



## Document de travail

---

Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par  
l'intermédiaire des mesures correctives de nature  
structurelle ?

N° 2009-27  
**Octobre 2009**

Frédéric Marty  
*Chargé de Recherche CNRS – Chercheur affilié OFCE*

# Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ?

Frédéric MARTY

Chargé de Recherche CNRS  
UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis  
Chercheur affilié OFCE – Département Innovation et Concurrence  
250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne  
[frederic.marty@ofce.sciences-po.fr](mailto:frederic.marty@ofce.sciences-po.fr)

## Résumé

Suite à la publication de l'enquête sectorielle relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'énergie en janvier 2007, la Commission européenne avait proposé dans le cadre du troisième paquet de directives, la solution d'un découplage effectif entre les actifs de réseaux et les actifs de production et de fourniture des groupes verticalement intégrés. Une telle dé-intégration verticale des opérateurs historiques devait permettre de surmonter deux des obstacles majeurs à la réalisation d'un marché unifié qu'étaient respectivement des conditions d'accès discriminatoires au réseau et des biais dans les décisions d'investissements des entreprises intégrées visant à réduire la disputabilité de leur marché. L'opposition de certains États membres à ce découplage effectif conduisit à l'adoption d'un compromis, avalisé en avril 2009 par le Parlement européen. Cependant, l'exemple de l'électricien allemand E.On, qui a accepté de se défaire de ses actifs de réseau pour mettre fin à une enquête relative à des pratiques anticoncurrentielles met cependant en exergue le fait que la dé-intégration pourrait éventuellement se faire au travers de mesures structurelles imposées ou suscitées par la Commission dans le cadre de ses décisions individuelles en matière d'application du droit de la concurrence. Notre propos dans ce document de travail réside dans l'analyse des raisons pour lesquelles la Commission privilégie des mesures de nature structurelle et dans l'évaluation des possibilités de mettre en œuvre un tel découplage au travers de remèdes individuels. En filigrane, se dessine une réflexion sur les places respectives de la régulation sectorielle et les politiques de concurrence, et plus particulièrement sur les fondements de cette dernière au niveau communautaire.

## Abstract

The energy sector inquiry, published in January 2007, led the European Commission towards a proposal of an ownership unbundling. Such a structural remedy appears to be the best solution to solve two of the main issues of the electricity European market. The first is discrimination in the third access to network. The second lies in bias in the incumbent's investment choices aim at reducing market contestability. Nevertheless, the refusal of major State member leads to a compromise validated by the European Parliament in April, 2009. The fact remains that the acceptance by the German firm E.ON to divest its network in order to obtain a termination of an antitrust inquiry could show that ownership unbundling is always on the Commission agenda but now through structural remedies imposed (or negotiated) by individual decisions. After analyzing the economic determinants of the Commission's preference for unbundling, we evaluate to what extent such program could be achieved through competition law. Implicitly, we develop a reflection about the articulation between sector specific regulation and competition policy, and by the way on its theoretical foundations.

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, 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 de conduire les groupes verticalement intégrés à se défaire 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, lesquels furent mis en exergue dans le cadre de l'enquête sectorielle, dont les conclusions furent rendues publiques en janvier 2007. 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 au groupe verticalement intégré d'acquiescer 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 fonctionnelles, s'avéraient 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 pourrait être incité à mettre en œuvre un opérateur historique à l'encontre de nouveaux entrants, lesquels n'ont d'autre alternative – pour exercer leur activité – que l'accès au réseau que ce dernier contrôle. Les précédentes directives – dans une logique d'application de la théorie des facilités essentielles<sup>1</sup> – 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<sup>2</sup>. Cependant, la Commission

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 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

tendit à considérer, que seules 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 désignait, 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. En effet, le découplage prend tout son sens, dans un modèle de marché de l'électricité fonctionnant conformément à un idéal de concurrence pure et parfaite. Cette proposition se heurta à une farouche opposition émanant de certains états membres, tels l'Allemagne et la France. Celle-ci pouvait se fonder tant sur la volonté de protéger des *champions nationaux* verticalement intégrés que sur des doutes quant à la nécessité et à l'efficacité économique 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 sectoriel<sup>3</sup>.

---

séparation légale et fonctionnelle à compter de juillet 2004 pour le réseau de transport et de juillet 2007 pour le réseau de distribution

<sup>3</sup> 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<sup>ème</sup> journée franco-allemande de la concurrence – Strasbourg, 19 juin 2008 -, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 18, janvier-mars, pp. 121-125.

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 une telle épreuve de force avec certains états membres. Il n'apparaissait pas, en fait, que le régime précédent d'accès des tiers au réseau se soit avéré particulièrement défaillant dans l'ensemble des Etats membres – à n'en juger que par l'absence de contentieux dans le cas français. L'approche de la Commission pourrait cependant 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 sectoriels<sup>4</sup>. 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 sur un double démantèlement vertical et horizontal des opérateurs historiques et sur la présence de *commercialisateurs* purs s'approvisionnant aujourd'hui sur le marché *spot* et ne pouvant s'intégrer verticalement ou conclure des contrats de long terme<sup>5</sup>. 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 notables exceptions telle 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 technologies<sup>6</sup>. 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

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> de Hauteclouque A. et Glachant J.-M., (2009), "Long Term Energy Supply Contracts in European Competition Policy : Fuzzy not Crazy", *Efficiency, Competition and long Term Contracts in Electricity Markets Workshop*, Florence, January

<sup>6</sup> Tirole J., (1992), « Ownership and Incentives in a Transition Economy », MIT, mimeo, Cambridge, MA.

s'avère, de ce fait, 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'étranger. D'autre part, les nouveaux entrants ne constituent souvent qu'une frange concurrentielle relativement peu menaçante pour ces derniers. Il convient, en effet, de prendre en considération à la fois 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, la volonté d'imposer un 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, l'électricien allemand 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 anticoncurrentielles<sup>7</sup>. Ce faisant, les autorités de la concurrence pourraient être en mesure, au travers de remèdes structurels au fil des décisions individuelles, de mettre en œuvre progressivement un *ownership unbundling*.

Notre article se structurera en trois sections. Une première fait le point sur l'analyse faite par la Commission en matière de fonctionnement du marché intérieur de l'électricité. Elle met en lumière les facteurs pouvant justifier la mise en œuvre de telles mesures structurelles. Une deuxième section évalue la nécessité de mettre en œuvre un tel *unbundling* et présente une analyse critique des propositions de la Commission. Une troisième section montre 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

---

<sup>7</sup> Spector D., (2008), "Competition Policy in the Energy Sector: Squaring the Circle?", *Concurrentes*, n°2-2008, pp.50-56.

d'espèce considéré. Il pourrait donc en dériver donc une tentation de réguler la concurrence au travers des décisions individuelles en matière concurrentielle...<sup>8</sup>.

## **I – 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'électricité (I-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 enjeux majeurs du secteur. Ceux-ci tiennent à l'absence de traitement discriminatoire en matière d'accès des tiers au réseau d'une part et à l'existence de signaux de prix à même de susciter des investissements collectivement optimaux<sup>9</sup> (I-2). Il s'agit 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).

### ***I - 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 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

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.



Commission proposait de réglementer les investissements réalisés par des firmes originaires de pays tiers.

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 à son morcellement 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 pour investir en vue d'accroître la capacité des interconnexions transfrontalières. En effet, de tels investissements risquent 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. Celles-ci doivent en effet 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. Ceci est d'autant plus marqué que 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 concurrentiel<sup>10</sup> 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 positions des opérateurs historiques apparaissent insuffisamment contestées par de nouveaux entrants ou par des opérateurs dominants dans d'autres pays membres. Ceci tient en grande partie, selon la Commission, au maintien de l'intégration verticale des opérateurs. De cette dernière peut découler des conditions discriminatoires ou inéquitables 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 marché<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>. 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 difficile<sup>13</sup>. Ce qui facilite d'autant les stratégies de manipulation des cours<sup>14</sup>. Par exemple, lors de la pointe de demande – c'est-à-

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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)

<sup>12</sup> Lévêque F., (2006), « La mise en œuvre du droit de la concurrence dans les industries électriques et gazières – problèmes et solutions », *Concurrences – Revue du droit de la concurrence*, n°2.

<sup>13</sup> Le *Rapport de surveillance des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel* établi par la Commission de Régulation de l'Énergie donne un exemple pleinement représentatif de la difficulté de repérer l'éventuelle occurrence de pratiques anticoncurrentielles au sein du marché électrique au travers du cas de la très nette hausse de la sensibilité des cours de l'électricité sur le marché au jour le jour au dernier trimestre 2007.

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

<sup>14</sup> 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 États-Unis, Joskow (2006) considère que les prix observés sont conformes à ceux que l'on pourrait attendre d'un fonctionnement concurrentiel des marchés.

dire quand la consommation d'énergie électrique est maximale – il n'est guère aisé de faire la part des choses entre une analyse en termes de rente de rareté et une interprétation en termes 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. Elle permet en effet 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 mêmes de rente de rareté<sup>15</sup>.

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. Elle peut aussi conduire à sanctionner à tort des entreprises jouant le jeu de la concurrence<sup>16</sup>.

Une telle crainte peut justifier le recours à des remèdes structurels telle la séparation patrimoniale des activités de transport et de production à un contrôle *ex post* des comportements de marché, lequel est exposé, du fait de la difficulté de caractériser d'éventuelles pratiques comme anticoncurrentielles, à la survenance de risque de seconde

---

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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

espèce. Un tel risque est susceptible de conduire à un niveau d'investissement collectivement sous optimal du fait de la dégradation des incitations à l'investissement...

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 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'entraves 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, après la 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. 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 est volontairement gêné 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 historique. 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'investissement<sup>17</sup> et peut servir de fondement à des stratégies de forclusion du marché<sup>18</sup>. 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, ce qui est le cas de l'Antitrust américain mais surtout à construire des marchés concurrentiels<sup>19</sup>. Le respect d'éventuelles mesures correctives de nature comportementale n'étant guère aisé à contrôler pour la Commission<sup>20</sup>, des mesures structurelles peuvent apparaître, à ses yeux, comme particulièrement intéressantes.

Ainsi selon N. Kroes, les solutions alternatives au découplage effectif « are excessively complicated. They need expensive “Chinese Walls” and lots of regulation. And experience in

---

<sup>17</sup> “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.*

<sup>18</sup> 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), *Ibid.*

<sup>19</sup> Si historiquement le Sherman Act de 1890 visait à préserver le processus de marché contre les pratiques de *monopolisation* mises en œuvre par les grandes entreprises, la politique de concurrence européenne a visé en premier lieu à accompagner – si ce n'est construire – un marché intérieur unifié.

Gifford D.J. and Kudrle R.T., (2003), “European Union Competition Law and Policy: How much Latitude for Convergence with the United States?”, *The Antitrust Bulletin*, pp.727-752.

<sup>20</sup> Le retour d'expérience de l'affaire Microsoft et plus particulièrement l'arrêt du TPICE du 17 septembre 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.

Europe as well as in the United States suggests that weak solutions do not deliver sufficient network investment<sup>21</sup>”. Une telle position s’explique en très grande partie par sa défiance vis-à-vis du respect par les firmes des remèdes comportementaux et plus 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 efficace, définitive et surtout peu coûteuse aux difficultés de contrôle des agissements de marché des opérateurs verticalement intégrés<sup>22</sup>.

### *I- 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 Pollitt<sup>23</sup> en 2007 et par Lévêque et al.<sup>24</sup> en 2009 permettent de brosser un tableau d’ensemble des principales conclusions des recherches académiques et des retours d’expériences. Ces derniers mettent en perspectives les mérites, les limites mais aussi les risques associés à chaque schéma organisationnel.

---

<sup>21</sup> 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<sup>th</sup>.

<sup>22</sup> “Ownership unbundling is a cleaner, one-off, less intrusive form of intervention in the market”.

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

<sup>23</sup> Pollitt M., (2007), “The Arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks”, *Working Paper*, CWPE 0737 and EPRG 0714, August, 35p.

<sup>24</sup> Lévêque F., Glachant J.-M., Sagan 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.

Quatre principaux schémas d'organisation sont dénombrés par Pollitt<sup>25</sup>. Le premier correspond à l'Independent Transmission System Operator (ITSO). Il s'agit du modèle 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. Elle 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. Celui-ci recouvre le cas de gestionnaires 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, dans ce cadre, gérer ce dernier en toute indépendance, conformément aux prescriptions de la seconde génération de directives<sup>26</sup>. 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 à la fois 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 économique<sup>27</sup>. 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'efficience significatifs. En prenant en considération un cadre théorique fondé sur

---

<sup>25</sup> Nous excluons un modèle hybride observé au Chili et en Argentine.

Pollitt M., (2007), *op. cit.*

<sup>26</sup> La filiale en charge de la gestion et de la maintenance des réseaux doit être juridiquement distincte du reste du groupe, établir ses propres comptes et assumer la responsabilité de décider des investissements nécessaires pour entretenir et développer le réseau.

<sup>27</sup> Cremer H., Crémer J. and De Donder P., (2006), "Legal vs. Ownership Unbundling in Network Industries", *IDEI Working Paper*, July, 35p.

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 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 séparation<sup>28</sup>. Il en va de même pour les évaluations de certaines expériences nationales, au premier rang desquelles, celle de l'Angleterre et du Pays de Galles<sup>29</sup>. Ces gains 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 ceux-ci soient absolus (refus d'accès) ou relatifs (conditions d'accès discriminatoires). Le second tirerait profit de choix 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.

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> "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.



Un premier critère permettant de jauger l'efficacité de la réforme structurelle tient à l'impact du découplage sur l'intensité de la lutte concurrentielle. Si à court terme, il prévient d'éventuelles discriminations<sup>30</sup>, il n'en demeure pas moins qu'il risque de se traduire par des concentrations horizontales dans le segment de la production. Les firmes dé-intégrées pourront consacrer le produit de cession de leur activité de transport à des opérations de croissance externe. Ces dernières risquent néanmoins d'aggraver le caractère oligopolistique du marché européen. En matière de régulation sectorielle, il apparaît cependant 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 une réduction du risque d'interférences ou d'interventions arbitraires des pouvoirs publics, susceptibles de faciliter leurs décisions d'investissements.

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'approvisionnement<sup>31</sup>. Il convient cependant de tenir compte de l'impact de l'*unbundling* sur le coût du capital des opérateurs concernés<sup>32</sup>. 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. Non seulement le profil de risque sera plus facilement appréhendé par les apporteurs de capitaux mais la prime de risque exigée sera significativement moindre dans la mesure où les flux de recettes liés à l'activité de transport sont caractérisés par une bien moindre volatilité que ceux liés à l'activité de production, lesquels sont directement exposés à la volatilité des cours sur les marchés de l'électricité. Cependant, de façon symétrique, les investissements de

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Defeuilley C. et Meunier G., (2008), « Gestion du risque et intégration verticale dans l'électricité », in LARSEN, *Les imperfections des marchés électriques libéralisés*, pp.60-83.

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<sup>33</sup>. Le découplage affecte aussi très significativement les coûts de transaction<sup>34</sup>. 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 précédemment conclus.

Enfin, si la dé-intégration verticale se traduit par la création de 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 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 consommateurs<sup>35</sup>.

Enfin, le découplage vertical crée 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 internationales, 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. 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

---

<sup>33</sup> 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*.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Une stricte – et donc coûteuse – régulation serait alors nécessaire pour contrecarrer ses effets négatifs. 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.

potentiellement intéressante en termes d'incitations à l'investissement et de promotion d'un marché intérieur unifié.

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. Ces derniers comparent 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). Ils montrent qu'aucun schéma organisationnel ne l'emporte intrinsèquement sur les autres. 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 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 incitative<sup>36</sup>.

Il convient de souligner que 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

---

<sup>36</sup> Benitez D., (2007), “Analyzing the Transmission System in the Electricity Industry”, *World Bank Working Paper*, July.

décisions d'exploitation et de développement du réseau au sein d'une même entité<sup>37</sup>. Ensuite, mettre en œuvre un schéma de régulation incitative peut apparaître comme assez difficile. 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 lucratif<sup>38</sup>. Le *legal unbundling* (LTSO) répond à certaines des insuffisances des autres modèles en termes d'adéquation d'investissement. Il n'est pas non plus pénalisé par des coûts de transactions et de coordination excessifs. Il laisse néanmoins pendant l'un des principaux problèmes mis en avant par la Commission dans l'enquête sectorielle, la possibilité de comportements discriminatoires à l'encontre des nouveaux entrants<sup>39</sup>. Il serait donc nécessaire, dans ce cadre, qu'un fort contrôle régulateur 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 »<sup>40</sup> et s'avère, comme nous l'avons noté, pour le moins sceptique quant à l'effectivité des mesures comportementales. Ce faisant, sa préférence pour l'*ownership unbundling* peut facilement s'expliquer. Elle 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

---

<sup>37</sup> Joskow P., (2006), "Patterns of Transmission Investment", in Lévêque F., (sd.), *Competitive Electricity Markets and Sustainability*, Edward Elgar, pp.131-186.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.*

<sup>40</sup> "The complex, intrusive and resource intensive regulatory approach for network operators (and regulators) will be avoided"

Lowe P. et al., (2007), *Ibid.*

car aptes à répondre aux enjeux de l'adéquation de capacités). De façon un peu caricaturale, il serait possible de craindre que la suppression d'une imperfection de marché à court terme ne fasse courir le risque d'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 marché<sup>41</sup> 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 atteint en l'absence d'intervention<sup>42</sup>. 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 de favoriser des concentrations anticoncurrentielles et de réduire l'efficacité du pilotage du système électrique<sup>43</sup>.

## **II – 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

---

<sup>41</sup> Deakin S. and 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Relevons cependant à nouveau 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...

défendu par la Commission (II-1) et au compromis définitivement adopté par le Parlement (II-2).

### ***II - 1 – La préférence communautaire pour l’*unbundling****

Les directives de première et seconde générations avaient, dans la logique de la théorie des facilités essentielles<sup>44</sup>, imposé 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. Il s’agissait également de prévenir la mise en œuvre de subventions croisées entre segments monopolistiques et segments ouverts à la concurrence au sein d’opérateurs historiques ainsi que le développement de stratégies de ciseaux tarifaires de la part du groupe verticalement intégré<sup>45</sup>. 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 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.

---

<sup>44</sup> Haeclocque (de) A., Marty F. and Pillot J., (2009), “The Essential Facility Doctrine in European Competition Policy: The Case of Energy sector”, *Working Paper LARSEN*, à paraître.

<sup>45</sup> Relevons que ces stratégies de ciseaux tarifaires, centrales dans de nombreuses décisions tant internes (Direct Energie / EDF en 2007) que communautaires (Deutsche Telekom en 2003), ne sont pas reconnues comme anticoncurrentielles dans le cadre de la jurisprudence concurrentielle américaine. En effet, dans le cadre de son arrêt *linkLine* (*Pacific Bell Tel. Co. v linkLine Comm. Inc*, February 25<sup>th</sup>, 2009), la Cour Suprême a considéré qu’elle n’avait pas à s’attacher à l’articulation des prix de gros et de détails, sous peine de prendre en charge de missions de régulation des prix et de s’exposer à des risques de décisions infondées. Il appartient dans ce cadre au plaignant d’apporter la preuve de la mise en œuvre d’une stratégie de prédation, preuve beaucoup difficile à constituer aux Etats-Unis qu’en Europe. Dans la mesure où la jurisprudence *Brooke Group v. Brown and Williamson Tobacco* de 1993 impose de démontrer à la fois que les prix pratiqués s’inscrivent en dessous des coûts du prédateur et que ce dernier sera bien en mesure de récupérer ses « investissements » une fois sa proie évincée du marché.

Ernst D., (2009), “The US Supreme Court rejects the price squeeze theory, noting that the upstream and downstream claims should be considered separately (*linkLine*)”, *e-Competition- EU Competition Law e-bulletin*, July, n°1.

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. Seule une participation minoritaire sans contrôle pouvait être admise. 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 attractive<sup>46</sup>”.

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 au civil<sup>47</sup> (*private enforcement*). 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

---

<sup>46</sup> Willis P. and Hugues P., (2008), *op. cit.*

<sup>47</sup> 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.

l'intensification de la concurrence sur les marchés de l'électricité serait plus facilement réalisable au travers de cessions de capacités par certains opérateurs historiques<sup>48</sup>.

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 nationaux<sup>49</sup>. 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 concernées<sup>50</sup>. Enfin, les trois dernières dimensions à prendre en considération sont relatives aux principes de proportionnalité, de subsidiarité et de libre mouvement des capitaux<sup>51</sup>.

Au vu des difficultés induites par la solution du découplage effectif, il serait possible de s'interroger sur les fondements théoriques 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 entrants<sup>52</sup>. 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

---

<sup>48</sup> Bien que ce genre de remèdes puisse dans certaines circonstances favoriser l'émergence ou la stabilisation de situations de dominance collective par exemple en renforçant l'homogénéité des membres de l'oligopole en termes de coûts ou de portefeuille de technologies de production ou en augmentant le nombre de contacts multi-marchés.

Marty F., (2009), « La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes : incertitudes économiques et insécurité juridique », *Economie et Institutions*, n°10, à paraître.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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 ».

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

<sup>51</sup> Hugues P. and Willis P., (2008), *op. cit.*

<sup>52</sup> "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, 30<sup>th</sup>.



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 (TFE), 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 marché<sup>53</sup>. 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 technique<sup>54</sup>.

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

---

<sup>53</sup> Marty F. et Pillot J., (2009), *op.cit.*

<sup>54</sup> 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.

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 américaine<sup>55</sup>.

De nombreuses décisions communautaires, qu'elles portent sur des droits de propriété intellectuelle (Magill, IMS ou Microsoft) ou sur des actifs physiques (GVG), se caractérisent par un recours pour le moins extensif à la TFE<sup>56</sup>. Des décisions emblématiques en matière d'industries de réseaux, notamment GVG<sup>57</sup>, 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 d'une structure de concurrence effective dans ces derniers. Une telle préférence est quasiment constitutive d'une politique de régulation 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*<sup>58</sup> (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, alors que certaines décisions précédentes, comme Bronner (1998), maintenaient certains garde-fous<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Areeda P. (1990), 'Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles', *Antitrust Law Journal*, vol. 58.

<sup>56</sup> Pour une synthèse, voir

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

<sup>57</sup> 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

<sup>58</sup> 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

<sup>59</sup> Marty F. et Pillot J., (2009), *op.cit.*

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. 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'EDF<sup>60</sup>. 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'investissement<sup>61</sup>. Cependant, 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.

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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 du découplage effectif 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...

## ***II - 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 I.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 devraient 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 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 [...] » (considérant 8bis). 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<sup>ème</sup> considérant). Ces garanties reposent donc sur deux piliers. Le premier tient à des mesures organisationnelles portant sur la gouvernance interne 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*. 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'efficience à court et à long termes est par exemple centrale dans la position de la Commission européenne sur les *merchant lines*<sup>62</sup>. 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 nationaux<sup>63</sup>. 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 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.

---

<sup>62</sup> De Hauteclocque A. and al., (2009), *op. cit.*

<sup>63</sup> De Vries and Hakvoort, (2002), "An Economic Assessment of Congestion Management Methods for Electricity Transmission Networks", *Journal of Network Industries*, vol. 3(4)

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'efficience de long terme a été trouvée avec le régime des *merchant lines*<sup>64</sup>. 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 plus nuancée dès lors que les capacités en question sont développées non par des opérateurs de réseau indépendants (de type ITSO)<sup>65</sup> 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.

Il apparaît que 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.

---

<sup>64</sup> de Hauteclouque A. and Rious V., (2008), "Regulatory Uncertainty and Inefficiency for the Development of Merchant Lines in Europe", 7<sup>th</sup> Conference on applied infrastructure research, Berlin, November.

<sup>65</sup> 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)

### III – Remèdes structurels, régulation et politiques de concurrence

Il n'en demeure pas moins que le compromis adopté par le Parlement européen en avril 2009 fait que la mise en œuvre d'une telle politique va devoir 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 présentent l'intérêt, pour la Commission, de faire l'objet d'une bien moindre pression politique...<sup>66</sup>.

#### *III.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*<sup>67</sup>. 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<sup>68</sup>. 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'autre de l'Atlantique

---

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> Perrot A., (2004), « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Économie publique*, 14-2004/1

<sup>68</sup> Il est possible de voir dans un tel projet prométhéen (pour reprendre l'expression de David Gerber, 1998) l'influence de l'École de Fribourg – l'ordo-libéralisme – laquelle, à l'inverse de la synthèse Post-Chicago actuellement dominante aux États-Unis, considère que les positions dominantes sur le marché ne sont pas intrinsèquement transitoires mais au contraire pérennes et inductrices de pratiques anticoncurrentielles. Une intervention sur les structures mêmes du marché est alors considérée comme nécessaire (Cooper et al., 2005). Gerber D., (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century in Europe : Protecting Prometheus*, Clarendon Press.

Cooper J.C., Froeb L., O'Brien D.P. and Vita M., (2005), "A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy", *Vanderbilt University Law School – Law and Economics Working Paper Series*, n° 05-11, 17p.



en la matière se reposeraient dès lors<sup>69</sup>. 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. 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 2003<sup>70</sup>.

Il est possible de lire, à l'instar de Damien Gérardin<sup>71</sup>, 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<sup>72</sup>. 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

---

<sup>69</sup> 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)

<sup>70</sup> 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.*

<sup>71</sup> Gérardin D., (2005), *op. cit.*

<sup>72</sup> Il est à relever que l'Antitrust américain est beaucoup plus soucieux que son homologue européen de prévenir des erreurs de type II (condamner à tort une firme). En effet, alors que les situations de monopole sont communément considérées comme spontanément peu pérennes aux Etats-Unis du fait du processus même de marché, à l'inverse les effets d'une mauvaise décision peuvent s'avérer des plus durables, du fait de la règle du précédent (*stare decisis* doctrine) très influente en matière de *Common Law*.  
Easterbrook F., (1984), "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, 63-1.

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 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.

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 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 concertée. 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 considérée<sup>73</sup>. 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. 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. Ainsi, la Commission –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 raisonnables<sup>74</sup> pour répondre aux difficultés que connaît la construction du marché intérieur de l’électricité<sup>75</sup>.

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 considérée<sup>76</sup>. 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

---

<sup>73</sup> “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.*

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> “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.*

<sup>76</sup> “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.*

concurrence par rapport à la situation antérieure au projet de concentration considéré. La position de la 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"<sup>77</sup>. 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 2007<sup>78</sup>. 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*) pour obtenir l'accord de la Commission dans son projet de prise de contrôle de l'opérateur allemand. Un deuxième exemple, emblématique s'il en est,

---

<sup>77</sup> Bishop S. and Lofaro A., (2004), *op.cit.*

<sup>78</sup> "...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.*

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.

Le premier canal de réalisation d'un démantèlement vertical peut donc 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 directe<sup>79</sup>.

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"<sup>80</sup>. 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. Il est possible d'illustrer notre propos par quelques exemples significatifs de telles pratiques.

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 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 indépendant<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Willis P. and Hugues P., (2008), *op cit.*

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> VEBA/VIAG, affaire COMP/M.1673

Un deuxième exemple de remèdes structurels imposés 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 français<sup>82</sup>. 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 Rhône<sup>83</sup>. 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 hongrois<sup>84</sup>.

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 gazier<sup>85</sup> ou de la fusion entre Suez et GDF<sup>86</sup>. 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 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

---

<sup>82</sup> EDF / EnBW, affaire COMP M.1853

<sup>83</sup> Le rachat d'Hidroelectrica 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 / Hidroelectrica del Cantabrico, affaire COMP/ M.2432

<sup>84</sup> E.On/ MOL, affaire COMP/M.3696

<sup>85</sup> Dong / Elsam/ Energi E2, affaire COMP /M.3868

<sup>86</sup> Gaz de France / Suez, affaire M.4810, 14 décembre 2006.

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 yeux<sup>87</sup>. 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 gaz<sup>88</sup>. L'acceptation de ces propositions et *l'ownership unbundling* qui en a résulté constituent pour Willis et Hugues<sup>89</sup> 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.

Citons enfin comme dernier exemple, les engagements proposés le 8 juillet 2009 par GDF Suez en réponse à l'enquête préliminaire de la Commission quant à un éventuel abus de position dominante dans le secteur gazier français<sup>90</sup>. GDF Suez, condamné le même jour, dans une autre affaire, à une sanction pécuniaire de 533 millions d'euros pour une entente avec E.On quant à une répartition des marchés français et allemands<sup>91</sup>, a proposé à la Commission comme remède structurel, une réduction significative de ses réservations à long terme portant sur les capacités d'importation de gaz en France. Pour la Commission, les réservations opérées par le groupe risquent d'avoir pour effet de verrouiller le marché français en interdisant son accès aux tiers. La proposition de ce dernier de réduire ses réservations à moins de 50 % de la capacité installée devrait selon la Commission permettre d'augmenter la contestabilité du marché français<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> 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).

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> "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.*

<sup>90</sup> Communiqué de Presse de la Commission européenne du 8 juillet 2009, IP/09/1997.

<sup>91</sup> Communiqué de Presse de la Commission européenne du 8 juillet 2009, IP/09/1999.

<sup>92</sup> Notons que, conformément à l'article 9 du règlement 1/2003, les engagements de GDF Suez seront publiés au *Journal Officiel de l'Union Européenne* (JOUE), le 9 juillet 2009 et que les parties intéressées auront deux mois pour présenter leurs observations.

### *III. 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 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 gazière<sup>93</sup>.

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 infrastructures<sup>94</sup>. 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.

---

<sup>93</sup> Papandropoulos P. and Tajana A., (2006), "The Merger Remedies Study – in Divestitures we trust", *European Competition Law Review*, 443.

<sup>94</sup> 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.*



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 encourait<sup>95</sup>. 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 dominants<sup>96</sup>, 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.

Pour reprendre les termes de Mackaay<sup>97</sup>, 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

---

<sup>95</sup> Spector D., (2008), *op.cit.*

<sup>96</sup> Kolasky W.J., (2004), « What is Competition, A Comparison of US and European Perspectives », *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp.29-53.

<sup>97</sup> 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

une forte insécurité juridique<sup>98</sup>. 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 structurels<sup>99</sup>.

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 perspective avec le démantèlement horizontal qui a été mis simultanément en œuvre et la situation particulière de surcapacités qui caractérisait le marché britannique au moment de la libéralisation ? 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 capacités<sup>100</sup> demeurent quelle que soit la structuration verticale de l'industrie<sup>101</sup>. 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

---

<sup>98</sup> Marty F., (2007), « 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.

<sup>99</sup> "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.

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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.*

autre. La construction d'un marché concurrentiel par des règles d'organisation<sup>102</sup>, 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 Tajana<sup>103</sup> 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 directement ou indirectement la possibilité de créer ou de renforcer une position de dominance collective...

---

<sup>102</sup> Hayek F., (1973), *Droit, législation et liberté*, Quadrige, PUF, Paris, nouvelle édition 1995

<sup>103</sup> Papandropoulos P. and Tajana A., (2006), *op. cit.*