

L'ABUS DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE DANS LE SECTEUR DE L'ÉLECTRICITÉ

Nicolas PETIT¹ & Norman NEYRINCK²

Introduction

En 2005, lors de l'ouverture de son enquête sectorielle sur le domaine de l'énergie, la Commission européenne (la « Commission ») s'était émue de la concentration des marchés, des méthodes de formation des prix de possibles exploitations de pouvoir de marché.³ Une fois n'est pas coutume en matière d'enquêtes sectorielles, la montagne a accouché d'une souris. En 2007, un silence assourdissant entoure le rapport final de la Commission au sujet de l'existence ou non, de positions dominantes collectives.⁴ A peine la Commission fait-elle référence à de possibles situations de collusion tacite.⁵

Une telle lacune est d'autant plus surprenante que l'oligopole est une structure de marché répandue dans le secteur de l'électricité, empiriquement observable dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne (l'« UE »), en dépit de la persistance ponctuelle de situations de monopole ou de position dominante individuelle. Le Royaume-Uni,⁶ l'Allemagne,⁷ les Etats scandinaves,⁸ l'Espagne,⁹ l'Italie,¹⁰ la Pologne,¹¹ pour ne citer que les exemples les plus connus,¹² sont caractérisés par l'existence de structures de marchés n'impliquant qu'un petit nombre d'acteurs susceptibles d'opter, en dehors de tout accord exprès, pour une stratégie de parallélisme des comportements néfaste à la concurrence.

¹ Professeur de droit, Université de Liège (nicolas.petit@ulg.ac.be).

² Assistant, Université de Liège ; avocat au Barreau de Liège (norman.neyrinck@ulg.ac.be ; n.neyrinck@avocat.be).

³ Décision de la Commission du 13/06/2005, ouvrant une enquête dans les secteurs du gaz et de l'électricité, COMP/B-1/39.172 (électricité) et 39.173 (gaz).

⁴ Pas une fois il n'est même question de la notion d'abus de position dominante collective. Il est cependant vrai qu'au stade d'une enquête sectorielle, la Commission ne procède généralement pas à la qualification juridique formelle de ses constatations.

⁵ Commission européenne, DG Competition report on energy sector inquiry, 10 January 2007, SEC(2006)1724, (ci après l'« enquête sectorielle ») Partie II, p.192, para. 580.

⁶ Quadripole composé de British Energy, E.ON UK, RWE et EDF Energy.

⁷ Quadripole composé de E.ON, RWE, Vattenfall Europe et EnBW.

⁸ Quadripole composé des entreprises Vattenfall, Fortum, Statkraft et E.ON Nordic.

⁹ Quadripole composé de Endesa, Iberdrola, Union Fenosa et HC Energia.

¹⁰ Tripole composé de Enel, Edison, et ENI.

¹¹ Bipole composé de BOT et PKE.

¹² Voyez F. DOMANICO, « Concentration in the European Electricity Industry – The Internal Market as Solution », *Energy Policy*, 2007, p. 5068.

Tableau 1 : Dénombrement des principales¹³ entreprises productrices d'électricité et aperçu de leurs parts de marché cumulées (2007)

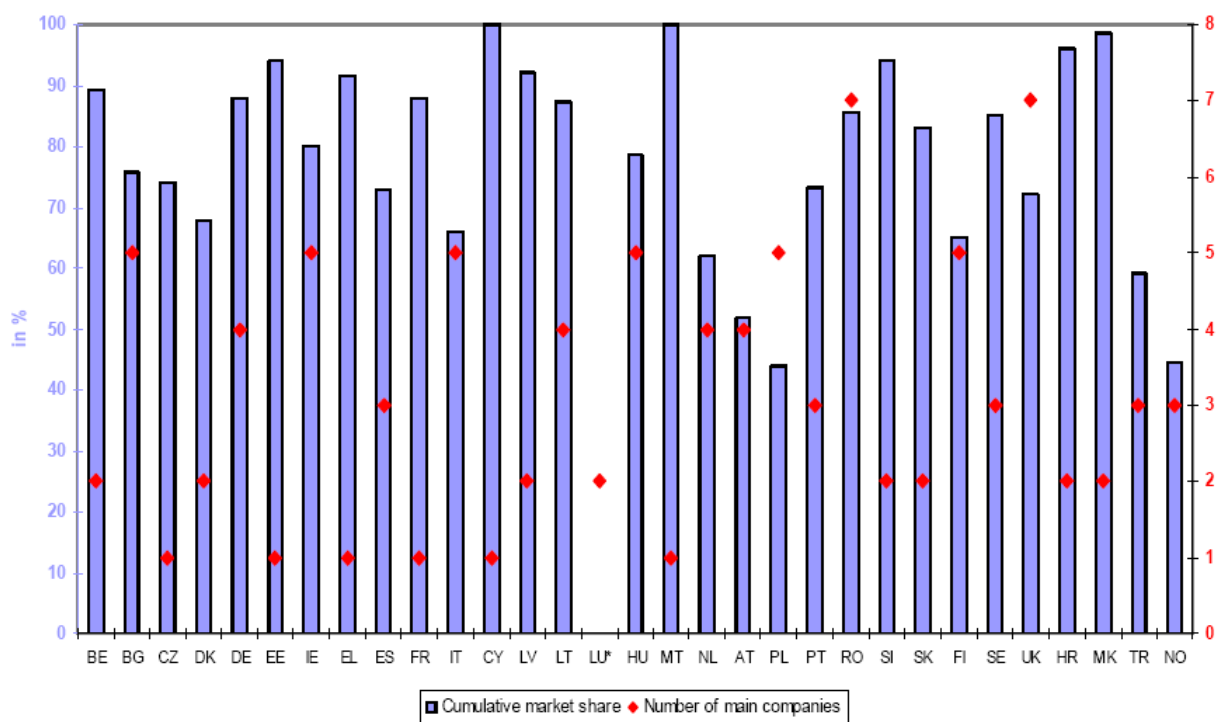
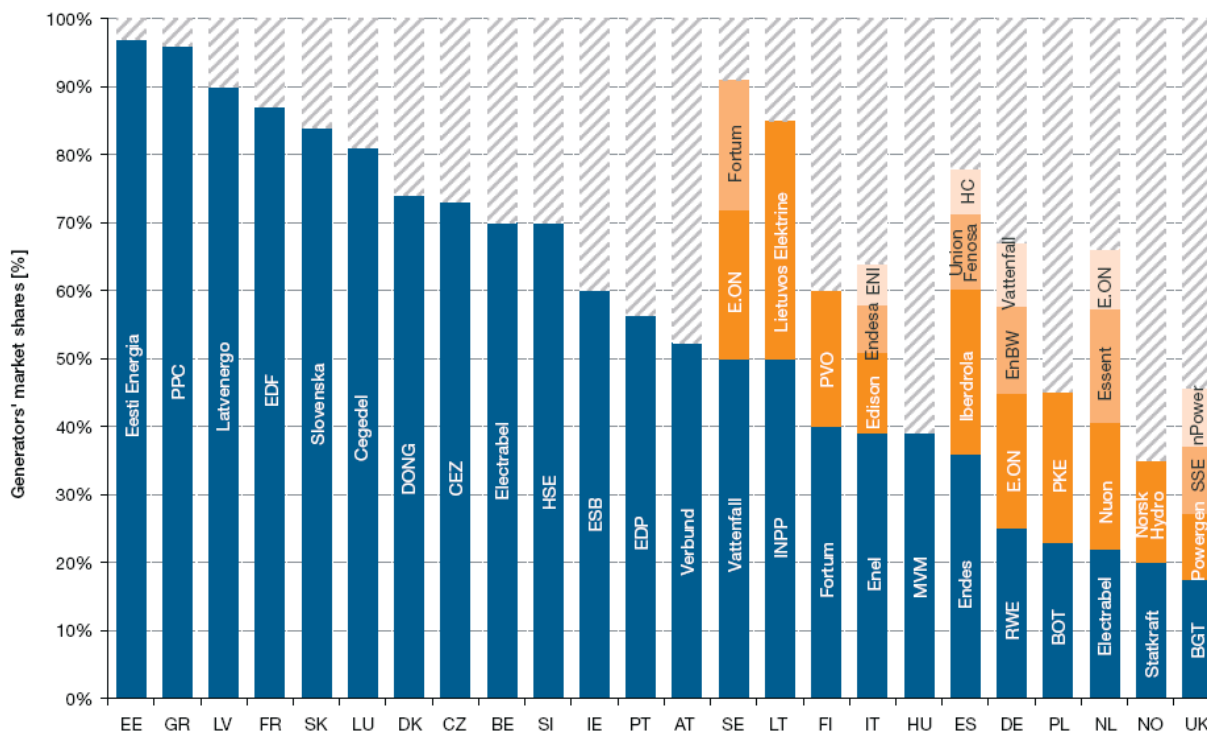


Tableau 2 : Concentration du marché de la production d'électricité (2006)¹⁴

¹³ Les entreprises sont considérées comme "principales" si elles produisent au moins 5% de la production nationale nette d'électricité. Source : J. GOERTEN, D. GANEA, *European electricity market indicators 2007*, Eurostat - Data in focus, novembre 2009.

¹⁴ Source : Capgemini, *European Energy Markets Observatory*, 2006, p. 25



On constate également que trois opérateurs contrôlent à eux seuls plus de 70% des capacités de génération d'électricité dans quinze Etats membres.¹⁵

Dans un futur proche, la polarisation des marchés autour d'oligopoles devrait encore s'accroître. Cela est vrai, d'abord, sur les marchés qui ont tôt fait le choix de l'ouverture à la concurrence. Déjà organisés en oligopoles, la tendance actuelle y est à un resserrement des structures de marché, alimentée par le souci de groupement des capacités de production dans un marché gourmand en capitaux.¹⁶ La vague de fusions-acquisitions qu'a connue le secteur ces dernières années¹⁷ – que l'on songe aux opérations *VEBA/VIAG*, *Iberdrola/Scottish Power*, *Enel/Endesa*, *British Energy/EDF*, *Vattenfall/Nuon* – ne semble pas devoir s'arrêter à court terme. Et si l'on y songe bien, les autorités de concurrence, plus friandes de régulation que d'interdictions dans le secteur de l'énergie,¹⁸ n'ont érigé dans l'ensemble qu'un obstacle bien mince au surcroît de concentration structurelle apporté par ces opérations.

¹⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, 11 mars 2009, {SEC(2009) 287}, COM/2009/0115 final, p.5.

¹⁶ C. DEFFEUILLEY, *La concurrence de détail dans l'électricité. Soubassement théorique, état des lieux, perspectives*, Larsen Working Paper n°5, 2007, p. 10 (disponible à l'adresse : <http://www.gis-larsen.org/fr/Working-Papers-9.html>).

¹⁷ S. VERDE, "Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the EU merger policy", *Energy Policy*, 2008, p. 1125; A. WEITBRECHT; "EU Merger Control in 2006 – The year in review", *ECLR*, 2007, p.129.

¹⁸ Voyez : M. PIERGIOVANNI, « EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An analysis of the

Mais cela est aussi vrai des marchés sur lesquels les anciens monopoles d'Etat – en France et en Italie, par exemple – se sont maintenus dans les faits. La position des opérateurs historiques devrait se déliter dans les années à venir, sous l'effet notamment des mesures correctives administrées par les autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations (cessions d'actifs, centrales virtuelles et autres mise à disposition de capacités).¹⁹ L'hypothèse la plus probable est alors celle de la formation d'oligopoles par déconcentration. Dans un tel cas de figure, il ne peut être exclu que l'opérateur historique s'emploie à sauver ce qu'il peut de sa rente, en tentant de coaliser les nouveaux entrants autour d'une stratégie de parallélisme des comportements préférable à toute autre situation de concurrence frontale. En cela, l'absence d'interconnexions suffisante entre les réseaux nationaux de distribution d'énergie devrait assurer la persistance, au moins temporaire, d'oligopoles nationaux, séparés les uns des autres.²⁰

A supposer toutefois que l'intégration du marché européen de l'énergie permette, à moyen terme, la dislocation de ces marchés oligopolistiques nationaux, on ne peut exclure l'hypothèse de la formation d'un vaste oligopole de taille européenne. Ainsi, plusieurs auteurs prédisent l'apparition d'une famille de « sept frères » de l'électricité endéans les dix prochaines années.²¹ Déjà, l'acquisition par les « champions nationaux » d'entreprises situées au-delà de leurs frontières habituelles réduit le nombre d'acteurs indépendants, la diversité des contrôles, et préfigure la constitution d'un tel oligopole.²²

Tableau 3 : Implantation géographique des principaux opérateurs électriques (2010)²³

European Commission's Decisional Practice on Remedies », *Journal of Network Industries*, 2003, p.227.

¹⁹ L'opération de fusion EDF/EnBW, a ainsi été subordonnée par la Commission européenne à la mise à disposition par EDF de 6 000 Mégawatts de capacité de production à ses concurrents sur le marché français. Décision de la Commission du 7 février 2001, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun, *EDF/EnBW*, COMP/M.1853.

²⁰ Le Royaume-Uni, l'Irlande, et la péninsule ibérique constituent à cet égard de véritables « îlots d'électricités » dont l'isolement du reste du marché commun est susceptible de se maintenir encore de nombreuses années. Voyez J. PERCEBOIS, « Les missions du régulateur face aux comportements opportunistes des opérateurs dans un marché dérégulé de l'électricité (cas de l'Europe) », *Revue de l'Énergie*, 2004, p. 294.

²¹ Voyez S. THOMAS, « The seven brothers », *Energy Policy*, 2003, p. 403. Voyez également : M. CODOGNET, J. GLACHANT, C. HIROUX, M. MOLLARD, F. LÉVÊQUE, et M. PLAGNET, *Mergers and acquisitions in the European electricity sector - cases and patterns*, CERN Centre d'économie industrielle, juillet 2003, p. 131 (disponible à l'adresse : <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU.pdf>).

²² *Ibid.* Ces mêmes auteurs font valoir que les pressions exercées par les autorités publiques afin d'affaiblir la domination des anciens monopoles d'Etat ont principalement pour effet de provoquer des échanges d'actifs entre opérateurs dominants.

²³ Tableau réalisé par nos soins sur la base des informations disponibles sur le site des différents opérateurs.

| | AU | BE | BU | FR | EL | ES | GE | HU | IT | NL | PL | PT | SK | SW | UK |
|------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| Centrica | | | | | | X | X | | | X | | | | | X |
| E.ON | | | X | X | | | X | X | | X | X | | X | X | |
| EDF | X | X | | X | | X | X | | X | | X | | X | | X |
| ENEL | | X | X | X | X | X | | | X | | | X | X | | |
| Iberdrola | | | | X | X | X | | X | | | X | X | | | X |
| RWE | X | X | | | | | X | X | | X | X | | X | | X |
| Suez/GDF | | X | | X | | X | X | X | X | X | X | X | | | X |
| Vattenfall | | | | | | | X | | | X | X | | | X | X |

Cette étude permettra en outre d'éclairer un certain nombre de débats relatifs à l'organisation du secteur de l'électricité. Parmi ceux-ci, la question du degré de transparence optimal des marchés de l'électricité. L'enquête sectorielle fut l'occasion pour la Commission de reconnaître qu'une transparence toujours accrue est susceptible de faciliter la collusion entre entreprises. L'autorité européenne a cependant arrêté une orientation claire sur le sujet: des efforts doivent continuer à être faits en vue d'une plus de transparence du secteur, et les restrictions à la publication d'informations doivent être l'exception.²⁴ Dans cette optique, une meilleure compréhension de la notion de position dominante collective peut aider à déterminer les informations qui peuvent être divulguées, et celles qu'il est nécessaire de retenir.

Pour toutes ces raisons, il est sans doute utile de s'intéresser, à titre prospectif, à la notion d'abus de position dominante collective, prévue à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), et reprise dans la plupart des ordres juridiques nationaux de la Communauté. Pour rappel, l'article 102 TFUE s'applique à « *l'exploitation abusive, par une ou plusieurs entreprise, d'une position dominante* ». Si tout le monde connaît bien l'abus de position dominante individuelle, ou encore la position dominante collective en contrôle des concentrations, dans le secteur électrique, la notion d'abus de position dominante collective n'a fait au mieux l'objet que de réflexions intuitives et ponctuelles. Au regard des difficultés rencontrées pour établir l'existence d'un pouvoir de

²⁴ Un accroissement de la transparence serait requis, selon la Commission, pour atténuer l'asymétrie d'information existante entre les opérateurs verticalement intégrés et leurs concurrents ainsi que pour établir la confiance des investisseurs et encourager l'entrée de nouveaux opérateurs. Enquête sectorielle, Partie II, p.189, para. 572 ; voyez aussi M. SLOTBOOM, « Antitrust rules and the energy sector inquiry », in M. ROGGENKAMP et U. HAMMER (éd.), *European Energy Law Report V*, Intersentia, Anvers, 2008, p. 6.

marché individuel dans le chef d'entreprises actives sur les marchés de l'électricité,²⁵ la notion d'abus de position dominante collective, soumise à un autre test probatoire, peut venir utilement compléter l'arsenal des autorités publiques. Il faut cependant admettre que les contours de cette notion demeurent incertains. Il est vrai que l'analyse économique s'intéresse principalement à l'étude des structures de marché ou aux phénomènes de collusion tacite.²⁶ Egalement émue par le resserrement des marchés, la doctrine juridique a pu, à l'occasion, pressentir la possibilité d'appliquer l'abus de position dominante collective aux comportements des oligopoleurs présents dans le secteur électrique.²⁷

On serait donc tenté de dire que l'oligopole est dans l'air du temps. En effet, les réticences bien connues de la Commission à l'application de l'article 102 TFUE sur les marchés oligopolistiques ne semblent plus s'appliquer au secteur de l'électricité. La Commission a adopté il y a peu une décision relative à l'opérateur allemand E.ON, suggérant qu'elle perçoit l'abus de position dominante collective comme un instrument de régulation dévoilant d'intéressantes potentialités dans le secteur énergétique.²⁸ Pour qui en douterait, on se contentera de rappeler qu'il s'agit de sa première décision évoquant l'abus de position dominante collective depuis 10 ans.²⁹

La présente contribution a donc pour objet l'étude de la notion d'abus de position dominante collective et l'examen de l'efficacité d'un tel instrument pour contrôler les défaillances de marché survenant au sein du secteur de l'électricité. Le cas échéant, nous tenterons de donner

²⁵ L'enquête sectorielle mettait ainsi en lumière le fait que des entreprises productrices d'électricité pouvaient exercer un pouvoir de marché à certains intervalles temporels en dépit de parts de marchés limitées. Enquête sectorielle, partie II, p.134, para. 408. Sur cette question, voyez : M. van der WOUDE, « Unfair and excessive prices in the energy sector », *European Review of Energy Markets*, 2008, p. 119 ; C. BOLLINO et P. POLINORI, *Measuring Market Power in Wholesale Electricity Italian Market*, août 2008 (disponible à l'adresse: www.ssrn.com).

²⁶ Voyez notamment : C. HOGENDORN, « Tacit Collusion in Capacity Investment: The Role of Capacity Exchanges », *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, The Berkeley Electronic Press, 2007, Article 25; N. FABRA, J. TORO, « Price Wars and Collusion in the Spanish Electricity Market », *International Journal of Industrial Organization*, 2005, p. 155 ; M. CAIN, F. ALVARADO, « The Impact of Uncertainty on Incentives to Collude in Electricity Markets », *Proceedings of the 8th International Conference on Probability Methods Applied to Power Systems, September 12-16 2004*, Iowa State University, Ames, Iowa, 2004, p. 433 ; T. DOAN HOANG CAU, *Analysing Tacit Collusion in Oligopolistic Markets Using a Co-evolutionary Approach*, mimeo, décembre 2003 (disponible à l'adresse : <http://unsworks.unsw.edu.au>).

²⁷ A. KOTLOWSKI, "Third-party Access Rights in the Energy Sector: A Competition Law Perspective", *Utilities Law Review*, 2006-2007, p. 101

²⁸ Décision de la Commission COMP/39.388 et COMP/39/389, *Marché de gros de l'électricité en Allemagne et Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne*, 26 novembre 2008.

²⁹ P. CHAUVE, M. GODFRIED, K. KOVÁCS, G. LANGUS, K. NAGY, S. SIEBERT, « The E.ON electricity cases: an antitrust decision with structural remedies », Forthcoming in the Competition Policy Newsletter 2009-1.

quelques indications quant au fonctionnement des marchés concernés et aux types de comportements auxquels la notion d'abus de position dominante collective est susceptible de s'appliquer. A notre connaissance, la présente étude est la première à aborder la question de la position dominante collective de manière sectorielle, la plupart des contributions récentes³⁰ privilégiant une approche transversale.

A cette fin, nous proposons dans un premier temps de préciser ce que recouvre, selon nous, la notion d'abus de position dominante collective en droit positif (I). Puis, dans un deuxième temps, nous tentons d'identifier les niveaux de marchés du secteur de l'électricité sur lesquels une position dominante collective pourrait être observée (II). Enfin, nous nous intéressons, à partir d'exemples jurisprudentiels mais aussi d'inférences plus spéculatives, aux types de comportements tombant sous le coup de la notion d'*abus* de position dominante collective (III).

I. A la recherche d'une doctrine de l'abus de position dominante collective

Qu'il s'agisse du concept de position dominante collective ou, plus encore, de celui de comportement abusif, les contours de ces notions demeurent particulièrement flous. Une abondante doctrine juridique s'escrime en effet, depuis plus de 20 ans, à tenter d'identifier ce que recouvre la notion d'abus de position dominante collective. A cet égard, l'affaire *E.ON* de 2009, ayant donné lieu à une décision abrégée d'acceptation d'engagements, n'apporte malheureusement que des éclairages limités.

A. Le contenu matériel de la notion d'abus de position dominante collective

Comme chacun le sait, la théorie économique identifie un risque de "défaillance de marché" propre au fonctionnement des oligopoles.³¹ Dans certaines circonstances, les entreprises d'un

³⁰ Voyez par exemple : B. HAWK et G. MOTTA, « Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem » in E. RAFFAELLI (ed.), *Antitrust Between EC Law and National Law*, vol VI, Bruylant/Giuffré, Bruxelles, 2009 ; J. BRIONES, « From Collective Dominance to Coordinated Effects in EU Competition Policy », GCP, 8 octobre 2009, ; S. STEPHANOU, « Collective Dominance Through Tacit Coordination: The Case for Non-Coordination Between Article 82 and Merger Control "Collective Dominance" Concept », GCP, 8 octobre 2009; F. DEPOORTERE et G. MOTTA, « The Doctrine of Collective Dominance: All Together Forever? », GCP, 8 octobre 2009 ; A. BANICEVIC et M. KATZ, *Collective Dominance In Canada: A New Direction*, GCP, 25 novembre, 2009 (disponibles à l'adresse : <http://www.globalcompetitionpolicy.org/>).

³¹ Voir N. G. MANKIW, *Principles of Economics*, The Dryden Press/Harcourt Brace, New York, 1998, p.10 : Une défaillance de marché survient lorsque le jeu libre de l'offre et de la demande n'assure pas une allocation optimale des ressources. Tel est par exemple le cas, lorsqu'une ou plusieurs entreprises dispose(nt) d'un pouvoir de marché, c'est-à-dire qu'elle(s) peu(ven)t faire monter les prix en réduisant leur production au-delà du niveau qui prévaudrait dans une situation de concurrence effective. On parle dans ce cas d'inefficience allocative. La

oligopole (ci-après, “les oligopoleurs”) parviennent à coordonner leurs décisions en matière de prix, de production, d’investissements, ou autres, et à engranger des profits supraconcurrentiels, sans pour autant conclure un accord explicite.³² Une telle défaillance de marché est généralement connue sous le nom de “collusion tacite”. En droit, cette situation, qui se distingue des interdépendances oligopolistiques de Cournot et de Bertrand est atteinte, sinon exclusivement, du moins principalement, par la notion de « position dominante collective » prévue à l’article 102 TFUE (1). Les décisions de la Commission rendues dans le domaine du contrôle des concentrations corroborent cette constatation.

La définition de ce qui relève du champ de l’abus de position dominante collective est cependant moins aisée. En effet, la jurisprudence administrative rendue par la Commission dans le domaine du contrôle des concentrations ne s’intéresse pas aux comportements abusifs, et ne nous est ici d’aucune aide. C’est donc dans une situation de relative incertitude que nous tentons de définir une doctrine de l’abus de position dominante collective (2).

1. Contenu de la notion de position dominante collective dans l’article 102 TFUE

La position dominante collective est un concept parfois caricaturé, souvent maltraité. Juristes et économistes en présument souvent l’existence dès lors que confrontés à une structure de marché oligopolistique concentrée, indépendamment de son résultat.

Il faut s’intéresser à l’arrêt *Laurent Piau contre Commission*, rendu le 26 janvier 2005 pour comprendre que ce que recouvre la notion de position dominante collective prévue à l’article 102 TFUE.

Un bref rappel des faits s’impose: M. Piau, un agent sportif “non licencié”, tentait d’obtenir du Tribunal l’annulation d’une décision par laquelle la Commission avait classé sa plainte alléguant une violation du Traité par la FIFA. Au soutien de son recours, M. Piau invoque l’article 102 TFUE: il soutient notamment que la FIFA (en tant qu’association d’entreprises indépendantes) détient une position dominante sur le marché “du football” et que les agents

main invisible qui guide le marché ne fonctionne pas de façon optimale. Les externalités, biens publics, asymétries d’information (situations d’information imparfaite), coûts de transaction, rendements décroissants, etc. sont autant d’hypothèses de défaillance de marché.

³² Le néologisme “oligopoleur”, que nous retiendrons pour les besoins de la présente étude, est aussi celui retenu par la Commission européenne dans son glossaire, à l’entrée “oligopole”. Voir *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l’Union européenne*, Commission des Communautés européennes, 2003, disponible à: http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_fr.html#top.

de joueur licenciés détiennent conjointement une position dominante collective sur le marché des services qu'ils prestant.³³ En réponse à cette prétention le juge communautaire déclare dans son arrêt que:

“La constatation de l'existence d'une position dominante collective dépend de la réunion de trois conditions cumulatives: premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ; deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ; troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune (soulignement ajouté)”.³⁴

On reconnaît bien, ici, les conditions juridiques de la dominance collective de l'arrêt *Airtours contre Commission* rendu quelques années auparavant dans le domaine du contrôle des concentrations, puis ensuite codifiées dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales.

S'il est vrai que le litige au principal ne concernait pas un marché oligopolistique, le langage employé par le juge ne laisse aucune place au doute. Le terme “oligopole”, qui avait jusqu'alors été banni des arrêts rendus sur le fondement de l'article 102 TFUE, fait ici irruption dans le vocabulaire du juge communautaire. Qui plus est, cette interprétation a été épousée, à un stade ultérieur, par la Commission dans son document de réflexion sur l'application de l'article 102 TFUE aux abus d'exclusion. Elle y fait appel à l'arrêt *Laurent Piau* pour énoncer que la notion de dominance collective englobe les structures d'oligopoles collusifs.³⁵

³³ TPICE, T-193/02, *Laurent Piau contre Commission*, Rec., 2005, page II-209, §57. La Commission conteste ces prétentions en estimant que la FIFA n'exerce pas, en l'espèce, d'activité économique. Au demeurant, les agents de joueurs licenciés ne sont pas liés par des liens structurels et sont actifs sur un marché qui n'est pas concentré. Voir aussi §64.

³⁴ TPICE, *Laurent Piau contre Commission*, préc., §111.

³⁵ Voir Document de réflexion de la Commission sur les abus de position dominante, 19 décembre 2005, p.16, §46. En outre, tout comme elle l'avait fait au lendemain de l'arrêt *Airtours* avec l'adoption des lignes directrices sur les concentrations horizontales, la Commission a précisé qu'il importait de vérifier que les oligopoleurs parviennent à une *compréhension mutuelle* des modalités de la coordination (C1). Id. §47, p.16. Elle a de plus utilement rappelé que l'ensemble de ces conditions doit être apprécié au crible des caractéristiques de marché usuellement prises en compte dans le domaine du contrôle des concentrations. Ibid. §46. La Commission renvoie à ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, et déclare: “Such a finding may be based on other connecting factors and depends on an economic assessment and, in particular, on an assessment of the structure of the market in question. It follows that the structure of the market and the way in which undertakings interact on the market may give rise to a finding of collective dominance”. La portée de ces précisions reste cependant incertaine. L'Avocat Général KOKOTT a ainsi déclaré dans ses conclusions sous l'affaire *British Airways*, que “la Commission devrait continuer à agir dans le cadre que lui fixe l'article 102 TFUE tel qu'il est interprété par la Cour”. Voir Conclusions de l'Avocat Général, J. KOKOTT sous C-95/04 P, *British Airways plc. contre Commission*, 23 février 2006.

Ce qu'il importe d'indiquer, ici, c'est que tout oligopole n'est pas ipso facto, équivalent à une position dominante collective au sens de l'article 102 TFUE. Seul un substrat d'oligopoles démontrant de facto un caractère collusif effectif nous paraît susceptible d'être appréhendé par l'article 102 TFUE. Le TPICE a ainsi jugé dans son arrêt Laurent Piau, qu' :

“une position dominante peut être détenue par deux ou plusieurs entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, à condition que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective (soulignement ajouté)”.³⁶

Un degré effectif d'apparition de parallélismes de comportement, vérifiable empiriquement, est donc requis pour localiser une position dominante collective dans le cadre de l'article 102 TFUE.

2. Contenu de la notion d'exploitation abusive de la position dominante collective dans l'article 102 TFUE

2.1. Position du problème

Dégagés des problèmes de définition de la position dominante collective, nous devons maintenant nous tourner vers une question plus difficile, celle de l'élucidation de la notion d'abus de position dominante collective en oligopole.

Dans le désert décisionnel entourant la matière, il y a quelques balises jurisprudentielles utiles. On sait d'abord que la position dominante collective n'est pas, en tant que telle, hors la loi. Il s'ensuit que le parallélisme de comportement – le prix coordonné excessif par exemple – qui constitue la position dominante collective, ne peut pas être illégal.

Dans le même ordre d'idées, puisque l'article 102 TFUE n'interdit ni la détention, ni la création d'une position dominante,³⁷ les moyens employés par les oligopoleurs pour atteindre une position dominante sont hors du champ de l'article 102 TFUE.³⁸ Du coup, les pratiques donnant naissance à la position dominante collective, comme par exemple les pratiques de facilitation de la collusion tacite (clauses anglaises, pratiques de signalement, etc.), ne sont pas appréhendées par l'article 102 TFUE.

³⁶ TPICE, *Laurent Piau contre Commission*, préc., §110.

³⁷ Voir J. FAULL and A. NIKPAY (Eds), *The EC Law of Competition*, oxford University Press, Oxford, 1999, §3.05, p.118.

³⁸ C'est cette jurisprudence qui a conduit à l'adoption d'un Règlement en matière de concentrations, afin d'agir préventivement contre l'apparition de positions dominantes. C'est encore cette jurisprudence qui distingue le droit européen de la section 2 du Sherman Act, qui prohibe les pratiques menant à la “monopolisation” d'une industrie.

On sait enfin que l’abus n’est pas nécessairement une stratégie collective. Il peut, comme l’indique le TPICE dans ses arrêts *Irish Sugar contre Commission* et *TACA*,³⁹ s’agir d’une stratégie individuelle. Il faut alors, nous dit le juge que l’abus puisse « *être identifié comme l’une des manifestations de la détention d’une telle position dominante collective* ».

2.2. Proposition

A partir de ces quelques éléments, une tentative de définition de l’abus de position dominante collective nous semble possible. Si ni les pratiques donnant naissance (les pratiques de facilitation, par exemple) à la collusion tacite, ni les pratiques liées à son existence (l’élévation des prix à un niveau excessif, par exemple), ne tombent en tant que telles dans le champ de l’article 102 TFUE, la notion d’abus se loge peut-être dans les pratiques assurant le maintien de la position dominante collective dans le temps. En d’autres termes, c’est dans la dimension “dynamique” – comme le disent les économistes – de la collusion tacite que se trouverait la place de l’article 102 TFUE. A cet égard, ces derniers ont beaucoup à nous apprendre.

Tôt ou tard, toute situation de collusion tacite est susceptible d’être brisée par des pressions externes. Il peut s’agir de l’entrée de nouveaux opérateurs,⁴⁰ mais aussi plus généralement de

³⁹ Voir TPICE, *Irish Sugar contre Commission*, préc., §66: “[...] l’abus ne doit pas nécessairement être le fait de toutes les entreprises en question. Il doit seulement pouvoir être identifié comme l’une des manifestations de la détention d’une telle position dominante collective. [...] Il suffit que ces comportements abusifs se rapportent à l’exploitation de la position dominante collective que les entreprises détiennent sur le marché (soulignement ajouté)”.

⁴⁰ Voir T. PENARD, “Collusion et comportements dynamiques en oligopole: une synthèse”, mimeo, p.6. Tout d’abord, il convient d’écarter la possibilité de sanctionner les comportements stratégiques adoptés en réaction à un évènement endogène. L’évènement type est la déviation par l’un des membres de l’oligopole. Le comportement stratégique qui y est associé est l’activation du mécanisme de représailles. Or, sanctionner les politiques de représailles serait assurément problématique en *pratique*: bien souvent, les représailles consistent tout simplement à faire revenir les prix au niveau normal de concurrence qui précédait la collusion. Et, même quand cela n’est pas le cas, elles prennent souvent la forme de simples stratégies concurrentielles. Voir M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT and J. TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, March 2003, pp.5-6. Or, en pareil cas, il y a de nouveau un sérieux problème d’identification. La perspective d’une autorité est en effet rétrospective par nature: elle n’observe que le rétablissement du jeu concurrentiel sans être en mesure de distinguer s’il est le fait d’un comportement stratégique, ou tout simplement d’un réel basculement de l’oligopole dans une logique concurrentielle. Le propos s’étend à d’autres formes de ripostes, lorsque les oligopoleurs consentent des rabais aux clients de l’opérateur déviant, ou à toute autre pratique d’apparence concurrentielle. A sanctionner les représailles, on prendrait le risque d’interdire des situations de basculement durable dans la concurrence. Le seul moyen d’éviter ce risque serait de laisser s’écouler un long moment afin d’examiner si les prix sur le marché remontent au niveau collusif. On comprend bien que l’intervention serait nécessairement tardive. C’est pourquoi cette hypothèse n’a pas prospéré, ni parmi les économistes, ni parmi les juristes. Il y a en outre un autre problème. Le mécanisme de représailles est consubstantiel à la dominance collective, et l’on peut donc penser qu’il en va de même de son activation. C’est pourquoi il est juridiquement difficile de mobiliser l’article 102 TFUE à son encontre (on se trouve face à un problème de type “poule et œuf”). L’évènement exogène auquel nous ferons ici référence n’existait pas lors de la formation de la collusion tacite, c’est pourquoi la situation est différente.

tout choc exogène (crise économique, saut technologique, modification règlementaire, etc.). Or, lorsque survient un tel évènement, les oligopoleurs modifient parfois leur(s) comportement(s) pour surmonter la perturbation externe et maintenir leur collusion dans le temps. Dans un premier scénario, celui de l'entrée, les oligopoleurs tentent de protéger la collusion tacite des velléités concurrentielles de la nouvelle firme. A cette fin, les oligopoleurs peuvent se livrer à trois types de comportements stratégiques: dissuasion, éviction, ou induction. Les oligopoleurs qui adoptent une stratégie de dissuasion tentent de prévenir l'entrée d'une nouvelle firme au moyen d'un comportement "non-coopératif".⁴¹ Les oligopoleurs qui mettent en œuvre une stratégie d'éviction tentent de sortir une firme fraîchement installée au moyen d'un comportement "non-coopératif".⁴² Les oligopoleurs optant pour une stratégie d'induction tentent d'enrôler dans la collusion une firme récemment entrée, au moyen d'un comportement "coopératif".

Dans un second scénario, celui du choc exogène, ils essaient d'adapter la collusion tacite aux nouvelles réalités de marché. Les oligopoleurs emploient des stratégies commerciales artificielles (abusives) afin de surmonter le risque naturel de dislocation de la collusion tacite (dominance collective) introduit par le choc exogène.

Sous l'angle économique, l'explication est assez simple: de tels évènements élèvent généralement les coûts des oligopoleurs. En conséquence, les profits collusifs s'érodent, et avec eux l'intérêt même de la collusion tacite. Pour chaque firme, l'opportunité d'une stratégie de déviation devient plus séduisante.⁴³ Chaque oligopoleur se trouve donc confronté à un choix stratégique: tricher ou poursuivre la collusion.

B. L'utilité « régulatoire » de la notion d'abus de position dominante collective

La notion d'abus de protection/adaptation présente un triple intérêt pour les autorités de contrôle. Elle est d'abord un instrument de contrôle puissant, qui permet de réguler des marchés non régulés jusqu'alors. Le recours à la négociation d'engagements, structurels et comportementaux, peut ainsi permettre aux autorités d'altérer profondément le fonctionnement du marché en cause. Cela est d'autant plus vrai qu'à la différence des situations de position dominante individuelle, ici, les engagements peuvent être administrés

⁴¹ On parle d'"*entry deterrence*". L'entrée est un élément observable et connu, à la différence des déviations et des politiques de prix. L'entrée d'un opérateur sur un marché est rarement un évènement inattendu. Les intentions de la nouvelle firme se font souvent connaître bien avant leur mise en œuvre effective, par rumeurs, fuites dans la presse, etc. et laissent du temps aux opérateurs en place pour en contrer les projets.

⁴² On parle aussi de stratégies de prédation ou "*predatory strategies*".

⁴³ Le rapport Profit Collusion/Profit Déviation change.

sur l'ensemble des entreprises du marché, et de manière non nécessairement uniforme. Un tel outil, flexible et rapide en ce qu'il est susceptible d'être amorcé au stade préliminaire d'une instruction, peut s'avérer être l'un des principaux leviers permettant d'accélérer le processus de libéralisation de l'électricité dans les États membres. En effet, par le biais d'engagements, la Commission a déjà réussi à modifier le paysage concurrentiel européen en obtenant des cessions d'actifs, des cessions de capacités de production, la modélisation de portefeuilles de contrats, etc.⁴⁴ En ce sens, la jurisprudence européenne admet que l'autorité publique rende obligatoire des engagements très lourds pourvu que ceux-ci soient proportionnés à l'objectif consistant à mettre fin à une infraction au droit de la concurrence.⁴⁵

Deuxièmement, le recours à l'article 102 TFUE et la notion d'abus de position dominante collective présente l'avantage de permettre une correction *ex post* des éventuelles erreurs faites lors du contrôle des concentrations, lorsqu'une autorité de la concurrence laisse se dérouler par mégarde une opération qui aurait dû être interdite pour les effets coordonnés qu'elle génère.⁴⁶ En sens inverse, l'existence d'un outil venant compléter l'arsenal juridique des autorités publiques est à même, par anticipation, d'inciter les autorités à une prudence bienvenue lors du contrôle *ex ante*. Au stade du contrôle des concentrations, il est fréquent de considérer que les erreurs de type I (ou refus d'autorisation pour une opération de concentration qui aurait entraîné un accroissement du bien-être social) sont préférables aux erreurs de types II (ou autorisation donnée à une opération de concentration se traduisant finalement par une réduction du bien-être social) en ce que la réalisation d'une opération de concentration contraire au bien-être social pourrait toujours être sanctionnée ultérieurement – en ce compris par le marché –, tandis qu'une erreur de type I présenterait un caractère irréversible, les parties à l'opération étant fortement susceptibles d'abandonner leur projet d'union dès lors que la fenêtre temporelle pour sa réalisation vient à s'éloigner.⁴⁷ Certaines études suggèrent cependant que dans le secteur de l'électricité les erreurs de type II seraient

⁴⁴ J.-B. SIPROUDHIS, « La mise en œuvre du droit de la concurrence dans le secteur de l'électricité », *Concurrences*, 2009, p.19.

⁴⁵ TPI, T -170/06, *Alrosa contre Commission*, 11 juillet 2007, *Rec*, 2007, p. II-02601, para. 98.

⁴⁶ M. NILSSON, par exemple, critique la décision prise par la Commission d'autoriser l'acquisition de Grange AB par Skydraft et suspecte une sous-estimation par l'autorité de la concurrence des effets coordonnées susceptibles d'apparaître sur le marché suédois de l'électricité. Voyez : M. NILSSON, « Electric power oligopoly and suspicious minds – a critique of a recently approved merger », *Energy Policy*, 2005, p. 2023.

⁴⁷ S. VOIGT et A. SCHMIDT, *Making European Merger Policy More Predictable*, Springer London, London, 2005, pp. 36-38.

plus dommageables en raison de la faible élasticité de la demande.⁴⁸ La possibilité de recourir à la notion d'abus de position dominante collective trancherait le débat en permettant donc tout à la fois de sauvegarder les opportunités commerciales des opérateurs qui souhaitent se livrer à des opérations de croissance externe et de protéger le consommateur des pratiques d'exploitation.

Enfin, puisqu'elle n'appréhende pas la collusion tacite en tant que telle, la notion d'abus par protection ou adaptation évite d'héberger un dispositif indirect, et critiqué, de régulation des prix. On sait les difficultés que l'autorité publique rencontre pour prouver le caractère excessif des prix pratiqués sur un marché.⁴⁹ Cet exercice se trouve pourtant encore compliqué lorsque les prix exercés par les différents opérateurs du marché sont uniformes.⁵⁰ A supposer même que l'autorité de la concurrence parvienne à surmonter ces difficultés de manière acceptable et qu'elle en arrive à interdire aux firmes en oligopoles de maintenir leur prix au niveau problématique, il reste que dans la mesure où l'application de l'article 102 TFUE n'a pas altéré le mécanisme d'unification des prix, les oligopoleurs continueront vraisemblablement à pratiquer un prix collusif supra-concurrentiel. En vérité, un tel contrôle des prix restera sans effet si l'autorité se refuse à indiquer un niveau de prix « plafond » au-delà duquel le prix serait jugé inacceptable, ce qu'elle ne semble au demeurant pas vouloir faire.⁵¹ La définition d'un tel prix aurait en outre pour effet de servir de point de référence aux oligopoleurs, abolissant du même coup le processus dynamique de sélection des opérateurs efficaces par la concurrence sur les prix. Rien n'exclut non plus que le niveau de prix plafond choisi par l'autorité ne soit supérieur à celui que les oligopoleurs auraient sélectionné en l'absence

⁴⁸ J. BARQUIN, L. BERGMAN, C. CRAMPES, R. GREEN, C. van HIRCHHAUSEN, F. LÉVÊQUE et S. STOFT, « The acquisition of Endesa by gas natural : why the antitrust authorities are right to be cautious », *Electricity Journal*, 2006, p. 66.

⁴⁹ M. van der WOUDE, « Unfair and excessive prices in the energy sector », *op. cit.*, p. 100.

⁵⁰ Dans son arrêt *United Brands*, la Cour de Justice établit que pour déterminer si un prix est excessif, il convient « d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, d'examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents ». En cas de parallélisme de prix, le test retenu par la Cour sera donc difficilement mis en œuvre. CJUE, C-27/76, *United Brands c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, 1978, p.207, para. 250.

⁵¹ En pratique, les affaires de prix excessifs instruites par la Commission sont extrêmement rares. Dans de récentes procédures, la Commission a de nouveau refusé de se prononcer sur ces questions. Voir l'affaire *Port of Helinsborg*, où la Commission a écarté une plainte alléguant que le port d'Helinsborg en Suède pratiquait des prix excessifs. Voir décision de la Commission, COMP/A.36568/D3, *Scandlines Sverige AB/Port of Helinsborg*, 23 juillet 2004. Depuis l'an 2000, elle n'a adopté qu'une décision formelle d'abus de prix excessif dans l'affaire *Deutsche Post II*. Voir P. OLIVER, « 'Abuse' of a Dominant Position under article 82 EC », *European Competition Journal*, 2005, p. 320. La minceur de sa jurisprudence administrative en la matière témoigne d'une réticence certaine à procéder à des évaluations et surveillances des prix sur les marchés. Voir M. GAL, « Reducing Rivals Prices : Government-Supported Mavericks as New Solutions for Oligopoly Pricing », *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 2001, p. 38.

d'indication.⁵² Enfin, on rappellera qu'en droit européen, la position dominante n'est pas en soi punissable ; seul son *abus* est condamnable. Or, l'uniformisation des prix résultant de l'adaptation rationnelle des comportements des opérateurs aux conditions de marché, et toute tentative destinée à combattre ce mouvement convergent revenant à s'attaquer à la collusion tacite en tant que telle, on peut même douter de la compatibilité d'une telle action avec l'article 102 TFUE. La définition de l'abus de position dominante que nous proposons présente donc l'avantage de se vouloir mesurée et de ne pas s'en prendre indûment aux pratiques tarifaires des oligopoleurs.

II. Sur quels marchés du secteur de l'électricité l'abus de position dominante collective est-il susceptible de recevoir application ?

La jurisprudence et la littérature s'accordent à dire que le secteur de l'électricité présente de multiples caractéristiques susceptibles de favoriser l'apparition de positions dominantes collectives⁵³. Nous souhaiterions ici identifier plus précisément les marchés du secteur de l'électricité sur lesquels des situations de position dominante collective sont susceptibles d'apparaître.

A. Identification des marchés susceptibles d'être affectés par une position dominante collective.

Le secteur de l'énergie peut être analysé comme étant constitué de plusieurs marchés distincts (gaz, électricité, ...), eux-mêmes constitués de plusieurs sous-marchés. Ainsi, en ce qui concerne le marché de l'électricité, on peut distinguer :

- le marché de la production d'électricité ;
- le marché du transport d'électricité par câbles à haute tension ;
- le marché relatif à la distribution d'électricité par câbles locaux basse tension ;
- le marché de la commercialisation d'électricité ; et,
- le marché de la fourniture d'électricité aux consommateurs.⁵⁴

⁵² Voir J. SHEAHAN, « Problems and Possibilities of Industrial Price Control : Postwar French Experience », *American Economic Review*, 1961, p. 352; F.M. SCHERER and D. ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ème éd., Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, pp. 266-267.

⁵³ D. NEWBERY, *The Relationship Between Regulation and Competition Policy for Network Industries*, Cambridge Working Papers in Economics 0631, Faculty of Economics, University of Cambridge, 2005, p. 17 (disponible à l'adresse <http://ideas.repec.org/p/cam/camdae/0631.html>) : "The list of conditions conducive to collective dominance maps almost exactly on to the characteristics of wholesale electricity markets".

⁵⁴ Voyez A. KOTLOWSKI, *op. cit.* p. 101, selon lequel ces cinq marchés peuvent être distingués en ce qu'ils requièrent des actifs et ressources distincts. Notons que ce découpage d'activités a aussi été retenu par la

Comme la théorie économique le révèle, la constitution d'une position dominante collective est avant tout tributaire de la structure endogène du marché en cause. Selon nous, des cinq marchés préalablement identifiés comme formant le secteur de l'énergie, les marchés de la production et de la fourniture d'énergie semblent à l'évidence présenter des caractéristiques structurelles susceptibles de permettre l'apparition de positions dominantes collectives.

Ainsi, la vente de gros d'électricité a pu être marquée par l'exploitation d'un pouvoir de marché collectif. Le marché spot de vente d'électricité, organisé la veille par procédures de vente aux enchères portant sur la consommation du lendemain, fut l'objet de manipulations des cours. Le modèle anglais du marché organisé obligatoire, notamment⁵⁵, a été le lieu d'exercice d'un tel pouvoir de marché collectif. L'uniformité de la rémunération attribuée aux producteurs dont l'offre était retenue, la transparence de la procédure, et surtout, la fréquence élevée des enchères organisées permirent aux producteurs de dégager d'importantes marges caractérisées par une insensibilité des prix à la baisse des coûts que connut le secteur.⁵⁶

Le préjudice causé par collusion tacite aux consommateurs finals, résultant d'un parallélisme des prix ou d'un retrait des capacités de production, mena à l'abolition du Pool anglais. Dans la plupart des autres Etats européens, si le recours à des formes de marchés organisés se développe progressivement au travers de l'émergence de plateformes boursières d'échanges (EPEX Spot pour la France et l'Allemagne, GME en Italie, OMEL en Espagne,...),⁵⁷ ce type de négoce demeure subsidiaire. A ce jour, c'est encore un modèle de transactions bilatérales pures qui prédomine.⁵⁸ Le respect des règles de la concurrence est alors d'autant plus crucial qu'en droit européen, les manipulations de marché ne sont spécifiquement sanctionnées que lorsque résultant de l'usage d'instruments financiers cotés sur les marchés réglementés.⁵⁹

Commission européenne. Voyez : Décision de la Commission, COMP/M.2684, *EnBW/EDP/CAJASTUR/HIDROCANTÁBRICO*, 19 mars 2002, para. 5.

⁵⁵ Divers indices permettent de suspecter qu'un phénomène similaire émergea en Californie au début du vingt et unième siècle. Voyez L. PULLER, *op.cit.* p. 75.

⁵⁶ D. NEWBERY, *Electricity Liberalisation in Britain : the quest for a satisfactory wholesale market design*, Cambridge Working Papers in Economics CWPE 0496, pp. 13 et 14. Voyez aussi: A. SWEETING, *Market Power in the England and Wales Wholesale Electricity Market 1995-2000*, The Center for the Study of Industrial Organization, Working Paper No 48, 9 août 2004, 48 p. ; R. MACATANGAY, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁷ Voyez : www.epexspot.com ; www.mercatoelettrico.org ; www.omel.es.

⁵⁸ Contrat de gré à gré entre un vendeur et un acheteur d'électricité, qualifié de contrat « Over the Counter ».

⁵⁹ Article 9 de la Directive n° 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, *JO*, 12 avril 2003, L96/16. Voyez P. REDAELLI, « Point d'étape sur la réglementation applicable au marché de gros de l'énergie », *Concurrences*, 2009, p.10, qui

En ce qui concerne la transmission d'énergie, les choses sont en revanche moins évidentes. Certes, les marchés de transport et de distribution semblent à première vue devoir échapper aux situations de position dominante collective. Il est en effet communément admis que les industries de réseaux, basées sur l'exploitation de structures non répliquables, relèvent du monopole naturel – il est toujours moins coûteux d'étendre le réseau existant pour servir un client supplémentaire que de mettre sur pied un nouveau réseau.⁶⁰ Dès lors, la probabilité de l'apparition d'une structure de marché oligopolistique, et a fortiori, d'une position dominante collective sur les marchés de transmission de l'énergie peut paraître faible. Une telle analyse doit cependant être nuancée. Il arrive que la structure de certains réseaux puisse, par exception, permettre le transport d'énergie par des opérateurs de transports concurrents. En effet, le courant électrique peut, dans un certain nombre d'occasions, être véhiculé par des réseaux alternatifs, quoique plus éloignés.⁶¹ Lors du transport d'électricité sur de relativement longues distances, en particulier, l'acheminement de l'énergie peut se faire par plusieurs voies : ainsi, l'électricité produite en France peut-elle être transportée vers les Pays-Bas via l'Allemagne, ou via le réseau belge⁶², et le courant généré en Allemagne peut être acheminé vers l'Italie via les réseaux français, suisse ou autrichien.⁶³

Il ne faut donc pas, selon nous, écarter trop tôt le contrôle des marchés du transport d'électricité au regard de la notion d'abus de position dominante collective. Cela est d'autant plus vrai que les efforts tendant à une plus grande intégration des marchés européens vont dans le sens d'une mise en concurrence des opérateurs de transports.

mentionne à titre d'exception les missions de surveillance attribuées à la Commission française de régulation de l'énergie.

⁶⁰ Voyez : R. EDWARDS, "Application of Federal Antitrust Law to Energy Industries", in W. MOGEL et D. MUCHOW (éd.), *Energy Law and Transactions*, International Institute of Technology, Incorp, 1990, chapter 102, p.5 (feuillet mobile); R. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, Cato Institute, Washington DC, 1999.

⁶¹ A. KOTLOWSKI, *op. cit.*, p. 103 ; L. LAVE, J. APT, et S. BLUMSACK, "Rethinking Electricity Deregulation", *The Electricity Journal*, octobre 2004, p. 13.

⁶² S. NIES, *At the Speed of Light ? Electricity Interconnections for Europe*, Gouvernance européenne et géopolitique de l'énergie, 2009, n°8, pp. 73-77. La Belgique, la France, l'Allemagne, le Luxembourg et les Pays-Bas forment aujourd'hui l'ensemble de territoires électriquement le plus intégré en Europe après la Scandinavie. A eux cinq, ces Etats abritent neuf gestionnaires de réseaux de transport (GRT) différents. Signe de l'intégration progressive de ces marchés, la France, les Pays-Bas et la Belgique ont montré ces dernières années une tendance toujours plus grande à la convergence des prix de l'électricité. Des problèmes de congestion des lignes de transport survenant tant à la frontière germano-néerlandaise qu'à la frontière franco-belge, les deux routes nous semblent devoir être considérées aussi attractives l'une que l'autre.

⁶³ S. NIES, *op. cit.*, p. 95. L'interconnexion des lignes avec l'Italie demeure cependant insuffisante et des problèmes de congestion apparaissent régulièrement à la frontière française, mais aussi avec l'Autriche et la Slovénie.

Si les marchés qui nous intéressent sont principalement ceux de la production et de la fourniture d'énergie, la configuration des réseaux n'est pas sans intérêt pour notre étude.

Premièrement, si la formation de positions dominantes collectives sur le marché du transport de l'électricité n'en est qu'aux prémices, nous croyons que les situations de domination collective gagneront en importance dans les prochaines années avec l'accroissement du degré d'intégration des marchés et la mise en concurrence progressive des gestionnaires de réseaux de transport (GRT).

Ensuite, l'examen de la structure des réseaux électriques joue un rôle important dans l'analyse des marchés de production et de fourniture, notamment en ce qui concerne la délimitation géographique de ces marchés par les autorités de la concurrence. Ce n'est que lorsque les interconnexions transfrontalières seront suffisantes que le marché européen sera intégré. Aujourd'hui encore, les interconnexions entre réseaux nationaux sont limitées à ce qui est nécessaire à l'accomplissement du devoir de secours entre Etats.⁶⁴ Il en résulte que l'assise géographique des marchés de production et de fourniture est habituellement définie par la jurisprudence comme étant nationale, voire régionale.⁶⁵

L'influence de la structure des réseaux ne s'arrête cependant pas à la seule définition territoriale des marchés. Depuis plusieurs années, différents projets de recherche ont en effet été menés afin de transformer les réseaux en structures intelligentes – les fameuses « *Smartgrids* » – devant permettre le transport d'électricité mais également le transport d'informations obtenues par relevé électronique aux différents stades de la chaîne de production. Si les avancées que ces technologies nouvelles peuvent apporter sont indéniables, tant au niveau de la sécurité d'approvisionnement qu'au niveau des économies d'énergie et de

⁶⁴ J. PERCEBOIS, *op. cit.*, p.294.

⁶⁵ Relevons que la Commission européenne a établi que la définition géographique du marché en cause pouvait être affectée par le comportement des opérateurs du secteur. Ainsi, la Commission a très récemment condamné pour abus de position dominante la société Svenska Kraftnät («SvK»), gestionnaire du réseau suédois de transport, pour avoir segmenté le marché interne en limitant les capacités d'échanges des interconnecteurs entre la Suède et les États membres voisins en période de congestion du réseau. La définition de marchés géographiques étroits n'est pas sans conséquences. Elle limite le nombre d'opérateurs présents sur le marché, et accroît leurs parts de marchés respectives. On peut dès lors déduire de cette affaire que des manipulations des réseaux de transport sont à même de configurer le marché en faveur de l'apparition d'une situation de position dominante collective. Voyez : Communication de la Commission, COMP/B- 1/39.351, *Swedish Interconnectors*, 6 octobre 2009, *O.J.*, C 239/9.

la protection de l'environnement,⁶⁶ le soutien que donne la Commission à ces projets semble se faire en l'absence de toute évaluation des retombées que ceux-ci peuvent avoir en droit de la concurrence.⁶⁷ Le relevé d'informations en temps réel (relatif à la demande des consommateurs industriels ou privés, mais aussi aux capacités de production et à l'état de fonctionnement des centrales génératrices, etc.) pose une fois encore la question des bienfaits d'un accroissement toujours plus grand de la transparence des marchés. Comme nous le verrons plus loin, l'échange d'informations relatives au fonctionnement des industries est à même de faciliter la compréhension de l'intérêt mutuel des entreprises en oligopole ; l'adoption généralisée de technologies intelligentes mettra donc en avant la problématique de la gestion et de l'accès aux informations ainsi récoltées.⁶⁸

Les prototypes de centrales virtuelles (« *Virtual Power Plant* ») faisant application des technologies de l'information aux réseaux de transports nous semblent également pouvoir faciliter l'émergence de positions dominantes collectives. En pratique, une centrale virtuelle est un système de gestion destiné à coordonner la production de générateurs de taille modeste ou ne pouvant produire de l'électricité de manière constante ; l'agrégation des capacités de production permet ensuite la vente d'électricité sur le marché de gros, en concurrence avec les unités de production traditionnelles de taille supérieure.⁶⁹ On sait les difficultés que les énergies renouvelables ont à s'imposer comme source d'énergie fiable. En permettant la coordination des plusieurs sources d'énergie (notamment en assurant un usage prompt des énergies solaire et éolienne dès que les conditions climatiques rendent celles-ci disponibles, afin de tenir en réserve les capacités de production hydroélectriques ou fondées sur l'usage de

⁶⁶ L'adoption généralisée de réseaux intelligents pourrait permettre une réduction globale des émissions polluante de près de 20%, un accroissement de 40% de l'efficacité de production et de 10% des efficacités de transport et de distribution. M. CHEBBO, M. SÁNCHEZ FORNIÉ, « ICT is also part of the solution to climate change » in European Commission, *ICT for a Low Carbon Economy. Smart Electricity Distribution Networks*, Juillet 2009, p. 13 (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/information_society/activities/sustainable_growth/docs/sb_publications/pub_smart_edn_web.pdf).

⁶⁷ Voyez : Z. STANČIĆ, « Foreword by the European Commission », in European Commission, *ICT for a Low Carbon Economy. Smart Electricity Distribution Networks*, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁶⁸ En regard des risques de collusion tacite que nous mettons en évidence dans cette étude, il faut mentionner les effets positifs que le transfert d'informations en temps réel peut avoir sur la concurrence. Le fait d'offrir aux consommateurs la possibilité d'être réactif et de modifier leur comportement en fonction des conditions de l'offre pour, au final, consommer moins ou changer de source d'approvisionnement, tend en soi à améliorer le fonctionnement des marchés. K. PETROV, C. HEWICKER, F. BOISSELEAU et P. NABUURS, « European internal electricity market – What next ? », *European Review of Energy Market*, 2007, p. 13.

⁶⁹ H. HASSENMÜLLER, « Tomorrow's Power Grids. Virtual Power Plants. Power in Numbers », *Pictures of the Future*, Automne 2009 (disponible à l'adresse : http://w1.siemens.com/innovation/en/publikationen/pof_fall_2009/energie/virtkraft.htm).

biogaz),⁷⁰ les centrales virtuelles rendront possible la mise sur le marché de nouvelles capacités de production stables et prometteuses.

Deux difficultés au moins se poseront toutefois au regard du droit de la concurrence. En premier lieu, on relèvera que la gestion coordonnée de différentes sources de production compliquera la mise en concurrence des technologies et réduira les chances de voir la technologie la plus efficace s'imposer sur le marché. Ensuite, il est probable que la réunion d'un portefeuille d'unités de production suffisamment large et diversifié requière la participation de producteurs concurrents – du moins tant que le recours aux sources d'énergie renouvelables ne se sera pas amplifié au point de permettre à chaque opérateur de regrouper ses capacités de production au sein d'un centre de coordination détenu en exclusivité. Or, comme nous le verrons, les situations de contrôle conjoint facilitent l'apparition de positions dominantes collectives en réduisant les incitations à la concurrence, et peuvent se transformer en plates-formes d'échange d'informations.⁷¹

B. Caractéristiques accréditant l'existence d'une position dominante collective sur certains marchés du secteur de l'électricité

1. Observations liminaires

Faisant sienne les résultats des recherches économiques relatives à la collusion tacite, la jurisprudence indique qu'une collusion tacite est uniquement possible si quatre conditions sont remplies. Premièrement, les oligopoleurs doivent partager une compréhension mutuelle mais individuelle des modalités de la coordination. La compréhension commune peut provenir des caractéristiques mêmes du marché, comme par exemple le degré de transparence tarifaire qui y prévaut. Deuxièmement, puisque toute situation de collusion tacite comporte en son sein un risque de déviation, c'est-à-dire le risque qu'un oligopoleur décide soudainement

⁷⁰ The Solarserver, « The Combined Power Plant: the first stage in providing 100% power from renewable energy », *Solar Energy System of the Month*, 14 août 2008 (disponible à l'adresse : http://www.solarserver.de/solarmagazin/anlagejanuar2008_e.html).

⁷¹ A terme, l'emploi de centrales virtuelles détenues exclusivement par chaque opérateur devrait cependant avoir pour effet de globalement réduire les situations de position dominante collective. La constitution de portefeuilles de technologies devrait rendre plus difficile la « lecture » de la position d'opérateurs concurrents. La dissémination géographique des unités de production propres, raccordées à des réseaux nationaux ou internationaux, devrait freiner la constitution de positions dominantes collectives : si les capacités de production de deux centrales à gaz peuvent être semblables indépendamment de leur implantation en France ou en Allemagne, les capacités de production de deux champs éoliens risquent de différer avec les soubresauts de la météo et de fournir des résultats différents selon que l'un est situé en Bretagne et l'autre en Westphalie.

d'adopter une stratégie concurrentielle (on le qualifie alors de "tricheur"), les économistes ont montré que pour se prémunir du risque de déviation et la stabilité de la coordination, les oligopoleurs doivent disposer de mécanismes punition (on parle aussi de représailles), permettant de garantir que chacun adhère à l'équilibre collusif.⁷² Troisièmement, pour que l'incitation à la déviation – l'"ennemi intérieur" de la coordination tacite – soit neutralisée par l'exercice effectif de punitions, il faut que la défection puisse être facilement et rapidement détectée par les autres oligopoleurs.⁷³ La détection d'une déviation dépend essentiellement du degré de transparence du marché en termes de prix, de production, d'investissements, etc. Enfin, toute collusion tacite fructueuse exige, peu ou prou, qu'existent des barrières à l'entrée sur le marché,⁷⁴ à défaut de quoi la stratégie collusive stimulera l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs et, avec elle, la fin de la situation de collusion tacite.

Chacune des quatre conditions (compréhension, détection, dissuasion et non-contestation) doit être "testée" à l'aune des caractéristiques du marché en cause. Ces caractéristiques, diverses, concernent aussi bien les particularismes endogènes du marché (transparence, symétrie des opérateurs, degré de concentration), que des éléments exogènes (réglementation publique, etc.). On distingue traditionnellement les facteurs « plus », qui soutiennent la satisfaction de l'une et/ou l'autre des conditions (similarité des structures de coûts, liens structurels, transparence des prix, etc.), des facteurs « moins » (volatilité de la demande, puissance d'achat compensatrice, etc.).

2. Application au secteur de l'électricité

La jurisprudence et la littérature s'attachent à souligner que le secteur de l'électricité présente de multiples caractéristiques susceptibles de favoriser l'apparition de positions dominantes collectives.⁷⁵ Ainsi, au titre des « facteurs plus » on peut relever que :

⁷² L'existence d'un mécanisme de représailles est une condition impérative de l'existence d'un équilibre collusif stable. Voir G. J. STIGLER, "Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, 1964, p. 46 : "no conspiracy can neglect the problem of enforcement".

⁷³ *Ibid.* La question de la détection a été analysée pour la première fois par G. J. STIGLER. L'auteur y voit l'une des conditions fondamentales d'existence et de stabilité de l'équilibre collusif.

⁷⁴ Voir T. PENARD, "Collusion et comportements dynamiques en oligopole: une synthèse", mimeo, p.3: "La libre entrée est certainement le principal obstacle à la collusion". La définition de la notion de "barrière à l'entrée" fait l'objet de controverses. Génériquement, il s'agit d'un obstacle (économique, réglementaire, stratégique, etc.) qui entrave l'accès d'une entreprise à un marché. Voir OECD, *Barriers to Entry*, 6 Mars 2006, DAF/COMP (2005) 42, p.55.

⁷⁵ Voyez D. NEWBERY, *The Relationship Between Regulation and Competition Policy for Network Industries*, *op. cit.*, p. 17: "The list of conditions conducive to collective dominance maps almost exactly on to the characteristics of wholesale electricity markets".

- comme indiqué précédemment, le secteur requiert la mobilisation d'importantes ressources financières et techniques, engagées sur des périodes de longue durée avec un retour sur investissement tardif, et est propice à l'apparition d'oligopoles ;⁷⁶
- l'énergie en général, et l'électricité en particulier, sont des produits homogènes,⁷⁷ également attractifs quel que soit le producteur ou le fournisseur auquel le client choisit de s'adresser, facilitant de ce fait la compréhension de l'intérêt mutuel, la détection d'une éventuelle déviation de l'équilibre collusif, et la punition d'une telle déviation ;
- les marchés de l'énergie sont aujourd'hui dans la plupart des pays européens des marchés peu susceptibles de connaître une croissance brutale de la demande, et dont la maturité est à même de faciliter la compréhension de l'intérêt mutuel, alors qu'une demande fluctuante requerrait des ajustements constants de l'équilibre collusif, et qu'une demande croissante inciterait de nouveaux opérateurs à pénétrer le marché ;⁷⁸
- l'énergie, bien de première nécessité, est caractérisée par une forte inélasticité de la demande par rapport au prix, facilitant de ce fait la compréhension de l'intérêt mutuel des opérateurs⁷⁹ ;
- l'intégration verticale, par de nombreux opérateurs, d'activités de production et de fourniture, est susceptible d'accroître les barrières à l'entrée par manipulations de prix en amont.⁸⁰

Au niveau de la génération de l'électricité, un certain nombre de « facteurs plus » supplémentaires peuvent être mis en évidence, à savoir :

- l'utilisation de méthodes de production connues, souvent partagées par les différents producteurs et susceptibles de contribuer à une symétrie de la structure des coûts⁸¹ ;
- l'existence de contacts multi-marchés multipliant les possibilités de sanctions entre producteurs présents dans plusieurs Etats⁸² ;

⁷⁶ S. BORENSTEIN, *The Trouble With Electricity Markets (and some solutions)*, PWP 081, janvier 2001, p. 3 (disponible à l'adresse : <http://www.ucei.berkeley.edu/PDF/pwp081.pdf>). J. VILLARREAL et O. MARTINEZ, *Cost Recovery and Investment Incentives in Electricity Markets*, novembre 2006, p. 2. (www.ssrn.com). Voyez aussi C. BARTHÉLEMY, « Considérations hétérodoxes sur la libéralisation du secteur de l'énergie », *Concurrences*, 2009, p. 3. La durée de vie d'une centrale nucléaire est de 40 à 60 ans ; celle d'un ouvrage hydroélectrique de plus de 75 ans. Le retour sur investissement est dit particulièrement tardif en matière d'investissement dans le réseau.

⁷⁷ C. BARTHÉLEMY, « Considérations hétérodoxes sur la libéralisation du secteur de l'énergie », *op. cit.*, p. 2.

⁷⁸ D. PEREKHODTSEV et S. BLUMSACK, "International wholesale electricity markets and generators' incentives", in L. HUNT et J. EVANS (éd.), *International Handbook on the Economics of Energy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, p. 626 ; R. KÜNNEKE, "Electricity networks: how 'natural' is the monopoly?", *Utilities Policy*, 1999, p. 105.

⁷⁹ H.-G. SCHWARZ UND CHRISTOPH LANG, *The rise in german wholesale electricity prices: fundamental factors, exercise of market power, or both?*, IWE Working Paper Nr. 02, 2006, p. 2 (disponible sur www.ssrn.com); S. BORENSTEIN, *loc. cit.*, p. 3.

⁸⁰ F. DOMANICO, « Concentration in the European Electricity Industry – The Internal Market as Solution », *op. cit.*, p. 5072.

⁸¹ La cession obligatoire de centrales de production, imposée par les autorités de régulation afin de déconcentrer le marché, a pour conséquence de répandre parmi les opérateurs le profil des coûts de l'entreprise cédée.

⁸² Une récente étude démontre aussi que les incitations à colluder augmentent avec le nombre de firmes en contact. Les contacts multimarchés peuvent être considérés comme des stratégies permettant aux firmes de reporter du pouvoir de marché et la capacité d'ententes qu'elles avaient sur leur marché historique, vers le marché où elle souhaitent s'implanter, notamment en cédant des parts de marché aux firmes qu'elles souhaitent convaincre de participer à l'accord collusif. Voyez E. BARANES, F. MIRABEL et J.-C., POUDOU, "Energie et politique de la concurrence. Quels liens entre concentrations des marchés et collusion ?", *Revue de l'Energie*, 2007, pp. 152-153.

- la réalisation régulière de transactions sur le marché spot de vente d'électricité, facilitant l'ajustement de l'équilibre collusif et fournissant autant d'occasions de sanctions en cas de déviation⁸³ ;
- l'existence de situations de contrôle conjoint exercé sur des centrales de production communes à plusieurs opérateurs, et facilitant la compréhension (des liens structurels rapprochent les incitations à la coordination), la détection (par le biais d'échanges internes d'informations), la punition (menace d'annulation de projets communs) et la non-contestation de la collusion (possibilité de dissuader les tiers de mettre en cause l'équilibre collusif en tissant des liens structurels avec eux)⁸⁴ ;
- une certaine transparence du marché, facteur dont on connaît l'importance, tant au niveau de la compréhension de l'intérêt mutuel, que de la détection d'une éventuelle déviation.

A cet égard, la doctrine s'attache généralement à souligner le manque d'informations disponibles au niveau du marché de production de l'électricité. Selon nous, cette affirmation doit être tempérée.

Ces dernières années ont en effet été marquées par la prise d'initiatives émanant tant d'institutions publiques que privées, et destinées à renforcer la transparence des opérations réalisées dans le secteur de l'énergie. Parmi les initiatives publiques, on relèvera la publication par le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (ERGEG) d'un code de bonne conduite en matière de transparence et de gestion de l'information dans les marchés de l'électricité⁸⁵. Au titre des initiatives privées, signalons l'existence d'engagements volontaires, pris par un grand nombre d'entreprises européennes de production, de fournir en information les marchés boursiers de commercialisation de l'énergie.⁸⁶ Ainsi, la bourse allemande de l'énergie (European Energy Exchange) rassemble les informations relatives à la production et aux capacités de production des centrales génératrices d'électricité établies sur territoire allemand.⁸⁷

Ces informations sont encore complétées par les offres faites par des sociétés privées de collecte d'informations touchant au fonctionnement des marchés de l'énergie. Les

L'importance des contacts multimarchés doit être particulièrement apprécié au regard du phénomène d'élargissement de l'Union. Il existe en effet un risque de voir les relations collusives installées sur les marchés d'anciens Etats membres s'imposer aux nouveaux Etats dont les marchés présentent des perspectives de croissance élevées. F. DOMANICO, « Concentration in the European Electricity Industry – The Internal Market as Solution », *op. cit.* p. 5073

⁸³ L. PULLER, "Pricing and Firm Conduct in California's Deregulated Electricity Market", *The Review of Economics and Statistics*, 2007, p. 85.

⁸⁴ L'existence de pratiques de contrôle conjoint semble être chose fréquente dans le secteur de l'énergie. C'est notamment la norme en Suède où toutes les centrales nucléaires du pays (44% de la production nationale d'électricité) sont détenues conjointement par les opérateurs locaux. C'est encore le cas en Finlande et en Norvège où, dans ce dernier cas, 30% de la production nationale est générée par des centrales hydroélectriques contrôlées conjointement. Voyez : Report from the Nordic competition authorities, *A Powerful Competition Policy. Towards a more coherent competition policy in the Nordic market for electric power*, n° 1/2003, pp.34-24 et 54-55. Voyez aussi : E. AMUNDSEN et L. BERGMAN, « Will Cross-Ownership Re-Establish Market Power in the Nordic Power Market ? », *The Energy Journal*, 2002, p. 74. Les liens structurels sont aussi très importants dans le secteur de l'énergie espagnol, comme l'illustre la décision de non-opposition rendue par la Commission le 5 juillet 2007 (COMP/M.4685 - *Enel/Acciona/ Endesa*).

⁸⁵ Guidelines of Good Practice on Information Management and Transparency in Electricity Markets, E05-EMK-06-10, 2 août 2006. Voyez www.ergreg.org.

⁸⁶ O. WASENDEN, "The Road Towards Transparency in European Electricity Markets", in M. ROGGENKAMP et U. HAMMER (éd.), *European Energy Law Report V*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 80.

⁸⁷ European Energy Exchange : <http://www.eex.com/en/Transparency/Power%20plant%20information>.

sociétés Genscape et Entras,⁸⁸ offrent ainsi à leurs clients une gamme très étendue d'informations, relatives entre autres :

- aux capacités de production de centrales génératrices d'électricité ;
- à leur production effective ;
- à la consommation d'intrants de ces entreprises ;
- leurs émissions de CO₂ ;
- aux variations de flux sur les réseaux.

Les informations fournies par ces sociétés sont disponibles à l'égard des centrales de production établies dans un nombre significatif d'Etats membres (Allemagne, France, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg, Italie, Espagne, République tchèque et Pologne), et mises à jour en temps réel par mesure des radiations électromagnétiques émises par les différentes centrales.

Toutes ces informations contribuent à remettre en cause le postulat initial selon lequel le marché de la production d'énergie manquerait trop de transparence pour permettre l'émergence d'une situation de position dominante collective. En effet, la publication des chiffres réels de production permet la détection des déviations, celles des capacités de production est à même de crédibiliser les menaces de sanctions. La publication d'informations annexes peut également faciliter la compréhension de l'intérêt mutuel, comme c'est le cas avec la publication des émissions CO₂, à même de révéler indirectement une partie des coûts de l'entreprise visée, lorsque le rejet d'émissions polluantes fait l'objet d'une taxation.

En ce qui concerne le niveau de la fourniture d'énergie l'analyse des caractéristiques du marché révèle, dans le même ordre d'idées:

- une grande transparence des offres faites aux consommateurs ;
- l'absence de puissance compensatrice d'achat pour un grand nombre de clients finaux, notamment les ménages, incapables de se grouper pour contester l'équilibre collusif qui leur est imposé⁸⁹ ;
- une grande réticence des consommateurs à changer de fournisseur d'énergie, même confrontés à une offre plus avantageuse, élément susceptible de jouer le rôle de barrière à l'entrée atténuant les risques de contestation de l'équilibre collusif⁹⁰ ;
- l'existence, dans certains pays, d'une réglementation imposant un prix maximum de vente susceptible de faciliter la compréhension de l'intérêt mutuel en établissant un prix de référence autour duquel les opérateurs viendront s'agglutiner⁹¹.

⁸⁸ Voyez : www.genscape.com et www.powermonitor.org.

⁸⁹ Voyez R. MACATANGAY, "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", *Energy Policy*, 2001, p. 339 : "The share of electricity costs in a typical household budget is thought to be too small to elicit a major response".

⁹⁰ Le taux de changement de fournisseur est considéré par la Commission européenne comme étant particulièrement bas dans un secteur où moins de trois consommateurs sur cinq se disent satisfaits de leur fournisseur d'électricité. Voyez : Communiqué de presse de la Commission, "Forum des citoyens pour l'énergie : les consommateurs, les entreprises et les régulateurs adoptent des recommandations relatives à la facturation, au traitement des réclamations et au comptage intelligent", IP/09/1418, 30 septembre 2009.

Dans le même sens, voyez aussi C. DEFFEUILLEY, *op. cit.*, p. 7.

⁹¹ En ce sens, voyez M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, Paris, 1983, p.222. Il est également allégué que l'imposition d'un prix maximum de revente retarde la prise d'initiatives destinées à réduire la dépendance à l'approvisionnement en énergie. Voyez R. MACATANGAY, *op. cit.*, p. 338.

Ces caractéristiques de marché ne peuvent évidemment pas suffire. La quantité d'entreprises actives au stade de la fourniture d'électricité détermine pour beaucoup l'existence d'une position dominante collective. Si le nombre de fournisseurs actifs sur le territoire d'un Etat membre est généralement limité (cfr. **Tableau 4**) on notera que dans certains Etats, un très grand nombre d'entreprises de fourniture sont parfois présentes. Une structure de marché en apparence atomique ne doit cependant pas mener à un abandon prématuré des hypothèses de domination collective. Il est en effet fréquent dans le secteur de l'énergie qu'une abondance d'entreprises formellement indépendantes donne à tort l'impression d'un marché ouvert et concurrentiel. Ainsi, sur les plus de neuf cents fournisseurs d'électricité actifs en Allemagne⁹², les sociétés RWE et E.ON détiennent-elles ensemble des parts dans plus de deux cents d'entre elles.⁹³ L'étroitesse des liens existant entre entités faisant partie d'un même groupe d'entreprises peut requérir alors que leur comportement et leur pouvoir de marché soient appréciés comme ceux d'une entité économique unique.⁹⁴

Suivant un raisonnement similaire, la Cour de Justice de l'Union européenne a pu arrêter, dans une affaire relative à la conclusion de contrats d'achat exclusif entre entreprises locales et régionales actives dans la distribution et la fourniture d'électricité au Pays-Bas :

« Une (...) position dominante collective exige (...) que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché (...) Il appartient à la juridiction nationale d'examiner si, entre les entreprises de distribution régionale d'énergie électrique (...), il existe des liens suffisamment importants qui impliquent une position dominante collective dans une partie substantielle du marché commun. »⁹⁵

L'examen des liens existant entre entreprises est donc à même de réduire significativement le nombre de firmes devant être considérées comme agissant de manière indépendante, et peut permettre de révéler l'existence d'oligopoles sous-jacents.

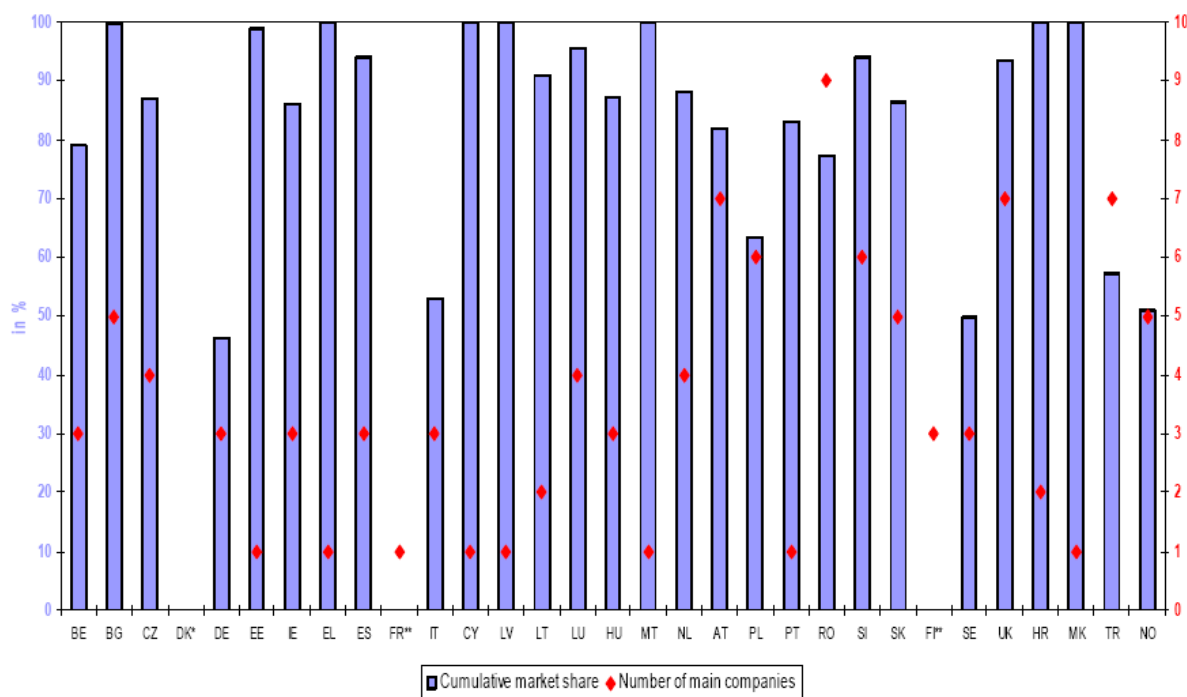
⁹² Assemblée nationale française, Rapport d'information n°1655 sur la deuxième analyse stratégique de la politique énergétique, déposé par la commission chargée des affaires européennes, présenté par A. SCHNEIDER et P. TOURTELIER, 6 mai 2009, p. 130.

⁹³ Communiqué de presse du Bundeskartellamt, 20 décembre 2006, « Bundeskartellamt issues warning to electricity provider on account of excessive electricity prices within the context of CO2 emission allowance trading » (disponible à l'adresse : http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2006/2006_12_20.php).

⁹⁴ "Actions of formally separate transmission and supply divisions can be aggregated as the actions of what is *de facto* a single entity and evaluated according to their overall effect". A. KOTLOWSKI, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁵ CJUE, C-393/92, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avril 1994, *Rec.* 1994, p. I-01477, para. 42 et 43.

Tableau 4 : Dénombrement des principaux fournisseurs d'électricité et aperçu de leurs parts de marché cumulées (2007) ⁹⁶



3. Illustrations tirées de la jurisprudence

Le pouvoir de contrôle des opérations de concentrations entre entreprises donne aux autorités de la concurrence la possibilité d'examiner si les concentrations qui leur sont présentées sont susceptibles ou non d'augmenter la probabilité de survenance de comportements coordonnés.

Deux décisions rendues par la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations, et une troisième, prise dans celui d'investigations pour abus de position dominante collective, nous permettront d'illustrer le mode de raisonnement adopté pour appréhender le risque de survenance de collusion tacite. Nonobstant le fait que ces décisions n'intègrent pas entièrement l'analyse des quatre conditions ci-dessus évoquée (il s'agit soit de décisions antérieures à l'arrêt *Airtours*, soit d'une décisions d'engagements prise sur la base d'une « première analyse » qui ne sera pas poussée plus en avant), elles présentent d'utiles indications quant aux facteurs « plus » et « moins »

a). *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidorelétrica del Cantábrico*

⁹⁶ Source : J. GOERTEN, D. GANEA, *op. cit.* Les entreprises sont considérées comme « principales » si elles détiennent une part de marché d'au moins 5%.

La fusion Grupo Villar Mir/EnBW/Hidorelétrica del Cantábrico réalisée en 2001 fut l'occasion pour Commission européenne de réaliser une étude poussée du marché espagnol de production d'électricité⁹⁷. En l'occurrence, la Commission mit en exergue que le marché espagnol de l'électricité se caractérise par l'existence d'une position dominante duopolistique, les deux producteurs majeurs, Endesa et Iberdrola, détenant alors respectivement 47 % et de 27 % des parts du marché journalier de production d'électricité. La position dominante collective de ces deux entreprises se traduisait encore par leurs capacités de production, leur participation aux ventes sur le marché de gros, et leur capacité à définir les prix dudit marché. Leurs modes respectifs de production d'électricité (production par centrale au charbon ou production hydraulique), disponibles à des horaires différenciés alors que l'offre conjointe des autres opérateurs était insuffisante pour faire face à l'entièreté de la demande, leurs permettaient de garder la mainmise sur la formation des prix.

Pour étayer son analyse, la Commission s'attacha à mettre en évidence l'existence de liens multiples entre les deux entreprises, tant juridiques (propriété partagée de certaines centrales), que structurels (marché homogène et relativement transparent), et à souligner l'existence de nombreuses barrières à l'entrée, telles que d'importants coûts d'installation, un accès limité aux intrants, la diversification nécessaire du parc de production, et la faible capacité d'interconnexion avec la France voisine.⁹⁸

En conséquence, jugeant que l'acquisition des capacités de production de la société Hidrocantábrico par l'entreprise française EDF, via sa filiale EnBW, devait nécessairement causer une réduction des incitants à accroître les capacités d'interconnexions entre la France et l'Espagne, la Commission subordonna son approbation de l'opération à la prise d'engagements par les parties. Ainsi, afin de rendre possible la concurrence d'opérateurs étrangers sur le marché espagnol, la Commission requit et obtint d'EDF l'engagement d'accroître les capacités d'interconnexion entre la France et l'Espagne.

b). *VEBA/VIAG*

⁹⁷ Décision de la Commission, COMP/M.2434, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidorelétrica del Cantábrico*, 26 septembre 2001.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 32 à 41.

La société allemande VEBA lança en 1999 le projet de fusionner avec la société VIAG, concurrente dans le secteur de l'énergie. Après examen, la Commission parvint à la conclusion que l'opération en cause était de nature à créer une situation de position dominante conjointe entre l'entité fusionnée VEBA/VIAG et la société RWE/VEW qui devait émerger sur le marché allemand de la vente d'électricité suite à la notification d'un projet de fusion concomitant.⁹⁹

La Commission pointa l'existence de nombreux éléments de nature à aboutir à l'adoption de comportements parallèles intentionnels. Ainsi, sur un marché géographique limité au territoire allemand en raison d'insuffisances d'interconnexion avec les pays voisins, VEBA/VIAG et RWE/VEW devaient bénéficier, suite à l'opération de concentration, de parts de marchés et de capacités de production élevées et symétriques.¹⁰⁰ La structure des entreprises était analogue : toutes deux étaient verticalement intégrées à tous les niveaux du secteur de l'électricité et disposaient d'une puissance économique, d'un réseau de transport et d'un parc de centrales de dimensions comparables.

En outre, la Commission établit de manière claire que la transparence du marché et l'homogénéité du produit offert ayant pour effet de permettre la détection et la répression de toute pression exercée sur les prix, l'opération était à même d'atténuer à moyen terme la concurrence entre opérateurs. De plus, aucune firme n'étant incitée à faire concurrence à l'entreprise détenant son capital, une série de participations croisées entre opérateurs posait question. Enfin, au titre des éléments devant encourager les entreprises à colluder, la Commission épingle le fait qu'une faible croissance prévisionnelle de la demande inciterait les fournisseurs à défendre leurs parts de vente et à préférer les perspectives d'une rentabilité à long terme obtenues par un relâchement de la concurrence, plutôt que de miser sur le succès à court terme d'une concurrence agressive.

Deux éléments plus particuliers méritent encore notre attention. Il est premièrement intéressant de noter que la Commission fait de la possibilité de renouer avec la répartition de la clientèle qui existait sous le régime des anciens monopoles territoriaux un élément

⁹⁹ Décision de la Commission, COMP/1673, *VEBA/VIAG*, 13 juin 2000.

¹⁰⁰ D'après les estimations de la Commission l'entreprise fusionnée VEBA/VIAG devait représenter 36,3% du marché de la vente d'électricité, tandis que RWE/VEW (entité devant résulter d'un second projet de fusion notifié) détiendrait 38,5% de PDM. Au terme de l'opération VEBA/VIAG devait alors détenir 31,6% des capacités de production disponibles en Allemagne, et RWE/VEW 24,1%.

facilitateur (“Cette longue pratique de chasse gardées facilite un comportement parallèle, dans la mesure où il existe un modèle de comportement approprié”). Deuxièmement, nous relèverons que la Commission a rejeté les allégations relatives à l’existence d’une puissance d’achat compensatoire au motif que soit la demande était fragmentée en une multitude de clients incapables de s’opposer aux producteurs, soit ces mêmes entreprises productrices étaient très largement parties prenantes dans les entreprises situées en aval.

La crainte de voir se développer un duopole dominant conduisit donc la Commission à subordonner l’opération de concentration à de nombreux engagements. VEBA et VIAG renoncèrent donc aux liens juridiques les plus importants qui les unissaient à RWE. Les deux entreprises renoncèrent également à diverses autres participations afin de multiplier le nombre de concurrents indépendants.

c). *Procédure pour abus de position dominante collective par RWE sur le marché de gros de l’électricité en Allemagne*

Suite à une inspection menée dans les locaux de E.ON, la Commission décida d’ouvrir une procédure à l’encontre de cet opérateur pour abus de position dominante collective. La Commission lui reprochait d’avoir retenu des capacités de production et de s’être livré à des pratiques destinées à dissuader les tiers d’investir dans la production sur le marché de gros de l’électricité en Allemagne.¹⁰¹

La Commission établit l’existence d’une position dominante collective, partagée entre E.ON, RWE et Vattenfall Europe, sur la base de plusieurs éléments. Élément primordial, la Commission mit en exergue le caractère stable et important des parts de marché détenues par les trois entreprises (les parts de marchés agrégées approchaient les 70%). Ensuite, E.ON, Vattenfall et RWE contrôlaient l’essentiel des capacités de production, bénéficiaient d’une capacité excédentaire sur le marché de gros et détenaient la quasi-totalité des technologies de production d’électricité bon marché. La Commission s’attacha encore à mettre en évidence le caractère transparent du prix de l’électricité, l’homogénéité du produit vendu et le taux modeste d’accroissement du marché. De plus, les liens structurels existant entre ces trois opérateurs étaient à l’origine d’une grande transparence du marché et permettaient de contrer

¹⁰¹ Décision de la Commission, COMP/39.388 et COMP/39.389, *Marché de gros de l’électricité en Allemagne et Marché d’équilibrage de l’électricité en Allemagne*, 26 novembre 2008.

immédiatement tout écart de l'une des trois entreprises. Enfin, la Commission souligna le caractère réduit de la pression concurrentielle exercée par les importations d'électricité en territoire allemand ou par la menace de nouvelles entrées.

Dans ce contexte, la Commission considéra que posaient des problèmes de concurrence, le fait pour E.ON, d'une part, d'avoir retenu des capacités de production disponibles afin de causer une augmentation des prix sur le marché de gros au détriment des consommateurs, et, d'autre part, d'avoir adopté une stratégie visant à dissuader les entrées sur le marché de la production d'électricité. Selon la Commission, cette dernière pratique s'était traduite par la conclusion, par E.ON, de contrats de fourniture d'électricité à long terme et la formulation d'offres aux concurrents de prendre des participations dans les centrales électriques E.ON.

La Commission décida de clore le dossier lorsque E.ON, confronté aux allégations d'abus d'exploitation et d'abus de position dominante collective,¹⁰² proposa une série de mesures d'engagement. Ainsi, E.ON s'engagea à céder à des opérateurs concurrents plusieurs centrales, ainsi que ses activités de transport¹⁰³.

d). EDF/Segebel

La Commission fut récemment amenée à se prononcer sur l'achat de l'opérateur belge Segebel par la société française EDF¹⁰⁴. Très tôt, le Conseil de la concurrence belge manifesta des craintes quant à l'apparition ou au renforcement d'effets coordonnés à l'issue de l'opération d'acquisition. Ces craintes portaient sur l'apparition de comportements coordonnés entre Electrabel, le principal opérateur sur le marché belge, détenu par le français GDF Suez, et Segebel, dont le contrôle était convoité par EDF, autre entreprise française.

¹⁰² Les engagements pris par E.ON répondaient également à des allégations d'abus – de position dominante individuelle cette fois – supplémentaires, relatives au marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne.

¹⁰³ La situation de position dominante collective existant entre RWE et E.ON fut encore épinglée par la Commission européenne à l'occasion de l'opération d'acquisition du néerlandais ESSENT par RWE. La société ESSENT présentait elle-même la particularité de contrôler l'allemande Stadtwerke Bremen (SwB). L'acquisition de ce dernier actif qui éveilla la méfiance de la Commission. L'autorité européenne de la concurrence fit grief à l'opération, d'une part, d'entraîner la disparition de SwB en tant qu'opérateur indépendant, et, d'autre part, de renforcer les liens structurels unissant RWE à E.ON, cette dernière détenant déjà des parts dans SwB. La Commission autorisa l'opération, moyennant désinvestissement dans SwB. Décision de la Commission, COMP/M.5467, *RWE / ESSENT*, 23 juin 2009.

¹⁰⁴ Décision de la Commission, COMP/M.5549, *EDF/Segebel*, 12 novembre 2009.

La Commission évacua toutes les objections formulées par le Conseil de la concurrence belge au motif que le contrôle des concentrations ne s'intéresse qu'aux aggravations de la situation de concurrence qui résultent directement de l'opération de concentration. En l'occurrence, la concentration n'était susceptible de créer ou renforcer une position dominante collective sur le marché belge qu'au travers de deux facteurs : l'existence de l'Etat français comme actionnaire commun à EDF et GDF Suez d'une part, et la constitution de contacts multi-marchés d'autre part. La Commission considéra que les règles organiques existant entre l'Agence des Participations de l'Etat, gestionnaire des actifs de l'Etat français, et les entreprises EDF et GDF Suez, garantissaient l'indépendance de décision des entreprises et paralysaient les effets négatifs tenant à l'existence de liens structurels entre elles (aucun représentant de l'APE ne siégeait dans les deux entreprises ; aucun canal d'échange d'informations n'existait entre EDF et GDF Suez). En ce qui concerne la mise en place de contacts multi-marchés, la Commission mit en évidence le caractère incertain des effets attribués à une telle configuration de marché dans la littérature économique : si les contacts multi-marchés fournissent plus d'occasions de punir l'opérateur qui dévie de l'équilibre collusif, ils augmentent également les perspectives de gains en cas de déviation.

On ne manquera pas de souligner que si la Commission autorisa l'acquisition de Segebel par GDF Suez c'est bien parce qu'elle *n'aggravait* pas la situation existante. Comme il se doit en matière de contrôle des concentrations, l'autorité européenne refusa d'interroger la situation déjà existante, dénoncée par le Conseil de la concurrence belge comme constituant une situation de position dominante collective¹⁰⁵. Une nouvelle fois est démontré l'impératif qu'il y a à agir *ex post*, lorsque les opérateurs abusent d'une position dominante dont l'apparition n'a pas pu être empêchée par le contrôle des concentrations.

III. Abus de position dominante collective

Comme nous le disions, l'article 102 TFUE ne s'applique pas à une structure de marché, l'oligopole, mais aux pratiques des oligopoleurs. Or, la définition des comportements à considérer comme abusifs reste âprement discutée.

¹⁰⁵ Outre les caractéristiques inhérentes à la vente d'électricité et contribuant à la constitution d'une position dominante collective (homogénéité du produit, inélasticité de la demande, ...), le Conseil de la concurrence faisait valoir que le marché belge était caractérisé par une structure de marché concentrée, une grande transparence (résultant tout à la fois de la petite taille de celui-ci, des efforts de l'opérateur de transport en ce sens, et d'une plate-forme boursière d'échanges), et par l'absence de contestation externe de l'équilibre collusif (l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché belge requerrait des investissements financiers très lourds et la concurrence internationale, au moins en ce qui concerne les importations françaises, devait encore être affaiblie par l'opération d'acquisition en cause). Décision de la Commission, COMP/M.5549, *op. cit.*, para.28 et s.

A. Comportements abusifs de protection dans le secteur de l'énergie

1. Refus collectif d'accès aux réseaux

Quelques affaires ont déjà mené la Commission à évoquer l'abus de position dominante au sujet de refus d'accès à des infrastructures opposés par des entreprises oligopolistiques.¹⁰⁶

Sur cette base, il nous est permis d'avancer que des refus d'accès aux réseaux de transport d'énergie émanant de gestionnaires de réseaux en position dominante collective puissent être considérés comme collectivement abusifs.

Concernant le secteur de l'énergie, une affaire *Marathon*¹⁰⁷ avait amené la Commission à faire droit aux plaintes de la filiale d'un producteur d'énergie américain, à qui avait été opposé un refus conjoint d'accès par les opérateurs continentaux contrôlant les réseaux de transport de gaz. Les opérateurs gaziers continentaux cherchaient à se protéger de l'entrée d'un concurrent sur les marchés en aval de la distribution d'énergie. La Commission fit manifestement droit à certaines de ces prétentions, puisque l'affaire se résolut après transaction avec les détenteurs des infrastructures.

D'après nos informations¹⁰⁸, un accord explicite (et donc illicite) de boycott aurait été conclu entre les opérateurs gaziers continentaux, protagonistes de l'affaire *Marathon*. Cependant, selon nous, cette affaire aurait vraisemblablement pu être analysée sous l'angle de l'article 102 TFUE. Lorsque dans une configuration de marché oligopolistique il est possible aux opérateurs d'adopter des comportements parallèles intentionnels, un refus d'accès réitéré par chacun des gestionnaires de réseaux aux fins d'exclure du marché un concurrent tiers doit être considéré comme collectivement abusif.¹⁰⁹

¹⁰⁶ En ce sens, la Commission a récemment validé l'analyse de l'autorité espagnole de régulation des télécommunications, qui avait jugé les trois opérateurs espagnols de téléphonie mobile en position dominante collective, et projetait à ce titre leur imposer une obligation de fourniture d'accès à certains éléments de réseaux. L'autorité craignait que les oligopoleurs ne cherchent à entraver l'entrée d'opérateurs alternatifs. Voyez N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.482.

¹⁰⁷ Communiqué de presse de la Commission, "La Commission règle l'affaire *Marathon* avec Gaz de France et Ruhrgas", IP/04/573, 30 avril 2004.

¹⁰⁸ OECD, *Roundtable on ensuring access to key capacity for new entrant*, European Commission, DAF/COMP/WP2/WD(2006)11, 6 février 2006, p.7 (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006_feb_access_key_capacity_new_entrants.pdf).

¹⁰⁹ Quelques affaires ont déjà mené la Commission à évoquer l'abus de position dominante au sujet de refus d'accès à des infrastructures opposés par des entreprises oligopolistiques. Selon certains auteurs, cette approche était latente dans la décision de la Commission dans l'affaire *Magill*. Voyez la décision de la Commission,

Le propos s'applique, mutatis mutandis, aux cas de prix excessifs d'accès au réseau.

2. Accaparement des capacités d'interconnexion transfrontalière par plusieurs opérateurs

Dans le même ordre d'idées, signalons l'existence d'une affaire relative à l'accaparement des capacités d'interconnexions transfrontalières du Danemark.¹¹⁰

Dans cette affaire, la Commission considéra que la réservation à long terme de parts substantielles des capacités d'interconnexion d'un Etat est de nature à fausser la concurrence. En l'espèce, la société Statkraft and Elsam, productrice dominante d'électricité dans la partie occidentale du Danemark avait réservé pour une période de vingt ans 60% des capacités d'interconnexion de l'unique câble reliant le Danemark à la Norvège, tandis que les 40% restant avaient été réservés par la société E.ON pour une durée de vingt-cinq ans. Cette dernière avait également réservé 34% des capacités de l'interconnecteur établi entre le Danemark et l'Allemagne.

Face à une structure de marché oligopolistique, la conclusion de contrats à long terme est généralement considérée comme un élément susceptible d'empêcher la survenance de parallélisme des comportements. Nous l'avons vu, des interactions fréquentes et répétées entre les membres de l'oligopole forment autant d'occasions d'ajuster l'équilibre collusif

IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*, 21 décembre 1988, JOCE L 78 du 21 mars 1989, pp.43-51. Voyez aussi : J. SMITH, "Television Guides: The European Court Doesn't Know There's so Much In It", *European Competition Law Review*, 1992, pp.137-138; R. WHISH, *Competition Law*, 5th Ed., LexisNexis-Butterworths, London, 2003, p.474; S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, note 91; M. SCHODERMEIER, "Collective Dominance Revisited; an Analysis of the Commission's New Concepts of Oligopoly Control", *European Competition Law Review*, 1990, 28; B. J. RODGER, "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly", *European Competition Law Review*, 1995, pp.16-17. Dans l'arrêt du TPICE, T-69, 70 et 76/89, *RTE et autres contre Commission*, 10 juillet 1991, *Rec.* 1991, p.II-485 et svts, ou la RTE, la BBC et ITP seront respectivement chacune considérées en position dominante individuelle. Cette conclusion est plus convaincante. Chaque organisme de radiodiffusion se situait sur le marché (distinct de celui des autres) de la vente de ses propres grilles hebdomadaires de programmes et des magazines dans lesquelles elles étaient publiées, sans qu'aucune concurrence n'ait lieu entre les grilles de chacun des organismes. Voir aussi J. TEMPLE LANG, "International Joint Ventures under EC Competition Law", in B. E. HAWK (Ed.), *Fordham Corporate Law Institute*, 2000, p.331, qui estime que l'affaire *IGR Stereo Television-Salora*, traitée sous l'angle de l'article 81, aurait pu l'être sur la base de l'article 82 TCE (voir Commission européenne, XI^{ème} Rapport sur la politique de concurrence, §94).

¹¹⁰ Communiqué de presse de la Commission, "Ouverture des importations d'électricité à avantage de concurrence en Europe septentrionale – Un pas de plus dans la voie de l'établissement d'un marché intérieur de l'électricité", IP/01/30, 11 janvier 2001.

comme d'en punir la déviation, tandis que des transactions plus espacées éloignent la crédibilité des sanctions.

Le communiqué de presse publié n'indique pas clairement sur quelle base juridique la Commission a pu obtenir une libération des capacités de transport des câbles d'interconnexion. Une pratique d'accaparement des capacités d'interconnexion adoptée en parallèle par des opérateurs en position dominante collective nous semble cependant pouvoir constituer un bel exemple de pratique abusive protectrice devant tomber dans le champ de l'article 102 TFUE. Que la pratique en cause fût basée sur des contrats conclus à long terme ne doit pas occulter le fait qu'elle était de nature à abriter les opérateurs danois de la concurrence internationale.

3. Manipulation du marché des permis d'émissions

Depuis plusieurs années, la doctrine et l'analyse économique se penchent sur les possibilités de manipulation des cours du marché des permis de polluer comme instruments d'exclusion. Ainsi, lorsque les permis sont essentiels à la production et que leur mise en réserve est autorisée, une entreprise peut acheter des permis, influencer sur leur cours, et augmenter les coûts des concurrents actuels ou potentiels afin de les évincer du marché de produits lié aux permis.¹¹¹ Ce type de distorsions n'est toutefois possible que si le marché des permis a été conçu de manière trop étroite.

A ce sujet, la littérature économique s'affronte sur la possibilité pour une entreprise d'exercer un quelconque pouvoir de marché relatif au commerce de permis d'émission de CO₂.¹¹² Il est vrai que ce type de distorsions n'est possible que si le marché des permis est conçu de manière étroite. Dans la pratique, le marché européen de permis d'émissions de gaz à effet de

¹¹¹ OCDE, Policy Roundtables, Environmental Regulation and Competition, DAF/COMP(2006)30, p. 74

¹¹² Voyez deux études récentes concluant en sens contraire : G. SVENDSEN, M. VESTERDAL, *CO₂ trade and market power in the EU electricity sector*, Working Paper, 2003 (disponible à l'adresse : http://www.hha.dk/nat/WPER/02-11_gts.pdf) et S. SCHWARTZ, « Exclusion par manipulation des marchés de permis d'émission », *Recherches économiques de Louvain*, De Boeck Université, Bruxelles, 2007/1, p. 95 (disponible à l'adresse : <http://sites.uclouvain.be/econ/DP/REL/2007014.pdf>). La première étude conclut au caractère négligeable du risque de comportement stratégique. Les auteurs admettaient cependant que le risque croît avec le degré de concentration du marché.

serre, multisecteurs et multipolluants, ne semble pas permettre à un seul acteur de disposer d'un pouvoir de marché suffisant pour en manipuler le cours.¹¹³

Plusieurs observations doivent cependant être faites. Premièrement, il faut garder à l'esprit qu'afin d'accroître les incitations à la compression d'émissions polluantes, le nombre de permis disponibles est destiné à se réduire au cours des années à venir.¹¹⁴ Deuxièmement, la tendance allant vers une concentration du secteur de l'énergie et la constitution d'acteurs de dimension européenne, l'obstacle que représente un marché des droits de polluer de taille européenne s'effacera à mesure de l'intégration du marché de l'énergie. Enfin, – et c'est bien là l'objet de ces lignes – le risque d'adoption de comportements parallèles entre les acteurs du secteur tend à rendre concevable la réussite d'une telle stratégie de protection. Les caractéristiques propices à la formation d'une situation de position dominante collective énoncées plus haut et relatives aux *acteurs* en cause doivent être ici transposées (utilisation de méthodes de production connues par chacun des opérateurs, contacts multimarchés, situations de contrôle conjoint, etc.). En ce qui concerne le *marché*, nous relèverons que tout comme l'électricité, les permis sont des biens homogènes et indifférenciés, connaissant une forte inélasticité de la demande et dont le commerce est caractérisé par une transparence de type boursière. De surcroît, la Directive relative aux échanges de quotas d'émission prévoit expressément la possibilité pour les entreprises exerçant une même activité de mettre en commun leurs quotas d'émission pour en assurer une redistribution entre membres du groupement.¹¹⁵ Le recours à une telle structure est évidemment encore à même de renforcer les opportunités d'échange d'informations et de collusion entre membres du secteur.¹¹⁶

Si ces quelques commentaires permettent de reconsidérer l'hypothèse de voir apparaître des comportements stratégiques de protection sur le marché des permis d'émissions de CO₂, nous

¹¹³ O. ROUSSE, « Le rôle des permis d'émission et de l'incertitude dans l'exercice d'un pouvoir de marché sur les marchés de gros de l'électricité. La stratégie de rétention de l'électricité », *Revue de l'Énergie*, 2008, p.83.

¹¹⁴ On notera que cette tendance sera sans doute compensée par la soumission de nouveaux secteurs au régime des permis (notamment l'aviation, dès 2012). Malgré cela, les industries énergétiques continueront à représenter le premier secteur source d'émission de gaz à effet de serre de l'Union, responsable du rejet de plus d'un tiers des gaz à effet de serre de l'Union. Les industries énergétiques représenteront encore plus de la moitié des industries émettrices soumise au régime des droits d'émission de CO₂. Voyez : Commission Européenne, *L'action de l'UE pour lutter contre le changement climatique. Le système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE)*, 2009 (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/environment/climat/pdf/brochures/ets_fr.pdf.)

¹¹⁵ Article 28(1) de la Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, *JO*, 25 octobre 2003, L 275, p. 32.

¹¹⁶ K.-M. EHRHART, C. HOPPE, R. LÖSCHEL, « Abuse of EU Emissions Trading for Tacit Collusion », *Environmental and Resource Economics*, 2008, p. 357.

souhaitons avant tout souligner le risque de voir mises en œuvre des stratégies de protection de la position dominante collective sur des marchés de quota moins amples, moins résistants aux pratiques de manipulation. D'autres marchés existent que le marché européen relatif aux rejets de CO₂. L'Union européenne a ainsi récemment mis en place un régime similaire pour les émissions d'oxyde nitreux (NO_x), principalement relâchées par les centrales à gaz. Des initiatives nationales ont également été prises, notamment en matière d'émissions de dioxyde de soufre (SO₂), relâché lors de la combustion de pétrole ou par les centrales à charbon.¹¹⁷ Les autorités de contrôle de la concurrence doivent donc être vigilantes : les mesures mal calibrées, prises à un niveau géographique restreint, ou ne donnant lieu qu'à une liquidité limitée des titres sont particulièrement susceptibles de permettre l'adoption parallèle de comportements stratégiques de protection.

2. Pratiques de lobbying

En exerçant une influence sur les exigences d'une réglementation sectorielle, une entreprise peut augmenter les coûts de ses concurrents. En effet, lorsque une modification de la réglementation applicable à l'activité concernée a lieu, elle peut entraîner des coûts supplémentaires plus élevés pour un opérateur que pour l'autre. Dès lors, une entreprise qui entrevoit la possibilité de bénéficier d'un tel avantage peut être disposée à faire des démarches, politiques notamment, pour soutenir l'adoption d'un projet réglementaire qui lui serait favorable.¹¹⁸

La récente enquête sectorielle menée dans le secteur pharmaceutique fut l'occasion pour la Commission d'exprimer sa volonté d'agir à l'encontre des pratiques de lobbying aboutissant à des distorsions de marché après manipulation de l'autorité publique.¹¹⁹ Les questions de lobbying peuvent être particulièrement aiguës dans le domaine de l'énergie où les autorités publiques sont déjà normalement portées à l'élaboration de réglementations détaillées en matière de sécurité ou de protection de l'environnement (notamment en raison de l'exploitation de ressources gazières, d'hydrocarbures ou de matières nucléaires).

¹¹⁷ La Slovaquie a notamment été pionnière en matière de lutte contre le rejet de SO₂ par adoption d'un système de quotas. Voyez : http://www.ineris.fr/aielcp/general/index_frame.htm?http://www.ineris.fr/aielcp/fiches/industrie/autres_fiches/gen_sk_so2.htm.

¹¹⁸ OCDE, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁹ La Commission faisait alors état de pratiques mises en œuvre par les entreprises pharmaceutiques innovantes, constituant à démarcher les autorités nationales pour empêcher l'octroi d'autorisations de mise sur le marché de médicaments génériques concurrents. Commission européenne, Enquête Sectorielle dans le domaine Pharmaceutique. Rapport Préliminaire, Synthèse, 28 Novembre 2008, p.10.

L'absence de lien de causalité réel entre la stratégie d'influence déployée par une entreprise et la distorsion de la concurrence subséquente constitue cependant un argument de taille pouvant être opposé à l'intervention des autorités de la concurrence pour sanctionner les comportements stratégiques de lobbying. Somme toute, la décision à l'origine de la fermeture du marché est prise par une autorité publique indépendante, souveraine dans l'adoption de ses décisions, et supposée à même de résister aux influences extérieures.

Il nous semble toutefois que malgré cette objection, l'article 102 TFUE puisse être mobilisé à l'encontre des pratiques de lobbying. Il en irait notamment ainsi toutes les fois où l'intervention d'opérateurs économiques aurait pour effet de priver l'autorité publique des informations nécessaires pour décider en connaissance de cause. Ce type de situation serait susceptible d'apparaître toutes les fois où l'autorité publique subit une asymétrie informationnelle quant au fonctionnement du secteur à régir et que la pratique d'influence a pour effet de faire disparaître l'information qui aurait justifié une autre décision de la part de l'autorité. Une telle configuration factuelle nous semble particulièrement possible lorsque l'information en cause est essentiellement technique et que l'autorité publique n'a pas la possibilité de s'adresser à des opérateurs concurrents pour obtenir une information non biaisée. Les situations de position dominante collective semblent répondre à une telle hypothèse où les différents acteurs du secteur calibreraient de manière parallèle les informations à fournir au régulateur afin de le voir adopter un texte favorable au maintien de la domination collective du marché. Ce genre de situations est facilité par la tendance actuelle qu'ont les autorités à soumettre tout projet de réforme à une procédure de consultation publique au cours de laquelle les contributions de chacun des opérateurs sont publiées sur internet (sur le site du contributeur ou le site du régulateur, au choix).

B. Comportements d'adaptation abusifs dans le secteur de l'énergie

1. Stratégie d'adaptation à un choc exogène : les quotas d'émission

La jurisprudence offre un soutien moins important à la possibilité d'abus d'adaptation. Toutefois, une affaire opposant l'autorité allemande de la concurrence, le Bundeskartellamt, aux entreprises RWE et E.ON, nous suggère quelques réflexions dignes d'intérêt. Dans l'affaire en cause, le Bundeskartellamt reprochait à RWE et E.ON le transfert des coûts de

leurs permis d'émission de CO₂ sur leurs tarifs d'électricité, alors même que ces permis avaient été octroyés gratuitement par la puissance publique. Après avoir constaté que la répercussion de ces coûts n'avait eu lieu que de manière limitée dans d'autres secteurs, le Bundeskartellamt en vint à conclure que la répercussion mise en place par les deux producteurs d'électricité allemand n'avait été possible qu'en raison de l'existence d'une situation de position dominante collective entre eux. L'autorité allemande établit que la limite acceptable de répercussion se limitait à 25% des coûts et clôt le dossier après avoir obtenu des l'engagement de ventes de capacités de production.¹²⁰

Une extrapolation du contexte factuel de cette affaire semble permettre de considérer que toute stratégie de signalement visant à adapter la collusion entre oligopoleurs à la suite de la survenance d'un choc externe – une augmentation de la fiscalité du pétrole, ou une réglementation nouvelle imposant des coûts additionnels aux opérateurs, par exemple –, constitue un abus d'adaptation. Et dire, comme l'ont fait certains, que ceci est intolérable, car il serait normal que, confrontés à une hausse de leurs coûts, les oligopoleurs choisissent de la répercuter telle quelle, n'est pas convaincant. Dans le cas d'un oligopole en collusion tacite, les opérateurs réalisent tous une marge, puisque le prix collusif est supérieur au coût marginal.¹²¹ Ceux-ci peuvent dès lors se livrer concurrence sur l'absorption de l'incrément de coût (comme dans l'exemple du marché des cigarettes en Espagne), plutôt que le répercuter à l'identique.

2. Stratégie d'adaptation à un choc exogène : l'obligation d'investir

Comme nous l'avons déjà évoqué, les retards pris dans l'intégration du marché européen sont la conséquence de capacités d'interconnexions réduites et de problèmes de congestion aux frontières des Etats membres. Si ce constat tient pour partie aux difficultés techniques liées à la mise en place de nouveaux interconnecteurs et au caractère considérable des sommes requises pour en financer la construction,¹²² l'état actuel du réseau européen résulte pour beaucoup des choix d'investissements faits par les opérateurs électriques qui, ces dernières

¹²⁰ Communiqué de presse du Bundeskartellamt du 20 décembre 2006, *op. cit.* ; voyez aussi : M. SLOTBOOM, *op. cit.*, p. 17.

¹²¹ Il existe par définition un espace de profit (prix-coûts) pour chaque oligopoleur.

¹²² Les interconnexions requises nécessitent souvent la pose d'infrastructures sous-marines ou en haute montagne. A titre d'exemple, signalons que le projet d'interconnection France-Espagne entre Baixas et Bescano requiert l'engagement de près de 700 millions d'euros pour la construction 60 kilomètres de ligne. S. NIES, *loc. cit.*, p. 84.

années, ont préféré engager leurs ressources financières dans des opérations de concentration plutôt que dans le développement des réseaux.¹²³

Il est dès lors permis de s'interroger sur la légalité de ces choix qui entraînent un partage des marchés, une protection des territoires nationaux, et permettent aux gérants d'infrastructures de bénéficier de droits de passages particulièrement profitables en période de congestion des interconnecteurs.¹²⁴

Comme nous l'avons exposé, l'existence d'oligopoles sur le marché du transport d'électricité ne relève pas de la première évidence : les gestionnaires de réseau étant actifs sur des territoires *de facto* exclusifs, ils sont le plus souvent considérés être en situation de monopole. Il nous semble cependant que les transports longue distance d'électricité offrent aux opérateurs – à tout le moins sur certaines portions des réseaux européens – la possibilité de moduler le parcours de leurs envois et de mettre en concurrence les offres de plusieurs transporteurs. A bien y réfléchir, la situation des gestionnaires de réseaux s'apparente même alors à une situation de position dominante collective : certes, la transparence du secteur n'est pas parfaite,¹²⁵ mais le petit nombre d'acteurs, l'importance de leurs parts de marché, la similarité de leurs industries¹²⁶ et l'homogénéité des services offerts laissent à penser à l'existence d'une situation de domination collective sur le marché du transport d'électricité, ou, à tout le moins, à l'émergence prochaine d'une telle situation. Cette impression est encore renforcée par le fait que des liens informationnels existent entre les gestionnaires de réseaux, ceux-ci étant liés au sein du Réseau Européen des Gestionnaires de Réseau de Transport pour l'électricité (le « REGRT pour l'électricité »),¹²⁷ et étant souvent contraints, pour des raisons techniques, de coopérer dans la gestion des réseaux.¹²⁸

¹²³ A. CLÔ, « La Nuova Ondata di Fusioni e Acquisizioni nell'Energia : Ragioni, Effetti, Politiche », *Energia*, 2006, 26 (4), p. 8, cité par S. VERDE, *op. cit.*, p. 1126.

¹²⁴ "A transmission line's value is increased by congestion" Voir : R. DEB, L.-L. HSUE, A. ORNATSKY, J. CHRISTIAN, Surviving and Thriving in the RTO Revolution. How to design tariffs to improve reliability and attract merchant generation, *Public Utilities Fortnightly*, février 2001, p. 36 : (disponible sur www.energyonline.com).

¹²⁵ Enquête sectorielle, Partie II, p.187.

¹²⁶ L'homogénéité des infrastructures est régionale. Différentes régions ont différents besoins de développements. C. ZIMMERMANN et K. TALUS, « Regulation of Electricity Markets at the EU Level », *European Energy and Environmental Law Review*, février 2008, p. 16.

¹²⁷ Le Règlement n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (*J.O.*, 14 août 2009, L 211, p. 15) institue le REGRT pour l'électricité dont deviendront membres tous les GRT de l'Union. Il succède à plusieurs associations régionales de GRT. L'article 8 donne à cette instance pour tâches principales de définir les codes de réseau et de développer des outils de gestion du réseau. En outre, le REGRT pour l'électricité adopte « tous les deux ans, un

Dans cette perspective, face au choc exogène que représente l'adoption du troisième paquet énergie, le comportement abusif d'adaptation destiné à maintenir la position dominante collective consisterait pour les GRT à négliger la mise en œuvre des plans d'investissements élaborés par le REGRT pour l'électricité.¹²⁹ Une intervention des autorités de la concurrence pour défaut d'investissement dans le réseau, pour drastique qu'elle puisse paraître, ne serait pas pour autant inédite. En effet, plusieurs procédures ont récemment été engagées par la Commission à l'encontre de stratégies de sous-investissements déployées dans le secteur de l'énergie.¹³⁰

Dans notre hypothèse, il faut cependant reconnaître que, paradoxalement, la sanction des objectifs arrêtés par le paquet énergie dépend de la préexistence d'un degré d'interconnexion suffisant pour permettre l'émergence d'une position dominante collective ; ce n'est qu'alors que l'article 102 TFUE pourrait être mobilisé afin d'obtenir que des efforts soient faits en direction d'une plus grande connectivité.

IV. Quels remèdes pour l'abus de position dominante collective ?

Les problèmes de positions dominantes collectives étant intrinsèquement liés à la structure du marché en cause, le premier réflexe consiste à s'intéresser aux mesures correctives structurelles. Le recours à pareil type de mesures correctives est cependant souvent critiqué comme étant susceptible de conduire à un résultat économique contre-productif. Toutes les

plan décennal non contraignant de développement du réseau dans l'ensemble de la Communauté (...) comprenant des perspectives européennes sur l'adéquation des capacités de production ».

¹²⁸ Ces contraintes techniques tiennent notamment au souci du maintien d'un équilibre électrique sur le réseau, et à l'application d'un mécanisme de compensation du commerce transfrontalier. Ce mécanisme de compensation a été adopté par tous les GRT et a donné lieu à la mise en place d'une plate-forme d'échange d'informations relatif aux capacités de transfert de chacun des opérateurs. C. ZIMMERMANN et K. TALUS, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁹ L'Union pour la coordination du transport de l'électricité (UCT) indiquait, dans un rapport publié juste avant qu'elle ne cesse ses activités au profit du RERGTE, que la prise de mesures communes face aux situations de congestions identifiées et le respect des procédures liées aux actions réparatrices transfrontières étaient parmi les prescriptions les moins respectées. Voyez : UCT, *Compliance oversight report*, janvier 2009 (cité par le Rapport d'information n°1655 de l'Assemblée nationale française, *loc. cit.*, p. 57).

¹³⁰ Communiqué de presse de la Commission du 19 mars 2009, « Ententes et abus de position dominante: la Commission confirme l'envoi d'une communication des griefs à ENI concernant le marché du gaz italien », MEMO/09/120, (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/120&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>) ; Communiqué de presse de la Commission, 22 mai 2008, « Position dominante: la Commission engage une procédure formelle contre Gaz de France en raison d'une suspicion de restrictions des livraisons de gaz », MEMO/08/328, (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/328&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>) ; COMP/39.315 - ENI et COMP/39.316 – GDF.

fois où les oligopoleurs opèrent à la taille optimale efficiente,¹³¹ l'adoption d'une mesure de déconcentration peut en effet entraîner des pertes d'efficacités surpassant le coût de la sous-performance de l'oligopole.¹³² En outre, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si une autorité administrative dispose de l'expertise nécessaire pour s'engager dans de complexes opérations d'ingénierie industrielle.¹³³

Ces considérations ont sans doute amenées les autorités de la concurrence à opter depuis quelques années pour un remède jugé moins drastique : la mise en vente de capacités virtuelles de production. Typiquement imposée lors d'une opération de concentration, l'obligation de vendre des capacités virtuelles consiste, pour l'entreprise issue de l'opération de croissance externe, à céder à ses concurrents un droit de tirage sur ses centrales, moyennant rémunération dont le montant est fixé au cours d'une procédure d'enchères périodique.¹³⁴ Si, dans un modèle statique, ce type de mécanisme peut avoir pour effet de mettre en concurrence l'entité fusionnée et le producteur virtuel, et entraîner une baisse des prix de l'électricité, il a été montré que dans un modèle dynamique, ce type remède suscite l'émergence de situations de collusion tacite. L'entreprise cédante de capacités a en effet tout intérêt à acquérir, au cours des différentes périodes de vente, la réputation d'une entreprise ne se livrant pas à une guerre des prix en aval, et ce, afin de maintenir à un niveau stable le prix de l'électricité qu'elle vend en gros, mais aussi afin de voir augmenter les revenus qu'elle touche lors de la mise aux enchères de ses capacités de production. Inexorablement, la collusion se construit, et les prix remontent.¹³⁵

L'imposition d'amendes peut s'avérer être une sanction appropriée dans certains cas. Comme on l'a vu avec l'affaire E.ON, la Commission européenne n'a pas entièrement renoncé à sanctionner les abus d'exploitation, à tout le moins lorsqu'ils prennent la forme de rétentions

¹³¹ C'est-à-dire au niveau le plus bas de leur courbe de coûts moyens.

¹³² La réduction de la taille de chaque entreprise peut potentiellement conduire à une élévation généralisée des coûts par perte d'efficacité productive. Voir H. HOVENKAMP, « Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 2nd Ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, §§4.4, p. 171 ; G. MONTI, “The Scope of Collective Dominance Under Article 82 EC”, *Common Market Law Review*, 2001, p. 146. Il convient de noter que des fonctionnaires de la Commission ont acté du caractère inapproprié de l'application de mesures correctives structurelles dans le cadre de l'article 102 TFUE. Voir C. LEVASSEUR, « Entente ou abus de position dominante collective ? », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2002, p. 11.

¹³³ Voir par analogie M. MOTTA, M. POLO et H. VASCONCELOS, « Merger Remedies in the European Union : An Overview », in F. LEVÉQUE, et H. SHELANSKI (Eds), *Merger Remedies in American and European Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, p.122.

¹³⁴ Ce type de remèdes a été utilisé en Irlande, en France, mais aussi aux Etats-Unis et au Canada. Voyez : J. PERCEBOIS, *op. cit.*, p. 293.

¹³⁵ C. SCHULTZ, *Virtual Capacity and Competition*, Cesifo Working Paper No. 1487, Category 9: Industrial Organisation, June 2005, 29 p. (www.ssrn.com).

de capacités de production. Selon nous, ce type d'abus peut être adéquatement puni par l'imposition de condamnations financières, pourvu que le montant en soit suffisamment lourd pour effacer le bénéfice retiré de l'abus, et dissuader la récidive. Un raisonnement similaire doit conduire à la prononciation de sanctions pécuniaires pour les abus d'adaptation, ceux-ci ayant pour effet d'assurer le maintien de prix collusifs excessifs et permettant l'exploitation collective des consommateurs.

En ce qui concerne la sanction des abus de protection, préférence doit être donnée aux remèdes structurels. Rappelons qu'un remède correctement administré doit avoir entre autres objectifs de restaurer la situation de concurrence que le comportement illégal a mis à mal.¹³⁶ Dès lors, l'abus de protection qui met en échec l'entrée d'un nouvel opérateur et affecte directement la structure du marché devrait, selon nous, donner lieu à une réponse structurelle de la part des autorités publiques, destinée à disloquer la collusion tacite.¹³⁷ Nous avons évoqué plus tôt quelques uns des défauts que ce type de mesures peut en principe présenter. Il faut cependant constater que les obstacles à la mise en œuvre de remèdes structurels peuvent être atténués de manière convaincante en ce qui concerne leur mise en œuvre dans le domaine de l'énergie. Ainsi, en ce qui concerne le risque de perte d'efficacité productive, il a été mis en lumière qu'en matière de production d'électricité les économies d'échelles étaient souvent limitées¹³⁸ ; ce faisant, le risque d'attenter à une quelconque « taille critique » de l'opérateur pourraient s'en trouver fortement diminués. Ensuite, on relèvera que des mesures de déconcentration peuvent être prises sans que l'autorité publique ne doive nécessairement être impliquée dans les moindres détails de leur mise en œuvre. En fixant l'ampleur des capacités de production devant être cédées, mais en laissant à l'entreprise visée le soin de déterminer les unités de production à céder, et celles à conserver, la Commission éviterait les pertes d'efficacités productives causées par un remède maladroitement mis en œuvre. Enfin, en limitant les sanctions structurelles aux seuls abus de protection, les occasions de remise en

¹³⁶ Voyez P. LOWE et F. MAIER-RIGAUD, "Quo Vadis Antitrust Remedies", in B. HAWK (Ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2007*, Fordham, Fordham University School of Law, 2008, p. 597. OECD, Roundtable on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, Background Note, DAF/COMP(2006)19, p. 18.

¹³⁷ En ce sens, voyez D. NEWBERY qui préconise la déconcentration comme remède, mais plaide pour un standard de preuve élevé, en raison du caractère drastique du remède : D. NEWBERY, *The Relationship Between Regulation and Competition Policy for Network Industries*, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁸ L. LAVE, J. APT, et S. BLUMSACK, *op. cit.*, p. 14 ; voyez également T. CONSIDINE, « Economies of Scale and Asset Values in Power Production », *The Electricity Journal*, Volume 12, Issue 10, décembre 1999, p. 42, qui signale cependant que des économies d'échelles existent en matière de production d'électricité, avant que le balancier ne s'inverse.

cause de la mesure corrective au titre du principe de subsidiarité des mesures structurelles s'estompent.¹³⁹

IV. Conclusions

Si, malgré l'absence d'applications décisionnelles, la notion de position dominante collective paraît conceptuellement mûre, reste à définir les contours de la notion d'abus. A cet égard, une mise en garde s'impose. Transposer, telle quelle, la doctrine de l'abus individuel comme le pensent quelques auteurs, en sanctionnant rabais, réduction de prix, discrimination tarifaire et autres dans le cadre de l'abus de position dominante collective pourrait mener à des erreurs de types 1, en sanctionnant les comportements de tricheur [TBC].

¹³⁹ Le principe de subsidiarité des mesures structurelles prises dans le cadre de l'article 102 TFUE diffère du droit applicable en matière de contrôle des concentrations. Rappelons que dans le premier cas de figure, la mesure corrective structurelle n'est mobilisable que pour autant qu'il soit démontré, dans les circonstances de l'espèce, qu'il « n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérerait plus contraignante pour l'entreprise concernée ». Le test de proportionnalité prévu par le Règlement 1/2003 est encore éclairé au considérant 12 du Règlement qui prévoit qu'il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission d'une infraction que si cette structure entraînait « un risque important que l'infraction ne perdure ou soit répétée ».