

*L' unbundling dans le secteur électrique : quelques réflexions sur les remèdes structurels
dans le cadre d'un marché oligopolistique*

Frédéric MARTY

Chargé de recherche CNRS

UMR 6227 – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis

Chercheur affilié OFCE – Sciences Po. Paris

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Plus de treize ans après la première directive européenne libéralisant le marché intérieur de l'électricité, l'intensité de la lutte concurrentielle sur ce dernier s'avère notablement insuffisante aux yeux de la Commission européenne. Témoignage de cette déception sur les premières étapes de la libéralisation les conclusions de son enquête sectorielle, rendues publiques en janvier 2007 et ses propositions d'un nouveau train de directives publiées en septembre 2007, sur lesquelles le Parlement européen vient de se prononcer en avril 2009. Deux paramètres principaux peuvent expliquer ce résultat décevant. Le premier tient, comme nous le verrons, à la nature intrinsèquement oligopolistique des marchés de l'électricité, reliée aux caractéristiques techniques même de l'actif considéré et à celles de ses actifs de production, transport et distribution. La seconde, naturellement liée à cette dernière, tient en un fonctionnement des marchés qui rend particulièrement difficile la détection et donc la sanction de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les opérateurs dominants ou même par tout acteur du marché disposant de capacités de production disponibles au moment de la pointe de demande, c'est-à-dire lorsque tout kilowatt acquiert une valeur déterminante pour garantir l'équilibre en l'offre et la demande. Les retours d'expérience britanniques mais aussi et peut être surtout, au début de la décennie californiens –témoignent à la fois de la facilité avec laquelle de telles stratégies peuvent être mises en œuvre mais aussi des difficultés que rencontrent les autorités de la concurrence pour apporter la preuve de tels agissements.

A ces difficultés observées dans l'ensemble des marchés de l'électricité libéralisés, s'ajoute dans le cadre communautaire une situation concurrentielle pour le moins spécifique. D'une part, à l'exception de quelques Etats, notamment en Angleterre et au Pays de Galles, l'ouverture des marchés ne s'est pas accompagnée par le démantèlement des opérateurs historiques, lesquels demeurent donc dominants sur leur marché d'origine. La libéralisation a finalement conduit non pas à un marché unique mais à la juxtaposition de marchés partiellement et très diversement libéralisés, très insuffisamment interconnectés et dominés par un (ou quelques) opérateur(s) historique(s). En effet, le marché européen est excessivement morcelé du fait d'interconnexions qui furent calibrées non pas pour des échanges constants propres à un marché unifié mais en fonction des besoins d'échanges des anciens opérateurs historiques, déterminés pour des prestations de secours ou au mieux dans le cadre d'investissements conjoints en production sur le territoire de l'un des deux états concernés.

Ces spécificités favorisent l'émergence d'une structure de marché oligopolistique, laquelle s'éloigne très significativement de la logique de concurrence pure et parfaite. Or, le modèle décentralisé devait permettre de renforcer l'efficacité de la gestion du système électrique européen, de renforcer la sécurité d'approvisionnement, d'améliorer le *mix* énergétique (entre les différentes technologies de production) et, espoir en grande partie vain pour les états qui ont abordé la libéralisation avec des systèmes efficaces, de faire baisser le coût de l'électricité. Les incitations fournies par le marché plus de dix ans après le début de la libéralisation ne permettent pas de tenir les promesses de l'allocation optimale des ressources en termes statique et de la fourniture d'incitations efficaces à l'investissement en termes dynamique.

En outre, la collusion ou la dominance – individuelle ou collective – sont beaucoup plus probables sur de tels marchés que sur d'autres. Il s'avère en effet particulièrement difficile de repérer les pratiques anticoncurrentielles sur le marché de l'électricité. D'une part, les indicateurs traditionnels de structure utilisés en droit de la concurrence, comme l'indice d'Hirschmann-Herfindal (HHI) ne s'avèrent pas significatifs. D'autre part, le repérage même de stratégies anticoncurrentielles apparaît comme particulièrement difficile à repérer sur le marché de l'électricité¹. Il est par exemple particulièrement difficile de distinguer, dans une brusque envolée des prix *spot*, entre rente de rareté et abus de position dominante lors des épisodes de vives tensions sur les marchés électriques. Or, si le juge de la concurrence vient à sanctionner à tort (erreur de type II) une firme ayant dégagé des marges significatives lors d'un tel épisode de valorisation extrême des cours, le risque est de décourager les investissements. Il en va de même

¹ Marty F., (2004), « Déséquilibres et défaillances des marchés électriques : La libéralisation est-elle coupable ? », *L'Economie Politique*, n° 24, 4^{ème} trimestre 2004, pp.43-58.

si le régulateur sectoriel décidait de plafonner les prix. Dans de pareilles situations, les opérateurs vont anticiper qu'ils ne pourront pas pleinement tirer profit de rentes essentielles à la récupération de leurs capitaux investis. Une telle insécurité juridique peut être encore aggravée si les critères adoptés par les autorités apparaissent aux acteurs du marché comme excessivement larges, fluctuants ou imprécis². L'insécurité juridique, liée aux difficultés de régulation des marchés de l'électricité peut aller à l'encontre de l'efficacité de long terme et mettre en cause leur capacité à fournir de bons signaux de prix pour permettre des investissements minimisant le coût global de la fourniture sur le long terme et garantissant l'adéquation de capacités – i.e. la sécurité de fourniture.

Le contrôle des comportements – pourtant au cœur des prescriptions théoriques des politiques de concurrence³ – est particulièrement difficile à mettre en œuvre – en général – et dans le secteur électrique en particulier. Ce faisant, la question des structures de marché devient centrale, que cela soit en matière de contrôle des projets de concentration ou de remèdes structurels, lesquels peuvent être exigés dans le cadre des enquêtes pour pratiques anticoncurrentielles ou même proposées par les firmes elles-mêmes dans le cadre des procédures d'engagement.

Deux dimensions paraissent particulièrement intéressantes quant au rôle des politiques de régulation sectorielle et de concurrence en matière électrique dès lors que l'on considère d'une part la structure intrinsèquement oligopolistique du marché et d'autre part les difficultés de caractériser les comportements des firmes comme anticoncurrentiels. Il s'agit respectivement de la question de la dominance collective et celle des solutions structurelles imposées aux firmes – en premier lieu en matière de découplage effectif (*unbundling*) des entreprises verticalement intégrées. Nous nous attacherons dans la présente étude à la seconde dimension – celle du démantèlement vertical des opérateurs historiques, lequel figure au centre des propositions de la Commission dans le cadre du troisième paquet de directives (septembre 2007). Nous nous interrogerons ce faisant de façon plus générale à la question des remèdes structurels. Nous verrons au fil de nos développements et plus particulièrement dans le cadre de notre dernière section, de nature conclusive, que si les désinvestissements (divestitures) peuvent résoudre, éventuellement et dans le cadre de conditions relativement restrictives, certaines des difficultés concurrentielles

² Il est par exemple possible de mettre en évidence, en matière de position dominante collective, un net écart entre le standard de la preuve mis en œuvre par la Commission européenne dans le domaine de la sanction des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'article 82 du Traité (abus de position dominante) et dans celui du contrôle des concentrations.

³ Dans le cadre de la synthèse post-Chicago, l'autorité de la concurrence devrait s'attacher bien plus aux comportements des firmes sur le marché et aux incitations qui s'exercent sur ces dernières qu'à la structure du marché.

rencontrées sur les marchés électriques, ils n'en posent pas moins de nouvelles questions... intrinsèquement reliées au risque de renforcement de la dominance collective...

I – La question de l'unbundling au centre des débats communautaires sur l'énergie (2007-2009)

Le 22 avril 2009, le Parlement européen a adopté le projet de directive relatif aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, abrogeant la directive 2003/54/CE. Ce vote a entériné un compromis trouvé le 24 mars 2009 entre la Commission de l'Industrie du Parlement et le Conseil européen sur les conditions d'adoption du *troisième paquet de directives* relatif aux marchés de l'électricité et du gaz. Par rapport aux propositions initialement formulées par la Commission en septembre 2007 (faisant suite à l'enquête sectorielle publiée en janvier 2007), lesquelles mettaient en exergue la nécessité d'une séparation patrimoniale entre les activités de transport de l'électricité et les activités de production et de fournitures (ou à défaut un mécanisme de gestionnaire de réseau indépendant, le texte définitivement adopté introduit une troisième voie, celle du gestionnaire de transport indépendant.

L'adoption de ce compromis par le Parlement de Strasbourg marque l'épilogue – dont il convient de s'interroger sur le caractère définitif ou provisoire – d'une controverse née de la volonté de la Commission européenne de conduire les groupes verticalement intégrés de se dessaisir de leurs actifs de réseau. Pour cette dernière, la réalisation d'un marché intérieur de l'électricité reposant sur une concurrence non faussée supposait que les conditions d'un accès non discriminatoire aux réseaux soient garanties. Ceci lui apparaissait illusoire dès lors que des groupes intervenant dans des activités de production et de fourniture d'électricité exercent un contrôle sur des actifs de transports dont l'accès est indispensable à leurs concurrents. En effet, un groupe verticalement intégré peut mettre en œuvre des stratégies d'éviction anticoncurrentielles au travers de deux types de comportements, mis en exergue dans le cadre de l'enquête sectorielle. Il peut tout d'abord s'agir de conditions d'accès discriminatoires au réseau. Il peut ensuite être question d'un ensemble de comportements permettant d'acquérir un avantage informationnel vis-à-vis de ses concurrents ou conduisant à prendre des décisions d'investissements visant à entraver le développement de ces derniers.

Face à de tels risques, la Commission considérait que les dispositions introduites par la directive 2003/54/CE, à savoir les règles de séparations juridiques et fonctionnelles⁴, s'avéraient

⁴ La directive de 1996, relative au marché de l'électricité, avait prévu un ensemble de règles devant permettre aux nouveaux concurrents des anciens opérateurs historiques d'accéder au réseau de transport – i.e. à l'infrastructure essentielle – dans des conditions non discriminatoires. Il s'agissait de premières exigences en termes d'indépendance

insuffisantes pour mettre fin à de tels comportements stratégiques. Il s'en suivit la proposition lors du Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 d'une « séparation effective des activités d'approvisionnement et de production, d'une part, et de la gestion des réseaux, d'autre part ». L'option privilégiée par la Commission était celle d'un *unbundling* complet, en d'autres termes une obligation faite aux entreprises verticalement intégrées de se défaire de leurs actifs dans le domaine des réseaux de transports. Un tel *découplage effectif* apparaissait, aux yeux de la Commission, comme une garantie contre les pratiques discriminatoires que pourraient être incité à mettre en œuvre un opérateur historique à l'encontre de nouveaux entrants n'ayant d'autres alternatives – pour exercer leur activité – que l'accès au réseau que ce dernier contrôle. Les directives de 1996 et de 2003 – dans une logique d'application de la théorie des facilités essentielles⁵ – visaient à mettre en œuvre des dispositifs garantissant un accès dans des conditions raisonnables et non discriminatoires à l'infrastructure, au travers notamment d'un régime d'accès des tiers réglementé au réseau. Cependant, la Commission tendit à considérer, que seuls des solutions de nature structurelle pouvaient mettre fin aux inévitables conflits d'intérêts qui apparaissent dans le cadre de l'intégration du réseau de transport dans un groupe intervenant dans la production.

Dans ses propositions de septembre 2007, la Commission ne proposait qu'une seule alternative à cet *ownership unbundling*. Il s'agissait du modèle du gestionnaire de réseau indépendant. Ce dernier est en l'occurrence une société *ad hoc* à laquelle les actifs de réseaux seraient transférés. Cependant, le flou qui entourait cette solution de substitution semblait trahir la préférence marquée des autorités communautaires pour une séparation structurelle. Le découplage prend tout son sens, dans un modèle de marché de l'électricité fonctionnant conformément à un idéal de concurrence pure et parfaite. A l'instar de la politique qui fut mise en œuvre en Angleterre et au Pays de Galles dans les années quatre-vingt-dix. Cette proposition se heurta à une farouche opposition émanant de certains états membres, tels l'Allemagne et la France. Celle-ci pouvait se

de gestion de l'opérateur de réseau et de premières règles relatives à l'accès des tiers au réseau. Cependant, le choix était laissé entre un régime d'accès des tiers négocié et un régime d'accès réglementé. La première option conduisait bien évidemment à des conditions discriminatoires. Dans certains, l'ouverture du marché à la concurrence n'était que théorique... et ce d'autant que la directive n'imposait pas la création d'un régulateur sectoriel. Pour répondre à de telles difficultés, dont l'Allemagne fournissait une illustration saisissante, la directive de 2003, imposa la création d'un tel régulateur et fit du régime de l'accès des tiers réglementé, le régime d'accès par défaut. En matière de gestion du réseau, la directive de 2003 exigeait une séparation légale et fonctionnelle à compter de juillet 2004 pour le réseau de transport et de juillet 2007 pour le réseau de distribution

⁵ Pour une analyse générale des conditions de mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles dans le cadre des politiques de concurrence communautaire, voir :

Marty F. et Pillot J., (2009), « Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence », *Document de travail OFCE*, n° 2009-11, mai, 34p.

fonder tant sur la volonté de protéger des *champions nationaux* verticalement intégrés que sur des doutes quant à la nécessité et à l'efficacité même d'un tel découplage vertical.

En effet, un tel démantèlement vertical est susceptible de porter préjudice à la sécurité d'approvisionnement elle-même en induisant des difficultés additionnelles de pilotage du système électrique. Il ne garantit pas à lui seul que les décisions d'investissement qui seraient collectivement optimales le soient aussi individuellement pour l'opérateur indépendant du réseau de transport d'énergie électrique.

La lutte d'influence qui s'en suivit, marquée par la décision aussi déstabilisante qu'inattendue d'E.ON de se défaire volontairement de son réseau de transport, déboucha un compromis, lors du Conseil européen du 6 juin 2008 à Luxembourg, annonçant les grandes lignes du texte finalement adopté par le Parlement en avril 2009. Il s'agit du modèle du gestionnaire de transport indépendant, lequel devrait permettre – sans avoir à recourir à des mesures affectant l'intégrité des opérateurs – de garantir une totale autonomie décisionnelle de l'opérateur du réseau de transport vis-à-vis du reste du groupe. Cette indépendance serait alors garantie tant par des règles de gouvernance interne que par un contrôle externe réalisé par le régulateur sectoriel⁶.

L'adoption de ce compromis marque-t-il pour autant la fin du débat sur le découplage effectif ? Il convient de s'interroger sur les motivations qui étaient celles de la Commission pour entamer avec certains états membres un tel bras de fer. Il n'apparaissait pas, en fait, que le régime précédent d'accès des tiers au réseau se soit avéré particulièrement défaillant – à n'en juger que par l'absence de contentieux dans le cas français. L'approche de la Commission pourrait participer d'une logique de renforcement du contrôle des autorités de la concurrence sur les conditions d'accès aux actifs de réseaux, témoignant à nouveau des divergences transatlantiques en matière de séparation des compétences entre autorités de la concurrence et régulateurs sectoriels⁷. En effet, la Commission pouvait éventuellement ne pas être pleinement satisfaite des conditions de contrôle de l'accès des tiers aux réseaux dans certains états membres, notamment en Allemagne. Dans le cas d'espèce, le marché de l'électricité est contrôlé à plus de 60 % par deux opérateurs E.ON et RWE et n'est contrôlé que par un régulateur sectoriel que depuis 2005. Ce dernier détient, en outre, une compétence exclusive en matière d'exploitation des réseaux, au détriment

⁶ Krenzer A., (2009), « L'action des autorités de concurrence dans le secteur de l'énergie en Allemagne et en France », compte rendu de la 3^{ème} journée franco-allemande de la concurrence – Strasbourg, 19 juin 2008 -, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 18, janvier-mars, pp. 121-125.

⁷ Gérardin D., (2005), "Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What Can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*", *Common Market Law Review*, December.

des juridictions concurrentielles⁸... Ceci s'inscrit dans une logique éloignée, s'il en est, de celle promue par la Commission européenne au travers de décisions emblématiques telles Deutsche Telekom en 2003.

Au-delà d'une éventuelle volonté de renforcer l'influence des politiques de concurrence sur la gouvernance sectorielle, il serait possible d'analyser la position de la Commission comme témoignant d'une certaine insatisfaction quant aux structures du marché intérieur de l'électricité vis-à-vis de l'idéal d'une structure de marché de concurrence effective. Le modèle théorique idéal de marché repose comme nous l'avons vu sur un double démantèlement vertical et horizontal des opérateurs historiques et sur la présence de *commercialisateurs* purs s'approvisionnant au-jour-le-jour sur le marché *spot* et ne pouvant s'intégrer verticalement. Il apparaît que la situation après plus de dix années de libéralisation s'en éloigne significativement. Non seulement le périmètre des activités des opérateurs historiques n'a pas été remis en cause en dehors de l'expérience pionnière britannique mais même dans ce dernier cas, l'évolution même du marché et la stratégie des firmes ont conduit à des phénomènes de re-concentrations et de ré-intégrations verticales. Conformément aux prédictions formulées par Jean Tirole en 1992, le démantèlement de firmes peut reconduire par le jeu des fusions et acquisitions à la constitution d'opérateurs de taille et de structures optimales au vu des conditions particulières de marché et de technologies⁹. En fait, loin de conduire à une structure de marché intérieur proche de l'idéal concurrentiel, la structure de marché qui a émergé est celle d'une concurrence oligopolistique entre groupes intégrés verticalement, héritiers des opérateurs historiques, lesquels s'avèrent souvent fortement dominants sur leur marché d'origine. La concurrence entre opérateurs s'avère des plus limitées. D'une part, les interconnexions internationales sont insuffisantes pour garantir une parfaite intégration des marchés – ce qui limite les possibilités de concurrence directe entre opérateurs historiques, en dehors de stratégies de rachat de capacités à l'étranger¹⁰. D'autre part, les

⁸ Courivaud H. et Pilow J.C., (2006), « La régulation des activités de réseaux en Allemagne à la recherche d'une légitimité juridique : l'exemple de l'électricité et du gaz naturel », *Contrats, Concurrence et Consommation*, étude n° 20.

⁹ Tirole J., (1992), « Ownership and Incentives in a Transition Economy », MIT, mimeo, Cambridge, MA.

¹⁰ Dans le cadre d'une interaction oligopolistique, les rachats de capacités à l'étranger par les opérateurs dominants sur chaque marché national peuvent avoir des effets pour le moins ambivalents. En première approximation, ils pourraient permettre de renforcer la menace concurrentielle sur chacun des marchés. Cependant, la présence de mêmes firmes sur plusieurs marchés peut dans le même temps renforcer les risques d'établissement et de consolidation d'une position dominante collective dans la mesure où une firme qui dévierait par rapport au point focal de la collusion s'exposerait à des rétorsions sur de nombreux marchés. Ainsi, si la décision de ne plus respecter l'équilibre de collusion tacite se fait sur la base d'un arbitrage coût avantage, une firme qui mettrait en balance le gain de court terme induit par la rupture du pacte de non agression sur un marché donné avec les pertes de long terme liées à la fin de la « coopération » et à l'engagement de mesures de rétorsions, serait d'autant plus prudente que de telles sanctions s'exerceraient sur de nombreux marchés. Dans la mesure où une collusion tacite est instable par nature (logique du dilemme du prisonnier), les investissements des membres de l'oligopole européen sur les marchés domestiques d'autres opérateurs majeurs, loin de renforcer automatiquement la concurrence, peuvent contribuer à renforcer la position dominante collective.

nouveaux entrants ne constituent souvent qu'une frange concurrentielle relativement peu menaçante pour ces derniers. Il convient de prendre en considération à la fois les l'épuisement du modèle des *commercialisateurs* purs et les difficultés financières et politiques que rencontreraient un nouvel entrant soucieux de se doter de capacités de production de base, notamment nucléaires.

Dans ce cadre le découplage effectif pouvait s'interpréter comme un levier d'action sur les structures du marché intérieur de l'électricité pour remettre en cause un tel oligopole européen. Cette stratégie est-elle cependant totalement remise en cause par le compromis entériné le 22 avril 2009 par le Parlement européen ? Le cas d'E.ON peut nous conduire à apporter une nuance à cette appréciation. En effet, E.ON a accepté le 28 février 2008, de se défaire de ses actifs de transport en vue de mettre fin à une procédure engagée par la Commission relative à des pratiques anticoncurrentielles¹¹. Ce faisant, au travers des procédures négociées d'engagements et au travers de l'exigence de remèdes structurels – dont les liens avec les pratiques incriminées pourraient ne pas être absolument directs – les autorités de la concurrence pourraient elles être en mesure de mettre en œuvre progressivement un *ownership unbundling* au travers de décisions individuelles, qu'il s'agisse de sanctions de pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des projets de concentrations faisant l'objet d'une notification au niveau communautaire.

Dans ce cadre, notre contribution se structurera en quatre sections. Une première fera le point sur l'analyse faite par la Commission en matière de fonctionnement du marché intérieur de l'électricité. Elle essaiera de mettre en lumière les facteurs pouvant justifier la mise en œuvre de telles mesures structurelles. Une deuxième section s'attachera à la nécessité de mettre en œuvre un tel *unbundling* et présentera une analyse critique des propositions de la Commission. Une troisième section montrera comment, pour de telles questions s'inscrivant à l'articulation de la régulation sectorielle et des politiques de concurrence, la préférence de la Commission pour les remèdes structurels peut conduire à la mise en œuvre d'un *unbundling* progressif au travers de l'activité jurisprudentielle. En d'autres termes, par l'intermédiaire des décisions individuelles, la Commission pourrait être tentée d'imposer – ou d'inciter les firmes concernées à proposer – des mesures correctives de nature structurelle ayant pour effet de modifier sensiblement les conditions de la concurrence sur le marché considéré – bien au-delà des exigences liées au cas d'espèce considéré. Il en dérive donc une tentation de réguler la concurrence au travers des décisions individuelles en matière concurrentielle, comme cela fut par exemple mis en évidence

Tirole J., (2002), *The Theory of Industrial Organization*

¹¹ Spector D., (2008), "Competition Policy in the Energy Sector: Squaring the Circle?", *Concurrences*, n°2-2008, pp.50-56.

pour les concentrations¹². Enfin, notre dernière section, de nature plus exploratoire, mettra en exergue la possibilité d'observer comme effet non désiré des remèdes structurels un risque de consolidation d'une position de dominance collective.

II – De la nécessité de mettre en œuvre un *découplage effectif*: les conclusions tirées par la Commission de l'enquête sectorielle.

Il s'agit, dans le cadre de cette première section, d'analyser certaines des conclusions de l'enquête sectorielle sur la situation de la concurrence dans le secteur de l'énergie (II-1) et de présenter les principaux résultats dégagés par la littérature pour évaluer les mérites respectifs de chaque schéma d'organisation de l'industrie électrique pour répondre aux deux enjeux majeurs pour le secteur électrique que sont l'absence de traitement discriminatoire en matière d'accès des tiers au réseau d'une part et les signaux produits pour les acteurs du marché pour inciter ceux-ci à décider d'investissements collectivement optimaux¹³ (II-2). Il s'agira donc de s'interroger sur les effets du *découplage effectif* initialement proposé par la Commission, tant aux points de vue statiques (efficacité allocative et accès au marché) que dynamiques (efficacité dynamique et incitations s'exerçant sur les opérateurs).

II - 1 – Des conclusions de l'enquête sectorielle aux propositions de la Commission européenne

Le 19 septembre 2007, la Commission publia ses propositions quant à un troisième train de mesures en matière d'encadrement des marchés électriques et gaziers au sein de l'Union. Celles-ci faisaient suite à l'enquête sectorielle, lancée au milieu de l'année 2005. Les principales mesures proposées par la Commission consistaient en premier lieu à la dissociation de la propriété et de l'exploitation des réseaux de transport. Il s'agissait ensuite d'améliorer la transparence des marchés énergétiques. Un troisième objectif de la Commission tenait à l'accroissement de l'efficacité des régulateurs sectoriels nationaux. En quatrième lieu il s'agissait de renforcer la régulation des échanges transfrontaliers, les incitations à l'investissement en matière d'interconnexions et la solidité intracommunautaire. Enfin, la Commission proposait de réglementer les investissements réalisés par des firmes originaires de pays tiers.

¹² Comme le notent Bishop et Lofaro, "They are numerous cases in which the Commission's merger analysis has betrayed an apparent desire to use merger control to regulate preexisting positions of market strength".

Bishop S. and Lofaro A., (2004), "A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp. 195-242.

¹³ Finon D., Marty F. et Defeuilley C., (2009), « Signaux-prix et équilibre de long terme : repenser la régulation et l'organisation des marchés électriques », *Journées thématiques de l'Association Française de Sciences Economiques*, « *firms, markets and innovations* », Sophia-Antipolis, juin.

L'enquête sectorielle a permis à la Commission de mettre en exergue trois principaux facteurs de faiblesse caractérisant le marché intérieur de l'énergie. Le premier tient au morcellement des marchés selon les frontières nationales. En effet, les interconnexions ont été initialement calibrées en fonction des besoins d'exportation ou de secours des opérateurs historiques et non pour des échanges caractéristiques de marchés intégrés. Ainsi, au côté d'une plaque continentale sur laquelle les échanges ne sont pas totalement contraints par les capacités d'échanges, coexistent de trop nombreuses péninsules électriques, entravant la constitution d'un marché européen unifié. Se pose donc la question des incitations qui peuvent s'exercer sur des opérateurs historiques verticalement intégrés d'investir pour accroître la capacité des interconnexions transfrontalières au risque de renforcer la contestabilité de leur propre marché. Le fort degré de concentration verticale est d'ailleurs considéré comme le deuxième obstacle majeur à la réalisation d'un marché intérieur concurrentiel. En effet, des groupes verticalement intégrés peuvent mettre en œuvre des pratiques d'éviction anticoncurrentielle, passant par des stratégies de verrouillage anticoncurrentiel (forclusion) ou par des manœuvres tirant profit de l'avantage informationnel donné par la lisibilité des transactions réalisées par les firmes concurrentes devant obligatoirement utiliser le réseau de transport. En outre, une troisième donnée structurelle entravant, selon la Commission, le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'énergie tient à la forte concentration des marchés. Cette concentration n'est pas pour autant surprenante. Premièrement, chaque marché national était contrôlé par un – ou quelques – opérateurs historiques jouissant de monopoles nationaux ou régionaux, lesquels n'ont pas fait – à de rares exceptions - l'objet de démantèlements horizontaux. Deuxièmement, les nouvelles entrées sont particulièrement difficiles, coûteuses et risquées, surtout si les opérateurs concernés ne se limitent pas au rôle de commercialisateur pur mais essaient d'acquérir des capacités de production en base ou en semi-base. Troisièmement, les spécificités productives mêmes conduisent à une forte concentration de l'offre. Ces obstacles à la concurrence conduisent cependant la Commission à plaider pour des remèdes structurels tenant non pas à un démantèlement horizontal mais à une séparation des actifs de transports vis-à-vis des activités de production et de fourniture d'électricité.

Cette prescription procède principalement d'une des conclusions de l'enquête sectorielle selon laquelle les stratégies de forclusion constituent le principal problème concurrentiel¹⁴ et la première entrave à l'édification d'un marché intérieur caractérisé par une concurrence libre et non faussée. En effet, les marchés de l'énergie, et plus particulièrement en ce qui nous concerne, le marché de l'électricité, présentent un fonctionnement très insatisfaisant en matière concurrentielle. Les

¹⁴ Lowe P., Pucinskaite I., Webster W. and Lindberg P., (2007), "Effective Unbundling of Energy and Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry", *Competition Policy Newsletter*, number 1, Spring, pp. 23-34.

positions des opérateurs historiques apparaissent en outre insuffisamment contestées par de nouveaux entrants ou par des opérateurs dominants dans d'autres pays membres. Cette seconde caractéristique tient en grande partie, selon la Commission, au maintien de l'intégration verticale des opérateurs. De cette dernière peut découler des conditions discriminatoires ou inéquitable d'accès au réseau – lequel constitue une infrastructure essentielle aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché – mais aussi des décisions d'investissements biaisées et donc collectivement sous optimales en matière d'actifs de réseau afin d'entraver leur développement ou leur pénétration du marché¹⁵.

La préférence affichée par la Commission pour des solutions de nature structurelle tient à la méfiance générale que lui inspirent les engagements comportementaux, avivée dans le cas d'espèce par l'extrême difficulté de détection et de sanction des comportements anticoncurrentiels sur les marchés de l'électricité. En effet, apporter la preuve de la nature anticoncurrentielle de la stratégie d'une firme est une tâche particulièrement ardue dans le domaine énergétique en général et électrique en particulier. Deux exemples peuvent illustrer ce point.

Tout d'abord, la détection des abus de marché à partir de l'observation des prix sur les marchés de l'électricité est une tâche particulièrement difficile¹⁶, rendant ainsi les stratégies de

¹⁵ Quelques exemples tirés de l'enquête sectorielle peuvent illustrer les pratiques en cause. Par exemple, ENI a été suspectée de retrait opportuniste de capacités et de sous-investissement délibéré afin de réduire les importations de gaz sur le marché italien (ENI, affaire COMP 39.315, 11 mai 2007). De la même façon RWE se serait rendue coupable d'avoir mis en place des tarifs d'accès excessifs à son réseau et d'avoir excessivement morcelé celui-ci de façon à augmenter les coûts de ses rivaux (RWE, affaire COM 39.402, 11 mai 2007)

¹⁶ L'exemple du *Rapport de surveillance des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel* établi par la Commission de Régulation de l'Énergie est pleinement représentatif de la difficulté de repérer l'éventuelle occurrence de pratiques anticoncurrentielles au sein du marché électrique.

Conformément à l'article 28 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité, la CRE « surveille, pour l'électricité et pour le gaz naturel, les transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs, les transactions effectuées sur les marchés organisés ainsi que les échanges aux frontières. Elle s'assure de la cohérence des offres des fournisseurs, négociants et producteurs avec leurs contraintes économiques et techniques ». La loi du 7 décembre 2006 a précisé la mission de surveillance des marchés de gros dévolue à la CRE, laquelle a reçu une traduction avec la publication en décembre 2008 du premier rapport de surveillance portant sur l'année 2007. Le décalage entre la période d'investigation et la date de publication n'est pas seulement liée à la nouveauté de l'exercice mais témoigne plus significativement de la difficulté de l'exercice. À l'inverse des dispositifs de surveillance des marchés financiers, fondés sur le contrôle des seules transactions, le contrôle des éventuelles manipulations de cours sur les marchés de l'électricité suppose de mettre en regard le niveau absolu des cours à un instant donné avec les contraintes physiques du réseau, les capacités productives disponibles et l'équilibre offre-demande à ce même moment. Le cas des pics de prix relevés au quatrième trimestre 2007 est représentatif de ces difficultés. Les investigations menées par la CRE n'ont débouché sur un rapport public qu'en avril 2008. Entre janvier et septembre 2007, les prix sur Powernext day-ahead (marché des contrats ouverts au jour j pour une livraison en j+1 ; l'une des deux composantes du marché *spot* avec le marché infra-journalier), s'étaient caractérisés par une faible sensibilité. Une variation de l'offre ou de la demande d'une valeur absolue de 500 MW ne faisait varier les prix que de 1,6 €/MWh (5% du prix moyen sur la période). Or la sensibilité s'est très significativement accrue au dernier trimestre. Une même variation de 500 MW se traduisait par une variation de 6,7 €/MWh en octobre, 13,7 € en novembre et encore 5,5 € en décembre. La CRE a mené des investigations pour déterminer la source des variations observées des cours. Elle a analysé les courbes d'offres et de demande pour chaque jour et pour chaque créneau horaire, transmises par l'ensemble des intervenants sur la plateforme Powernext Day-ahead. Elle a interrogé les opérateurs dont les réductions d'offres avaient eu l'impact sur le plus significatif sur

manipulation des cours possibles¹⁷. Par exemple, lors de la pointe de demande – c’est-à-dire quand la consommation d’énergie électrique est maximale – il n’est guère aisé de faire la part des choses entre l’analyse en termes de rente de rareté ou de surprofit lié à une rente de monopole. Dans les deux cas, la valorisation des cours peut atteindre des niveaux extrêmement élevés. A ceci près que l’apparition d’une rente de rareté est parfaitement légitime et va dans le sens de l’intérêt bien compris du consommateur, en ce sens qu’elle permet de couvrir l’ensemble des coûts des installations marginales – appelées de très rares heures dans l’année mais essentielles à la sécurité d’approvisionnement. A l’inverse, une rente issue de l’exercice d’un pouvoir de marché génère bien évidemment des distorsions allocatives (transfert indu de bien être entre les consommateurs et les firmes) et des inefficiences productives. S’il est difficile de distinguer entre les deux phénomènes, les risques de voir le régulateur imposer un plafond de prix ou le juge de la concurrence prendre une décision infondée (condamner ou innocenter à tort) sont élevés. Or, les effets d’un éventuel plafond de prix sur la sécurité d’approvisionnement sont particulièrement préjudiciables en termes de sécurité d’approvisionnement à long terme dans la mesure où ce dernier a pour effet de compromettre les retours sur investissement des capacités qui dépendent de ces épisodes de rente de rareté¹⁸.

De telles caractéristiques ne vont pas sans induire de difficultés et de dilemmes en matière de modalités de régulation optimale des marchés de l’électricité. Une régulation par trop intrusive des marchés de l’électricité qui viserait à prévenir ou à sanctionner tout abus de marché pourrait conduire à supprimer de telles rentes – pourtant indispensables à un niveau d’investissement collectivement souhaitable - ou à sanctionner à tort des entreprises jouant le jeu de la concurrence. De tels risques ne sont pas seulement mis en exergue dans le cas européen mais aussi par la division Antitrust du Département de la Justice américain : « Advocates of limited market mitigation point out that it can be difficult for regulators to correctly identify the costs of

les cours pour établir qu’il ne s’était pas s’agit de manipulations de cours mais de retraits d’offres liés à des problèmes techniques ou à des réorientations de la production vers d’autres marchés.

CRE, (2008), *Rapport de surveillance sur le fonctionnement des marchés de l’électricité et du gaz naturel – 2007*, avril, 167p.

¹⁷ Dans le cas américain, par exemple, Joskow et Kahn (2002) avaient conclu à une élévation des prix 50 % au-dessus de leur niveau concurrentiel en Californie durant la crise de 2000. A l’inverse, pour le Nord Est des Etats-Unis, Joskow (2006) considère que les prix observés sont conformes à ceux que l’on pourrait attendre d’un fonctionnement concurrentiel des marchés.

Joskow P. and Kahn E., (2002), “A Quantitative Analysis of Pricing Behavior in California’s Wholesale Electricity Market During Summer 2000”, *Energy Journal*, 23, 4.

Joskow P., (2006), “Markets for Power in the United States: An Interim Assessment”, *Energy Journal*, January.

¹⁸ Marty F., (2007), « La sécurité de l’approvisionnement électrique : Quels enjeux pour la régulation ? », *La Revue de l’OFCE*, n° 101, avril, pp. 421 - 452.

electricity generation and that low price caps can prevent the scarcity premiums that could encourage investments or conservation¹⁹ ».

Une telle crainte peut conduire à préférer la mise en œuvre de remèdes structurels tels la séparation patrimoniale des activités de transport et de production à un contrôle *ex post* des comportements de marché, contrôle exposé, du fait de la difficulté de caractériser d'éventuelles pratiques comme anticoncurrentielles, à la survenance de risque de seconde espèce. Un tel risque serait susceptible de conduire à un niveau d'investissement collectivement sous optimal du fait de la dégradation des incitations à l'investissement...

Il en va pareillement en matière d'évaluation de la nature des interactions entre les opérateurs du marché. Dans le cadre d'un oligopole étroit avec une faible frange concurrentielle, la stratégie de chaque firme peut s'avérer particulièrement lisible pour ses concurrentes. Ce faisant, la possibilité d'une collusion tacite ne saurait être exclue. Si le marché est suffisamment transparent, si les firmes sont capables de détecter une éventuelle déviation vis-à-vis de l'équilibre de collusion tacite et de sanctionner efficacement cette dernière, alors une position de position dominante collective sera susceptible de s'établir²⁰. Or, apporter la démonstration d'un abus de position dominante collective est une tâche particulièrement difficile pour les autorités de la concurrence. En effet, la charge de la preuve pèse sur celles-ci et le standard de la preuve requis dans le cadre de l'application de l'article 82 du Traité apparaît comme significativement plus exigeant que celui adopté en matière de contrôle des concentrations²¹. Ce faisant, sanctionner d'éventuelles collusions sur les marchés de l'électricité libéralisés, facilitées par la nature très concentrée de ces derniers, apparaît comme particulièrement mal aisé. A nouveau, imposer, au travers des directives, de profondes modifications aux structures de marché peut contribuer à limiter le risque d'occurrence de tels équilibres collusifs, difficiles à sanctionner *ex post*.

A ces difficultés de détection et de sanction des éventuels comportements anticoncurrentiels sur les marchés de l'électricité viennent s'ajouter des difficultés spécifiques au contrôle de la stratégie des opérateurs verticalement intégrés. En effet, la concurrence effective sur le marché peut être remise en cause par l'attitude de ces derniers vis-à-vis des opérateurs devant accéder à leurs

¹⁹ Lien J., (2008), "Electricity Restructuring: What has worked, what has not and what is next?", *Economic Analysis Group Discussion Paper*, US Department of Justice, April, 24p.

²⁰ Marty F., (2007), « Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes », *Document de Travail OFCE*, n° 2007-20, juillet, 31p.

²¹ Neven D., (2003), « La caractérisation de la position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, septembre.

réseaux. Trois types de comportements peuvent permettre à un tel type d'opérateur d'entraver les activités de ses concurrents voire les évincer du marché.

Il peut tout d'abord s'agir d'entrave ou plus fréquemment de traitements discriminatoires en matière de conditions d'accès à l'infrastructure essentielle. Les entraves, depuis la disparition du régime de l'accès des tiers négocié au réseau (directive de 2003), sont principalement de nature technique. L'opérateur du réseau peut être tenté de dégrader la qualité du service rendu par une firme concurrente à son groupe d'appartenance ou de favoriser les filiales de ce dernier en matière d'accès au réseau en cas de congestion. Les pratiques anticoncurrentielles peuvent de la même façon procéder de flux informationnels entre la filiale chargée de la gestion de l'infrastructure essentielle et les autres entités du groupe opérant dans les domaines de la production ou de la fourniture d'énergie électrique. La stratégie menée par les concurrents risquerait dès lors de devenir totalement transparente pour l'opérateur verticalement intégré. Ainsi, si les « murailles de Chine » informationnelles, mises en place dans le cadre de la séparation fonctionnelle imposée par les directives de 1996 et de 2003, ne sont pas totalement hermétiques, le groupe verticalement intégré serait susceptible de jouir d'un avantage informationnel majeur vis-à-vis de ses compétiteurs.

De la même façon, un gestionnaire de réseau appartenant à un groupe intervenant dans le domaine de la production peut être tenté de ne pas réellement appeler les unités de production selon leur mérite ou de créer des difficultés en termes d'acheminement de l'électricité afin de faire en sorte que ce soient des centrales appartenant au groupe qui soient appelées. Enfin, l'intégration verticale risque de susciter des inefficiences dans le cadre de marchés libéralisés dans la mesure où elle s'avère susceptible de générer des biais dans les décisions d'investissement tant pour les nouveaux entrants que pour l'opérateur historique. En effet, face aux capacités de forclusion du marché de l'opérateur intégré, les nouveaux entrants peuvent être dissuadés d'investir, notamment en matière de nouvelles capacités de production. Si le raccordement de ces dernières au réseau peut être problématique ou si l'acheminement d'énergie électrique peut être entravé par l'opérateur de réseau, les flux de ressources d'exploitation espérés deviendront pour le moins incertains... La décision d'investissement en sera bien évidemment affectée. De façon symétrique, alors que l'intérêt – théorique – d'un opérateur de réseau serait d'investir pour accroître les capacités d'acheminement d'énergie électrique (les flux de paiement espérés en dépendent), les choses peuvent devenir différentes dès lors qu'une résultante indirecte de cet investissement serait d'accroître la capacité de ses concurrents à servir des consommateurs sur

son marché historique²². En d'autres termes, les décisions d'investissement risquent de ne pas résulter d'un arbitrage mené en fonction des intérêts de l'opérateur de réseau mais de se prendre au niveau du groupe verticalement intégré dans son ensemble. Au moment d'investir, le gestionnaire de réseau ne saurait donc faire abstraction des intérêts des autres filiales du groupe intervenant dans le domaine de la production.

Ainsi, la Commission tend à considérer que l'intégration verticale crée des conflits d'intérêts en matière de décisions d'investissement²³ et peut servir de fondement à des stratégies de forclusion du marché²⁴. Il en dérive la proposition de solutions structurelles allant bien au-delà des exigences des deux premiers trains de directives de libéralisation du secteur. Il convient en effet de souligner que l'objectif poursuivi par la Commission européenne au travers des politiques de concurrence, ne vise pas seulement à préserver le processus de concurrence mais surtout à construire des marchés concurrentiels. Le respect d'éventuelles mesures correctives de nature comportementale n'étant guère aisé à contrôler pour la Commission²⁵, des mesures structurelles peuvent apparaître comme particulièrement intéressantes.

En effet, la Commission européenne affiche résolument une nette préférence pour les remèdes de nature structurelle. Ainsi selon N. Kroes, les solutions alternatives à au découplage effectif « are excessively complicated. They need expensive “Chinese Walls” and lots of regulation. And experience in Europe as well as in the United States suggests that weak solutions do not deliver sufficient network investment²⁶ ». La position de la Commission s'explique en très grande partie par sa défiance vis-à-vis du respect par les firmes des remèdes comportementaux et plus

²² “There is an ongoing conflict of interest in these vertically integrated companies with a continued risk that they use their control over the network to make market entry and expansion of their competitors in the supply markets difficult”

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

²³ “In many member states it is currently left to the vertically integrated incumbents to invest in the additional transmission capacity that could bring more competition to their own supply business, such a setting is unlikely to yield socially optimal investment decisions”.

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

²⁴ Notons en outre que la Commission considérait que l'absence d'homogénéité des situations des différents états membres en matière d'indépendance de l'opérateur de réseau était susceptible de constituer une entrave dans l'établissement d'un marché intérieur unifié de l'électricité et du gaz. Par exemple, en avril 2006 la Commission ouvrit-elle une procédure contre certains états membres (dont la France, l'Italie et l'Espagne) considérant que les exigences de séparations fonctionnelles et légales n'étaient guère totalement satisfaites.

“In practice this means that different degrees of market opening exist between member states, undermining the creation of a level playing field”.

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

²⁵ Le retour d'expérience de l'affaire Microsoft et plus particulièrement l'arrêt du TPICE d'octobre 2007 en témoignent.

Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, 2008, pp. 2571-2593.

²⁶ Kroes N., (2007), “More competition and greater energy security in the single European market for electricity and gas”, *High Level Workshop on Energy*, DG Comp, SPEECH/07/12, Berlin, March, 30.

généralement par ses doutes quant à la possibilité de contrôler efficacement de la stratégie des opérateurs verticalement intégrés. Nous pourrions à nouveau citer Nelly Kroes : “Let me be clear : simply toughening regulation will not be enough, we need structural solutions to ensure that our energy markets deliver competition and security of supply”. La cohérence de la démarche de la Commission en faveur des remèdes structurels apparaît de façon encore plus marquée dès lors que l’on s’appuie sur un autre discours de la Commissaire Européenne à la Concurrence relatif à l’affaire Microsoft, prononcé devant l’American Bar Association en avril 2007 : « it could be reasonable to draw the conclusion that behavioral remedies are ineffective and that a structural remedy is warranted »... . L’intervention sur les structures de marché apparaît ainsi comme une mesure de nature définitive aux difficultés de contrôle des agissements de marché des opérateurs verticalement intégrés.

II- 2 – Quelles évaluations économiques des différents modèles d’organisation de l’industrie ?

Face aux positions prises par la Commission, il convient d’interroger les principaux résultats fournis par la littérature économique quant à l’efficacité relative des différents modèles d’organisation de l’industrie électrique. Deux synthèses récentes établies par Michael Pollitt²⁷ en 2007 et par Lévêque et al.²⁸ en 2009 permettent de broser un tableau d’ensemble des recherches académiques et retours d’expériences. Ces derniers mettent en perspectives les mérites, les limites mais aussi les risques associés à chaque schéma organisationnel.

Quatre principaux schémas d’organisation sont dénombrés par Pollitt²⁹. Le premier correspond à l’Independent Transmission System Operator (ITSO), en d’autres termes au modèle de du découplage effectif promu par la Commission européenne. Le réseau de transport est séparé des autres activités. La firme chargée de sa gestion en est la propriétaire et contrôle de ce fait l’ensemble des décisions d’investissements relatives au réseau. Il s’agit du modèle qui a été mis en place en Angleterre et au Pays de Galles dès la libéralisation du secteur électrique au début des années quatre-vingt-dix. Le deuxième modèle est celui du LTSO – Legally unbundled TSO, en d’autres termes du gestionnaire de réseau de transport indépendant sur le modèle du RTE français. Filiale d’un groupe verticalement intégré, l’entité en charge du réseau de transport doit,

²⁷ Pollitt M., (2007), “The Arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks”, *Working Paper*, CWPE 0737 and EPRG 0714, August, 35p.

²⁸ Lévêque F., Glachant J.-M., Saguan M. and de Muizon G., (2009), “How to rationalize the debate about EU energy third package? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations”, European University Institute Working Papers, RSCAS 2009/15, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy, 11p.

²⁹ Nous excluons un modèle hybride observé au Chili et en Argentine. Pollitt M., (2007), *op. cit.*

dans ce cadre, gérer ce dernier en toute indépendance, conformément aux prescriptions de la seconde génération de directives³⁰. La différence entre les deux premiers schémas organisationnels tient notamment au fait que dans ce deuxième cas, la firme en charge des activités de production et de fourniture demeure propriétaire des actifs de transport. Le troisième modèle – qui n’avait, initialement, guère été significativement envisagé dans le troisième paquet présenté par la Commission – est celui de l’Independent System Operator (ISO). Celui-ci est notamment mis en œuvre en Ecosse et dans le PJM au nord-est des Etats-Unis. Dans ce cas, non seulement le gestionnaire du réseau de transport ne possède pas ce dernier mais sa propriété échappe même au groupe intervenant dans les autres activités (production et fourniture). Ainsi la gestion et la propriété du réseau de transport sont éclatées entre deux entités indépendantes l’une de l’autre et des autres opérateurs du système électrique. Le quatrième modèle distingué par Pollitt correspond, bien évidemment au modèle de l’entreprise verticalement intégrée.

L’intégration verticale entre deux firmes situées en amont ou en aval l’une de l’autre peut apparaître dans bon nombres de cas collectivement préférable, en termes d’efficacité économique³¹. Si l’intégration verticale peut induire des problèmes concurrentiels significatifs, surtout si l’une des firmes possède un fort pouvoir de marché et si l’autre évolue dans un cadre concurrentiel, l’unification de la gestion des deux entités peut permettre des gains d’efficacité significatifs. En prenant en considération un cadre théorique fondé sur l’incomplétude des contrats et la spécificité des actifs, il apparaît que l’indépendance entre les deux segments conduit à l’adoption d’un niveau d’investissement sous optimal de la part des deux opérateurs. Qu’il s’agisse d’un découplage intégral (*ownership unbundling*) ou d’un *legal unbundling*, les conséquences en termes d’efficacité économique sont comparables. En effet, dans le cas d’une séparation légale, si le groupe initialement intégré demeure destinataire en dernier ressort (*residual claimant*) des flux financiers liés au transport d’électricité, il ne peut pour autant exercer de contrôle sur les décisions de l’entité en charge de cette activité. Dans la mesure où l’*unbundling* rend impossible la coordination des décisions en matière de prix et d’investissements, l’intégration verticale demeure la solution socialement la plus efficace. Cependant, ce résultat n’est valable – dans le cas des industries de réseaux, que dans le cadre d’hypothèses assez restrictives. En effet, le modèle ne prend pas en compte les conséquences d’éventuelles pratiques discriminatoires à l’encontre des firmes concurrentes souhaitant accéder au réseau. Il suppose

³⁰ La filiale en charge de la gestion et de la maintenance des réseaux doit être juridiquement distincte du reste du groupe, produire ses propres comptes et assumer la responsabilité de décider des investissements nécessaires pour entretenir et développer le réseau.

³¹ Cremer H., Crémer J. and De Donder P., (2006), “Legal vs. Ownership Unbundling in Network Industries”, *IDEI Working Paper*, July, 35p.

également que le régulateur exerce un contrôle efficace sur le comportement de l'opérateur. Or cette hypothèse a été pour le moins remise en cause par la Commission dans le cadre de l'enquête sectorielle.

Symétriquement, de nombreuses études concluent que des gains de bien être peuvent découler de la mise en œuvre d'une telle séparation³². Il en va de même pour les évaluations de certaines expériences nationales, au premier rang desquelles, celle de l'Angleterre et du Pays de Galles³³. Ceux-ci concerneraient tant les concurrents de l'opérateur précédemment verticalement intégré que l'entité de réseau elle-même. Les premiers tireraient profit de la disparition des traitements discriminatoires en matière d'accès à l'infrastructure essentielle que celles-ci soient absolues (refus d'accès) ou relatives (conditions d'accès discriminatoires). Le second tirerait profit d'investissements visant enfin à maximiser son profit propre et non plus celui du groupe auquel il appartient et d'une régulation bien plus légère et moins intrusive.

Il n'en demeure pas moins nécessaire d'examiner sur un ensemble de critères quels sont les bénéfices et difficultés potentielles liées à la mise en œuvre d'une séparation verticale, suivant en ceci Pollitt (2007).

Un premier critère tient à l'impact du découplage sur l'intensité de la lutte concurrentielle. Si à court terme, il permet de mettre fin à d'éventuelles discriminations³⁴, il n'en demeure pas moins qu'il risque de se traduire par des concentrations horizontales dans le segment de la production en permettant aux firmes de consacrer le produit de cession à des opérations de croissance externe. Or, ces dernières risquent d'aggraver le caractère oligopolistique du marché européen. Un deuxième critère porte sur la régulation sectorielle. Il apparaît que l'unbundling est bien de nature à faciliter la tâche du régulateur en accroissant la transparence du marché. De la même façon, une fois le découplage vertical réalisé, les opérateurs du marché peuvent espérer, selon Pollitt, une réduction du risque d'interférences ou d'interventions arbitraires des pouvoirs publics, susceptibles de faciliter leurs décisions d'investissements.

³² Jamasb T.J. and Pollitt M., (2005), "Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress towards Liberalisation and Integration", *Working Paper*, University of Cambridge.

Pittman R., (2003), "Vertical Restructuring (or not) of the infrastructure sectors of transition economics", *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol 3, n° 1-2, pp. 5-26.

³³ "The organizational and regulatory arrangements that characterize the system in England and Wales are generally viewed to have been quite successful in supporting competitive wholesale and retail power markets, with a transmission system that has attractive operating and investment results".

Joskow P., (2005), "Patterns of Transmission Investment", *Working Paper*, Centre for Energy and Environmental Policy Research.

³⁴ Par exemple, pour Joskow et Tirole (2000) l'intégration verticale favorise l'exercice de pouvoirs de marché en facilitant les retraits stratégiques de capacités pour peser sur les cours.

Joskow P. and Tirole J., (2000), "Transmission Rights and Market Power on Electric Power Networks", *Rand Journal of Economics*, 31 (3), pp.450-487.

Le découplage effectif peut donc avoir quelques influences en matière d'investissement et donc jouer sur la sécurité d'approvisionnement. En supprimant des biais incitatifs liés à la volonté d'entraver les concurrents, il devrait favoriser de nouveaux investissements en matière de transport, favorables à la sécurité d'approvisionnement³⁵. Il convient cependant de tenir compte de l'impact de l'*unbundling* sur le coût du capital des opérateurs concernés. Si les marchés préfèrent les *pure players*, c'est-à-dire les acteurs présentant un profil de risque homogène, les investissements du propriétaire du réseau de transport peuvent être facilités (ce d'autant plus que les flux de recettes liés à l'activité de transport sont caractérisés par une bien moindre volatilité que ceux de l'activité de production)³⁶. Cependant, de façon symétrique, les investissements de production risquent d'être affectés par la hausse de la prime de risque exigée par les financeurs.

Cependant, la séparation entre les segments de production et de transport peut induire des difficultés de coordination des plus préjudiciables pour la sécurité du système électrique. Les effets de synergie entre les différents maillons de l'industrie électrique sont en effet en grande partie perdus avec l'*unbundling*³⁷. Le découplage affecte aussi très significativement les coûts de transaction³⁸. Au-delà de la hausse des coûts liée à la dé-intégration verticale elle-même, il faut tenir des coûts de transaction liés au démantèlement même de l'opérateur intégré et à la renégociation nécessaire de nombreux contrats.

Enfin, si la dé-intégration verticale se traduit par plusieurs entreprises disposant d'un fort pouvoir de marché le long d'une même chaîne de valeur, c'est-à-dire si elle ne s'accompagne pas de

³⁵ Alesina et al. (2005) ont établi à partir de données OCDE que le taux d'investissement dans les secteurs électriques et gaziers était positivement corrélé avec le degré de dé-intégration verticale de l'industrie. De la même façon Steiner (2001) sur un panel de 19 pays membres de l'OCDE a montré que si le degré de dé-intégration ne se traduit pas par de plus faibles prix, il n'en conduit pas moins à un plus fort taux d'utilisation des facteurs de production.

Alesina A., Ardagna S., Nicoletti G. and Schiantarelli F., (2005), "Regulation and Investment", *Journal of the European Economic Association*, vol 3, 4, pp.791-825.

Steiner F., (2001), "Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industry", *OECD Economic Studies*, n° 32, pp.143-182.

³⁶ "More generally, effective unbundling will allow for a better allocation of capital by allowing for low-risk low-return profile for a regulated network business to be clearly separated from the more variable returns associated with the production and supply business"

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

³⁷ Une analyse de données américaines montre que les firmes verticalement intégrées auraient des coûts moindres. Kwoka J. and Pollitt M., (2007), "Industry Restructuring, Mergers and Efficiency: Evidence from Electric Power", Working Paper, *Northeastern University*.

³⁸ Il convient cependant de relever que ces coûts de transaction sont théoriquement déjà induits par la seule application de la directive de 2003. En d'autres termes, le passage d'une séparation légale à une séparation patrimoniale ne devrait pas se traduire par une nouvelle augmentation des coûts de transactions – autres bien entendu que ceux directement liés à la cession des actifs de réseau par l'opérateur verticalement intégré.

mesures susceptibles de réduire la concentration au niveau de la production et de la fourniture, elle risque de favoriser l'émergence d'un phénomène de double marginalisation particulièrement préjudiciable pour les consommateurs³⁹.

Enfin, le découplage vertical créé la possibilité de voir l'opérateur de réseau tomber sur le contrôle d'un investisseur originaire d'un pays extra-européen. S'il peut apparaître que d'éventuelles fusions-acquisitions entre opérateurs de transport sont de nature à favoriser les investissements en matière d'interconnexions internationales⁴⁰, il n'en demeure pas moins qu'une prise de contrôle peut avoir selon la nature de l'acquéreur quelques conséquences en termes de sécurité d'approvisionnement.

Si Pollitt conclut de son étude que le bilan d'un découplage effectif devrait être globalement positif – seul les coûts de transactions additionnels ne devant pas être réellement compensés, la conclusion de Lévêque et al., à partir d'une évaluation selon cinq critères est beaucoup plus nuancée. En comparant, le schéma de la séparation juridique (LTSO), de l'unbundling *stricto sensu* (ITSO) et du gestionnaire de réseau indépendant (ISO) selon cinq critères, à savoir les économies de coûts de transaction, la possibilité de mettre en œuvre une réglementation incitative, l'existence de conflits d'intérêts, le caractère non discriminatoire de l'accès et les effets en termes d'intégration des marchés européens), ces derniers mettent en évidence qu'aucun schéma organisationnel ne l'emporte intrinsèquement sur les autres et que seule la prise en compte des objectifs mêmes de la Commission peut conduire à pondérer entre les différents critères. En effet, le débat entre le *legal unbundling* (LTSO) et l'*ownership unbundling* (ITSO) ne saurait être tenu

³⁹ Une stricte – et donc coûteuse – régulation serait nécessaire pour contrecarrer les effets négatifs d'une double marginalisation en cas de dé-intégration verticale.

Bolle F. and Breitmoser Y., (2006), "On the Allocative Efficiency of Ownership Unbundling", *European University Viadrina Frankfurt / Oder*, Department of Business, Administration and Economics Research Paper n°255.

⁴⁰ Notons, à l'inverse, que la Commission tient en suspicion les investissements réalisés en la matière par des groupes verticalement intégrés (alors qu'ils participent à la sécurité d'approvisionnement). Selon Lowe and al., "by contrast, cross-border cooperation between vertically integrated network operators creates a real risk of collusion and is thus problematic from a competition point of view". En effet, nous pouvons considérer que dans le cadre d'une dominance collective, de fortes interconnexions joueraient le même rôle que les contacts multi-marchés. Si un des opérateurs nationaux venait à rompre un *modus vivendi* entre opérateurs, ses concurrents seraient beaucoup plus facilement en position de le sanctionner s'ils peuvent exporter significativement vers son marché domestique. Ce faisant, créer de nouvelles interconnexions – et donc renforcer la probabilité et la vigueur potentielle des représailles – jouerait le rôle d'un échange d'otages. Une éventuelle collusion tacite se verrait donc stabilisée dans la mesure où la balance entre les gains de court terme liés à une déviation et les coûts liés à l'exercice des représailles par les concurrents serait modifiée par l'investissement. De façon peut être un peu caricaturale, nous pourrions dire qu'un investissement participant d'une logique d'efficacité productive et renforçant la sécurité d'approvisionnement pourrait être considéré comme non souhaitable du point de vue de l'efficacité concurrentielle de court terme dans la mesure où il crédibiliserait un engagement des firmes de l'oligopole électrique de ne pas se faire une réelle concurrence.

Lowe P. and al., (2007), *op. cit.*

pour définitivement tranché, quand bien même l'ITSO permet de prévenir le conflit d'intérêts dénoncé par la Commission et semble mieux adapté à la mise en œuvre d'une réglementation incitative⁴¹.

Tant Pollitt que Lévêque et al. tendent à considérer que l'expérience du gestionnaire indépendant (ISO), à l'instar du PJM, peut constituer une option intéressante. Cependant, certaines questions demeurent notamment quant aux capacités de l'ISO à gérer la question des coûts de long terme liés aux congestions et les difficultés induites par la dissymétrie des acteurs de marché bien plus élevée sur le marché européen que sur le PJM. Ainsi pour Pollitt, "in European countries ISOs facing well capitalized and large transmission and generation owners may even exacerbate the problem of ensuring adequate transmission investment[...] ISOs therefore seem to address the issue of non-discriminatory access but not solve the issue of investment adequacy (they may even create it)". Symétriquement, un nouveau risque peut apparaître avec l'ownership unbundling, celui de favoriser des investissements excessifs en matière de transport si l'encadrement réglementaire est insuffisant. La solution de l'ISO présente par ailleurs quelques insuffisances en matière incitative. Tout d'abord, à l'inverse de l'ITSO et du LTSO, il ne permet pas de coordonner les décisions d'exploitation et de développement du réseau au sein d'une même entité⁴². Ensuite, mettre en œuvre un schéma de régulation incitative peut apparaître comme assez difficile dans le cas d'un ISO. S'il s'agit d'aligner les intérêts de l'opérateur de réseau avec ceux du système électrique dans son ensemble, le cadre incitatif est beaucoup plus difficile à définir pour un gestionnaire de réseau non propriétaire de ce dernier et pouvant prendre la forme d'un organisme à but non lucratif⁴³.

Le *legal unbundling* (LTSO), s'il répond à certaines des insuffisances des autres modèles en termes d'adéquation d'investissement et s'il n'est pas pénalisé par des coûts de transactions et de coordination excessifs, laisse pendant l'un des principaux problèmes mis en avant par la Commission dans l'enquête sectorielle, la possibilité de comportements discriminatoires à

⁴¹ Benitez D., (2007), "Analyzing the Transmission System in the Electricity Industry", *World Bank Working Paper*, July.

⁴² Joskow P., (2006), "Patterns of Transmission Investment", in Lévêque F., (sd.), *Competitive Electricity Markets and Sustainability*, Edward Elgar, pp.131-186.

⁴³ Relevons ensuite que dans le cadre de la préparation du troisième paquet, la Commission avait proposé de recourir, à l'instar de la procédure qu'avait introduit sa décision relative à Microsoft en mars 2004, à un arbitre indépendant chargé de vérifier la mise en œuvre des remèdes comportementaux. Ce dernier devait être cependant rémunéré (du moins indirectement) par l'entreprise elle-même. Or, ce point de la décision de la Commission fut le seul à être censuré par le TPICE dans son arrêt du 17 septembre 2007... ce qui peut éventuellement expliquer sa disparition dans les propositions de la Commission pour le troisième paquet de directives, le 19 septembre 2007. Or, une telle solution aurait pu s'avérer pertinente en matière de contrôle des choix de l'opérateur de réseau.

l'encontre des nouveaux entrants⁴⁴. Il serait donc nécessaire, dans ce cadre, qu'un fort contrôle réglementaire du comportement de la filiale de transport soit mis en œuvre pour prévenir ou du moins sanctionner de façon dissuasive de tels comportements. Or la Commission souhaite limiter autant que possible le recours à une régulation « intrusive et coûteuse »⁴⁵. Elle apparaît de la même façon comme assez peu confiante dans les remèdes comportementaux ou dans les capacités de vérifier l'application effective de ces derniers par les firmes. Ce faisant, la préférence pour l'*ownership unbundling* peut facilement s'expliquer. Il n'en suscite pas moins un certain nombre de commentaires. Tout d'abord, il peut apparaître gênant d'obliger des groupes verticalement intégrés de se défaire d'une partie de leurs actifs alors même qu'aucun comportement anticoncurrentiel ne peut être reproché à la plupart d'entre eux. Ensuite, il convient de remarquer que préférer le modèle de l'ITSO au LTSO revient dans une certaine mesure à préférer l'efficacité allocative de court terme (l'accès des tiers au marché) à l'efficacité productive de long terme (favoriser des investissements socialement souhaitables car aptes à répondre aux enjeux de l'adéquation de capacités). La suppression d'une défaillance de marché à court terme risque de se payer par une défaillance de marché à long terme. Enfin, comme le souligne Pollitt, il convient de prendre en considération les effets non anticipés de telles cessions d'actifs. La vente d'actifs par des opérateurs dominants ne se solde pas obligatoirement par un renforcement de l'intensité de la lutte concurrentielle. Des fusions-acquisitions aux effets fortement anticoncurrentiels peuvent se produire sur le segment de la production : « any major policy induced change to market structure may require significant vigilance on the part of anti-trust authorities as market forces (as mergers) seek to reconfigure the industry in the light of legal restrictions on ownership ». Les décisions de la Commission en matière de reconfiguration des structures de l'industrie risquent d'être contrecarrées par les évolutions induites par les stratégies des firmes. Ce faisant construire des structures de marché concurrentielles par la réglementation risque au mieux de nécessiter une réglementation encore plus intrusive pour bloquer les évolutions spontanées du marché⁴⁶ au pire de susciter des stratégies de recherche de profit à partir de la nouvelle règle publique, lesquelles risquent de conduire à un résultat encore moins préférable que celui qui aurait été spontanément

⁴⁴ En 2007 dans son article dans la *Competition Policy Newsletter*, Ph. Lowe rejetait l'idée selon laquelle un renforcement des conditions d'indépendance du LTSO et le renforcement des contrôles pesant sur ce dernier pourraient constituer une alternative au modèle de la séparation définitive (ITSO). Pour lui, ce modèle ne pourrait jamais être en mesure de répondre au conflit d'intérêts que subit le gestionnaire de réseau appartenant à un groupe verticalement intégré, qui se traduit par des distorsions dans les choix d'investissements et dans des pratiques discriminatoires en matière d'accès des concurrents au réseau.

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

⁴⁵ «The complex, intrusive and resource intensive regulatory approach for network operators (and regulators) will be avoided»

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

⁴⁶ Deakin S. et Pratten S., (1999), «Reinventing the market? Competition and regulatory change in broadcasting», *Journal of law and society*, vol. 26, n°3, September, pp 323-350.

atteint en l'absence d'intervention⁴⁷. Ainsi les tentatives de correction des défaillances de marché risquent de s'avérer illusoire en cas de remèdes comportementaux voire potentiellement contre-productive en cas de remèdes structurels. Par exemple, la suppression des entraves à l'accès à l'infrastructure essentielle risque d'être de favoriser des concentrations anticoncurrentielles et de réduire l'efficacité du pilotage du système électrique⁴⁸.

III – Quel arrangement institutionnel pour les réseaux de transport de l'électricité ?

Les termes de l'arbitrage entre les différents schémas d'organisation verticale de l'industrie étant posés, il convient dans notre troisième section de nous attacher successivement au choix défendu par la Commission (III-1) et au compromis définitivement adopté par le Parlement (III-2).

III - 1 – La préférence communautaire pour l'unbundling

Les directives de première et seconde générations avaient, dans la logique de la théorie des facilités essentielles⁴⁹, imposées des règles visant à garantir des conditions d'accès raisonnables et non discriminatoires aux infrastructures de réseaux détenues par les opérateurs historiques afin de promouvoir une concurrence équitable entre les différentes firmes. Il s'agissait de garantir aux nouveaux entrants un *level playing field*.

Les directives de 1996 et de 2003 visaient, au travers des règles de séparation juridique (filialisation) et fonctionnelle (autonomie de gestion) des activités de gestion des actifs de réseaux à prévenir les stratégies d'entrave au développement – si ce n'est d'éviction- des nouveaux entrants et la mise en œuvre de subventions croisées entre segments monopolistiques et segments ouverts à la concurrence au sein d'opérateurs historiques. Conformément aux souhaits de la Commission, le Conseil européen du 9 mars 2007 avait conclu à l'insuffisance des dispositifs existants pour garantir une séparation effective des activités de gestion de réseau vis-à-vis des

⁴⁷ Kirzner relève trois effets pervers, de gravité croissante, liés à la réglementation publique. Tout d'abord, celle-ci ne peut être qu'un substitut imparfait du processus de découverte spontanément assuré par les mécanismes concurrentiels. Ensuite, elle annihile les effets positifs potentiels de nouvelles "découvertes" qui auraient été faites si les mécanismes de marché avaient joué librement. Enfin, la réglementation publique génère indirectement un nouveau processus de découverte dont le besoin n'est ni naturel, ni attendu. Les entrepreneurs cherchent des occasions de profit en exploitant les marges de manœuvre suscitées par l'intervention étatique. Ce processus "pervers" peut conduire à un coût social supérieur à celui que l'économie aurait subi si la puissance publique n'était pas intervenue.

Kirzner I., (1978), "Government regulation and the market discovery process", in *Peril of regulation. A market process approach*. Law and economics center, occasional paper, University of Miami School of law, Coral Gables, reprint in Littlechild S., (1990), *Austrian economics*, Schools of thought in economics, vol 10, Edward Elgar.

⁴⁸ Remarquons cependant que si la séparation fonctionnelle est pleinement réalisée, la séparation patrimoniale ne devrait avoir que peu d'effets sur ce point dans la mesure où l'ensemble des gains liés à l'intégration verticale sont déjà perdus...

⁴⁹ Hauteclocque (de) A., Marty F. and Pillot J., (2009), "The Essential Facility Doctrine in European Competition Policy: The Case of Energy sector", *Working Paper LARSEN*, n° 22, July, 30p.

activités de production et de fourniture. Selon le Conseil, la seule garantie contre les stratégies de verrouillage anticoncurrentiel et les conflits d'intérêts en matière de choix d'investissement tenait au découplage effectif des activités concernées lequel ne pouvait passer que par la dissociation des structures de propriété.

Le choix de la Commission tient donc à une solution de nature structurelle imposée au travers d'un nouveau paquet de directives. Ce faisant, une même personne morale ne devrait plus être en situation d'exercer un contrôle économique simultanément sur une entreprise de production ou de fourniture et sur un réseau de transport. Seul une participation minoritaire sans contrôle pouvait être admise⁵⁰. Relevons d'ailleurs, que la solution alternative du gestionnaire indépendant (ISO), présente dans les propositions de la Commission n'a jamais semblé en fait réellement souhaitée par cette dernière. Comme le relèvent Willis et Hugues : “ the ISO model appears sufficiently unattractive that many commentators suggest that it was included merely in order to make full ownership unbundling appear more attractive⁵¹”.

La préférence affirmée de la Commission pour le découplage effectif doit néanmoins être questionnée. D'une part, la supériorité de la solution du découplage ne va pas automatiquement de soi au point de vue économique, comme nous l'avons vu dans le cadre de notre précédente section. D'autre part, l'obligation faite aux groupes verticalement intégrés de se défaire de leurs actifs poserait quelques difficultés au point de vue juridique.

Il est tout d'abord difficile, au point de vue économique d'évaluer les effets réels de la mise en œuvre d'un *unbundling*. Tout d'abord, une surveillance efficace des marchés peut constituer un efficace substitut à de telles mesures de désinvestissement. Au côté du contrôle exercé par le régulateur sectoriel et l'autorité de la concurrence (le *public enforcement*), les utilisateurs du réseau peuvent être à même de compléter d'éventuelles actions par des actions au civil (*private enforcement*). La Commission au travers du *Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts* publié en avril 2008⁵² a souligné l'intérêt du développement de la mise en œuvre du droit de la concurrence par les actions privées. Il n'en demeure pas moins que, d'une part, les conséquences éventuelles d'un tel développement sont à interroger, notamment eu égard aux retours d'expériences

⁵⁰ “Ownership unbundling implies the creation of a separate company, which owns and operates network assets and the removal of any significant shareholding by one type of company in the other”.

Lowe P. et al., (2007), *op. cit.*

⁵¹ Willis P. and Hugues P., (2008), *op. cit.*

⁵² Commission européenne, (2008), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2008) 165 Final, Bruxelles, 2 avril, 13p.

américains⁵³ et que, d'autre part, la difficulté de caractérisation des pratiques des gestionnaires des réseaux comme anticoncurrentielle reste entière et est encore renforcée pour le *private enforcement*, par l'absence de règles d'*open discovery* à l'américaine⁵⁴, à moins que des règles de divulgation *inter partes* soient mises en œuvre pour favoriser l'accès aux preuves.

Une deuxième dimension à mettre en exergue tient à l'évaluation de l'efficacité des procédures mises en œuvre dans le cadre des deux précédentes directives en matière d'accès des tiers au réseau. En effet, il serait nécessaire de mettre en balance les coûts liés à la mise en œuvre effective de pratiques anticoncurrentielles et ceux induits par la mise en œuvre d'une telle séparation. Enfin, il convient de s'interroger sur le choix du démantèlement vertical comme solution la plus à même de répondre aux difficultés de fonctionnement des marchés de l'électricité libéralisés. Face à l'insuffisance de la concurrence sur les marchés électriques, il serait par exemple possible de considérer que l'intensification de la concurrence sur les marchés de l'électricité serait plus facilement réalisable au travers d'un démantèlement horizontal de certains opérateurs historiques voire de programmes de cessions de capacités⁵⁵. Symétriquement, il est possible de considérer que la séparation des activités de réseaux par rapport des différents groupes de l'électricité européen puisse ouvrir la voie à une consolidation des sociétés gestionnaires au niveau européen, issue potentiellement intéressante en termes d'incitations à l'investissement et de promotion d'un marché intérieur unifié.

En outre, la séparation des activités de transports ne va pas sans poser quelques difficultés au point de vue juridique, difficultés que nous nous bornerons ici à énumérer. Une première tient à la prise en compte de l'article 295 du Traité, relatif au respect des droits nationaux⁵⁶. Une deuxième est liée à la Convention relative aux droits de l'homme, dans la mesure où l'*unbundling* remet en cause les droits de propriété des entreprises concernées⁵⁷. Enfin, les trois dernières

⁵³ Prieto C., (2008), « *Private Enforcement* : les leçons à tirer de l'expérience américaine », *Concurrences*, n°4-2008, novembre, pp. 50-63.

⁵⁴ Martin J., (2007), « La culture de litige : la recherche de vérité et le dossier Microsoft », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 10, janvier-mars, pp.151-155.

⁵⁵ Bien que ce genre de remèdes puisse dans certaines circonstances favoriser l'émergence ou la stabilisation de situations de dominance collective.

⁵⁶ Le Traité est neutre quant au régime de propriété mis en œuvre par les Etats membres. L'*unbundling* n'impose pas une privatisation de l'entité en charge de l'exploitation et du développement du réseau. Même si les autres filiales du groupe verticalement intégré intervenant dans le domaine de la production demeurent sous contrôle public, il suffit de montrer que les deux entités publiques sont totalement indépendantes, par exemple au travers de la mise en place de deux organismes de tutelle distincts.

⁵⁷ Les droits de propriété des entreprises verticalement intégrées – mis en cause en cause par l'*unbundling* – sont protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cependant, le droit de propriété ne saurait être conçu comme un droit absolu. « [It] must be viewed in relation to its social function. Consequently, its exercise may be restricted, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the rights guaranteed ».

dimensions à prendre en considération sont relatives aux principes de proportionnalité, de subsidiarité et de libre mouvement des capitaux⁵⁸.

Au vu des difficultés induites par la solution de l'*ownership unbundling*, il serait possible de s'interroger sur les fondements de la préférence affichée par la Commission pour un tel remède structurel. L'influence de la théorie des facilités essentielles pourrait être mise en exergue. La cession pure et simple des actifs essentiels constitue un remède – définitif – à des difficultés de contestabilité du marché par des opérateurs étrangers ou par de nouveaux entrants⁵⁹. Le contrôle de l'accès n'est plus nécessaire dans la mesure où le conflit d'intérêts caractérisant le gestionnaire de réseau intégré dans un groupe n'a plus cours. De la même façon, un remède structurel présente vis-à-vis d'un engagement comportemental l'avantage de prévenir l'occurrence d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles et de décharger les autorités publiques des activités – coûteuses et complexes – de contrôle. Autre avantage induit par la solution de l'*unbundling*, il permet à la Commission de peser directement sur les structures de marché, alors que les règles d'accès des tiers au réseau conduisaient à un contrôle *ex post* par les régulateurs sectoriels nationaux.

Il est possible de définir la théorie des facilités essentielles, comme une notion recouvrant l'ensemble des installations, détenues par une entreprise dominante, qui s'avèrent non aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leur activité sur le marché⁶⁰. Dans le cas de tels actifs, un refus d'accès peut avoir pour effet d'évincer les concurrents, actuels ou potentiels, du marché. Il appartient donc aux autorités en charge de l'application du droit de la concurrence de s'attacher à la possibilité d'accès des concurrents à une telle infrastructure et aux conditions effectives d'un tel accès. En effet, une pratique d'éviction de la concurrence par un opérateur verticalement intégré peut passer soit par un refus d'accès « objectif » soit par un refus d'accès « implicite » tenant à des conditions discriminatoires aux points de vue tarifaire ou technique⁶¹.

Lowe and al., (2007), *op. cit.*

⁵⁸ Hugues P. and Willis P., (2008), *op. cit.*

⁵⁹ "I see only one way forward if we are to restore credibility and faith in the market. Europe has had enough of "Chinese Walls" and quasi-independence. There has to be a structural solution that once and for all separates infrastructure from supply and generation. In other words: ownership unbundling. Then, we will finally see an end to discrimination, and we will also have laid the ground for a system of proper investment incentives".

Kroes N., (2006), "A New Energy Policy for a New Era", Conference on European Energy Policy – the Geopolitical Challenges, Lisbon, October, 30th.

⁶⁰ Marty F. et Pillot J., (2009), *op.cit.*

⁶¹ Commission européenne, (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, Communication de la Commission, C(2009) 864 Final, Bruxelles, 9 février, 28p.

La communication de la Commission sur ses orientations et priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiée en février 2009 traite directement des pratiques qui sont concernées, dans sa jurisprudence, par l'activation de la TFE et qui partagent donc un même fondement théorique que l'unbundling. La Commission définit la notion d'éviction préjudiciable pour les consommateurs ou d'éviction anticoncurrentielle comme « *une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement ses prix au détriment des consommateurs* [point 19] ».

Cependant, si elle répond à la problématique de la facilitation de l'accès des concurrents à un actif essentiel et à la suppression – au moins théorique – des pratiques discriminatoires à l'encontre de ces derniers, la théorie des facilités essentielles doit être considérée non seulement au point de vue de ses effets sur le bien-être collectif à court terme mais aussi à long terme. Si favoriser l'accès des tiers au marché et supprimer d'éventuelles distorsions concurrentielles renforce la concurrence à court terme, il n'en demeure pas moins que priver une firme d'une partie de son avantage concurrentiel, lié à ses investissements passés, risque d'entraver le processus de concurrence. En effet, les incitations à investir risquent d'être significativement entravées dès lors que les flux de ressources espérés liés à la conquête d'un certain degré de pouvoir de marché risquent d'être drastiquement réduits par la décision de l'autorité de concurrence. De ces hypothèques pesant sur l'efficacité dynamique dérivent en partie les contestations de cette approche, notamment dans la littérature américaine⁶².

De nombreuses décisions communautaires, qu'il s'agisse d'actifs intangibles (Magill, IMS ou Microsoft) ou d'actifs de réseaux (GVG), se caractérisent par un recours pour le moins extensif à la TFE⁶³. Des décisions emblématiques, notamment GVG⁶⁴, ont donné lieu à de nombreuses analyses mettant en évidence la polarisation des juridictions communautaires sur la promotion d'une ouverture des marchés et d'un renforcement de la structure de concurrence effective des marchés. Une telle préférence est quasiment constitutive d'une politique de régulation

⁶² Areeda P. (1990), 'Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles', *Antitrust Law Journal*, vol. 58.

⁶³ Pour une synthèse, voir Marty F. et Pillot J., (2009), *op.cit.*

⁶⁴ L'affaire GVG en 2003, relative à une demande d'accès au réseau de chemins de fer italiens pour mettre en place un service de transport ferroviaire de voyageurs alternatif entre l'Allemagne et l'Italie du Nord, les autorités communautaires ont considéré que tant les actifs de réseaux que le matériel roulant adapté et même que les personnels qualifiés pour ces lignes constituaient de tels actifs indispensables aux concurrents pour exercer leur activité.

Castaldo A. and Nicita A., (2007), "Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy", *Review of Law and Economics*, vol. 3

asymétrique en faveur des firmes de la frange concurrentielle ou des nouveaux entrants. Par exemple, les modalités d'activation de la TFE par les autorités de la concurrence ont pu être analysées comme une dérive des *essential facilities* vers les *convenient facilities*⁶⁵ (Ridyard, 2004). Dans cette logique, il suffirait presque que l'accès soit moins coûteux que le déploiement d'une nouvelle infrastructure pour justifier l'activation de la théorie.

L'unbundling, constitue une dimension paroxystique de la TFE en ce sens qu'il revêt une dimension incontestable de « régulation asymétrique » au détriment de l'opérateur historique, lequel voit ses droits de propriété remis en cause au nom de la concurrence, quand même ce dernier n'aurait pas été convaincu de pratiques anticoncurrentielles. A ce titre de façon encore plus marquée que pour les affaires relevant strictement de la TFE, qui se traduisent par des remèdes comportementaux (accès des tiers à un tarif fixé par le juge), l'unbundling pose la question des incitations à l'investissement qui peuvent s'exercer sur le propriétaire du réseau.

Bien que le démantèlement vertical des utilities ait été mis en œuvre dans certains états américains, les principes de l'antitrust américain le conduisent à ne pas astreindre une entreprise dominante – même monopolistique - à des obligations ou contraintes particulières du moment où elle a acquis celle-ci par ses propres mérites et ne l'a pas défendue ou étendue à des marchés connexes par des stratégies anticoncurrentielles. La position des autorités de la concurrence européennes est bien différente en la matière. Un exemple emblématique pourrait éventuellement être l'affaire Direct Energie / EDF tranchée par le Conseil de la Concurrence en décembre 2007 dans le sens d'un accès aux capacités de production nucléaire d'EDF⁶⁶. Celle-ci pourrait être lue sous l'angle d'une extension maximale de la TFE aux actifs de production eux-mêmes... et d'une construction des marchés par le juge de la concurrence de façon « concurrente » au régulateur. Une telle logique de lever les barrières à l'accès coûte que coûte est porteuse de risques pour le processus de concurrence lui-même. La position communautaire pourrait révéler un choix d'une *access-based policy* s'opposant à la logique américaine *d'infrastructure-based policy*, plus tolérante vis-à-vis des écarts à l'allocation optimale de concurrence parfaite mais plus favorable en termes d'incitations à l'investissement⁶⁷.

⁶⁵ Ridyard D. (2004), « Compulsory Access under EU Competition Law: a New Doctrine of “*Convenient Facilities*” and the Case for Price Regulation », *European Competition Law Review*, n°11, pp. 669-674

⁶⁶ Pour une synthèse voir

Lévêque F., (2008), « Le Conseil de la Concurrence au secours des opérateurs alternatifs de l'électricité » *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 15, avril-juin, pp.105-110.

Gammons S., (2007), « Le Conseil de la Concurrence français juge EDF coupable de pratiquer des prix de marché », *Point de vue sur la régulation de l'énergie*, NERA Economic Consulting, n°34, juillet.

⁶⁷ Gaffard J.-L. and Quéré M., (2006), “What’s the Aim of Competition Policy: Optimizing Market Structure or Encouraging Innovative Behavior?”, *Journal of Evolutionary Economics*, n°16, pp.175-187.

Il n'en demeure pas moins que privilégier la solution de l'unbundling par la voie du troisième paquet de directives avait au moins le mérite de prévenir certaines des difficultés liées à la mise en œuvre de remèdes comportementaux aux difficultés d'accès. Cela permettrait tout d'abord de ne plus faire du juge de la concurrence un régulateur de cette dernière. Cela conduirait ensuite à faire l'économie des coûts liés au contrôle *ex post* du comportement des firmes après une injonction de délivrer un accès des conditions techniques et tarifaires raisonnables et non discriminatoires ou du respect des engagements éventuellement pris par ces dernières pour obtenir une réduction de leurs sanctions financières...

En matière d'actifs physiques qu'il s'agisse d'infrastructures de réseaux ou d'équipements de production le risque induit par le démantèlement vertical tient principalement au fait de favoriser des stratégies volontaires de sous-investissements pour pouvoir arguer de sous-capacités pour éviter d'accorder des droits d'accès aux tiers.

La volonté de satisfaire au plus vite les intérêts bien compris des consommateurs pourrait s'avérer contre-productive sur le long terme. En effet, le bénéfice de court terme en matière d'allocation optimale des ressources va se traduire par une forte remise en cause des incitations à investir tant de la firme dominante – obligée d'ouvrir l'accès à l'actif essentiel ou de se défaire de celui-ci – que des autres opérateurs, lesquels n'ont plus d'incitations à développer d'éventuelles infrastructures susceptibles de permettre de contourner au moins partiellement ce refus d'accès.

III - 2 – Le compromis finalement adopté par le Parlement européen le 22 avril 2009

La Commission proposa donc, le 19 septembre 2007, la solution d'un découplage vertical, ou à titre dérogatoire la mise en place d'un gestionnaire de réseau indépendant. Le premier modèle, que nous avons présenté dans notre sous-section II.2 reposait sur une stricte séparation juridique. Une même personne (physique ou morale) ne pouvait exercer un contrôle sur des firmes opérant dans le domaine du transport et ceux de la fourniture ou de la production. Si des participations minoritaires demeuraient admises, les groupes verticalement intégrés devaient céder leurs actifs. Le gestionnaire du réseau devra en être le véritable propriétaire et exercer un plein contrôle sur ce dernier.

La seule alternative initialement proposée par la Commission était celle du gestionnaire de réseau indépendant. Les actifs de réseau peuvent rester la propriété d'un opérateur si la gestion technique et commerciale de ces actifs est assurée par une entité indépendante. Cette solution suppose néanmoins le respect de la séparation juridique et fonctionnelle des activités et surtout la

mise en œuvre d'un contrôle réglementaire significativement renforcé. Le groupe verticalement intégré est placé dans l'obligation de financer les investissements décidés par le gestionnaire indépendant, lequel est lui-même dans l'obligation de se conformer à un plan décennal d'investissement proposé par l'autorité de régulation. En termes pratiques, si cette solution n'impose pas au groupe verticalement intégré de céder ses actifs relevant du domaine du transport de l'énergie, il devait néanmoins en transférer le contrôle à une entité *ad hoc* disposant d'une pleine autonomie. La solution du gestionnaire de réseau indépendant revient en d'autres termes à prolonger le régime introduit par les directives de 1996 et de 2003 mais en les complétant de règles de gouvernance relativement plus strictes.

Dans ses propositions de septembre 2007, la Commission confirmait la possibilité d'une dérogation temporaire pour de nouvelles infrastructures (*merchant lines*) introduite par la directive de 2003 et précisait que la dissociation des activités n'avait pas à se traduire automatiquement par le transfert à une entité privée d'une partie du groupe initialement verticalement intégré si ce dernier était public. En effet, l'article 295 du Traité stipule la neutralité de l'Union quant à la propriété publique ou privée des entreprises. Cependant, si les deux activités étaient confiées à deux entités publiques distinctes, il appartiendrait à l'Etat membre d'apporter la preuve que les deux entités agissent en parfaite indépendance.

Le compromis qui se dégagait progressivement résida en l'acceptation, selon le 8^{ème} considérant (bis) du Parlement, de « tout système de dissociation [...] capable de supprimer tout conflit d'intérêt entre les producteurs, les fournisseurs et les gestionnaires de réseau de transport, afin de créer des incitations à l'investissement nécessaires et de garantir l'accès des nouveaux venus sur le marché dans le cadre d'un régime réglementaire transparent et efficace [...] ». Il s'agit donc, au côté de la dissociation des structures de propriété, d'ouvrir la possibilité de recourir à un gestionnaire de réseau indépendant ou à un gestionnaire de transport indépendant permettant de concilier le maintien de l'intégrité des groupes verticalement intégrés et la garantie d'une séparation des intérêts dans le cadre d'une « réglementation précise et de mécanismes de contrôle réglementaire complets » (12^{ème} considérant). Ces garanties reposent donc sur deux piliers. Le premier tient à des mesures organisationnelles portant sur la gouvernance des gestionnaires et le second à des mesures relatives aux plans d'investissement de ces derniers.

Il apparaît donc que la différence entre les deux solutions alternatives à la séparation juridique des activités de transport tient au fait que lorsque la première, le modèle du gestionnaire de réseau indépendant, conduirait à contraindre les groupes verticalement intégrés à transférer l'exercice de leurs droits de propriété à une entité *ad hoc*, alors que la seconde, celle du gestionnaire de

transport indépendant, permettrait le maintien du contrôle de l'actif essentiel par l'opérateur, moyennant la mise en place de différentes règles de gestion garantissant une réelle indépendance. Il s'agit tout d'abord de l'installation d'un organe de surveillance. Ce dernier serait responsable pour l'ensemble des décisions susceptibles d'avoir une « incidence significative sur la valeur des actifs ». Il conviendrait ensuite de mettre en place un programme de conformité comprenant un ensemble de mesures à même de prévenir toute mesure discriminatoire vis-à-vis des tiers utilisateurs du réseau. Il s'agirait enfin de nommer un agent de conformité, responsable de la mise en œuvre dudit programme.

Ainsi, le compromis finalement adopté par le Parlement ne permet-il pas à la Commission d'imposer la solution d'un ownership unbundling, seule à même selon elle de réduire les risques de traitement discriminatoire à l'encontre des accédants au réseau, de résoudre les conflits d'intérêts qui caractérisent le gestionnaire de réseau et surtout de permettre de faire l'économie d'une régulation intrusive⁶⁸. Les deux solutions alternatives ne permettront pas si l'on suit la logique de la Commission de fournir aux opérateurs de marché une lisibilité suffisante quant au devenir du cadre réglementaire. En effet, la Commission – sauf à renoncer à son projet de promotion d'un démantèlement patrimonial - ne pourra plus promouvoir de tels remèdes structurels qu'au travers de décisions individuelles en matière de sanctions de pratiques anticoncurrentielles... Non seulement, il s'agit d'un instrument supportant diverses contraintes quant aux possibilités d'y avoir recours mais en outre, il peut conduire, à l'instar de la théorie des facilités essentielles sur laquelle l'unbundling repose, porteur d'une confusion entre le domaine des politiques de concurrence et celui de la régulation sectorielle.

L'articulation entre gains d'efficacité à court et à long termes est par exemple centrale dans la position de la Commission européenne sur les *merchant lines*⁶⁹. Comme l'a montré l'enquête sectorielle de janvier 2007 l'une des principales faiblesses de la construction d'un marché intérieur de l'électricité tient à la faiblesse des interconnexions entre les différents états membres. Une telle insuffisance est à la fois liée aux incitations qui s'exercent sur les acteurs du marché et l'absence d'un régulateur de dimension communautaire qui puisse fixer des règles *ex ante* en la matière. Pour certains auteurs, il se pourrait même que favoriser les interconnexions ne soit pas de l'intérêt bien compris des régulateurs nationaux⁷⁰. D'une part, l'interconnexion conduit à une possible hausse des prix de l'électricité si elle relie une zone à prix initialement faible à une zone à

⁶⁸ "Ownership unbundling is a cleaner, one-off, less intrusive form of intervention in the market".

Lowe P. and al., (2007), *op. cit.*

⁶⁹ De Hautecloucq A. and al., (2009), *op. cit.*

⁷⁰ De Vries and Hakvoort, (2002), "An Economic Assessment of Congestion Management Methods for Electricity Transmission Networks", *Journal of Network Industries*, vol. 3(4)

prix plus élevés. D'autre part, l'interconnexion peut se traduire par la dissipation d'une éventuelle rente de rareté, laquelle permet d'abaisser les tarifs d'accès à l'infrastructure.

A partir de la seconde directive de 2003, une solution pour résoudre ces difficultés incitatives et pour favoriser le développement d'infrastructures d'interconnexions allant dans le sens de l'efficacité de long terme a été trouvée avec le régime des *merchant lines*⁷¹. Il s'agit en l'occurrence d'investissements dans des infrastructures de transports partiellement ou totalement exonérées d'obligations portant sur l'accès des tiers au réseau. L'objectif est de réaliser un arbitrage entre la perte des gains concurrentiels de court terme liés à la renonciation à l'accès des tiers au réseau et les gains de long terme liés à l'incitation à l'investissement dans de nouvelles capacités permettant à la fois de renforcer la sécurité d'approvisionnement et d'approfondir le marché intérieur. Il est d'ailleurs à noter que la position des autorités de la concurrence vis-à-vis des *merchant lines* est rendue plus difficile dès lors que les capacités en question sont développées non par des opérateurs de réseau indépendants (de type ITSO)⁷² mais par des opérateurs dominants dans le domaine de la production voire des groupes verticalement intégrés. De nouveaux comportements anticoncurrentiels peuvent alors se faire jour. Ceux-ci peuvent tenir, par exemple, à des stratégies d'investissement préemptif ou de rétention de capacités. Dans le premier cas, l'opérateur dominant s'engage dans le déploiement de l'infrastructure à la seule fin d'empêcher ses concurrents potentiels d'en faire de même. Il pourra ensuite éventuellement mettre en œuvre des stratégies anticoncurrentielles de retraits de capacités qui pourront renforcer son contrôle du marché.

Les solutions structurelles imposées par l'intermédiaire de directives doivent être analysées comme un substitut aux yeux de la Commission européenne à une éventuelle sanction *ex post* des comportements anticoncurrentiels mis en œuvre par les acteurs dominants du marché (et de façon dérivée du contrôle du respect d'éventuelles mesures correctives d'ordre comportementales). Elle doit aussi être vue comme une alternative plus commode à mettre en œuvre et surtout plus rapide et systématique qu'une éventuelle imposition de tels remèdes au fil des décisions des autorités de la concurrence. L'ensemble de ces arbitrages pose en tout état de cause les questions de l'articulation des dimensions de court et de long terme et la place respective de la régulation et de la mise en œuvre du droit de la concurrence dans la politique européenne.

⁷¹ Hernandez F. and Gandolfi M., (2005), "EU Exemptions to TPA for New Gas Infrastructures", *Energy Regulation Insights*, NERA Economic Consulting, July, Issue 24.

⁷² Quand bien même il serait de l'intérêt bien compris de ces derniers de sous-dimensionner les interconnexions. Pérez-Arriaga, Rubio, Puerta, Arceluz and Marin, (1995), "Marginal Pricing of Transmission Services: an analysis of cost recovery", *IEEE Trans. on Power Systems*, 10(1)

IV – Remèdes structurels, régulation et politiques de concurrence

Il n'en demeure pas moins que les difficultés rencontrées dans l'imposition de la séparation verticale par la voie législative et les conséquences du compromis adopté par le Parlement européen en avril 2009 montrent que la mise en œuvre d'une telle politique peut passer par l'imposition de séparations verticales dans le cadre de décisions individuelles rendues dans le cadre de l'application du droit de la concurrence. Si de tels remèdes structurels sont soumis, comme nous le verrons à de fortes contraintes et qu'à ce titre ils constituent un *second best* pour la Commission, il n'en demeure pas moins qu'ils font l'objet d'une bien moindre pression politique...⁷³.

IV.1 La mise en œuvre de d'un découplage effectif par l'intermédiaire des décisions rendues par les autorités de la concurrence européennes

Il convient tout d'abord de relever que le recours à des remèdes structurels en matière de politiques de concurrence et plus généralement l'*unbundling* trouble la distinction classique entre *ex ante* et *ex post*⁷⁴. Le cas d'une séparation verticale imposée au travers d'une directive est à cette aune bien moins problématique que la solution d'un *unbundling rampant* progressivement imposé au fil des décisions individuelles. En effet, les directives ont pour finalité la construction d'un marché intérieur – à condition bien entendu que l'on admette qu'il soit possible de construire un marché, un ordre spontané en termes hayékiens, au travers de règles d'organisation. Nous nous situons dans ce cadre, peu ou prou dans le domaine de la régulation. A l'inverse promouvoir un *unbundling* par les décisions individuelles conduirait à faire du juge de la concurrence un régulateur de la concurrence. Les débats autour de la TFE comme constitutive d'une immixtion des politiques de la concurrence dans les domaines régulés et des divergences d'appréciations et de pratiques de part et d'autres de l'Atlantique en la matière se reposeraient dès lors⁷⁵. En effet, alors que l'intervention de l'Antitrust dans un secteur couvert par une régulation sectorielle n'est pas jugée opportune aux Etats-Unis, la Commission européenne, de son côté, n'hésite pas à intervenir dans des domaines sur lesquels des autorités de régulation nationales ont déjà statué.

⁷³ Willis P. and Hugues P., (2008), "Structural Remedies in Article 82 Energy Cases", *The Competition Law Review*, volume 4, Issue 2, July, pp.147-174.

⁷⁴ Perrot A., (2004), « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Économie publique*, 14-2004/1

⁷⁵ Petit N., (2004), "Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries? A Comparative Approach of the US Supreme Court Ruling in the Trinko Case", *Utilities Law Review*, vol. 13 (6)

En ce sens l'arrêt de la Cour Suprême américaine dans *Trinko* de 2004 s'inscrit dans une parfaite opposition avec la décision de la Commission européenne dans *Deutsche Telekom* en 2003⁷⁶.

De façon générale, l'articulation entre régulation sectorielle et droit commun de la concurrence est particulièrement complexe en matière électrique. Deux évolutions sont possibles. Une première serait une marginalisation progressive de la régulation sectorielle au profit du droit commun de la concurrence. Une seconde tiendrait, à l'inverse, à une convergence vers un modèle de régulation « à la main lourde », de plus en plus coûteuse et intrusive. La première hypothèse correspond à un effacement progressif de la régulation sectorielle dès lors qu'une structure de concurrence effective a été établie. Un tel scénario a pu être observé dans le cas des télécommunications. Deux exemples peuvent être fournis. Le premier concerne le régulateur australien des télécommunications (AUSTEL) dont les compétences ont été transférées à l'autorité de concurrence nationale, en l'occurrence l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC). Le second exemple d'une telle évolution est communautaire. En effet dans le secteur des télécommunications (directive 2002/21), les règles sectorielles spécifiques ne sont nécessaires que si le segment de marché est dominé par un opérateur historique.

Cependant, les évolutions technologiques qu'a connues le domaine des télécommunications n'ont pas eu d'équivalents dans le secteur électrique. Les contraintes techniques spécifiques au secteur ne sont pas promises à un effacement progressif et la structure de marché demeure celle d'un oligopole étroit et faiblement « contestable » au niveau européen avec des positions dominantes individuelles très marquées pour chaque opérateur historique sur son marché national⁷⁷. Ce faisant, la possibilité d'une persistance voire d'un renforcement d'une régulation à la main lourde. En effet, dans le secteur électrique la régulation sectorielle ne serait être conçue comme un état transitoire propre aux industries en voie de libéralisation (régulation éducatrice) devant s'effacer à terme devant le droit « commun » de la concurrence. Le fonctionnement même des marchés de l'électricité libéralisés s'éloigne de l'idéal concurrentiel, notamment du fait de sa nature oligopolistique. De plus, les stratégies des acteurs du marché par rapport aux règles publiques

⁷⁶ La Cour Suprême considère en effet qu'il n'y a que peu de place pour une intervention de l'antitrust dès lors qu'une régulation sectorielle est en vigueur. En ce sens sa décision dans l'affaire *Trinko* apparaît comme emblématique des divergences transatlantiques sachant qu'à l'instar de la décision *Deutsche Telekom* celle-ci porte sur les conditions d'accès à la boucle locale des télécommunications.

Gérardin D., (2005), *op.cit.*

⁷⁷ Faute d'un démantèlement horizontal dont il conviendrait de comparer les effets potentiels sur la concurrence avec ceux du démantèlement vertical défendu par la Commission.

créent la nécessité d'un ajustement constant de la régulation aux nouvelles circonstances faisant écho à une logique de type cadrage-débordement⁷⁸.

Il apparaît donc que loin de constituer « une loi de l'économie », l'effacement progressif de la régulation sectorielle au profit du droit commun de la concurrence dépende en fait de nombreux paramètres tenant à la fois aux spécificités techniques du secteur mais aussi au contexte historique et institutionnel. En effet, les différences entre les décisions *Trinko* et *Deutsche Telekom* peuvent s'expliquer au travers des spécificités des contextes américains et européens.

Il est possible de lire, à l'instar de Damien Gérardin⁷⁹, cette opposition comme résultant d'une profonde hétérogénéité dans les attributions et les moyens respectifs à disposition des deux types d'organes de régulation. Alors que l'antitrust américain est essentiellement basé sur l'activité des tribunaux, la politique de la concurrence européenne est principalement la résultante d'un processus administratif. La Commission qui instruit les dossiers est aussi à l'origine des décisions. Ce faisant, le déficit informationnel du juge mis en exergue dans le cas américain pour expliquer le risque de décisions infondées est moins élevé dans le cas européen. La procédure antitrust américaine s'avère donc plus coûteuse en temps et en ressources pour l'ensemble des opérateurs et présente un niveau de risque théoriquement plus élevé que son homologue européen. Une deuxième explication de nature institutionnelle tient aux différentiels de pouvoirs d'investigations et de capacités d'expertises internes entre les régulateurs sectoriels américains et européens. La troisième différence tient aux contentieux eux-mêmes. Il s'agit certes dans les deux cas d'un problème d'accès à la boucle locale de télécommunications mais le problème avait déjà été résolu par le régulateur sectoriel et l'affaire qui était présentée à la Cour suprême était une action de groupe initiée par un cabinet d'avocat pour obtenir des indemnités financières de la part de Verizon. Dans l'affaire *Deutsche Telekom* au contraire la Commission était fortement incitée à intervenir dans la mesure où elle considérait que la décision initiale du régulateur sectoriel défavorisait les nouveaux entrants vis-à-vis de l'opérateur historique.

La faiblesse des attributions de la régulation sectorielle constitue dans ce cadre l'une des principales raisons pour lesquelles la Commission a plus facilement recours aux instruments issus du droit de la concurrence. Dans le domaine de l'électricité, la construction d'un marché intérieur passe plus par l'intermédiaire des directives ou, à défaut, par des décisions individuelles en matière concurrentielle notamment du fait de l'absence d'un régulateur de dimension européenne (malgré les efforts de coordination des différents régulateurs nationaux). De plus, à l'inverse de

⁷⁸ Callon M., (1998), *The Laws of the Markets*, Blackwell publishers, Oxford, 278 p

⁷⁹ Gérardin D., (2005), *op. cit.*

son homologue américain, la Commission européenne dispose des compétences nécessaires pour mener des investigations et sanctionner les comportements anticoncurrentiels des opérateurs historiques. Elle peut imposer, comme nous l'avons déjà relevé des remèdes comportementaux mais aussi structurels au travers de ses décisions. Ce faisant, elle peut, bien que ceci soit une solution de second rang, promouvoir au travers de l'application du droit de la concurrence la construction de marchés présentant une structure de concurrence effective.

Cependant, il convient de relever qu'une utilisation de tels remèdes visant non plus seulement à corriger les effets de comportements contraires au droit de la concurrence mais aussi à renforcer (si ce n'est construire) le caractère concurrentiel des marchés considérés peut créer une tentation de se muer en régulateur de la concurrence.

Souvent dénoncée en matière de mise en œuvre de la TFE, pour laquelle l'autorité de la concurrence doit à la fois décider de la légitimité de la demande d'accès et définir une redevance permettant de concilier les intérêts des deux parties, une telle régulation de la concurrence risque de transformer l'autorité de la concurrence en un planificateur centralisé, dont l'omniscience et l'omnipotence sont remis en cause dans un cadre d'information asymétrique et incomplète. Il est d'ailleurs à noter que dans la décision *Trinko*, la Cour Suprême a fermement marqué son refus de voir le juge chargé de déterminer un « prix raisonnable » du fait de son déficit informationnel, en des termes proches de ceux d'Hayek dans *Scientism and the Study of Society* en 1952 : « Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity and other terms of dealing – a role for which they are ill-suited⁸⁰ ».

Une question qui peut émerger à cette phase de notre raisonnement tient à la nécessité même pour la Commission d'engager une épreuve de force, dans le cadre du troisième paquet de directives relatives au secteur énergétique. En effet, la Commission n'aurait-elle pas pu choisir une voie moins difficile en procédant à un découplage progressif au fil de décisions portant sur des pratiques individuelles ? La réponse à cette question est double. D'une part, inscrire un *ownership unbundling* dans une directive a l'avantage de conduire à une séparation généralisée entre les actifs de transports et les autres actifs des entreprises verticalement intégrées dans des délais – théoriquement – assez courts. L'avantage est de limiter autant que possible une période de flou pour les investisseurs et opérateurs de marché sur l'avenir de la régulation sectorielle. Dès lors que la séparation verticale est inscrite dans une directive, les opérateurs pourront engager des

⁸⁰ Hayek F., (1952), *Scientism and the study of society*, Glencoe, Illinois, The Free Press, traduction française : *Scientisme et sciences sociales. Essai sur le mauvais usage de la raison*, 1991, Pocket, Agora.

investissements sans crainte de devoir subir des manœuvres anticoncurrentielles de la part de leur concurrent contrôlant le réseau et / ou de voir des remèdes structurels imposés par le juge de la concurrence après de longues années de procédures... et donc de difficultés d'accès au marché. D'autre part, si la Commission a exigé (ou accepté dans le cadre de procédures d'engagements) des remèdes structurels dans de nombreuses affaires ayant trait au secteur de l'énergie, il n'en demeure pas moins que de tels remèdes ne sauraient être appliqués de façon systématique et discrétionnaire.

Tout d'abord, si les articles 7 et 9 du règlement n°1/2003 autorisent la Commission à accepter les propositions d'engagements des entreprises et d'imposer les remèdes comportementaux et structurels nécessaires pour faire cesser les pratiques en cause, il n'en demeure pas moins que de tels remèdes font l'objet d'un strict encadrement. Premièrement, le remède structurel ne peut être décidé que dans la mesure où il n'existe pas de remèdes comportementaux d'efficacité équivalente. Secondement, il est nécessaire de montrer que le remède structurel est moins coûteux au final pour l'entreprise concernée. Ce faisant, une séparation verticale ne saurait être systématiquement imposée dès lors que la Commission aurait à traiter d'un projet de concentration (si ce dernier est de dimension communautaire qui plus est) ou d'une pratique anticoncurrentielle. La Commission – même si on lui prêtait un tel comportement opportuniste – ne pourrait être mesurée de réaliser un tel *unbundling* sur l'ensemble des marchés nationaux dans des délais raisonnables⁸¹ pour répondre aux difficultés que connaît la construction du marché intérieur de l'électricité⁸².

Le recours à des remèdes structurels est donc strictement encadré. Il convient, en théorie, que ceux-ci soient étroitement reliés aux faits de l'affaire considérée⁸³. Ce qui devrait prévenir la tentation de se servir du contrôle des concentrations pour imposer aux firmes des remèdes visant non seulement à contrebalancer les effets anticoncurrentiels induits mais aussi à modifier les conditions du jeu concurrentiel sur le marché considéré voire à renforcer la concurrence par rapport à la situation antérieure au projet de concentration considéré. La position de la

⁸¹ Les éventuels remèdes structurels ne pourraient être imposés ou suscités qu'au fil des procédures pour abus de position dominante ou au gré de la notification des projets de concentration. Comme le note Green, "the Commission may never get the chance to affect conditions in some national markets if no eligible merger is proposed".

Green R., (2007), "EU Regulation and Competition Policy among the Energy Utilities", IESE Business School Conference, *50 years of the Treaty*, December.

⁸² "Consequently, competition policy – in its case-based approach – is not an effective method for delivering ownership unbundling across the board".

Lowe and al., (2007), *op. cit.*

⁸³ "In both merger cases and antitrust cases the remedies must accurately address the competition concerns raised on the affected market"

Lowe and al., (2007), *op. cit.*

Commission dans le cadre du troisième paquet tenant à la recherche d'une impulsion législative pour réaliser rapidement et efficacement un tel unbundling s'explique donc aisément par la prise en compte de ces contraintes.

Cependant, des décisions concurrentielles sont souvent utilisées pour jouer sur l'intensité concurrentielle d'un marché donné en imposant des remèdes allant bien au-delà de ce qui était nécessaire afin de prévenir ou de mettre fin à un dommage à la concurrence. Il en par exemple ainsi pour certains observateurs en matière de contrôle des concentrations. Pour Bishop et Lofaro, "there is numerous cases in which the Commission's merger analysis has betrayed an apparent desire to use merger control to regulate preexisting positions of market strength"⁸⁴. Alors que les contrôles opérés dans le cadre de la procédure de notification et les éventuels remèdes qui en découlent devraient être fondés sur les seuls effets du projet de concentration sur la concurrence apparaissent en fait comme souvent mus par une volonté de corriger la situation de concurrence initiale bien au-delà des seuls effets liés au projet de concentration.

Ainsi, dans ce cadre, bien que la réalisation progressive de l'*unbundling* au travers des décisions relatives à la mise en œuvre du droit de la concurrence ait été considérée comme moins efficace par la Commission dans le cadre de la préparation du troisième paquet, il n'en demeure pas moins que le compromis avalisé par le Parlement peut redonner une certaine valeur à une stratégie progressive de promotion de tels remèdes. Non seulement cette dernière avait déjà été mise en œuvre en filigrane dans certaines de ses décisions, comme nous allons le voir, mais elle avait été présentée comme une possibilité dans le rapport final de l'enquête sectorielle en janvier 2007⁸⁵. Ainsi, l'*unbundling* peut-il faire figure de remède structurel ultime dans le cadre de décisions de la Commission en matière concurrentielle.

Il est par exemple possible d'interpréter selon cet angle les conditions qu'avait posé la Commission lors de la prise de contrôle d'EnBW par EDF. L'opérateur historique français avait été obligé de céder une partie de sa capacité de production nucléaire en France sous la forme de VPP (*Virtual Power Point*). Un deuxième exemple, emblématique s'il en est, d'un *unbundling* passant par des remèdes structurels mis en œuvre dans le cadre de procédures concurrentielles est fourni par l'engagement d'E.ON de céder son réseau de transport – ainsi qu'une partie de ses capacités de production (28 février 2008) dans le cadre d'une enquête de la Commission sur des pratiques anticoncurrentielles.

⁸⁴ Bishop S. and Lofaro A., (2004), *op.cit.*

⁸⁵ "...if companies are found to have violated the anti-trust rules, the Commission cannot only impose fines of up to 10 % of the global annual turnover, but also impose – under certain conditions – far-reaching structural remedies". Cité par Willis P. and Hugues P., (2008), *op. cit.*

Le premier canal de réalisation d'un démantèlement vertical peut passer par des décisions prises sur la base de l'article 82 du Traité, lequel sanctionne les abus de position dominante. A ce titre, la filiation entre l'ownership unbundling et les cas d'application de la théorie des facilités essentielles est particulièrement directe⁸⁶.

Le contrôle des concentrations peut constituer un deuxième canal de mise en œuvre des politiques de concurrence par lequel la Commission européenne peut promouvoir une séparation verticale sans bénéficier de l'impulsion fournie par la directive. En effet, comme le relève Green, "there has been a steady stream of cases which qualify for Commission Review, and the Commission has been able to negotiate pro-competitive changes to the companies' structure or operations in return for allowing the mergers"⁸⁷. A la différence des remèdes comportementaux résultants de l'application de l'article 82 du Traité, les désinvestissements opérés par les groupes verticalement intégrés reposent dans ce cas sur une base « volontaire », au travers notamment des procédures d'engagements.

Une première tentative de mise en œuvre – non couronnée de succès – de cette stratégie peut être constituée par la décision de la Commission dans le cadre de la tentative de rachat de Gas de Portugal par Energias de Portugal, l'opérateur historique du secteur électrique et le groupe italien ENI. La Commission refusa le projet de concentration, et ce même malgré des propositions de désinvestissements de la part des firmes, en considérant que du fait de la faiblesse des interconnexions le nouvel ensemble aurait une position excessivement dominante sur le marché portugais⁸⁸. Le TPICE annula la décision de la Commission sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en refusant une opération sur la base de ses effets sur la concurrence à long terme, malgré les remèdes proposés par les parties. Or, en l'absence de toute concurrence sur le marché au moment de la notification du projet ces derniers étaient susceptibles, au moins à court terme de renforcer la concurrence sur le marché concerné⁸⁹.

La première opération significative de concentration qui a donné lieu à la mise en œuvre d'opérations de cessions d'actifs a été liée à la fusion des groupes allemands Veba et Viag qui a

⁸⁶ Willis P. and Hugues P., (2008), *op cit.*

⁸⁷ Green R., (2007), *op.cit.*

Notons, cependant, que la Commission n'est pas systématiquement parvenue à imposer des remèdes structurels dans le cadre d'acceptations de projets de concentrations dans le domaine énergétique. Nous pourrions citer, en suivant Green, le cas de l'affaire de la tentative de prise de contrôle d'Endesa par Gas Natural en 2005, laquelle s'est finalement soldée par l'entrée sur le marché espagnol de l'italien Enel après une intervention de l'allemand E.On. E.On / Endesa, affaire M. 4410 et ENEL / Acciona / Endesa, affaire M.4685.

⁸⁸ ENI/EDP/GDP, affaire COMP/M.3440.

⁸⁹ EDP-Energias de Portugal SA v Commission, affaire T-87/05.

donné naissance à E.On. Dans le même temps, l'autorité de concurrence allemande s'attachait au projet de rapprochement entre RWE et VEW. Les deux autorités de la concurrence coordonnèrent leurs décisions pour exiger des deux entités de céder chacune les parts détenues dans VEAG (opérant dans les länder de l'est) de façon à en faire un opérateur indépendant⁹⁰.

Un deuxième exemple de remèdes structurels imposés (ou acceptés) dans le cadre du contrôle des concentrations concerne la prise de contrôle d'EnBW par EDF en 2001. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas de cession d'actifs de transports, la logique de remèdes structurels est en tout point comparable. La prise de contrôle d'une part significative de l'opérateur électrique du Bade-Wurtemberg pouvait faire craindre non seulement la disparition d'un entrant potentiel sur le marché français mais aussi la possibilité pour EDF de prendre pied sur le marché allemand, ce qui lui permettait notamment d'exercer potentiellement des représailles à l'encontre des opérateurs locaux si ces derniers venaient à entrer sur le marché français. La Commission décida d'imposer des remèdes structurels afin de renforcer la concurrence potentielle d'EDF... sur le marché français⁹¹. Ainsi EDF dû-t-il céder des droits de tirage sur ses capacités de productions nucléaires (à hauteur de 5 GW) et sur ses capacités de cogénération (1GW), au travers d'enchères. Il dut aussi se dessaisir de ses parts dans la Compagnie Nationale du Rhône⁹². Le cas du rachat de la firme hongroise MOL, spécialisée dans le négoce et le stockage de gaz naturel par l'électricien allemand E.On en 2005 reproduit ce même schéma. La Commission autorisa le projet de concentration moyennant des remèdes structurels permettant un unbundling dans le secteur gazier hongrois⁹³.

D'autres cas, et non des moindres, pourraient être mis en exergue, à l'instar de la prise de contrôle de compagnies régionales danoises d'électricité par l'opérateur historique gazier⁹⁴ ou de la fusion entre Suez et GDF⁹⁵. En effet, quand GDF détenait avec Centrica un contrôle conjoint sur la SPE, compagnie d'outre-quiévrain opérant dans le gaz et l'électricité, Suez contrôlait, sur ce même marché, Electrabel, opérateur gaz et électricité ainsi que Distrigaz. Outre de nombreuses participations (et contrôles) dans des entreprises opérant dans le domaine du gaz et de l'électricité belge, Suez détenait plus du quart des parts, d'Elia, l'opérateur du réseau de transport belge de

⁹⁰ VEBA/VIAG, affaire COMP/M.1673

⁹¹ EDF / EnBW, affaire COMP M.1853

⁹² Le rachat d'Hydroelectrica del Cantabrico par EnBW fit à nouveau craindre que la concurrence potentielle sur le marché français ne soit encore réduite du fait de la prise de contrôle par un concurrent potentiel. La Commission imposa alors à EDF d'investir dans le renforcement des capacités d'interconnexions entre les marchés français et espagnols.

Gruppo Villar Mar / EnBW / Hydroelectrica del Cantabrico, affaire COMP/ M.2432

⁹³ E.On/ MOL, affaire COMP/M.3696

⁹⁴ Dong / Elsam/ Energi E2, affaire COMP /M.3868

⁹⁵ Gaz de France / Suez, affaire M.4810, 14 décembre 2006.

l'électricité et exerçait un contrôle sur Fluxys, propriétaire et gestionnaire du réseau belge de gaz. La fusion entre GDF et Suez posait non seulement des problèmes sur le marché français mais aussi – et surtout – sur le marché belge. La part du réseau de transport sous le contrôle du groupe faisait notamment craindre à la Commission, dans la logique des conclusions de l'enquête sectorielle que ce dernier n'acquière un avantage informationnel déterminant sur ces derniers. Une séparation verticale apparaissait donc nécessaire à ses yeux⁹⁶. GDF et Suez proposèrent à la Commission une série d'engagements pour contrecarrer les effets potentiellement anticoncurrentiels de leur projet de concentration tenant, notamment, à la cession de Distrigaz, à la vente des parts de GDF dans la SPE et des investissements visant à accroître les capacités des infrastructures gazières belges. L'engagement le plus important était notamment la cession de Fluxys propriétaire et opérateur du réseau belge de transport et de stockage de gaz⁹⁷. L'acceptation de ces propositions et l'ownership unbundling qui en a résulté constituent pour Willis et Hugues⁹⁸ une position allant bien au-delà des directives de 2003 encore en vigueur et s'inscrivent en pleine cohérence avec les propositions de la Commission dans le cadre du troisième paquet.

L'adoption du compromis par le Parlement européen en avril 2009 ne se traduit pas loin s'en faut par un moindre recours aux remèdes structurels dans le cadre des décisions de la Commission, en matière de son activité de contrôle des projets de concentration. Deux décisions récentes, respectivement prises le 22 et le 23 juin 2009 témoignent de sa préférence pour des mesures structurelles vis-à-vis d'engagements comportementaux, bien que la position en matière de dé-intégration verticale semble au moins dans le second cas considéré connaître un certain assouplissement. Le premier cas correspond au rachat de l'électricien et gazier néerlandais NV Nuon Energy par le suédois Vattenfall⁹⁹. Vattenfall au fil de ses rachats d'actifs est présent en Suède, Finlande, Danemark Allemagne, France et Pologne. Elle a notamment racheté les opérateurs historiques berlinois et hambourgeois. Or sur ces deux marchés, Nuon (présent aux

⁹⁶ Ce point (paragraphe 855) était accompagné de préoccupations quant à la position de force du nouvel ensemble sur l'électricité belge et notamment sur les offres couplées gaz et électricité (paragraphe 861).

⁹⁷ Relevons au passage que la privatisation des actifs de transports peut poser, à l'instar de la situation belge, quelques difficultés concurrentielles en cas de fusion-acquisition ultérieure avec des entreprises opérant à différents niveaux de la chaîne de valeur. Un maintien sous contrôle public des actifs de transport permettrait de limiter efficacement les conflits d'intérêts. En effet, si les règles proposées par la Commission en matière de participations des entreprises intervenant dans les domaines de la production et de la distribution permettant d'écarter un contrôle direct, l'avantage informationnel perdure.

⁹⁸ "It is clear from the cases outlined above that the Commission is ready to extract commitments that amount to divestment or ownership unbundling wherever it believes that they will remove specific competition concerns in individual merger cases [...] The Commission is particularly alive to the foreclosure issues raised by common ownership of supply and network infrastructure activities".

Willis P. and Hugues P., (2008), *op. cit.*

⁹⁹ IP/09/978, 22 juin 2009.

Pays-Bas, en Belgique et en Allemagne) était le nouvel entrant le plus puissant. Vattenfall a donc accepté de céder Nuon Deutschland GmbH (à l'exception des activités en dehors de ces deux agglomérations)¹⁰⁰. La deuxième décision de la Commission, en date du 23 juin 2009, a trait au rachat par l'opérateur allemand RWE (détenteur d'une position dominante conjointe avec E.ON sur ce même marché) d'un autre opérateur néerlandais, Essent, lui aussi présent sur le marché allemand, notamment à Brême¹⁰¹. La cession de la participation d'Essent dans la Stadtwerke Bremen AG (SWB) apparaît aux yeux comme susceptible de prévenir d'éventuelles conséquences anticoncurrentielles de l'opération. RWE est propriétaire de certaines interconnexions entre les marchés allemands et néerlandais et intervient sur ces deux marchés en matière de fourniture à l'instar d'Essent. Après la fusion, la nouvelle entité va exploiter (avec le gestionnaire du réseau de transport néerlandais) la majorité des interconnexions entre les deux pays. Selon la Commission, de façon à assez surprenante vis-à-vis de sa position en matière d'ownership unbundling, « cela ne poserait aucun problème de concurrence, car la nouvelle entité ne sera pas en mesure de retirer de l'électricité transitant de l'Allemagne vers les Pays-Bas par les interconnexions qui lui appartiennent et d'augmenter ainsi sensiblement les prix aux Pays-Bas ». Ainsi la Commission ne tira-t-elle pas profit pour réclamer ou pousser RWE de se défaire de tout ou partie de ses actifs en matière d'interconnexions. Elle accepta la cession des parts d'Essent dans l'opérateur local de Brême comme remède à la position dominante du nouvel ensemble sur ce marché précis...

IV. 2 Les questions soulevées par la réalisation de l'ownership unbundling au fil des décisions concurrentielles

La prégnance d'une approche de type structuraliste dans les politiques de concurrence européennes peut aisément expliquer la préférence pour ce type de remèdes. Il n'en demeure pas moins que ces derniers posent plusieurs questions.

La première question concerne, comme nous l'avons déjà relevé dans notre précédente section, le lien entre les effets anticoncurrentiels attribués à une stratégie donnée ou à un projet de concentration notifié et les exigences posées par la Commission. Par exemple, le règlement européen relatif aux concentrations prévoit que les remèdes soient proportionnés au dommage

¹⁰⁰ Nous verrons dans le cadre de notre cinquième section les risques que font peser les remèdes structurels en termes de dominance collective. Selon un point de vue purement théorique et sans élément conduisant à considérer que le cas d'espèce corresponde à une pareille situation, il serait possible de considérer qu'il serait de l'intérêt d'un opérateur majeur au niveau communautaire d'éliminer au travers d'une opération de concentration un nouvel entrant dangereux sur un marché fortement dominé (un *maverick*) et de renforcer sa présence sur d'autres marchés nationaux, éventuellement pour renforcer les contacts multi-marchés avec les autres membres de l'oligopole européen et prévenir le risque d'entrées agressives de ces derniers sur ces marchés historiques en se mettant en position d'exercer des représailles sur de plus nombreux marchés.

¹⁰¹ IP/09/987, 23 juin 2009.

induit sur la concurrence par la fusion-acquisition examinée. Il ne s'agit pas de tirer profit de l'examen d'un projet de concentration pour rendre le marché plus concurrentiel qu'il ne l'était initialement... comme la jurisprudence communautaire tend trop souvent à le montrer en matières électrique et gazière¹⁰².

La deuxième, bien entendu, a trait à l'impact de celles-ci sur les incitations à l'investissement. Nous avons vu que l'un des principaux problèmes liés à l'absence de séparation verticale tenait pour la Commission aux faibles incitations qui s'exerçaient sur les opérateurs de réseau appartenant à un groupe verticalement intégré pour développer leurs infrastructures¹⁰³. Cependant, il n'est pas acquis que la menace de remèdes de nature structurelle dès lors que une entreprise verticalement intégré fera l'objet d'une enquête pour abus de position dominante ou notifiera un projet de concentration ne conduise pas ces dernières à adopter une prudente réserve dans leurs plans d'investissements. De plus, il convient de relever que l'incertitude quant au devenir de la régulation ne saurait constituer le seul frein à l'investissement. Même dans le cas d'un opérateur dé-intégré, une stricte régulation devrait être nécessaire dans la mesure où les incitations à investir seraient particulièrement faibles s'il s'avérait qu'un nouvel investissement ait pour effet de réduire les flux de ressources de la firme... en dissipant des rentes de congestion.

La troisième question tient aux contraintes qui s'exercent sur les entreprises verticalement intégrées. Le cas d'E.ON qui a accepté de se défaire volontairement de ses actifs de transports alors que l'Allemagne aux côtés de la France luttait contre l'ownership unbundling pose problème. Nous pouvons analyser la position d'E.ON en considérant que cela constitue la preuve que somme toute les gains liés à l'intégration verticale ne sont guère si significatifs et pèsent en tout état de cause moins que la sanction anticoncurrentielle que l'opérateur allemand encourait¹⁰⁴. Cette attitude peut aussi être lue comme la conséquence de la prise en compte par une entreprise dominante des risques spécifiques que lui fait courir celle-ci même aux yeux des autorités de la concurrence européennes. Du fait des *obligations spécifiques* qui incombent aux opérateurs dominants¹⁰⁵, ces derniers peuvent être conduits à se saisir de la procédure d'engagements comme un levier de négociation avec la Commission pour obtenir l'abandon de certaines procédures ou de prévenir des sanctions bien plus élevées.

¹⁰² Papandropoulos P. and Tajana A., (2006), "The Merger Remedies Study – in Divestitures we trust", *European Competition Law Review*, 443.

¹⁰³ Selon N. Kroes, l'Enquête Sectorielle a par exemple mis en évidence le fait qu'entre 2001 et 2005, les trois TSO allemands ont dégagé un revenu cumulé de 400 M€ lié à l'allocation des capacités d'échanges internationales (rente de congestion). Seuls 30 M€ ont été investis dans l'augmentation de ces capacités.

Kroes N., (2007), *op. cit.*

¹⁰⁴ Spector D., (2008), *op.cit.*

¹⁰⁵ Kolasky W.J., (2004), « What is Competition, A Comparison of US and European Perspectives », *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp.29-53.

Pour reprendre les termes de Mackaay¹⁰⁶, les procédures d'engagements peuvent être analysées comme une entente entre régulés et régulateurs visant à accélérer la transformation des marchés. En d'autres termes, à l'instar de l'unbundling lui-même, qui occupe une place intermédiaire entre interventions *ex post* (domaine du droit de la concurrence) et interventions *ex ante* (domaine des régulations sectorielles), la procédure d'engagements peut être un outil mis à disposition du juge de la concurrence pour influencer sur la structure du marché elle-même, lui permettant d'étendre son action au-delà de la seule sanction des pratiques anticoncurrentielles.

Il n'en demeure pas moins que cette voie peut apparaître comme préjudiciable à la construction d'un marché intérieur de l'électricité efficace dans la mesure où elle fait peser quoiqu'il en advienne des risques juridiques croissants sur les opérateurs. En effet, un unbundling se réalisant progressivement par des décisions concurrentielles peut décourager les investissements des firmes lesquelles évolueront dans un environnement caractérisé par une forte insécurité juridique¹⁰⁷. Quand bien même ces dernières ne se rendraient coupables d'aucun agissement anticoncurrentiel majeur, elles peuvent légitimement anticiper devoir accepter, par exemple dans le cadre d'une procédure d'engagements, de se défaire d'une partie de leurs actifs. Une telle situation d'insécurité juridique risque de se traduire par un sous-investissement socialement préjudiciable, notamment en matière de capacités d'interconnexions entre les différents états membres, dans la mesure où il s'agit des actifs faisant l'objet de la plus forte probabilité d'être concernés par de tels remèdes structurels¹⁰⁸.

Cependant, au-delà même de ces effets dissuasifs sur l'investissement des firmes, il convient aussi de s'interroger sur l'optimalité même du démantèlement vertical. Ce dernier, qu'il soit immédiat au travers de l'*ownership unbundling* ou qu'il soit progressif au travers des décisions rendues par les autorités de la concurrence, est-il réellement à même de répondre à l'ensemble des difficultés que rencontre le marché intérieur de l'électricité ? Le succès de l'expérience britannique, sans cesse mis en avant dans le débat sur le démantèlement vertical ne devrait-il pas être mis en perspectives avec le démantèlement horizontal qui a été mis simultanément en œuvre et la situation

¹⁰⁶ Mackaay E., (2008), « recension de Frison-Roche M.-A., (s.d.), (2006), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, collection *Droit et économie de la régulation*, volume 4, 288p. », *Droit et Société*, n° 69/70

¹⁰⁷ Marty F., (2007a), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp.85-120.

¹⁰⁸ "Investors in long-term assets have little legal protection against regulatory decisions that deny them the right to recover their investment and to earn a normal rate of return. This lack of protection discourages investment (or raises the rate of return investors will demand before investing). National regulators and the EC may fret about lack of investment in cross-border transmission, but little will change until investors have stronger protection against arbitrary regulatory decisions. Private investors will prefer to take the short-term profits from congestion management, rather than the promises of a long-term return on investment in relieving congestion".
Shuttleworth G., (2008), "Three Measures to Help Ownership Unbundling Achieve its Goal", *Energy Regulation Insight*, NERA Economic Consulting, n°35, January.

particulière de surcapacités qui caractérisait le marché britannique au moment de la libéralisation¹⁰⁹ ? De la même façon, la séparation verticale des entreprises intégrées peut-elle suffire à résoudre l'ensemble des difficultés que rencontrent les marchés de l'électricité ? La nature intrinsèquement oligopolistique de ces derniers, la difficulté d'aligner les intérêts de l'opérateur de réseau avec les intérêts collectifs, l'extrême complexité de la détection des abus de marché et la question de l'adéquation des capacités¹¹⁰ demeurent quelle que soit la structuration verticale de l'industrie¹¹¹. Une régulation à la main lourde et une immixtion des politiques de concurrence dans la structuration du secteur demeureront à l'ordre du jour même une fois l'*unbundling* réalisé sous une forme ou une autre. La construction d'un marché concurrentiel par des règles d'organisation¹¹², déjà illusoire dans les autres secteurs, n'est-elle pas particulièrement illusoire dans le domaine électrique ? Les spécificités de l'industrie en font sans doute un secteur étroitement oligopolistique et promis à une régulation à la main lourde, coûteuse, intrusive et destinée à une inexorable croissance et non à un dépérissement progressif...

De même, les difficultés liées à la nature oligopolistique du marché européen du gaz et de l'électricité ne risquent-ils pas d'être aggravés par un recours par trop systématique aux remèdes structurels ? En effet, si un désinvestissement est proposé ou directement imposé, demeure la question de la réalisation effective de celui-ci. Dans leur article de 2006, Papandropoulos et Tajana¹¹³ relèvent que les désinvestissements n'ont été pleinement effectifs qu'à hauteur de 56 % et partiellement pour 25 %. Il s'agit en effet de prendre en considération le fait qu'une cession efficace en termes d'accroissement de l'intensité de la lutte concurrentielle sur le marché doit permettre de maintenir une certaine viabilité économique des activités transférées et doit – autant que possible – éviter de susciter de nouvelles distorsions concurrentielles en renforçant

¹⁰⁹ Il convient en outre de mettre en exergue le fait que l'on observe au Royaume-Uni un mouvement significatif de consolidation dans le secteur se traduisant à la fois par des fusions-acquisitions entre firmes opérant dans le secteur de la production et par des mouvements de ré-intégration verticale. Rappelons qu'en mars 1990, le CEGB (Central Electricity Generation Board) avait été divisée en trois compagnies. La pression du régulateur – qui favorisa des cessions d'actifs et de nouvelles entrées renforçèrent progressivement le caractère concurrentiel du marché. Cependant, une série d'opérations de concentrations ont significativement modifié la structuration du secteur. Les quatorze compagnies opérant des réseaux de distributions créées sur des bases régionales sont maintenant sous le contrôle de sept sociétés dont quatre sont intégrées dans des activités de production. Au final le marché se structure autour de six opérateurs intégrés opérant à la fois sur les marchés gaziers et électriques.

Green R., (2007), *op. cit.*

¹¹⁰ Marty F., (2007a), *op.cit*

¹¹¹ Si Green considère que le démantèlement verticalement des opérateurs constitue un passage obligé pour la constitution d'un marché intérieur concurrentiel, il n'en souligne pas moins qu'il ne s'agit que d'une exigence parmi d'autres aux côtés du contrôle des pouvoirs de marché des opérateurs dominants et d'une forte coordination en matière de développement des capacités de transports et d'interconnexions internationales.

Green R., (2007), *op. cit.*

¹¹² Hayek F., (1973), *Droit, législation et liberté*, Quadrige, PUF, Paris, nouvelle édition 1995

¹¹³ Papandropoulos P. and Tajana A., (2006), *op. cit.*

directement ou indirectement la possibilité de créer ou de renforcer une position de dominance collective.

V – Des remèdes structurels peuvent-ils favoriser la consolidation d’une situation de dominance collective dans les marchés de l’électricité ?

Il nous apparaît en effet nécessaire, dans le cadre de cette courte section à caractère prospectif, de mettre en exergue certains des risques spécifiques des remèdes structurels dans un marché aussi étroitement oligopolistique que l’électricité. Nous avons vu dans notre première partie que la consolidation européenne du secteur ou du moins les rachats de capacités dans d’autres marchés que le marché historique des opérateurs peut avoir des effets ambivalents en termes de concurrence. En effet, si la concurrence sur chaque marché peut apparaître comme renforcée, l’accroissement des contacts multi-marché peut aussi avoir pour effet non souhaitable de renforcer la stabilité d’une éventuelle collusion tacite en renforçant la menace de représailles en donnant la possibilité de sanctionner une éventuelle firme déviante sur plusieurs marchés¹¹⁴.

Il ne s’agit pas ici de présenter en détail la théorie de la dominance collective¹¹⁵ mais de montrer dans quelle mesure le marché de l’électricité est particulièrement susceptible de favoriser de part ses caractéristiques de tels phénomènes et dans quelle mesure des remèdes structurels peuvent aggraver de telles tendance potentielles.

La situation de dominance collective correspond à la prise en considération par les membres d’un oligopole de l’intérêt collectif de long terme d’éviter de s’engager dans une concurrence trop vive pour se coordonner – implicitement – autour d’un prix d’équilibre mutuellement avantageux. Une telle collusion tacite ne peut émerger que si un point focal sur lequel peut s’appuyer la coordination est facilement observable. Elle ne peut s’avérer stable que si et seulement si chaque acteur anticipe que les éventuels gains de court terme liés à une déviation vis-à-vis de l’équilibre collusif pourraient être significativement inférieurs aux conséquences des éventuelles représailles que pourraient engager à son encontre les autres membres de l’oligopole. Notons qu’une opération de concentration mais aussi la cession de capacités à un tiers dans le cadre de remèdes structurels peuvent avoir des effets ambivalents sur la capacité des membres de l’oligopole à adopter une stratégie susceptible de réduire l’intensité de la lutte concurrentielle qui les oppose¹¹⁶.

¹¹⁴ Tirole J., (2002), *op. cit.*

¹¹⁵ Voir

Marty F., (2007b), *op.cit.*

¹¹⁶ On parle dans ce cadre d’effets coordonnés dans la mesure où la réduction de l’intensité de la concurrence ne résulte pas d’une décision unilatérale d’une firme dominante au point de vue individuel mais de la prise de conscience de l’ensemble des membres de l’oligopole de la possibilité de stabiliser les prix.

Il faut donc à la fois que les firmes atteignent – sans qu’il soit pour autant nécessaire d’entrer dans un accord de cartel *stricto sensu* ou d’échanger des informations confidentielles – un certain degré de « compréhension mutuelle » et que les caractéristiques du marché considéré les conduisent à arbitrer en faveur des gains à long terme liés à la collusion tacite¹¹⁷.

Tous les secteurs ne sont pas également susceptibles de favoriser l’émergence et la stabilisation de telles situations de marché¹¹⁸. Les secteurs particulièrement concentrés et présentant de fortes barrières à l’entrée présentent une plus forte probabilité d’une telle collusion tacite. De la même façon, la taille et le nombre de firmes présentes sur le marché jouent sur la probabilité de collusion. Il apparaît que les marchés électriques correspondent bien à ce modèle, d’autant que les mouvements de concentrations conduisent à une consolidation autour de quelques acteurs au niveau communautaire. De la même façon plus les opérateurs sont homogènes en termes de coûts et de structures du parc de production, plus la collusion sera facile à atteindre et à maintenir. Ce faisant, toute cession d’actifs qui aurait pour effet de renforcer l’homogénéité entre les firmes serait susceptible de porter préjudice à la concurrence.

De la même façon, de nombreuses caractéristiques des marchés de l’électricité correspondent aux différents critères dégagés par la littérature économique pour expliquer la plus forte propension de certains secteurs à se caractériser par de tels phénomènes¹¹⁹. Un premier critère tient bien évidemment à la concentration du marché. Une coordination implicite est d’autant plus difficile que le nombre d’acteurs est élevé. Un deuxième critère tient à l’élasticité de la demande. Moins la demande est élastique moins les gains de court terme que pourrait engranger une firme s’engageant dans une guerre des prix seraient significatifs. Un troisième critère tient à la transparence du marché. Si les concurrents peuvent observer facilement les conditions des offres sur le marché, la détection d’une éventuelle déviation sera plus facile. Ainsi tout schéma de marché passant de façon privilégiée par des processus d’enchères transparentes favorisera-t-il plus la collusion que des procédures négociées ou des contrats de long terme. Il convient aussi que les produits soient les moins différenciés possibles. De la même façon, moins les acheteurs détiennent de pouvoir de marché, moins la collusion peut être contrecarrée. De plus, moins le marché présente de surcapacités, moins l’intérêt d’une déviation est élevée dans la mesure où la firme déviante ne pourrait accroître significativement ses fournitures¹²⁰.

¹¹⁷ Bishop S. and Lofaro A., (2004), *op. cit.*

¹¹⁸ Sherer F.M. and Ross D., (1995), *Industrial Market Structure and Economic Performance*

¹¹⁹ Bishop S. and Lofaro A., (2004), *op. cit.*

¹²⁰ Si une firme présentait des caractéristiques en matière de fonction de production très différentes de celles de ses concurrents, elle pourrait avoir tout intérêt à dévier. Comme le notent Bishop et Lofaro : “ a firm with low marginal cost and high excess capacity would have a greater incentive to seek additional sales by deviating from the tacit

Notons aussi que les secteurs caractérisés par une faible turbulence technologique comme l'électricité présentent une plus forte probabilité d'émergence d'un équilibre collusif. Dans la mesure où les déformations de la structure des coûts seraient relativement faibles et ne conduiraient pas un opérateur donné à brusquement présenter une structure productive radicalement différente de ses concurrents, la probabilité que ce dernier n'ait plus intérêt à jouer le jeu de la collusion et à devenir un *franc-tireur* (*maverick*) est relativement faible. Relevons par ailleurs, que la collusion tacite peut prendre la forme d'une coordination sur les prix mais aussi – et de façon encore plus intéressante pour la question des incitations à investir – d'une coordination sur les capacités de production. En effet, la coordination peut se faire en amont de l'interaction de marché au moment de la définition de la nature et du calendrier des investissements¹²¹.

Le développement de nouvelles capacités dans d'autres Etats membres ou la cession d'actifs à des opérateurs d'autres Etats membres peuvent avoir des effets négatifs en matière de concurrence dans la mesure où en cas de déviation vis-à-vis d'un éventuel équilibre collusif, les rétorsions pourraient s'exercer sur de nombreux marchés. De tels phénomènes peuvent potentiellement être observés sur les marchés de l'électricité. Tout remède structurel qui se traduit par la facilitation de l'entrée d'un opérateur dominant d'un pays tiers sur un marché contrôlé par un opérateur historique risque d'avoir pour effet non souhaité de réduire l'intensité de la concurrence sur les deux marchés s'il venait à s'avérer que le second opérateur est aussi présent sur le marché du premier. En effet, des contacts multi-marchés ont pour effet de stabiliser les pactes de non-agression entre firmes en accroissant les sanctions potentielles dans la mesure où elles pourraient s'exercer sur plusieurs marchés¹²².

understanding than a firm with high marginal cost and low excess capacity". Cependant, dans le contexte communautaire, il est possible de considérer qu'une telle firme n'aurait peut être pas tant d'intérêt à mettre en cause le *modus vivendi* sectoriel. D'une part, la présence de tarifs régulés limite relativement les gains d'une déviation et a pour effet de jouer positivement sur la certitude de percevoir une rente vis-à-vis des coûts de production. Ensuite, si mettre en cause la dominance collective a pour effet l'éviction de concurrents moins efficaces, l'opérateur concerné risque d'apparaître aux yeux de la Commission comme susceptible d'exercer une dominance individuelle et l'exposer au risque de sanctions concurrentielles... et de remèdes structurels. Il serait donc de l'intérêt bien compris de l'opérateur de ne pas remettre en cause le *statut quo*.

¹²¹ Voir les cas UPM-Kymmene / Haindl, affaire COMP/M.2498 (2001) et Norske Skog/ Parenco / Walson, affaire M.2499 (2001).

¹²² Pour une analyse théorique :

Berheim B.D. and Whinston M.D., (1990), "Multimarkets Contracts and Collusive Behaviors" *RAND Journal of Economics*, pp.1-21.

Pour des illustrations jurisprudentielles voir :

Pirelli v BICC, affaire COMP/M.1882 (2000)

Air Liquide v BOC, affaire COMP/M.1630 (1999).

En juillet 1999, deux industriels du secteur du gaz, le français L'Air Liquide et l'américain Air Products notifièrent à la Commission le projet de rachat conjoint du britannique BOC Group et de partage de ses actifs. En janvier 2000, la Commission refusa le projet de rachat considérant qu'il était susceptible de renforcer une dominance collective sur

Ainsi, les remèdes structurels peuvent-ils se traduire dans le secteur électrique par des risques additionnels en matière de concurrence surtout s'ils accroissent l'homogénéité des fonctions de coûts et des mix énergétiques des firmes (par exemple en leur donnant accès à des sources de productions nucléaires) ou s'ils renforcent les contacts multi-marchés – ce qui est pourtant au centre des stratégies de constitution d'un marché intérieur de l'électricité. En outre, de tels risques doivent être d'autant plus pris en considération que les mesures structurelles procèdent de plus en plus souvent d'engagements proposées par les firmes elles-mêmes. Il convient donc de prendre en compte non seulement le risque que ces derniers portent sur des actifs non stratégiques ou ne conduisent à des cessions à des concurrents peu dangereux mais aussi le risque que la cession d'actifs à d'autres opérateurs majeurs ne puisse constituer une stratégie d'otages pour consolider un éventuel équilibre de dominance collective dans un oligopole étroit.

Alesina A., Ardagna S., Nicoletti G. and Schiantarelli F., (2005), "Regulation and Investment", *Journal of the European Economic Association*, vol 3, 4, pp.791-825.

Areeda P. (1990), 'Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles', *Antitrust Law Journal*, vol. 58.

Benitez D., (2007), "Analyzing the Transmission System in the Electricity Industry", *World Bank Working Paper*, July.

Berheim B.D. and Whinston M.D., (1990), "Multimarkets Contracts and Collusive Behaviors" *RAND Journal of Economics*, pp.1-21.

Bishop S. and Lofaro A., (2004), "A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp. 195-242.

les marchés français, britanniques et irlandais. L'accroissement des contacts multi-marchés renforçait à ses yeux la crédibilité et les conséquences potentielles d'éventuelles rétorsions. Après la fusion Air Liquide aurait pu menacer tout nouvel entrant sur le marché britannique (sur lequel Boc était dominant) non seulement sur ce dernier mais aussi sur l'ensemble des marchés sur lesquels il était lui-même implanté. Ainsi, les entrants potentiels, en l'occurrence des firmes allemandes – Linde et Messer – auraient pu renoncer à prendre le risque de pénétrer le marché britannique.

Bolle F. and Breitmoser Y., (2006), “On the Allocative Efficiency of Ownership Unbundling”, *European University Viadrina Frankfurt / Oder*, Department of Business, Administration and Economics Research Paper n°255.

Callon M., (1998), *The Laws of the Markets*, Blackwell publishers, Oxford, 278 p

Castaldo A. and Nicita A., (2007), “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”, *Review of Law and Economics*, vol. 3

Commission européenne, (2008), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2008) 165 Final, Bruxelles, 2 avril, 13p.

Commission européenne, (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, Communication de la Commission, C(2009) 864 Final, Bruxelles, 9 février, 28p.

Commission de régulation de l'énergie, (2008), *Rapport de surveillance sur le fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel – 2007*, avril, 167p.

Courivaud H. et Pilow J.C., (2006), « La régulation des activités de réseaux en Allemagne à la recherche d'une légitimité juridique : l'exemple de l'électricité et du gaz naturel », *Contrats, Concurrence et Consommation*, étude n° 20.

Cremer H., Crémer J. and De Donder P., (2006), “Legal vs. Ownership Unbundling in Network Industries”, *IDEI Working Paper*, July, 35p.

De Vries and Hakvoort, (2002), “An Economic Assessment of Congestion Management Methods for Electricity Transmission Networks”, *Journal of Network Industries*, vol. 3(4)

Deakin S. et Pratten S., (1999), “Reinventing the market? Competition and regulatory change in broadcasting”, *Journal of law and society*, vol. 26, n°3, September, pp 323-350.

Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, 2008, pp. 2571-2593.

Finon D., Marty F. et Defeuilley C., (2009), « Signaux-prix et équilibre de long terme : repenser la régulation et l'organisation des marchés électriques », *Journées thématiques de l'Association Française de Sciences Economiques, « firms, markets and innovations »*, Sophia-Antipolis, juin.

Gaffard J.-L. and Quéré M., (2006), “What’s the Aim of Competition Policy: Optimizing Market Structure or Encouraging Innovative Behavior?”, *Journal of Evolutionary Economics*, n°16, pp.175-187.

Gammons S., (2007), « Le Conseil de la Concurrence français juge EDF coupable de pratiquer des prix de marché », *Point de vue sur la régulation de l'énergie*, NERA Economic Consulting, n°34, juillet.

Gérardin D., (2005), “Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What Can the EU Learn from the US Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*”, *Common Market Law Review*, December.

Green R., (2007), “EU Regulation and Competition Policy among the Energy Utilities”, IESE Business School Conference, *50 years of the Treaty*, December.

Hauteclouque (de) A., Marty F. and Pillot J., (2009), “The Essential Facility Doctrine in European Competition Policy: The Case of Energy sector”, *Working Paper LARSEN*, n° 22, July, 30p.

Hayek F., (1952), *Scientism and the study of society*, Glencoe, Illinois, The Free Press, traduction française : *Scientisme et sciences sociales. Essai sur le mauvais usage de la raison*, 1991, Pocket, Agora.

Hayek F., (1973), *Droit, législation et liberté*, Quadrige, PUF, Paris, nouvelle édition 1995

Hernandez F. and Gandolfi M., (2005), “EU Exemptions to TPA for New Gas Infrastructures”, *Energy Regulation Insights*, NERA Economic Consulting, July, Issue 24.

Jamasb T.J. and Pollitt M., (2005), “Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress towards Liberalisation and Integration”, *Working Paper*, University of Cambridge.

Joskow P. and Kahn E., (2002), “A Quantitative Analysis of Pricing Behavior in California’s Wholesale Electricity Market During Summer 2000”, *Energy Journal*, 23, 4.

Joskow P. and Tirole J., (2000), “Transmission Rights and Market Power on Electric Power Networks”, *Rand Journal of Economics*, 31 (3), pp.450-487.

Joskow P., (2005), “Patterns of Transmission Investment”, *Working Paper*, Centre for Energy and Environmental Policy Research.

Joskow P., (2006), “Markets for Power in the United States: An Interim Assessment”, *Energy Journal*, January.

Joskow P., (2006), “Patterns of Transmission Investment”, in Lévêque F., (sd.), *Competitive Electricity Markets and Sustainability*, Edward Elgar, pp.131-186.

Kirzner I., (1978), “Government regulation and the market discovery process”, in *Peril of regulation. A market process approach*. Law and economics center, occasional paper, University of Miami School of law, Coral Gables, reprint in Littlechild S., (1990), *Austrian economics*, Schools of thought in economics, vol 10, Edward Elgar.

Kolasky W.J., (2004), « What is Competition, A Comparison of US and European Perspectives », *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp.29-53.

Krenzer A., (2009), « L’action des autorités de concurrence dans le secteur de l’énergie en Allemagne et en France », compte rendu de la 3^{ème} journée franco-allemande de la concurrence – Strasbourg, 19 juin 2008 -, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 18, janvier-mars, pp. 121-125.

Kroes N., (2006), “A New Energy Policy for a New Era”, Conference on European Energy Policy – the Geopolitical Challenges, Lisbon, October, 30th.

Kroes N., (2007), “More competition and greater energy security in the single European market for electricity and gas”, *High Level Workshop on Energy*, DG Comp, SPEECH/07/12, Berlin, March, 30th.

Kwoka J. and Pollitt M., (2007), “Industry Restructuring, Mergers and Efficiency: Evidence from Electric Power”, Working Paper, *Northeastern University*.

Lévêque F., (2008), « Le Conseil de la Concurrence au secours des opérateurs alternatifs de l'électricité » *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 15, avril-juin, pp.105-110.

Lévêque F., Glachant J.-M., Saguan M. and de Muizon G., (2009), “How to rationalize the debate about EU energy third package? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations”, European University Institute Working Papers, RSCAS 2009/15, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy, 11p.

Lien J., (2008), “Electricity Restructuring: What has worked, what has not and what is next?”, *Economic Analysis Group Discussion Paper*, US Department of Justice, April, 24p.

Lowe P., Pucinskaite I., Webster W. and Lindberg P., (2007), “Effective Unbundling of Energy and Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry”, *Competition Policy Newsletter*, number 1, Spring, pp. 23-34.

Mackaay E., (2008), « recension de Frison-Roche M.-A., (s.d.), (2006), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, collection *Droit et économie de la régulation*, volume 4, 288p. », *Droit et Société*, n° 69/70

Martin J., (2007), « La culture de litige : la recherche de vérité et le dossier Microsoft », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 10, janvier-mars, pp.151-155.

Marty F. et Pillot J., (2009), « Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence », *Document de travail OFCE*, n° 2009-11, mai, 34p.

Marty F., (2004), « Déséquilibres et défaillances des marchés électriques : La libéralisation est-elle coupable ? », *L'Economie Politique*, n° 24, 4^{ème} trimestre 2004, pp.43-58.

Marty F., (2007a), «La sécurité de l’approvisionnement électrique : Quels enjeux pour la régulation ? », *La Revue de l’OFCE*, n° 101, avril, pp. 421 - 452.

Marty F., (2007b), « Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes », *Document de Travail OFCE*, n° 2007-20, juillet, 31p.

Neven D., (2003), «La caractérisation de la position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, septembre.

Papandropoulos P. and Tajana A., (2006), “The Merger Remedies Study – in Divestitures we trust”, *European Competition Law Review*, 443

Pérez-Arriaga, Rubio, Puerta, Arceluz and Marin, (1995), “Marginal Pricing of Transmission Services: an analysis of cost recovery”, *IEEE Trans. on Power Systems*, 10(1)

Perrot A., (2004), « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Économie publique*, 14-2004/1

Petit N., (2004), “Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries? A Comparative Approach of the US Supreme Court Ruling in the Trinko Case”, *Utilities Law Review*, vol. 13 (6)

Pittman R., (2003), “Vertical Restructuring (or not) of the infrastructure sectors of transition economics”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol 3, n° 1-2, pp. 5-26.

Pollitt M., (2007), “The Arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks”, *Working Paper*, CWPE 0737 and EPRG 0714, August, 35p.

Prieto C., (2008), « *Private Enforcement* : les leçons à tirer de l’expérience américaine », *Concurrences*, n°4-2008, novembre, pp. 50-63.

Ridyard D. (2004), « Compulsory Access under EU Competition Law: a New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation », *European Competition Law Review*, n°11, pp. 669-674

Sherer F.M. and Ross D., (1995), *Industrial Market Structure and Economic Performance*

Shuttleworth G., (2008), “Three Measures to Help Ownership Unbundling Achieve its Goal”, *Energy Regulation Insight*, NERA Economic Consulting, n°35, January

Spector D., (2008), “Competition Policy in the Energy Sector: Squaring the Circle?”, *Concurrences*, n°2-2008, pp.50-56.

Steiner F., (2001), “Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industry”, *OECD Economic Studies*, n° 32, pp.143-182.

Tirole J., (1992), « Ownership and Incentives in a Transition Economy», MIT, mimeo, Cambridge, MA.

Tirole J., (2002), *The Theory of Industrial Organization*

Willis P. and Hugues P., (2008), “Structural Remedies in Article 82 Energy Cases”, *The Competition Law Review*, volume 4, Issue 2, July, pp.147-174.