Économie publique/Public economics

26-27 | 2011/1-2
Varia

Une régulation du secteur de l'énergie au travers des procédures d'engagements ? - Réflexions sur le contentieux concurrentiel européen

Frédéric Marty

Édition électronique
URL : http://journals.openedition.org/economiepublique/8702
DOI : 10.4000/economiepublique.8702
ISSN : 1778-7440

Éditeur
IDEP - Institut d'économie publique

Édition imprimée
Date de publication : 20 novembre 2012
Pagination : 93-12893-128
ISSN : 1373-8496

Référence électronique
Frédéric Marty, « Une régulation du secteur de l'énergie au travers des procédures d'engagements ? - Réflexions sur le contentieux concurrentiel européen », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 26-27 | 2011/1-2, mis en ligne le 19 décembre 2012, consulté le 12 septembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/economiepublique/8702 ; DOI : https://doi.org/10.4000/economiepublique.8702

© Tous droits réservés

économie publique

public economics

Revue de **l'Institut d'Économie Publique**

Deux numéros par an

nº 26-27 – 2011/1-2

idep

Une régulation du secteur de l'énergie au travers des procédures d'engagements ?

Réflexions sur le contentieux concurrentiel européen

Frédéric Marty *

Résumé

Le recours systématique aux procédures d'engagements dans le cadre du contentieux concurrentiel européen dans le domaine de l'énergie depuis 2007 semble se traduire par la négociation de mesures correctives réalisant au fil des décisions individuelles les objectifs qu'avait portés la Commission dans le cadre de la négociation du Troisième Paquet de directives énergétiques. Cet article s'interroge sur la possibilité de voir des mesures correctives aller au-delà de la cessation d'une pratique anticoncurrentielle donnée pour participer d'une logique de régulation de la concurrence. Les questions du contrôle de proportionnalité des engagements et de la marge de discrétion dont jouit la Commission conduisent à des interrogations, d'une part, sur les périmètres respectifs des règles de concurrence et de la régulation sectorielle et, d'autre part, sur la définition même de la politique de concurrence.

Summary

The systematic use of commitments in the European energy sector competition case-law seems to achieve, through individual decisions, the Commission's initial objectives of the

*. Chargé de recherche CNRS Chercheur affilié OFCE – Sciences Po. Paris. UMR 7321 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Third Package negotiations. This article aims at analyzing to what extend antitrust remedies could go beyond the mere correction of abuses and could contribute to a regulation of competition. Judicial review, in terms of proportionality control, and the Commission's degrees of freedom in negotiated procedures question not only competition policy and sector-specific regulation respective scopes but also European competition policy theoretical foundations.

Mots-clés : Concurrence, secteur de l'énergie, mesures correctives, procédures négociées, règles et discrétion.

Keywords: Competition, Energy Sector, Remedies, Commitment Procedures, Rules and Discretion.

J.E.L. : K21, K23, L41, L51, L94, L95

1. Introduction

L'ouverture des marchés énergétiques européens à la concurrence se heurte, selon la Commission, aux positions dominantes des opérateurs historiques tenant à leurs parts de marché dans le segment de la production et à la permanence – dans certains cas – de leur intégration verticale. De telles positions seraient susceptibles de mettre en échec l'accès des concurrents au marché et plus largement de compromettre la *contestabilité* des marchés du gaz et de l'électricité. Alors que la Commission n'a pu imposer par voie de directives des mesures structurelles pour remédier à cette situation, il apparaît que ces dernières sont progressivement mises en place au travers de règlements de contentieux concurrentiels par la voie de procédures négociées.

1.1. L'ouverture des marchés européens de l'énergie à la concurrence

Depuis les lendemains du second conflit mondial, le secteur du gaz et de l'électricité fait l'objet d'une régulation publique d'opérateurs verticalement intégrés pouvant aller jusqu'au modèle français d'une entreprise nationale titulaire d'un monopole légal. Ce modèle d'organisation tirait certes ses racines de contingences historiques tenant à une dynamique d'étatisation des économies et aux difficultés de l'immédiat après-guerre mais il faisait également sens au vu des prescriptions de

l'économie publique, notamment de la théorie du bien-être. Face à une défaillance de marché liée à la présence d'un monopole naturel (fonction de coûts constamment sous-additive), il appartenait à l'État de restaurer les conditions d'une allocation optimale des ressources dans l'économie. Pour reprendre des concepts allaisiens, il s'agissait dans les secteurs caractérisés par des rendements d'échelle croissants (*les secteurs non différenciés*) de conduire les entreprises à se comporter comme elles l'auraient fait en situation de concurrence (c'est-à-dire dans le *secteur différencié*), notamment en leur imposant de tarifier au coût marginal (Allais, 1943).

Cependant, l'accent mis sur les défaillances de marché se déplaça progressivement vers celles de la réglementation, conduisant l'économie publique à préconiser des schémas de régulation incitative (Gagnepain, 2001). La nouvelle économie publique s'articule avec une nouvelle économie de la régulation des industries de réseaux. Celle-ci se fonde principalement sur l'expérience des télécommunications, notamment sur le précédent du démantèlement d'AT&T prononcé par la Cour Suprême américaine sur la base du droit de l'Antitrust américain en 1982. Il s'agissait de façon schématique d'isoler le segment en monopole naturel des autres activités afin de rendre possible la concurrence sur les segments aval et amont en permettant un accès non discriminatoire de l'ensemble des opérateurs du marché à ce dernier.

Bien que les secteurs électrique et gazier ne connurent pas les mêmes ruptures technologiques que celui des télécommunications, ils n'échappèrent guère au mouvement de libéralisation. Le précédent modèle de réglementation était notamment contesté sur la base de ses biais incitatifs. Il en était, par exemple, ainsi d'une tendance au surinvestissement liée à la logique de coûts remboursés (Averch et Johnson, 1962). La première expérience de libéralisation sectorielle menée sur le continent européen se traduisit au Royaume-Uni par le démantèlement tant vertical qu'horizontal de l'opérateur historique du secteur électrique. Elle fit office d'exemple séminal pour la Commission européenne dans sa politique de libéralisation sectorielle, initiée par un premier train de directives en 1996 [1]. L'objectif était à la fois de faire passer le secteur de l'énergie d'une gouvernance publique à une gouvernance concurrentielle et de construire un marché intérieur unifié. Cependant, si ces premières directives visaient à permettre un accès non discriminatoire des tiers aux réseaux, condition *sine qua non* pour rendre le marché contestable, elles n'affectaient pas le degré de concentration horizontale et verticale de l'industrie et n'imposaient pas les conditions idoines pour garantir un accès des nouveaux entrants dans des conditions raisonnables et équitables. En effet, elles laissaient aux États-membres le choix entre un système d'accès des tiers négocié au réseau et un système d'accès réglementé et n'imposaient pas la mise en place d'une régulation sectorielle.

1. Directives 96/92/CE du 19 décembre 1996 pour l'électricité et 98/30/CE du 22 juin 1998 pour le gaz.

Ce faisant, malgré les transpositions des directives, le degré effectif de concurrence sur les marchés de certains États n'apparaissait guère satisfaisant aux yeux de la Commission, laquelle obtint au travers du deuxième train de directives de juin 2003, des garanties additionnelles en termes d'indépendance de gestion des opérateurs de réseaux vis-à-vis des groupes verticalement intégrés dont ils faisaient toujours partie. Elle impose dans le même temps la disparition des modalités d'accès négociées et l'introduction d'une régulation sectorielle verticale dans chaque État membre [2].

Cependant, moins de dix-huit mois après ces directives, la Commission insatisfaite du fonctionnement du marché intérieur de l'énergie, lança, le 13 juin 2005, une enquête sectorielle. Il s'agissait d'un nouvel instrument mis à sa disposition par le Règlement n°1/2003 pour mener des investigations *ex officio* sur la situation de marchés donnés [3].

1.2. Quelles mesures pour prévenir les risques de forclusion des marchés énergétiques ?

L'enquête sectorielle sur l'énergie attribuait un grande part des dysfonctionnements des marchés européens à leur structure même (Commission européenne, 2007a). Non seulement, celle-ci se caractérisait par une concentration horizontale excessive mais l'intégration verticale de nombreux opérateurs historiques induisait de nombreux biais parmi lesquels des distorsions d'investissements, des révélations d'informations sur les concurrents ou encore des décisions collectivement sous-optimales en matière de gestion et de développement des actifs de transport. En outre, les différents marchés demeuraient excessivement cloisonnés les uns par rapport aux autres, en premier lieu du fait d'une insuffisance des interconnexions entre les différents réseaux de transports, pérennisée après la libéralisation par les comportements stratégiques des opérateurs. Il s'ensuivait un ensemble de biais handicapant les nouveaux entrants. Les investissements des nouveaux entrants étaient en outre entravés par l'absence de signaux de prix fiables, notamment du fait du manque de profondeur des marchés de gros, encore aggravée par le poids

2. Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE du 26 juin 2003 portant respectivement sur les secteurs électriques et gaziers.

3. Règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (aujourd'hui aux articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, ci-après TFUE).

Selon les termes de l'article 17, la Commission peut mener une enquête sur un secteur particulier de l'économie dès lors que « l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun ». À ce titre, la Commission peut enjoindre les entreprises concernées à lui transmettre toute pièce qu'elle souhaite et mener les inspections nécessaires à cette fin.

relatif des contrats de long terme. L'ensemble de ces caractéristiques conduisait à donner aux opérateurs historiques encore verticalement intégrés la capacité de compromettre l'accès au marché et le développement de leurs concurrents (Lowe *et al.*, 2007).

Le rapport de la Commission préconisait des mesures structurelles pour répondre aux dysfonctionnements liés à l'intégration verticale des opérateurs historiques, lesquelles furent proposées aux États-membres dans le cadre du projet de troisième train de directives. Les conflits d'intérêts dans la gestion du réseau de transport et les décisions d'investissement ne sauraient être prévenus, selon la Commission, par des règles de gouvernance, dont le respect serait difficile sinon impossible à observer, mais par des mesures correctives structurelles imposant une cession obligatoire des actifs de transports par les opérateurs encore verticalement intégrés. Face à l'opposition de certains États membres, aux premiers rangs desquels la France et l'Allemagne, la Commission dut accepter un compromis. Les directives de juillet 2009 [4] introduisirent un régime de contrôle renforcé de l'indépendance des gestionnaires de réseau mais ne purent rendre obligatoire une séparation patrimoniale (Scholz et Purps, 2010).

1.3. Une action sur les structures de marché au travers de l'activation des règles de concurrence

Cependant, ce que la Commission ne put obtenir des États membres semble devoir se réaliser au gré des décisions rendues sur la base des règles européennes de concurrence issue du Traité de Rome [5]. En effet, depuis 2007, de nombreuses décisions concurrentielles ont visé les différentes entraves identifiées par l'enquête sectorielle, qu'il s'agisse de l'intégration verticale entre les activités de fourniture et de transport, des contrats de long terme ou encore de la concentration des actifs de production. La séparation patrimoniale entre les activités de fourniture – concurrentielles – et celles de transport – demeurant en situation de monopole

4. Directives du 26 juin 2003 n° 2003/54 relative au secteur électrique et n° 2003/55 relative au secteur gazier.

5. Il s'agit en l'espèce des actuels articles 101 et 102 du TFUE portant respectivement sur la sanction des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante. Le second article concentre une grande partie des spécificités du droit de la concurrence européen, notamment vis-à-vis de son homologue états-unien. Initialement destiné à la répression des abus d'exploitation (c'est-à-dire l'exercice d'un pouvoir de marché en termes de prix par un opérateur dominant), la jurisprudence de la Cour de Justice fit évoluer son application vers la sanction des abus d'éviction. À ce titre, l'article 102 constitue le fondement du principe d'obligation particulière pesant sur l'opérateur dominant de ne pas mettre en cause par ses agissements la pérennité d'une structure de concurrence effective (ou même par l'absence de mesures de sa part visant à prévenir une éventuelle éviction des concurrents, comme le montre l'arrêt Deutsche Telekom de la Cour de Justice du 14 octobre 2010). Pour une synthèse voir Marty (2011).

naturel qui a constitué la principale pierre d'achoppement dans les négociations du nouveau train de directives, a, par exemple, été rendue obligatoire pour les deux principaux opérateurs allemands, à savoir E.On en 2008 et RWE en 2009, ainsi que pour l'opérateur historique gazier italien, ENI, en 2010.

Ces cas sont d'autant plus remarquables qu'ils s'intègrent dans une – désormais – longue série de décisions ayant rendu obligatoires des engagements volontairement proposés par des entreprises pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par la Commission européenne dans le secteur énergétique. Les décisions Distrigaz (2007), E.On (2008 et 2010), RWE (2009), GDF Suez (2009), EDF (2010), ENI (2010) et Svenka Kraftnät (2010) furent conclues sur la base de la procédure d'engagements introduite en droit européen par l'article 9 du Règlement nº 1/2003. Il conviendrait même d'ajouter à cette liste le cas du lignite et de l'électricité grecs pour lequel un test de marché a été lancé en janvier 2011.

Il apparaît que l'ensemble des décisions rendues dans le domaine énergétique depuis la publication des résultats de l'enquête sectorielle s'est fait sur la base de telles procédures négociées. Ces procédures ont été introduites en droit européen par le règlement nº 1/2003 [6]. Sur un modèle inspiré du *consent decree* américain (mais laissant une moindre part à la négociation), la Commission peut accepter des engagements volontaires proposés par des entreprises faisant l'objet d'une procédure. Si ces derniers sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence formulées par la Commission, cette dernière peut les rendre obligatoires par voie de décision. L'entreprise concernée peut ce faisant mettre un terme rapide à la procédure sans amende mais surtout sans reconnaissance formelle de culpabilité de sa part. La Commission peut également remédier dans les meilleurs délais à une situation dommageable à la concurrence, concentrer ses moyens – limités – sur d'autres affaires mais aussi réduire significativement le risque d'appel de ses décisions.

De telles mesures correctives ne sont pas l'apanage des procédures négociées (article 9 du Règlement nº 1/2003). Elles peuvent être également prononcées dans le cadre d'une procédure contentieuse classique (article 7 de ce même règlement [7]). Cependant, comme nous le montrons dans cet article, un *remède* sur la base de l'article 7 ne répond pas à la même logique et ne fait pas face aux mêmes contraintes qu'un *remède* sur la base de l'article 9 (Forrester, 2009). Quand le premier vise

6. De façon moins formelle, la Commission pouvait déjà accepter des engagements des entreprises dans le cadre du Règlement nº 17/62 du 21 février 1962 (Cengiz, 2010).

7. « [La Commission] peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale qui soit proportionnée à l'infraction. Une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle » (article 7 du Règlement nº 1/2003).

à la cessation d'une pratique identifiée au travers la notification de griefs, le second répond à la seule expression de préoccupations de concurrence. Il vise moins à sanctionner *ex post* une pratique anticoncurrentielle qu'à s'inscrire dans une logique prospective visant à répondre aux préoccupations soulevées par la Commission. Non seulement la marge d'appréciation (c'est-à-dire de *discrétion*) de la Commission est significativement accrue mais, de façon, corollaire, le contrôle de proportionnalité change de nature. Il ne porte plus que sur les engagements proposés par l'entreprise elle-même. Ainsi, si l'entreprise ne propose que des engagements structurels, la Commission n'a pas à prendre en considération des remèdes comportementaux alternatifs même s'ils devaient s'avérer moins contraignants pour cette dernière.

1.4. Analyses économique et juridique des mesures correctives découlant des procédures d'engagements

L'analyse des conditions de recours aux procédures négociées soulève de nombreuses problématiques aux points de vues juridique et économique. Il est tout d'abord possible de s'interroger sur une situation dans laquelle les propositions que la Commission n'a pu faire prévaloir dans le cadre de la préparation des nouvelles directives semblent se réaliser au gré du règlement des contentieux concurrentiels. En filigrane se pose la question des frontières entre application des règles de concurrence et régulation sectorielle (Perrot, 2004). Si la complémentarité de deux politiques est indéniable, les mesures correctives issues du règlement de contentieux concurrentiels peuvent apparaître comme des substituts à des évolutions qui auraient pu voir le jour par voie de directives ou qui seraient théoriquement du domaine de la régulation sectorielle.

Une deuxième question tient à l'adéquation desdites mesures au dommage à la concurrence visé. Leur objet se limite-t-il à la cessation d'une pratique anticoncurrentielle donnée ou s'agit-il d'accroître l'intensité concurrentielle par rapport à la situation initiale ? Il serait alors possible d'observer une tendance à l'*overfixing* telle qu'il a pu être mis en évidence dans le domaine du contrôle des concentrations (Farrell, 2003). Il s'agit donc d'analyser la proportionnalité de la mesure corrective par rapport au dommage concurrentiel ayant suscité la procédure.

La question de la proportionnalité des remèdes est d'autant plus épineuse que ces derniers sont proposés sur base volontaire par les entreprises et que la Commission peut discrétionnairement accepter ou refuser de s'engager dans une procédure négociée. Il s'agit donc de s'interroger sur les raisons pour lesquelles un opérateur dominant pourrait être conduit à proposer des engagements pouvant aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir le jeu de la concurrence. De la même façon, au-delà des incitations des firmes, les questions des incitations

de la Commission et du contrôle juridictionnel qui s'exerce sur cette dernière peuvent être posées.

Dans cette perspective, nous nous attachons, tout d'abord, à une évaluation des mesures correctives prononcées dans le cadre de procédures d'engagement, en considérant les décisions de la Commission rendues sur la base de l'article 102 du TFUE dans le domaine de l'énergie depuis 2007. Nous discutons la possibilité de voir ces engagements aller au-delà de la cessation des pratiques incriminées. Nous montrons, ensuite, de quelle façon les mesures correctives, notamment celles qui procèdent du recours à des procédures négociées, peuvent aller au-delà de la seule résolution des problèmes de concurrence identifiés. Nous nous interrogeons, enfin, sur les modalités de contrôle de la proportionnalité desdits engagements. Nous montrons que de tels remèdes disproportionnés peuvent participer d'un *remédialisme discrétionnaire* interrogeant les finalités même de la politique de concurrence européenne.

2. Une évaluation des mesures correctives issues des procédures d'engagements dans le secteur de l'énergie

Il s'agit, dans le cadre de cette section, de mettre en regard l'analyse que fit la Commission du fonctionnement des marchés libéralisés du gaz et de l'électricité, et les propositions d'évolution réglementaire qu'elle en conçut, avec les décisions qu'elle rendit dans le cadre de contentieux concurrentiels ayant accompagné ou suivi son enquête sectorielle.

2.1. Des dysfonctionnements des marchés de l'énergie

Les conclusions de l'enquête sectorielle inspirèrent les propositions de la Commission pour le troisième paquet de directives (Commission européenne, 2007a et 2007b). Pour elle, les principaux obstacles à la construction d'un marché intérieur unifié de l'énergie sur lequel prévaudrait une concurrence libre et non faussée sur le marché intérieur, tenaient à la structure concurrentielle des marchés de gros mais aussi aux distorsions liées à l'intégration verticale de nombreux opérateurs historiques (Lowe *et al.*, 2007).

2.1.1. Les problèmes afférents à l'intégration verticale

Trois ensembles de stratégies anticoncurrentielles peuvent découler du contrôle des actifs de transport par un opérateur verticalement intégré. Un premier peut dériver de conditions d'accès discriminatoires au réseau pour les nouveaux entrants [8]. Un deuxième ensemble de distorsions peut tenir à l'avantage informationnel d'un opérateur intégré disposant d'informations privilégiées quant à l'activité de ses concurrents. Enfin, un troisième ensemble de difficultés peut provenir de distorsions induites dans les choix du gestionnaire d'infrastructures pouvant se traduire par un sous-investissement stratégique. Des investissements qui seraient optimaux pour le réseau de transport, considéré isolément, en termes de maximisation des flux de ressources qui lui seraient adressés, peuvent détruire de la valeur s'ils sont considérés au niveau du groupe intégré, dès lors qu'ils accroissent la *contestabilité* du marché aval, réduisant ainsi les flux financiers futurs pour les autres filiales du groupe. L'intégration verticale offre aux opérateurs historiques, pour la Commission, non seulement des incitations mais aussi la possibilité de mettre en œuvre des stratégies d'exclusion anticoncurrentielle.

De plus, la forclusion des marchés est d'autant plus aisée que les interconnexions entre les différents réseaux nationaux sont sous-dimensionnées [9], que les capacités disponibles font souvent l'objet d'opportuns contrats de réservation à long terme et que les régimes d'équilibrage sont souvent conçus d'une manière favorable aux opérateurs en place.

Selon la Commission, les régulateurs nationaux ne disposaient pas des ressources et des compétences juridiques nécessaires pour s'assurer que les règles de séparation fonctionnelle introduites par les directives de 2003 permettent effectivement de prévenir de tels risques. Ses propositions dans le cadre de la préparation du troisième paquet de directives allèrent dans le sens d'un *ownership unbundling*, en d'autres termes, d'une dé-intégration verticale des opérateurs historiques [10].

2.1.2. Les difficultés liées au manque de profondeur des marchés

La Commission considérait également nécessaire d'abaisser les barrières à l'entrée et d'accroître la transparence et la liquidité des marchés de gros. Le fonc-

8. L'opérateur de transport, s'il reste une filiale d'un groupe opérant sur le marché de la production ou de le distribution, peut par ses décisions de gestion au jour le jour avantager les entités membres du même groupe que lui, notamment au travers des conditions techniques d'accès au réseau ou encore aux travers des marchés d'équilibrage ou d'ajustement (Lowe *et al.*, 2007).

9. Elles furent conçues à des fins de secours mutuels ou d'échanges limités et non dans la perspective d'un marché unifié.

10. « La séparation de la propriété au niveau du transport est le moyen le plus efficace de promouvoir de façon non discriminatoire l'investissement dans les infrastructures, un accès équitable au réseau pour les nouveaux arrivants et la transparence du marché » (Commission européenne, 2007b).

tionnement des marchés de l'électricité favorisait les abus de position dominante, notamment au travers de retraits stratégiques de capacités (Joskow et Tirole, 2000). Celles-ci pouvaient principalement survenir lors de la pointe de demande, durant laquelle la valorisation des cours sur le marché de gros peut être exceptionnellement élevée [11]. Il est cependant particulièrement difficile sur les marchés électriques de distinguer lors de ces épisodes l'effet de telles rentes et la résultante d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles (Lévêque, 2006). Ce faisant, non seulement les opérateurs dominants peuvent abuser de leur puissance de marché mais ils peuvent, en outre, au travers de décisions portant sur la disponibilité de leurs centrales et revenant à des manipulations de cours, dissuader de nouveaux acteurs potentiels de pénétrer sur le marché et d'investir. Ainsi, une structure de marché se prêtant à de telles pratiques ne permet pas d'adresser aux nouveaux entrants les signaux de prix idoines pour susciter des décisions d'investissements optimales et pérennise ce faisant la dominance des opérateurs historiques (Finon *et al.*, 2012). Il apparaissait donc nécessaire de réduire le degré de concentration du segment et éventuellement de limiter le recours aux contrats de fournitures exclusifs de long terme.

La faible profondeur des marchés au comptant peut en effet apparaître à la fois comme la cause et la conséquence du recours à des contrats de fourniture à long terme de la part des acteurs du marché. Ces contrats peuvent avoir des effets ambivalents. S'ils peuvent s'avérer un outil de forclusion des marchés, permettant aux opérateurs historiques d'ériger des barrières à l'entrée au détriment des entrants potentiels en préemptant les consommateurs les plus importants, ils sont dans le même temps des instruments indispensables à la couverture des risques de prix et de quantité et au financement – via l'adossement – des nouveaux investissements, notamment en base (Hauteclocque, 2008). Ainsi, l'enquête sectorielle accordait-elle une large place aux risques de verrouillages anticoncurrentiels résultant de l'intégration verticale des opérateurs historiques, de l'importance de leurs contrats à long terme et de leurs parts de marché sur le segment de la production.

La séparation patrimoniale des actifs de réseaux [12] s'inscrivait en rupture avec le modèle de la séparation fonctionnelle et témoignait d'un manque de confiance dans les régulateurs nationaux [13]. Cependant, face à l'opposition de certains États

11. Une telle élévation n'est pas illégitime en elle-même dans la mesure où elle reflète des rentes de rareté, nécessaires à la production de signaux de prix idoines pour déclencher des décisions d'investissement collectivement optimales. En effet, les centrales étant appelées par ordre de préséance économique, il est nécessaire que la dernière unité appelée lors de la pointe (c'est-à-dire les heures de l'année où la demande est maximale) puisse couvrir l'ensemble de ses coûts lors de ces seuls épisodes.

12. "*I see only one way forward if we are to restore credibility and faith in the market. Europe has had enough of "Chinese Walls" and quasi-independence. There has to be a structural solution that once and for all separates infrastructure from supply and generation. In other words : ownership unbundling. Then, we will finally see an end to discrimination, and we will also have laid the ground for a system of proper investment incentives*" (Kroes, 2006).

13. Il ne s'agit pas ici de s'attacher à la question de l'optimalité économique même de la séparation

membres, un compromis situé bien en-deçà de ses ambitions initiales fut finalement adopté [14]. Un modèle d'organisation dit du gestionnaire indépendant de réseau de transport (ITO, *Independent Transmission Operator*) s'ajouta à celui de la séparation patrimoniale et du gestionnaire de réseau indépendant (ISO, *Independent System Operator*) introduits par les directives de 2003 sur l'électricité et le gaz, apportant des garanties additionnelles en matière d'autonomie de gestion [15].

Si la Commission n'a pu avoir gain de cause, les décisions prononcées dans le secteur de l'énergie dans le cadre de poursuites individuelles engagées sur la base de des articles 101 et surtout 102 sont allées, comme nous le verrons dans notre prochaine sous-section, au-delà de la seule sanction de pratiques anticoncurrentielles données ou de la cessation de ces dernières pour porter sur les structures mêmes du marché. Les mesures correctives reprennent en fait les principales recommandations de l'enquête sectorielle.

3. Les engagements pris dans le cadre des contentieux concurrentiels

Les différents contentieux traités par la Commission recouvrent en effet la quasi-totalité des pratiques susceptibles de porter préjudice au jeu de la concurrence telles que des barrières à l'entrée résultant de contrats de long terme, des distorsions tenant à l'intégration verticale des opérateurs dominants ou encore des retraits stratégiques de capacités pour peser sur les prix de marché.

Certaines décisions ont trait à des préoccupations de concurrence afférentes à la forclusion verticale des marchés et se sont traduites par des mesures correctives de nature à promouvoir l'accès au marché des concurrents. Il en fut ainsi des décisions ayant donné lieu à des cessions de réseaux de transports (E.On, 2008 ; RWE, 2009 ou ENI, 2010), de celles conduisant à la réduction du périmètre de contrats de réservations de long terme de capacités de transports ou d'importation (GDF Suez, 2009 ou E.On, 2010) ou encore de celles relatives aux régimes d'interconnexion (Svenka Kraftnät, 2010).

---

verticale. Celle-ci fait en effet l'objet de contestations portant notamment sur la perte d'économies d'échelles, de gains liés à la coordination entre les différents maillons de la filière, d'augmentation des coûts de transaction ou encore d'une élévation des coûts de financements des producteurs désormais privés des revenus stables et prévisibles du transport (Lowe *et al.*, 2007).

Pour une analyse des arguments en faveur et à l'encontre de la séparation patrimoniale, voir Pollitt (2007).

14. Directives 2009/72/EC relative au marché de l'électricité et 2009/73/EC relative au marché du gaz.

15. Pour une analyse comparée de ces différents modèles, se reporter à Lévêque *et al.* (2009).

D'autres ont donné lieu à des mesures correctives visant à réduire la puissance de marché des opérateurs historiques sur le segment aval, au travers de modifications apportées à des contrats de long terme (Distrigaz, 2007 et EDF, 2010) ou d'octroi de droits de tirage sur la production de l'opérateur historique (lignite grec, 2011). Il s'agit alors de permettre le développement d'une concurrence non faussée avec les opérateurs historique, voire garantir des conditions équivalentes d'accès au marché (*level playing field*).

Après avoir présenté à grands traits les mesures correctives résultant de procédures d'engagements utilisées dans le cadre du règlement des contentieux concurrentiels, nous nous attacherons successivement aux remèdes relatifs aux problèmes de concurrence résultant de l'intégration verticale des opérateurs historiques et à ceux afférents au fonctionnement des marchés de gros.

3.1. Les procédures d'engagements en droit européen de la concurrence

L'ensemble des cas engagés sur la base de l'article 102 donna lieu au prononcé de mesures correctives. Les décisions de la Commission peuvent en effet conduire à des amendes pécuniaires mais aussi à des mesures correctives visant à faire cesser la pratique incriminée et éventuellement rétablir la situation de la concurrence. De telles mesures peuvent être prononcées dans le cadre d'une décision pleinement contentieuse à l'issue d'une procédure contradictoire. Auquel cas, les mesures sont prononcées sur la base de l'article 7 du règlement nº 1/2003. Il est également possible que des mesures correctives soient rendues obligatoires à l'issue d'une procédure négociée sur la base de l'article 9 de ce même règlement. Dans ce cas, l'entreprise incriminée propose elle-même des mesures à même de répondre aux préoccupations de concurrence exprimée par la Commission dans sa communication préliminaire. Après discussion de ces propositions, un éventuel test de marché pour recueillir les appréciations des différentes parties intéressées et ajustements de ces dernières, la Commission peut prendre une décision rendant ces engagements obligatoires.

Les avantages pour l'entreprise concernée sont nombreux (Marty et Reis, 2011). Tout d'abord, elle met fin à une procédure longue et coûteuse, non seulement en termes de frais de défense mais aussi en termes réputationnels. Ensuite, elle échappe à une sanction pécuniaire qui peut être particulièrement élevée, notamment si la circonstance aggravante de la réitération des pratiques est établie. Enfin, la décision de la Commission ne vaut pas conclusion sur la réalité de l'infraction, ce qui contribue à protéger l'entreprise en cas d'actions de suite en dommages et intérêts. Symétriquement, la Commission tire profit d'une conclusion plus prompte de la procédure – lui permettant de réallouer ses moyens limités sur d'autres

affaires –, d'une limitation du risque de recours devant le Tribunal et la Cour de Justice et d'une cessation plus rapide du dommage à l'économie [16].

Les opérateurs dominants assumant une responsabilité particulière vis-à-vis de la préservation d'une structure de concurrence effective, peuvent être d'autant plus enclins à s'engager dans de telles procédures que le standard de la preuve pour conduire à une sanction sur la base de l'article 102 est particulièrement favorable à la Commission. Il suffit en effet que leurs pratiques tendent à porter atteinte au jeu de la concurrence pour qu'ils soient sanctionnés [17]. Ce faisant, proposer des engagements peut apparaître comme une option intéressante pour ces derniers…

3.2. Les décisions ayant donné lieu à des mesures correctives portant sur les actifs de réseau

3.2.1. Cas induisant une cession volontaire des actifs de réseaux

Alors que la Commission n'avait pu imposer une séparation verticale des activités de production et de transport par voie de directive, elle parvint à obtenir celle-ci des deux principaux opérateurs allemands E.On [18] et RWE [19] et de l'italien ENI [20] dans le cadre de procédures d'engagements.

L'affaire ENI illustre les distorsions de concurrence qui peuvent découler de l'intégration verticale des opérateurs historiques. Trois ensembles de pratiques étaient reprochés à l'opérateur historique italien. Il s'agissait tout d'abord de stratégies d'accumulation de capacités visant à créer artificiellement des congestions au détriment des nouveaux entrants (*capacity hoarding*). Il s'agissait ensuite de pratiques contribuant à dégrader les conditions d'accès des tiers au réseau en entretenant une opacité artificielle sur les capacités disponibles ou en leur proposant des modalités d'accès discriminatoires (contrats interruptibles…). Enfin, la Commission reprochait à ENI d'avoir volontairement sous-investi dans le développement des

16. La renonciation à l'amende ne remet pas en cause le caractère dissuasif du droit de la concurrence. En effet, les entreprises semblent plus affectées par une condamnation en tant que telle que par le montant même de l'amende (Motta, 2008). Parallèlement, l'effectivité du droit de la concurrence est renforcée par des délais de traitement des affaires, réduits (gain estimé à un tiers des 42 mois que dure en moyenne une procédure) et par la minimisation du risque d'appel des décisions devant le Tribunal (par exemple, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes – TPICE), appels survenant pour 80 % des décisions contentieuses et doublant en moyenne la durée des procédures (Wilks, 2009).

17. *"A dominant firm abuses from its position as soon as its strategy has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition*" (Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt Deutsche Telekom, 14 octobre 2010, §174)

18. COMP 39.388, 26 novembre 2008.

19. COMP 39.402, 18 mars 2009.

20. COMP 39.315, 29 septembre 2010.

capacités de transport de façon à entraver le développement de ses concurrents sur le marché aval, lequel était conditionné aux possibilités d'importation.

L'affaire se rapprochait en ce sens des cas d'E.On et de RWE. Les pratiques reprochées à E.On se subdivisaient en deux ensembles. Un premier tenait en des pratiques anticoncurrentielles sur le marché de gros. Un second portait sur des stratégies mises en œuvre par le gestionnaire de réseau de transport pour avantager les filiales du groupe dans l'appel des centrales pour les besoins d'équilibrage. De la même façon, les préoccupations de concurrence formulées à l'encontre de RWE portaient sur des entraves au développement des concurrents tenant aux modalités de gestion du réseau, au travers de la création de congestions artificielles, mais également sur des pratiques de compression des marges de nature à dégrader la rentabilité des concurrents sur le marché aval.

Dans les trois cas, la Commission accepta de mettre fin à tout ou partie des procédures engagées en rendant obligatoires les propositions des opérateurs de céder à un tiers leurs actifs de réseaux. Si de tels remèdes structurels sont indubitablement de nature à répondre au problème de concurrence, en éliminant les incitations à la discrimination, il n'en demeure pas moins que deux questions peuvent être posées. La première tient à la nécessité même d'un remède structurel et non comportemental pour prévenir la réitération de telles pratiques. Comme nous le verrons, la Commission tend à considérer qu'une cession est moins contraignante pour l'entreprise concernée dans la mesure où elle évite la mise en œuvre d'un contrôle du comportement du gestionnaire de réseau, lequel devrait être continu, intrusif et coûteux. La seconde question tient au au caractère proportionné de la mesure vis-à-vis du dommage à la concurrence. La Commission aurait-elle été en mesure d'obtenir le même résultat dans le cadre de l'article 7 ?

3.2.2. Cas se traduisant par la modification de contrats à long terme de réservation de capacités

La résolution des problèmes de forclusion verticale peut également passer par des remèdes portant sur des réservations de capacités de transports et d'importation à long terme. Les procédures engagées à l'encontre de GDF Suez [21] et E.On [22] relèvent de cette problématique. La réservation d'une large part des capacités des réseaux gaziers peut participer d'une logique de verrouillage du marché national au travers de la création de congestions au détriment des nouveaux entrants. Ces derniers anticipant des difficultés en matière d'importations peuvent renoncer à acquérir de nouveaux clients sur le marché concerné. Les mesures correctives qui permirent de clore ces deux cas résidèrent dans des cessions immédiates de

21. COMP 39.316, 3 décembre 2009.
22. COMP 39.317, mai 2010.

capacités d'importation en différents points des réseaux et la réduction progressive des réservations en deçà du seuil de 50 %.

La question des réservations de capacités de transport ouvre vers celle de la caractérisation des actifs de réseaux comme des facilités essentielles. Les critères issus de la pratique décisionnelle de la Commission et de la Cour de Justice conduisent à considérer qu'une entreprise abuse de sa position dominante si elle refuse, sans justification objective, l'accès à un actif essentiel à l'un de ses concurrents pour exercer son activité sur un marché aval et non réplicable dans des conditions techniques et financières raisonnables. Si l'opérateur historique réserve 100 % des capacités sans les utiliser, un abus peut être constitué. Or, au niveau des préoccupations de concurrence, aucune évaluation n'a été réalisée quant au degré effectif d'utilisation des capacités. La situation est en effet bien moins claire si l'opérateur dominant utilise effectivement ces capacités pour ses propres besoins. Le risque d'un remède infondé dont l'effet serait de pénaliser l'opérateur historique à l'avantage de ses concurrents ne saurait être exclu.

S'il est requis par la jurisprudence que l'opérateur optimise ses règles de gestion pour permettre de dégager quelques disponibilités, une éventuelle obligation de réaliser de nouveaux investissements pose quelques questions dans le cadre d'une procédure concurrentielle. Elle relève plus d'une logique de régulation sectorielle. Par extension, un sous-investissement dans les capacités d'interconnexion et de transport peut participer, comme l'avait montré l'enquête sectorielle, d'une stratégie d'entretien de congestions visant à une forclusion des marchés. Cependant, caractériser dans le cadre d'une procédure sur le fond un sous-investissement comme constitutif d'un abus de position dominante pourrait s'avérer difficile, en termes notamment de standard de preuve. À cette aune, le recours à une procédure négociée permet à la Commission d'éviter cet écueil.

3.3. Les décisions ayant donné lieu à des mesures correctives afférentes aux conditions de la concurrence sur le marché de la fourniture d'énergie

3.3.1. Cas portant sur des contrats à long terme de fourniture d'énergie

Distrigaz [23] et EDF [24] proposèrent volontairement à la Commission de réduire le périmètre de leurs contrats de fournitures exclusives pour répondre à ses préoccupations en termes de verrouillage du marché aval au détriment des nouveaux entrants et ainsi mettre fin aux procédures engagées contre elles.

23. COMP 37.966, 11 octobre 2007.
24. COMP 39.386, 17 mars 2010.

Il s'agissait, dans les deux cas de contrats, parfois conclus avant l'ouverture du marché à la concurrence, ayant pour effet potentiel, selon la Commission, d'ériger des barrières à l'entrée en privant les nouveaux entrants de débouchés (Hauteclocque, 2008). De tels contrats ne sauraient être sanctionnés *per se* sur la base de l'article 102 du Traité. En effet, s'ils peuvent effectivement contribuer au verrouillage concurrentiel de certains marchés, il n'en demeure pas moins qu'ils induisent certains gains d'efficience dont profitent les consommateurs, ne serait-ce qu'en termes de sécurité d'approvisionnement. Une approche plus économique de la mise en œuvre des règles de concurrence requiert de jauger de l'effet net de chacun de ces contrats au cas par cas, en tenant compte, par exemple, de leur durée, de la position de marché des contractants, de la part de marché couverte par les contrats, du degré d'exclusivité ou encore des gains d'efficience liés. Or, dans le cadre d'une procédure d'engagements, une telle analyse des effets concrets des pratiques sur le marché n'est pas réalisée. La discussion se fait sur la seule base des préoccupations de concurrence... Ce faisant, il n'est guère possible de savoir si la situation qui résulte de la mise en œuvre des engagements sera comparable en termes d'efficience nette à celle qui aurait pu résulter d'une décision au fond prise à l'issue d'une procédure contradictoire après une évaluation des effets desdits contrats.

Au-delà de l'absence d'évaluation des effets des pratiques et des mesures correctives, les engagements rendus obligatoires dans le cas des contrats d'approvisionnement à long terme posent également la question du mimétisme. Les engagements conclus par Distrigaz et par EDF sont en effet en de nombreux points identiques.

Distrigaz a renoncé à conclure de nouveaux contrats pendants deux ans, a limité la durée de ses contrats à cinq ans et surtout a remis sur le marché chaque année 70 % de l'électricité correspondante à ces derniers. Ses engagements sont valables pour dix ans sauf si dans l'intervalle sa part de marché passe sous le seuil de 40 % quand son principal concurrent atteint 20 %. EDF, poursuivie pour des pratiques comparables [25], a repris ces engagements, en proposant, notamment, de remettre annuellement l'équivalent de 65 % des flux d'énergie concernés sur le marché mais aussi d'ouvrir la possibilité aux clients d'opter pour un modèle de contrat dépourvu de clauses de restrictions à la revente, engagement lié à la présence de clauses restrictives à la revente dans ses contrats initiaux avec les clients électro-intensifs [26]. Ainsi, un risque de reprise des remèdes d'une affaire à l'autre peut se faire jour sans que leur adéquation au cas par cas aux effets

25. Relevons, qu'une procédure similaire est ouverte à l'encontre d'Electrabel (COMP 39.387) depuis juillet 2007.

26. L'acceptation des propositions d'EDF met fin à la partie de la procédure portant sur les effets anticoncurrentiels allégués des contrats à long terme mais pas à celle portant sur de possibles manipulations de marchés.

réels des pratiques sur le marché ne soit réellement évaluée. Le risque de remède discrétionnaire peut en être d'autant plus renforcé que les entreprises peuvent considérer que la maximisation de la probabilité de voir leur proposition de recours à une procédure négociée acceptée passe par la réplication de mesures correctives déjà acceptées. Il peut s'ensuivre un risque d'*ossification* de la pratique décisionnelle, risque significativement supérieur à celui qui prévaut dans le cadre d'une procédure pleinement contradictoire.

3.3.2. Cas se traduisant par des remèdes portant sur la concurrence sur le marché de la fourniture

Des procédures négociées, relatives à E.On [27] et au secteur électrique grec, ont également donné lieu à des remèdes portant sur des actifs de production. Comme nous l'avons vu, l'enquête sectorielle insistait sur la nature excessivement concentrée des différents marchés nationaux et mettait en relief les risques subséquents de manipulation des cours. La Commission considérait que l'électricien allemand avait opéré des retraits stratégiques de capacités visant à accroître artificiellement la rentabilité des autres unités de production du groupe. En guise de remède, E.On proposa de céder quelques 5 000 MW de capacités (plus de 20 % de son parc). La validation de ces engagements par la Commission donna lieu à la plus importante cession de capacités jamais réalisée comme remède à une pratique anticoncurrentielle.

Le cas de l'électricité produite à base de lignite en Grèce est également intéressant [28]. La Commission a lancé en janvier 2011 un test de marché sur les propositions d'engagements grecs devant permettre aux concurrents de l'opérateur historique d'accéder à l'énergie électrique produite par des centrales fonctionnant au lignite, lesquelles constituent la technologie de production la plus efficace pour la base de demande en Grèce. En 2008, la Commission avait lancé une procédure sur la base des articles 102 et 106 du TFUE relative au fonctionnement du marché grec de l'électricité. Cette procédure avait été – provisoirement – close par des engagements rendus obligatoires en août 2009. Ces derniers devaient permettre aux concurrents de l'opérateur historique de se voir concéder des droits d'exploitation sur de nouvelles mines de lignites, les anciennes demeurant sous le monopole de l'opérateur historique, permettant d'engager une concurrence au travers de nouveaux investissements dans les actifs de production d'électricité. Cependant, l'évolution de la politique énergétique grecque fit que de telles nouvelles ouvertures ne furent plus envisageables. Il s'ensuivit une proposition de révision des engagements conduisant à substituer à la première logique *investment-based* une logique de type *access-based*. Faute de disposer des ressources en lignite permettant

27. COMP 39.388, 2010.
28. COMP/B-1/38.700, 14 janvier 2011.

de lancer de nouveaux investissements de production d'électricité, les concurrents bénéficieraient de droits de tirage sur les capacités de production de l'opérateur historique fonctionnant à partir de cette source et pourraient s'associer à ses nouveaux investissements.

Il s'agit donc de s'interroger sur la possibilité de voir de telles mesures correctives aller au-delà de ce qui est nécessaire pour rétablir la situation de la concurrence ou sanctionner une pratique anticoncurrentielle donnée pour participer d'une logique de construction de la concurrence.

4. Discussion des mesures correctives issues du recours à la procédure d'engagements

Nous nous interrogeons dans le cadre de cette section sur la nature, le périmètre et les risques liés aux mesures correctives dans le cadre des décisions concurrentielles, en général, et des procédures négociées, en particulier. Nous nous attachons à leur adéquation aux problèmes de concurrence identifiés dans chacun des cas considérés. Nous abordons ensuite la possibilité d'observer des phénomènes d'*overfixing*.

4.1. De l'adéquation des mesures correctives dans les procédures d'engagements

Il s'agit de s'attacher à la question de l'adéquation des remèdes avec les problèmes de concurrence identifiés et par extension de s'interroger sur la possibilité d'observer des remèdes allant au-delà de ce qui est nécessaire ou non uniquement reliés aux préoccupations de concurrence identifiées par la Commission dans le cadre du contentieux concurrentiel. Nous mettons notamment en exergue le fait que le recours aux procédures négociées peut donner lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire tant en matière d'arbitrage entre les différentes formes de mesures correctives que de recours à des qualifications juridiques qui auraient pu être contestées dans le cas d'une procédure contradictoire.

4.1.1. Privilégier les mesures correctives structurelles ?

Tant les préconisations de la Commission dans le cadre de la préparation du 3e paquet de directives (la séparation patrimoniale) que l'observation des mesures

correctives rendues obligatoires dans les cas étudiés semblent témoigner d'une préférence de cette dernière pour les mesures correctives de nature structurelle [29]. Le contrôle juridictionnel des décisions de la Commission par le Tribunal et la Cour de Justice porte, dans le cadre d'une décision contentieuse classique (rendue sur la base de l'article 7 du Règlement n° 1/2003), sur l'adéquation des remèdes aux griefs notifiés, sur leur proportionnalité mais aussi, sur l'absence de remèdes alternatifs moins contraignants. En d'autres termes, un remède structurel ne saurait être utilisé par défaut. Il est nécessaire de démontrer qu'aucun remède comportemental moins contraignant serait à même de permettre de parvenir au même résultat, que l'abus procède de la structure même de l'entreprise concernée (§12 du règlement 1/2003) ou encore que l'intervention sur les structures de marché est de nature à lever les barrières à l'entrée.

En matière énergétique, le rapport de la Commission faisant suite à l'enquête sectorielle (Commission européenne, 2007a), marque une nette préférence pour ces remèdes par rapport aux mesures comportementales déjà requises au travers des deux premiers trains de directives. Si la nouvelle économie des réseaux préconise une isolation du segment en monopole naturel des activités pouvant être laissées au jeu de la concurrence, elle n'impose pas automatiquement un démantèlement vertical des entreprises concernées [30]. L'accent mis sur les mesures structurelles doit être mis en perspective avec les rapports de force respectifs entre la politique de concurrence et la régulation sectorielle au niveau européen, rapports forts différents de ceux qui prévalent aux États-Unis (Géradin et O'Donoghue, 2005).

Les mesures correctives qu'est susceptible d'imposer la Commission au titre du droit de la concurrence posent indubitablement la question des domaines respectifs de la concurrence et de la régulation sectorielle. En effet, non seulement celles-ci se distinguent en fonction de leur orientation temporelle (*ex post* pour l'activation des règles de concurrence et *ex ante* pour la régulation orientée vers la construction de marchés concurrentiels) mais également en fonction des instruments disponibles, le régulateur pouvant jouer sur les structures de marché et les droits de propriété des entreprises (Choné, 2006)

Or, la Commission peut considérer qu'un remède structurel présente quelques avantages. Par exemple, il modifie la structure des incitations qui s'exerce sur la firme. De ce fait, il n'est nul besoin d'investir autant dans le contrôle du respect des engagements que cela serait le cas pour un remède comportemental. L'exemple des

29. Celles-ci constituent l'une des trois formes que peuvent revêtir les remèdes concurrentiels aux côtés des mesures quasi-structurelles et comportementales. Les mesures correctives de nature quasi-structurelles correspondent par exemple à la cession de droits de tirage sur des capacités de production. Elles présentent l'avantage de produire des effets économiques théoriquement équivalents à ceux d'un remède structurel sans pour autant remettre en cause les droits de propriété de l'opérateur concerné.

30. La littérature ne conclut pas non plus de façon univoque à la supériorité de la séparation verticale sur des mesures de nature comportementale (van Koten et Ortmann, 2011).

abus passant par des retraits stratégiques de capacité est ici caractéristique (OCDE, 2006).

De la même façon, la Commission ne peut réellement utiliser, en termes de mesures correctives comportementales, que des *conduct remedies*. Il s'agit, par exemple, d'enjoindre une firme de cesser une pratique commerciale donnée ou d'offrir un accès à un concurrent. Elle ne peut imposer des *performance remedies,* reposant sur des objectifs exprimés en termes de situation de marché souhaitée. En effet, ces derniers appartiennent plus à la sphère de la régulation qu'à celle de la politique de concurrence. Ensuite, la Commission peut considérer que les remèdes comportementaux – surtout s'ils sont imposés à l'entreprise – nécessitent de sa part des tâches de contrôle au jour le jour pour lesquelles elle n'est pas dotée des ressources et des capacités idoines. Enfin, un remède comportemental peut s'avérer plus intrusif et attentatoire aux droits fondamentaux des entreprises qu'une cession d'actifs (qui est une mesure ponctuelle) en ce qu'il induit une contrainte de long terme sur le comportement de l'entité [31].

Face à ces contraintes, le recours aux procédures négociées sur la base de l'article 9 du règlement nº 1/2003 peut sembler à même de permettre de renforcer l'effectivité des remèdes comportementaux (dans la mesure où ils sont proposés par l'entreprise elle-même) mais aussi de recourir plus facilement à des mesures structurelles (dans la mesure où le caractère volontaire de la procédure réduit le risque de recours et donc celui de voir le remède remis en cause par le contrôle juridictionnel).

Tout d'abord, les modalités de contrôle des mesures correctives découlant de décisions prises sur la base de l'article 9 se distinguent de celles procédant de l'article 7. Ce contrôle, comme l'a affirmé la Cour de Justice dans son arrêt Alrosa [32], se limite aux seuls engagements proposés par l'entreprise et non à l'ensemble des alternatives possibles (Mische et Višnar, 2010). Si l'entreprise n'a proposé que des engagements structurels la Commission n'a pas à considérer d'éventuels remèdes comportementaux [33].

---

31. Nous retrouvons la distinction ordolibérale entre règles proscriptives et règles prescriptives. Les premières sont jugées plus compatibles avec un ordre de marché dans la mesure où elles laissent une marge de liberté et d'ajustement aux agents économiques (Vanberg, 2009).

32. Cour de Justice de l'Union européenne, *De Beers vs Alrosa*, C-441/07, 29 juin 2010.

33. Le raisonnement de la Cour, contredisant celui du Tribunal (arrêt du 11 juillet 2007, aff. T-170/06), repose sur deux arguments. Le premier tient au fait que l'efficacité procédurale est au cœur des mécanismes introduits par l'article 9. Imposer à la Commission de prendre en considération toutes les alternatives possibles serait coûteux en temps et en ressources et priverait la procédure d'une grande partie de sa raison d'être. Le second argument – peut-être plus discutable – tient au fait que les entreprises concernées ont proposé les engagements sur une base volontaire (Mische et Višnar, 2010). A ce titre, l'entreprise est consciente que les engagements peuvent aller au-delà de ce que la Commission pourrait obtenir sur la base de l'article 7. Il s'agit de la contrepartie d'une procédure permettant d'échapper à une amende et ne se concluant pas par une reconnaissance de culpabilité.

Ensuite, les remèdes ne sont pas calibrés en fonction de griefs précis, notifiés et évalués dans le cadre d'une procédure contradictoire mais de préoccupations de concurrence, lesquelles peuvent être exprimées selon des degrés de précisions pour le moins divers. En effet, la notion de *preliminary assessment* n'est guère codifiée. Elle peut, selon l'affaire, prendre la forme d'une quasi-notification des griefs (détaillant les pratiques et mettant en exergue les dommages concurrentiels) ou d'une simple transmission informelle de préoccupations (Cengiz, 2010). A ce titre, le contrôle de proportionnalité ne peut revêtir la même forme dans le domaine de l'article 7 (*sanctionner ou mettre fin à une infraction clairement identifiée et établie au travers d'une procédure contradictoire*) et dans l'article 9 (*répondre à des préoccupations quant au fonctionnement de la concurrence sur un marché donné*). En d'autres termes, les mesures correctives rendues obligatoires dans le cadre des procédures négociées à l'instar des *remèdes* que pourrait imposer un régulateur sont orientées vers le futur et non vers le passé.

Enfin, les remèdes résultant de ces procédures peuvent d'autant moins faire l'objet de contestations qu'ils sont proposés par les entreprises sur une base volontaire et que les tiers ont eu l'opportunité de s'exprimer au travers d'un test de marché publié sur la base des premières propositions d'engagements. Les engagements finaux résultent en effet des négociations entre la Commission et l'entreprise concernée menées notamment sur la base des réactions des parties intéressées.

Ce faisant, la Commission qui jouit déjà d'une marge d'appréciation notable en matière contentieuse, bénéficie de larges degrés de liberté dans le cadre de ces procédures. Le contrôle juridictionnel porte donc principalement sur la légalité de la procédure. Au final, il s'agit moins un contrôle de proportionnalité que d'un contrôle d'absence de disproportionnalité manifeste.

Cette marge de discrétion, plus large encore que celle dont dispose la Commission en matière concurrentielle, peut induire des biais en matière de définition de la nature et du périmètre des engagements, comme nous l'avons vu, mais aussi en termes de sélection des affaires faisant l'objet de ces procédures. La Commission peut tout d'abord privilégier de tels règlements dans les affaires pour lesquelles les éléments dont elle dispose la placeraient en difficultés dans le cadre d'un contrôle juridictionnel standard (Wils, 2008 ; Walbroeck, 2008) ou pour lesquels la qualification juridique peut paraître peu robuste ou dont les critères d'activation peuvent être remis en cause par le juge d'appel. Il peut en aller ainsi des notions de position dominante collective [34] ou de facilités essentielles. À ce titre, il n'est pas anodin

---

Il n'en demeure pas moins possible de s'interroger sur la passivité du rôle de la Commission lors des négociations des engagements et de leurs adaptations après les réponses apportées au test de marché ou même dans les incitations produites sur la firme pour s'engager dans une telle procédure.

34. Le cas De Beers / Alrosa lui-même pourrait être considéré comme relevant d'un abus de position

de relever que la dite théorie fait l'objet d'une large activation dans le cadre des procédures négociées utilisées dans le secteur énergétique européen, non seulement pour les actifs de transport mais également pour les actifs de production[35].

4.1.2. Étendre le champ d'application de la théorie des facilités essentielles ?

L'application de la théorie des facilités essentielles (TFE) dans la politique de la concurrence européenne est particulièrement controversée (de Hauteclocque *et al.*, 2011). Selon les critères issus de l'arrêt Bronner de la Cour de Justice (1998), un refus d'accès de la part d'un opérateur contrôlant un tel actif est abusif s'il porte sur un intrant indispensable pour exercer une activité sur un marché aval ou connexe, s'il ne fait pas l'objet d'une justification et s'il a pour effet d'éliminer la concurrence.

Activer cette théorie dans le cadre de procédures négociées peut présenter l'avantage de faire échapper la Commission au contrôle du Tribunal. Ceci peut être d'autant plus utile que les critères d'activation peuvent être contestés (Petit et Neyrinck, 2011) ou que les remèdes qui procèdent de la décision sont particulièrement larges et dépassent la seule obligation de laisser un accès non discriminatoire aux tiers. Une telle extension peut, par exemple, porter sur la sanction d'une insuffisance d'investissements dans le développement desdites infrastructures ou sur la qualification comme essentiels d'actifs de production et non plus seulement de transport. Certaines décisions prises dans le cadre de procédures négociées ont pour effet d'étendre la TFE de l'obligation de l'accès des tiers au réseau vers celle d'un développement suffisant de ce dernier pour ne pas entraver le développement des concurrents. L'opérateur dominant est alors sanctionné pour ne pas avoir suffisamment investi pour satisfaire les besoins de développement de ses propres concurrents.

Dans les cas relatifs au secteur de l'énergie, tant ENI que RWE se trouvaient dans une position d'autant plus difficile que des demandes d'accès économiquement crédibles leur avaient été adressées. Le refus d'accès pourrait témoigner

---

dominante collective, dans la mesure où il s'agissait à l'origine d'une procédure ouverte contre un accord entre le numéro un mondial du négoce de diamant et le numéro deux, accord par lequel ce dernier s'engageait à céder tous les diamants bruts commercialisés en dehors de la Fédération Russe au premier cité (Cengiz, 2010). Une procédure négociée permettait à la Commission d'échapper au contrôle du Tribunal lequel a par le passé annulé certaines de ses décisions prises sur cette base (Marty, 2010). Si le contrôle juridictionnel qui s'exerce sur les décisions de la Commission ne s'est jamais traduit par une annulation dans le cadre de l'application de l'article 102 (Géradin et Petit, 2010), ces précédents peuvent conduire la Commission à une certaine prudence vis-à-vis des qualifications juridiques pour lesquelles les critères d'activations peuvent être contestés.

35. S'attachant aux mesures correctives récemment mises en œuvre dans le cadre de procédures négociées dans les marchés de haute technologie (télécommunications, informatique…), Waller (2011) note que la théorie des facilités essentielles, rejetée par la Cour Suprême dans son arrêt Trinko de 2004, connaît un « *informal revival* » par le biais des engagements volontaires des firmes.

de distorsions dans les décisions du gestionnaire de réseau visant à réduire la contestabilité du marché au profit des autres filiales du groupe.

En filigrane, se pose la question des critères permettant de considérer un refus d'accès comme reposant sur des raisons objectives. L'opérateur doit optimiser ses règles de gestion de l'actif pour permettre de dégager des capacités au profit de ses concurrents et doit réaliser des investissements permettant leur extension si une demande économiquement robuste est exprimée. Ensuite, l'arrêt de la Cour de Justice Deutsche Telekom montre qu'un opérateur dominant peut être sanctionné pour des pratiques tendant à l'éviction de concurrents mais aussi pour ne pas avoir adopté un comportement lui permettant d'éviter une telle éviction (Marty, 2011).

Les opérateurs dominants sont cependant d'autant plus enclins à proposer des engagements allant dans le sens d'une application de la TFE que les orientations de la Commission sur les pratiques d'éviction (Commission européenne, 2009) se caractérisent pour eux par un très faible standard de la preuve pouvant leur laisser craindre une sanction inéluctable dans le cas d'une procédure normale [36]. Cependant, le recours à une procédure négociée peut présenter l'avantage pour la Commission, d'appliquer la TFE dans les cas pour lesquels elle pourrait craindre une contestation des critères d'activation, d'étendre le champ d'application de la théorie et de limiter les risques liés au contrôle juridictionnel en termes de proportionnalité des mesures correctives, notamment.

Au-delà des cas de sous-investissement stratégique, la même logique de contournement du contrôle juridictionnel pour des qualifications potentiellement contestables pourrait également être mise en exergue pour les abus passant par des retraits de capacité. L'introduction de mesures correctives portant sur les actifs de production au travers de cessions ou d'octroi de droits de tirage peut remédier à ces stratégies mais pose, dans le second cas, au-delà de la question de la proportionnalité des engagements, celle de l'extension de la TFE aux actifs de production (de Hauteclocque *et al.*, 2011).

4.1.3. Discussion sur les engagements relatifs aux actifs de production

La logique des droits de tirage portée par les engagements proposés dans l'affaire du lignite grec est également intéressante à plusieurs titres. Tout d'abord, elle pose la question de la possibilité de créer – à partir des instruments du droit de la concurrence – une concurrence par les mérites sur un marché en voie de libéralisation au travers de droits d'accès sur la production d'un opérateur dominant

36. L'activation de la TFE présente quelques effets pervers en termes d'incitations à l'investissement tant pour l'entreprise dominante que pour ses concurrents. Ce faisant, une balance des incitations est requise pour établir que l'effet net demeure positif. Les orientations de février 2009 lèvent cette exigence dès lors que les actifs ont été financés dans le cadre de droits exclusifs (Commission européenne, 2009).

jouissant d'un avantage de coûts tels qu'une entrée profitable de concurrents sur le segment de base peut apparaître comme illusoire. Ensuite, les engagements proposés par la Grèce ne sont pas sans faire écho aux engagements jadis pris par l'opérateur historique français dans le cadre de l'affaire Direct Energie [37], et partant, à la loi NOME française [38] au travers de l'ARENH (Accès régulé à l'électricité nucléaire historique).

Il apparaît tout d'abord que les nouvelles mesures correctives proposées par la Grèce s'avèrent plus intrusives que les remèdes négociés dans le cadre de la décision initiale de 2009 dans la mesure où il est possible de mettre en exergue un glissement d'un modèle de concurrence par les investissements à une concurrence par l'accès à des actifs considérés comme essentiels. Or, à l'instar de la décision Direct Energie du Conseil de la concurrence, elle aussi prise dans le cadre d'une procédure d'engagements, les actifs visés ne sont plus les actifs de réseaux, indubitablement constitutifs d'un monopole naturel, mais des actifs de production eux-mêmes. Il s'agit de prévenir dans le cadre d'un processus de libéralisation une éviction des nouveaux entrants basée sur l'accès privilégié de l'opérateur historique à des sources de production d'énergie de base particulièrement peu coûteuses [39].

Cependant, considérer des actifs de production comme des facilités essentielles, que ceux-ci soient des centrales nucléaires ou des centrales thermiques conventionnelles, nécessite que ces derniers ne puissent être répliqués par les concurrents, qu'il n'existe pas de technologie de production "substituables" et que le refus d'accès ait pour effet de rendre impossible toute concurrence.

Le risque d'une telle approche conduisant à des droits de tirage alloués aux nouveaux entrants sur la production de l'opérateur historique tient bien évidemment à un transfert d'une partie de la rente à ces derniers sans que le consommateur n'ait de gains directs en termes de bien-être [40]. L'entrée de nouveaux acteurs et

37. Décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 du Conseil de la concurrence

38. Loi n° 2010-1488 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, Journal Officiel, 8 décembre 2010.

39. Dans le cas français, la question se posait avec d'autant plus d'acuité que le maintien de tarifs réglementés exposait les concurrents d'EDF à un phénomène de compression des marges. Même si la compression résulte de décisions des pouvoirs publics, le précédent de Deutsche Telekom montre qu'un opérateur dominant peut être sanctionné même s'il a respecté les prix définis par le régulateur sectoriel, dans la mesure où il n'a pas pris les mesures idoines pour prévenir l'éviction de ses concurrents (Cousin et Lemaire, 2011 et Marty, 2011)

40. La politique de concurrence dès lors qu'elle conduit à l'intégration des marchés ou à déterminer des droits d'accès à des tarifs régulés aux capacités de production de base de l'opérateur historique a indubitablement des effets redistributifs. En effet, dans la mesure où le prix de l'électricité est donné par le coût marginal de la dernière centrale appelée – ces dernières étant classées par ordre de préséance économique – l'intégration des marchés a pour effet de rendre le nucléaire d'EDF de moins en moins souvent marginal. Ce dernier bénéficie donc de rentes infra-marginales (*la rente nucléaire*). Si les tarifs réglementés sont basés essentiellement sur les coûts de cette technologie, les consommateurs se voient redistribuer une partie de cette rente mais les nouveaux entrants – dépourvus de ces capacités –

leur pérennité sur le marché constituent dans cette logique un objectif en soi. S'il est indéniable que la contestabilité du marché qui en découle est de nature à discipliner l'opérateur historique et à garantir la diversité et la liberté des choix des consommateurs, le risque d'une telle utilisation implicite de la théorie des facilités essentielles réside en un traitement privilégié des nouveaux entrants conduisant, malgré la jurisprudence Bronner[41], à un glissement des *essential facilities* vers les *convenient facilities* (Ridyard, 2004). En d'autres termes, l'accès pourrait être prononcé dès lors qu'il permettrait aux concurrents d'opérer dans conditions de coûts comparables à celles de l'opérateur dominant.

4.2. De l'efficacité des mesures correctives

La possibilité de voir des mesures correctives introduites de façon privilégiée au travers de procédures négociées peut également susciter un questionnement en termes d'efficacité économique. En effet, le cas des mesures correctives imposées dans le cadre du contrôle des concentrations met en exergue quelques facteurs susceptibles de réduire l'efficacité des remèdes, notamment structurels et peut conduire à observer des phénomènes d'*overfixing*.

Les évaluations réalisées tant dans les cas américains qu'européens en matière d'efficacité des remèdes reposant sur des cessions d'actifs montrent que ces derniers se heurtent fréquemment à des écueils tenant à la définition du périmètre des actifs cédés ou à la stratégie du repreneur (Motta *et al.*, 2003 ; Rey, 2003). Par exemple, le repreneur ayant le plus valorisé sera peut être le moins enclin à réduire ses retours financiers en s'engageant dans une guerre des prix. De la même façon, tout remède qui pourrait réduire l'asymétrie des opérateurs dans le cadre d'un marché étroitement oligopolistique (en termes de capacités de production ou de mix énergétique) peut favoriser le développement d'une position dominante collective.

Au-delà des questions relatives aux effets économiques concrets des mesures correctives, les enseignements du contrôle des concentrations permettent d'illustrer les risques de voir des remèdes aller au-delà de ce qui serait nécessaire pour rétablir la situation de la concurrence. Pour reprendre la catégorisation de Farrell (2003), il s'agit des phénomènes d'*overfixing*, de *scalp* ou de *broadscope*. Dans le premier cas de figure, l'autorité se saisit opportunément du projet de concentration notifié pour améliorer la situation concurrentielle sur le marché concerné par rapport

---

sont victimes d'un ciseau tarifaire (les prix sur le marché de gros s'établissant au-dessus des prix réglementés).

41. Cour de Justice, aff. C-7/97, 26 novembre 1998.

Il convient d'ailleurs de relever que le cas Bronner lui-même aurait pu – si l'affaire en était restée à la décision initiale de la Commission – marquer un tel glissement. En l'occurrence ce fut le contrôle exercé par la Cour de Justice qui conduisit à annuler la décision de la Commission (Forrester, 2009).

à celle qui prévalait avant la fusion. Dans le deuxième cas, l'autorité profite de l'opération notifiée pour réduire la puissance de marché d'un opérateur dominant. Dans le troisième, elle peut aller jusqu'à imposer des remèdes visant à favoriser les concurrents.

Les mesures correctives négociées peuvent non seulement aller au-delà de ce qui est nécessaire pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés mais aussi troubler les frontières entre règles de concurrence et régulation sectorielle. Le recours aux procédures négociées n'est-il pas particulièrement utile à la Commission dès lors que les pratiques sont difficiles à qualifier juridiquement comme anticoncurrentielles, que leurs effets économiques sont difficiles à mesurer [42]... et que les remèdes pourraient avoir quelque autonomie vis-à-vis des pratiques faisant l'objet des préoccupations de concurrence ?

Il apparaît donc que les règlements des contentieux au travers des procédures négociées peuvent traduire de la part de la Commission une démarche interventionniste conduisant à réaliser au travers des mesures correctives les préconisations qui étaient les siennes à l'issue des conclusions de l'enquête sectorielle. Une telle tendance pose à la fois la question des rapports entre politiques de concurrence et régulation sectorielle [43] et celle du respect des règles juridiques fondamentales (*due process of law*). Les engagements ne conduisent-ils pas à doter l'autorité de concurrence du pouvoir de « fixer » (ou susciter) discrétionnairement des remèdes allant au-delà de la résolution du problème de concurrence faisant l'objet de la procédure pour intervenir sur la structure et le fonctionnement du marché sans qu'un réel contrôle juridictionnel ne puisse s'exercer [44] ?

42. Pour une présentation de l'arbitrage économique des différentes parties à une procédure négociée, voir Perrot (2011).

43. Relevons que les remèdes structurels exercent leurs effets sur le degré de concentration horizontale des marchés, ce qui ne fut jamais le cas dans le cadre des directives de libéralisation (Joskow, 2008).

44. En filigrane se pose la question de l'analyse économique dans l'application des règles de concurrence. Dans le cadre de l'approche plus économique défendue par la Commission, elle se ramène souvent à une analyse de type coûts-avantages qu'il s'agisse de la balance faite entre les dommages concurrentiels liés à une pratique donnée et les éventuels gains d'efficience en découlant ou dans le contrôle de la proportionnalité des mesures correctives. Non seulement la capacité de l'analyse économique à saisir les impacts futurs des décisions peut être discutée, au vu des ajustements de stratégies qui en découlent (Vanberg, 2009) mais le cas particulier des procédures négociées illustre les limites d'une politique de concurrence basée sur des décisions reposant sur une règle de raison de nature économique. En effet, le dommage à la concurrence ne peut être évalué et discuté (en l'absence de notification de griefs, la défense sur la base des gains d'efficience n'a plus lieu d'être et la proportionnalité des engagements ne fait plus l'objet d'une analyse complète.

5. Une extension du domaine du droit de la concurrence par les procédures négociées ?

La question de la proportionnalité des mesures correctives est centrale pour jauger du risque d'une intervention discrétionnaire en matière concurrentielle. Il s'agit de s'attacher aux modalités du contrôle juridictionnel qui s'exerce sur les engagements négociés dans le cadre de l'article 9 du règlement nº 1/2003, avant de s'interroger sur la possibilité et les conséquences éventuelles d'un *remédialisme discrétionnaire* dans les politiques de concurrence.

5.1. Du contrôle de proportionnalité dans le cadre des procédures négociées

Le règlement nº 1/2003 stipule que la Commission peut accepter des propositions d'engagements émanant des entreprises si ces derniers sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence qu'elle leur a transmise à l'issue de son évaluation préliminaire de leurs pratiques. Une marge de discrétion peut s'exercer à un double niveau. Un premier tient à la décision de la Commission d'accepter ou non la proposition de l'entreprise en cause de s'engager dans une démarche négociée [45], un second – sur lequel nous portons notre attention – tient à l'adéquation des mesures correctives qui en résultent avec le problème de concurrence identifié.

La marge de discrétion dont dispose la Commission est plus forte dès lors qu'une procédure est conclue sur la base de l'article 9 du règlement nº 1/2003 que sur la base de l'article 7 (Schweitzer, 2008). D'une part, la Commission limite la révélation des informations sur le cas à une communication préliminaire des préoccupations de concurrence [46]. Elle ne publie en outre, une fois les engagements acceptés, qu'un résumé concis du cas et des mesures correctives au *Journal Officiel*. D'autre part, le contrôle juridictionnel de ces décisions risque de s'avérer insuffisant pour permettre au juge de s'assurer qu'une politique de concurrence parallèle ne soit menée au travers des procédures volontaires [47]. En effet, les différences existantes dans les modalités du contrôle de proportionnalité entre les mesures correctives imposées

45. Sur ce point voir Petit (2010).

46. Notons que la Commission était allée au-delà dans le premier cas qui avait été résolu par une procédure d'engagements en l'occurrence, Distrigaz, contentieux pour lequel elle avait établi un *statement of objections* complet.

47. "*The Commission could be tempted to use the commitment procedure to deal with cases where the law is unclear, and thus shape is own competition policy outside the control of the European Court*" (Schweitzer, 2008, p.11).

dans le cadre de l'article 7 et celles négociées dans celui de l'article 9 offrent à la Commission des marges de manœuvre additionnelles.

Conformément à l'arrêt Alrosa, le contrôle de proportionnalité appliqué dans le cas de l'article 9, ne porte que sur la vérification que les engagements volontairement proposés par l'entreprise permettent bien de résoudre le problème de concurrence [48]. En d'autres termes, la Commission n'a pas à vérifier si les engagements proposés volontairement par les firmes vont au-delà de ce qui est nécessaire ou qu'il existe des moyens moins contraignants pour y parvenir. Par conséquent, il n'appartient pas à la Commission de « rechercher elle-même des solutions moins rigoureuses ou plus modérées que les engagements qui lui ont été proposés ». La Commission n'a pas non plus à démontrer que les engagements n'excèdent pas ce qu'elle aurait été susceptible de réclamer dans le cadre d'une procédure sur la base de l'article 7.

L'affaiblissement du contrôle de proportionnalité, dans le cadre des procédures négociées, peut laisser craindre que les procédures d'engagements soient activées comme des leviers d'utilisation de l'article 102 du TFUE dans une logique de régulation de la concurrence, au travers de laquelle les autorités en charge de l'application des règles de concurrence prendraient à leur charge des missions relevant sur le principe d'un régulateur sectoriel (Monti, 2008). Les procédures négociées seraient donc favorisées dans les domaines prioritaires dans l'*agenda* de la Commission et pourraient porter des objectifs dépassant le strict cadre des politiques de concurrence, portant par exemple sur les structures de marché (Forrester, 2009). En d'autres termes, les procédures négociées pourraient être d'autant plus aisément utilisées qu'elles permettraient à la Commission d'aller au-delà des résultats obtenus par les différents régulateurs sectoriels nationaux. A ce titre, elles constitueraient des substituts à des mesures régulatoires et illustreraient à nouveau la prédominance des politiques de concurrence européennes sur les régulations sectorielles nationales. « *The risk appears all the more pressing, since the Commission is notorious for aggressive enforcement of competition rules to secure regulatory outcomes when the Member States fail to take regulatory actions to address market failures* » (Cengiz, 2010).

L'absence d'un strict contrôle de proportionnalité et la reconnaissance de la possibilité de voir des mesures correctives rendues obligatoires sur la base de l'article 9 dépasser ce que la Commission aurait pu imposer au titre de l'article 7 posent donc la question du lien entre le dommage à la concurrence et le remède concurrentiel [49].

---

48. Rappelons que dans le cas d'espèce De Beers s'engageait aux travers d'engagements unilatéraux à réduire ses achats de diamants bruts auprès d'Alrosa selon un échéancier donné et, à terme, à renoncer à tout achat pour une durée indéfinie (Cengiz, 2010).

49. Comme le relève Forrester (2009) pour le cas Distrigaz : "*The complexity of the remedy and – in*

5.2. Politique de concurrence et remédialisme discrétionnaire

De tels degrés de liberté pour imposer des remèdes allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la résolution des contentieux peuvent faire des procédures négociées dans le domaine de l'énergie des vecteurs privilégiés de mise en œuvre d'une politique de restructuration des marchés. Les mesures correctives issues de procédures négociées pourraient donc être un levier d'extension de l'action de la Commission du domaine strictement concurrentiel vers celui de la régulation (Schweitzer, 2008) et donc permettre à la Commission de réaliser au fil des contentieux concurrentiels engagés contre les opérateurs historiques des secteurs énergétiques ses propositions initiales qu'elle ne put imposer aux États membres dans le cadre du troisième train de directives. La prise en compte d'un tel risque suppose d'interroger la notion même de mesures correctives en droit de la concurrence avant de s'attacher – à titre conclusif – sur l'analyse de ces dernières eu égard aux fondements théoriques de la politique européenne de la concurrence.

Le règlement n° 1/2003 stipule que l'objet d'une mesure corrective est de faire cesser une situation dommageable pour la concurrence. A ce titre, elle n'a pas la dimension punitive (et donc dissuasive) d'une amende. La mesure corrective doit permettre de restaurer le jeu de la concurrence (Hellström *et al.*, 2009). Cependant, la notion de restauration recouvre une certaine ambiguïté. Elle dépasse la seule cessation de la pratique dommageable. Elle peut exiger l'annulation des effets des désavantages initiaux subis par les concurrents de l'opérateur dominant. Ce faisant, la restauration peut requérir un remède de nature à les avantager vis-à-vis de lui (James, 2001).

Les mesures correctives se caractérisent donc par une ambiguïté qui n'est pas sans conséquence sur la question du contrôle de proportionnalité. Elles peuvent selon la définition qui en est retenue se limiter à une injonction de cessation de la pratique anticoncurrentielle visée ou être étendues au rétablissement de ce qu'aurait été la situation si le dommage à la concurrence n'avait pas eu lieu. A partir de là apparaît un arbitrage entre des remèdes s'inscrivant en négatif vis-à-vis de l'abus (*mirroring the abuse*) et des remèdes visant à redresser la situation par rapport à ce qu'elle aurait pu être dans le cadre d'un scénario contrefactuel... Dès lors le remède peut revêtir la dimension d'une régulation asymétrique de la concurrence au détriment de l'opérateur dominant [50].

---

my view - the relative novelty of the Antitrust concerns (is controlling 10%-30% of demand at a three year horizon really a serious abuse ?) suggests that this was a case driven, by the result to be achieved – quicker opening of the markets – rather than taking care of illegal past conduct".

50. "*The Commission arguably may even oblige the infringer to pay money to provide active product development support to competitors negatively affected by its illegal practices*" (Hellström *et al.*, 2009).

Au final, il convient de distinguer les remèdes visant à faire cesser et à prévenir la réitération d'une pratique donnée de ceux visant à restaurer les conditions de la concurrence affectée par la pratique en cause (Melamed, 2009).

Les premiers visent en fait des pratiques d'un degré de généralité supérieur au cas d'espèce considéré. Par exemple, les remèdes exigés de Microsoft dans l'affaire du jumelage entre les systèmes d'exploitation et les navigateurs Internet ne concernaient pas seulement le cas de Netscape mais visaient également à donner un signal aux acteurs du marché sur les questions d'interopérabilité et d'érections de barrières à l'entrée. L'effectivité de ces remèdes en termes de prévention de la réitération des pratiques est toujours conditionnée, comme nous l'avons vu, à la question de la permanence de la structure des incitations qui s'exercent sur les firmes. En d'autres termes, un remède comportemental peut sembler peu efficace vis-à-vis d'une mesure corrective de nature structurelle dès lors que l'on considère qu'il sera nécessaire d'en contrôler l'application par l'entreprise concernée – dans la mesure où il est rationnel pour elle de ne pas respecter ses engagements – et qu'il n'aura pas d'effet sur les incitations des autres acteurs du marché.

Les seconds types de remèdes sont indubitablement les plus difficiles à définir et s'avèrent les plus controversés dans la mesure où ils peuvent par essence dépasser ce qui est nécessaire pour résoudre le problème de concurrence identifié. Elles contribuent en outre à faire glisser l'action de l'autorité vers une mission de régulation de la concurrence. Des *remèdes* dits *restauratifs*, lesquels induisent une régulation asymétrique de la concurrence qui dépasse la sanction d'une pratique anticoncurrentielle passée, voire l'établissement d'un *level playing field*, pour octroyer un avantage concurrentiel aux firmes concurrentes pour compenser les désavantages dont elles ont été initialement victimes (Waller, 2009). Dans le même esprit, la mesure corrective n'a pas à être tournée vers la résolution (ou la sanction) d'un dommage à la concurrence donné ; elle doit viser à prévenir un dommage futur à la concurrence (Braithwaite, 2002). Instaurer au travers des engagements une culture de conformité (*compliance*) importe plus dans cette logique que la proportionnalité formelle de la sanction ou en l'occurrence du *remède*.

Ces remèdes pourraient même – en principe – être déconnectés des pratiques mises en œuvre. En fait, se pose la question du lien entre les mesures correctives et les effets des pratiques faisant l'objet de la procédure concurrentielle. Dans le cas particulier des procédures négociées, l'absence d'évaluation initiale des effets anticoncurrentiels et de mesure de celles des mesures corrective peuvent conduire à des mesures correctives excessives pouvant produire sur le processus de concurrence des effets encore plus néfastes que ceux résultant des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet des procédures. Une même inadéquation risque d'être observée dès lors que des remèdes équivalents sont répliqués d'un cas à l'autre sans que la situation de la concurrence dans le cas en cause et les effets économiques potentiels des remèdes ne fassent l'objet d'une réelle évaluation

dans le cas d'espèce. La mise en œuvre d'un *prêt à remédier* tenant par exemple à l'imposition de mesures structurelles systématiques risque de se traduire par des dommages significatifs à la concurrence (Epstein, 2009) ou du moins à une dénaturation de l'application du droit de la concurrence dans certains secteurs d'activité en cours de libéralisation (Cengiz, 2009).

Il s'agit donc de considérer le risque d'un *remédialisme discrétionnaire* dans le cadre de la mise en œuvre des procédures négociées (Lianos, 2010). Le risque est que l'approche plus économique – i.e. fondée sur l'évaluation des effets – ne soit guère mise en œuvre en matière de mesures correctives en général et d'engagements en particuliers. Un tel *remédialisme discrétionnaire* recouvre donc à la fois les situations pour lesquelles les mesures correctives ne sont pas univoquement reliées aux pratiques anticoncurrentielles visées par la procédure et celles où elles ne sont pas proportionnées au dommage initial.

Le premier écueil est d'autant plus à craindre dans le cas européen que la notion de dommage à la concurrence dépasse celle de dommage au bien-être du consommateur mais s'étend à celle de mise en cause d'une structure de concurrence effective ou d'atteinte au processus de concurrence, conçu comme la liberté d'accès des concurrents au marché. Le second écueil se présente d'autant plus facilement que les préoccupations de concurrence n'établissent pas une théorie fouillée du dommage à la concurrence, ce qui est par définition le cas des procédures négociées.

Les risques de biais sont d'autant plus élevés que les procédures négociées privent l'ensemble des parties prenantes des bénéfices liés au contrôle juridictionnel, que cela soit en termes de correction des éventuelles erreurs d'appréciation de la Commission ou en termes de création de précédents particulièrement utiles à la formation des anticipations pour les cas introduisant une certaine nouveauté. Or, les procédures négociées peuvent être activées dans des situations pour lesquelles la théorie du dommage concurrentiel est peu commune, sinon inédite (songeons au sous-investissement stratégique). Cela peut conduire les entreprises, d'autant plus soucieuses d'échapper à une décision établissant des pratiques anticoncurrentielles qu'elles seraient dominantes (ou en situation de récidive), à proposer des engagements systématiquement surévalués et orientés vers des mesures structurelles pour tenir compte des engagements déjà acceptés dans d'autres affaires et de leur anticipation des préférences de la Commission.

La mise en œuvre des procédures négociées dans le secteur énergétique interroge les finalités mêmes de la politique européenne de la concurrence. Celle-ci revêt indubitablement une dimension active vis-à-vis du maintien, voire de la promotion, d'une structure de concurrence effective. Il en ressort une possible régulation de la concurrence au détriment des opérateurs dominants visant à faire pièce à la concentration du pouvoir économique et garantir l'accès des concurrents actuels ou potentiels au marché. Les articles du Traité de Rome relatifs à la concurrence,

tels qu'ils ont été interprétés par la Cour de Justice, dépassent la répression des pratiques anticoncurrentielles. Ils sont mis en œuvre dans une perspective de construction d'un marché intérieur de concurrence libre et non faussée (Gerber, 1998). À ce titre, le droit de la concurrence (qui revêt une dimension de nature *constitutionnelle* dans le droit européen) s'impose sur la régulation sectorielle, comme l'ont par exemple encore montré les arrêts Deutsche Telekom (octobre 2010) ou TeliaSonera (février 2011) en matière de stratégies de compression de marge.

Cependant, si un tel *remédialisme* s'inscrit logiquement dans la politique européenne en ce sens qu'il vise à réduire la puissance de marché des opérateurs dominants, à empêcher ces derniers à mettre en œuvre des stratégies relevant non de la *performance competition* mais de l'*impediment competition* et de promouvoir l'accès au marché des firmes, il n'en demeure pas moins que ses modalités d'application sont questionnables dans une conception constitutionnaliste de la politique de concurrence. En effet, si l'on considère que l'activation des règles de concurrence influencée, au niveau européen, par l'approche ordolibérale (Giocolli, 2009), la politique de concurrence suppose certes une intervention constante pour préserver le processus de marché, ce dernier n'étant ni auto-généré ni auto-entretenu, il n'en demeure pas moins qu'elle saurait reposer sur des interventions discrétionnaires cherchant un résultat finalisé mais sur un interventionnisme strictement procédural et fondé sur des règles [51] (Vanberg, 2004). Ainsi, si l'action de la Commission peut faire sens dans la recherche de la préservation d'une situation de construction d'une situation de *concurrence complète*, les limites du contrôle juridictionnel et la nature discrétionnaire des procédures négociées peut aller à l'encontre d'une approche constitutionnelle de la politique de concurrence.

Indubitablement, le recours privilégié aux procédures négociées dans le secteur énergétique européen pose la question de l'influence ordolibérale (*old economic integration doctrine* pour rependre les termes de Cengiz, 2010) qui demeurerait particulièrement prégnante au sein des institutions européennes, notamment au sein de la Cour de Justice. Celle-ci est souvent vue comme présentant un biais structuraliste, considérant la concurrence comme un processus de compétition effective entre firmes et rejetant donc la notion de contestabilité des positions dominantes. Dans la même logique, l'approche ordo-libérale est fondée sur la volonté de contrecarrer la tendance – naturelle – des marchés à la concentration excessive du pouvoir économique privé. À ce titre, les prescriptions des ordo-libéraux en termes de politiques de concurrence sont parfois allées jusqu'à de possibles désinvestissements forcés de la part des entreprises dominantes (Gerber, 1998).

51. La politique de concurrence, dans un cadre ordo-libéral, doit participer d'une *Wirtschaftsverfassungpolitik*. Il s'agit selon les termes de Vanberg (2004), d'une "*policy that seeks to improve the resulting economic order in an indirect manner by reforming the rules of the game by contrast to an economic policy that seeks to improve outcomes directly by way of specific interventions into the economic process*".

Cependant, les procédures négociées actuelles et leurs résultats en termes de cessions d'actifs peuvent être interrogées dans ce même cadre théorique. D'une part, l'objectif de concurrence complète peut passer par une condition de type *as-if* (Goldschmidt et Berndt, 2005). Celle-ci requiert de l'opérateur dominant qu'il se comporte comme s'il était en concurrence, c'est-à-dire s'il était dépourvu de pouvoir de marché (i.e. de pouvoir de coercition sur ses clients et concurrents). D'autre part, la construction de marchés concurrentiels par des mesures correctives, qui plus est négociées au cas par cas, est questionnable dans cette perspective.

Tout d'abord, le rôle des politiques de concurrence est de donner une forme de gouvernance appropriée (*ordres de marché*) aux différentes *formes* (structures) *de marché*. Si dans certains cas, il est possible de corriger certaines imperfections de marchés pour rendre ces derniers à une gouvernance purement concurrentielle, dans d'autres des défaillances de marché empêchent une telle correction et supposent la mise en place d'une forme de régulation publique (*Geordnete Gebundene Konkurrenz*). En d'autres termes, les mesures correctives ne peuvent changer la structure des marchés que dans une mesure limitée et seulement à long terme. Une gouvernance purement concurrentielle pourrait dès lors apparaître illusoire (Goldschmidt et Berndt, 2005).

Ensuite, les modalités mêmes que prennent les mesures correctives sont contestables dans une optique ordolibérale. Celles-ci ne sont pas assises sur des règles générales mais sur des choix finalisés (en fonction d'un objectif de maximisation du bien-être du consommateur) et discrétionnaire. Non seulement les remèdes risquent d'être disproportionnés – mettant en cause leur éventuelle optimalité en termes économiques – mais ils affectent la sécurité juridique des opérateurs (Vanberg, 2009), empêchant ces derniers de stabiliser leurs anticipations sur le modèle des *patterns of prediction* hayekiens (Hayek, 1967). En d'autres termes, la modernisation du droit de la concurrence (approche plus économique, introduction des procédures négociées...) pourrait produire des effets ambigus sur la concurrence par rapport aux anciennes logiques (fondées sur des interdictions *per se* en fonction de catégories juridiques) dès lors qu'elle affecterait les capacités des acteurs à anticiper les conséquences de leurs stratégies [52].

52. Des règles de nature proscriptive seraient, dans cette logique, préférables à des règles prescriptives (propres aux logiques de régulation sectorielle et aux engagements comportementaux) dans la mesure où elles laissent la possibilité aux acteurs du marché de choisir librement leurs modalités d'adaptation (Vanberg, 2009).

Références

Allais M. 1943. *À la recherche d'une discipline économique*, Paris, ateliers Industria, 920 p.

Averch H. and Johnson L. 1962, "Behaviour of the firm under regulatory constraint", *American Economic Review*, 52, December, 1052-1069.

Braithwaite J. 2002. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press.

Cengiz F. 2009. "Regulation 1/2003 Revisited", *TILEC Discussion Paper*, DP 2009-042, Tilburg University, September.

Cengiz F. 2010. "Alrosa v Commission and Commission v Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime", *TILEC Discussion Paper*, DP 2010-033, Tilburg University, September, 33p.

Chôné P. 2006. « L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle » *in* Encaoua D. et Guesnerie R., (s.d.), *Politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, 209-232.

Commission européenne. 2007a. *Inquiry Pursuant to article 17 of Regulation (EC) nº 1/2003 into the European Gas and Electricity Sectors,* Final Report, COM(2006)851 Final, 10th January.

Commission européenne. 2007b. *Proposition de directive modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz*, COM(2007) 529 final, 19 septembre.

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

Cousin M. et Lemaire C. 2011. « Nome acte I : un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité », *Concurrences*, nº 1-2011, 12-16.

Epstein R.A. 2009. "Monopolization Follies: the Dangers of Structural Remedies under Section 2 of the Sherman Act", *Antitrust Law Journal,* Symposium – Remedies for Dominant Firm Misconduct, 76(43).

Farrell J. 2003. "Negotiation and Merger Remedies: Some Problems", in Lévêque F. and Shelanski H., (eds), *Merger remedies in American and European Union Competition Law,* Edward Elgar, Cheltenham UK, 95-105.

Finon D., Defeuilley C. et Marty F. 2012. « Signaux-prix et équilibre de long terme : Reconsidérer l'organisation des marchés électriques », *Économie et Prévision*, nº 197-198, *à paraître*.

Forrester I.S. 2009. "Creating New Rules or Closing Easy Cases ? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003", *in* Ehlermann C.-D. and Marquis M., (eds), *European, Competition Law Annual 2008 – Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Hart Publishing

Gagnepain P. 2001. « La nouvelle théorie de la régulation des monopoles naturels », *Revue Française d'Économie,* volume 15, nº 15-4, 55-110.

Géradin D. and O'Donoghue R. 2005. "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", *Global Competition Law Centre Working Paper*, nº 04/05, 65p.

Géradin D. and N. Petit. 2011. "Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment", *TILEC Discussion Paper*, nº 2011-008.

Gerber D. 1998. *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.

Gioccoli N. 2009. "Competition vs Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5, nº 4, 747-786.

Goldschmidt N. and Berndt A. 2005. "Leonhard Miksch (1901-1950): A Forgotten Member of the Freiburg School", *American Journal of Economics and Sociology,* vol.64, nº 4, October, 973-998.

Hauteclocque (de) A. 2008. "EC Antitrust Enforcement in the Aftermath of Energy Sector Inquiry: A Focus on Long-Term Supply Contracts in Electricity and Gas", *in* Delvaux B., Hunt M. and Talus K., (eds.), *EU Energy Law and Policy Issues*, Brussels.

Hautecloque (de) A., Marty F. and Pillot J. 2011. "The Influence of the Essential Facilities Doctrine in Matter of Regulation and Competition Policy in Energy Network Industries" , *in* Glachant J.-M., Finon D. and de Hauteclocque A., (eds.), *Competition, Contracts and Electricity Markets : A New Perspective*, juin, 259-292.

Hayek F. 1967. "The Theory of Complex Phenomena", in Hayek F., *Studies in Philosophy, Politics and Economics,* The Chicago University Press, 22-42.

Hellström P., Maier-Rigaud F. and Wenzel-Bulst F. 2009. "Remedies in European Antitrust Law", *Antitrust Law Journal*, Symposium – Remedies for Dominant Firm Misconduct, 76(43).

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

James C.A. 2001. "The Real Microsoft Case and Settlement", *Antitrust*, Fall, 58.

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

Joskow P.L. 2008. "Lessons Learned from Electricity Market Liberalization", *The Energy Journal*, Special Issue on the Future of Electricity, 9-42.

Lévêque F. 2006. « La mise en oeuvre du droit de la concurrence dans les industries électriques et gazières – problèmes et solutions », *Concurrences*, nº 2-2006, 28-33.

Lévêque F., Glachant J.-M., Saguan M. and de Muizon G. 2009. "How to Rationalize the Debate about 'EU Energy Third Package' ? Revisiting Criteria to Compare Electricity Transmission Organizations", *European University Institute Working Papers*, RSCA 2009/15, 11p.

Lianos I. 2010. "Is the Availability of 'Appropriate Remedies' a Limit to Competition Law Liability under Article 102 ? The Mischiefs of 'Discretionary Remedialism'" *in* Etro F. and Kokkoris I. (eds), *Competition Law and the Enforcement of Art. 102*, Oxford University Press.

Lowe P., Pucinkaite I., Webster W. and Lindberg P. 2007. "Effective Unbundling of Energy Transmission Networks : Lessons from the Energy Sector Inquiry", *Competition Policy Newsletter*, nº 1, 23-34.

Marty F. 2010. « La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence : incertitudes économiques et insécurité juridique », *Économie et Institutions*, nº 10-11/ 2007, 185-218.

Marty F. 2011. « Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine », *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 27, avril-juin, 107-117.

Marty F. et Reis P. 2011. « Analyses croisées juridiques et économiques des procédures négociées en droit de la concurrence », *Les Dossiers de la Revue Internationale de Droit Économique*, volume 4, avril, 17-46.

Melamed D. 2009. "Afterword: The Purpose of Antitrust Remedies", *Antitrust Law Journal*, Symposium – Remedies for Dominant Firm Misconduct, 76(43).

Mische H. and Višnar B. 2010. "The European Court of Justice Confirms Approach in De Beers Commitments Decision", *Competition Policy Newsletter*, 3-2010, 17-22.

Monti G. 2008. "Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law", *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 8/2008, London School of Economics and Political Science, 25p.

Motta M. 2008. "On Cartel Deterrence and Fines in the European Union", *European Competition Law Review*, 29(4), 209-220.

Motta M., Polo M. and Vasconcelos H. 2003. « Merger Remedies in the European Union: An Overview », *in* Lévêque F. and Shelanski H. (eds), *Merger remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham UK.

OCDE. 2006. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, OECD Policy Roundtables, Daf/Comp(2006)19, 244p.

Perrot A. 2004. « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Économie Publique*, nº 14, 2004/1, 3-11.

Perrot A. 2011. « La mise en œuvre des procédures négociées : aspects économiques et pratique de l'Autorité de la concurrence », *Les Dossiers de la Revue Internationale de Droit Économique*, volume 4, avril, 47-58.

Petit N. 2010. "How Much Discretion Do, and Should, Enjoy Competition Authorities in the

Course of Their Enforcement Activities ?", *Concurrences*, nº 1-2010, 44-62.

Petit N. and Neyrinck N. 2011. "Back to Microsoft I and II : Tying and the Art of Secret Magic", *Journal of Competition Law & Practice*, 2(2), 117-121.

Pollitt M. 2007. "The Arguments For and Against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks", *Working Paper Electricity Policy Research Group*, University of Cambridge, CWPE 0737 and EPRG 0714, August, 35p.

Rey A. 2003. "Economic Analysis and the Choice of Remedies", in Lévêque F. and Shelanski H., (eds), *Merger remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham UK.

Ridyard D. 2004. "Compulsory Access under EU Competition Law: A New Doctrine of 'Convenient Facilities' and the Case for Price Regulation", *European Competition Law Review*, 25(11), 669-674.

Schweitzer H. 2008. "Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Development of EC Practice and Case Law", *European University Institute Working Paper*, Law 2008/22, 28p.

Scholz U. and Purps S. 2010. "The Application of EC Competition Law in the Energy Sector", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nº 1, 37-51.

Vanberg V.J. 2004. "The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism", *Freiburg Discussion Paper on Constitutional Economics*, nº 04/11, 21p.

Vanberg V.J. 2009. "Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom – On the Normative Foundations of Economic Policy", *Freiburg Discussion Paper on Constitutional Economics*, nº 09/3, 31p.

van Koten S. and Ortmann A. 2011. "Structural Versus Behavioral Measures in the Deregulation of Electricity Markets: an Experimental Investigation Guided by Theory and Public Concerns", *European University Institute Working Papers*, RSCAS 2011/07, 37p.

Walbroeck D. 2008. « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non contestation de faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », *Global Competition Law Center Working Paper*, nº 01-08.

Waller S.W. 2009. "The Past, Present and Future of Monopolization Remedies", *Antitrust Law Journal, Symposium* – Remedies for Dominant Firm Misconduct, 76(43).

Waller S.W. 2011. "Access and Information Remedies in High Tech Antitrust", *Working paper Loyola University – Chicago*, July, 24p.

Wilks S. 2009. "A Political Science Approach : Restorative Justice and the Fairness Critique", *in* Ehlermann C.-D. and Marquis M., (eds), *European, Competition Law Annual 2008 – Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Hart Publishing.

Wils W.P.J. 2008. "The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement : Objectives and Principles", *World Competition*, vol. 31, nº 3, September.