 %	9 %	7 %	1 %

Source : Mission d'appui aux PPP (MAPPP)

7. Les collectivités locales sont les autorités adjudicatrices des PPP pour 80 % des contrats, l'État et ses établissements publics pour 20 %.

8. En volume total des investissements, l'État et les établissements publics nationaux sont les autorités adjudicatrices pour 80 % du total des investissements réalisés, les collectivités locales pour les 20 % restants.
9. Les PPP sont, dans leur grande majorité, des opérations d'un montant unitaire d'investissement inférieur à 30 millions d'euros :

Montant unitaire d'investissement	plus de 150 M€	30 à 150 M€	moins de 30 M€
en nombre de projets	10 %	30 %	60 %

Source : Mission d'appui aux PPP (MAPPP)

10. A moyen terme (2011-2020), il est probable que les contrats PPP se développent, qu'il s'agisse du nombre de projets ou du montant unitaire d'investissement concerné.
11. Ainsi, selon la MAPPP, ce type de contrat devrait être envisagé dans plusieurs projets relatifs aux grandes infrastructures de transport, notamment pour les lignes ferroviaires à grande vitesse (LGV) dont l'attribution devrait avoir lieu avant 2020. Ainsi, les projets Marseille-Toulon-Nice (coût estimé de 15 milliards d'euros), Le Havre-Paris Ouest (3 à 4 milliards d'euros), Montpellier-Perpignan (4 à 6 milliards d'euros) ou Lyon-Turin (4 à 5 milliards d'euros pour la part française des investissements), pourraient faire appel à un montage de type PPP. De même, des projets concernant d'autres secteurs d'activité tels que les transports publics locaux (schéma du Grand Paris notamment), l'enseignement supérieur, ou les technologies de l'information et de la communication pourraient également être mis en œuvre au moyen des contrats de partenariat.
12. En terme quantitatif, le marché français des PPP (hors projets ferroviaires à caractère binational) devrait passer, en moyenne annuelle, de 1,5 milliard d'euros entre 2007 et 2009 à 5-6 milliards d'euros entre 2010 et 2020.
13. Un groupe de travail, constitué à la demande du Premier ministre et réunissant des représentants des banques, du secteur du BTP, des organismes d'assurance et d'autres investisseurs institutionnels, a été chargé de formuler des propositions concrètes pour le financement à long terme des contrats PPP. Ces propositions ont ensuite fait l'objet d'une concertation avec la Direction générale du trésor et la Mission d'appui aux contrats de partenariat public-privé.
14. Ces travaux ont débouché sur une proposition de créer une structure spécifique de refinancement des PPP, prenant la forme d'un fonds commun de titrisation (FCT).

B. LE FONDS COMMUN DE TITRISATION PROPOSÉ

1. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

15. La saisine pour avis de l'Autorité ne porte pas sur un projet constitué ou sur un texte législatif ou réglementaire qui serait nécessaire à la mise en œuvre d'un tel projet. Seul le schéma général du dispositif de refinancement envisagé a été soumis à l'Autorité.
16. En particulier, le fonctionnement du FCT n'a pas été finalisé par les parties prenantes et un certain nombre de groupes de travail doivent encore se réunir sur ce sujet.
17. Le présent avis est donc rendu sur la base des éléments limités portés à la connaissance de l'Autorité.

2. L'OPÉRATION ENVISAGÉE

18. La titrisation est un montage financier par lequel une société améliore la liquidité de son bilan, en cédant des créances de nature homogène à une structure dédiée qui les lui achète en se finançant par l'émission de titres auprès des investisseurs. La structure ainsi créée perçoit les flux d'intérêts et de remboursement sur les créances qu'elle a achetées, et les reverse aux investisseurs via le paiement d'intérêts et le remboursement des obligations dont ils ont fait l'acquisition.
19. Au cas présent, un triple intérêt est attendu de la titrisation des créances issues des opérations de PPP. Les banques ayant l'obligation de respecter des ratios prudentiels maximum entre les engagements financiers contractés et le montant de leurs fonds propres, la titrisation leur permet de sortir de leur bilan les créances liées aux PPP, et en conséquence d'accroître leur capacité d'intervention. Parallèlement, le lancement de nouvelles opérations en PPP devrait en être facilité pour les collectivités publiques.
20. Le code monétaire et financier prévoit, à son article L. 214-42-1, qu'un organisme de titrisation peut prendre deux formes juridiques possibles : une société de titrisation ou une structure sans personnalité morale, le fonds commun de titrisation (ou FCT) ; cette dernière solution étant celle retenue pour le projet soumis à l'avis de l'Autorité.
21. L'organisation et le fonctionnement d'un FCT sont régis de manière détaillée par le code monétaire et financier aux articles L. 214-1 et suivants. Ces règles prévoient qu'un fonds commun est créé conjointement par deux sociétés distinctes, qui sont respectivement en charge de la gestion financière du fonds, ainsi que du dépôt des créances et de la trésorerie détenues par le fonds. Ces deux sociétés établissent le règlement du fonds, qui définit ses conditions de fonctionnement, en particulier la stratégie de financement et d'investissement que le fonds se propose de suivre.
22. Au cas présent, ces actes constitutifs d'un fonds commun n'ont pas été réalisés. Seul un groupe de travail réunissant les principaux établissements financiers et constructeurs français a été constitué pour réfléchir à un projet de FCT destiné à la titrisation des créances issues des contrats de partenariat.
23. La saisine pour avis de l'Autorité intervient donc très en amont du projet.
24. La structure bilancielle du FCT proposé serait la suivante :
 - à l'actif, le FCT ferait l'acquisition, sous forme de cession type Dailly, de créances sur la personne publique relatives à des PPP ;
 - au passif, il émettrait des obligations qui seraient placées auprès d'investisseurs institutionnels, par exemple des compagnies d'assurance ou des fonds de pension.
25. Le FCT financerait l'acquisition des créances par l'émission d'obligations. Chaque créance relative à un PPP particulier serait logée dans un compartiment particulier et ferait l'objet d'une émission obligataire spécifique. A ce stade, il n'est pas prévu de mutualisation entre les différentes créances : ainsi, l'investisseur recevrait au titre d'un type d'obligation particulier les flux de redevance irrévocables acquittés par le pouvoir adjudicateur pour un projet PPP particulier.

3. LA PARTICULARITÉ DU FCT PROPOSÉ

26. Le dispositif de FCT destiné au refinancement des opérations de PPP fait appel à un comité, qui a pour fonction, selon les informations recueillies auprès des personnes auditionnées en séance, de mettre en place matériellement le FCT, puis d'assurer sa promotion initiale sur les marchés financiers.
27. Ce comité constitue une particularité du FCT proposé, puisque son existence n'est pas prévue par le code monétaire et financier et n'a apparemment pas de précédent dans les fonds communs déjà en activité.
28. La mise en place de ce comité est présentée par la saisine comme indispensable, en raison de la spécificité des contrats de partenariat du droit français par rapport à la pratique à l'étranger, notamment dans les pays anglo-saxons. Or, le succès du FCT proposé repose pour partie sur la capacité de ce produit financier à attirer des investisseurs au delà des seuls intervenants nationaux.
29. Le comité est préfiguré par un groupe de travail comprenant : le syndicat des constructeurs français EGF-BTP, des entreprises du BTP, susceptibles d'être parties intégrantes des consortiums répondant aux appels d'offres sur les PPP, les banques actives sur le marché des PPP, ainsi que la Fédération Bancaire Française.
30. La liste exacte des entreprises (banques et constructeurs) qui feront partie du comité n'a pas encore été arrêtée et sera fonction des critères d'éligibilité déterminés lors de la rédaction du règlement du FCT.
31. Il serait cependant possible que les entreprises ayant participé au groupe de travail évoqué ci-dessus demandent à devenir membres du comité, c'est-à-dire le Crédit Agricole, HSBC, BNP Paribas, Dexia, Natixis et la Société Générale pour les banques, et Bouygues, Vinci et Eiffage pour les constructeurs.

a) Le groupe de travail appelé à préfigurer le comité :

32. Dans cette phase informelle, et après la consultation de l'Autorité de la concurrence, celle de l'Autorité de contrôle prudentiel et l'approbation du Ministère de l'Économie, le groupe aurait pour mission :
 - de finaliser la structuration du FCT et notamment sa gouvernance ;
 - de rédiger le cahier des charges des intervenants du FCT (le cabinet d'avocats conseil, la société de gestion et le dépositaire) ;
 - de lancer les appels d'offres permettant de sélectionner les intervenants précités ;
 - d'établir le cahier des charges qui ferait intégralement partie du règlement du FCT.
33. Le règlement du FCT serait rédigé par le cabinet d'avocats mentionné au paragraphe précédent, sous l'égide du groupe de travail appelé à se transformer en comité. Ce règlement contiendrait, en particulier, les critères d'éligibilité permettant la sélection des créances susceptibles de faire l'objet d'un refinancement via le FCT proposé, ainsi que les critères pour devenir membre du comité.

b) Le rôle du comité une fois constitué :

34. Dans la phase formelle, le comité aurait pour missions probables :
 - de promouvoir le FCT sur les marchés de capitaux ;
 - de servir de cadre de réflexion entre les différents intervenants en relation avec les éventuelles évolutions du règlement du FCT ;
 - de conseiller la société de gestion du FCT.
35. Les réunions du comité feront l'objet de convocations, d'ordres du jour et de procès-verbaux. Les convocations pourront notamment être émises à l'initiative de la société de gestion.
36. Seule la société de gestion, en tant que représentant du FCT, serait habilitée à prendre des décisions de gestion concernant le FCT. Le comité n'aurait ni à traiter ni à connaître d'opérations particulières tant que celles-ci n'auraient pas fait l'objet d'un refinancement effectif via le FCT.

II. Analyse concurrentielle

37. Trois préoccupations de concurrence apparaissent identifiables, qui résultent d'un regroupement d'opérateurs concurrents dans une structure commune tel le comité ad hoc décrit ci-dessus :
 - un verrouillage de l'accès au comité et par voie de conséquence au FCT par les seules banques et entreprises promoteurs du projet ;
 - la création d'un désavantage économique sur le marché du financement de chaque PPP dans l'éventualité où des banques ne pourraient pas avoir accès au FCT ;
 - les risques liés aux échanges d'informations et à la présence des constructeurs au sein du comité.
38. L'enjeu pour la concurrence est différent, selon qu'un seul FCT dédié au refinancement des créances issues des PPP serait créé à moyen terme, ou qu'une pluralité de fonds serait concevable. Les représentants des entreprises entendues en séance ont apporté des informations ne permettant pas de se prononcer sur ce point, arguant d'une part, de la spécificité et de la novation marquées du FCT proposé, mais aussi d'autre part, d'un éventuel intérêt d'autres structures de titrisation préexistantes pour l'achat de créances issues d'opérations de PPP de l'État.
39. La question de savoir si le FCT proposé deviendra, ou non, un organisme de place est évidemment déterminante pour l'analyse concurrentielle. A ce stade, il n'est pas possible de se prononcer sur ce point. Toutefois, dans l'éventualité où le FCT serait considéré comme un organisme de place, les règles de libre concurrence imposeraient que l'accès à cet organisme de place puisse être ouvert à tout opérateur sur la base de critères publics, objectifs et non discriminatoires.
40. A défaut de perspectives tranchées, l'Autorité ne peut donc formuler dans son analyse que des constatations à caractère général.

A. SUR LES RISQUES D'UN VERROUILLAGE DE L'ACCÈS AU COMITÉ ET AU FCT

41. Les critères d'éligibilité des membres au comité et des opérations au FCT ne sont aujourd'hui pas connus, mais ils seront fixés par le règlement du FCT qui sera rédigé par les promoteurs du projet.
42. L'enjeu économique est la possibilité donnée à une banque détentrice de créances à moyen ou long terme issues d'une opération de PPP de pouvoir les refinancer en les vendant à la structure de titrisation spécialisée sur ces créances, dont la création est proposée.
43. Or, l'article L. 214-43 du code monétaire et financier prévoit que les conditions de fonctionnement d'un FCT sont déterminées par son règlement interne. Il en va notamment ainsi des caractéristiques des créances susceptibles d'être acquises par le FCT, et de la fixation du montant total d'investissement du FCT.
44. Au cas présent, il appartiendra au comité d'établir le règlement du fonds et de faire les choix qui seront par conséquent déterminants pour une banque souhaitant refinancer une opération. Dès lors, les établissements ne faisant pas partie du groupe de travail préfigurant le comité, puis du comité lui-même, voire de la société de gestion, pourraient ne pas être en mesure de défendre leurs intérêts et ainsi se retrouver indirectement pénalisés.
45. Par exemple, le comité pourrait prévoir que seules les banques ayant financé au moins une opération de PPP en France soient éligibles au comité, avec pour effet d'exclure les banques n'ayant pas encore financé de PPP, notamment les banques étrangères.
46. De même, un montant maximum du FCT sera annoncé aux investisseurs quand le FCT sera présenté aux marchés par ses promoteurs et figurera dans son règlement. En théorie, il ne peut être exclu que les membres fondateurs fixent l'enveloppe globale du FCT sur la base de leurs propres besoins de refinancement.
47. Le FCT, en principe ouvert dans des conditions non discriminatoires à toute banque souhaitant refinancer ses créances PPP, pourrait donc voir ses capacités d'intervention préemptées de fait par les établissements à l'origine la création du FCT.

B. SUR LE DÉSAVANTAGE ÉCONOMIQUE DANS LE MARCHÉ DU FINANCEMENT DE PPP EN CAS DE VERROUILLAGE DE L'ACCÈS AU FCT

48. Le fait pour une banque de ne pas avoir une certitude comparable à ses concurrents quant à l'accès à la structure de refinancement pourrait constituer un handicap.
49. La banque, qui n'est pas valablement assurée de pouvoir céder ultérieurement les créances à moyen ou long terme résultant d'une opération de PPP, devra, en effet, en tenir compte dans les conditions qu'elle proposera pour le volet de financement du PPP. Or, le financement constitue un élément indissociable du contrat unique, englobant la construction, la gestion et le financement d'un équipement public, qu'est un PPP.
50. L'accès des opérateurs au FCT est ainsi de nature à leur conférer un avantage concurrentiel, par rapport à ceux qui en seront exclus.
51. Les caractéristiques attendues du FCT proposé par ses promoteurs, tenant à sa taille significative, à sa valeur de référence auprès des investisseurs, à l'offre de revenus réguliers à moyen ou long terme et au faible risque de créances assimilables à

des « quasi-obligations » de l'État, conduisent à penser que l'avantage financier obtenu pourrait se révéler significatif.

52. Si, pour les raisons évoquées précédemment, une banque ne pouvait pas refinancer ses créances PPP via le FCT proposé et mettait en place son propre véhicule de refinancement, il est à craindre que les conditions de refinancement proposées par les investisseurs soient moins favorables.
53. Au total, ces remarques renvoient à la question précitée de l'accès à un véhicule de refinancement, qui serait, à tort ou à raison, considéré par les investisseurs comme un instrument de place – question à laquelle l'Autorité n'est pas en mesure de répondre en l'état de sa connaissance du dispositif.

C. SUR LES RISQUES LIÉS AUX ÉCHANGES D'INFORMATIONS ET SUR LA PRÉSENCE DES CONSTRUCTEURS AU SEIN DU COMITÉ

54. A ce stade du projet, la nature des informations susceptibles d'être mises en commun n'est pas connue. Il entre en effet dans les missions du groupe de travail préfigurant le comité de définir les informations qui seront échangées au sein du FCT entre le comité, la société de gestion et le dépositaire, ainsi qu'à l'extérieur du FCT avec les investisseurs institutionnels.
55. L'Autorité ne peut donc que limiter son analyse au rappel des principes généraux en matière d'échanges d'informations entre des entreprises, qui sont concurrentes sur un même marché.

1. CADRE GÉNÉRAL DE L'ANALYSE DES ÉCHANGES D'INFORMATIONS ENTRE ENTREPRISES

56. Le libre jeu de la concurrence repose sur l'autonomie dont dispose chaque entreprise pour définir sa propre politique commerciale par rapport à ses concurrents, ainsi que sur l'incertitude dans laquelle chaque entreprise doit être placée quant aux comportements futurs de ses concurrents.
57. Les échanges d'informations peuvent ainsi conduire des entreprises à ne plus définir de manière autonome leur politique commerciale et sont susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence.
58. De tels échanges peuvent être, d'une part, un moyen pour plusieurs entreprises de coordonner, de manière expresse ou tacite, leur politique de prix par exemple, et, d'autre part, de mettre en place des moyens de surveillance permettant de détecter les entreprises qui ne respecteraient pas la coordination afin de punir la ou les entreprises réfractaires.
59. Ils sont dès lors susceptibles d'être considérés comme des pratiques concertées anticoncurrentielles interdites par l'article L. 420-1 du code de commerce.
60. Les échanges d'informations entre entreprises peuvent aussi être sanctionnés en tant que tels et indépendamment de toute autre forme d'entente, dès lors qu'il apparaît de façon concrète que ces échanges ont eu « *pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées (...) et de la périodicité des échanges, de permettre aux opérateurs de s'adapter aux comportements prévisibles de leurs concurrents et ainsi*

de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné » (arrêt du 29 juin 2007 de la Cour de cassation, Téléphonie mobile).

2. LES CRITÈRES D'ANALYSE

61. L'appréciation de la compatibilité des échanges d'informations avec le droit de la concurrence s'effectue au cas d'espèce, en prenant en compte un ensemble de critères tenant à la nature des informations, l'utilisation faite, la fréquence des échanges, ainsi que les caractéristiques du marché sur lequel ces échanges interviennent.

a) La nature des informations échangées

62. La jurisprudence distingue entre les informations, accessibles à tous les opérateurs présents sur le marché ainsi qu'aux clients, et les informations individuelles confidentielles, c'est à dire susceptibles de n'être obtenues que par l'échange.
63. La règle est que les informations mises en commun par les entreprises parties à l'échange ne doivent pas permettre d'identifier la situation individuelle d'une entreprise donnée, que ce soit la politique commerciale suivie, ses prix ou ses coûts : *« Les indications données ne doivent pas pouvoir avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs coûts, qui leur permette de fixer individuellement leurs prix ou honoraires »* (décision [97-D-45](#), Conseil national ordre des architectes, 10 juin 1997).
64. Le niveau d'agrégation des données diffusées est également à prendre en compte. Il doit être suffisant afin de rendre *« impossible de désagréger les informations et ainsi permettre à des entreprises d'identifier directement ou indirectement les stratégies concurrentielles des concurrents »* (lignes directrices sur le transport maritime, Commission Européenne, 2008).
65. En définitive, l'exigence d'anonymat des informations objet de l'échange conduit à privilégier les formes agrégées de diffusion de l'information, telles que les valeurs moyennes ou les indices.

b) L'utilisation faite des informations

66. Les informations échangées ne doivent pas constituer une barrière artificielle ou une restriction pour l'accès au marché des entreprises ne participant pas au dispositif d'échange.
67. Le fait de réserver les informations aux seules entreprises parties à l'échange leur apporte, en effet, une meilleure connaissance du marché aux dépens des autres opérateurs éventuels. Une asymétrie et un déséquilibre dans le jeu de la concurrence seraient ainsi créés au profit exclusif des seules entreprises participant à l'échange d'informations.

c) La fréquence des échanges d'informations

68. Il convient également d'analyser la fréquence des échanges et leur aptitude à éliminer ou restreindre l'incertitude de la stratégie commerciale des concurrents. En effet, l'Autorité a rappelé à cet égard que *« l'échange d'informations est d'autant plus susceptible d'influer sur les décisions commerciales des participants qu'il se fait de manière systématique et sur la base d'une périodicité rapprochée »* (avis n° [10-A-05](#) précité).

69. Dès lors, il est souhaitable que les données soient collectées a posteriori et présentent une ancienneté suffisante par rapport à la date où elles sont constatées.

d) Les caractéristiques du marché concerné

70. La diminution de l'incertitude concernant les stratégies commerciales des concurrents du fait de l'échange d'informations dépend enfin des caractéristiques du marché concerné par l'échange d'informations.
71. Si les échanges d'informations sont généralement considérés comme étant peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels dans le cas d'un marché atomisé entre un grand nombre de petites entreprises, les échanges d'informations sensibles à intervalle fréquent sur un marché oligopolistique permettent à l'ensemble des concurrents de connaître les positions et les stratégies de chaque entreprise.
72. Ce type d'échange s'analyse comme une action concertée entre entreprises concurrentes afin de réduire l'intensité de la compétition sur le marché : « *Ces échanges d'informations [taux d'occupation et prix moyens] ont pris place à l'intérieur d'un marché dans lequel la transparence sur les prix est déjà élevée (...). Dans ces circonstances, la mise à disposition d'informations sur les performances individuelles assure une transparence quasi totale de l'ensemble des paramètres du marché. Il n'existe ainsi plus aucune incertitude* » (décision n° [05-D-64](#) du 25 novembre 2005 concernant le marché des palaces parisiens).
73. Toutefois, l'analyse doit toujours s'effectuer au cas par cas, car il peut arriver que des échanges d'informations aient des effets anticoncurrentiels sans que le degré de concentration du marché considéré soit élevé.

3. LA PRÉSENCE DES CONSTRUCTEURS AU SEIN DU COMITÉ DU FCT

74. Dans le cas d'espèce, le comité sera une instance se réunissant régulièrement et regroupant les principales entreprises françaises des secteurs bancaire et de la construction. L'Autorité est très réservée quant à la création de ce type de structure composée des acteurs d'une profession ou de plusieurs professions, comme elle l'a réaffirmé dans un avis n° [09-A-06](#) du 19 mars 2009 concernant un accord sur des délais de paiement dérogatoires dans le secteur du bâtiment : « *L'Autorité de la concurrence est, par principe, réticente (...) à la mise en place d'une instance de concertation réunissant les entreprises intervenant aux différents stades d'une même filière et permettant de faciliter l'échange d'informations relevant de la relation commerciale.* »
75. L'existence d'une structure réunissant régulièrement les principaux opérateurs d'une activité comporte toujours le risque potentiel que les informations échangées excèdent le champ des informations relevant de la stricte mission confiée à cette structure.
76. Plus particulièrement, étant donné les risques d'échanges d'informations contraires au libre exercice de la concurrence inhérent à une structure professionnelle et interprofessionnelle, ainsi qu'au nombre limité d'intervenants possibles pour les contrats de partenariat de l'État, l'Autorité est défavorable à la présence des constructeurs au sein du comité.
77. En effet, le seul argument avancé par les entreprises pour justifier la représentation des constructeurs au sein du comité est que ceux-ci ont participé aux groupes de travail qui ont préfiguré le FCT proposé.

78. A l'instar des investisseurs institutionnels (notamment des sociétés d'assurance), qui ont refusé de participer au comité en ne souhaitant pas être juges et parties, il apparaît que les constructeurs seraient plus à même de conserver leur indépendance de jugement, quant aux offres de financement des contrats de PPP que leur proposent les banques, en ne siégeant pas au comité.

CONCLUSION

79. L'Autorité de la concurrence n'a pas disposé, pour rendre le présent avis, de l'ensemble des caractéristiques et des modalités de fonctionnement du FCT proposé, car ce projet reste à ce jour insuffisamment abouti.
80. L'analyse des problèmes concurrentiels qu'est susceptible de poser la création d'un FCT destiné au refinancement des créances issues des contrats de PPP de l'État ne peut donc être que très préliminaire.
81. A la lumière des informations limitées portées à sa connaissance, l'Autorité peut cependant formuler les recommandations suivantes d'ordre général.

1. LE COMITÉ DU FCT

82. L'Autorité recommande que les constructeurs, ainsi que les syndicats représentatifs des intérêts des constructeurs, ne participent pas au comité du FCT proposé. Les arguments avancés pour la participation de ces opérateurs semblent, en effet, plus que contrebalancés par les risques de collusion inhérents à la présence au sein d'une même instance des principaux constructeurs et établissements bancaires intervenant dans les opérations de partenariat public privé de l'État.
83. De plus, l'Autorité recommande qu'un accès non discriminatoire au comité du FCT soit donné à tout établissement bancaire établi dans l'Espace Économique Européen. A ce titre, un appel à manifestation d'intérêt pourrait être lancé avant la rédaction du règlement du FCT, ainsi que la sélection de la société de gestion et du dépositaire du FCT.
84. Enfin, l'Autorité préconise que l'existence du comité prenne fin dès la mise en place de la société de gestion et du dépositaire du FCT.
85. L'Autorité rappelle par ailleurs que les échanges d'informations au sein du comité doivent faire l'objet d'une attention particulière de la part des différents participants, du fait notamment des risques de collusion décrits précédemment.

2. L'ACCÈS AU FCT PROPOSÉ

86. L'Autorité recommande que le FCT proposé soit conçu de manière à ce que tout établissement bancaire établi dans l'Espace Économique Européen puisse céder au FCT les créances relatives à des contrats de partenariats français qu'il détient dans son bilan. Si des critères devaient être déterminés concernant le type de créance pouvant faire l'objet d'une titrisation via le FCT proposé, ces critères devraient être établis sur des bases objectives transparentes et non-discriminatoires.

87. Enfin, l'Autorité de la concurrence n'a été saisie, à ce stade, que d'un projet dont les caractéristiques restent à définir par les parties prenantes. Il serait, dès lors, souhaitable que la Mission d'appui aux partenariats publics privés saisisse à nouveau l'Autorité, une fois le montage du FCT arrêté.

Délibéré sur le rapport oral de M. Edouard Leduc et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Elisabeth Flüry-Hérard et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Françoise Aubert

© Autorité de la concurrence