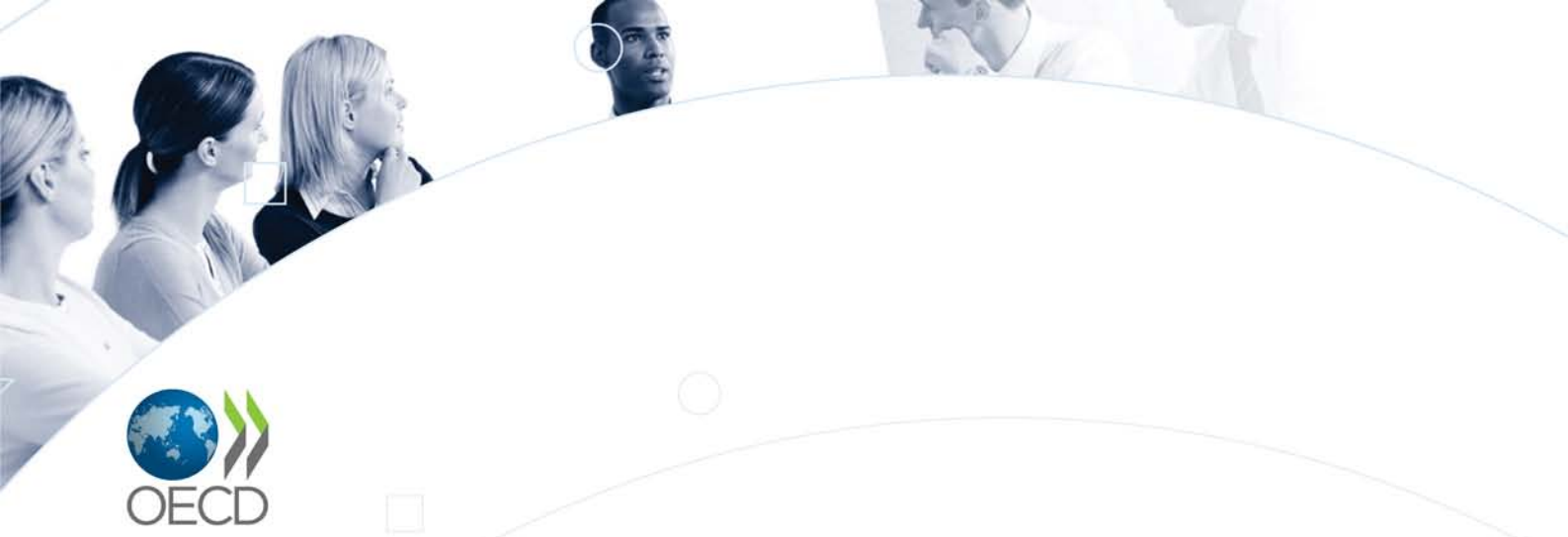

REPORTS

Report on Experiences with Structural Separation 2011

Introduction

The OECD Competition Committee held several discussions on structural separation which resulted in a report approved in 2011. These discussions also led to a revision in December 2011 of the 2001 Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries.

Overview

This report reviews the experience of structural separation ten years after the adoption of the 2001 OECD Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries with a focus on four sectors: electricity, gas, railways and telecommunications. It shows that structural separation remains a relevant remedy to advance the process of market liberalisation. However, the impact of separation policies on investment incentives has been an issue throughout the sectors. Corporate incentives to invest require full consideration in the assessment of whether structural separation may be appropriate for a sector. As a result, the 2001 Recommendation was amended by the OECD Council on 13 December 2011 to address the role that corporate incentives to invest can play in assessing the desirability of structural separation in regulated industries.

Related Topics

Report on Experiences with Structural Separation (2006)
Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries (2001)
Restructuring Public Utilities for Competition (2001)

Rapport sur les Expériences en Matière de Séparation Structurelle

COMITÉ DE LA CONCURRENCE

JANVIER 2012

OCDE

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

© OCDE 2012

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être addresées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

PRÉFACE

Le 26 avril 2001, le Conseil de l'OCDE a adopté une Recommandation concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés, dans laquelle il suggère aux pays membres, lorsqu'une entreprise réglementée opère dans une activité potentiellement concurrentielle et dans une activité annexe non concurrentielle, comme un monopole naturel, d'étudier les bénéfices et les coûts des mesures de séparation structurelle des deux activités. La Recommandation, de même que le rapport détaillé qui l'accompagnait, conseillaient aux pays d'examiner avec attention les avantages et les inconvénients éventuels des mesures structurelles, d'une part, et ceux des mesures comportementales, d'autre part. En 2006, le Comité de la concurrence a soumis un rapport au Conseil sur la mise en œuvre de la Recommandation. Ce rapport analysait en détail cinq aspects de la séparation structurelle : les avantages, les coûts, la mise en balance des deux, les expériences de séparation structurelle dans quatre secteurs (énergie, transport ferroviaire, télécommunications, services postaux) et l'action des pouvoirs publics en matière de séparation structurelle dans les pays de l'OCDE. Il concluait que la Recommandation conservait son importance et sa pertinence et devait être maintenue dans sa formulation actuelle. Le Conseil a approuvé les conclusions du Rapport et invité le Comité de la concurrence à continuer à rendre compte de la mise en œuvre de la Recommandation.

Dix ans après l'adoption de la Recommandation, ce troisième rapport fait le point sur la séparation structurelle dans quatre secteurs : l'électricité, le gaz, le transport ferroviaire et les télécommunications. Il montre que la séparation structurelle est une solution toujours aussi pertinente pour faire progresser le processus de libéralisation des marchés. Cela étant, l'impact des mesures de séparation sur les incitations à l'investissement soulève des questions dans tous les secteurs et dans les 34 pays membres examinés dans le rapport. Les incitations à l'investissement des entreprises doivent donc être étudiées avec attention afin de décider si la séparation structurelle est adaptée à un secteur donné. Par conséquent, la Recommandation de 2001 a été modifiée par le Conseil de l'OCDE, le 13 décembre 2011, afin d'apporter plus de clarté sur le rôle que les incitations à l'investissement des entreprises peuvent jouer au moment de déterminer si la séparation structurelle dans les secteurs réglementés est souhaitable. La Recommandation ainsi révisée est jointe au présent rapport.

TABLE DES MATIÈRES

RAPPORT SUR LES EXPÉRIENCES EN MATIÈRE DE SÉPARATION STRUCTURELLE 7

1. Introduction 7
2. La séparation structurelle en tant que mesure corrective 17
3. Évolution dans le secteur du gaz 32
   - 3.1 Le secteur du gaz au Chili 33
   - 3.2 Le secteur du gaz en Estonie 33
   - 3.3 Le secteur du gaz dans l'Union européenne (UE) 34
   - 3.4 Le secteur du gaz en Grèce 47
   - 3.5 Le secteur du gaz en Irlande 48
   - 3.6 Le secteur du gaz en Israël 49
   - 3.7 Le secteur du gaz au Portugal 49
   - 3.8 Le secteur du gaz aux Pays-Bas 50
   - 3.9 Le secteur du gaz en Pologne 51
   - 3.10 Le secteur du gaz en Slovénie 52
   - 3.11 Le secteur du gaz en Turquie 53
4. Évolution dans le secteur de l'électricité 53
   - 4.1 Le secteur de l'électricité en Australie 54
   - 4.2 Le secteur de l'électricité au Chili 55
   - 4.3 Le secteur de l'électricité en Estonie 56
   - 4.4 Le secteur de l'électricité dans l'Union européenne 58
   - 4.5 Le secteur de l'électricité en Finlande 65
   - 4.6 Le secteur de l'électricité en Allemagne 65
   - 4.7 Le secteur de l'électricité en Grèce 66
   - 4.8 Le secteur de l'électricité en Irlande 67
   - 4.9 Le secteur de l'électricité en Israël 68
   - 4.10 Le secteur de l'électricité en Italie 68
   - 4.11 Le secteur de l'électricité au Mexique 69
   - 4.12 Le secteur de l'électricité en Nouvelle-Zélande 70
   - 4.13 Le secteur de l'électricité aux Pays-Bas 73
   - 4.14 Le secteur de l'électricité au Portugal 74
   - 4.15 Le secteur de l'électricité en Suisse 75
   - 4.16 Le secteur de l'électricité en Slovénie 75

5. Évolution dans le secteur des télécommunications 76
5.1 Le secteur des télécommunications en Australie 77
5.2 Le secteur des télécommunications au Chili 79
5.3 Le secteur des télécommunications en Estonie 80
5.4 Le secteur des télécommunications dans l'Union européenne 81
5.5 Le secteur des télécommunications en Finlande 84
5.6 Le secteur des télécommunications en Israël 84
5.7 Le secteur des télécommunications en Italie 85
5.8 Le secteur des télécommunications en Nouvelle-Zélande 87
5.9 Le secteur des télécommunications en Pologne 88
5.10 Le secteur des télécommunications en Slovénie 91
5.11 Le secteur des télécommunications en Suède 91
5.12 Le secteur des télécommunications en Suisse 92
5.13 Le secteur des télécommunications au Royaume-Uni 93

6. Évolution dans le secteur ferroviaire 95
6.1 Le secteur ferroviaire en Australie 95
6.2 Le secteur ferroviaire en Belgique 98
6.3 Le secteur ferroviaire au Canada 99
6.4 Le secteur ferroviaire au Chili 102
6.5 Le secteur ferroviaire en Estonie 102
6.6 Le secteur ferroviaire dans l'Union européenne 103
6.7 Le secteur ferroviaire en France 107
6.8 Le secteur ferroviaire en Allemagne 108
6.9 Le secteur ferroviaire en Israël 109
6.10 Le secteur ferroviaire en Italie 109
6.11 Le secteur ferroviaire aux Pays-Bas 111
6.12 Le secteur ferroviaire en Slovénie 112
6.13 Le secteur ferroviaire en Espagne 113
6.14 Le secteur ferroviaire en Suède 113
6.15 Le secteur ferroviaire au Royaume-Uni 116
6.16 Le secteur ferroviaire aux États-Unis 119

7. Incitations à l'investissement des entreprises et séparation structurelle 120

8. Conclusion 124

Annexe : Recommandation du conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés 131

RAPPORT SUR LES EXPÉRIENCES EN MATIÈRE DE SÉPARATION STRUCTURELLE

1. Introduction

En 2001, le Conseil de l'OCDE a adopté sa « Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés »[1], dans laquelle il suggère aux pays membres, dans des circonstances appropriées, de mettre à l'étude la mise en œuvre de mesures structurelles dans les secteurs réglementés. Le présent rapport fait le point sur l'expérience des pays membres concernant l'application de la Recommandation.

La Recommandation était accompagnée d'un rapport approfondi, dans lequel étaient examinés les coûts et avantages liés à l'adoption des mesures de séparation structurelle[2]. L'approche adoptée dans le corps de la Recommandation est similaire, puisqu'il y est conseillé aux pays membres de bien mettre en balance les avantages et les inconvénients des mesures structurelles, d'une part, et ceux des mesures comportementales, d'autre part. Le texte principal de la Recommandation s'énonce comme suit :

> *Lorsqu'ils sont confrontés à une situation dans laquelle l'entreprise réglementée opère simultanément ou est susceptible de le faire dans le futur, dans une activité non concurrentielle et dans une activité complémentaire potentiellement concurrentielle, les pays membres devraient bien peser les bénéfices et les coûts des mesures structurelles contre les bénéfices et les coûts des mesures comportementales.*

---

1 *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés.*, dénommée ci-après « la Recommandation ».

2 OCDE (2001), *Concurrence et restructuration des services publics*. Voir également OCDE (2001), *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés.*

Les coûts et bénéfices à mettre en balance incluent les effets sur la concurrence, les effets sur la qualité et le coût de la réglementation, les coûts de transition des modifications structurelles et les bénéfices économiques et d'intérêts généraux de l'intégration verticale, à la lumière des caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné.

Les coûts et bénéfices à mettre en balance devraient être ceux qui sont reconnus par l(es) autorité(s) compétente(s), y compris l'autorité de concurrence, à partir de principes définis par le pays membre. Cette mise en balance devrait intervenir tout particulièrement dans le cadre de la privatisation, de la libéralisation ou de la réforme réglementaire.

Un rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation concernant la séparation structurelle avait été publié par le Comité de la concurrence en 2006. Il examinait les coûts et avantages de la séparation structurelle, analysait en détail des exemples sélectionnés de séparation structurelle dans cinq secteurs, et résumait l'expérience des différents pays de toute la zone OCDE. D'après les conclusions de ce rapport de 2006 :

- la recommandation conservait son importance et sa pertinence ;
- la mise en balance recommandée des coûts et des avantages de la séparation structurelle restait valable, de même que l'idée selon laquelle les coûts et les bénéfices différaient selon les caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné ; et
- la recommandation du Conseil devait être maintenue telle quelle[3].

Le présent rapport, qui est le second sur ce sujet, fait le point sur l'expérience des pays membres en matière de séparation structurelle dans quatre secteurs : le gaz, l'électricité, les télécommunications et le transport ferroviaire[4]. Dix ans après l'adoption de la Recommandation, les conclusions n'ont quasiment pas changé. La séparation structurelle est une solution toujours aussi pertinente, qui peut à la fois faire progresser le processus de libéralisation des

[3] Comité de la concurrence de l'OCDE (2006), *Report on Experiences with Structural Separation,* publié le 7 juin 2006, p. 6.

[4] Pour les pays qui sont devenus membres de l'OCDE depuis la publication du rapport de 2006, la description des évolutions récentes est complétée par des informations de nature plus générale.

marchés et remédier à certaines des difficultés inhérentes aux mesures correctives comportementales et à une régulation sectorielle plus complexe et intensive. Néanmoins, elle peut ne pas être nécessaire ou adaptée pour tous les secteurs ou marchés. L'impact, ou l'absence d'effet, de la séparation structurelle sur les incitations à l'investissement des entreprises dans les industries de réseau est notamment devenu un point essentiel. Le choix entre mesures structurelles et comportementales, dans un ensemble de circonstances donné, exige donc toujours une évaluation approfondie.

Les mesures structurelles prises pour remédier aux problèmes de concurrence diffèrent des mesures comportementales, car les premières modifient les incitations, tandis que les secondes visent à corriger des comportements spécifiques dans un contexte où les incitations demeurent pour l'essentiel inchangées[5]. La Recommandation évoque cette distinction, soulignant que « *les politiques comportementales contrairement aux politiques structurelles n'éliminent pas l'incitation qu'a l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence* », et que « *malgré tous les efforts des autorités de contrôle, les mesures réglementaires axées sur les comportements qui visent à limiter la possibilité pour une entreprise réglementée intégrée de restreindre la concurrence peuvent conduire à une moindre concurrence que cela ne serait le*

[5] Le rapport de 2011 compare ces deux types de mesures en distinguant « celles qui s'attachent essentiellement à résoudre le problème des incitations de l'entreprise en place à restreindre la concurrence (approches "structurelles") et celles qui tendent à maîtriser la capacité de l'opérateur en place à restreindre la concurrence (approches "comportementales") », et souligne que « [dans] ce deuxième cas de figure, les autorités de tutelle doivent lutter contre les incitations de l'entreprise établie à refuser, retarder ou restreindre l'accès. Par rapport à celle-ci, les autorités de tutelle se trouvent généralement désavantagées en ce qui concerne l'information et les éventuels instruments de contrôle. Dès lors, le niveau de la concurrence dans le cadre des approches comportementales est généralement moindre que si l'entreprise en place n'avait pas d'incitation à limiter la concurrence. Certains instruments, comme la séparation comptable, la séparation de la gestion ou la séparation des structures d'entreprise ne sont pas efficaces en eux-mêmes, mais ils peuvent épauler d'autres approches, telles l'accès réglementé. » Voir OCDE (2001), *Concurrence et restructuration des services publics*, pp. 60-61. Voir également P. Hellström, F. Maier-Rigaud et F. Wenzel Bulst (2009), « Remedies in European Antitrust Law », *Antitrust law Journal*, Vol. 76, pp. 43-63, pour un examen plus poussé de la distinction entre mesures comportementales et structurelles fondée sur les incitations. Il va de soi que les mesures correctives structurelles peuvent non seulement modifier les incitations, mais aussi tout bonnement retirer à l'entreprise considérée toute capacité d'influer sur le réseau en cause.

cas si l'entreprise réglementée n'avait pas l'incitation à restreindre la concurrence ». Toujours selon la Recommandation, « *certaines formes de séparation partielle d'une entreprise réglementée (par exemple séparation comptable ou séparation fonctionnelle) peuvent ne pas éliminer l'incitation pour l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence et donc peuvent être moins efficaces en général pour ce qui est de faciliter la concurrence que les politiques structurelles* ». Il est souvent considéré que les mesures correctives structurelles empiètent davantage sur les droits de propriété que les mesures comportementales[6], mais sur le long terme, la « rupture nette » offerte par les solutions structurelles peut se révéler moins lourdement contraignante que le fait d'imposer à une entreprise de se conformer à des engagements comportementaux détaillés et prescriptifs, qui sont par nature sans fin.

Dans les secteurs d'infrastructures réglementés, la séparation structurelle aboutit généralement à scinder une société précédemment intégrée en des ensembles concurrentiel et non concurrentiel. L'objet essentiel d'une séparation n'est pas d'effectuer une simple division entre activités de gros et de détail, mais d'isoler uniquement les actifs qui ne peuvent être reproduits[7]. Cette séparation peut être prendre des formes diverses, allant des mesures comportementales aux mesures structurelles. La séparation comptable constitue la plus bénigne des opérations de dissociation envisageables, tandis que, à l'opposé, la séparation de la propriété est la plus radicale. Entre ces deux extrêmes, *« six degrés »* de séparation fonctionnelle (ou opérationnelle) ont été identifiés : création d'une division chargée du marché de gros ; séparation virtuelle ; séparation des activités ; séparation des activités s'accompagnant d'incitations localisées ; séparation des activités assortie de structures de gouvernance distinctes ; et enfin, séparation juridique aboutissant à la création d'entités distinctes appartenant à un même propriétaire[8]. Si la séparation de la propriété constitue clairement une mesure structurelle, les mesures de dissociation moins poussées, telles que l'approche du gestionnaire de transport indépendant (GTI) dans le domaine de l'énergie, sont généralement considérées comme des mesures

6 Ainsi, en vertu du droit de la concurrence de l'Union européenne (UE), une mesure structurelle ne doit être imposée en cas de violation des règles de concurrence que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière devait être plus contraignante que la mesure structurelle.

7 Groupe des régulateurs européens (2007), *Opinion on Functional Separation* (ERG (07) 44), p. 8.

8 M. Cave (2006), « Six Degrees of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation », 64 *Communications and Strategies* (4e trimestre 2006), pp. 1-15.

comportementales[9], à l'exception de certains types de séparation fonctionnelle, à savoir la séparation de la propriété et du contrôle qui est parfois présentée comme une forme hybride entre les deux, comme la mise en place d'un gestionnaire de réseau indépendant (GRI) dans le domaine de l'énergie[10].

La mesure dans laquelle la séparation d'une société verticalement intégrée est tenue pour souhaitable d'un point de vue économique et commercial et la forme de séparation privilégiée varient généralement d'un secteur à l'autre. Comme une séparation structurelle visant à imposer de force la concurrence peut entraîner des coûts non négligeables (tant financiers que sur le plan de l'efficience), il importe de déterminer si le renforcement de la concurrence sur le marché concerné améliore en fait la situation des consommateurs. Ainsi, les États membres de l'Union européenne (UE) sont tenus d'appliquer une séparation fonctionnelle ou de la propriété dans les secteurs de l'électricité et du gaz, tandis que la séparation fonctionnelle dans les télécommunications est présentée comme une mesure exceptionnelle à n'employer que dans le cas d'une défaillance persistante du marché. Les paramètres à prendre en compte pour apprécier si une stratégie de séparation est adaptée à un secteur donné, et, si oui, sous quelle forme, sont notamment l'existence d'économies d'échelle et de gamme, les répercussions probables sur le niveau des investissements, le rythme de l'innovation technologique dans la branche d'activité considérée, et l'efficacité des autres formes d'intervention réglementaire. De plus, les coûts et avantages associés à chaque forme de séparation diffèrent. Si la séparation comptable, qui est la forme de séparation structurelle la moins intrusive, peut aider à éliminer la discrimination par les prix contre les concurrents en aval, la discrimination hors prix peut appeler une solution plus radicale, telle que la séparation fonctionnelle, voire la dissociation de la propriété.

Bien que la Recommandation s'adresse aux pays membres de l'OCDE, l'expérience accumulée jusqu'à présent montre que la décision de recourir à la séparation structurelle est souvent prise par la société verticalement intégrée elle-même, plutôt que par les organismes de régulation ou les autorités de la concurrence nationaux. Une entreprise peut prendre une telle décision de sa

9 Voir la Recommandation, en particulier les passages cités plus haut.

10 Voir par exemple OCDE (2001), *Concurrence et restructuration des services publics*, p. 15. Par contre, d'autres acteurs, tels que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) française, considèrent expressément une séparation juridique n'allant pas jusqu'à la dissociation intégrale des structures de propriété comme une forme de séparation structurelle ; voir ARCEP (2007), *La Lettre de l'Autorité*, N° 55 - mars / avril 2007, p. 4.

propre initiative afin d'éviter que des formes de séparation plus radicales ne lui soient imposées en vertu de la législation, ou dans le cadre d'une procédure de concurrence ; elle peut avoir une préférence pour des mesures structurelles lui permettant d'échapper à des mesures correctives comportementales très contraignantes ; ou il se peut tout simplement que ce soit la meilleure solution pour l'entreprise considérée en termes de maximisation des bénéfices. Il est inhabituel qu'une société verticalement intégrée se lance dans un processus de séparation uniquement de son propre chef (en général, l'impulsion est donnée par les autorités de régulation ou d'autres organismes publics). Cependant, une fois que la séparation est à l'ordre du jour, il n'est pas rare que les entreprises s'engagent « volontairement » dans cette voie. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans le secteur des télécommunications en Suède, où l'opérateur historique a opté de sa propre initiative pour une séparation fonctionnelle, de sorte que l'autorité de régulation n'a pas eu jusqu'ici à l'imposer à cette entreprise, en exerçant les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi à cet égard. Les engagements volontaires pris en matière de séparation structurelle jouent un rôle important dans la pratique du droit de la concurrence. S'il est courant que des engagements structurels (cessions d'actifs) soient proposés pour obtenir l'aval des autorités dans le domaine du contrôle des fusions, des engagements volontaires de séparation structurelle sont de plus en plus fréquemment proposés également dans le cadre de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles depuis quelques années. La Commission européenne a notamment accepté des engagements contraignants en matière de séparation structurelle lors du règlement de procédures relatives à des pratiques anticoncurrentielles sans conclusion formelle d'atteinte à la concurrence[11].

Il peut néanmoins arriver dans certaines circonstances que la séparation soit une démarche involontaire pour une société verticalement intégrée, parce qu'il s'agit d'une mesure corrective qui lui est imposée soit par la loi, soit par les autorités de régulation ou les organismes responsables de l'application du droit de la concurrence. Aux yeux des législateurs et des autorités sectorielles de régulation, elle offre une solution plus durable en cas de défaillance persistante du marché. La séparation structurelle peut être le moyen de remédier à des insuffisances du marché que des mesures comportementales ne permettraient peut-être pas de corriger à elles seules, l'exemple classique étant celui de la discrimination hors prix. Il arrive aussi que la séparation soit privilégiée dans le cas où l'autre solution, à savoir des mesures comportementales, serait complexe ou difficile à concevoir, à contrôler sur le plan de l'exécution et à appliquer. Les

[11] Voir les affaires relatives à RWE, ENI et E.ON évoquées ci-après. Des engagements structurels ont également été pris dans le cadre d'affaires portant sur des d'aides d'État au sein de l'UE.

solutions structurelles ont pour avantages la sécurité juridique et, le plus souvent, une réglementation simplifiée. La séparation obligatoire imposée par la réglementation a été largement employée dans le secteur de l'énergie, en particulier dans l'UE, dont les États membres doivent respecter les exigences du programme de libéralisation des marchés de l'énergie défini par la Commission européenne.

Il arrive parfois que la séparation structurelle soit imposée pour des motifs similaires par les autorités de la concurrence. En cas de violation persistante des règles de la concurrence liée à une structure de marché verticalement intégrée, la séparation peut être un remède efficace et pérenne. Au demeurant, les solutions de nature structurelle n'exigent qu'une surveillance *ex post* assez légère, à la différence des mesures comportementales, qui obligent souvent les autorités de la concurrence à exercer une surveillance à caractère quasi-réglementaire[12]. La scission d'AT&T en 1984, consécutive à une procédure antitrust engagée par le ministère de la Justice des États-Unis, est un excellent exemple montrant comment les pouvoirs d'application du droit de la concurrence peuvent être employés pour imposer la séparation structurelle d'une société intégrée[13].

Il est généralement admis que la séparation structurelle peut impliquer un compromis entre efficience et concurrence. Depuis la parution de la Recommandation en 2001, de nombreux travaux évaluant l'utilité de la séparation structurelle au vu de ses coûts et avantages ont été publiés. Il existe de nombreux éléments indiquant que les sociétés verticalement intégrées qui maximisent leurs bénéfices prennent le plus souvent de bonnes décisions, tant de leur propre point de vue que de celui du consommateur, mais que, si elles détiennent un monopole incontournable, il peut en résulter des problèmes de verrouillage du marché[14]. D'aucuns estiment que la discrimination à laquelle se livre une entreprise verticalement intégrée n'est jamais une stratégie rationnelle,

12 Pour un examen du débat sur l'opposition entre mesures comportementales et structurelles dans le contexte de l'UE, voir P. Lowe et F. Maier-Rigaud (2008), Chapter 20, « *Quo Vadis* Antitrust Remedies », *in* B.E. Hawk (dir. publ.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute* (New York), pp. 597-611.

13 *United States v. AT&T* 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

14 Voir F. Lafontaine et M. Slade (2007), « Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence », 45(3) *Journal of Economic Literature* 629-685, et P. L. Joskow, Chapitre 11, « Vertical Integration », *in* ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy*, Volume I (2008, Chicago), pp. 273-292.

dans la mesure où tout gain obtenu sur le marché de détail sera réduit à néant par les pertes concomitantes subies sur le marché de gros[15] ; néanmoins, des théories plausibles concernant les effets de levier anticoncurrentiels et le verrouillage des marchés amont, aval et même des marchés de détail connexes existent à la fois dans les travaux publiés sur la question et dans la jurisprudence[16]. Les auteurs traitant spécifiquement de la séparation structurelle et de ses effets sont partagés, certains étant favorables à son emploi pour remédier à des problèmes de concurrence, tandis que d'autres y sont opposés. Il n'existe pas de consensus net sur la valeur objective de la séparation structurelle dans l'abstrait chez les universitaires. Une séparation peut-être coûteuse, que ce soit du fait des coûts ponctuels découlant de sa mise en œuvre ou des pertes d'efficience qui en résultent à plus long terme[17]. Néanmoins, des évaluations de cas particuliers de séparation structurelle montrent clairement qu'elle engendre

15 Voir par exemple D.W. Carlton (2008), « Should « Price Squeeze » be a Recognized Form of Anticompetitive Conduct? », 4 *Journal of Competition Law & Economics* 271, à la page 275, pour un énoncé clair du théorème du « profit de monopole unique » de l'école de Chicago.

16 Voir par exemple N. Economides (2005), « Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why the Supreme Court Got *Trinko* Wrong », 61 *NYU Annual Survey of American Law* 379, et D. Geradin et R. O'Donoghue (2005), « The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector », (2005) 1 *Journal of Competition Law & Economics* 355, pour un examen des atteintes potentielles à la concurrence.

17 Voir OCDE (2001), *Concurrence et restructuration des services publics*, p. 27, pour un examen des économies d'échelle associées à l'intégration verticale : *« L'intégration verticale peut améliorer la disponibilité de l'information (en autorisant des dispositions contractuelles plus efficaces en termes d'incitation), réduire les coûts de transaction et améliorer les placements en actifs spécifiques en surmontant les obstacles liés à leur détention et peut enfin réduire les distorsions découlant du pouvoir sur le marché que ce soit à l'un ou l'autre des niveaux ou aux deux. »* Nombre de ces sources potentielles de réduction des coûts pourraient aussi théoriquement être exploitées par le biais d'accords contractuels entre entités distinctes, mais concrètement, de tels accords se révèlent souvent impraticables. Néanmoins, selon ce rapport de 2001, si l'on peut reconnaître la possibilité théorique d'économies de gamme, il est très difficile d'en évaluer l'ampleur en pratique (*ibid*., pp. 27-28).

des avantages économiques[18]. On notera toutefois que ces études sont souvent financées par des entreprises de la branche, ce qui suscite quelques doutes quant à l'impartialité des travaux sur ce thème[19].

18 Pour avoir un aperçu de la diversité des positions exprimées sur ce sujet, voir R. W. Crandall, J. A. Eisenach et R. E. Litan (2010), « Vertical Separation of telecommunications Networks: Evidence from Five Countries », 62(3) *Federal Communications Law Journal* 493-539 ; M. G. Pollitt (2009), « Electricity Liberalisation in the European Union: A Progress Report », *EPRG Working paper* 0929, publié en décembre 2009 ; M. de Nooij et B. Baarsma (2009), « Divorce comes at a price : An *ex ante* welfare analysis of ownership unbundling of the distribution and commercial companies in the Dutch energy sector », 37 *Energy Policy* 5449-5458 ; T. Tropina, J. Whaley et P. Curwen (2010), « Functional separation within the European Union: Debates and Challenges », 27 *Telematics and Informatics* 231-241 ; R. Cadman (2010), « Means not Ends: Deterring Discrimination through Equivalence and Functional Separation », 34 *Telecommunications Policy* 366-374 ; S. Dorigoni et F. Pontoni (2008), « Ownership Separation of the Gas Transportation Network: Theory and Practice », *IEFE Working Paper Series* No.9, publié en mars 2008 ; R. Gonçalves et A. Nascimento (2010), « The Momentum for Network Separation: A Guide for Regulators », *Telecommunications Policy* 355-365 ; B. Howell, R. Meade et S. OÇonnor (2010), « Structural Separation versus Vertical Integration: Lessons for Telecommunications from Electricity Reforms », 34 *Telecommunications Policy* 392-403 ; A. Prandini (2007), « Good, BETTA, Best? The Role of Industry Structure in Electricity Reform in Scotland », 35 *Energy Policy* 1628-1642 ; M.G. Pollitt (2008), « The Arguments For and Against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks », 36 *Energy Policy* 704-713 ; M.A. Jamison et J. Sichter (2010), « Business Separation in Telecommunications : Lessons from the US Experience », 9(1), *Review of Network Economics*, Article 3 (consultable en ligne à l'adresse suivante : www.bepress.com/rne) ; R.W. Crandall (2005), « The Remedy for the « Bottleneck Monopoly » in Telecom: Isolate It, Share It or Ignore It », 72 *University of Chicago Law Review* 3 ; S. Everett (2006), « Deregulation and Reform of Rail in Australia: Some Emerging Constraints », 13 *Transport Policy* 74 ; B. Moselle et D. Black (2001), « Vertical Separation as an Appropriate Remedy », 2(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 84 ; et F. Kirsch et C. von Hirschhausen (2008), « Regulation of NGN: Structural Separation, Access Regulation, or No Regulation at All? », 69 *Communications & Strategies* 63. Un rapport publié récemment par le Berkman Center for Internet & Society, *Next Generation Connectivity: A review of broadband Internet transitions and policy from around the world* (février 2010, rapport final), recense tous les travaux évaluant l'efficacité des politiques « d'accès ouvert », dont la séparation fonctionnelle, dans le secteur des télécommunications.

Dans le contexte du débat relatif à la séparation structurelle, une question de plus en plus importante réside dans l'impact de ce type de mesure sur les incitations à l'investissement, notamment en matière de développement des infrastructures. D'une part, l'incertitude concernant la mise en œuvre éventuelle d'une séparation structurelle, ou la distorsion des incitations s'exerçant sur le gestionnaire de l'infrastructure considérée lorsque la séparation a déjà eu lieu, peut avoir un effet dissuasif sur des investissements dans le réseau qui seraient souhaitables. Étant donné que nombre de secteurs réglementés auront besoin d'investissements considérables au cours des années à venir[20], les effets négatifs supposés de la séparation structurelle sur les incitations à l'investissement et le coût du capital représentent une question d'intérêt général. D'autre part, lorsqu'une structure intégrée verticalement est toujours en place, on peut craindre que l'entreprise intégrée ne mette en œuvre une stratégie de sous-investissement dans ses infrastructures, en vue de se soustraire aux obligations qui lui incombent en matière d'accès. Dans ces circonstances, une décision de séparation peut déboucher sur un renforcement des investissements dans le développement des infrastructures. La mise en œuvre d'une séparation structurelle peut également déboucher sur des investissements accrus de la part des nouveaux entrants dans les segments concurrentiels du secteur. Même s'agissant des entreprises verticalement intégrées, les effets de l'incertitude sur les incitations à l'investissement peuvent être surestimés – notamment lorsque les modalités de cession des actifs dissociés permettent qu'ils soient vendus à leur pleine valeur de marché. Ainsi, l'impact de la séparation structurelle sur les incitations à l'investissement demeure une question ouverte à examiner, d'une importance néanmoins cruciale.

La Recommandation sur la séparation structurelle tient compte des différents aspects de ce débat très nourri. Elle demande aux pays membres d'évaluer les coûts et avantages probables de la séparation structurelle dans les secteurs réglementés. Il faut ensuite mettre en balance ces coûts et avantages, afin d'apprécier si, et dans l'affirmative sous quelle forme, elle doit être imposée

---

19 Voir le Rapport Berkman, mentionné à la précédente note de bas de page.

20 Dans l'UE, par exemple, des investissements énergétiques de l'ordre de 1 000 milliards EUR seront nécessaires au cours des dix prochaines années ; voir la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Énergie 2020 - Stratégie pour une énergie compétitive, durable et sûre*, SEC(2010) 1346, COM(2010) 639 final, publiée le 10 novembre 2010, p. 2. La transition vers les réseaux de télécommunications en fibre optique à très haut débit est un autre domaine dans lequel des investissements considérables s'imposent pour financer le développement d'infrastructures souhaitables sur le plan social.

aux sociétés verticalement intégrées présentes sur le marché considéré. La séparation structurelle n'est pas toujours nécessaire, et elle n'est pas invariablement la meilleure réponse à l'intégration verticale de sociétés présentes à la fois sur des marchés concurrentiels et abrités, mais elle peut être une solution économiquement efficiente tant à court qu'à long terme. Dans les parties suivantes de ce rapport, nous examinons les possibilités de mesures correctives en matière de séparation structurelle et l'expérience des pays membres en termes de mise en œuvre de la séparation structurelle dans quatre secteurs réglementés (gaz, électricité, télécommunications et transport ferroviaire) depuis la parution du rapport de 2006. Nous avons également inclus des informations sur la structure de ces marchés dans les quatre pays qui ont rejoint l'OCDE depuis 2006, à savoir le Chili, l'Estonie, Israël et la Slovénie. Nous concluons ce rapport par un examen des principaux thèmes qui se dégagent des éléments recueillis sur la mise en œuvre de la séparation structurelle.

2. La séparation structurelle en tant que mesure corrective

La séparation structurelle ne fait pas partie des mesures correctives prévues par la législation dans tous les pays de l'OCDE, et les conditions dans lesquelles elle est utilisée diffèrent : la séparation structurelle est généralement imposée à titre de mesure corrective en cas d'atteinte à la concurrence, mais certaines autorités de la concurrence peuvent imposer des mesures correctives de séparation structurelle simplement pour préserver la structure concurrentielle d'un marché, sans avoir conclu à une violation du droit de la concurrence (« séparation structurelle objective »)[21]. Les pays dont la législation prévoit ce type de mesures correctives sont recensés dans le tableau ci-dessous. Veuillez noter que le régime de concurrence révisé mis en place au niveau de l'UE par le Règlement 1/2003[22] a rendu obligatoire l'application des dispositions du droit communautaire de la concurrence par les juridictions et les autorités de la concurrence nationales, indépendamment de la réglementation sectorielle nationale, dès lors que les comportements considérés sont « susceptibles

21 Voir par exemple les pouvoirs conférés à la Commission de la concurrence (*Competition Commission*) du Royaume-Uni en vertu de la Loi sur les entreprises (*Enterprise Act*) de 2002.

22 Règlement (CE) no 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 (JO L 1 du 4.1.2003), dénommé ci-après le « Règlement 1/2003 ». Voir E. de Smijter et L. Kjølbye (2007), « The Enforcement System Under Regulation 1/2003 », pp. 87-180, *in* J. Faull et A. Nikpay (dir. publ.), *The EC Law of Competition*, 2nd edition, Oxford University Press, pour avoir une bonne vue d'ensemble de la question.

d'affecter le commerce entre États membres »[23]. Aux termes de l'article 5 du Règlement 1/2003, cela ne vaut cependant pas pour les règles de procédure, de sorte que des mesures correctives structurelles ne peuvent être imposées par les autorités de la concurrence des États membres de l'UE que si elles sont prévues par le droit national[24]. En outre, des prérogatives supplémentaires spécifiques à certains secteurs pourraient être instaurées dans l'avenir au niveau national, dans le cadre de l'application par les États membres de l'UE des directives communautaires relatives aux secteurs considérés.

Tableau 1. Mesures correctives de séparation structurelle prévues par le droit national

Pays	Mesures structurelles prévues par le droit national de la concurrence	Mesures structurelles spécifiques aux télécommunications prévues par le droit national	Mesures structurelles spécifiques à l'énergie prévues par le droit national
Allemagne	X	---	X
Australie	---	---	---
Autriche	X	X	X
Belgique	---	---	X
Canada	X	X	---
Chili	X	X	---
Corée	X	X	---
Danemark	---	---	X
Espagne	X	X	X
Estonie	---	---	X
États-Unis	X	X	---
Finlande	---	---	X

23 Voir en particulier l'article 3 du Règlement 1/2003.

24 Dès lors que les dispositions du droit national de la concurrence ne prévoient pas de mesures correctives structurelles, mais que les comportements considérés sont « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres » de l'UE, on peut considérer que ces mesures pourraient malgré tout s'imposer en vertu du droit communautaire, si les autres mesures correctives envisageables risquent de porter atteinte à la mise en œuvre effective des règles communautaires de concurrence. En outre, une fois encore sous réserve que le commerce entre États membres soit susceptible d'être affecté, la Commission européenne est toujours en mesure de dessaisir les autorités nationales de la concurrence de leur compétence et d'ouvrir une procédure en vertu de l'article 11(6) du Règlement 1/2003 lui-même, ce qui permet l'imposition de mesures correctives structurelles.

Pays	Mesures structurelles prévues par le droit national de la concurrence	Mesures structurelles spécifiques aux télécommunications prévues par le droit national	Mesures structurelles spécifiques à l'énergie prévues par le droit national
France	---	---	X
Grèce	X	---	X
Hongrie	---	---	X
Irlande	X	X	X
Islande	X	X	X
Israël	X	X	X
Italie	---	---	X
Japon	X	---	---
Luxembourg	---	---	X
Mexique	X	X	---
Norvège	X	X	X
Nouvelle-Zélande	---	---	---
Pays-Bas	X	---	X
Pologne	---	---	X
Portugal	X	---	X
République slovaque	---	---	---
République tchèque	---	---	X
Royaume-Uni	X	X	X
Slovénie	X	X	X
Suède	---	---	X
Suisse	---	---	---
Turquie	X	---	X

Date : août 2010

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Australie	Les dispositions du droit australien sur l'abus de position dominante ne permettent pas d'imposer des cessions d'actifs (catégorie dans laquelle entrerait la séparation structurelle)[25].
Autriche	L'article 26 de la Loi sur les ententes de 2005 autorise le Tribunal des ententes à imposer des mesures visant à affaiblir, voire éliminer, une position dominante, qui pourraient sans doute prendre la forme d'une séparation structurelle s'il y a lieu[26]. Le droit de la concurrence s'applique au secteur des télécommunications[27].
Belgique	Il ressort du droit de la concurrence belge qu'il n'existe aucun moyen d'imposer des mesures correctives structurelles, les autorités pouvant uniquement infliger des amendes ou ordonner la cessation des pratiques en cause[28].
Canada	Le Tribunal de la concurrence canadien peut ordonner une séparation structurelle en vertu de l'article 79(2) de la Loi sur la concurrence, si un abus de position dominante est prouvé et si aucune autre solution ne convient[29]. Le droit de la concurrence s'applique au secteur des télécommunications[30].

25 OCDE (2009), *Australia – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, p. 20, consultable en ligne à l'adresse suivante : http://oecd.org/dataoecd/55/44/45170413.pdf.

26 Global Competition Review, *The European Antitrust Review 2010: Austria*, consultable en ligne sur le site Internet : www.globalcompetitionreview.com.

27 International Comparative Legal Guide, *Telecommunications Laws and Recommendations 2010: Austria*, consultable en ligne sur le site Internet : www.iclg.co.uk.

28 Loi sur la protection de la concurrence économique de la Belgique, coordonnée le 15 septembre 2006 (*Moniteur belge* du 29/9/2006) et amendée par la loi du 6/5/2009 (*Moniteur Belge* du 19/5/2009), consultable en ligne sur le site Internet suivant : www.ejustice.just.fgov.be.

29 Voir Bureau de la concurrence, *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, disponibles en ligne sur le site Internet : www.competitionbureau.gc.ca.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Chili	L'organisme chargé de l'application du droit de la concurrence au Chili, la Commission de la concurrence, peut ordonner une séparation structurelle à titre de mesure corrective s'il conclut à une violation des règles de la concurrence. La Commission de la concurrence est saisie par l'organisme d'État chargé de l'exécution de la loi ou par un particulier[31]. Le droit de la concurrence s'applique au secteur des télécommunications.[32]
République tchèque	Les seules sanctions prévues par le droit tchèque de la concurrence sont des amendes, des sanctions pénales pour les ententes injustifiables, et des ordonnances de cessation des comportements anticoncurrentiels[33]. Les compétences de l'autorité de la concurrence et celles de l'autorité de régulation des télécommunications se chevauchent en République tchèque[34].
Danemark	Bien que la Commission de la concurrence danoise ait le droit de rendre des ordonnances pour mettre fin aux violations des règles de la concurrence, il apparaît qu'elle n'est pas expressément habilitée à imposer des mesures structurelles aux entreprises qui se révèlent responsables d'infractions au droit danois de la concurrence[35].

30 International Comparative Legal Guide, *Telecommunications Laws and Recommendations 2010: Canada*.

31 OCDE (2004), *Peer Review of Competition Law and Policy – Chile*, pp. 26-27.

32 OCDE (2004), *Peer Review of Competition Law and Policy – Chile*, pp. 48-50.

33 Global Competition Review, *The European Antitrust Review 2010: Czech Republic*. Voir aussi OCDE (2008), *Droit et politique de la concurrence en République tchèque – Un examen par les pairs de l'OCDE*.

34 On notera que les télécommunications étaient exclues du champ d'application du droit de la concurrence tchèque de 2005 à 2007 ; voir OCDE (2008), *Droit et politique de la concurrence en République tchèque – Un examen par les pairs de l'OCDE*.

35 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: Denmark*.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Finlande	En règle générale, la Loi sur concurrence de la Finlande ne permet pas d'imposer une séparation structurelle. Elle comporte cependant des dispositions spécifiques concernant certaines opérations de concentration sur le marché de l'électricité[36].
France	Il apparaît que des mesures structurelles ne peuvent être imposées en vertu du droit français de la concurrence qu'à la suite d'une fusion, si l'entité qui en résulte commet un abus de position dominante ; dans ce cas, l'autorité de la concurrence peut ordonner des cessions d'actifs, etc.[37]
Allemagne	Le *Bundeskartellamt* peut imposer toute mesure corrective nécessaire pour mettre effectivement fin à une violation des règles de concurrence[38]. Dans le secteur des télécommunications – dans la mesure où il est réglementé par la *Bundesnetzagentur* dans le cadre de lois spécifiques à ce secteur – le *Bundeskartellamt* ne peut appliquer que le droit de la concurrence de l'UE, et non le droit allemand de la concurrence en général[39].

36 Aux termes de la Loi finlandaise sur la concurrence, le Tribunal du marché peut, sur proposition de l'Autorité de la concurrence, interdire une opération de concentration dans le secteur de l'électricité si la part de marché globale des parties est supérieure à 25 % en termes de quantité d'électricité transportée au niveau national (pour le courant électrique qui circule à une tension de 400 V sur le réseau de transport).

37 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: France (Dominance)*. Voir également Global Competition Review, *The European Antitrust Review 2010: France*.

38 Voir le site Internet du *Bundeskartellamt* à l'adresse suivante : www.bundeskartellamt.de.

39 Voir le site Internet du *Bundeskartellamt* à l'adresse suivante : www.bundeskartellamt.de.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Grèce	Le droit commun de la concurrence grec permet d'imposer des mesures structurelles après qu'un abus de position dominante a été commis. L'imposition de mesures structurelles n'est possible que s'il n'existe pas de mesure corrective comportementale adaptée pouvant être prise, ou si une telle mesure serait plus lourde à mettre en œuvre que la solution structurelle[40]. Toutes les affaires de concurrence relatives aux télécommunications sont du ressort de l'autorité de régulation de ce secteur, la Commission nationale des postes et télécommunications (EETT), si bien qu'elles n'entrent pas dans le champ du droit de la concurrence grec. Le droit communautaire de la concurrence s'applique néanmoins à ce secteur.
Hongrie	Il apparaît que le droit hongrois de la concurrence ne donne aux autorités aucune possibilité d'imposer une séparation structurelle à titre de mesure corrective[41].
Islande	Le droit de la concurrence ne permet d'imposer des mesures structurelles que si elles sont adaptées et proportionnées, et à condition qu'il n'existe pas de mesure corrective comportementale adaptée pouvant être prise, ou que celle-ci soit plus lourde que la mesure corrective structurelle équivalente[42]. Le droit de la concurrence s'applique aux télécommunications.

40 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: Greece*.

41 Voir la Loi sur la concurrence de la Hongrie (Loi LVII de 1996), consultable sur le site Internet : www.gvh.hu. Voir également OCDE (2004), *Hungary – Updated Report on Competition Law and institutions*, p. 12.

42 Article 16 de la Loi n° 44 du 19 mai 2005, modifiée ultérieurement par les amendements n° 52/2007 et n° 94/2008, consultable sur le site Internet de l'autorité islandaise de la concurrence : www.samkeppni.is.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Irlande	En vertu de l'article 14(7) de la Loi sur la concurrence (*Competition Act*) de 2002, si un tribunal a établi l'existence d'un abus de position dominante, il peut ordonner toute mesure qu'il juge nécessaire pour modifier cette position dominante (ce qui peut prendre la forme d'une séparation structurelle). La Loi portant modification de la réglementation des communications (*Communications Regulation (Amendment) Act*) de 2007 confère concurremment à l'autorité de régulation des télécommunications, ComReg, et à l'autorité de la concurrence irlandaise le pouvoir de statuer sur les atteintes à la concurrence dans ce secteur. En conséquence, ces deux organismes ont l'un et l'autre la faculté d'intenter une action en justice se concluant par une ordonnance de modification d'une position dominante.
Israël	L'article 31 de la Loi sur les pratiques commerciales restrictives permet d'imposer une séparation structurelle aux entreprises jugées en situation de monopole dans un secteur donné. Il autorise le Tribunal de la concurrence, à la demande du directeur général de l'Autorité de la concurrence israélienne, à ordonner la scission d'un monopole, la séparation de personnes morales, ainsi que la cession de la propriété et du contrôle de telles entités à des tiers[43].
Italie	Le droit italien de la concurrence ne permet pas d'ordonner une séparation structurelle[44]. Le droit de la concurrence s'applique au secteur des télécommunications[45].

43 Global Competition Review, *The European Antitrust Review 2010: Israel*.

44 Le droit italien de la concurrence est consultable sur le site Internet de l'autorité de la concurrence, l'AGCM (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), qui fournit en outre des informations sur les pouvoirs qui lui sont conférés par le droit de la concurrence, à l'adresse suivante : www.agcm.it.

45 Voir le site Internet de l'AGCM : www.agcm.it.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Corée	Après qu'il a été conclu à une violation des règles de la concurrence, la Commission coréenne de la concurrence (KFTC, *Korea Fair Trade Commission*) peut infliger une amende et/ou ordonner des mesures correctives. Ces dernières peuvent prendre la forme de mesures structurelles, notamment d'une séparation structurelle[46]. En ce qui concerne les télécommunications, l'autorité de régulation du secteur, la Commission coréenne des communications (KCC, *Korea Communications Commission*), jouit de la compétence principale en matière réglementaire, mais la KFTC garde une compétence résiduelle sur les affaires de concurrence dans ce secteur. La réglementation en vigueur contient des dispositions permettant d'éviter qu'une entreprise soit sanctionnée deux fois pour les mêmes faits, en se voyant infliger une amende tant en vertu des règles relatives aux télécommunications et que du droit de la concurrence[47].
Luxembourg	Le droit national de la concurrence ne prévoit aucune mesure structurelle ; les violations des règles de la concurrence ne peuvent être sanctionnées que par des ordonnances de cessation et d'abstention et des amendes. Le champ de compétence de l'autorité de la concurrence du Luxembourg inclus les télécommunications[48].
Mexique	La Commission fédérale de la concurrence (CFC) mexicaine peut ordonner des mesures correctives structurelles, mais uniquement en cas de violations répétées du droit de la concurrence commises par une même entité (ce qui veut dire que ces mesures ne peuvent être employées en premier ressort)[49]. Le droit de la concurrence s'applique aux télécommunications[50].

46 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2009: Korea* et Global Competition Review, *The Asia-Pacific Antitrust Review 2010, Korea: Overview*.

47 International Comparative Legal Guide, *Telecommunications Law and Regulations 2010: Korea*.

48 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: Luxembourg*.

49 Global Competition Review, *The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2010,* p. 200.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Pays-Bas	L'Autorité de la concurrence néerlandaise (NMa, *Nederlands Mededingingsautoriteit*) a le pouvoir d'infliger des amendes et d'accepter des engagements de modifications structurelles. En vertu de l'article 58 (a) de la Loi néerlandaise sur la concurrence, la NMa est également habilitée à imposer des mesures structurelles (pouvant prendre la forme d'une séparation structurelle) à des entreprises, mais elle ne peut le faire qu'à des conditions strictes, et uniquement en dernier ressort. Bien qu'une autorité sectorielle de régulation spécifique, l'Autorité indépendante des postes et télécommunications (OPTA, *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit*), ait été mise en place pour les télécommunications, ce secteur relève également de la compétence de la NMa en matière de concurrence[51].
Nouvelle-Zélande	La Loi sur le commerce (*Commerce Act*) de 1986 modifiée ne reconnaît ni à la Commission du commerce (*Commerce Commission*) ni aux tribunaux le droit d'ordonner une séparation structurelle pour remédier à une violation du droit de la concurrence[52]. La Loi sur les télécommunications (*Telecommunications Act*) de 2001, modifiée par la *Telecommunications Amendment Act* de 2006, confère expressément au ministre compétent, en vertu des dispositions relatives à la régulation des télécommunications, le pouvoir d'imposer une « séparation opérationnelle rigoureuse » de l'opérateur historique de télécommunications, laquelle a été mise en œuvre en mars 2008[53].

50 Contribution du Mexique à la Quatrième Table ronde annuelle du Forum latino-américain sur la concurrence (LACF, *Latin American Competition Forum*), intitulée *Improving Relationships between Competition Policy and Sectoral Regulation* (2006), consultable à l'adresse suivante : www.oecd.org/competition/latinamerica.

51 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: The Netherlands*. Voir également le site Internet de la NMa : www.nmanet.nl.

52 La Loi sur le commerce de 1986 est consultable en ligne à l'adresse suivante : www.legislation.govt.nz.

53 La Loi sur les télécommunications de 2001 est consultable en ligne à l'adresse suivante : www.legislation.govt.nz.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Norvège	L'article 12 de la Loi sur la concurrence de 2004 permet d'imposer des mesures structurelles pour remédier à une violation de l'interdiction des comportements anticoncurrentiels, qu'ils soient unilatéraux ou coordonnés, mais ce uniquement s'il n'existe pas de mesure corrective comportementale adaptée pouvant être prise, ou si une telle mesure est plus lourde à mettre en œuvre que des mesures structurelles équivalentes[54]. Le droit de la concurrence s'applique aux télécommunications.
Pologne	Le droit de la concurrence actuel ne permet pas d'imposer une séparation structurelle (alors que cette possibilité existait précédemment)[55].
Portugal	Selon l'article 28, 1(b) de la Loi sur la concurrence, des mesures structurelles peuvent être prises si nécessaire pour remédier à une violation des dispositions qui interdisent les comportements anticoncurrentiels coordonnés ou unilatéraux.
République slovaque	En vertu du droit slovaque de la concurrence, l'autorité de la concurrence peut enjoindre à des entreprises de « remédier à un état de choses illégal » ; elle ne peut cependant pas aller jusqu'à imposer des mesures correctives structurelles aux parties concernées[56]. En vertu de modifications apportées au droit slovaque de la concurrence en vigueur depuis juin 2009, les restrictions relatives à l'application du droit de la concurrence aux marchés également assujettis à une réglementation sectorielle spécifique ont été levées. En conséquence, l'autorité slovaque de la concurrence, l'Office antimonopole, est maintenant habilitée à appliquer le droit de la concurrence parallèlement aux actions engagées par les autorités sectorielles de régulation, dont celle des télécommunications.

54 Le texte de la Loi sur la concurrence est consultable (en version anglaise également) sur le site Internet de l'autorité norvégienne de la concurrence, à l'adresse suivante : www.konkurransetilsynet.no.

55 La Loi du 16 février 2007 sur la concurrence et la protection des consommateurs est consultable en ligne à l'adresse suivante : www.uokik.gov.pl. Voir OCDE (2002), *The Role of Competition Policy in Regulatory Reform – Poland*, p. 17, pour une description de l'ancien cadre législatif.

56 Loi du 27 février 2001 sur la protection de la concurrence et les modifications et ajouts à la Loi du Conseil national slovaque n° 347/1990 sur l'organisation

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Slovénie	Le droit de la concurrence slovène permet d'imposer une séparation structurelle à titre de mesure corrective en cas de comportement anticoncurrentiel, qu'il soit unilatéral ou coordonné[57]. Le droit de la concurrence s'applique aux télécommunications.
Espagne	S'il est conclu à une violation des règles de la concurrence (comportement anticoncurrentiel unilatéral ou coordonné), la Commission nationale de la concurrence (CNC, *Comisión Nacional de la Competencia*) a le pouvoir d'imposer des mesures structurelles à l'entreprise (ou aux entreprises) coupable(s). Le droit de la concurrence s'applique aux télécommunications[58].
Suède	Le droit suédois de la concurrence ne permet pas d'imposer une séparation structurelle ; s'il est établi qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise, les seules sanctions prévues sont des amendes et des ordonnances de cessation du comportement anticoncurrentiel visé[59].
Suisse	Le droit suisse ne permet pas d'imposer des mesures structurelles, les seules sanctions prévues en cas de violation du droit de la concurrence étant une amende ou une ordonnance de cessation de l'infraction considérée.

des ministères et autres organismes de l'État central de la République slovaque, modifiée, consultable sur le site Internet de l'Office antimonopole, à l'adresse suivante : www.antimon.gov.sk.

57 Article 37 de la Loi sur la prévention des atteintes à la concurrence (ZPOmK-1), consultable en ligne sur le site Internet de l'Office de protection de la concurrence slovène, à l'adresse suivante : www.uvk.gov.si.

58 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: Spain*.

59 Le texte de la Loi suédoise sur la concurrence est consultable (en version anglaise également) sur le site Internet de l'autorité suédoise de la concurrence, à l'adresse suivante : www.konkurrensverket.se. Voir également l'étude de l'OCDE sur la Suède de 2006 intitulée *Sweden – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
	Le droit de la concurrence s'applique aux comportements anticoncurrentiels dans les télécommunications, s'ils ne relèvent pas de la législation spécifique à ce secteur[60].
Turquie	L'autorité de la concurrence turque est habilitée à imposer des sanctions sous forme d'amendes et de mesures correctives comportementales et structurelles, en cas de violation de la Loi turque sur la concurrence[61]. La Loi sur la concurrence s'applique à tous les secteurs de l'économie turque, de sorte que le champ de compétence de l'autorité de la concurrence inclut les comportements anticoncurrentiels constatés dans le secteur des télécommunications[62].
Royaume-Uni	La Loi sur les entreprises (*Enterprise Act*) de 2002 confère à la Commission de la concurrence (*Competition Commission*) le pouvoir d'imposer une large gamme de mesures correctives (y compris, s'il y a lieu, une séparation structurelle) si, à l'issue d'une enquête sur un marché donné, il s'avère qu'une caractéristique de ce marché exerce un effet préjudiciable sur la concurrence. Une telle enquête est réalisée par la Commission de la concurrence sur saisine du Bureau de la concurrence (OFT, *Office of Fair Trading*), du ministre compétent ou de certaines autorités de régulation sectorielles. L'autorité de régulation des télécommunications, l'Ofcom (*Office of Communications*), peut saisir la Commission de la concurrence en lui demandant d'ouvrir une enquête sur le secteur, laquelle peut aboutir à l'imposition de mesures correctives structurelles si une atteinte à la concurrence est découverte. C'est la perspective d'une telle enquête qui avait amené BT à mettre en œuvre de sa propre initiative une séparation fonctionnelle de ses activités en 2005.

60 OCDE (2006), *Suisse – Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation*.

61 Voir en particulier les articles 9(1), 11(1)(b), 16(3), 17(1)(a) et 27(1)(a) de la Loi turque sur la concurrence.

62 OCDE (2005), *Droit et politique de la concurrence en Turquie*.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
États-Unis	La réglementation en vigueur aux États-Unis autorise le recours à différentes formes de séparation structurelle, si nécessaire, pour faire respecter les obligations de non-discrimination prévues par la loi et pour atteindre d'autres objectifs d'intérêt public. En outre, afin de remédier aux infractions présumées à la législation antitrust et d'empêcher leur répétition – notamment en cas de violation de l'article 1 de la Loi Sherman (*Sherman Act*, §1) relative aux ententes visant à entraver la concurrence, de l'article 2 de cette même loi (*Sherman Act*, §2) relatif aux monopoles, ou de l'article 7 de la Loi Clayton (*Clayton Act*, §7) relatif aux fusions anticoncurrentielles – des cessions d'actifs ou d'autres formes de mesures correctives structurelles peuvent être imposées par jugement convenu ou contradictoire. Pour remédier aux pratiques de discrimination et de subventionnement croisé imputées à AT&T par le gouvernement dans la plainte qu'il avait déposée contre cette société, le jugement convenu rendu en 1982 imposait à AT&T la cession de ses filiales locales, les sociétés d'exploitation Bell (BOC, *Bell operating companies*), et imposait à ces BOC des obligations d'« égalité d'accès » et des restrictions concernant leur gamme d'activités (552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982)). La Loi sur les télécommunications (*Telecommunications Act*) de 1996 dispose expressément que la législation antitrust s'applique au secteur des télécommunications. Il convient cependant de noter que les arrêts rendus ensuite par la Cour Suprême dans les affaires *Trinko*[63] et *LinkLine*[64] ont créé une incertitude quant à l'application de la législation antitrust aux activités déjà couvertes par la réglementation *ex ante* des télécommunications, en dépit des dispositions de la loi de 1996 prévoyant expressément que ces activités entrent dans son champ d'application[65].

63 540 U.S. 398 (2004).

64 129 S.Ct. 1109 (2009).

65 Pour avoir un aperçu du débat relatif au régime dérogatoire qui aurait été instauré par les arrêts *Trinko* et *LinkLine*, voir par exemple J. L. Rubin (2005), « The Truth about *Trinko* » (2005) 50(4) *The Antitrust Bulletin* 725; N. Economides (2005), « Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why the Supreme Court Got *Trinko* Wrong », 61 *NYU Annual Survey of American Law* 379 ; J. G. Sidak (2008), « Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability », 4(2) *Journal of Competition Law & Economics* 279 ; E. N. Hovenkamp et H. Hovenkamp (2009), « The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims », 51 *Arizona Law Review* 273 ; S. L. Dogan & M.A. Lemley (2009), « Antitrust Law and Regulatory Gaming », 87(4) 685 ; Meriwether (2010), « Putting the « Squeeze » on Refusal to Deal Cases: Lessons from

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Estonie	Lorsqu'elle découvre que les règles de la concurrence ont été violées, l'autorité de la concurrence estonienne peut infliger des amendes et rendre des ordonnances de faire et de ne pas faire, ainsi que des ordonnances de cessation et d'abstention. Elle ne peut toutefois qu'adresser des recommandations non contraignantes (à l'État, aux entreprises, etc.) sur les mesures qui peuvent être prises pour améliorer la concurrence sur le marché considéré – ce qui signifie qu'il lui est impossible d'imposer une séparation structurelle à titre de mesure corrective en vertu du droit estonien de la concurrence. À la suite de la fusion de plusieurs organismes en 2008, les activités de l'autorité de régulation des télécommunications relèvent maintenant de l'autorité de la concurrence[66].
Japon	Des cessions d'actifs ou d'autres formes de mesures correctives structurelles peuvent être imposées par la Commission de la concurrence japonaise (JFTC, *Japan Fair Trade Commission*) en cas d'infraction au droit de la concurrence. La séparation structurelle peut aussi être imposée à titre de mesure corrective s'il a été conclu à l'existence d'un monopole au regard du droit japonais de la concurrence[67]. Le droit de la concurrence s'applique aux télécommunications et au secteur de l'énergie[68].

Trinko and *linkLine* », 24 *Antitrust* 65 ; C. Cavaleri Rudaz (2010), « Did *Trinko* Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical Approach to the *LinkLine* Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law », 43 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1077 ; et A. Heimler (2010), « Is a Margin Squeeze an Antitrust or a Regulatory Violation? », 6(4) *Journal of Competition Law & Economics* 879.

66 International Comparative Legal Guide, *Enforcement of Competition Law 2010: Estonia*.

67 Article 8-4 de la Loi sur l'interdiction des monopoles privés et la préservation d'une concurrence loyale (*Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade*) (Loi n° 54 du 14 avril 1947) modifiée, consultable sur le site Internet de la JFTC : www.jftc.go.jp.

68 Voir OCDE (2004), *Japan – Monitoring Review of Competition Law and Policy*.

Pays	Dispositions du droit de la concurrence
Union européenne	En vertu de l'article 7 du Règlement 1/2003, la Commission est expressément habilitée à imposer des mesures correctives de nature structurelle si elle constate l'existence d'une infraction aux règles de concurrence de l'UE. Elle ne peut cependant exercer ces prérogatives que sous certaines conditions ; la mesure corrective doit notamment être proportionnée à l'infraction commise, et 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 serait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle[69]. Des mesures correctives structurelles prenant la forme d'engagements contraignants, pris volontairement par une entreprise afin qu'il soit mis fin à une enquête sans constatation d'infraction, peuvent également être acceptées en vertu de l'article 9 du Règlement 1/2003, et ces pouvoirs de la Commission ne sont pas soumis aux mêmes limitations que les mesures correctives imposées au titre de l'article 7 susmentionné[70]. Les règles communautaires de la concurrence s'appliquent dans tous les secteurs aux comportements ayant une incidence sur les échanges entre les États membres de l'UE, y compris l'énergie et les télécommunications, indépendamment de la présence concurrente éventuelle de règles sectorielles spécifiques au niveau national ou de l'UE.

3. Évolution dans le secteur du gaz

La section ci-après donne un aperçu non exhaustif des évolutions observées en matière de séparation structurelle et comportementale dans le secteur gazier de l'Union européenne (UE) et des pays membres de l'OCDE. Bien que la Recommandation concerne principalement la séparation structurelle, les évolutions observées en matière de séparation comportementale, notamment de séparation comptable ou fonctionnelle, y sont également

69 Voir également le considérant 12 du Règlement (CE) 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.

70 Voir l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans l'affaire C-441/07 P *Commission européenne/Alrosa Company Ltd* (Jugement du 29 juin 2010) pour un examen de la distinction entre les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 7, d'une part, et l'article 9, d'autre part, du Règlement 1/2003.

examinées. Comme notre propos est de mettre l'accent sur les évolutions les plus importantes, tous les pays ne sont pas cités.

3.1 Le secteur du gaz au Chili

Au Chili, l'évolution du marché du gaz naturel s'inscrit dans un cadre régional, les différentes régions étant équipées de réseaux de transport et de distribution de gaz distincts. La construction d'un gazoduc ou d'un réseau de distribution est subordonnée à l'obtention d'une concession publique, qui est assortie d'un cahier des charges. Les gestionnaires de réseau de transport sont notamment tenus de laisser les sociétés de distribution accéder librement à leurs gazoducs selon des modalités non discriminatoires, tandis que les gestionnaires de réseaux de distribution sont soumis à une obligation de service universel vis-à-vis de tous les clients se trouvant dans la zone desservie. Les prix du gaz ne sont pas réglementés au Chili, mais les pratiques anticoncurrentielles pouvant avoir lieu dans cette branche relèvent de la compétence de l'autorité de la concurrence[71].

3.2 Le secteur du gaz en Estonie

Le marché du gaz naturel en Estonie est assez étroit, isolé et très concentré[72]. Actuellement, l'ancienne entreprise publique Eesti Gaas a un monopole de fait sur le transport et la fourniture de gaz en Estonie[73]. Une division spécifiquement chargée des activités de transport, AS EG Võrguteenus, a été constituée pour répondre aux exigences du droit communautaire et fonctionne depuis le 1er janvier 2006[74]. Cependant, comme la concurrence demeure insuffisante dans le secteur du gaz naturel, le gouvernement a proposé une dissociation totale de la propriété d'Eesti Gaas. Suivant cette proposition, l'entreprise serait scindée en deux sociétés distinctes, chargées respectivement de ses activités de négoce et de transport[75].

---

71 International Comparative Legal Guide, *Gas Regulation 2010*, Chapter 9: Chile.

72 Herbert Smith, *European Energy Review 2010: Estonia*, consultable en ligne à l'adresse suivante : www.herbertsmith.com, p. 40.

73 Herbert Smith, *European Energy Review 2010: Estonia*, cité dans la note de bas page précédente, p.41.

74 Voir les informations relatives à la société Eesti Gaas qui figurent sur son site Internet, à l'adresse suivante : www.gaas.ee.

75 Voir *Baltic Reports*, « Estonia to reform gas sector », publié le 29 juillet 2010, et *Baltic Reports*, « Eesti Gaas lambastes government break-up

3.3 Le secteur du gaz dans l'Union européenne (UE)

Au niveau de l'UE, la séparation structurelle dans le secteur du gaz relève d'une double stratégie combinant mesures réglementaires *ex ante* et application du droit de la concurrence *ex post*.

3.3.1 Enquête sur le secteur de l'énergie

Les réformes concernant le secteur de l'énergie dans l'UE ont débuté à la fin des années 1990, avec l'adoption de la première directive sur la libéralisation du marché de l'électricité en 1996[76], puis du gaz en 1998[77]. De nouvelles directives de libéralisation ont été adoptées pour chacun de ces deux secteurs en 2003[78], approfondissant ainsi le processus de réforme de l'électricité et du gaz. Néanmoins, en 2005, la Commission européenne a estimé que les marchés de l'énergie de certains États membres de l'UE n'étaient *« ouverts que sur le papier »*[79], et a donc ouvert une enquête sur ce secteur, afin de déterminer les

proposal », publié le 30 juillet 2010, consultables en ligne à l'adresse suivante : http://balticreports.com.

76 Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27/20, 30.1.1997), dénommée ci-après « première directive sur l'électricité ».

77 Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (JO L 204/1, 21.7.1998), dénommée ci-après « première directive sur le gaz ».

78 Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la Directive 98/30/CE (JO L 176/57, 15.7.2003), dénommée ci-après « deuxième directive sur le gaz », et Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 96/92/CE (JO L 176/37, 15.7.2003), dénommée ci-après « deuxième directive sur l'électricité ».

79 Commission européenne (2005), *Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi – Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne*, COM(2005) 24 final, publié le 2 février 2005, p. 8.

raisons sous-jacentes pour lesquelles le marché ne fonctionnait pas pleinement dans ce secteur[80].

Il ressortait du Rapport final d'enquête sur l'énergie, publié le 10 janvier 2007[81], que, dans les États membres où la libéralisation avait été menée à bien avec succès, les consommateurs en avaient bénéficié sous la forme d'un éventail élargi de fournisseurs et de services, ainsi que de prix reflétant davantage les coûts en moyenne[82]. Cependant, si l'on considérait le Marché commun dans son ensemble, il subsistait des entraves notables à la concurrence, et tous les obstacles à la création de marchés uniques du gaz et de l'électricité n'avaient pas été levés. Ces obstacles étaient notamment la forte concentration de ces deux secteurs ; une dissociation insuffisante se traduisant par un verrouillage vertical du marché ; et la faiblesse des ventes transfrontalières imputable à la capacité trop faible des gazoducs d'importation et des interconnexions pour l'électricité, que les opérateurs historiques n'étaient guère incités à accroître[83]. Le Rapport ébauchait une double approche pour corriger ces carences du marché de l'énergie, conjuguant nouvelles mesures réglementaires et application du droit de la concurrence[84].

80 Décision de la Commission du 13/06/2005 ouvrant une enquête relative aux secteurs du gaz et de l'électricité en vertu de l'article 17 du Règlement du Conseil (CE) N° 1/2003 – Affaires COMP/B-1/39.172 (électricité) et 39.173 (gaz).

81 Commission européenne (2007), *Enquête menée en vertu de l'Article 17 du Règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité (rapport final)*, COM(2006) 851 final, publié le 10 janvier 2007, dénommé ci-après le *« Rapport d'enquête sur l'énergie »*.Voir également Neelie Kroes (2008), « Improving Competition in European Energy Markets through Effective Unbundling », 31 *Fordham Journal of International Law* 1387.

82 *Rapport d'enquête sur l'énergie*, cité plus haut à la note de bas de page 81, p.2.

83 *Rapport d'enquête sur l'énergie*, cité plus haut à la note de bas de page 81, p.5-9. Les marchés présentaient également d'autres carences : manque de transparence, en particulier s'agissant de la formation des prix, limitation de la concurrence au niveau des ventes au détail, marchés d'équilibrage qui favorisaient les opérateurs historiques et créaient donc des barrières à l'entrée, et enfin, nécessité de développer le secteur du gaz naturel liquéfié (GNL).

84 *Rapport d'enquête sur l'énergie*, cité plus haut à la note de bas de page 81, p.9.

3.3.2 Dispositions réglementaires : le troisième train de mesures de libéralisation

Parallèlement à la publication du Rapport final d'enquête sur l'énergie, la Commission a soumis ses propositions de réforme de la réglementation des marchés de l'énergie dans l'UE[85]. Dans ces propositions, la Commission soulignait : *« Intrinsèquement, la dissociation juridique ne fait pas disparaître le conflit d'intérêts qui découle de l'intégration verticale, avec le risque que les réseaux soient considérés comme des actifs stratégiques au service de l'intérêt commercial de l'entité intégrée, au lieu de servir l'intérêt général des clients des réseaux. »*[86] Les éléments réunis par la Commission montraient que le caractère incomplet de la dissociation était la cause de divers dysfonctionnements dans les États membres :

- l'accès non discriminatoire à l'information ne pouvait être garanti ;
- en l'état, les règles de dissociation ne faisaient pas disparaître les incitations à la discrimination en matière d'accès des tiers ; et
- les incitations à l'investissement étaient faussées[87].

La Commission concluait que « *seules des dispositions fermes en la matière pourraient convenablement inciter les gestionnaires de réseaux à les exploiter et les développer dans l'intérêt de l'ensemble des utilisateurs* ».[88] Elle proposait deux solutions pour aller plus loin en termes de dissociation des gestionnaires de réseaux de transport (GRT) :

- *une dissociation totale de la propriété des GRT*, à l'issue de laquelle ces derniers seraient à la fois propriétaire des moyens de transport et exploitant du réseau. Ces GRT seraient des sociétés indépendantes, au sens où les sociétés de fourniture/production ne pourraient plus détenir de participation significative dans les GRT ; *et/ou*

85 Commission européenne (2007), *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, COM(2006) 841 final, publié le 10 janvier 2007.

86 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, citées plus haut à la note de bas de page 85, p.10.

87 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, citées plus haut à la note de bas de page 85, p.10-11.

88 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, citées plus haut à la note de bas de page 85, p.11.

- *la mise en place de gestionnaires de réseaux distincts sans dissociation de la propriété*, qui passerait par une séparation entre l'exploitation du réseau et la propriété des actifs. Les sociétés de fourniture/production ne pourraient plus détenir de participation significative dans les gestionnaires de réseau indépendants (GRI), mais les moyens de transport pourraient demeurer la propriété d'un groupe verticalement intégré[89].

La Commission exprimait sa préférence pour la première solution (dissociation totale de la propriété), par rapport au modèle du GRI, dans les termes ci-après :

> *Il est démontré économiquement que la dissociation de la propriété est le moyen le plus efficace pour garantir le choix aux utilisateurs d'énergie et pour encourager l'investissement. Ceci est dû au fait que les entreprises de réseau ne sont pas influencées par des intérêts divergents de la génération ou de la fourniture dans leurs décisions d'investissement. Cela permet également d'éviter une réglementation exagérément détaillée et complexe, de même qu'un volume disproportionné de travail administratif.*
>
> *L'approche fondée sur un gestionnaire de réseau indépendant améliorerait la situation, mais elle nécessiterait une réglementation plus détaillée, contraignante et coûteuse pour être efficace, et elle serait moins efficace pour résoudre les problèmes qui découragent l'investissement dans les réseaux[90].*

Ces deux options présentées par la Commission ont été jugées trop lourdes à mettre en œuvre par certains États membres, tandis que d'autres y ont été très favorables[91]. En juillet 2009, le Parlement européen et le Conseil ont adopté pour le gaz[92] comme pour l'électricité[93] un programme de dissociation donnant à

89 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, citées plus haut à la note de bas de page 85, p.11.

90 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, citées plus haut à la note de bas de page 85,p.12.

91 Voir R. Boscheck (2009), « The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality », 32(4) *World Competition* 593, où sont examinées certaines des questions politiques soulevées par l'adoption du Troisième train de mesures de libéralisation.

92 Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz

tous les États membres le choix entre trois modèles : la dissociation de la propriété, le modèle du gestionnaire de réseau indépendant (GRI) et celui du gestionnaire de transport indépendant (GTI)[94]. Les États membres étaient tenus de transposer et mettre en œuvre avant le 3 mars 2011 les dispositions des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité en matière de dissociation.

Dans le modèle de la *dissociation de la propriété*, le propriétaire d'un réseau de transport de gaz ou d'électricité doit agir en qualité de gestionnaire de réseau de transport (GRT)[95], celui-ci étant une personne morale ou physique responsable de l'exploitation, de la maintenance et du développement du réseau de transport, ainsi que de ses interconnexions avec d'autres réseaux, et chargée de garantir la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable de transport de gaz ou, selon le cas, d'électricité[96]. Dans ce schéma, il est interdit à une même personne d'exercer à la fois un contrôle direct ou indirect sur un GRT et sur une entreprise assurant des fonctions de production ou de fourniture (ou d'exercer à la fois un contrôle direct ou indirect sur une partie et un quelconque pouvoir sur l'autre)[97]. Par pouvoir, on entend notamment toute participation majoritaire détenue soit dans un GRT, soit dans une entreprise assurant des fonctions de production ou de fourniture[98]. Par conséquent, ce modèle implique, en substance, une séparation de la propriété de toute entreprise de gaz ou d'électricité verticalement intégrée, au terme de laquelle aucune des entités résultant de cette dissociation ne doit conserver de participation majoritaire dans une autre.

---

naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JO L 211/94, 14.8.2009), dénommée ci-après « troisième directive sur le gaz ».

93 Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JO L 211/55, 14.8.2009), dénommée ci-après « troisième directive sur l'électricité ».

94 Voir European Commission Staff Working Paper (2010), *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas: The Unbundling Regime*, publié le 22 janvier 2010, pour avoir de plus amples informations sur l'interprétation de ces dispositions par la Commission.

95 Article 9(1)(a) des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

96 Article 2(4) des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

97 Article 9(b)(i) et (ii) des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

98 Article 9(2)(c) des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

Le *modèle GRI* peut être appliqué par tout État membre dont le réseau de transport appartenait à une entreprise de gaz[99] ou d'électricité[100] verticalement intégrée le 3 septembre 2009. Dans ce cas, le propriétaire du réseau de transport propose un candidat à la fonction de gestionnaire de réseau indépendant (GRI), lequel doit être totalement distinct de l'entreprise de service public verticalement intégrée. Ce candidat à la fonction de GRI doit être approuvé et désigné par l'État membre concerné, cette désignation étant ensuite soumise à l'approbation de la Commission[101]. Le GRI est chargé d'exploiter, d'entretenir et de développer le réseau de transport, de planifier des investissements à long terme, ainsi que d'accorder l'accès aux tiers et de gérer cet accès, y compris la perception de redevances[102]. Si un GRI a été désigné, des obligations de séparation juridique et fonctionnelle s'imposent au propriétaire du réseau de transport[103].

Un État membre peut aussi opter pour le *modèle GTI* si son réseau de transport de gaz ou d'électricité appartenait à une entreprise verticalement intégrée le 3 septembre 2009[104]. Dans ce cas de figure, il est créé un gestionnaire de transport indépendant (GTI) qui, tout en demeurant une composante de l'entreprise verticalement intégrée, doit être autonome et disposer notamment de son propre personnel[105]. Le GTI est chargé, entre autres tâches, de l'exploitation, de la maintenance et du développement du réseau de transport, de la programmation des investissements, de l'octroi aux tiers de l'accès au réseau dans des conditions non discriminatoires, et de la perception de toutes les redevances liées au réseau de transport[106]. Quoique ce modèle nécessite la mise en place de garde-fous pour garantir la séparation des fonctions de transport et de fourniture, le GTI demeure une composante de l'entreprise de gaz ou d'électricité verticalement intégrée. Ce schéma se

99 Article 14(1) de la troisième directive sur le gaz.

100 Article 13(1) de la troisième directive sur l'électricité.

101 Article 14(1) de la troisième directive sur le gaz et article 13(1) de la troisième directive sur l'électricité.

102 Article 14(4) de la troisième directive sur le gaz et article 13(4) de la troisième directive sur l'électricité.

103 Article 15(1) et (2) de la troisième directive sur le gaz et article 14(1) et (2) de la troisième directive sur l'électricité.

104 Articles 9(8)(b) et chapitre V des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

105 Article 19 des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

106 Article 17(2) des troisièmes directives sur le gaz et l'électricité.

différencie donc du modèle du gestionnaire de réseau indépendant (GRI) : dans les deux cas, les actifs du réseau de transport appartiennent toujours à l'entreprise verticalement intégrée, mais dans le modèle GTI, les fonctions de gestion de services restent assurées par l'entreprise de service public verticalement intégrée, alors que, dans le modèle GRI, elles sont confiées à une entité totalement indépendante.

L'article 26 commun aux troisièmes directives sur le gaz et l'électricité contient des dispositions relatives au régime de séparation des gestionnaires de réseau de distribution, qui demeurent pour l'essentiel inchangées par rapport au régime précédent. La troisième directive sur le gaz prévoit notamment une dérogation aux règles normales, dont peuvent bénéficier pendant une durée déterminée les « nouvelles grandes infrastructures gazières » – à savoir les interconnexions et les installations de gaz naturel liquéfié (GNL) ou de stockage – qui remplissent diverses conditions : l'investissement doit renforcer la concurrence dans la fourniture de gaz et améliorer la sécurité d'approvisionnement ; le niveau de risque lié à l'investissement doit être tel que cet investissement ne serait pas réalisé si une dérogation n'était pas accordée ; si l'infrastructure considérée est construite par une entreprise verticalement intégrée, cette dernière doit avoir fait l'objet d'une séparation juridique ; des redevances doivent être perçues auprès des utilisateurs de l'infrastructure concernée ; et la dérogation ne doit pas porter atteinte à la concurrence ou au bon fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel, ni à l'efficacité du fonctionnement du réseau réglementé auquel l'infrastructure est reliée[107]. Il n'existe pas de dispositions dérogatoires équivalentes dans la troisième directive sur l'électricité.

Il convient de ne pas perdre de vue que, lorsque ces troisièmes directives sur l'énergie auront été toutes deux intégralement transposées par les États membres dans leur droit interne, ces règles auront sans doute un impact considérable sur la structure des marchés du gaz et de l'électricité dans nombre des pays concernés. Par conséquent, dans tout examen des structures de marché en place, il faut tenir compte des futures évolutions qui devraient probablement résulter du cadre de l'UE.

[107] Article 36 de la troisième directive sur le gaz. Voir M. Szydło (2009), « Regulatory Exemptions for New Gas Infrastructure. A Key Challenge for European Energy policy » (October 2009) *European Energy and Environmental Law Review* 254, pour un examen plus approfondi de ces dispositions dérogatoires.

3.3.3 Application du droit de la concurrence

La stratégie duale de la Commission pour le développement de marchés intégrés et concurrentiels du gaz et de l'électricité à l'échelle de l'UE dépend tout autant de l'application des dispositions du droit communautaire de la concurrence réprimant les comportements anticoncurrentiels sur ces marchés. L'emploi conjoint du droit de la concurrence et de la politique réglementaire dans le secteur de l'énergie à l'intérieur de l'UE se distingue nettement de la manière dont ils sont appliqués dans les autres industries de réseau : tandis que dans d'autres branches d'activité, telles que les télécommunications, c'est l'application du droit de la concurrence qui a enclenché le processus de libéralisation et qui a été suivie d'une régulation *ex ante*, dans le secteur de l'énergie, le processus a commencé avec l'adoption des directives sur la libéralisation, qui ont été complétées ensuite par des mesures d'application du droit de la concurrence[108].

La procédure formelle de décision relative aux engagements récemment instaurée par la Commission[109] joue un grand rôle dans les affaires de concurrence concernant le secteur de l'énergie. Ce mécanisme permet à la Commission, en s'abstenant de conclure à une violation des règles de concurrence, d'accepter de la part d'entreprises faisant l'objet d'une enquête l'engagement d'adopter des mesures correctives structurelles ou comportementales, en vue de remédier à l'avenir aux pratiques anticoncurrentielles qui leur sont imputées[110].

La section ci-après décrit succinctement plusieurs affaires dont la Commission a eu à connaître et qui ont soulevé des questions de séparation structurelle, tant à l'occasion de fusions que dans le cadre de l'application du droit de la concurrence. Bien que les mesures correctives adoptées dans ces affaires aient été considérées comme structurelles par la Commission européenne, il ne s'agissait pas de mesures de « séparation ». Les décisions relatives aux engagements pris dans les affaires relatives au verrouillage des

---

108 L. Hancher et A. de Hauteclocque (2010), *Manufacturing the EU Energy Market: the Current Dynamics of Regulatory Practice*, EUI Working Paper RSCAS 2010/01, publié en janvier 2010, p. 2.

109 Mise en place par l'article 9 du Règlement (CE) 1/2003.

110 Voir S. Rab, D. Monnoyeur et A. Suktankar (2010), « Commitments in EU Competition Cases: Article 9 of Regulation 1/2003, its Application and the Challenges Ahead », 1(3) *Journal of European Competition Law & Practice* 171-188, pour un examen plus poussé de la procédure de décision relative aux engagements.

marchés du gaz par RWE et à ENI, qui ont débouché sur l'application de mesures correctives structurelles de séparation, seront présentées ultérieurement de façon plus détaillée[111].

- Dans la décision *Distrigaz*, qui concernait le fournisseur de gaz naturel en position dominante sur le marché des utilisateurs industriels en Belgique, la Commission a accepté les engagements de Distrigaz de modifier ses contrats d'approvisionnement à long terme de manière à réduire la période pendant laquelle étaient liés ses clients industriels, contribuant du même coup à la libéralisation du marché belge du gaz[112].

- Dans sa décision relative au verrouillage du marché du gaz par *E.ON*, la Commission a accepté les engagements de cette entreprise intégrée, en position dominante sur les marchés du transport de gaz et de l'approvisionnement en aval en Allemagne, de libérer des volumes de capacité substantiels aux points d'entrée de ses réseau gaziers[113].

- En 2006, lors de la fusion entre *Gaz de France* et *Suez*, deux sociétés du secteur énergétique réalisant l'essentiel de leurs activités en France et en Belgique, une des mesures correctives proposées par les parties et acceptées par la Commission a consisté à renoncer au contrôle de Fluxys, qui exploitait le réseau de transport et les infrastructures de stockage du gaz naturel en Belgique[114].

---

111 Voir U. Scholz et S. Purps (2010), « The Application of EC Competition Law in the Energy Sector », 1(1) *Journal of European Competition Law & Practice,* 37-51, pour en savoir plus sur les affaires de concurrence dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

112 Décision de la Commission du 11 octobre 2007 prise dans l'Affaire COMP/B-1/37966 – *Distrigaz*.

113 Voir Commission européenne (2010), *Communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans l'affaire COMP/B-1/39.317 — E.ON gas* (JO C 16/42, 22.1.2010) et communiqué de presse de la Commission européenne IP/10/494, *Abus de position dominante : les engagements offerts par E.ON ouvrent le marché allemand du gaz à la concurrence*, publié le 4 mai 2010.

114 Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/06/1558, *Concentrations : la Commission autorise la fusion de Gaz de France et de Suez, sous réserve de certaines conditions*, publié le 14 novembre 2006.

- *E.ON/MOL* : pour faire approuver le rachat des activités de stockage et de commerce de gros de MOL, l'opérateur historique dans le secteur du pétrole et du gaz en Hongrie, E.ON a proposé, entre autres, de dissocier totalement la propriété des activités de production et de transport de gaz, qui seraient conservées par MOL, de celles de vente en gros et de stockage de gaz, qui seraient rachetées par E.ON[115]. La Commission, considérant que *« la scission des structures de participation, ainsi que la cession de gaz et la cession de contrat proposées comme mesures correctives dans l'affaire E.ON/MOL* [constituaient] *de bon exemples de moyens efficaces pour soutenir le développement de la concurrence sur divers marchés de l'énergie en Europe »*[116], a approuvé la fusion en décembre 2005. La Hongrie dispose à présent d'un gestionnaire de réseau de transport (GRT) pour le gaz, FGSZ Zrt., qui est une filiale à 100 % de MOL mais en est séparée sur le plan juridique. Cette structure est presque parfaitement conforme aux exigences du modèle du gestionnaire de transport indépendant (GTI)[117].

3.3.4 L'affaire du verrouillage des marchés du gaz par RWE

Dans sa décision relative aux engagements pris par *RWE* dans l'affaire du verrouillage des marchés du gaz par cette entreprise[118], la Commission s'est penchée sur des allégations de comportement anticoncurrentiel sur le marché allemand du transport de gaz. RWE AG est une société allemande de services publics présente dans le secteur de l'énergie. Avant la décision de la Commission, les activités de RWE dans le gaz étaient totalement intégrées, et allaient de la production et l'importation au transport, au stockage et à la distribution de gaz en aval. Dans une évaluation préliminaire du 15 octobre 2008, la Commission exprimait sa crainte que RWE n'ait pu abuser de sa

115 Voir le communiqué de presse de la Commission IP/05/1658, *Concentrations : la Commission autorise, sous réserve du respect de certaines conditions, l'acquisition des activités de MOL dans le secteur du gaz par E.ON,* publié le 21 décembre 2005.

116 Voir la note de la Commission européenne MEMO/05/492, *Concentrations: la Commission autorise, sous réserve du respect de certaines conditions, l'acquisition, par E.ON, des activités de MOL dans le secteur du gaz – questions fréquemment posées*, publié le 21 décembre 2005.

117 Voir Herbert Smith (2010), *European Energy Review 2010: Hungary*, consultable en ligne à l'adresse suivante : www.herbertsmith.com.

118 Décision de la Commission du 18 mars 2009 dans l'Affaire COMP/39.402 – *RWE verrouillage des marchés du gaz*.

position dominante sur le marché du transport de gaz en Allemagne de l'Ouest, en violation de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) [ancien article 82 du traité CE], par deux formes de comportement anticoncurrentiel :

- *un refus d'approvisionnement*, consistant pour RWE à restreindre l'accès à son réseau de transport de gaz en sous-estimant la capacité techniquement à la disposition des tiers clients, et en gérant de manière inefficace les capacités disponibles sur son réseau afin d'accentuer l'éviction des tiers ; et

- *une compression des marges*, reposant sur la facturation de prix artificiellement élevés pour l'accès à son réseau de transport et l'application de tarifs asymétriques pour l'utilisation du réseau (notamment par le biais d'un système de rabais et de tarifs d'équilibrage), qui alourdissaient d'autant les coûts de ses concurrents en aval par rapport aux prix payés par la propre filiale d'approvisionnement en gaz de RWE.

Quoique la société RWE ait contesté les faits qui lui étaient reprochés dans cette évaluation préliminaire, elle a proposé, afin de répondre aux préoccupations de la Commission en matière de concurrence, de souscrire plusieurs engagements qui, pour l'essentiel, se solderaient par la cession de la totalité de son réseau de transport de gaz à haute pression en Allemagne de l'Ouest :

> *1. RWE cédera à un acquéreur approprié, qui ne devra soulever à première vue aucun problème de concurrence, ses activités actuelles relatives au système de transport du gaz en Allemagne. RWE s'est notamment engagée à céder :*
>
> *a) Le réseau de transport de gaz à haute pression de RWE en Allemagne, d'une longueur totale d'environ 4 000 km. Cela représente la totalité du réseau actuel de transport de gaz à haute pression de RWE en Allemagne, à l'exception de certains tronçons du réseau dans la région de Bergheim (d'une longueur d'environ 100 km). En ce qui concerne les tronçons du réseau qui ne sont pas actuellement la propriété exclusive de RWE, mais qui appartiennent en copropriété à d'autres parties, RWE s'engage à céder la totalité de sa part ;*

b) le matériel auxiliaire nécessaire à l'exploitation du réseau de transport [les installations de conditionnement du gaz de Broichweiden et Hamborn, un centre de distribution (Prozessleitsystem), etc.] ;

c) les actifs incorporels nécessaires à l'exploitation du réseau de transport (tels que les logiciels pour le centre de dispatching, les contrats et licences).

2. RWE s'engage également à fournir à l'acquéreur, pour une période limitée pouvant aller jusqu'à cinq années gazières après la clôture de la cession, des services auxiliaires pour l'exploitation du réseau de transport, comme la fourniture de services liés à la flexibilité du gaz.

3. L'activité sera pourvue du personnel et du personnel clé nécessaires à l'exploitation du réseau de transport[119].

À la suite d'une consultation des acteurs du marché menée par la Commission[120], RWE a soumis, le 2 février 2009, une version révisée de ses engagements, dans laquelle étaient expressément formulées les obligations de RWE de coopérer avec d'autres opérateurs de réseaux et de poursuivre le processus d'intégration du marché. Les engagements finaux de RWE sont devenus contraignants le 18 mars 2009, date à laquelle la Commission a mis fin à la procédure pour infraction aux règles de la concurrence qui avait été engagée contre cette entreprise sans conclure qu'une telle infraction avait eu lieu.

RWE a vendu son réseau à un acquéreur avalisé par la Commission, sous la supervision d'un mandataire. Le réseau ne pouvait être cédé qu'à des acheteurs ne soulevant à première vue aucun problème de concurrence[121].

---

119 Décision de la Commission du 18 mars 2009 dans l'Affaire COMP/39.402, paragraphe 38. Le texte original des engagements et ses annexes figurent dans la version allemande de la décision.

120 L'article 27(4) du Règlement 1/2003 fait obligation à la Commission de procéder à un « test de marché », en soumettant aux acteurs du marché dans le cadre d'une consultation les engagements proposés avant de les accepter : elle publie au Journal officiel un résumé des engagements proposés, afin que les tierces parties intéressées puissent présenter leurs observations sur ces propositions.

121 Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/09/410, *Ententes et abus de position dominante : la Commission ouvre le marché*

3.3.5 L'affaire ENI

La Commission a aussi conclu une procédure d'engagements avec ENI SpA, une multinationale de l'énergie italienne[122]. Considérant que l'entreprise ENI était un acteur dominant sur le(s) marché(s) du transport de gaz naturel vers l'Italie et sur son territoire, ainsi que sur les marchés en aval de la fourniture de gaz, la Commission a adopté le 6 mars 2009 une communication des griefs destinée à cette société. Dans cette évaluation préliminaire, la Commission exprimait la crainte qu'ENI n'eût abusé de sa position dominante, au sens de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en refusant de fournir une capacité de transport sur ses gazoducs. Trois types de comportements anticoncurrentiels possibles, en particulier, étaient identifiés dans cette communication :

- *une accumulation de capacités*, fondée sur un refus de donner accès aux capacités disponibles sur son réseau de transport ;

- *une dégradation de capacités*, consistant à accorder l'accès aux capacités de manière inefficace ; et

- *un sous-investissement stratégique*, reposant sur une limitation stratégique des investissements dans le réseau international de gazoducs d'ENI.[123]

La société ENI a contesté les faits qui lui étaient reprochés par la Commission dans sa communication des griefs. Néanmoins, à la suite d'une audition qui eu lieu à la fin de 2009, elle a présenté divers engagements à la Commission en vue de répondre à ses préoccupations en matière de concurrence. Plus précisément, ENI a proposé de céder ses activités

---

allemand du gaz à la concurrence en acceptant les engagements de RWE de céder son réseau de transport, publié le 18 mars 2009.

122 Décision de la Commission du 29 septembre 2010 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/39.315 – *ENI*). On trouvera une analyse bien documentée de l'affaire dans F. Maier-Rigaud, F. Manca et U. von Koppenfels (2011), « Strategic Underinvestment and Gas Network Foreclosure – the ENI case », *EU Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2011.

123 Décision de la Commission du 29 septembre 2010 (Affaire COMP/39.315 – *ENI*), paragraphes 39-60.

internationales liées au réseau de transport de gaz en Allemagne (gazoduc TENP), en Suisse (gazoduc Transitgas) et en Autriche (gazoduc TAG). Tandis que les gazoducs allemand et suisse doivent être cédés « à un acquéreur approprié, qui ne devra soulever à première vue aucun problème de concurrence », le gazoduc autrichien, par lequel transite 30 % du gaz naturel consommé en Italie en provenance de la Russie, doit être vendu à une entreprise publique italienne. ENI s'est engagée en outre à fournir aux acquéreurs de ces gazoducs les services accessoires nécessaires à l'exploitation du réseau de transport pendant une période limitée, après la clôture de la cession, et à doter les activités considérées du personnel nécessaire à l'exploitation du réseau de transport.

La Commission a publié le 5 mars 2010 une communication, dans laquelle elle invitait les tiers intéressés à présenter leurs observations sur les engagements proposés[124]. Le 29 septembre 2010, elle a accepté et rendu juridiquement contraignants les engagements proposés par ENI, mettant ainsi fin à la procédure d'infraction sans conclure à une quelconque violation du droit de la concurrence[125].

3.4 Le secteur du gaz en Grèce

L'entrée en vigueur le 27 décembre 2005 de la Loi sur la libéralisation du marché du gaz s'est traduite par le dégroupage du réseau grec de transport de gaz. Une nouvelle entreprise DESFA SA a été créée, à laquelle ont été confiées la propriété et la gestion du réseau de transport de gaz.[126] DESFA est une filiale à 100 % de DEPA SA, entreprise publique gazière verticalement intégrée.[127] Aux termes de la Loi de 2005 cependant, le Conseil d'administration de DESFA SA est nommé par l'État plutôt que par DEPA SA.

Les réseaux de distribution de gaz à moyenne et haute pression sont détenus et exploités par trois entreprises régionales en situation de monopole, EPA Thessalonikis SA, EPA Thessalias SA et EPA Attikis SA, qui sont les opérateurs de réseau et fournisseurs uniques de gaz dans leurs régions

124 Commission européenne, *Communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans l'affaire COMP/B-1/39.315 — ENI* (JO C 55/13, 5.3.2010).

125 Voir le communiqué de presse de la Commission IP/10/1197, *Position dominante / affaire ENI : la Commission ouvre l'accès au marché italien du gaz naturel*, publié le 29 septembre 2010.

126 Voir www.defsa.fr.

127 Voir www.depa.gr.

respectives. Pour ces régions, de même que pour trois autres régions dans lesquelles de nouvelles entreprises de distribution et de fourniture de gaz doivent être créées d'ici 2012, la Grèce a demandé et obtenu une dérogation limitée aux exigences du droit communautaire en matière de libéralisation du secteur gazier.

Les propositions législatives actuelles pour la mise en œuvre du troisième paquet énergie dans le secteur du gaz en Grèce prévoient l'adoption du modèle ITO pour l'opérateur du réseau de transport de gaz DESFA SA.

3.5 Le secteur du gaz en Irlande

Le réseau de transport et de distribution de Bord Gáis Éireann (BGÉ), la compagnie gazière nationale verticalement intégrée, a été cédé à Gaslink, une filiale indépendante de BGÉ, le 4 juillet 2008. Gaslink gère les activités de transport et de distribution du réseau de gaz national, tandis que BGÉ en conserve la propriété en tirant une rentabilité raisonnable de son investissement. Ce changement structurel a été accompli afin de respecter la deuxième directive sur le gaz.[128]

Dans le cadre du dégroupage, BGÉ a été découpé en plusieurs composantes. Bord Gáis Energy est le pôle de fourniture de gaz, qui alimente en gaz les clientèles industrielle, commerciale et résidentielle. Bord Gáis Networks (BGN) est le propriétaire du réseau réglementé. Gaslink conclut avec BGN des contrats en vue d'exercer pour le compte de Gaslink certaines fonctions relatives à la construction, l'exploitation et la maintenance des réseaux de transport et de distribution de gaz en Irlande. Bord Gáis Energy et BGN sont, au sien de BGÉ, des unités fonctionelles séparées et distinctes, et dont le périmètre est strictement délimité par la licence conférée à chacune d'entre elles par l'organisme de réglementation, à savoir la Commission for Energy Regulation (CER).

Le marché irlandais du gaz est soumis à un régime concurrentiel pour les clientèles industrielle et commerciale depuis 2004, et trois fournisseurs se disputent ce segment. Le marché du gaz naturel est totalement ouvert à la concurrence depuis le 1er juillet 2007. Tous les consommateurs de gaz ont à présent le droit de changer de fournisseur, y compris les particuliers, bien que ce

128 Directive 2003/55/CE, transposée dans le droit irlandais par S.I. No. 760 of 2005 European Communities (Internal Market in Natural Gas) (BGÉ) Regulations 2005 [Règlement 2005 sur la Directive des Communautés européennes concernant le marché intérieur du gaz naturel (BGÉ)].

processus soit encore inachevé dans ce secteur. Tous les fournisseurs de gaz au détail doivent être agréés par la CER.[129]

3.6 Le secteur du gaz en Israël[130]

En Israël, l'évolution du marché du gaz naturel repose en grande partie sur le principe du dégroupage. Une société d'État, Israel Natural Gas Lines Ltd. (INGL), a été fondée pour construire et exploiter le réseau de transport à haute pression. Ce réseau à accès ouvert est destiné à livrer le gaz aux gros consommateurs et aux systèmes de distribution. INGL n'a pas le droit de se livrer à la vente de gaz, sauf dans la mesure où cela est nécessaire pour répondre à des nécessités opérationnelles.

En amont, deux gazoducs acheminent le gaz jusqu'au réseau d'INGL, mais il est probable qu'un troisième sera construit pour transporter le gaz extrait des fonds marins. Les deux gazoducs d'amont ont été construits et sont exploités par les propriétaires du gaz.

Les réseaux de distribution régionaux à basse pression doivent être construits par des entreprises du secteur privé (non étatiques) qui sont désignées à l'issue d'un appel d'offres. Des licences ont été octroyées selon cette procédure pour deux des régions de distribution envisagées. L'accès aux réseaux de distribution régionaux, qui doivent acheminer le gaz du réseau d'INGL aux consommateurs et aux sociétés de distribution, sera également ouvert.

3.7 Le secteur du gaz au Portugal

Le dégroupage du marché du gaz au Portugal a débuté en 2006 afin de se conformer aux exigences de la deuxième Directive sur le gaz. Les principaux instruments le régissant sont les Décrets-lois n° 30/2006 du 15 février 2006 et n° 140/2006 du 26 juillet 2006. Selon ces textes, le réseau national de gaz naturel est découpé en sept grands segments : réception, stockage et regazéification du GNL ; stockage souterrain ; transport du gaz naturel ; distribution du gaz naturel ; fourniture du gaz naturel ; fonctionnement du

---

129 Les informations présentées dans la présente section proviennent du site Web de la Commission for Energy Regulation (www.cer.ie). Pour des renseignements complémentaires voir www.bordgais.ie.

130 Ces informations sont tirées du Chapitre 15 : Israël, de *The International Comparative Legal Guide to Gas Regulation 2010*, Global Legal Group, (voir www.iclg.co.uk). Voir également la section du ministère des Infrastructures nationales d'Israël traitant du gaz naturel (www.mni.gov.il/mni/en-US/Gas/).

marché du gaz naturel ; et opérations logistiques nécessaires pour changer de fournisseur de gaz naturel.

Dans le nouveau régime, la loi impose que le transport du gaz naturel soit disjoint des autres activités. L'exploitant indépendant du réseau de transport de gaz, Redes Energéticas Nacionais (« REN »), à travers sa filiale REN Gasodutos, est titulaire d'une concession exclusive de l'État pour 40 ans. Les autres sociétés du groupe REN opèrent dans les autres compartiments du marché, notamment le stockage souterrain, la réception, le stockage et la regazéification du GNL. La réglementation fait obligation à REN Gasodutos de donner accès au réseau de transport sans pratiquer aucune discrimination, tandis que la tarification de l'accès est déterminée par l'autorité de réglementation, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

La loi impose aussi la séparation juridique des activités de distribution. La distribution est effectuée en vertu de concessions ou licences accordées par le gouvernement. Les sociétés exploitant le réseau de distribution à la date d'entrée en vigueur du Décret-loi n° 30/2006 ont conservé le droit d'exploiter le réseau en tant que titulaires d'une concession ou d'une licence en vertu d'une délégation territoriale de service public exclusive. Comme l'exploitant du système de transport, les sociétés de distribution sont tenues, en vertu de la réglementation, de donner accès au réseau de distribution sans pratiquer aucune discrimination et au tarif fixé par l'ERSE.[131]

3.8 Le secteur du gaz aux Pays-Bas

La Loi sur le dégroupage[132], qui exige que les sociétés verticalement intégrées du secteur de l'énergie soient scindées en différentes branches dont la propriété est intégralement dissociée, est entrée en vigueur aux Pays-Bas le 7 juin 2007. Cette loi interdit aux entreprises exerçant une activité de réseau aux Pays-Bas d'appartenir au même groupe que des entreprises se livrant à des activités de production, de négoce et/ou d'approvisionnement. Les entreprises de

131 Herbert Smith, *European Energy Review 2010 Portugal*: (www.herbertsmith.com), ainsi que les sites Web des groupes EDP (www.edp.pt) et REN (www.ren.pt). Voir également le Chapitre 28: Portugal, *The International Comparative Legal Guide to Gas Regulation 2010*, Global Legal Group (www.iclg.co.uk).

132 Amendement à la Loi sur l'électricité de 1998 et à la Loi sur le gaz relatif aux nouvelles règles concernant la Gestion du réseau par une société indépendante ou *Splitsingswet*. Voir L. Bouchez & B. de Man, « Recent developments in the Netherlands energy market », *FW International M&A Review 2007*, p.24.

réseau n'ont pas non plus le droit de détenir directement ou indirectement des actions de sociétés ayant pour métier la production, le négoce et/ou l'approvisionnement et vice versa. La Loi prévoit que le dégroupage doit être achevé au 1er janvier 2011.[133]

Les deux plus grandes sociétés de services publics néerlandaises, Essent NV et Nuon NV, ont d'ores et déjà séparé leurs activités de distribution et d'approvisionnement de leurs réseaux. Essent et Nuon ont vendu respectivement leurs activités de production et d'approvisionnement à une société allemande, RWE AG et à une société suédoise, Vattenfall AB. En outre, l'un et l'autre ont filialisé leurs réseaux, qui restent aux mains de la puissance publique.[134]

La loi a été contestée simultanément devant la Cour d'appel de La Haye par trois sociétés de services publics verticalement intégrées, Eneco, Essent et Delta. Dans son arrêt du 22 juin 2010, la Cour a jugé que la règle interdisant aux exploitants de réseaux de continuer à faire partie d'un même groupe en tant que société exerçant une activité de production, négoce ou approvisionnement en énergie constituait un obstacle à la libre circulation des capitaux et était contraire à l'Article 63 TFEU. En conséquence, elle a déclaré ces dispositions inapplicables.[135] Le gouvernement néerlandais a l'intention de faire appel de cette décision devant la Cour suprême des Pays-Bas.[136]

3.9 Le secteur du gaz en Pologne

La séparation structurelle sur le marché du gaz polonais a débuté en 2004, le transport étant juridiquement dissocié des autres activités de l'entreprise publique historique qui avait la charge du gaz naturel, Grupa Kapitalowa Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A (PGNiG), avec la création d'un exploitant de réseau de transport de gaz, Gaz-System S.A. En 2005, le Trésor

133 Herbert Smith, *European Energy Review 2010 - The Netherland* » (www.herbertsmith.com), et le Chapitre 21: The Netherland, International Comparative Legal Guide, *Gas Regulation 2010*, (www.iclg.co.uk).

134 Voir Reuters, *Court says Dutch utility unbundling breaks EU law*, 22 juin 2010 et Bloomberg Businessweek, *Dutch Court Says Unbundling Conflicts With EU Law,* .22 juin 2010

135 Voir affaires Hof Gravenhage, 22 juin 2010, n° de rôle HA ZA 07-2538 *Delta N.V/De Staat der Nederlanden* ; Hof Gravenhage, 22 juin 2010, n° de rôle HA ZA 07-3089 *Eneco Holding N.V./De Staat der Nederlanden* ; Hof Gravenhage, 22 juin 2010, n° de rôle HA ZA 08-756 *Essent N.V. & Essent Nederland B.V./De Staat der Nederlanden.*

136 Voir les articles de presse cités dans la note. 134 ci-dessus.

est devenu propriétaire de Gaz-System, ce qui s'est traduit par le dégroupage total de la propriété de l'entreprise de réseau indépendante (TSO) dans ce pays.[137]

Le dégroupage de la distribution de gaz est intervenu en 2007. La Loi sur l'énergie exigeait de PGNiG qu'il dissocie ses activités de négoce des tâches techniques de la distribution, en créant six sociétés dans la distribution (DSO) et six autres dans la vente au détail. Comme PGNiG en reste le propriétaire alors qu'il conserve son pôle de production de pétrole et de gaz, le dégroupage du capital dans le secteur de la distribution n'est pas encore total.[138]

3.10 Le secteur du gaz en Slovénie

La libéralisation du secteur du gaz en Slovénie est parvenue à un stade relativement avancé.[139] Le réseau de transport du gaz naturel appartient à et est exploité par une seule société, Geoplin, d.o.o., qui intervient aussi dans le négoce. En revanche, les deux filiales à 100 % qui forment le groupe Geoplin, à savoir Geoplin plinovodi, d.o.o., qui exploite le réseau de transport, et Geocom, d.o.o., dont le métier principal est le négoce du gaz, sont totalement séparées sur le plan juridique et fonctionnel.[140]

La distribution du gaz naturel est organisée à l'échelon régional en fonction de l'identité de l'exploitant du réseau de distribution de gaz (distribution system operators − DSO) qui dessert les différentes collectivités locales. Comme chaque DSO du secteur du gaz approvisionne moins de 100 000 clients en Slovénie, ces entreprises sont soumises à une séparation comptable plutôt que fonctionnelle.[141] Ensemble, les 18 DSO sont raccordés à un réseau desservant environ 15000 clients dans 71 collectivités locales.

---

137 Voir le site Internet de Gaz-System (http://en.gaz-system.pl) et le Chapitre 27 : Poland, The International Comparative Legal Guide, *Gas Regulation 2010,* (www.iclg.co.uk).

138 Herbert Smith, *European Energy Review 2010 - Poland* (www.herbertsmith.com), p.102.

139 Herbert Smith, *European Energy Review 2010 - Slovenia* (www.herbertsmith.com), p.121.

140 Geoplin d.o.o. Ljubljana, *Business Report 2009*, (www.geoplin.si).

141 Cette information est tirée du site Internet du régulateur de l'énergie slovène, l'Agence de l'énergie (Javna agencija Republike Slovenije za energijo) (www.agen-rs.si).

3.11 Le secteur du gaz en Turquie

La Loi sur le marché du gaz naturel (n° 4646 adoptée le 18 avril 2001, ci-après NGML) vise la libéralisation et la séparation verticale du marché turc du gaz naturel. Actuellement, le transport du gaz est assuré par une entreprise publique, BOTAŞ, et sa distribution par les municipalités et des sociétés de distribution privées. Jusqu'en 2001, BOTAŞ avait le monopole de l'importation, du négoce, du transport et du stockage du gaz en Turquie. La NGML abolit son monopole sur toutes ces activités à l'exception du réseau national de transport et lui impose, à partir de 2009, de scinder ses activités de transport, de stockage, d'importation et de négoce et de les dissocier juridiquement. La loi imposait en outre à BOTAŞ de céder tous les ans au moins 10 % de la quantité totale de gaz achetée dans le cadre de contrats de prise ferme de manière à atteindre une part de marché de 20 % en 2009.[142]

La mise en œuvre de la libéralisation progresse toutefois à pas comptés. Le monopole de BOTAŞ sur l'importation de gaz n'a été brisé qu'en 2007, lorsque Royal Dutch Shell a fait son entrée sur le marché turc.[143] En pratique, de nombreuses sociétés de distribution n'ont toujours pas la possibilité de se fournir auprès de producteurs, grossistes ou importateurs concurrents en dépit du fait que ce droit leur est reconnu par la NGML.[144]

4. Évolution dans le secteur de l'électricité

La section ci-après donne un aperçu non exhaustif de l'évolution observée en matière de séparation structurelle et comportementale dans le secteur de l'électricité, tant dans l'Union européenne que dans les pays de l'OCDE. Bien que la Recommandation concerne principalement la séparation structurelle, l'évolution des comportements en matière de séparation comptable et

142 On trouvera la synthèse des exigences de la législation en matière de libéralisation dans Erkan Erdogdu, « A Review of Turkish natural gas distribution market » (2010) 14 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 806-813; EDAM & CEPS, *Second Generation Structural Reforms: Deregulation and Competition in Infrastructure Industries. The evolution of the Turkish telecommunications, energy and transport sectors in light of EU harmonisation*, novembre 2007, pp.115-118 ; B. Hacisalihoglu, « Turkey's natural gas policy » (2008) 36 *Energy Policy* 1867-1872 et T. Çetin & F. Oguz, « The reform in the Turkish natural gas market: A critical evaluation » (2007) 35 *Energy Policy* 3856-3867.

143 Reuters, *Shell first to end Botas gas Monopoly in Turkey*, 2 février 2007.

144 Erdogdu, cité dans la note 142 ci-dessus, 811.

fonctionnelle, notamment, y est également examinée. Afin de ne mentionner que les évolutions les plus significatives, les pays ne sont pas tous cités.

4.1 Le secteur de l'électricité en Australie

En Australie, le secteur de l'électricité est organisé principalement au niveau des États. Une séparation structurelle a été instituée dans les années 90 entre les activités de réseau relevant d'un monopole naturel (transport et distribution) et les activités ouvertes à la concurrence (production et fourniture d'électricité à la clientèle finale). Cette évolution a donné lieu à la création d'entreprises contrôlées par les États, qui jouent un rôle important. Dans les États du Victoria et de l'Australie-Méridionale, ces activités ont été en grande partie privatisées, et divers actifs ont été largement privatisés dans la plupart des autres États. Dans les cas où les administrations des États ont conservé la propriété des actifs, ceux-ci sont détenus et gérés comme des entreprises commerciales et de nouvelles infrastructures ont été construites par le secteur privé. Un accès réglementé, non discriminatoire, est assuré à toutes les sociétés exerçant leurs activités dans le secteur de l'électricité[145].

Un marché national de gros de l'électricité, le *National Electricity Market* (NEM) a été créé en Australie en 1998 pour les régions du sud et de l'est (l'Australie-Occidentale et le Territoire du Nord étant trop éloignés pour être couverts par ce marché)[146].

Le NEM est réglementé par l'*Australian Energy Regulator* (AER), entité publique indépendante, créée le 1er juillet 2005 et administrativement rattachée à l'*Australian Competition & Consumer Commission* (ACCC).

L'*Australian Energy Market Commission* (AEMC), créée en 2005, est l'instance normative des marchés de l'énergie australiens. Elle est chargée de définir des règles précises pour le NEM et de les modifier. L'opérateur du marché de gros, l'*Australian Energy Market Operator* (AEMO), créé en juillet 2009, gère les marchés de gros et de détail de l'énergie et contrôle le fonctionnement du NEM australien.

En janvier 2008, la compétence de l'AER a été étendue à la réglementation des réseaux de distribution d'électricité. Au sein du NEM, les distances de transport sont telles que les investissements dans les infrastructures d'interconnexion n'ont pas été suffisants pour éliminer toutes les contraintes de

145 *Études économiques de l'OCDE, Australie*, volume 2010/21.

146 *Études économiques de l'OCDE, Australie*, voir note 145, p.94.

capacité, de sorte que les échanges sont souvent segmentés par région. Le même type de problème se pose en ce qui concerne le marché de gros qui a été créé en Australie-Occidentale[147]. Il devient donc urgent d'intensifier les investissements dans ce secteur, notamment afin d'encourager une plus large utilisation des sources d'énergie renouvelables[148].

4.2 Le secteur de l'électricité au Chili

Le Chili est le premier pays à avoir complètement libéralisé son secteur de l'électricité et il est généralement considéré comme un exemple pour ce qui est de la réforme du marché de l'électricité[149]. La séparation structurelle et la privatisation du secteur de l'électricité y ont commencé dès 1982, avec l'adoption de la loi générale sur les services d'électricité. Compte tenu de la géographie du Chili, le secteur de l'électricité comprend quatre réseaux distincts, mais les deux principaux, à savoir le SING au nord et le SIC au centre, représentent l'essentiel de la capacité installée[150]. En vertu des réformes, la plus grande compagnie publique, verticalement intégrée, *Endesa*, a été scindée en 14 entités : six entreprises de production, six entreprises de distribution et deux compagnies d'électricité verticalement intégrées desservant les régions isolées situées au sud. *Chilectra*, deuxième compagnie nationale d'électricité, a également été scindée en une entreprise de production et deux entreprises de distribution. Ces entreprises horizontalement dissociées ont ensuite été privatisées, et les infrastructures de production, de transport et de distribution appartiennent toujours intégralement au secteur privé. En revanche, il s'est produit une réintégration verticale, si bien que certains producteurs détiennent aussi des infrastructures de transport et de distribution[151].

147 *Études économiques de l'OCDE, Australie*, voir note 145, p.94.

148 Voir, par exemple, *The Australian*, « Electricity Sector Needs Investors », 17 novembre 2010.

149 Voir M.G. Pollitt, *Electricity Reform in Chile: Lessons for Developing Countries*, Cambridge Working Papers in Economics CWPE 0448, janvier 2005, et Agence internationale de l'énergie (AIE), *Chile: Energy Policy Review 2009*. Pour une analyse plus approfondie des réformes du marché de l'électricité au Chili, voir P. del Sol, "Responses to electricity liberalization: the regional strategy of a Chilean generator" (2002) 30 *Energy Policy* 437, et L.B. Pascal, "South American Electricity – 2006: Year in Review" (2007) 13 *Law & Business Review of the Americas* 335, pp. 342-350.

150 AIE – *Chili*, voir note 149, p. 136.

151 AIE – *Chili*, voir note 149, p. 142.

En vertu des dispositions adoptées en 1982, deux marchés de consommation ont été mis sur pied : un marché libre et un marché réglementé. Le marché libre est constitué par les grandes entreprises industrielles qui négocient directement avec les producteurs et les tarifs n'y sont pas réglementés. Le marché réglementé est constitué par les abonnés des compagnies locales de distribution, et les tarifs y sont réglementés par l'État[152]. Les tarifs de transport sont également réglementés[153].

Bien que le Chili soit un exemple de réforme réussie du marché de l'électricité – en ce sens notamment qu'il attire beaucoup d'investissements – un certain nombre de problèmes apparus durant les années qui ont suivi la libéralisation ont eu des effets négatifs sur le fonctionnement de celui-ci. En particulier, des périodes de sécheresse intense ont sensiblement réduit la capacité de production des centrales hydrauliques (première source d'électricité du Chili) et des réductions prononcées des importations de gaz naturel en provenance d'Argentine ont elles aussi pesé sur la production. Par ailleurs, la forte concentration persistante du marché dans le secteur de la production, ainsi que le manque d'indépendance des opérateurs des systèmes de transport du SING et du SIC à l'égard d'autres acteurs du marché, posent problème[154].

4.3 Le secteur de l'électricité en Estonie

En Estonie, le secteur de l'électricité est régi par la loi sur les marchés de l'électricité, adoptée en 2003 en application des règlements européens sur l'électricité dans la perspective de l'adhésion de l'Estonie à l'UE[155]. En vertu des dispositions dérogatoires des directives européennes sur l'électricité, l'Estonie devait ouvrir à la concurrence 35 % de son marché de l'électricité (à savoir l'important segment constitué par la clientèle industrielle) en 2009, puis le reste du marché en 2013. À la suite des modifications apportées à la loi sur les marchés de l'électricité en janvier 2010, les grands consommateurs industriels ont perdu la faculté d'acheter l'électricité au tarif réglementé et doivent dorénavant s'approvisionner sur le marché libre[156]. Par ailleurs, en

152 Voir Pollitt et AIE, tous deux cités en note 149.

153 AIE – *Chili*, voir note 149, p. 149.

154 AIE – *Chili*, voir note 149, pp. 153-157.

155 Le texte complet de la loi sur les marchés de l'électricité, telle qu'elle a été modifiée, figure en anglais et en estonien sur le site de l'Autorité estonienne de la concurrence, www.konkurentsiamet.ee.

156 Konkurentsiamet/Autorité estonienne de la concurrence, *Estonian Electricity and Gas Market: Report 2009*, www.konkurentsiamet.ee, p. 12.

2010, l'Estonie a adhéré au *Nord Pool Spot*, marché transnational de l'électricité des pays nordiques, en créant la zone tarifaire *Estlink*, où les contrats se négocient la veille pour le lendemain. Au 1er juin 2010, 11 entreprises participaient à la zone tarifaire *Estlink*, dont des entreprises lettones et lituaniennes[157]. En Estonie, l'Autorité estonienne de la concurrence est l'autorité de régulation du secteur de l'énergie, dont fait partie le secteur de l'électricité[158].

La principale compagnie d'électricité est l'entreprise publique *Eesti Energia*, verticalement intégrée. Celle-ci assure la majeure partie de la production d'électricité de l'Estonie (92 % de la production totale en 2009)[159], ainsi que de sa distribution et de sa commercialisation, et elle était auparavant propriétaire du seul opérateur de transport du pays, *Elering ÖU*[160]. Le groupe est désormais tenu à la séparation juridique de ses diverses activités sur le marché de l'électricité. Les modifications apportées à la loi sur les marchés de l'électricité en 2010 ont entraîné la dissociation intégrale de la propriété de l'opérateur du système de transport, conformément aux dispositions de la troisième directive européenne sur l'électricité. Ainsi, en janvier 2010, l'État estonien a acquis les parts d'*Elering ÖU* détenues jusque-là par Eesti Energia, si bien que l'entreprise n'a plus aucun lien avec ce groupe[161]. (Il convient cependant de noter qu'en fin de compte, *Elering ÖU* aussi bien que le groupe *Eesti Energia* appartiennent toujours à l'État). Il y a aussi sur le territoire estonien 38 entreprises qui assurent des services de distribution[162]. Au niveau de la vente au consommateur final, le principal opérateur est une filiale d'*Eesti Energia*, *Eesti Energia Jaotusvörk Öu*, qui détenait 87 % du marché en 2009[163].

157 *Estonian Electricity and Gas Market: Report 2009*, voir note 156, p. 13.

158 Voir également ministère des Affaires économiques et des Communications, *Development Plan of the Estonian Electricity Sector until 2018*, www.mkm.ee, qui décrit la politique officielle face à l'évolution rapide du secteur de l'électricité en Estonie.

159 *Estonian Electricity and Gas Market: Report 2009*, voir note 156, p. 49.

160 Pour de plus amples informations sur le groupe Eesti Energia, voir www.energia.ee.

161 *Estonian Electricity and Gas Market: Report 2009*, voir note 156, p. 44.

162 *Estonian Electricity and Gas Market: Report 2009*, voir note 156, p. 27.

163 *Estonian Electricity and Gas Market: Report 2009*, voir note 156, p. 52.

4.4 Le secteur de l'électricité dans l'Union européenne

La libéralisation du secteur de l'électricité dans l'UE s'est amorcée au milieu des années 90, parallèlement à l'ouverture du secteur du gaz naturel. L'enquête de la Commission européenne sur le secteur de l'énergie, décrite en détail au début du présent rapport, a examiné le fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel dans l'UE, en évaluant l'efficacité des mesures de libéralisation qui avaient été mises en œuvre. Ses conclusions concernant l'électricité font pendant à celles relatives au gaz naturel : les marchés de l'électricité de l'UE demeurent en général fortement concentrés au niveau des marchés de gros, mais la concurrence au niveau des marchés de détail est également limitée ; le verrouillage du marché par des sociétés intégrées verticalement, avec la persistance d'une forte intégration verticale, continue de restreindre la concurrence ; on observe un manque de transparence et d'information en ce qui concerne la formation des prix et la situation du marché, ce qui fait obstacle à l'entrée de nouveaux concurrents et limite le choix des consommateurs ; enfin, les ventes transfrontalières entre États membres de l'UE n'exercent pas encore une pression concurrentielle importante, en raison notamment de l'insuffisance des capacités d'interconnexion et des incitations à investir dans de nouvelles capacités[164]. Le rapport a également mis en évidence la complexité du fonctionnement des marchés d'ajustement, ainsi que leurs effets anticoncurrentiels potentiels en ce qui concerne les réseaux de transport de l'électricité[165], comme des coûts disproportionnés pour les petits opérateurs[166].

En conséquence, parallèlement à ses propositions concernant une troisième directive sur le gaz, la Commission a recommandé l'adoption d'une troisième directive sur l'électricité, se traduisant essentiellement par les mêmes réformes

---

164 *Rapport d'enquête sur l'énergie*, voir note 81. Voir en particulier le résumé p.7-11.

165 Les services d'équilibrage ou d'ajustement, dans le contexte de l'électricité, servent à assurer l'équilibre entre l'offre (quantité d'électricité entrant sur le réseau) et la demande (quantité d'électricité sortant du réseau). Comme l'électricité ne peut pas être stockée, il est nécessaire de pouvoir accroître ou réduire rapidement la production de manière à assurer l'équilibre sur le réseau. Le rapport d'enquête sur l'énergie (voir note 77) définit les services d'équilibrage comme l'ensemble des activités que les gestionnaires de services de transport mènent pour assurer la stabilité du système et, par conséquent, l'ensemble des coûts facturés aux utilisateurs des réseaux au titre de ces services.

166 Rapport d'enquête sur l'énergie, voir note 81, p.295-322.

que pour le secteur du gaz naturel[167]. Une dissociation intégrale de la propriété des systèmes de transport d'électricité a été présentée comme l'option préférée de la Commission pour la libéralisation du marché, la formule d'un gestionnaire de réseau indépendant étant considérée comme une solution moins efficace[168]. En définitive, cependant, les propositions de la Commission relatives à la réforme du marché de l'électricité ont connu le même sort que celles concernant le gaz naturel. Ainsi, la version finale de la troisième directive sur l'électricité[169], telle qu'elle a été promulguée, laisse aux États membres le choix entre trois options pour dissocier les activités des opérateurs des réseaux de transport : dissociation totale de la propriété[170], gestionnaire de réseau indépendant[171] ou gestionnaire de transport indépendant[172]. (Ces trois options sont décrites en détail plus haut, dans la partie du présent rapport consacrée aux évolutions intervenues dans le secteur du gaz naturel de l'UE). Comme dans le secteur du gaz, la troisième directive sur l'électricité maintient l'obligation de dissociation juridique des gestionnaires de réseaux de distribution[173]. Elle contient aussi des dispositions spéciales en matière d'interconnexion et d'ajustement, requérant une absence de discrimination dans la répartition des capacités d'interconnexion, l'application des règles d'ajustement et la fourniture de services d'ajustement[174].

167 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, voir note 82. On trouvera une analyse plus détaillée des propositions initiales de la Commission en ce qui concerne la réforme des secteurs de l'électricité et du gaz naturel dans la partie du présent rapport qui passe en revue les évolutions intervenues dans le secteur du gaz, ainsi qu'une description des options de dissociation figurant dans les troisièmes directives sur l'énergie, telles qu'elles ont finalement été promulguées par le Conseil et le Parlement européen.

168 *Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, voir note 85.

169 Troisième directive sur l'électricité (2009/72/CE), voir note 93 pour le titre complet.

170 Troisième directive sur l'électricité, article 9.

171 Troisième directive sur l'électricité, articles 9(8) et 13.

172 Troisième directive sur l'électricité, articles 9(8) et chapitre V.

173 Troisième directive sur l'électricité, article 26.

174 Troisième directive sur l'électricité, article 15.

4.4.1 Application du droit de la concurrence

L'application du droit de la concurrence dans le secteur de l'électricité constitue le second volet de la stratégie retenue par la Commission pour améliorer le fonctionnement des marchés de l'énergie au sein de l'UE — l'ouverture des marchés par la voie réglementaire en étant l'autre volet. Les points ci-après résument les activités de la Commission en matière d'application du droit de la concurrence dans le secteur de l'électricité, lesquelles prennent principalement la forme de recours en vertu des règles de contrôle des concentrations et de mesures structurelles et comportementales prises par les entreprises dominantes en vertu de la procédure d'engagements, afin de remédier aux problèmes de concurrence mis en évidence au cours d'enquêtes antitrust.

- En mars 2010, la Commission a accepté les engagements d'*EDF*, opérateur historique français intégré verticalement, concernant les contrats de celui-ci avec les grands clients industriels[175]. La Commission avait exprimé la crainte que la portée, la durée et le caractère exclusif de ces contrats, joints aux restrictions concernant la revente d'électricité par les clients industriels, ne constituent un abus de position dominante de la part d'EDF, dans la mesure où ils verrouillaient ce segment du marché de l'électricité en France. Pour répondre à ces préoccupations, EDF s'est engagé à ce que : i) au moins 60 % et en moyenne 65 % des volumes d'électricité fournie aux grands clients industriels soient remis en concurrence chaque année civile ; ii) la durée maximum des nouveaux contrats avec les grands clients industriels ne dépasse pas cinq ans ; iii) les clients industriels se voient offrir l'option de contrats non exclusifs ; iv) les restrictions à la revente soient supprimées de tous les contrats avec les clients industriels.

- Dans sa décision de non-opposition à l'opération de concentration *Vattenfall/Nuon Energy*[176], la Commission a approuvé sous certaines conditions l'acquisition de l'entreprise néerlandaise *N.V. Nuon Energy* — exerçant ses activités sur les marchés de l'électricité et du gaz aux

175 Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/39.386 – *Contrats long terme France*).

176 Procédure concentrations, Décision article 6 (1) (b) en liaison avec l'article 6(2), 22 juin 2009, Affaire COMP/M.5496 – *Vattenfall/Nuon Energy* (C(2009) 5111).

Pays-Bas, ainsi que certaines activités en Allemagne et en Belgique — par *Vattenfall AB*, opérateur historique appartenant à l'État suédois, intégré verticalement, qui exerçait aussi des activités dans le secteur de l'électricité en Allemagne, en Finlande, au Danemark et en Pologne[177]. La concentration a été approuvée sous réserve que *Nuon Energy* se désengage de ses activités de détail à Berlin et Hambourg, marchés dont les deux parties détenaient des parts importantes avant la concentration. Il a également été entendu que *Vattenfall* cèderait son activité de transport d'électricité en Allemagne, ce qui a effectivement eu lieu en mars 2010.

- Dans la décision d'engagements *Interconnexions suédoises*[178], le gestionnaire public de transport d'électricité suédois *Svenska Kraftnät* (SvK) s'est engagé à subdiviser le réseau suédois en deux zones d'enchères ou plus à compter du 1er novembre. SvK s'est aussi engagé à construire et à exploiter une nouvelle ligne de transport de 400 kV sur une partie du réseau qui ne pouvait être exploitée de façon efficace au moyen d'un système de zones d'enchères. Les engagements ont été pris par SvK pour répondre aux préoccupations exprimées par la Commission quant à la limitation présumée de la capacité d'interconnexion suédoise, également exploitée par SvK, qui pouvait ainsi restreindre les exportations et donc maintenir les prix de l'électricité à un niveau artificiellement bas en Suède alors qu'ils atteindraient un niveau artificiellement élevé au Danemark, pays voisin.

177 *Vattenfall* a acquis une participation de 49 % et le contrôle opérationnel de *Nuon Energy* en 2009, et portera sa participation à 100 % d'ici à 2015.

178 Décision de la Commission du 14 avril 2010 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire 39.351 – *Interconnexions suédoises*).

4.4.2 Décision d'engagements E.ON[179]

La décision d'engagements *E.ON* relative aux marchés de gros et d'équilibrage allemands de l'électricité représente sans doute l'application la plus étendue à ce jour des pouvoirs de la Commission en matière de droit de la concurrence dans le secteur de l'électricité. Elle concerne deux segments du secteur de l'électricité allemand dans lesquels l'entreprise allemande intégrée verticalement, *E.ON AG*, exerçait ses activités :

- Sur le *marché de gros de l'électricité*, la Commission a estimé, dans son évaluation préliminaire, qu'*E.ON* détenait collectivement une position dominante avec *RWE* et *Vattenfall Europe*. Sur ce marché, la Commission craignait qu'*E.ON* ne mène une stratégie visant à limiter ou à réduire la capacité de production sur le court terme et à dissuader des tiers d'investir dans des capacités de production, ce qui aurait eu pour effet dans les deux cas de faire monter les prix de gros de l'électricité et, en définitive, les prix de détail.

- Sur le *marché secondaire d'équilibrage* en Allemagne, la Commission a estimé, dans son évaluation préliminaire, qu'*E.ON* détenait une position dominante dans la zone desservie par son réseau de transport, où le gestionnaire du réseau de transport (*E.ON Netz*, filiale d'*E.ON*) se comportait comme un monopsone. Sur ce marché, la Commission craignait qu'*E.ON Netz* n'achète systématiquement des services d'équilibrage à d'autres filiales d'*E.ON* plutôt que des services d'un prix plus compétitif offerts par d'autres entreprises, et qu'*E.ON Netz* n'empêche l'importation de services d'équilibrage en provenance d'autres États membres en refusant la préqualification des producteurs concernés.

Bien que ne reconnaissant pas les infractions présumées aux règles de concurrence de l'UE figurant dans l'évaluation préliminaire de la Commission,

179 Décision de la Commission du 26 novembre 2008 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaires COMP/39.388 – *Marché de gros de l'électricité en Allemagne* et COMP/39.389 – *Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne*). On trouvera une analyse documentée de ces affaires dans P. Hellström, F. Maier-Rigaud et F. Wenzel Bulst, "Remedies in European Antitrust Law" (2009) 76 *Antitrust law Journal* 43 et dans P. Chauve, M. Godfried, K. Kovács, G. Langus, K. Nagy et S. Siebert "The E.ON electricity cases: an antitrust decision with structural remedies" *EU Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2009, pp. 51-54.

E.ON a proposé une série d'engagements destinés à répondre aux préoccupations exprimées par celle-ci : i) cession de capacités de production importantes en Allemagne à une entreprise indépendante d'*E.ON* et sans lien avec celui-ci ; ii) cession de ses activités de transport en Allemagne, à savoir le réseau, la gestion du réseau dans la zone desservie par *E.ON* et les activités connexes, à un acheteur n'ayant pas d'intérêts dans la production ou la fourniture d'électricité (obligation de dissociation) ; enfin, iii) *E.ON* s'est engagé à ne pas se porter acquéreur de la capacité de production ou du réseau cédés pendant une période de 10 ans. À la suite d'un test de compatibilité avec le marché, la Commission a considéré que ces engagements étaient suffisants pour répondre aux préoccupations qu'elle avait exprimées et a décidé de leur donner effet le 26 novembre 2008.

En 2009, le réseau de transport à très haute tension d'*E.ON* a été dissocié d'*E.ON Netz* pour former *Transpower Stromübertragungs GmbH*. Cette entreprise a été cédée à *TenneT*, entreprise publique propriétaire et gestionnaire du réseau néerlandais qui n'exerce ses activités que dans ce segment du marché de l'électricité, à compter du 31 décembre 2009[180], au terme d'une transaction approuvée par la Commission en vertu des règles de contrôle des concentrations[181]. En janvier 2010, *E.ON* avait « pratiquement achevé » de céder, conformément à ses engagements, 5 000 MW de capacité de production à des entreprises comme *Statkraft* (Norvège), *Electrabel* (Belgique) et *Verbund* (Autriche)[182].

4.4.3 Aides d'État

Le secteur de l'électricité de l'UE a aussi été le théâtre de nombreuses procédures ouvertes par la Commission à l'encontre d'États membres en vertu des règles relatives aux aides d'État (articles 107 à 109 du TFUE). Deux exemples peuvent être cités à cet égard :

180 Communiqué de presse d'E.ON, *E.ON sells its extra high-voltage transmission network*, 10 novembre 2009, voir www.eon.com. Voir également *Bloomberg*, "E.ON Sells Electricity Network to Tennet to End Probe", 10 novembre 2009.

181 Procédure concentrations, Décision article 6 (1) (b), 4 février 2010, Affaire COMP/M.5707 - *TenneT/ E.ON* (C(2010)850).

182 Communiqué de presse d'E.ON, *E.ON virtually completes divestment of 5,000 MW generation capacity in Germany*, 5 janvier 2010.

- *Accords d'achat d'électricité de la Pologne*[183]. Dans cette décision, la Commission a considéré que les accords d'achat d'électricité à long terme en vertu desquels la Pologne s'est engagée à acheter un volume minimum d'électricité provenant de centrales nouvelles ou récemment modernisées constituaient des aides d'État non déclarées et illégales. Ces accords faisaient partie d'un programme lancé par les autorités polonaises au milieu des années 90 dans le but de moderniser le secteur de l'électricité polonais, en encourageant notamment l'investissement. La Pologne a été obligée de mettre fin auxdits accords, mais autorisée à verser aux producteurs des compensations appropriées pour couvrir leurs coûts échoués. Une affaire similaire a concerné la Hongrie, qui a également été obligée de mettre fin à ses accords d'achat d'électricité avec des producteurs, tout en étant autorisée à leur verser des compensations pour couvrir leurs coûts échoués légitimes[184].

- Enquêtes en cours de la Commission sur les tarifs réglementés de l'électricité en France[185] et en Espagne[186], pouvant entraîner des distorsions du marché assimilables à des aides d'État.

---

183 Décision de la Commission du 25 septembre 2007 concernant l'aide d'État accordée par la Pologne dans le cadre d'accords d'achat d'électricité à long terme et l'aide d'État que la Pologne prévoit d'accorder dans le cadre de compensations versées en cas de résiliation volontaire d'un accord d'achat d'électricité à long terme (2009/287CE) (OJ L83/1, 28.03.2009).

184 Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/08/850 *Aides d'État : la Commission demande à la Hongrie de mettre fin aux contrats d'achat d'électricité à long terme et de récupérer les aides d'État octroyées aux producteurs d'électricité*, 4 juin 2008. La version non confidentielle de la décision n'était pas encore publiée en février 2011.

185 Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/09/376 *Aides d'État : la Commission étend son enquête sur les tarifs réglementés de l'électricité en France*, 10 mars 2009. Voir également Aides d'État C 17/07 (ex NN 19/07) Tarifs réglementés de l'électricité en France — Extension de la procédure : Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE (2009/C 96/08) (OJ C96/18, 25.04.2009). L'enquête se poursuivait en février 2011.

186 Voir Aide d'État C 3/07 (ex NN 66/06) — Tarifs réglementés de l'électricité en Espagne — Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE (2007/C 43/10) (OJ C43/9, 27.02.2007). Cette enquête se poursuivait en février 2011.

4.5 Le secteur de l'électricité en Finlande

En janvier 2011, les autorités finlandaises ont annoncé leur intention d'acquérir une partie du capital du gestionnaire du réseau de transport d'électricité de la Finlande, *Fingrid Oyj*. À l'issue de cette transaction, la participation de l'État dans *Fingrid* passera de 12 % à 53.1 %, si bien que la propriété du réseau de transport sera intégralement dissociée de la production d'électricité[187]. Cette opération est conforme aux dispositions de la troisième directive sur l'électricité.

4.6 Le secteur de l'électricité en Allemagne

L'Allemagne a toujours ouvertement critiqué le projet de l'UE d'imposer une dissociation des structures de propriété dans les secteurs du gaz et de l'électricité, et elle a choisi de mettre en œuvre la troisième directive sur l'électricité en retenant la moins rigoureuse des trois options, à savoir le modèle du gestionnaire de transport indépendant[188]. Néanmoins, en dépit de l'opposition du gouvernement allemand à une dissociation intégrale du transport d'électricité, deux des quatre grandes entreprises allemandes intégrées verticalement ont cédé la propriété de leurs réseaux de transport, et une troisième envisagerait de céder en partie au moins son réseau de transport d'électricité[189].

En mars 2010, *Vattenfall AB*, compagnie d'électricité intégrée verticalement exerçant principalement ses activités en Europe du nord, a annoncé la vente de sa filiale *50Hertz Transmission GmbH*, gestionnaire d'un réseau régional de transport en Allemagne. *50Hertz Transmission* détient, exploite, développe et entretient les réseaux électriques des *Länder* de Berlin, Brandebourg, Hambourg, Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, Saxe, Saxe-Anhalt et Thuringe[190]. Le gestionnaire de réseau de transport belge *Elia* a acquis

187 Pour de plus amples informations sur *Fingrid*, voir www.fingrid.fi. Voir également *Utility Week*, "Fortnum Reaches Deal on Fingrid Sale", 2 février 2011, www.utilityweek.co.uk.

188 Voir *EurActiv*, « Huit États membres, opposés à la séparation, proposent une troisième voie », 1er février 2008, www.euractiv.com, pour de plus amples détails concernant les divergences entre États membres au sujet de la séparation.

189 Voir, par exemple, *The Times*, "E.ON riles Germany's Government with EU pact to sell power grid", 28 février 2008.

190 Pour de plus amples informations sur *50Hertz Transmission*, voir www.50hertz-transmission.net.

60 % du capital de *50Hertz Transmission* au terme de cette transaction, tandis que *Industry Funds Management*, groupe international gestionnaire d'investissements d'infrastructure, reprenait les 40 % restants. Les acquéreurs se sont engagés à mener à bien les projets d'investissement de *Vattenfall* dans la région, notamment dans le domaine de la capacité d'interconnexion, et l'opération a été présentée comme une avancée dans la voie de la réalisation d'un réseau électrique paneuropéen[191]. La transaction a été achevée le 19 mai 2010.

Ainsi qu'on l'a noté précédemment, conformément à la décision relative aux engagements d'*E.ON* vis-à-vis de la Commission européenne[192], ce groupe a cédé, fin 2009, son réseau à très haute tension en Allemagne. Le nouveau propriétaire du réseau, *TenneT B.V.*, est uniquement propriétaire et gestionnaire d'infrastructures aux Pays-Bas et, maintenant, en Allemagne[193].

En octobre 2010, selon certaines informations, *RWE* envisageait de céder jusqu'à 75 % du capital de son réseau allemand de transport d'électricité, *Amprion*, à une société qui ne serait pas en concurrence avec *RWE* dans le domaine de la production ou du transport d'électricité, per exemple un investisseur financier. En vertu de ce projet, *RWE* conserverait *Amprion* comme division du groupe et resterait gestionnaire de ses infrastructures de transport[194].

4.7 Le secteur de l'électricité en Grèce

Le réseau de transport de l'électricité de la Grèce continentale est exploité depuis 2001 par *HTSO SA*[195], société appartenant à l'État (51 %) et à *PPC SA* (49 %), ancien monopole intégré verticalement du secteur de l'électricité en Grèce[196]. *PPC SA* a conservé la propriété du réseau de transport sur le continent et, en outre, les réseaux de transport des îles non interconnectées et les réseaux de distribution de la Grèce continentale et des îles non interconnectées sont également détenus et exploités par *PPC SA*. Des règles de séparation comptable

191 Communiqué conjoint de Vattenfall et Elia, *Elia and IFM to acquire the German Transmission System Operator 50Hertz Transmission from Vattenfall*, 12 mars 2010, www.vattenfall.com.

192 Voir note 179 pour le titre complet.

193 Pour de plus amples informations sur *TenneT B.V.*, voir www.tennet.org.

194 *Bloomberg*, "RWE Is Said to Consider Sale of Stake in German Power Transmission Network", 6 octobre 2010, www.bloomberg.com.

195 Pour de plus amples informations sur *HTSO SA*, voir www.desmie.gr.

196 Pour de plus amples informations sur *PPC SA*, voir www.dei.gr.

sont appliquées depuis 2005 pour les différentes activités commerciales de *PPC SA*.

La Grèce envisage d'adopter le modèle du gestionnaire de transport indépendant pour son système de transport de l'électricité en vertu de dispositions législatives en cours de rédaction dans la perspective de la mise en œuvre du troisième paquet énergie de l'UE. Une filiale à 100 % de *PPC SA* sera propriétaire et exploitante du réseau de transport. Les fonctions commerciales, actuellement regroupées avec *HTSO SA*, seront confiées à un opérateur indépendant. Les infrastructures du réseau de distribution resteront entre les mains de *PPC SA*, tandis que la gestion des réseaux de distribution (sur le continent et sur les îles qui ne sont pas interconnectées) sera placée sous la responsabilité d'une autre filiale à 100 % de *PPC SA*, distincte du propriétaire/gestionnaire du réseau de transport.

4.8 Le secteur de l'électricité en Irlande

La libéralisation du secteur de l'électricité en Irlande s'est opérée sous l'impulsion des règles du droit européen énoncées dans les diverses directives sur l'électricité. L'opérateur public historique, à savoir l'*Electricity Supply Board* (ESB), continue de produire et de distribuer de l'électricité, mais a l'obligation d'établir une séparation entre ses diverses activités. L'ESB remplit la fonction de gestionnaire juridiquement indépendant pour le réseau électrique de l'Irlande, sous la supervision de l'autorité publique de régulation de l'énergie, la CER. Il fournit par ailleurs des services de comptage et de gestion de données à tous les fournisseurs et clients sur le marché de détail[197]. Les prix de détail facturés par l'ESB en sa qualité de prestataire de service universel sont réglementés par la CER, mais aucun autre fournisseur sur le marché de détail n'est soumis à une réglementation des prix[198]. Une autre compagnie commerciale d'électricité contrôlée par l'État, *EirGrid*, assure la gestion du système de transport d'électricité, ainsi que celle du système de transport d'Irlande du Nord et du marché unifié de l'électricité de l'île d'Irlande[199].

Le marché de détail est totalement ouvert à la concurrence depuis 2005. En février 2009, l'opérateur public historique du secteur du gaz naturel, *Bord Gáis*, est entré sur le marché intérieur de l'électricité, garantissant à ses clients des tarifs inférieurs aux tarifs réglementés pratiqués par l'ESB, ainsi que des

197 Pour de plus amples informations sur l'ESB, voir www.esb.ie.

198 Pour de plus amples informations sur la CER et ses fonctions de réglementation, voir www.cer.ie.

199 Pour de plus amples informations sur *EirGrid*, voir www.eirgrid.com.

abonnements couplés pour le gaz et l'électricité[200]. En mai 2010, la clientèle de *Bord Gáis* comprenait 350 000 utilisateurs d'électricité en plus de ses 650 000 abonnés au gaz[201].

4.9 Le secteur de l'électricité en Israël

En Israël, le secteur de l'électricité est encore intégré verticalement, avec une seule entreprise publique — *Israel Electric Company* — qui assure pratiquement l'intégralité de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture au consommateur final dans tout le pays[202]. En 2003, le gouvernement israélien a annoncé son intention de mettre en place une structure plus concurrentielle, objectif qu'il a réaffirmé en 2006. Les réformes proposées se traduiraient par la déréglementation et la privatisation de la production et du marché de détail, tandis que le transport et la distribution resteraient réglementés afin d'assurer un accès ouvert à tous les utilisateurs finals[203]. Cependant, la libéralisation du marché n'a pas encore été réalisée.

4.10 Le secteur de l'électricité en Italie

Avant la libéralisation, qui a commencé en 1999 conformément à la première directive sur l'électricité, le secteur de l'électricité italien était dominé par une compagnie publique intégrée verticalement, *ENEL*, qui était responsable de l'ensemble des activités de production, de transport, de distribution et de fourniture d'électricité au consommateur final dans tout le pays.

En 1999, le marché de gros de l'électricité a été libéralisé et le monopole d'*ENEL* dans le secteur de la production a été démantelé. La cession par *ENEL* d'une partie de ses unités de production a permis la création de trois nouvelles entreprises de production. Par ailleurs, afin de réduire la présence de l'opérateur public historique, la concentration a été plafonnée en amont, sur les marchés de production, un seul opérateur ne pouvant contrôler plus de 50 % de la capacité de production et d'importation.

---

200 *Irish Times*, "Bord Gáis Entry into Electricity Market Welcomed", 18 février 2009.

201 Communiqué de presse de Bord Gáis, *Bord Gáis Energy Celebrates its One Million Customers by Launching the Community Energy Fund*, 5 mai 2010.

202 Pour de plus amples informations sur *Israel Electric Company*, voir www.israel-electric.co.il.

203 Voir A. Tishlera, J. Newmanb, I. Spektermanb et C.K. Woo, "Assessing the options for a competitive electricity market in Israel" (2008) 16(1) *Utilities Policy* 21.

En 1999, le législateur a aussi institué la séparation juridique de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture d'électricité au consommateur final, ainsi qu'un modèle de gestionnaire indépendant pour le réseau de transport. L'application de ce modèle a imposé la séparation entre la propriété et la gestion du réseau national de transport. En particulier, *ENEL* a indirectement conservé la propriété du réseau de transport, par le biais de sa filiale à 100 % *TERNA*, tandis que la gestion du réseau de transport a été confiée à *GRTN* (gestionnaire indépendant), dont le Trésor est l'unique actionnaire. En conséquence, *TERNA* a géré et développé le réseau conformément aux directives de *GRTN*.

Cela étant, le modèle du gestionnaire de réseau indépendant s'est révélé inadapté pour encourager l'investissement dans le réseau de transport italien ; en septembre 2003, une panne d'électricité de grande ampleur — touchant la totalité du territoire national — a montré à l'évidence que le système était inadapté[204]. Par ailleurs, les activités de coordination entre *TERNA* et *GRTN* se sont révélées excessivement lourdes.

Compte tenu des inconvénients du modèle de gestionnaire de réseau indépendant, le législateur a décidé en 2003 de réunifier la propriété et le contrôle du réseau de transport au sein de *TERNA*. À la suite de cette décision, *ENEL* a cédé l'intégralité de *TERNA* en 2005, en adoptant une procédure de dissociation particulière en vertu de laquelle l'ancien monopole du secteur de l'électricité, intégré verticalement, a transféré sa participation de contrôle dans *TERNA* à la *CASSA DEPOSITI E PRESTITI*, détenue majoritairement par l'État[205].

4.11 Le secteur de l'électricité au Mexique

Au Mexique, la production, le transport, la fourniture et la distribution d'électricité sont encore globalement des monopoles publics, relevant d'une seule entreprise publique formée en 2009 par le regroupement de la Commission fédérale de l'électricité, qui fournissait 80 % de l'électricité du pays, et *Luz y Fuerza del Centro*, qui n'exerçait ses activités que dans le centre du pays et fournissait les 20 % restants. Une modification apportée en 1992 à la législation mexicaine relative à l'énergie a cependant autorisé les investissements privés dans la production. C'est ainsi que sont entrés sur le

204 Voir OCDE, *Projet de rapport sur la recommandation concernant la séparation structurelle* (2006), pp. 15-16, pour une analyse plus approfondie de la panne de 2003, notamment des résultats de l'enquête sur ses causes.

205 Pour de plus amples informations sur *TERNA*, voir www.terna.it.

marché de petits producteurs nationaux et de grands producteurs étrangers. Les producteurs privés doivent vendre leur électricité à la Commission fédérale de l'électricité qui en assure la distribution. Actuellement, un tiers environ de l'électricité produite au Mexique provient de producteurs privés, le reste étant produit par la compagnie nationale[206].

4.12 Le secteur de l'électricité en Nouvelle-Zélande

La loi de 1998 sur la réforme du secteur de l'électricité a institué la dissociation intégrale des structures de propriété entre le transport d'électricité, d'une part, et la production et la fourniture au consommateur final, de l'autre, mais des modifications apportées par la suite à la législation ont permis des dérogations aux obligations de séparation, notamment dans le cas des énergies renouvelables et de la production à petite échelle[207]. Il y a actuellement en Nouvelle-Zélande cinq principales sociétés de production d'électricité, qui assurent 92 % de la production nationale. Trois d'entre elles sont des entreprises publiques : *Genesis*, *Meridian* et *Mighty River Power*. Les deux autres sont des sociétés cotées appartenant en majorité au secteur privé : *Contact* et *TrustPower*, la plus petite. Les cinq entreprises exercent aussi des activités sur les marchés de gros et de détail, si bien qu'on les désigne sous le nom de *gentailers* (contraction de *generator* et de *retailer*)[208]. Les cinq principaux *gentailers* assurent la fourniture au consommateur final d'environ 96 % de l'électricité achetée sur le marché de gros, le reste étant acheté par un certain nombre de plus petits « détaillants »[209].

Le réseau de transport de l'électricité est détenu et exploité par *Transpower*, entreprise d'État[210]. Par ailleurs, la distribution est assurée par 28 entreprises (sociétés cotées, coopératives d'actionnaires, fiducies pour le développement des collectivités ou sociétés relevant des collectivités locales). En vertu des modifications apportées au régime de séparation structurelle

206 Voir Y. Cancino-Solórzanoa, E. Villicaña-Ortizb, A.J. Gutiérrez-Trashorrasb et J. Xiberta-Bernatb, "Electricity sector in Mexico: Current status. Contribution of renewable energy sources" (2010) 14 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 454.

207 Voir Electricity Industry Reform Amendment Acts de 2001, 2004 et 2008.

208 Commerce Commission, *Investigation into New Zealand Electricity Markets: Investigation Report*, 21 mai 2009, voir www.comcom.govt.nz, pp. 26-30.

209 *NZ Electricity Markets Investigation Report*, voir note 208, p. 39.

210 *NZ Electricity Markets Investigation Report*, voir note 208, p. 35.

institué par la loi de 1998, les sociétés de distribution ne sont pas autorisées à posséder des capacités de production ou à vendre la production de celles-ci[211].

En 2005, la *New Zealand Commerce Commission* a lancé une enquête sur les marchés de gros et de détail au niveau national en application de la partie 2 de la loi de 1986 sur le commerce[212], qui interdit certaines pratiques commerciales restrictives. Cette enquête a fait suite à un certain nombre de plaintes concernant le comportement de sociétés opérant sur ces marchés et aux préoccupations croissantes de l'opinion publique à propos de leur compétitivité. Le rapport final, publié en mai 2009, a conclu que les quatre principaux *gentailers* — *Contact*, *Genesis*, *Meridian* et *Mighty River Power* — détenaient chacun un pouvoir de marché non négligeable et en avaient fait usage : sur une période de six ans et demi, ils l'avaient mis à profit pour dégager des rentes estimées à un minimum de 4.3 milliards de dollars au total[213]. Néanmoins, le rapport n'a mis en évidence aucun comportement anticoncurrentiel de la part des *gentailers* contrevenant aux dispositions de la loi de 1986 sur le commerce. De plus, tout en reconnaissant que les règles en vigueur et la structure du marché posaient de sérieux problèmes, la *Commerce Commission* a estimé qu'il serait prématuré d'envisager l'institution d'une réglementation des prix dans le secteur, étant donné que la question était en cours d'examen au niveau de l'administration[214].

Cet examen, qui a commencé en avril 2009, avait pour objectif d'améliorer le fonctionnement du marché de l'électricité et de ses institutions et mécanismes de gouvernance afin d'optimiser la réalisation des objectifs des autorités pour le secteur de l'électricité[215]. Il a abouti à l'adoption par le gouvernement, en décembre 2009, de 29 mesures à mettre en œuvre pour améliorer le fonctionnement des marchés de l'électricité en Nouvelle-Zélande, consistant notamment à redistribuer les infrastructures de production entre les *gentailers* publics, à autoriser les entreprises de distribution d'électricité à assurer sa fourniture au consommateur final sous réserve de séparation juridique des

211 *NZ Electricity Markets Investigation Report*, voir note 208, p. 39.

212 Le Commerce Act 1986 est le principal texte de la Nouvelle-Zélande concernant le droit de la concurrence.

213 *NZ Electricity Markets Investigation Report*, voir note 208, p. 6.

214 *NZ Electricity Markets Investigation Report*, voir note 208, p. 12.

215 Voir communiqué de presse du ministre de l'Énergie et des Ressources naturelles, *Ministerial Review of Electricity Market*, 1er avril 2009, ainsi que *Terms of Reference for a Ministerial Review of Electricity Market Performance*, www.beehive.govt.nz.

diverses activités et de maintien de la séparation des structures de propriété des activités de distribution et de production, à standardiser davantage les tarifs et les règles commerciales applicables à l'utilisation du réseau, et à améliorer la réglementation en créant en particulier une nouvelle autorité de régulation du secteur[216]. Nombre de ces réformes sont intégrées à la loi de 2010 sur le secteur de l'électricité, promulguée le 5 octobre 2010, notamment en ce qui concerne la modification des règles relatives à la séparation structurelle destinée à permettre aux distributeurs d'assurer la fourniture au consommateur final, mais pas de se lancer dans la production à grande échelle[217]. La nouvelle autorité de régulation du marché de l'électricité néo-zélandais, l'*Electricity Authority*, a été mise en place le 1er novembre 2010[218].

En vertu des modifications apportées à la loi de 2008 sur le commerce, la *Commerce Commission* doit présenter des recommandations au gouvernement sur la réglementation qualité-prix la plus appropriée à appliquer à *Transpower*, gestionnaire du réseau électrique[219]. À l'issue d'un processus de consultation[220], la *Commerce Commission* a annoncé en décembre 2010 les exigences de qualité-prix et le plafond annuel de recettes à appliquer à *Transpower* à compter du 1er avril 2011[221].

---

216 Ministry of Economic Development, *Summary of Main Decisions: Ministerial Review into Electricity Market Performance*, 9 décembre 2009, www.med.govt.nz.

217 Voir Partie 3 de l'Electricity Industry Act 2010.

218 Pour de plus amples informations sur l'Electricity Authority, voir www.ea.govt.nz.

219 Commerce Commission, *Transpower Process and Recommendation Discussion Paper*, 19 juin 2009, voir www.comcom.govt.nz. Les réformes législatives ont fait suite à un accord administratif entre la *Commerce Commission* et *Transpower* en date du 13 mai 2008, relatif à ses besoins de recettes, à ses besoins de fonds propres et au respect des termes de l'accord de service lui confiant les fonctions de gestionnaire du système.

220 Voir, par exemple, Commerce Commission, *Individual Price-Quality Path (Transpower) Consultation Update Paper*, 9 novembre 2010, www.comcom.govt.nz.

221 Commerce Act (Transpower Individual Price-Quality Path) Determination 2010, Commerce Commission Decision No.714, du 22 décembre 2010. Voir également Commerce Commission, *Individual Price-Quality Path. Reasons Paper*, 23 décembre 2010. Voir www.comcom.govt.nz.

4.13 Le secteur de l'électricité aux Pays-Bas

Avant la libéralisation du secteur de l'électricité néerlandais, le marché était dominé par quatre compagnies régionales intégrées verticalement et ne se faisant pas concurrence, qui coopéraient dans le cadre de la société par actions *SEP*. Celle-ci a été dissoute en 2001[222], et le marché de l'électricité a été complètement libéralisé le 1er juillet 2004, conformément aux dispositions du droit communautaire, tous les clients individuels obtenant la possibilité de choisir librement leur propre fournisseur d'électricité. La séparation juridique des réseaux de fourniture et de distribution est devenue obligatoire à la même date[223]. La propriété de l'un des quatre producteurs régionaux, *Eneco*, est restée dans le secteur public, puisqu'elle a été répartie entre une soixantaine de communes[224]. Les trois autres producteurs ont été rachetés par des entreprises de service public étrangères : *Essent* fait désormais partie de l'énergéticien allemand *RWE AG*[225], *Oxxio* appartient au groupe énergétique britannique *Centrica*[226] et *Nuon* fait partie du groupe énergétique suédois *Vattenfall*[227].

Le réseau de transport est contrôlé par le holding public à structure séparée *TenneT Holding B.V*. *Tennet TSO, B.V.*, gestionnaire indépendant du réseau de transport, réglementé, en est une filiale, tandis que d'autres services liés au réseau de transport sont assurés par d'autres sociétés non réglementées faisant partie du groupe *TenneT*[228]. L'autorité publique de régulation du secteur de l'électricité est la Chambre de l'énergie (*Energiekamer*), qui relève de l'Autorité de la concurrence néerlandaise, la NMa[229].

---

222 Agence internationale de l'énergie (AIE), *The Netherlands: Energy Policy Review 2008*, p. 91.

223 AIE – *The Netherlands*, voir note 222, p. 92.

224 Pour de plus amples informations sur *Eneco*, voir www.eneco.nl.

225 Pour de plus amples informations sur *Essent*, voir www.essent.nl.

226 Pour de plus amples informations sur *Oxxio*, voir www.oxxiopers.nl. *Centrica* a toutefois déclaré envisager de céder ses activités aux Pays-Bas ; voir *Reuters*, "Centrica seeking Dutch Oxxio sale, buyers interested", 29 octobre 2009.

227 Pour de plus amples informations sur *Nuon*, voir www.nuon.com.

228 Pour de plus amples informations sur *TenneT*, voir www.tennet.org.

229 Pour de plus amples informations sur l'*Energiekamer*, voir : www.energiekamer.nl.

4.14 Le secteur de l'électricité au Portugal

Au Portugal, le gestionnaire du réseau de transport de l'électricité, *Rede Eléctrica Nacional* (REN), a fait l'objet d'une séparation juridique en 2000. Cependant, l'opérateur historique *EDP* a conservé, après privatisation, une participation de 30 % dans *REN*, le reste du capital étant détenu par l'État. Au début de 2007, *REN* a été converti en holding, *REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, SA*, et le réseau à haute tension a été transféré à une nouvelle entité au sein du groupe *REN, Rede Eléctrica Nacional*. (Le groupe *REN* assume aussi la fonction de gestionnaire du réseau de transport du gaz naturel, voir plus haut). La société a été ensuite privatisée à hauteur de 49.9 % et la part d'*EDP* a été ramenée à 5 %[230].

Conformément à la législation européenne, la distribution de l'électricité au Portugal a été juridiquement dissociée des activités de production, de transport et de fourniture. Néanmoins, le gestionnaire du réseau de distribution à moyenne tension, *EDP Distribuição*, qui s'est vu attribuer une concession publique de distribution pour 35 ans, reste détenu à 100 % par *EDP*. La distribution à basse tension est assurée par les opérateurs, dont *EDP*, en vertu de concessions publiques accordées pour une durée de 20 ans au niveau régional[231].

Le marché de détail de l'électricité du Portugal est totalement libéralisé depuis septembre 2006. Cependant, la concurrence au niveau de la fourniture au consommateur final ne s'est développée que lentement, en raison probablement de la structure de réglementation des tarifs de l'électricité au niveau national[232].

---

230 Agence internationale de l'énergie (AIE), *Portugal: Energy Policy Review 2009*, pp. 122-123. Pour de plus amples informations sur le groupe REN, voir www.ren.pt. Voir également P. Ferreira, M. Araújoa et M.E.J. O'Kelly, "An Overview of the Portuguese Electricity Market" (2007) 35 *Energy Policy* 1967.

231 AIE – *Portugal*, voir note 230, p. 116.

232 AIE – *Portugal*, voir note 230, p. 124. Pour le point de vue de la Commission européenne sur l'impact négatif des prix réglementés de l'énergie dans l'UE, voir *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité*, SEC(2009) 287, COM(2009) 115 final, 11 mars 2009, p. 15.

4.15 Le secteur de l'électricité en Suisse

En Suisse, le secteur de l'électricité est désormais réglementé, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LapEI) le 1er janvier 2008. La loi prévoyait une ouverture du marché en deux étapes, les grands consommateurs industriels pouvant choisir librement leur fournisseur à compter du 1er janvier 2009. L'ouverture totale du marché est prévue à partir de 2014, mais la réalisation de cette seconde étape devra faire l'objet d'un référendum facultatif[233].

La nouvelle loi stipule que la gestion du réseau de transport à haute tension doit être confiée à un opérateur indépendant. Dans cette perspective, les compagnies d'électricité suisses avaient créé *Swissgrid AG*, opérateur chargé de gérer le réseau, qui avait commencé à exercer ses activités en décembre 2006. En décembre 2008, *Swissgrid* a été officiellement confirmé comme gestionnaire du réseau national de transport de la Suisse[234]. *Swissgrid* demeure intégralement contrôlé par les huit compagnies d'électricité suisses[235].

Par ailleurs, la législation impose l'établissement d'une autorité de régulation nationale de l'électricité, chargée de veiller au respect de la loi, notamment ses dispositions concernant l'accès au réseau. À cette fin, le gouvernement helvétique a mis en place la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), autorité de régulation indépendante pour le secteur[236].

4.16 Le secteur de l'électricité en Slovénie

En 1991, le système électrique de la Slovénie, appartenant à l'État et intégré verticalement, a été scindé verticalement et horizontalement en huit sociétés indépendantes de production, un gestionnaire de réseau de transport et cinq compagnies régionales de distribution, l'État conservant une participation majoritaire dans chacun d'entre eux[237]. En 1999, dans la perspective de

233 Herbert Smith, *European Energy Review 2010: Switzerland*: www.herbertsmith.com, p. 132.

234 Herbert Smith – *Switzerland*, voir note 233, pp. 132-133.

235 Pour de plus amples informations sur *Swissgrid*, voir www.swissgrid.ch.

236 Herbert Smith – *Switzerland*, voir note 233, p. 133. Pour de plus amples informations sur ElCom, voir : www.elcom.admin.ch.

237 N. Hrovatin, "Restructuring the Slovenian Electricity Industry: The Benefits and Costs of Introducing the Electricity Market", (2001) 39(5) *Eastern European Economics* 6, p. 7.

l'adhésion à l'UE, la Slovénie a adopté une nouvelle loi sur l'énergie, prévoyant notamment la mise en place d'un système d'accès réglementé des tiers au réseau électrique, avec un régulateur indépendant chargé de réglementer les redevances d'accès[238]. Cette loi a été modifiée en 2004 de manière à prendre en compte la deuxième directive sur l'électricité : le marché a été ouvert à la concurrence, sauf dans le cas de la clientèle domestique, le 1er juillet 2004, puis pour l'ensemble de la clientèle le 1er juillet 2007[239]. Les sociétés publiques de production d'électricité ont été réorganisées et regroupées en 2001 afin de créer le plus grand groupe de production d'électricité de la Slovénie, *HSE*[240], et à nouveau en 2006, afin de créer un second groupe de production d'électricité, *GEN Energija*[241], l'objectif étant d'intensifier la concurrence sur le marché de l'électricité[242]. Bien qu'il ait été envisagé à une époque de privatiser les unités de production appartenant à l'État, ce projet n'a pas eu de suite ces dernières années[243]. En octobre 2010, il a été indiqué que le gouvernement slovène envisageait de regrouper *HSE* et *GEN Energija* afin d'accroître les investissements dans le secteur de l'électricité[244]. Un regroupement des entreprises de distribution a également été recommandé par certains commentateurs dans le but de permettre à celles-ci d'exploiter des économies d'échelle[245].

5. Évolution dans le secteur des télécommunications

La section ci-après donne un aperçu non exhaustif de l'évolution observée en matière de séparation structurelle et comportementale dans les télécommunications, tant dans l'Union européenne que dans les pays membres de l'OCDE. Bien que la Recommandation concerne principalement la séparation structurelle, l'évolution des comportements en matière de séparation

238 N. Hrovatin, R. Pittman et J. Zorić, "Organisation and Reforms of the Electricity Sector in Slovenia", (2009) 17 *Utilities Policy* 134, p. 135.

239 Hrovatin *et al*, voir note 238, p. 135.

240 Pour de plus amples informations sur *HSE*, voir www.hse.si.

241 Pour de plus amples informations sur *GEN Energija*, voir www.gen-energija.si.

242 Hrovatin *et al*, voir note 238, p. 137.

243 Horvatin *et al*, voir note 238, pp. 137-138.

244 *Financial Times*, "Energy: National Merger may be necessary for Regional Expansion", 11 novembre 2010.

245 Hrovatin *et al*, voir note 238, p. 137.

comptable et fonctionnelle, notamment, y est également examinée. Afin de ne mentionner que les évolutions les plus significatives, les pays ne sont pas tous cités.

5.1 Le secteur des télécommunications en Australie

Telstra, l'ancien monopole public des télécommunications, a été privatisé par étapes successives entre 1997 et 2006 en tant que société intégrée verticalement et horizontalement. Propriétaire du réseau de téléphonie fixe (câbles en cuivre), il permet à ses concurrents qui, en aval, visent le marché de détail d'accéder à son réseau et leur dispense des services de gros. Il possède aussi les plus grands réseaux de téléphonie mobile, le plus grand réseau hybride en câbles coaxiaux et fibres optiques et une participation de 50 % dans la plus grande chaîne de télévision payante d'Australie[246].

Depuis le 1er décembre 2006, *Telstra* est soumis à un régime de séparation opérationnelle l'obligeant à dissocier ses activités de gros, de détail et de services de réseau[247]. Pourtant, le gouvernement a exprimé l'avis suivant :

> *Le fait que Telstra ait intégré toutes les plates-formes de télécommunications nourrit depuis longtemps, chez un grand nombre de personnes, le soupçon que l'organisation actuelle des télécommunications lèse les consommateurs, les entreprises et l'économie en général.*[248]

Le gouvernement a proposé une double stratégie pour remédier à cette impression de concurrence imparfaite dans les télécommunications : construction par l'État d'un réseau national à haut débit et séparation structurelle de *Telstra*, soit volontaire, soit forcée si nécessaire.

Le *réseau national à haut débit (national broadband network* − NBN) a pour but de permettre à 93 % des bâtiments de bénéficier d'une infrastructure à

246 Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Telecommunications Legislation Amendment (Competition and Consumer Safeguards) Bill 2009.* Explanatory Memorandum, p. 7.

247 Le régime de séparation opérationnelle en place est décrit sur le site du Department of Broadband, Communications & the Digital Economy, www.archive.dcita.gov.au/2007/11/connect_australia/operational_separation.

248 Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Telecommunications Legislation Amendment (Competition and Consumer Safeguards) Bill 2009.* Explanatory Memorandum, p. 8.

haut débit par la fibre optique, à 4 % d'avoir un accès hertzien fixe et aux 3 % restants, les plus éloignés, de pouvoir utiliser un accès par satellite[249]. La finalité de ce projet est d'égaliser les conditions de la concurrence dans les services de téléphonie à haut débit, entre autres en construisant des infrastructures en cas de goulets d'étranglement et en offrant en gros un accès ouvert et un service équivalent à quiconque le désire de manière à éliminer les inconvénients de l'intégration verticale[250]. Le coût de ce projet est estimé à 43 milliards AUD, soit l'investissement le plus important jamais réalisé par le gouvernement fédéral dans une seule infrastructure. Il sera couvert dans un premier temps par des fonds publics en attendant un apport de capitaux privés[251]. Le projet NBN ne méconnaît pas le risque que soit créé un monopole de l'accès passif dans la majeure partie du territoire australien ; c'est pourquoi il recommande d'avancer prudemment, de telle sorte qu'une éventuelle privatisation ultérieure soit « *subordonnée à l'avènement d'une organisation saine de la branche* », et de « *veiller à ce que ne soit prise aucune décision prématurée quant aux objectifs de concurrence sur le long terme* »[252]. Une nouvelle société, *NBN Co.*, a été fondée pour construire et exploiter le réseau[253].

Quoique le projet NBN envisage la possibilité que *Telstra* n'y participe pas, *NBN Co.* et *Telstra* ont annoncé le 20 juin 2010 qu'ils avaient conclu un accord sur le NBN. Cet accord prévoit que *NBN Co.* réutilisera les infrastructures de *Telstra* dans la mesure du possible (puits, conduites et raccords en fibre, notamment) de manière à éviter les redondances inutiles et

249 Department of Broadband, Communications & the Digital Economy, *National Broadband Implementation Study*, 6 mai 2010.

250 *National Broadband Implementation Study*, voir note 249, p. 26. Voir également le Communiqué de presse du ministre des Télécommunications, des réseaux à large bande et de l'économie numérique, *NBN Legislation introduced to Parliament*, du 25 novembre 2010, annonçant la présentation au parlement d'un projet de loi visant à réglementer les activités du NBN en tant que « *réseau ouvert, de gros uniquement, servant à promouvoir la concurrence au niveau du marché de détail au profit des consommateurs australiens* ».

251 *National Broadband Implementation Study*, voir note 249, p. 38.

252 *National Broadband Implementation Study*, voir note 249, p. 45.

253 Communiqué de presse conjoint du Premier ministre, du Trésor, du ministre des Finances et de la déréglementation et du ministre des Télécommunications, des réseaux à large bande et de l'économie numérique, *New National Broadband Network*, 7 avril 2009.

que les clients des réseaux en cuivre et de la télévision payante de *Telstra* migreront graduellement vers le nouveau réseau entièrement en fibre optique[254].

Parallèlement à la construction du NBN, le gouvernement a fait part de son intention de proposer une loi incitant *Telstra* à opérer volontairement une séparation fonctionnelle de ses activités de gros et de détail, faute de quoi cette séparation lui sera imposée. Dans le cas où il refuserait de se soumettre à cette obligation, il serait privé de certaines fréquences hertziennes[255]. Ce projet de loi a été examiné en première lecture au Parlement et, lorsqu'il a annoncé l'accord entre *Telstra* et *NBN Co.* au sujet du NBN, le gouvernement a fait savoir qu'il comptait toujours faire adopter cette loi afin d'assurer « *une plus grande certitude dans la branche* »[256]. On ignore si les passages de la loi qui traitent de la séparation fonctionnelle seront conservés dans sa version définitive. Quoi qu'il en soit, l'accord du 20 juin 2010 fait suite à une garantie écrite du gouvernement selon laquelle *Telstra* conservera toutes ses fréquences si la transaction est conclue[257].

5.2 Le secteur des télécommunications au Chili

Au Chili, les télécommunications ont été dénationalisées il y a plus de vingt ans et la concurrence entre les différents modes de télécommunications est assez vive.[258] Quoique la concurrence s'exerce aussi au niveau des appels nationaux et internationaux, les opérateurs historiques de téléphonie fixe (à savoir *Telefonica CTC* dans la majeure partie du territoire et *Telsur* et *Telcoy* dans certaines zones méridionales) jouissent d'un pouvoir de marché

254 Communiqué de presse conjoint du Premier ministre, du Trésor, du ministre des Finances et de la déréglementation et du ministre des Télécommunications, des réseaux à large bande et de l'économie numérique, *Agreement between NBN Co. and Telstra on the rollout of the National Broadband Network*, 20 juin 2010.

255 Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Telecommunications Legislation Amendment (Competition and Consumer Safeguards) Bill 2009*.

256 Communiqué de presse conjoint du 20 juin 2010, voir note 254.

257 Communiqué de presse de Telstra, *Telstra signs Financial Heads of Agreement on NBN*, 20 juin 2010.

258 Latin American Competition Forum, 2009, Session IV: *Competition Issues in Telecommunications – Contribution from Chile (TDLC)*, www.oecd.org/competition/latinamerica, p. 1.

important[259]. Il a été indiqué en août 2010 que le gouvernement se proposait d'imposer par la voie législative la création d'une entreprise circonscrite aux infrastructures, l'exploitation du réseau étant découplée des services. L'exploitant louerait ses infrastructures à des tiers qui se cantonneraient aux prestations de services en aval[260].

5.3 Le secteur des télécommunications en Estonie

L'Estonie a transposé la réglementation de l'UE sur les télécommunications dans son droit national en adoptant la loi sur les communications électroniques, entrée en vigueur le 1er janvier 2005. Cette dernière prévoit, entre autres, que les entreprises disposant d'un pouvoir de marché significatif dans les télécommunications sont soumises à des obligations d'interconnexion et d'accès. En outre, la loi de 2005 donne aux autorités de régulation le pouvoir d'imposer une séparation comptable ou fonctionnelle dans certaines circonstances[261]. Néanmoins, peu d'utilisateurs optent pour le dégroupage de la boucle locale et les concurrents ont investi plus lourdement dans des plates-formes concurrentes telles que les technologies sans fil et le câble[262]. Le gouvernement a déclaré en décembre 2008 que la séparation fonctionnelle dans les télécommunications ne pouvait être employée qu'en dernier recours, c'est-à-dire s'il n'est pas possible d'atteindre les buts visés par des moyens moins onéreux[263]. Il a toutefois l'intention de soutenir la création d'un réseau national à large bande et à haut débit (projet *EstWin*) qui reliera les zones rurales au réseau en fibre optique existant et leur donnera accès aux services d'Internet à haut débit. Cette infrastructure sera ensuite mise à la disposition de tous les opérateurs aux mêmes conditions. En juillet 2010, la

259 OCDE, *Competition Law and Policy in Chile – A Peer Review* (2004), www.oecd.org/dataoecd/43/60/34823239.pdf.

260 Voir *Business News Americas*, « Government to encourage entrance of telecoms infrastructure operators – Chile », 12 août 2010.

261 Voir *International Comparative Legal Guide, Telecommunications Laws and Regulations 2010*, Chapter 16 : Estonia, www.iclg.co.uk.

262 KPMG, *Functional Separation in Central and Eastern Europe*, Advisory (2009), www.kpmg.com, pp. 28-29. Voir également Document de travail de la Commission européenne accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité social et au Comité des régions, *Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques (15e Rapport)*, 25 mai 2010 (COM(2010) 253).

263 Rapport KPMG, voir note 262, p. 34.

Commission européenne a approuvé l'investissement de l'État dans ce projet en vertu des règles européennes sur les aides d'État[264].

5.4 Le secteur des télécommunications dans l'Union européenne

Le droit européen des télécommunications n'impose pas la séparation fonctionnelle ou structurelle des sociétés verticalement intégrées. Cependant, la directive 2009/140/CE,[265] en vigueur depuis le 25 novembre 2009, modifie la directive « accès »[266] en prévoyant expressément la *possibilité* d'une séparation fonctionnelle comme remède aux insuffisances de la concurrence. Le nouvel article 13a(1) de la directive « accès » s'énonce comme suit :

> *Lorsque l'autorité réglementaire nationale conclut que les obligations appropriées imposées en vertu des articles 9 à 13 n'ont pas permis d'assurer une concurrence effective et que d'importants problèmes de concurrence et/ou défaillances du marché persistent en ce qui concerne la fourniture en gros de certains marchés de produits d'accès, elle peut, à titre de mesure exceptionnelle, conformément aux dispositions de l'article 8, paragraphe 3, deuxième alinéa, imposer à une entreprise verticalement intégrée l'obligation de confier ses activités de fourniture en gros des produits concernés à une entité économique fonctionnellement indépendante.*
>
> *Cette entité économique fournit des produits et services d'accès à toutes les entreprises, y compris aux autres entités économiques au sein de la société mère, aux mêmes échéances et conditions, y compris*

264 Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/10/975, *Aides d'État : la Commission autorise une aide d'État en faveur de l'Internet à haut débit en Estonie*, 20 juillet 2010.

265 Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (OJ L337/37, 18.12.2009).

266 Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès » (OJ L108/7, 24.4.2002).

en termes de tarif et de niveaux de service, et à l'aide des mêmes systèmes et procédés.[267]

Toute autorité de régulation nationale est tenue d'obtenir l'accord de la Commission européenne et de mener une analyse coordonnée des différents marchés relatifs à l'accès au réseau avant d'imposer une séparation fonctionnelle[268]. Même si l'on peut soutenir que l'article 8(3) de la directive « accès » dans sa rédaction actuelle donne déjà la possibilité d'imposer la séparation fonctionnelle[269], les modifications en donnent expressément la possibilité aux autorités de régulation nationales. Néanmoins, la directive 2009/140/CE insiste sur le fait que la séparation fonctionnelle ne doit être imposée qu'« *à titre de mesure exceptionnelle* »[270] et qu'il ne doit y être recouru que dans des « *circonstances exceptionnelles* »[271]. En particulier, son emploi ne doit pas nuire aux incitations à investir dans le réseau, avoir d'éventuels effets néfastes sur le bien-être des consommateurs ou faire obstacle à des mécanismes de coordination appropriés entre les différentes entités séparées pour garantir que les droits de la société mère, tant économiques que de surveillance de la gestion, soient protégés[272].

Toute entreprise de télécommunications verticalement intégrée et possédant un pouvoir de marché significatif qui souhaite mettre en œuvre un projet de séparation fonctionnelle ou de dissociation de la propriété des accès locaux à son réseau est dorénavant tenue d'en informer au préalable l'autorité de régulation nationale concernée. Cette autorité de régulation doit évaluer les

---

267 Directive 2009/140/CE, article 2(10).

268 Directive 2009/140/CE, article 2(10), insérant un nouvel article 13a(2)-(4) dans la directive « accès ».

269 Centre for European Policy Studies, *Achieving the Internal Market for E-Communications* (Bruxelles, 2008), p. 16. Néanmoins, le European Regulators Group, dans son *Opinion on Functional Separation* (ERG (07) 44) publiée en 2007, a considéré que la séparation fonctionnelle ne peut être envisagée comme correctif en vertu du cadre réglementaire sur les communications électroniques qui était alors en vigueur mais il a proposé que les autorités de régulation nationales puissent y recourir, « *à titre d'instrument supplémentaire* » (p. 9-10), dans le cas où les autres remèdes se sont révélés inappropriés pour mettre fin à un comportement discriminatoire.

270 Directive 2009/140/CE, article 2(10), insérant un nouvel article 13a(1) dans la directive « accès ».

271 Préambule de la directive 2009/140/CE, considérant (61).

272 Préambule de la directive 2009/140/CE, considérants (61) et (62)

effets de la transaction prévue et, s'il y a lieu, maintenir ou lever les obligations réglementaires imposées à l'entreprise ou lui en imposer de nouvelles[273].

Dans le secteur des télécommunications comme dans celui de l'énergie, la Commission a combiné les réformes législatives avec l'application de mesures antitrust pour contrer les pratiques anticoncurrentielles des sociétés verticalement intégrées. Deux décisions récentes, visant *Deutsche Telekom* et *Telefónica*, concernent le recours de ces sociétés verticalement intégrées à des pratiques tarifaires d'exclusion de manière à comprimer les marges de leurs concurrents. Dans l'affaire *Deutsche Telekom*[274], la Commission a découvert qu'en Allemagne l'opérateur historique, *Deutsche Telekom*, facturait aux intermédiaires, c'est-à-dire aux fournisseurs d'accès à Internet, des prix *de gros* supérieurs au prix *de détail* qu'elle appliquait à certains clients finals pour ses services à large bande. Ainsi, les concurrents de sa filiale spécialisée dans l'accès à Internet avaient des marges négatives même s'ils étaient aussi efficients que celle-ci en aval. De même, dans l'affaire *Telefónica*[275], la Commission a considéré que la marge entre le prix de détail facturé par l'opérateur hirstorique de télécommunications, *Telefónica*, et les tarifs qu'il appliquait pour la vente en gros de services d'accès à large bande, que ce soit à l'échelon national ou régional, était insuffisante pour couvrir les coûts qu'un opérateur efficient aurait encourus pour fournir des services d'accès à large bande. La Commission a infligé à *Telefónica* une amende de plus de 151 millions EUR pour sanctionner ce qu'elle tenait pour une violation très grave de l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFEU) sur l'abus de position dominante. Dans une troisième affaire, *Wanadoo Interactive*[276], la Commission a jugé que cette société de télécommunications verticalement intégrée avait abusé de sa

273 Directive 2009/140/CE, article 2(10), insérant un nouvel article 13b dans la directive « accès ».

274 Affaire COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — *Deutsche Telekom AG* (décision du 21 mai 2003) ; jugement confirmé en appel par le Tribunal de première instance (devenu le Tribunal général) dans l'Affaire T-271/03 Deutsche Telekom/Commission [2008] ECR II-477 et la Cour de justice des communautés européennes dans C-280/08 P *Deutsche Telekom/Commission européenne* (arrêt du 14 octobre 2010).

275 Affaire COMP/38.784 – *Wanadoo España/Telefónica* (décision du 4 juillet 2007) ; procédure d'appel en cours devant le Tribunal général dans T-336/07 *Telefónica et Telefónica de España/Commission européenne*.

276 Affaire COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive* (décision du 16 juillet 2003) ; jugement confirmé en appel dans les affaires T‑340/03 *France Télécom/Commission européennes* [2007] ECR II‑107 et C-202/07 P *France Télécom/Commission des Communautés européenne* [2009] ECR I-2369.

position dominante sur le marché français en appliquant aux services d'accès à large bande pour la clientèle de détail des prix d'éviction qui ne lui permettaient pas de couvrir ses coûts variables. Il convient de noter que dans le secteur des télécommunications, à la différence du secteur de l'énergie, les mesures correctives imposées ont un caractère comportemental, prenant la forme d'amendes et d'obligations de mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles.

5.5 Le secteur des télécommunications en Finlande

En vertu de l'article 89 de la loi finlandaise sur le marché des communications (393/2003)[277], l'Autorité finlandaise de régulation des communications peut obliger un opérateur de télécommunications disposant d'un pouvoir de marché important à opérer une séparation comptable, dissociant ses fonctions en matière d'attribution de droits d'accès et d'interconnexion de ses autres activités de service si cela est jugé nécessaire pour contrôler la tarification des droits d'accès et des interconnexions. Cette disposition a été largement utilisée dans plusieurs cas où des opérateurs disposaient d'un pouvoir de marché important.

5.6 Le secteur des télécommunications en Israël

En Israël, l'ancien monopole public des télécommunications, *Bezeq*, a maintenu ses services de téléphonie fixe dans sa structure verticalement intégrée[278]. En mars 2008, le Comité Gronau, auquel le ministre des Télécommunications avait commandé un rapport, a recommandé d'obliger *Bezeq* à dégrouper la boucle locale afin de rendre possible le développement d'un marché de gros pour la téléphonie fixe. Ce rapport juge la séparation structurelle entre réseau et services souhaitables mais non indispensable, si bien qu'il préconise qu'elle ne soit mise en œuvre que si, après dégroupage de la boucle locale, il s'avère que le comportement de *Bezeq* entrave le développement de la concurrence. Le comité recommande aussi de réduire les incertitudes juridiques en rendant le régime réglementaire plus prévisible de telle sorte qu'il existe des incitations suffisamment puissantes pour que l'opérateur historique investisse dans les réseaux de prochaine génération et que, à mesure que la concurrence s'intensifie dans le secteur, les restrictions sur le groupage de services qui ont été imposées à *Bezeq* soient levées[279]. Les

277 293/2003, www.finlex.fi.

278 Pour de plus amples informations sur *Bezeq*, voir www.bezeq.co.il.

279 *The Report of the Committee for Promotion of Competition in the Telecommunications Industry in Israel, Executive Summary*, mars 2008

préconisations du Rapport Gronau ont été acceptées en grande partie par le ministre des Télécommunications, y compris celles concernant le dégroupage de la boucle locale, en août 2008[280]. Il semble toutefois que la mise en œuvre du rapport ne progresse que lentement si bien que, en mai 2010, la libéralisation des télécommunications n'était pas encore effective en Israël[281].

On notera que l'interdiction d'offre de services groupés s'applique aussi au propriétaire du réseau câblé, *HOT*[282]. Le Rapport Gronau fait remarquer que, bien qu'Israël soit un des rares pays au monde où il existe deux infrastructures fixes (réseau de téléphone fixe et réseau câblé), l'évolution du marché a abouti à l'apparition d'un duopole, avec à la clef un rythme d'innovations et de modernisation plus lent[283].

5.7 Le secteur des télécommunications en Italie

En 2002, l'autorité italienne de régulation des télécommunications, l'AGCOM, a adopté la résolution 152/02/CONS, imposant sans ambiguïté une séparation à la fois comptable et fonctionnelle à l'opérateur historique de télécommunications, *Telecom Italia*. Conformément à cette résolution, les obligations de *Telecom Italia* en matière de séparation comptable ont été définies avec précision, tandis qu'une latitude beaucoup plus large lui était laissée pour la séparation opérationnelle[284]. En 2007, l'AGCOM a organisé une

(traduction en anglais non officielle), également désigné sous le nom de Rapport Gronau.

280 *The Report of the Committee for Promotion of Competition in the Telecommunications Industry in Israel, Ministerial Adoption*, avril 2008 (traduction en anglais non officielle).

281 Commission européenne, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication for the Commission to the European Parliament and the Council: Taking Stock of the European Neighbourhood Policy (ENP) – Progress Report Israel 2009* (document de travail des services de la Commission accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Dresser le bilan de la politique européenne de voisinage – Rapport de suivi Israël 2009), 12 mai 2010 (SEC(2010) 520), p. 15.

282 Pour de plus amples informations sur *HOT*, voir www.hot.net.il.

283 Rapport Gronau, voir note 279.

284 A. Nucciarelli et B.M. Sadowski, "The Italian way to functional separation: An assessment of background and criticalities" (2010) 34 *Telecommunications Policy* 384-391, p. 387.

consultation publique sur la séparation fonctionnelle et proposé une législation lui permettant d'imposer la séparation fonctionnelle aux sociétés disposant d'un pouvoir de marché significatif[285]. Tous les participants à la consultation, à l'exception de *Telecom Italia*, ont souligné un manque de concurrence persistant, en particulier dans les segments de l'accès à Internet et des services à large bande, en dépit de la séparation comptable mise en place.

C'est dans ce contexte que *Telecom Italia* a volontairement organisé sa séparation fonctionnelle en créant une entité séparée, *Open Access*, dont la mission est de fournir des services d'accès à Internet de nature et de qualité équivalentes à ce qu'offrait *Telecom Italia* dans les activités de gros et de détail[286]. Ce dispositif a été complété par plusieurs engagements volontaires de *Telecom Italia* envers l'AGCOM ayant pour finalité de garantir l'égalité de traitement entre *Telecom Italia* et ses concurrents dans les services d'accès sur le marché de gros. Ces engagements portent essentiellement sur son comportement. *Telecom Italia* s'est ainsi engagé, entre autres, à :

- Concevoir de nouvelles procédures pour gérer ses relations avec ses clients internes et externes ;

- Rédiger un code régissant le comportement du personnel d'*Open Access* et de sa division des ventes en gros et mettre en place des mécanismes l'incitant à respecter l'égalité de traitement : ainsi, les incitations sont liées aux objectifs d'*Open Access* et non aux performances globales de *Telecom Italia* ;

- Contrôler les performances en matière de fourniture de services d'accès dégroupés de manière à accroître la visibilité et la transparence ;

- Mettre sur pied un conseil indépendant qui aura pour mission de contrôler le respect de ces engagements, d'en rendre compte et de dispenser des conseils à cet égard, ainsi qu'une nouvelle instance de règlement des litiges relatifs à l'accès au réseau, qui jouera un rôle de médiateur entre les fournisseurs de manière à résoudre les problèmes opérationnels qui se posent en pratique ;

---

285 R. W. Crandall, J. A. Eisenach et R. E. Litan, "Vertical Separation of Telecommunications Networks: Evidence from Five Countries" (2010) 62(3) *Federal Communications Law Journal* 493-539, p. 515.

286 OCDE, *Next generation Networks and Market Structure: Outline*, DSTI/ICCP/CISP(2010)5, pp. 19-20.

- Rendre publiques les règles d'accès ;

- Adopter des règles de séparation comptable et de facturation de l'accès interne.

On peut grossièrement assimiler le degré d'équivalence des produits que doivent assurer ces engagements à une « équivalence de résultats ». Ainsi, les produits de gros réglementés que propose l'opérateur historique aux opérateurs alternatifs sont *comparables* à ceux qu'il fournit à sa division des ventes au détail sous l'angle de la fonctionnalité et des prix, mais ils peuvent être fournis au moyen de systèmes et procédures différents. Cependant, en pratique, un grand nombre des systèmes et procédures employés par les opérateurs alternatifs sont identiques à ceux de la division des ventes au détail de *Telecom Italia*.

Ces engagements, et le modèle de séparation fonctionnelle y afférent, ont été acceptés le 11 décembre 2008 par l'AGCOM aux termes de la résolution 718/08/CONS et publiés dans la *Gazetta Ufficiale* du 29 décembre 2008[287].

5.8 Le secteur des télécommunications en Nouvelle-Zélande

Le gouvernement néo-zélandais a lancé en novembre 2005 un état des lieux du secteur des télécommunications dans le pays en mettant l'accent sur le développement des services à large bande[288]. Le *Telecommunications Amendment Act*, qui s'appuie sur les conclusions de cette étude, a été voté en décembre 2006. Cette loi exige notamment une « séparation opérationnelle robuste » de l'ancien monopole public des télécommunications verticalement intégré, *Telecom New Zealand* (« *Telecom* »), qui doit être scindé en trois entités au moins, ayant respectivement pour fonction la fourniture de services d'accès locaux et aux clientèles de gros et de détail[289]. La séparation opérationnelle n'exige cependant pas une dissociation de la propriété des différentes entités issues de la scission[290]. La loi de 2006 assigne une triple finalité à la séparation opérationnelle de *Telecom* :

---

287 Nucciarelli et Sadowski, voir note 284, pp. 387-390.

288 Voir Ministry of Economic Development, *Stocktake Process, Stakeholder Input and Supporting Documents* (POL/1/27/10/2/1), 20 avril 2006.

289 Telecommunications Amendment Act (No 2) 2006, article 32, insérant une nouvelle Part 2A dans le Telecommunications Act 2001.

290 Nouvel article 69C du Telecommunications Act 2001.

(a) favoriser la concurrence sur le marché des télécommunications, qui doit durablement profiter aux utilisateurs finals des services de télécommunications en Nouvelle-Zélande ;

(b) exiger la transparence, l'absence de discrimination et l'équivalence de l'offre pour certains services de télécommunications ;

(c) faciliter des investissements efficients dans les infrastructures et services de télécommunications.[291]

Comme l'exige la loi de 2006, le ministre des Télécommunications et des Technologies de l'information a organisé une consultation publique pour évaluer les propositions de *Telecom* sur sa séparation opérationnelle.[292] Cette dernière a été mise en œuvre le 31 mars 2008 après que quelques modifications eurent été apportées au projet initial de *Telecom*[293]. Telecom s'articule à présent en cinq entités au contact de la clientèle : une entité fournissant à la clientèle de détail (particuliers et petites et moyennes entreprises) des services de téléphonie fixe et mobile et d'accès à Internet ; une entité séparée sur le plan opérationnel qui propose des produits de réseau de prochaine génération aux prestataires de services ; une entité séparée sur le plan opérationnel qui gère l'accès local au réseau de *Telecom* ; une unité spécialisée fournissant des services technologiques aux grands comptes et une filiale de droit australien fournissant des services de télécommunications en Australie.[294]

5.9 Le secteur des télécommunications en Pologne

À partir de 2007, l'autorité polonaise de régulation des télécommunications, à savoir le Président de l'Office des communications électroniques (*Urząd Komunikacji Elektronicznej* ou UKE), a commencé à étudier l'imposition de la séparation fonctionnelle aux activités de gros de l'opérateur historique verticalement intégré, *Telekomunikacja Polska S.A.*

291 Nouvel article 69A du Telecommunications Act 2001.

292 Voir Ministry of Economic Development, *Development of Requirements for the Operational Separation of Telecom. Consultation Document*, 5 avril 2007.

293 Communiqué de presse du ministre des Télécommunications et des Technologies de l'information, *Telecom Separation a Fact*, 31 mars 2008.

294 Pour de plus amples informations sur *Telecom New Zealand*, voir www.telecom.co.nz.

(*TP*)[295]. Cette solution a été temporairement jugée appropriée pour remédier à l'absence de concurrence effective dans les télécommunications en Pologne, sous l'effet des entraves persistantes à la concurrence de *TP*, qui faisait ainsi obstacle au développement de ses concurrents en aval. Un rapport demandé par le Président de l'UKE et paru à la fin de 2008 défendait l'idée selon laquelle la séparation fonctionnelle pouvait remédier efficacement au comportement anticoncurrentiel de *TP* à condition d'être complétée par les mesures réglementaires supplémentaires qui étaient nécessaires pour corriger les autres carences du marché[296].

Le Président de l'UKE a annoncé en janvier 2009 que, au vu des conclusions de ce rapport et de ceux qui l'avaient précédé, il envisageait d'imposer la séparation fonctionnelle à *TP* de manière à l'obliger à créer une unité distincte et indépendante pour les services de télécommunications en gros[297]. Les changements de structure et de comportement initialement proposés par *TP* sous la forme d'une « Charte d'équivalence » ont été rejetés par Président de l'UKE car insuffisants pour remédier aux déficiences de la concurrence[298]. En août 2009, le Président de l'UKE a lancé une consultation publique sur l'efficacité de la séparation fonctionnelle dans le cas de *TP*[299]. En septembre 2009, peu avant la clôture de la consultation publique, *TP* a remis au Président de l'UKE une nouvelle version de sa « Charte d'équivalence » visant à corriger les insuffisances de sa précédente proposition[300]. Les deux parties ont annoncé le 22 octobre 2009 un accord en vertu duquel *TP* s'est engagé à respecter ses obligations réglementaires existantes et à prendre diverses mesures

295 Communiqué de presse de l'UKE, *Is Functional Separation Necessary?*, 18 janvier 2008. Tous les communiqués de presse de l'UKE cités dans cette section sont disponibles en anglais sur le site www.en.uke.gov.pl.

296 Communiqué de presse de l'UKE, *The Report on Legitimacy of TP SA's separation*, 26 novembre 2008.

297 Communiqué de presse de l'UKE, *Functional Separation of TP*, 21 janvier 2009.

298 Communiqué de presse de l'UKE, *Summary of Consultations on the Charter of Equivalence*, 8 juillet 2009. Ce document présente une analyse détaillée des insuffisances de la proposition de séparation initiale de TP et des raisons pour lesquelles elle ne répondait pas aux préoccupations de l'autorité de régulation.

299 Communiqué de presse de l'UKE, *Consultations on the Appropriateness of Functional Separation of TP*, 24 août 2009.

300 Communiqué de presse de l'UKE, *The President of UKE gets new version of Charter of Equivalence from TP*, 11 septembre 2009.

destinées à garantir l'égalité de traitement entre tous les acteurs du marché. Elles comprenaient notamment l'engagement de scinder son activité de gros, de veiller à ce que son personnel ne se livre pas à des pratiques discriminatoires et de garantir la transparence. La séparation fonctionnelle impliquant la création d'une division totalement indépendante pour les activités de gros n'était cependant pas exigée en tant que telle. *TP* s'est engagé en outre à consacrer des investissements non négligeables à son réseau à large bande au cours des trois années suivantes[301].

En juillet 2010, le Président de l'UKE a lancé un nouveau processus de consultation des acteurs du marché afin d'apprécier si l'accord de 2009 avait permis de corriger les carences du marché mises en évidence auparavant, et notamment la nécessité d'assurer l'égalité de traitement, ou si, dans le cas contraire, il y avait lieu d'imposer une séparation fonctionnelle en bonne et due forme. Cette consultation doit déboucher sur la publication d'un rapport qui permettra à l'autorité de régulation de prendre une décision au sujet des mesures à mettre en œuvre[302].

En juin 2011, la Commission européenne a infligé à TP une amende de plus de 127 millions EUR pour abus de position dominante en violation de l'article 102 du TFUE. La Commission a, en particulier, condamné les efforts déployés par TP pour empêcher ou retarder l'entrée de concurrents sur le marché polonais du haut débit en leur refusant ou en leur compliquant l'accès à son réseau et à ses services en gros à large bande. L'abus proprement dit recouvrait plusieurs activités. « *TP proposait des conditions déraisonnables, retardait les processus de négociation, rejetait des commandes de manière injustifiable et refusait de fournir des informations fiables et exactes aux nouveaux opérateurs*. » La décision de la Commission lui impose en outre de mettre fin à ce comportement anticoncurrentiel, pour autant qu'elle ne l'ait pas déjà fait, et de ne plus se livrer à des pratiques identiques ou similaires à l'avenir[303].

301 Communiqué de presse de l'UKE, *The agreement between TP SA and the President of UKE*, 22 octobre 2009.

302 Communiqué de presse de l'UKE, *Invitation to the assessment of the functioning of the Agreement between TP and UKE*, 13 juillet 2010.

303 Voir Communiqué de presse de la Commission, IP/11/771 *Abus de position dominante: la Commission inflige une amende de 127 millions d'euro à Telekomunikacja Polska S.A*, publié le 22 juin 2011. Le texte intégral de la Décision n'a pas encore été publié.

5.10 Le secteur des télécommunications en Slovénie

La Slovénie, entrée dans l'Union européenne en 2004, est soumise aux exigences de la réglementation de l'UE sur les télécommunications[304]. Ce pays a institué à la fois le dégroupage de la boucle locale et l'accès de gros. Le gouvernement slovène estime toutefois que la séparation fonctionnelle est peu probable dans les télécommunications étant donné que la concurrence s'y est considérablement intensifiée depuis deux ans[305]. La séparation fonctionnelle est tenue pour une solution radicale qui ne saurait être envisagée qu'en tout dernier recours[306].

5.11 Le secteur des télécommunications en Suède

La séparation fonctionnelle à laquelle s'est pliée la société de télécommunications historique, *TeliaSonera*, a été qualifiée de « quasi-volontaire »[307]. En 2007, l'autorité de régulation des télécommunications suédoise, l'Agence des postes et des télécommunications (PTS), a été chargée par le gouvernement de réaliser une évaluation du secteur des télécommunications afin d'y renforcer la transparence et l'égalité de traitement. La PTS a proposé diverses réformes législatives, notamment la possibilité d'imposer la séparation fonctionnelle à *TeliaSonera*, au moins pour les actifs servant à l'accès à la boucle locale. À l'issue d'une consultation, ces propositions ont été adoptées par le Parlement et la loi conférant à la PTS le pouvoir d'imposer la séparation fonctionnelle est entrée en vigueur le 1er juillet 2008.

Cependant, parallèlement à la procédure législative, *TeliaSonera* a spontanément engagé sa séparation fonctionnelle en créant une filiale à 100 %, *Skanova Access AB*, le 1er janvier 2008. La principale mission de *Skanova* est de vendre en gros et aux mêmes conditions commerciales l'accès à la boucle de cuivre à tous les opérateurs présents sur le marché suédois, dont *TeliaSonera*.

304 On trouvera un examen des progrès accomplis par la Slovénie dans la mise en œuvre de ces exigences dans le Document de travail des services de la Commission européenne accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – *Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2009 (15e Rapport)*, 25 mai 2010 (COM(2010) 253).

305 Rapport KPMG, voir note 262, pp. 27-28.

306 Rapport KPMG, voir note 262, p. 33.

307 Rapport Berkman, voir note 18, p. 313.

La gestion du réseau en fibre optique de *TeliaSonera* a également été confiée à *Skanova*. *TeliaSonera*, qui s'est engagé à respecter la règle d'égalité de traitement entre tous les clients, a formé un Conseil de l'égalité de traitement pour l'accès où siègent des personnalités extérieures et qui a pour mission de contrôler l'égalité de traitement et d'en rendre compte[308]. La PTS a renoncé à imposer la séparation fonctionnelle à *TeliaSonera* en se prévalant de la législation en vigueur depuis juillet 2008, vraisemblablement parce que l'opérateur a répondu de lui-même à ses exigences.

5.12 Le secteur des télécommunications en Suisse

Bien que la séparation structurelle n'ait pas été imposée aux entreprises de télécommunications helvétiques et que le dégroupage de la boucle locale ne soit obligatoire que depuis 2007, ce secteur présente trois caractéristiques remarquables[309]. Premièrement, la concurrence intermodale dans l'accès aux réseaux à large bande est particulièrement vive en Suisse, les exploitants de réseaux câblés rivalisant avec l'ancien monopole public des télécommunications, *Swisscom*, qui propose une formule DSL. Deuxièmement, plusieurs petites sociétés de services publics ont aussi fait leur entrée sur le marché des services à large bande en investissant dans le « tout fibre » (*fibre-to-the-home* − FTTH). Aussi, en 2008, *Swisscom* a annoncé que lui aussi investirait dans son propre réseau de fibre optique jusqu'au domicile, chaque foyer étant raccordé par quatre fibres optiques. L'une de ces fibres sera utilisée par *Swisscom*, les trois autres pouvant être achetées ou louées par d'autres fournisseurs. *Swisscom* a d'ores et déjà conclu avec *Sunrise*, son concurrent le plus puissant, un accord couvrant la totalité du territoire national, en vertu duquel le second achètera les produits de gros du premier pour la fibre optique. Troisièmement, l'autorité suisse de régulation des télécommunications, la ComCom, a ouvert des discussions sur la fibre optique jusqu'au domicile (FTTH) dans le cadre d'une table ronde entre les acteurs du marché afin de coordonner les plans de développement des réseaux à large bande. Les participants se sont accordés en octobre 2009 sur des normes techniques communes pour la construction des réseaux en fibre optique de manière à permettre aux clients de changer facilement de fournisseur.

308 Rapport Berkman, voir note 18, pp. 312-313, et O. Teppayayon et E. Bohlin, "Functional Separation in Swedish Broadband Market: Next Step of Improving Competition" (2010) 34 *Telecommunications Policy*, pp. 375-383.

309 Rapport Berkman, voir note 18, pp. 314-324.

5.13 Le secteur des télécommunications au Royaume-Uni

L'Ofcom, autorité de régulation des télécommunications du Royaume-Uni, a accepté un ensemble d'engagements contraignants de l'opérateur historique du réseau de télécommunications verticalement intégré, *BT*, en septembre 2005[310]. L'opérateur avait proposé ces engagements, à savoir des mesures aussi bien comportementales que structurelles équivalant en fait à une séparation fonctionnelle de *BT*, en vertu des règles nationales de la concurrence, l'*Enterprise Act* 2002, plutôt que de la réglementation propre au secteur des télécommunications. Il s'engageait, entre autres, à dissocier ses fonctions de systèmes et de fourniture et à instaurer un régime d'égalité d'accès à son réseau pour la clientèle de gros. L'égalité d'accès comporte deux dimensions : premièrement, la fourniture de certains produits et services à la clientèle de gros « à intrants équivalents » (EOI) et, deuxièmement, la mise en place de nouveaux modes de gestion chez *BT* pour garantir l'équivalence au niveau des produits[311].

Le critère de l'équivalence des intrants signifie que *BT* doit consommer exactement les mêmes produits d'accès et de gros, aux mêmes conditions, que ses concurrents. C'est pourquoi il a dû mettre sur pied une nouvelle organisation pour la fourniture des services d'accès au réseau, *Openreach*, qui est organiquement séparée du reste du groupe *BT*, et scinder en outre son activité de prestation de services en amont, *BT Wholesale*. *BT* s'est engagé à refondre ses mécanismes de motivation du personnel (comme, par exemple, les primes et plans d'intéressement à long terme) de manière à faire en sorte que la totalité de la rémunération perçue à ce titre par ceux de ses salariés qui travaillent pour les divisions *Openreach* ou *BT Wholesale* dépende exclusivement des performances de la division qui les emploie, à savoir *Openreach* ou *BT Wholesale*. Au surplus, les salariés d'*Openreach* n'ont le droit de travailler pour d'autres divisions du groupe *BT* que si l'Ofcom les y autorise par écrit[312]. Ainsi, la séparation fonctionnelle que *BT* a mise en place conformément à ses engagements vise à produire les mêmes effets qu'une séparation juridique

310 On trouvera une description du processus et un examen des premières étapes de la mise en œuvre dans J. Whalley et P. Curwen, "Equality of access and local loop unbundling in the UK broadband telecommunications market" (2008) 25 *Telematics and Informatics* 280-291.

311 Ofcom, *Final statements on the Strategic Review of Telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise Act 2002*, 22 septembre 2005, paragraphe 4.9.

312 Ofcom, *Strategic Review*, voir note 311, Annexe A: *Undertakings given to Ofcom by BT pursuant to the Enterprise Act 2002*, en particulier les sections 5 et 6.

totale, mais sans toucher à la propriété du groupe. Un Conseil de l'équivalence des accès (*Equivalence of Access Board*), appuyé par une division administrative appelée Office de l'équivalence des accès (*Equivalence of Access Office*), a aussi été institué pour veiller au respect de ces objectifs, en rendre compte et conseiller *BT* sur les moyens de les atteindre. En outre, des dispositions ont été prises pour que les engagements de *BT* puissent être modifiés avec l'accord de l'Ofcom[313].

L'Ofcom a publié en mai 2009 un rapport sur la mise en œuvre du processus de séparation fonctionnelle de *BT* et ses résultats[314]. Il en ressort un bilan globalement positif à ce jour[315]. La transformation d'*Openreach* en société fonctionnellement indépendante est très avancée[316]. L'intensification de la concurrence dans les réseaux à large bande a apporté des avantages substantiels :

- Augmentation du pourcentage de clients souscrivant à de nouveaux services et forfaits ;
- Baisse des prix et amélioration du rapport qualité-prix ;
- Implication accrue des consommateurs dans les services de télécommunications fixes ;
- Augmentation de la fréquence des changements de fournisseur dans les services à large bande ;
- Niveau de satisfaction élevé chez les utilisateurs résidentiels de services à large bande, mais plus médiocre parmi les entreprises[317].

Parallèlement, les entreprises de télécommunications ont continué à consacrer des investissements non négligeables à la boucle locale, tandis que *BT* investissait dans le cœur de son réseau de prochaine génération[318]. D'un autre

313 Ofcom, *Strategic Review*, voir note 311, Annexe A: *Undertakings given to Ofcom by BT pursuant to the Enterprise Act 2002*, section 18.

314 Ofcom, *Impact of the Strategic Review of Telecoms, Implementation Review*, 29 mai 2009.

315 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, p. 3.

316 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, p. 46.

317 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, pp. 4-5.

318 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, pp. 6, 33-35.

côté, le rapport met en lumière des aspects moins brillants du processus de séparation, notamment la démarche suivie par *Openreach* pour la conception de produits et la manière dont il applique la séparation des systèmes[319]. De plus, le rapport rappelle que les résultats positifs ne doivent pas être attribués exclusivement au processus de séparation parce que d'autres changements ont simultanément affecté le secteur des télécommunications (création de l'Office de l'autorité d'adjudication des fréquences de télécommunications, par exemple)[320].

Le rapport de l'Ofcom conclut que le dispositif de séparation fonctionnelle convenu avec *BT* en 2005 est toujours *« une solution complète et appropriée aux préoccupations relatives à la concurrence »* que l'Ofcom avait exprimées auparavant. Cependant, compte tenu du caractère évolutif des télécommunications, le rapport relève la nécessité de revoir en permanence cet accord afin d'apprécier s'il convient de l'adapter et, dans l'affirmative, selon quelles modalités[321].

6. Évolution dans le secteur ferroviaire

La présente section brosse un tableau non exhaustif de l'évolution intervenue dans les pays membres de l'OCDE et au sein de l'UE concernant la séparation structurelle et comportementale dans le secteur ferroviaire. Bien que la Recommandation porte essentiellement sur la séparation structurelle, il sera est également fait état de l'expérience acquise en matière de séparation comportementale – comptable ou fonctionnelle. Afin de faire ressortir les faits nouveaux les plus significatifs, le tour d'horizon présenté ici ne comprend pas tous les pays.

6.1 Le secteur ferroviaire en Australie

En Australie, la séparation verticale et l'ouverture de l'accès à l'infrastructure ferroviaire ont été réalisées au niveau des États et au niveau fédéral, au moyen de divers mécanismes.

6.1.1 Engagements d'accès

Au niveau fédéral, l'*Australian Rail Track Corporation* (ARTC) est un organisme du gouvernement fédéral créé en 1997 qui vise à proposer un

319 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, p. 8.

320 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, pp. 4, 14.

321 Ofcom, *Implementation review*, voir note 314, p. 10.

« guichet unique » aux entreprises de transport ferroviaire qui souhaitent avoir accès au réseau ferroviaire inter-États. L'ARTC possède un certain nombre de lignes inter-États et en loue d'autres auprès des gouvernements de l'État de Victoria et des Nouvelles Galles du Sud, dont elle assure la gestion, le développement, l'entretien et l'exploitation; L'ARTC est également partie à un accord de gros qui lui permet de vendre l'accès sur plusieurs lignes inter-États en Australie occidentale. Le reste des lignes ferroviaires inter-États est contrôlé par divers organismes publics, mais une ligne, celle qui relie Alice Spring à Darwin, est contrôlée par un consortium du secteur privé. En novembre 2010, on comptait neuf grandes entreprises de transport ferroviaire exploitant des lignes dont l'ARTC était le propriétaire ou le locataire. Les opérateurs paient une redevance d'accès à ces lignes qui comportent deux composantes : l'une, fixe, fondée sur l'utilisation de la capacité ; l'autre, variable, fondée sur le tonnage du train et la distance parcourue[322].

L'ARTC est elle-même réglementée par l'*Australian Competition & Consumer Commission* (ACCC), en vertu du Titre IIIA de la *Trade Practice Act* de 1974, qui prévoit que l'ARTC doit soumettre à l'ACCC des engagements concernant les conditions d'accès, et que l'ACCC est habilitée à les rejeter ou à exiger des révisions à ces engagements si elle le juge nécessaire[323].

6.1.2 Déclarations relatives à l'accès obligatoire

Le Titre IIIA de la *Trade Practices Act* de 1974 prévoit également l'octroi obligatoire à des tiers de l'accès à certaines installations. L'infrastructure concernée doit revêtir un intérêt national, posséder les caractéristiques d'un monopole naturel, et son accès doit être essentiel pour promouvoir une augmentation tangible de la concurrence sur le marché correspondant. Cette installation fait ensuite l'objet d'une « déclaration » par le ministre compétent. Si les parties concernées sont par la suite incapables de s'entendre sur des conditions d'accès, l'ACCC est habilitée à trancher.[324]. Cette disposition a été

322 Ces informations sont tirées du site web de l'ARTC ; voir www.artc.com.au.

323 On trouvera de plus amples renseignements sur les fonctions de l'ACCC concernant les engagements d'accès sur son site web ; voir www.accc.gov.au. Pour un exemple d'engagement d'accès modifié proposé par l'ARTC, à la suite d'indications selon lesquelles l'ACCC envisageait de rejeter la proposition initiale de l'ARTC, voir ACCC, *Consultation Paper in relation to the Australian Rail Track Corporation's proposed Hunter Valley Rail Network Access Undertaking*, publié le 16 septembre 2010 et accessible sur le site web de l'ACCC.

324 Voir ACCC, *Arbitrations : A guide to resolution of access disputes under Part IIIA of the Trade Practices Act 1974*, avril 2006, pour plus

invoquée par une petite société minière, le *Fortescue Metals Group*, qui exerce ses activités dans la région de Pilbara, en Australie occidentale, dans le cadre d'une soumission pour obtenir l'accès à quatre lignes de chemins de fer appartenant à des entreprises verticalement intégrées dans la région. Il s'agit de deux grands conglomérats miniers présents dans la région de Pilbara -- BHP Billiton et Rio Tinto --, qui sont chacun propriétaires de deux de ces lignes. À la suite d'une recommandation émanant du Conseil national de la concurrence, le ministre compétent a déclaré que les quatre lignes devaient être considérées comme des installations essentielles au regard du Titre IIIA. Cependant, en appel, le Tribunal australien de la concurrence (ACT) a annulé la déclaration pour deux de ces lignes, l'une appartenant à BHP Billiton et l'autre à Rio Tinto. L'ACT a ainsi jugé que les avantages, du point de vue de l'intérêt général, liés au fait d'éviter la duplication inutile des installations, n'étaient pas suffisants pour justifier les coûts liés à l'ouverture de l'accès à ces lignes, qui acheminent l'essentiel de la production de BHP Billiton et Rio Tinto dans la région, en particulier compte tenu des perturbations qui seraient occasionnées à l'usage propre des lignes par ces deux entreprises. En revanche, sur les deux autres lignes de chemin de fer, qui sont moins fréquentées, les avantages d'accorder l'accès primaient sur les coûts. Dans la conclusion de sa décision, il est intéressant de constater que l'ACT a mentionné les très longs délais d'exécution des procédures d'accès prévues au Titre IIIA. Il a indiqué que bien que l'objectif du Titre IIIA, tourné vers l'intérêt général, conserve toute sa pertinence, la structure de la loi proprement dite gagnerait peut-être à être révisée[325].

6.1.3 Privatisation

La dernière entreprise ferroviaire publique verticalement intégrée d'Australie, *Queensland Rail*, est actuellement en cours de réorganisation et de privatisation partielle. Le 1er juillet 2010, elle a été scindée en deux entités -- QR National, qui prend en charge les opérations nationales de fret de QR, y compris les 2 300 km du réseau de transport de charbon du Queensland central

d'informations sur la procédure de déclaration. Pour un point de vue plus critique sur la procédure prévu au Titre IIIA, voir H. Ergas, « An Excess of Access: An Examination of Part IIIA of the Australian Trade Practices Act » (2009) 16(4) *Agenda* 37.

325 *In the matter of Fortescue Metals Group Limited* [2010] ACompT 2 (décision du 30 juin 2010).

et les services d'entretien connexes[326], et une nouvelle entité qui conserve la raison sociale *Queensland Rail*, chargée des opérations de fret non lié au charbon et des services voyageurs à l'intérieur de l'État, ainsi que de l'infrastructure et de l'entretien[327]. Le gouvernement du Queensland avait ainsi l'intention de privatiser QR National en tant que société verticalement intégrée, tandis que *Queensland Rail* demeurerait une société d'État verticalement intégrée[328]. Cette proposition a fait l'objet de nombreuses critiques des milieux d'affaires ainsi qu'au sein de l'administration fédérale, notamment en raison de la décision de conserver la structure verticalement intégrée de QR National pour la privatisation[329]. L'introduction en bourse de QR National a malgré tout eu lieu en novembre 2010[330].

6.2 Le secteur ferroviaire en Belgique

Le 1er janvier 2005, l'entreprise ferroviaire publique belge, auparavant verticalement intégrée -- SNCB/NMBS[331], réorganisée afin d'introduire une certaine séparation fonctionnelle conformément aux exigences de la législation de l'UE. Une société de holding, SNCB-Holding, a été créée, avec deux filiales : Infrabel, chargée du développement, de la maintenance et de l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire, et SNCB, qui exploite les services de transport de voyageurs et de marchandises[332].

---

326 Pour de plus amples renseignements sur QR National, voir www.qrnational.com.au.

327 Pour de plus amples renseignements sur Queensland National, voir www.queenslandrail.com.au.

328 « QR National IPO seeks to defy stagnant markets », 50(8) *International Railway Journal*, août 2010, p.20. Voir également *Financial Times*, « QR National looks to raise A$5bn in IPO », 10 octobre 2010.

329 Voir, par exemple, *The Courier-Mail,* « Fraser hits back over Ferguson's QR privatisation « disaster » claims », 25 mars 2010, et « Coal miners mount $A 4.85 billion bid to head-off QR privatisation » 50(7) *International Railway Journal*, juillet 2010, p.8.

330 *Financial Times*, « QR National Climbs on Trading Debut », publié le 21 novembre 2010.

331 Société Nationale des Chemins de fer Belges (SNCB) en français et Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) en flamand.

332 Pour de plus renseignements sur le Groupe SNCB/NMBS, voir www.b-rail.be.

6.3 Le secteur ferroviaire au Canada

Le Canada possède deux grands réseaux ferroviaires transcontinentaux, qui appartiennent à deux propriétaires exploitants privés distincts, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) et Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée (CP), qui assurent des services de fret ferroviaire sur leurs réseaux respectifs[333]. Les services voyageurs à l'échelle nationale sont assurés par VIA Rail Canada (une société d'État qui fournit des services commerciaux) sur les réseaux CN et CP[334]. Le secteur ferroviaire canadien est réglementé par l'Office des transports du Canada, un tribunal administratif indépendant qui agit également en qualité de régulateur économique pour les secteurs des transports aériens et maritimes[335].

Le cadre réglementaire actuel, défini dans la Loi sur les transports au Canada, semble envisager principalement la concurrence entre réseaux ferroviaires différents pour le transport de marchandises, qui est facilité par les points d'interconnexion[336]. Bien que la Loi sur les transports confère également à l'Office des transports du Canada le pouvoir d'imposer des droits de circulation « réglementés » sur un réseau ferroviaire, ce pouvoir se veut très étroit et ne peut être exercé qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il existe des preuves d'inefficacité du marché ou d'abus de position dominante, de sorte que les dispositions relatives aux droits de circulation ne sont actuellement pas appliquées. Néanmoins, un certain nombre d'accords sur des droits de circulation négociés sur une base commerciale sont en place[337].

En avril 2008, le gouvernement canadien a lancé un examen du fonctionnement du secteur du fret ferroviaire au Canada, en s'attachant

---

333 Pour de plus renseignements sur la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, voir www.cn.ca/fr, et sur Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée, voir www.cpr.ca/fr .

334 Pour de plus amples informations sur VIA Rail Canada, voir www.viarail.ca/fr .

335 Pour de plus amples informations sur l'Office des transports du Canada, voir www.otc-cta.gc.ca/fra .

336 Transports Canada, *Examen des services de transport ferroviaire de marchandises — rapport provisoire,* TP 15042, octobre 2010, p.7-8. Voir *Examen des services de transport ferroviaire de marchandises, rapport final,* TP 15042, janvier 2011.

337 *Examen des services de transport ferroviaire de marchandises — rapport provisoire,* voir note 336, p.9.

principalement à la qualité des services fournis aux expéditeurs[338]. Dans son rapport final, rendu public par le ministre d'État chargé des transports en décembre 2010, le Comité d'examen a conclu que si la déréglementation du secteur ferroviaire au Canada s'est révélée pour l'essentiel un succès, on constate d'importants problèmes de marché. Le Comité a expliqué qu'il avait observé d'importants problèmes de service au cours des deux années sur lesquelles a porté son examen. Bien que les compagnies de chemins de fer aient pris des mesures pour y remédier, des problèmes persistent. Le Comité a ajouté que ces problèmes de service se répercutaient non seulement sur les expéditeurs, mais également sur certains secteurs et régions du pays[339]. Dans sa recherche de solutions à ces problèmes, le Comité d'examen a pris en compte la nécessité de concilier les intérêts de divers groupes de parties prenantes, y compris l'intérêt général de l'économie canadienne[340]. Le rapport final recommande une approche commerciale visant à améliorer le service ferroviaire par quatre mesures commerciales non contraignantes, à savoir :

- Avant de mettre en œuvre des modifications de service, les entreprises de chemin de fer devraient publier un préavis d'au moins 10 jours ouvrables.

- Les chemins de fer et les parties prenantes devraient négocier des accords de service.

- Il convient d'élaborer un processus de règlement des différends commerciaux équitable, rapide et rentable.

- La performance de la chaîne d'approvisionnement doit faire l'objet d'un suivi grâce à une meilleure communication d'informations bilatérales entre expéditeurs et entreprises ferroviaires, et à en améliorant la diffusion des résultats obtenus.

Le Comité a recommandé que deux facilitateurs (l'un pour élaborer un processus de règlement des différends commerciaux et l'autre pour élaborer des instruments de mesure pour la production de rapports publics sur les indicateurs) soient désignés pour travailler de concert avec les parties prenantes

338 Transports Canada, communiqué de presse, *Début de l'examen promis des services de marchandises ferroviaires,* 7 avril 2010.

339 Transports Canada, *Examen des services de transports ferroviaires de marchandises — rapport final,* TP 15042, janvier 2011, p.45.

340 *Examen des services de transports ferroviaires de marchandises — rapport final,* p.37.

pendant une période de six mois et faire rapport au Ministre sur l'efficacité des mesures commerciales et des solutions possibles[341]. Si les principaux problèmes n'étaient pas résolus et que l'approche commerciale se révélait vaine, le Comité a prévu des dispositions de recours réglementaires pour chacune des mesures commerciales, qu'il estime que le Ministre devrait mettre en œuvre si les facilitateurs le recommandent[342].

Réagissant à cet examen le 18 mars 2011, le gouvernement canadien a annoncé qu'il acceptait l'approche commerciale du Comité et avait l'intention de prendre les mesures suivantes pour améliorer le rendement de l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement du transport ferroviaire :

- Lancer un processus de facilitation de six mois avec les expéditeurs, les compagnies de chemins de fer et les autres intervenants afin de négocier un accord de service type et un processus simple de règlement des différends commerciaux.

- Présenter un projet de loi sur le droit des expéditeurs de mettre en place des accords de service pour appuyer les mesures commerciales.

- Établir une table ronde sur la chaîne d'approvisionnement des marchandises pour traiter les questions de logistique et élaborer des paramètres de rendement afin d'améliorer la compétitivité.

- En collaboration avec Agriculture et Agroalimentaire Canada, Transports Canada dirigera une analyse approfondie de la chaîne d'approvisionnement du grain pour se concentrer sur les questions qui ont une incidence sur ce secteur et cerner des solutions potentielles[343].

En résumé, la réponse du gouvernement adopte une approche commerciale, appuyée par un projet de loi destiné à conférer aux expéditeurs le droit de négocier un accord de service, ainsi qu'une perspective plus large de la chaîne d'approvisionnement pour continuer à résoudre les problèmes logistiques et développer des mesures des performances publiques. Cette approche a été

341 *Examen des services de transports ferroviaires de marchandises — rapport final,* pp.48-56.

342 *Examen des services de transports ferroviaires de marchandises — rapport final,* pp.56-61.

343 Transports Canada, communiqué de presse, *le gouvernement du Canada prend des mesures pour améliorer la chaîne d'approvisionnement du transport ferroviaire des marchandises (Winnipeg)*, 18 mars 2011.

jugée la plus efficace pour trouver des solutions opportunes, souples et adaptées, améliorer les relations et renforcer l'efficacité, l'efficience et la fiabilité de l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement du transport ferroviaire de marchandises.

6.4 Le secteur ferroviaire au Chili

Relativement étendu par le passé, le réseau ferroviaire chilien a beaucoup souffert de la concurrence des autres modes de transport (routier et aérien). La majorité de l'infrastructure ferroviaire chilienne est exploitée et entretenue par la société d'État Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE). EFE a fait l'objet d'une certaine séparation fonctionnelle. Les services voyageurs sont aujourd'hui assurés par quatre filiales opérant sur une base régionale : Metro Regional de Valparaíso S.A. (service Merval), Trenes Metropolitanos S.A. (service Metrotren), Servicio de Trenes Regionales Terra S.A. (service TerraSur) et Ferrocarriles Suburbanos de Concepción S.A. (service Fesub)[344]. Plusieurs lignes de chemin de fer sont exploitées par d'autres compagnies, par exemple la société minière d'État Codelco. Le réseau à voie étroite du nord du pays a été privatisé en 1997. Son propriétaire – Ferronor – est le gestionnaire de l'infrastructure et le prestataire des services de transport[345]. Par ailleurs, les services de fret du sud du pays sont assurés par des concessionnaires. Seule l'infrastructure est gérée par EFE[346]. Cette dernière a connu de graves difficultés financières ces dernières années et était au bord de la faillite en 2007[347]. Au cours de la réorganisation qu'elle a engagée pour remédier à la situation, EFE a pris de plus en plus la forme d'une société de holding[348].

6.5 Le secteur ferroviaire en Estonie

En 2001, le plus gros opérateur ferroviaire estonien, Eesti Raudtee (EVR), a été privatisé ainsi que son infrastructure. Le secteur n'a toutefois pas été libéralisé de sorte que le propriétaire privé de l'infrastructure donne accès aux installations, mais il n'est pas tenu de le faire dans la transparence et sans

344 Pour de plus amples renseignements sur EFE et ses filiales, voir www.efe.cl.

345 « Getting EFE Back on Track », 50(1) *International Railway Journal*, janvier 2010, p. 36. Pour de plus amples renseignements sur Ferronor, voir www.ferronor.cl.

346 « Getting EFE Back on Track », voir note 345.

347 « An Ill Wind Blows for EFE », 47(6) *International Railway Journal*, juin 2007.

348 « Getting EFE Back on Track », voir note 345.

discrimination, ce qui équivaut au fond à un monopole privé. En janvier 2007, l'opérateur ferroviaire a été renationalisé lorsque l'État estonien a racheté ses parts, faisant de nouveau d'EVR une entreprise publique[349]. La séparation fonctionnelle d'EVR a été réalisée en janvier 2009, avec la création de deux filiales à part entière : AS EVR Infra, chargée de la maintenance et de l'exploitation de l'infrastructure appartenant à EVR, et AS EVR Cargo, qui assure les services de fret sur le réseau[350].

Environ 75 % des services ferroviaires estoniens concernent le fret. Les services voyageurs, qui représentent les 25 % restants, sont assurés par trois entreprises : Edelaraudtee AS, une entreprise privée qui assure des services voyageurs et fret intérieurs, et qui en outre possède et exploite 300 km de réseau ferroviaire en Estonie[351] ; l'entreprise publique Elektriraudtee AS, qui assure les services voyageurs dans la région de Tallinn[352] ; et GoRail, une société privée qui fournit des services voyageurs internationaux entre Tallinn et Moscou[353].

6.6 Le secteur ferroviaire dans l'Union européenne

La séparation verticale entre les entreprises de chemins de fer assurant les services de transport et les gestionnaires d'infrastructures ferroviaires constitue un aspect fondamental du programme de libéralisation du rail engagé par l'UE et qui a eu un impact considérable sur la structure du secteur ferroviaire dans les États membres de l'Union. La directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires[354] rend obligatoire la séparation comptable entre les entreprises ferroviaires et les gestionnaires d'infrastructures ainsi que l'accès des entreprises et regroupements d'entreprises ferroviaires assurant des services de transport internationaux de voyageurs et/ou de marchandises à l'infrastructure des autres États membres, à des conditions équitables. Le premier paquet ferroviaire de

349 IBM, *Rail Liberalisation Index 2007*, Bruxelles, 17 octobre 2007, p.115.

350 Pour de plus amples renseignements sur la restructuration d'EVR qui a eu lieu le 14 janvier 2009, voir www.evr.ee. Voir également « Estonia to Split Operations from Infrastructure », 47(11) *International Railway Journal*, novembre 2007, p.8.

351 Pour de plus amples renseignements sur Edelaraudtee, voir www.edel.ee.

352 Elektriraudtee a été dissociée d'EVR en 1998. Pour de plus amples renseignements sur cette entreprise, voir : www.elektriraudtee.ee.

353 Pour de plus amples renseignements sur GoRail, voir www.gorail.ee.

354 JO n°L 237/25 du 24/8/1991.

2001 — constitué des directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE — a considérablement élargi et renforcé ce régime :

- La directive 2001/12/CE[355] renforce les exigences d'accès à l'infrastructure sur une base non discriminatoire ainsi que les exigences de séparation comptable entre les entreprises ferroviaires et les gestionnaires d'infrastructure.

- La directive 2001/13/CE[356] énonce les critères d'attribution des licences d'entreprises ferroviaires sur une base non discriminatoire.

- La directive 2001/14/CE[357] couvre notamment l'accès non discriminatoire aux divers services énumérés à l'annexe II de la directive, nécessaires à l'exercice du droit d'accès à l'infrastructure ; des incitations en faveur de l'efficacité des performances des entreprises ferroviaires et des gestionnaires d'infrastructure ; une répartition équitable et non discriminatoire des capacités ; et les principes de tarification de l'accès à l'infrastructure.

De l'avis de la Commission européenne, « *la législation de l'Union européenne sur l'accès au marché ferroviaire a progressivement évolué vers une plus grande ouverture du marché fondée sur la séparation réelle entre la gestion de l'infrastructure et les opérations de transport* »[358]. Donc, en vertu de la directive 2004/51/CE, le marché des services internationaux de fret a été ouvert à la concurrence à compter de janvier 2006, tandis que le marché de tous

355 Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires (JO n° L 075 du 15/3/2001).

356 Directive 2001/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires (JO n° L 075 du 15/3/2001).

357 La Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (JO n° L 075 du 15/3/2001).

358 Communication de la Commission concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique européen, COM(2010) 474 final, 17 septembre 2010, p.6.

les types de services de fret ferroviaire l'a été à compter de janvier 2007[359]. Le marché des services internationaux de transport de voyageurs — c'est-à-dire des services assurés par des trains qui traversent au moins une frontière d'un État membre et dont l'objet principal est de transporter des voyageurs entre des gares situées dans des États membres différents — a été entièrement ouvert à la concurrence à compter de janvier 2010[360]. Néanmoins, malgré les exigences de séparation verticale qui ont déjà été mises en œuvre, l'établissement d'un marché ferroviaire entièrement ouvert au sein de l'UE s'est révélé difficile à réaliser concrètement. Une communication de 2010 de la Commission sur le secteur ferroviaire mettait en évidence certaines des difficultés qui persistent, notamment des problèmes concernant l'accès non discriminatoire et transparent à l'infrastructure ferroviaire, un manque d'indépendance des régulateurs ferroviaires nationaux, et des difficultés à sécuriser les investissements dans le secteur ferroviaire[361]. La libéralisation des services de transport intérieur de voyageurs a progressé particulièrement lentement.

La Commission a adopté une approche en deux temps face aux problèmes de marché qui subsistent dans le secteur ferroviaire. Premièrement, elle a entamé en 2010 des procédures devant la Cour de justice à l'encontre de 13 États membres n'ayant pas intégralement mis en œuvre le premier paquet ferroviaire[362]. Deuxièmement, la Commission a publié en septembre 2010 sa

359 Directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la Directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires (JO n° L 164/164 du 30/4/2004).

360 Directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la Directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et Directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (JO n° L 315/44 du 3/1/2007).

361 Communication de la Commission concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique européen, voir note 358.

362 Voir Commission européenne, communiqué de presse, IP/10/807 *Services ferroviaires : la Commission entame des procédures à l'encontre de 13 États membres qui n'ont pas intégralement mis en œuvre le premier paquet ferroviaire,* 24 juin 2010. Avant d'engager des procédures officielles à l'encontre des 13 États membres concernés, la Commission avait fait parvenir des avis officiels en 2008 à 24 États membres concernant leur manquement à mettre en œuvre correctement le premier paquet ferroviaire ; voir Commission européenne, communiqué de presse IP/08/1031 : *la Commission invite les États membres à veiller à la bonne transposition du premier paquet ferroviaire,* 26 juin 2008.

proposition de directive établissant un espace ferroviaire unique européen, qui consoliderait et modifierait la législation actuelle à cet égard — promettant une clarification visant à faciliter la transposition et la mise en œuvre efficace par les États membres, la simplification juridique par la consolidation et la modernisation des dispositions actuelles le cas échéant[363]. En particulier, la directive proposée porte sur les trois grands domaines appelant des améliorations dans le secteur ferroviaire :

- Afin d'intensifier la *concurrence* sur le marché du rail, la directive proposée exigerait que l'accès aux services ferroviaires connexes, comme l'entretien, les terminaux, l'information des voyageurs et la billetterie, soient facilités ; définirait des règles claires en matière de conflit d'intérêt et de pratiques discriminatoires dans le secteur ferroviaire ; exigerait des « documents de référence du réseau » plus détaillés — il s'agit de documents publiés chaque année en vue d'informer clairement d'éventuels nouveaux entrants des caractéristiques des infrastructures disponibles et des conditions de leur utilisation.

- Afin de renforcer les *pouvoirs des organismes nationaux de contrôle des activités ferroviaires,* la directive proposée étendrait les prérogatives de ces organismes nationaux aux services ferroviaires connexes ; exigerait qu'ils soient indépendants de toute autre autorité publique ; renforcerait les pouvoirs des organismes nationaux de contrôle des activités ferroviaires en ce qui concerne les sanctions, audits, procédures de recours et enquêtes de leur propre initiative.

- Afin de faciliter les *investissements* dans le secteur ferroviaire, la directive proposée exigerait notamment des règles de tarification des infrastructures plus précises et plus judicieuses, ainsi que des stratégies à long terme définies par les États et les gestionnaires d'infrastructures en vue d'améliorer les performances et d'assurer une plus grande prévisibilité concernant le développement des infrastructures[364].

363 Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (Refonte)*, SEC(2010) 1043&1042, COM(2010) 475 final, 17 septembre 2010, pp.4-5.

364 Voir Commission européenne, communiqué de presse IP/10/1139, *la Commission présente des mesures en vue d'améliorer les services ferroviaires,* 17 septembre 2010, ainsi que l'Exposé des motifs de la directive proposée, voir note 363.

La Commission envisage maintenant d'organiser une consultation sur les mesures proposées pour le secteur ferroviaire.

La Commission européenne a en outre complété ses procédures d'infraction et actions réglementaires en menant deux enquêtes sur la concurrence et en procédant en particulier à deux inspections sans préavis en mars 2011[365].

6.7 Le secteur ferroviaire en France

En France, le secteur ferroviaire est dominé par deux entreprises d'État[366], à savoir Réseau Ferré de France (RFF), qui détient et gère l'infrastructure ferroviaire[367], et la SNCF, qui est le principal opérateur de services de transports ferroviaires du pays. En 2010, la SNCF a été subdivisée en cinq groupes, comme suit : SNCF Infra, qui assure les services de maintenance de l'infrastructure ; SNCF Proximités, qui assure les services de transport de passagers régionaux et métropolitains ; SNCF Voyages, qui assure le transport ferroviaire de voyageurs longue distance et à grande vitesse ; SNCF Geodis, qui fournit les services ferroviaires de transport et logistique de marchandises ; et Gares & Connexions, qui assure la gestion et le développement des gares du réseau ferroviaire français, la SNCF ayant conservé la propriété de ces installations[368]. Bien que RFF soit juridiquement le propriétaire et l'opérateur de l'infrastructure ferroviaire depuis 1997, cette entreprise continue de sous-traiter

365 Dans un cas, les entreprises concernées exercent des activités dans le secteur du fret ferroviaire dans les pays baltes et la conduite présumée concerne une violation possible des règles de l'UE sur la concurrence qui interdisent les cartels et les pratiques commerciales restrictives et/ou l'abus de position dominante sur le marché (respectivement, les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Dans l'autre cas, l'enquête concerne Deutsche Bahn AG et certaines de ses filiales ainsi qu'un comportement anticoncurrentiel lié au fait que Deutsche Bahn Energie, le fournisseur exclusif *de facto* d'électricité nécessaire à la traction des trains en Allemagne accorderait un traitement préférentiel à la filiale fret du Groupe, en contravention des règles interdisant l'abus de position dominante sur le marché (article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Le fait que la Commission ait effectué ces inspections n'implique pas que le comportement anticoncurrentiel des entreprises soient avéré ni ne préjugent de l'issue des enquêtes proprement dites.

366 En France, ces deux entreprises ont le statut d'*établissement public à caractère industriel et commercial.*

367 Voir www.rff.fr/fr.

368 Voir www.sncf.com.

à la SNCF l'essentiel des fonctions de maintenance, qui sont assurées par SNCF Infra[369]. Les questions de sécurité ferroviaire relèvent de l'Établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF), qui est un organisme administratif public placé sous la tutelle du ministre des Transports[370]. En novembre 2010, 11 entreprises ferroviaires proposaient des services de transport de fret et/ou de passagers sur le réseau ferré français, dont la SNCF[371].

Avant 2009, et conformément à la Directive 2001/14/CE, la fonction de régulation du secteur ferroviaire en France incombait au Gouvernement[372]. Par la loi du 8 décembre 2009[373], toutefois, un régulateur du rail juridiquement et financièrement indépendant a été créé - l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF). La mission du régulateur est d'assurer l'accès à l'infrastructure ferroviaire sur une base équitable et non discriminatoire, de manière à ouvrir pleinement le secteur à la concurrence. Les opérateurs qui estiment avoir fait l'objet d'une discrimination peuvent se tourner vers l'ARAF, qui disposera de pouvoirs d'investigation et de sanctions dans ce domaine. L'ARAF réglementera également les redevances d'accès que percevra RFF. Il est envisagé que la structure de l'agence soit calquée sur celle du régulateur du secteur de l'énergie, avec un collège de sept commissaires, assisté d'un secrétariat[374].

6.8 Le secteur ferroviaire en Allemagne

L'opérateur ferroviaire public historique, Deutsche Bahn AG, est généralement considéré comme ayant conservé son statut d'entreprise intégrée

369 Voir C.A. Nash, « Passenger Railway Reform in the Last 20 Years – European Experience » (2008) 22 *Research in Transportation Economics* 61, p.63.

370 Voir www.securite-ferroviaire.fr/fr.

371 Chiffres extraits du site Web de RFF (www.rff.fr/fr), consulté pour la dernière fois en février 2011.

372 Voir Nash, voir note 369, p. 65.

373 Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

374 Voir la fiche publiée en mars 2010 par la Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer, *L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)*, disponible sur le site www.developpement-durable.gouv.fr. Voir également « France creates independent regulator », 50(1) *International Railway Journal*, janvier 2010, p.5.

verticalement[375]. Néanmoins, depuis les réformes du secteur ferroviaire en 1994, elle a pris la forme d'une société holding, avec des subdivisions distinctes en amont — DB Netze pour le réseau et DB Gares & Services pour les gares — et en aval des entreprises assurant des services de transport longue distance, régionaux, urbains et de fret[376]. Bien qu'actuellement la Deutsche Bahn soit détenue à 100 % par la République fédérale, la privatisation (d'une partie au moins) du Groupe est à l'ordre du jour politique depuis plusieurs années, même si la question est politiquement très controversée. En janvier 2006, un rapport réalisé à la demande du Gouvernement fédéral par Booz Allen Hamilton et des experts du secteur a été publié, dans lequel étaient évalués cinq modèles structurels envisageables pour la privatisation[377]. Alors que le Gouvernement fédéral se proposait d'engager une privatisation partielle de la Deutsche Bahn par introduction en bourse en 2008, la crise financière mondiale a conduit à la suspension de ce plan. En février 2010, le ministère des Transports a exclu la privatisation de la Deutsche Bahn dans la mesure où la situation sur les marchés financiers ne le justifie pas[378].

6.9 Le secteur ferroviaire en Israël

Le secteur ferroviaire en Israël reste totalement intégré verticalement, avec une seule entreprise d'État, Israël Railways, assurant le développement, la gestion, la maintenance et l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire, de même que la fourniture des services de transports de passagers et de marchandises[379].

6.10 Le secteur ferroviaire en Italie

Comme en Allemagne, la séparation juridique de l'ancien opérateur ferroviaire historique public s'est faite en Italie via une société holding, pour

375 R. Lalive & A. Schmutzler, « Entry in Liberalized Railway Markets: The German Experience » (2008) 7(1) *Review of Network Economics* 37, p.40.

376 Lalive & Schmutzler, voir note 375 ci-dessus, pp.40-41 ; voir également Nash, cité dans la note 369 ci-dessus. Les informations les plus récentes sur la structure du Groupe Deutsche Bahn sont disponibles sur le site Web du Groupe à l'adresse www.deutschebahn.com.

377 Booz Allen Hamilton, *Privatisierung der Deutschen Bahn « mit und ohne Netz »* (en français *Options de privatisation de la Deutsche Bahn « Avec et sans réseau »*, janvier 2006.

378 *Reuters*, « German Minister says no Deutsche Bahn IPO for now », 11 février 2010.

379 Voir www.rail.co.il.

respecter les exigences du droit communautaire. Ferrovie dello Stato (FS) a été constituée en société en 2001, avec deux grandes filiales à part entière : Trenitalia, qui fournit les services de transport, et Rete Ferroviaria Italiana (RFI) qui gère l'infrastructure ferroviaire. Une filiale de RFI, Treno Alta Velocità SpA, est chargée du développement du réseau à grande vitesse en Italie[380]. Une entreprise à capitaux privés, Nuovo Trasporto Viaggiatori (NTV) se propose de lancer des services en accès ouvert sur le réseau italien à grande vitesse à compter de septembre 2011. L'opérateur ferroviaire français SNCF détient une participation de 20 % dans NTV. L'entrée prévue de NTV sur le marché se fera à une échelle considérable, avec une flotte de 25 rames[381].

Dans le secteur du transport intérieur de passagers, les entreprises sont actuellement en concurrence, bien qu'à petite échelle, avec Trenitalia : (i) Arenaways, qui exploite la liaison Milan-Turin et (ii) une coentreprise de la Deutsche Bahn, d'OBB (l'entreprise d'État autrichienne) et de Trenitalia Le Nord (plus grosse entreprise régionale italienne, exploitant la liaison Bolzano-Vérone).

Si dans le secteur du transport de passagers Trenitalia conserve une solide position dominante, dans le secteur du fret la concurrence est plus intense. Vingt-sept entreprises sont autorisées à proposer des services de fret dans le pays, et plus de 10 % des services de fret (en termes de train/km) sont assurés par des entreprises autres que Trenitalia. Sur le segment transfrontière le plus rémunérateur, le pourcentage est sensiblement plus élevé (pouvant atteindre 25 % du marché).

En septembre 2008, NTV a déposé une plainte auprès de l'Autorité italienne de la concurrence (AGCM), alléguant que RFI avait abusé de sa position dominante sur le marché de l'infrastructure ferroviaire en lui refusant l'accès à (i) des emplacements dans ses gares et (ii) au centre de maintenance ferroviaire de Naples. La première plainte contre RFI a été rejetée pour défaut de preuve, l'AGCM ne trouvant pas suffisamment d'éléments prouvant que RFI avait preuve dans ses gares de discrimination à l'encontre de NTV. La deuxième plainte a été réglée par des engagements proposés par RFI et acceptée par l'AGCM. RFI avait refusé l'accès au centre de maintenance au motif que l'installation fonctionnait déjà à pleine capacité, mais elle avait proposé de mettre à la disposition de NTV un espace adjacent à la gare dans lequel elle pourrait construire son propre centre de maintenance. NTV avait initialement

380 Pour plus de précisions sur les entreprises du Groupe FS, voir www.ferroviedellostato.it.

381 Voir www.ntvspa.it.

accepté la proposition, mais par la suite estimé que cela se révélerait irréalisable du fait, notamment, que la construction de la nouvelle installation serait en violation du code local d'urbanisme. Après que les autorités locales aient confirmé qu'il n'y avait aucun obstacle réglementaire à la construction d'une installation de maintenance, l'AGCM a considéré que la proposition de RFI était suffisante pour apaiser les éventuelles craintes pour la concurrence. L'AGCM a donc accepté et rendu contraignantes sous la forme d'engagements les propositions avancées par RFI, et par la suite a clôt le dossier sans avoir constaté de manquements aux règles de la concurrence[382]. L'affaire peut être interprétée de plusieurs façons, qui chacune illustre une difficulté pouvant surgir dans l'application d'un régime d'accès ouvert : d'un côté, le risque qu'une entreprise verticalement intégrée fasse preuve de discrimination à l'encontre de ses concurrents en aval, même lorsqu'un régime d'accès ouvert est en place[383] ; de l'autre, le danger qu'un nouvel entrant cherche à exploiter de façon stratégique les règles de concurrence, pour promouvoir ses intérêts propres[384].

En décembre 2011, l'Autorité italienne de la concurrence a ouvert une enquête contre FS et RFI au sujet d'un comportement prétendument abusif visant à bloquer l'accès du nouvel entrant Arenaways aux infrastructures ferroviaires.

6.11 Le secteur ferroviaire aux Pays-Bas

L'infrastructure ferroviaire néerlandaise est gérée par ProRail, entreprise d'État en charge de la maintenance, de la construction, de l'allocation des capacités et de la gestion du trafic sur le réseau[385]. Aux termes de la Loi néerlandaise sur le rail de 2005, ProRail détient la concession gouvernementale de gestion du réseau ferroviaire principal jusqu'en 2015[386]. La concession

382 Pour plus de précisions sur cette affaire, voir L.S. Borlini, « The Italian Antitrust Authority finds no abusive conduct for travel facility access and accepts commitments for maintenance area access (NTV/RFI-Accesso al Nodo di Napoli) », 22 octobre 2009, *e-Competitions*, n°30037 et M. Giannino, « The Italian Competition Authority closes two investigations against the manager of rail network group without finding any competition infringement (NTV/RFI-Accesso al Nodo di Napoli) », 22 octobre 2009, *e-Competitions*, n°29959, l'un et l'autre disponibles à l'adresse www.concurrences.com.

383 Voir Borlini, cité dans la note 382 ci-dessus.

384 Voir Giannino, cité dans la note 382 ci-dessus.

385 Voir www.prorail.nl.

386 Voir OCDE, *Roundtable on Concessions – Netherlands (2006)*.

d'exploitation de la ligne ferroviaire de fret Betuweroute, qui relie le port de Rotterdam à la frontière allemande et a été ouverte en 2007, est détenue par une entreprise privée, Keyrail, possédée à 50 % par Prorail, le reste du capital appartenant aux autorités portuaires de Rotterdam et d'Amsterdam[387]. Le transport de passagers sur le réseau néerlandais est organisé de la même manière, au moyen de concessions attribuées par le gouvernement aux opérateurs[388]. L'entreprise ferroviaire d'État Nederlandse Spoorwegen (NS) détient actuellement la concession d'exploitation de tous les services grandes lignes de passagers aux Pays-Bas jusqu'à au moins l'année 2015[389]. Plusieurs opérateurs privés détiennent des concessions d'exploitation de services de transport de passagers sur un certain nombre de liaisons ferroviaires régionales ou secondaires. Le transport ferroviaire de fret est entièrement ouvert à la concurrence. La régulation du secteur ferroviaire incombe à l'Office de régulation des transports, qui est une division de l'Autorité néerlandaise de la concurrence, la NMa[390].

6.12 Le secteur ferroviaire en Slovénie

C'est Slovenske železnice (SŽ), opérateur ferroviaire historique public, qui assure des services de transport de fret et de passagers et exploite l'infrastructure ferroviaire en Slovénie. Il existe actuellement une séparation comptable entre les activités d'infrastructure et de transport de SŽ[391]. Toutefois, la Loi slovène sur les entreprises ferroviaires, adoptée en décembre 2010, a mis en place le cadre juridique nécessaire pour la conversion de SŽ en entreprise holding. Cette nouvelle législation vise à : assurer l'indépendance du gestionnaire de l'infrastructure, conformément aux exigences du Premier Paquet ferroviaire ; garantir la viabilité financière à long terme des activités de transport de SŽ ; et établir une structure sociale qui permettra aux différentes entreprises de se concentrer sur leurs missions premières et la maîtrise des

387 Voir www.keyrail.nl.

388 OECD *Roundtable on Concession – Netherlands*, cité dans la note 386 ci-dessus.

389 OECD *Roundtable on Concession – Netherlands*, cité dans la note 386 ci-dessus. Pour plus de précisions sur NS, voir www.ns.nl.

390 Pour plus de précisions sur l'Office de régulation des transports, de même que sur la législation ferroviaire néerlandaise et le secteur du rail, voir www.nmanet.nl.

391 IBM, *Rail Liberalisation Index 2007*, Bruxelles, 17 octobre 2007, p.195.

coûts[392]. Par une loi de 2009, la responsabilité de la perception des redevances d'accès aux sillons a été transférée de SŽ à l'Agence publique de régulation du rail[393]. Depuis 2008, une entreprise ferroviaire privée, Adria Transport, exploite en accès libre des services sur le réseau slovène, et offre notamment des services de transport ferroviaire de fret en provenance et à destination du port de Koper.

6.13 Le secteur ferroviaire en Espagne

Après l'entrée en vigueur de la législation de 2003 réglementant le secteur ferroviaire[394], l'ancienne entreprise ferroviaire d'État intégrée verticalement, RENFE, a fait l'objet d'une séparation verticale en deux entreprises distinctes, à savoir l'ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), en charge de la gestion de l'infrastructure, qui a pour mission d'administrer l'infrastructure ferroviaire, de gérer le trafic, de répartir les capacités et de percevoir le droit d'accès auprès des opérateurs de transport ferroviaire[395], et RENFE-Operadora qui repris les opérations de transport de passagers et de fret[396]. L'ADIF comme RENFE-Operadora demeurent des entreprises détenues à 100 % par l'État. Les textes de 2003 stipulaient également la création d'un régulateur du réseau ferroviaire, le Comité de Regulación Ferroviaria (CRF). Le CRF étant un service interne du ministère du Développement, certains font valoir qu'il est moins indépendant que d'autres agences de régulation espagnoles similaires, par exemple celles des secteurs de l'énergie et des télécommunications[397].

6.14 Le secteur ferroviaire en Suède

Environ 80 % de l'ensemble du réseau ferroviaire suédois est exploité par le gestionnaire public de l'infrastructure, le reste étant administré par des

---

392 Voir le communiqué de presse du gouvernement de la République de Slovénie, *Draft Slovenian Railway Company Act*, 14 octobre 2010.

393 *Railway Gazette International,* « Track access reforms approved », 23 juillet 2009.

394 Ley del Sector Ferroviario 39/2003 du 17 novembre 2003, qui visait à la pleine transposition en droit espagnol du régime communautaire de libéralisation du rail. Voir J. Campos, « Recent Changes in the Spanish Rail Model: the Role of Competition » (2008) 7(1) *Review of Network Economics* 1, p.13.

395 Voir www.adif.es.

396 Voir www.renfe.com.

397 Campos, cité dans la note 394 ci-dessus, p.15.

entreprises, des autorités locales ou des associations[398]. Avant 2010, le gestionnaire public de l'infrastructure était une administration publique suédoise, Banverket. Fin 2009, la division de Banverket en charge de la construction et de la maintenance du réseau ferré, Banverket Production, a été séparée des autres services et convertie en entreprise indépendante, Infranord AB. L'État suédois a conservé la totalité du capital d'Infranord AB[399]. Au 1er avril 2010, les missions antérieurement assurées par Banverket ont été transférées à la nouvelle administration des transports suédois, Trafikverket, qui a repris également les fonctions de l'ancienne administration routière suédoise. Trafikverket est une autorité publique chargée notamment de la planification à long terme du système de transport pour le trafic routier, ferroviaire, maritime et aérien, de même que de la construction, de l'exploitation et de la maintenance des réseaux routiers et ferroviaires publics[400].

Même après la libéralisation, SJ AB, entreprise publique dominante de transport ferroviaire de passagers a conservé des droits monopolistiques sur de vastes pans du transport de passagers dans le pays[401]. Actuellement, SJ AB détient une part d'environ 90 % du marché du transport de passagers sur le réseau grandes lignes (plus de 100 km) et d'environ 55 % de l'ensemble du marché ferroviaire suédois[402]. En juin 2009, toutefois, le Riksdag (Parlement suédois) a décidé d'ouvrir progressivement le marché des services de transport de passagers par rail. Ainsi, les droits exclusifs de SJ AB sur les services de transport commercial de passagers sur le réseau ferroviaire public ont été révoqués. Au 1er juillet 2009, le trafic de fin de semaine et de jours fériés a été ouvert à la concurrence, de même que le marché des services de transport international de passagers sur le réseau ferroviaire suédois, à compter du 1er octobre 2009 (conformément aux dispositions de la Directive 2007/58/CE). Le 1er octobre 2010, les derniers droits monopolistiques de SJ AB ont été supprimés, tous les services de transport intérieur de passagers étant ouverts à la

398 Banverket, *Annual Report 2009*, p.2.

399 Banverket, *Annual Report 2009*, p.59. Pour plus de précisions sur Infranord AB, voir www.infranord.se.

400 Voir www.trafikverket.se.

401 G. Alexandersson & S. Hultén, « The Swedish Railway Deregulation Path » (2008) 7(1) *Review of Network Economics* 18, p.28.

402 Chiffres tirés du site Web de SJ AB à l'adresse www.sj.se, consulté le 4 février 2011.

concurrence, à quelques exceptions près pour les services entre Stockholm Central et l'aéroport d'Arlanda[403].

Durant l'hiver 2009-10, le réseau de transport ferroviaire suédois tant pour les passagers que pour le fret a connu un grand nombre de retards et de perturbations liés avant tout à de mauvaises conditions météorologiques. Une commission d'enquête a été nommée par le Gouvernement suédois en mars 2010 pour examiner les raisons des perturbations hivernales et formuler des recommandations afin que celles-ci ne se reproduisent à l'avenir. Le rapport d'étape a pointé quatre aspects posant problème sur le réseau ferroviaire suédois : capacité, flexibilité, répartition des rôles et information. Le rapport final, publié en octobre 2010, a mis en évidence des insuffisances de la part à la fois de Trafikverket et des acteurs du marché du rail, dans les domaines de la planification intégrée, du réinvestissement et de la maintenance. Un certain nombre de conclusions du rapport sont particulièrement pertinentes du point de vue de la séparation structurelle :

- Les accords d'exploitation conclus pour l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire n'incitent pas suffisamment les parties concernées à agir préventivement pour éviter les perturbations. Ces accords d'exploitation devraient être revus, de manière à améliorer la stabilité et la qualité des services ferroviaires.

- Les relations contractuelles entre les responsables des gares et les utilisateurs du rail doivent être revues — durant les perturbations hivernales, les dispositifs en place n'ont pas permis dans de nombreux cas de donner aux passagers une information adéquate.

- La communication entre les divers acteurs du secteur ferroviaire devrait être améliorée, notamment en développant les moyens informatiques dans le secteur.

- La conjugaison d'un réseau ferré sensible aux perturbations et d'un marché ouvert a accentué les risques de perturbations — le rapport recommande que les principaux acteurs procèdent à des exercices

403 Banverket, *Annual Report 2009*, p.21. Voir également Å Torstensson, « Railway Developments in Sweden », (2009) *European Railway Review*, n° 5.

conjoints de formation pour mieux se préparer aux scénarios de futures perturbations[404].

Le gouvernement examine actuellement les mesures qui devraient être prises pour donner suite au rapport.

Un à-côté intéressant concernant la séparation structurelle dans différents secteurs est que l'infrastructure ferroviaire désormais gérée par Trafikverket comprend un réseau d'environ 12 000 km de câbles de fibre optique posés le long des voies, qui assurent aux chemins de fer des services sécurisés de télécommunication, de transmission de données et de signalisation. La capacité excédentaire de ce réseau est louée à des entreprises et autorités pour des services de communication de donnés et de téléphonie mobile[405].

6.15 Le secteur ferroviaire au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni le secteur ferroviaire se répartit entre un gestionnaire de l'infrastructure, Network Rail, qui est une organisation du secteur privé constituée en entreprise limitée par garanties (à but lucratif, mais sans dividende) ; un régulateur indépendant chargé des questions économiques et de sécurité, l'*Office of Rail Regulation* ; et des entreprises ferroviaires privées qui assurent des services de transport de passagers et de fret. La quasi-totalité des services de transport intérieur de passagers du Royaume-Uni sont spécifiés par les autorités et assurés à titre privé par des entreprises de transport ferroviaire opérant dans le cadre d'une franchise publique. En revanche, le secteur du fret est ouvert à la concurrence[406]. Depuis la privatisation (1993-97), la progression a été de 59 % pour les mouvements de passagers, qui s'établissent à 1.3 milliard par an et de 37 % pour le transport de marchandises, qui atteint 21 milliards tkm net par an[407].

---

404 *Förbättrad vinterberedskap inom järnvägen: Betänkande av Utredningen om störningar i järnvägstrafiken vintern 2009/2010*, Stockholm, octobre 2010, SOU 2010:69, disponible sur le site Web du Gouvernement suédois à l'adresse www.regeringen.se.

405 Banverket, *Annual Report 2009*, p.2.

406 Department for Transport, White Paper: *Delivering a Sustainable Railway*, Cm 7176, juillet 2007, p.81.

407 Department for Transport/Office of Rail Regulation, *Rail Value for Money. Scoping study report*, 31 mars 2010, p.13. Pour une recension des publications concernant l'impact des franchises de transport par rail de passagers sur la productivité et les coûts au Royaume-Uni, voir A.S.J. Smith,

En 2007, le gouvernement travailliste alors au pouvoir a publié un Livre blanc sur l'avenir du secteur ferroviaire. Dans ce document, le gouvernement annonçait son intention de réorienter la politique ferroviaire, afin de corriger la structure institutionnelle « déséquilibrée » mise en place durant la période de privatisation de 1993-97[408], au profit d'une stratégie tournée vers l'avenir s'articulant autour de trois grands axes : augmentation des capacités ; meilleures performances, notamment en matière de sécurité, de fiabilité et d'efficience ; moindre impact sur l'environnement[409]. Bien que ces objectifs généraux demeurent en vigueur, la priorité a plus récemment porté sur les coûts du secteur ferroviaire. Le financement global du secteur ferroviaire par le contribuable britannique (avec comme principal bénéficiaire Network Rail, bien que certains opérateurs franchisés déficitaires reçoivent aussi des aides publiques directes)[410] est passé de 2.3 milliards £ en 1993-94 à 5.2 milliards £ en 2008-09, les plus fortes augmentations intervenant depuis 2002, à un rythme de progression jugé inacceptable et impossible à maintenir[411]. En 2009, le *Department for Transport* et l'*Office of Rail Regulation* ont réalisé conjointement une étude sur le rapport coûts/résultats du secteur ferroviaire[412]. Cette étude devait notamment voir si des obstacles juridiques, opérationnels et culturels nuisent actuellement à l'efficacité et à la rentabilité et si des incitations peuvent être mises en place pour différents secteurs du secteur ferroviaire de manière à susciter une plus grande efficience[413]. L'étude exploratoire publiée en mars 2010 notait que l'étude « *offre la possibilité d'envisager de façon systémique le transport ferroviaire* » et confirmait « *qu'aucun domaine ne sera*

P.E. Wheat & C.A. Nash, « Exploring the effects of passenger rail franchising in Britain: Evidence from the first two rounds of franchising » (1997-2008)" (2010) 29 *Research in Transport Economics* 72.

408 White Paper, cité dans la note 406 ci-dessus, p.15. Il faut noter que le Livre blanc reconnaît néanmoins que la privatisation s'est accompagnée de « *certains bénéfices réels* » (p.15).

409 White Paper, cité dans la note 406 ci-dessus.

410 Scoping Study, cité dans la note 407 ci-dessus, p.15-16.

411 Scoping Study, cité dans la note 407 ci-dessus, p.6.

412 See Office of Rail Regulation, Press Release: *ORR welcomes study examining ways to improve value for money across the railway sector*, 9 décembre 2009.

413 Department for Transport, *Improving value for money from the railway - Terms of reference*, 9 décembre 2009, disponible sur le site Web du DfT à l'adresse www.dft.gov.uk.

tabou »[414]. Étant donné qu'une priorité majeure de l'étude est de déterminer à quels niveaux des changements structurels peuvent apporter des gains d'efficience[415], celle-ci examinera certainement si la structure actuelle entièrement privatisée et verticalement séparée devrait être modifiée, étant entendu toutefois que toute modification proposée à la structure actuelle du marché doit entre en conformité avec le droit communautaire. Les conclusions et recommandations de l'étude devraient être soumises au Secrétaire d'État aux transports en mars 2011[416]. Une des conséquences possibles de l'étude serait l'introduction d'un système de tarification *« calqué sur celui des compagnies aériennes »* — c'est-à-dire des tarifs plus élevés en période de pointe et des tarifs moins chers en-dehors de ces périodes — de manière à réduire les encombrements et utiliser de façon plus efficiente l'infrastructure ferroviaire modernisée[417].

Le premier réseau ferroviaire à grande vitesse britannique, High Speed 1 (HS1) a ouvert son service commercial en novembre 2007. Cette ligne relie la gare londonienne de St. Pancras à l'entrée du Tunnel sous la Manche dans le Sud-est de l'Angleterre. SH1 a été réalisé par ce qui était au départ un consortium privé, London & Continental Railways (LCR), après une procédure d'appel public. En juin 2009, toutefois, suite à des difficultés financières, le Gouvernement britannique a officiellement pris le contrôle de LCR et la dette a été transférée à l'État[418]. HS1 Limited, filiale à 100 % de LCR, bénéficie d'une concession de 30 ans pour l'exploitation de HS1 et de ses gares. LCR a également une participation de 40 % dans Eurostar International, entreprise de transport ferroviaire qui exploite les services Eurostar entre le Royaume-Uni et le continent européen[419]. Le 5 novembre 2010, il a été annoncé que le

414 Scoping Study, cité dans la note 407 ci-dessus, p.8.

415 Scoping Study, cité dans la note 407 ci-dessus, p.20.

416 Scoping Study, cité dans la note 407 ci-dessus, p.3.

417 *The Guardian*, « Rail Review Suggests Airline Pricing », 7 décembre 2010.

418 Department for Transport Press Release, *London & Continental Railways Restructured*, 8 juin 2009. On notera que le Royaume-Uni a dû préalablement obtenir l'autorisation des autorités communautaires pour accorder son aide publique ; voir le Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/09/793, *Aides d'État: la Commission approuve le régime temporaire britannique de bonifications d'intérêts destiné à contrer le resserrement du crédit*, 15 mai 2009.

419 Les autres actionnaires sont la SNCF, entreprise ferroviaire nationale française, qui détient 55 %, et la SNCB, entreprise ferroviaire nationale belge, qui détient 5 % d'Eurostar International. Voir www.eurostar.com pour plus de précisions sur l'entreprise.

Gouvernement britannique avait vendu les droits d'exploitation de HS1 pour une période de 30 ans à un consortium constitué de Borealis Infrastructure et de la Caisse de pensions des enseignants de l'Ontario, pour un prix d'achat total de 2.1 milliards £. Le consortium retenu deviendra propriétaire de HS1 Limited, l'État conservant la propriété de l'infrastructure ferroviaire et des terrains[420]. Deutsche Bahn s'est récemment déclarée intéressée par l'exploitation de services depuis Londres vers le continent européen via HS1 et le Tunnel sous la Manche, ce qui ouvre la perspective pour la première fois d'une concurrence internationale sur cette liaison[421].

6.16 Le secteur ferroviaire aux États-Unis

Les États-Unis comptent sept entreprises de fret ferroviaire privées, verticalement intégrées, appartenant toutes à la catégorie des chemins de fer de Classe 1, avec un chiffre d'affaires opérationnel annuel de 401.4 millions USD ou davantage. En outre, on dénombrait en 2008 33 chemins de fer régionaux intégrés verticalement (compagnie de chemins de fer exploitant au moins 350 miles de voies et/ou dégageant un chiffre d'affaires annuel compris entre 40 millions USD et le seuil de la Classe 1), ainsi que plus de 500 compagnies ferroviaires locales verticalement intégrées (compagnie de chemins de fer de taille inférieure à celle des compagnies régionales)[422]. Les services de transport de passagers interurbains sont assurés par la compagnie de chemins de fer publique Amtrak, qui circule sur les voies du réseau ferré de transport de marchandises[423]. Amtrak possède également en propre certaines voies dans le Nord-est.

En septembre 2009, la Commission judiciaire de la Chambre des représentants des États-Unis a approuvé des projets de textes législatifs visant à supprimer les vastes exemptions antitrust dont bénéficie actuellement le secteur ferroviaire, le Sénat menant une action similaire dans ce sens[424]. Les partisans

420 Voir le communiqué de presse de High Speed 1, « *UK Government Sells Right to Operate its First High Speed Railway for £2.1BN* », 5 novembre 2010, consultable sur le site Web de HS1 à l'adresse www.highspeed1.com/news.

421 *Reuters*, « Deutsche Bahn pitches for Channel Tunnel routes », 19 octobre 2010.

422 Office of Policy and Communication, Federal Railroad Administration, *Freight Railroads: Background* Issue brief, mars 2010.

423 Voir www.amtrak.com.

424 *Global Competition Review*, « House committee opposes railroad antitrust exemptions », publié en ligne le 17 septembre 2009.

de cette législation la jugent nécessaire pour remédier au pouvoir de marché des grandes entreprises de fret ferroviaire, et donc ainsi accroître la concurrence et réduire les coûts de transport. La législation proposée fait l'objet d'une forte opposition de la part des compagnies ferroviaires[425]. Néanmoins, début 2011, l'avant-projet de loi a été approuvé par la Commission judiciaire du Sénat, et il est prévu qu'il soit présenté à la Chambre des représentants et au Sénat dans le courant de l'année[426].

7. Incitations à l'investissement des entreprises et séparation structurelle

Le débat sur la séparation structurelle accorde une place de plus en plus grande à la question de l'impact des mesures prises dans ce sens sur les incitations à investir pour les propriétaires et les gestionnaires de réseaux. Bien qu'un environnement réglementaire incertain ne dissuade pas forcément d'investir dans une infrastructure de réseau, il peut retarder sensiblement les investissements et accroître le coût du capital[427]. Lorsqu'un secteur se trouve dans une phase de développement, en particulier, le coût du capital revêt une importance primordiale, et certains observateurs considèrent qu'en pareil cas toute séparation structurelle imposée par les pouvoirs publics doit être justifiée au moyen d'une analyse coûts-avantages donnant un poids prédominant aux effets sur le coût du capital[428]. Compte tenu notamment du niveau des investissements qui vont devoir être réalisés dans de nombreuses industries de réseau au cours des prochaines années, la question des incitations à l'investissement des entreprises revêt aujourd'hui une importance de premier plan.

425 *The Journal of Commerce*, « Lawmakers Unveil Accord on Rail Antitrust », 1er juin 2009, disponible à l'adresse www.joc.com. Voir aussi C. Sagers, *Competition Come Full Circle? Pending Legislation to Repeal the U.S. Railroad Exemptions*, Cleveland Marshall College of Law Research Paper 09-180, septembre 2009.

426 *Feed & Grain*, « Senate Committee Votes to End Railroads' Antitrust Exemption », 11 février 2011, disponible en ligne à l'adresse www.feedandgrain.com.

427 Voir Agence internationale de l'énergie, *Climate Policy Uncertainty and Investment Risk*, 2007.

428 D. Helm, *Structural Separation and the Gas Industry in Europe*, communication à une réunion du Groupe de travail n° 2 de l'OCDE sur la concurrence et la réglementation, 14 juin 2010, p. 8.

La question de savoir si des mesures de séparation vont avoir des effets négatifs sur les incitations à investir se pose avec une acuité particulière dans le secteur des télécommunications, où des investissements massifs vont être nécessaires au cours des prochaines années pour passer des réseaux de télécommunication en fil de cuivre à la fibre optique, dont la capacité est plus grande[429]. D'un point de vue technique, le passage aux réseaux de télécommunication de prochaine génération, qui offrent un surcroît de capacité considérable par rapport aux réseaux actuels en fil de cuivre, pourrait encourager une concurrence beaucoup plus vive en aval, à condition que des infrastructures propices à la concurrence soient mises en place dès le départ[430]. Or, si les mesures de séparation structurelle se sont révélées utiles pour attirer des investissements en aval sur les marchés de détail, certains observateurs estiment que le fait de faire peser des incertitudes réglementaires sur la propriété des réseaux risque de nuire à l'investissement en amont, en dissuadant les propriétaires/gestionnaires de réseaux d'investir dans la fibre, de crainte que de futures interventions publiques ne rendent ces investissements beaucoup moins rentables[431]. Étant donné l'avantage considérable que représente le développement du haut débit pour la collectivité et les coûts d'efficience imposés par la séparation, certains commentateurs se demandent si, dans les années à venir, la séparation verticale constituera encore un outil valable pour

429 Par exemple, le secteur tunisien des télécommunications, où des investissements massifs ont eu lieu dans l'infrastructure du cœur de réseau après le dégroupage, apporte la preuve que cette séparation structurelle ne fait pas nécessairement obstacle à des investissements capitalistiques.

430 C'est-à-dire des liaisons par fibre point à point et non point à multipoint ; cette question est examinée dans les conclusions ci-après. Voir également OCDE, *Next Generation Networks and Market Structure: Outline*, DSTI/ICCP/CISP(2010)5, pour une analyse plus approfondie de la question.

431 Voir, par exemple, London Economics & PriceWaterhouseCoopers, *An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector Final Report To The European Commission DG Information Society and Media* (2006), qui aboutit à la conclusion que l'incertitude réglementaire est un facteur important expliquant les décisions d'investissement dans le secteur des télécommunications, notamment la réduction des investissement des entreprises dominantes. Cependant, comme on le verra plus loin, cet argument a sans doute plus de poids dans le cas des mesures comportementales que dans celui des mesures de séparation structurelle.

réglementer le marché des télécommunications compte tenu de l'amélioration de la surveillance réglementaire de ce secteur[432].

Les télécommunications offrent sans doute la meilleure illustration de la dichotomie existant entre concurrence et incitations à l'investissement, mais rares sont les secteurs qui y échappent. Dans le secteur de l'énergie de l'UE, par exemple, des investissements de l'ordre de 1 000 milliards d'euros vont devoir être réalisés au cours des dix prochaines années[433]. Comme la Commission européenne est ouvertement favorable à une dissociation intégrale des structures de propriété dans les secteurs de l'électricité et du gaz, on s'est interrogé sur la compatibilité d'une telle approche avec la nécessité simultanée d'attirer des investissements aussi massifs, en particulier parallèlement aux autres objectifs de l'UE en matière de sécurité des approvisionnements et de durabilité[434]. Dans le contexte de l'électricité, le financement du passage à des technologies de réseaux « intelligents » soulève des questions analogues. Si le propriétaire/gestionnaire du réseau de transport est totalement dissocié des activités de production ou de vente au détail, il risque d'être peu incité à améliorer le réseau en l'absence de contraintes réglementaires[435]. De même, dans le secteur ferroviaire, les investissements dans les infrastructures ont diminué dans certains cas à la suite de l'imposition de mesures de séparation, ce qui risque de réduire à néant les effets positifs pour la collectivité d'une

---

432 Voir, par exemple, B. Moselle et D. Black, "Vertical Separation as an Appropriate Remedy" (2011) 2(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 84, pp. 88-89.

433 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Énergie 2020 : Stratégie pour une énergie compétitive, durable et sûre*, SEC(2010) 1346, COM(2010) 639 final, 10 novembre 2010, p. 2.

434 Voir, par exemple, A. de Hauteclocque et V. Rious, "Regulatory Uncertainty and Inefficiency for the Development of Merchant Lines in Europe: A Legal and Policy Discussion", in Delvaux, Hunt et Talus (dir. pub.), EU Energy Law and Policy Issues (2ème édition), Bruxelles : Euroconfidentiel, 2010, pp. 163-182, pour une analyse de l'impact des mesures de séparation de l'UE dans le secteur de l'énergie sur les incitations à l'investissement des entreprises dans les infrastructures de transport en Europe, ainsi que J. Ishii et J. Yang, "Investment Under Regulatory Uncertainty: US Electricity Generation Since 1996" (2004) *Centre for the Study of Energy Markets Working Paper* 127, University of California at Berkeley Energy Institute, pour d'autres données montrant que l'incertitude réglementaire peut retarder des investissements dans le secteur de l'électricité.

435 OCDE, *Table ronde sur l'électricité : énergies renouvelables et réseaux intelligents* (2010).

intensification de la concurrence et de l'investissement sur les marchés connexes de services ferroviaires.

D'un autre côté, on peut considérer que les préoccupations liées aux incertitudes réglementaires sont plus déterminantes en ce qui concerne les mesures de séparation comportementale que dans le cas des mesures de séparation structurelle. De ce point de vue, la perspective d'une dissociation intégrale des structures de propriété aura en fait des effets moins négatifs sur les incitations à investir que, par exemple, une séparation fonctionnelle. Cela tient sans doute au fait que l'éventualité d'une séparation structurelle n'aura pas d'incidence sur les incitations des entreprises si celles-ci ont suffisamment intérêt à céder les activités concernées et si elles peuvent le faire à leur valeur de marché.

Les mesures de séparation structurelle peuvent aussi avoir un effet positif sur les investissements : la décision relative aux engagements *ENI* illustre bien comment l'intégration verticale risque de conduire à un sous-investissement de l'entreprise verticalement intégrée dans les infrastructures[436]. Si le propriétaire de l'infrastructure est soumis à des obligations en matière d'accès, il peut choisir de s'abstenir d'accroître la capacité du réseau, même si la demande est considérable, afin d'empêcher ses concurrents en aval d'accéder à l'infrastructure nécessaire pour desservir le marché[437]. Ou bien, comme on a pu l'observer aussi dans le contexte du passage à des réseaux électriques « intelligents », si le propriétaire du réseau de transport continue de faire partie d'une entreprise verticalement intégrée, il sera incité à améliorer le réseau d'une manière qui lui permette d'exclure les tiers des segments concurrentiels[438]. Dans ce cas, la séparation structurelle incitera probablement le propriétaire/gestionnaire de l'infrastructure à investir davantage dans celle-ci ou à le faire d'une manière qui facilite la concurrence dans les secteurs non monopolistiques.

---

436 Pour une analyse de la question du sous-investissement stratégique, voir F. Maier-Rigaud, F. Manca & U. von Koppenfels "Strategic Underinvestment and Gas Network Foreclosure – the ENI case", *EU Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2011.

437 Si, en général, les incitations à verrouiller le marché dépendent en partie des redevances d'accès que l'entreprise verticalement intégrée est autorisée à demander, il est difficile de dire si une augmentation réaliste des redevances réglementées, dans le cas de l'ENI aurait pu compenser l'impact négatif de l'entrée de quantités plus importantes de gaz en Italie sur les bénéfices que cette entreprise dégageait en aval.

438 Voir OCDE, *Table ronde sur l'électricité*, voir note 435.

Il importe toutefois de noter que le degré d'intégration verticale dans un secteur n'est pas le seul facteur qui influe sur les incitations à investir des acteurs présents sur le marché. La méthode de réglementation, par exemple, peut avoir une incidence notable sur les décisions d'investissement[439]. Par ailleurs, à la suite de la crise financière mondiale, de nombreux pays ont fait de l'investissement dans les infrastructures de réseau (en particulier dans les réseaux de télécommunications de prochaine génération) l'un des axes de leurs plans de redressement ou de relance, donnant ainsi à ces décisions d'investissement un caractère qui se situe bien au-delà des considérations de marché.

Les effets de la séparation structurelle sur les incitations à l'investissement des entreprises restent donc incertains. Il faut absolument en tenir compte pour déterminer si la séparation structurelle est souhaitable dans un secteur donné, et il convient donc de les faire figurer dans la liste des facteurs à prendre en considération dans le contexte de la Recommandation de 2001. Par conséquent, la Recommandation sera modifiée de manière à mentionner expressément les « effets sur les incitations à l'investissement des entreprises » au deuxième paragraphe de sa première partie. Cette modification figure en caractères gras dans le texte de la Recommandation joint en annexe au présent rapport.

8. Conclusion

La Recommandation de 2001 invite les pays membres à bien peser la possibilité d'introduire une séparation structurelle dans les secteurs réglementés, afin d'apporter les avantages de la concurrence à des activités potentiellement concurrentielles au sein de ces marchés. Comme le montre le présent rapport, des mesures de séparation comportementale aussi bien que structurelle ont été envisagées et/ou mises en œuvre dans de nombreux pays membres. La Recommandation de 2001 ne préconise pas systématiquement une séparation structurelle ; elle invite les pays membres à « *bien peser les bénéfices et les coûts des mesures structurelles* » susceptibles d'être entraînés par l'introduction de la concurrence dans certains segments d'un secteur réglementé « *contre les bénéfices et les coûts des mesures comportementales* » sur la base d'avis autorisés fournis par les organismes compétents et les autorités de la concurrence sur les questions soumises à chacun d'entre eux conformément aux

439 Voir, par exemple, C. Cambini et L. Rondi, "Incentive Regulation and Investment: Evidence from European Energy Utilities" (2010) 38 *Journal of Regulatory Economics* 1-26, et B. Égert, "Infrastructure Investment in Network Industries: The Role of Incentive Regulation and Regulatory Independence" (2009) Documents de travail du Département des affaires économiques de l'OCDE, n° 688, Édtions OCDE.

dispositions législatives et réglementaires en vigueur dans chaque juridiction. Elle note par ailleurs que si les mesures comportementales « *peuvent ne pas éliminer l'incitation pour l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence et donc peuvent être moins efficaces en général pour ce qui est de faciliter la concurrence que les politiques structurelles,* [elles peuvent] *jouer un rôle important et utile en apportant leur soutien à certaines politiques comme la réglementation de l'accès* ».

Compte tenu de l'expérience acquise en matière de séparation structurelle dans les pays membres au cours de la décennie qui s'est écoulée depuis d'adoption de la Recommandation, un certain nombre de conclusions générales peuvent être formulées. Tout d'abord, des mesures de séparation structurelle ont été mises en œuvre avec succès dans de nombreux cas. Au-delà de mesures comportementales comme les obligations relatives à l'accès, la séparation structurelle peut jouer un rôle déterminant en assurant un droit d'accès formel effectif dans la pratique, ce qui favorise notamment une augmentation de l'investissement, en particulier dans les segments d'un secteur nouvellement ouverts à la concurrence, ainsi qu'un élargissement du choix du consommateur, une amélioration des services et des tarifs plus bas.

En second lieu, il ne semble pas y avoir de formule précise pour déterminer avec certitude comment doit s'opérer la séparation structurelle. Bien que la Recommandation invite les pays membres à peser ses bénéfices et ses coûts, l'expérience montre que la séparation structurelle a été mise en œuvre avec succès :

- Par des entreprises verticalement intégrées agissant volontairement, soit dans la perspective de réformes réglementaires imminentes, afin d'éviter de faire l'objet d'une enquête en vertu du droit de la concurrence ou de mettre fin à des procédures en cours, ou simplement à la suite d'une décision commerciale rationnelle compte tenu de la situation du marché ;

- À titre de mesure réglementaire imposée par le gouvernement ou par une autorité de régulation nationale indépendante ou à titre de mesure découlant d'une décision d'une autorité supranationale comme la Commission européenne ;

- En vertu du droit de la concurrence, par une autorité de la concurrence ou un tribunal, pour mettre fin à une infraction à la législation sur la concurrence.

Par ailleurs, la forme ou le degré de séparation à opérer n'ont pas nécessairement une influence déterminante sur le succès de l'opération. D'un côté, la séparation structurelle est souvent jugée préférable au motif qu'elle élimine au maximum non seulement les incitations à la discrimination, mais aussi les possibilités de discrimination, et qu'elle offre la plus grande simplicité réglementaire une fois mise en œuvre. Par exemple, des affaires de concurrence récemment traitées par la Commission européenne dans le secteur de l'énergie révèlent que la séparation comportementale et la surveillance réglementaire ne peuvent pas toujours, à elles seules, empêcher de façon efficace des infractions au droit de la concurrence. D'un autre côté, des expériences positives ont été signalées en ce qui concerne l'application de mesures comportementales n'allant pas jusqu'à la séparation structurelle. C'est notamment le cas lorsque la structure interne de l'entreprise intégrée a été revue de manière à reproduire autant que possible les effets d'une séparation des structures de propriété, par exemple lorsque la rémunération du personnel concerné dépend uniquement des résultats de l'entité séparée. Même la forme de séparation la moins rigoureuse, à savoir la séparation comptable, peut présenter des avantages dans la mesure où elle permet une imputation précise des coûts et des recettes et met ainsi en évidence toute discrimination par les prix, même si elle ne présente qu'un intérêt limité pour remédier à certaines formes de discrimination non tarifaire (comme un sous-investissement stratégique ou une dégradation de la qualité des services d'accès fournis aux tiers).

Une évolution importante, observée en particulier dans les secteurs du rail et des télécommunications, est l'utilisation de fonds publics dans la construction d'infrastructures de réseau de prochaine génération — par exemple les réseaux de télécommunication par fibre et les réseaux ferroviaires à grande vitesse. La participation de l'État à de tels projets vise généralement des objectifs qui ne relèvent pas de la politique de la concurrence et sont rarement partagés par les investisseurs privés, comme le développement de l'utilisation du haut débit dans un pays, l'amélioration des liaisons de transport régional ou la relance de l'activité économique après la crise financière mondiale. Même si, une fois construites, ces infrastructures ne sont généralement pas administrées de la même manière que des monopoles publics traditionnels mais sont gérées par le secteur privé, des problèmes caractéristiques des infrastructures monopolistiques se posent néanmoins. Les décideurs doivent donc veiller à ce que, lorsque des fonds publics sont utilisés pour faciliter le développement d'une infrastructure, celle-ci offre au public à la fois un meilleur service *et* un meilleur choix de prestataires.

Dans les télécommunications, le passage du cuivre à la fibre, en particulier, ouvre la perspective d'augmentations très substantielles de la capacité des réseaux, mais il risque aussi de renforcer le pouvoir de marché et de réduire les

possibilités de concurrence. L'amélioration d'une infrastructure de télécommunications grâce au passage de la technologie DSL à la technologie VDSL se traduit par un accroissement sensible des débits des connexions Internet, mais lorsqu'elle prend la forme d'un réseau point à multipoint, elle a deux effets notables sur les concurrents : elle dévalue les actifs que les concurrents ont installés dans le central principal et elle crée un environnement dans lequel les nouveaux investissements de concurrents potentiels en aval dans des infrastructures donnant accès au consommateur final par dégroupage deviennent inéconomiques[440]. Dans certains cas, l'installation d'un réseau VDSL ou de la fibre point à multipoint risque de devenir une stratégie commerciale destinée à empêcher toute concurrence en aval vis-à-vis de l'opérateur en place, au détriment des consommateurs. Les autorités de la concurrence et les régulateurs nationaux doivent savoir qu'une prétendue amélioration d'un réseau peut aussi avoir pour objet d'exclure des concurrents.

Il serait inexact de conclure que toutes les initiatives de séparation se sont déroulées sans difficultés et ont été couronnées de succès. Outre les coûts induits par la séparation — aussi bien les coûts ponctuels de la dissociation des activités que les coûts résultant d'une perte éventuelle d'économies de gamme et d'échelle[441] — on craint souvent les effets potentiellement négatifs que la séparation structurelle peut avoir sur les incitations à l'investissement, notamment sur les investissements massifs consacrés au développement et à l'amélioration des réseaux. L'impact des mesures de séparation sur les incitations à l'investissement soulève des questions dans tous les secteurs et dans un grand nombre des pays membres examinés ici. D'un côté, les incertitudes réglementaires résultant de la possibilité que la séparation structurelle soit imposée à un secteur peuvent dissuader les entreprises d'investir, comme on l'a vu dans le cas du passage à la fibre dans les télécommunications et de la mise en œuvre de réseaux ferroviaires à grande vitesse. De l'autre, le maintien de structures verticalement intégrées peut conduire l'opérateur eu place à mener une stratégie de sous-investissement et de limitation des capacités afin d'exclure la concurrence en aval. Les effets de la séparation structurelle sur les incitations à l'investissement restent donc incertains et il importe de les analyser de façon approfondie pour déterminer si la séparation structurelle est souhaitable dans un secteur donné.

---

440 Dans le secteur des télécommunications, les opérateurs historiques n'installent pas, en général, de liaison par fibre point à point, alors que le coût cette installation, au Royaume-Uni, ne serait supérieur que de 20 % à celui de liaisons par fibre point à multipoint.

441 Voir la note 17 au sujet des économies de gamme liées à l'intégration verticale.

Les marchés ne deviennent pas toujours concurrentiels ou plus concurrentiels après la mise en œuvre d'une séparation structurelle. Si d'autres obstacles à l'entrée subsistent, des monopoles de fait peut persister, problème qui est parfois particulièrement prononcé lorsque des mesures comportementales, moins rigoureuses, sont appliquées. En Nouvelle-Zélande, par exemple, la législation relative à la séparation structurelle dans le secteur de l'électricité a récemment été révisée de manière à permettre une certaine réintégration de la distribution et de la fourniture au consommateur final, jugée nécessaire pour faire face au pouvoir de marché persistant des producteurs-détaillants, même après la mise en œuvre de la séparation structurelle. En Europe, on observe une arrivée massive des opérateurs historiques des États membres voisins sur les marchés nationaux — comme la participation de la SNCF au nouveau système de liaisons ferroviaires à grande vitesse en Italie, par exemple — ou de secteurs réglementés voisins — comme l'entrée réussie de *Bord Gáis*, société publique du gaz, dans le secteur de l'électricité en Irlande, en concurrence avec l'opérateur public historique ESB. D'ailleurs, la Commission européenne a reconnu que la possibilité d'entrée d'entreprises bénéficiant de l'avantage lié au statut d'opérateur historique constitue la principale contrainte concurrentielle sur de nombreux marchés[442]. Néanmoins, il y aurait sans doute lieu d'examiner dans quelle mesure une telle situation ne fait que substituer un oligopole à un monopole.

En outre, la séparation structurelle a soulevé dans plusieurs cas des problèmes de coordination entre les gestionnaires de réseau et les utilisateurs. Un manque de coordination peut entraîner une utilisation inefficiente des infrastructures et, comme l'illustrent certains exemples tragiques dans le secteur ferroviaire, il peut avoir de sérieuses conséquences en termes de performance, voire de sécurité. Il est difficile de dire si le problème est inhérent à la séparation structurelle de monopoles naturels, mais il semblerait que les difficultés puissent être notablement réduites par une réglementation et des mécanismes de coordination plus efficaces. Un problème du même ordre, quoique différent, concerne l'utilisation de mécanismes de coordination des réseaux pour exercer une discrimination à l'encontre de certains utilisateurs, comme on a pu l'observer par exemple dans le cas des marchés d'équilibrage pour les réseaux électriques. Ce type de problème de marché a été traité au moyen d'instruments réglementaires et par une application stricte du droit de la concurrence. Dans le cas des mesures comportementales en particulier, la

442 Décision de la Commission du 09.12.2004 déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun (Affaire COMP/M.3440 –*EDP/ENI/GDP*), paragraphe 481.

surveillance réglementaire a toujours un rôle déterminant à jouer dans le bon fonctionnement du marché.

Les effets de la crise financière mondiale ont été ressentis dans ce domaine de l'action des pouvoirs publics, dans la mesure où celle-ci a réduit dans certains cas la volonté politique d'opérer une séparation structurelle entre des entreprises publiques, par crainte de ne pas réussir à céder les infrastructures concernées à leur pleine valeur. Néanmoins, il semblerait que, par exemple, les entreprises énergétiques européennes s'orientent vers un regroupement de leurs activités commerciales même lorsqu'elles prennent pied sur de nouveaux marchés, ce qui conduit indirectement à une séparation structurelle par suite de la cession des activités commerciales qui ne constituent pas leur cœur de métier. Dans le secteur du gaz, en particulier, la séparation verticale et la promotion de la concurrence en aval ne sont pas toujours considérées comme une stratégie appropriée, étant donné que l'offre en amont est en grande partie entre les mains d'un ou deux producteurs. La dissociation des activités gazières en aval risque d'affaiblir le pouvoir de négociation des acheteurs vis-à-vis des fournisseurs. D'un autre côté, l'apparition de nouvelles sources de gaz (gaz de schiste, par exemple) pourrait atténuer certains de ces risques.

Les nouveaux pays membres que sont le Chili, l'Estonie, Israël et la Slovénie se sont dotés de dispositifs très divers dans les secteurs du gaz, de l'électricité, des télécommunications et du rail. En Estonie et en Slovénie, l'adhésion à l'UE en 2004 a nécessité l'adoption des politiques de l'UE dans ces quatre domaines. Historiquement, le Chili a fait œuvre de pionnier pour ce qui est de la libéralisation des industries de réseau, mais certaines évolutions sectorielles ont eu un caractère régional, ce qui a donné lieu à l'apparition de monopoles régionaux. En Israël, en dehors du secteur du gaz, les autres industries de réseau examinées ici demeurent intégrées verticalement.

La présente analyse de l'expérience acquise en matière de séparation structurelle permet de conclure que la Recommandation de 2001 reste très pertinente une décennie après son adoption. La séparation structurelle des entreprises verticalement intégrées exerçant leurs activités dans les industries de réseau réglementées peut favoriser le développement d'une concurrence utile dans les activités concurrentielles des secteurs réglementés, tout en éliminant ou en atténuant le besoin d'exercer une surveillance réglementaire sur les acteurs du marché. En outre, la séparation structurelle n'empêche pas ou n'entrave pas, a priori, la poursuite d'objectifs fondés sur des considérations autres que l'efficience, comme le développement régional ou la protection de l'environnement. D'un autre côté, ce type de mesure correctrice ne convient pas à tous les marchés ni à toutes les circonstances. Elle peut obliger à un arbitrage entre concurrence et efficience qui, selon la situation du marché, peut ou non

déboucher sur des avantages économiques et publics justifiant sa mise en œuvre. En particulier, l'impact de la séparation structurelle sur les incitations à l'investissement des entreprises est une considération importante qui mérite d'être expressément mentionnée dans la Recommandation parmi les coûts et bénéfices potentiels de la séparation structurelle.

La Recommandation de 2001 invite les pays membres à envisager d'imposer une séparation structurelle si l'analyse de ses coûts et bénéfices potentiels le justifie. La séparation structurelle ne doit être mise en œuvre que si elle apporte des avantages substantiels aux consommateurs et à l'économie tout entière. Une décennie après son adoption par le Conseil de l'OCDE, l'expérience des pays confirme la logique et l'applicabilité de la Recommandation : lorsque les avantages nets découlant de la séparation structurelle sont supérieurs à ceux des mesures comportementales, les pays membres devraient envisager sérieusement de mettre en œuvre des mesures structurelles sur les marchés réglementés concernés.

ANNEXE

RECOMMANDATION DU CONSEIL CONCERNANT LA SÉPARATION STRUCTURELLE DANS LES SECTEURS RÉGLEMENTÉS [C(2001)78/FINAL]

Telle que modifiée le 22 novembre 2011 [C(2011)135 et CORR1]

LE CONSEIL,

Vu l'article 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques, en date du 14 décembre 1960 ;

Vu l'accord intervenu à la réunion du Conseil au niveau des Ministres en 1997 visant à réformer la réglementation économique dans tous les secteurs afin de stimuler la concurrence [C/MIN(97)10], et en particulier :

« (i) séparer les activités potentiellement concurrentielles des réseaux de services d'utilité publique réglementés, et procéder par ailleurs aux restructurations requises pour réduire la puissance sur le marché des entreprises en place ;

(ii) garantir l'accès aux réseaux essentiels à tous les entrants sur le marché dans des conditions de transparence et de non-discrimination »;

Vu le rapport de 2001 sur la séparation structurelle dans les secteurs réglementés [DAFFE/CLP(2001)11], le rapport sur les expériences en matière de séparation structurelle [C(2006)65] et le rapport sur l'expérience récente en matière de séparation structurelle [C(2011)135, Annexe I et CORR1] ;

Reconnaissant qu'il existe des différences dans les caractéristiques des secteurs et des pays, des différences dans les processus de réforme réglementaire et des différences dans la reconnaissance de l'efficacité des politiques structurelles, des politiques comportementales etc., et que ces

différences devraient être prises en compte lorsque l'on examine les questions structurelles ;

Reconnaissant que les entreprises réglementées, en particulier dans les industries de réseaux, opèrent souvent à la fois dans des activités non concurrentielles et dans des activités complémentaires concurrentielles ;

Reconnaissant que le degré de concurrence qui peut être maintenu dans les activités complémentaires concurrentielles varie mais que, lorsque ces activités peuvent supporter une concurrence effective, il est souhaitable de faciliter cette concurrence en tant qu'instrument permettant de maîtriser les coûts, de promouvoir l'innovation et d'accroître globalement la qualité de la réglementation, au bénéfice en fin de compte des utilisateurs et consommateurs finaux ;

Reconnaissant que, dans ce contexte, l'entreprise réglementée a la possibilité, en l'absence de mesures antitrust ou de mesures réglementaires**,** de limiter la concurrence en restreignant la qualité ou autres conditions auxquelles les entreprises concurrentes en amont ou en aval ont accès aux services de l'activité non concurrentielle, en restreignant la capacité de l'activité non concurrentielle afin de limiter les possibilités d'entrée de nouvelles entreprises dans l'activité complémentaire**,** ou en utilisant les procédures réglementaires et juridiques pour retarder la fourniture d'un accès ;

Reconnaissant que, suivant la structure du secteur, une entreprise réglementée qui opère à la fois dans une activité non concurrentielle et une activité concurrentielle complémentaire peut aussi être incitée à restreindre la concurrence dans l'activité complémentaire ;

Reconnaissant que ces restrictions de la concurrence sont généralement préjudiciables à l'efficience et aux consommateurs ;

Reconnaissant qu'il existe une variété de politiques susceptibles d'être poursuivies qui cherchent à renforcer la concurrence et la qualité de la réglementation en s'attaquant aux incitations et/ou à la capacité des entreprises réglementées à contrôler l'accès. Ces politiques peuvent, en gros, être réparties entre celles qui s'attaquent en premier lieu aux incitations de l'entreprise réglementée (comme la séparation verticale de la propriété ou le club ou la propriété conjointe) et que l'on peut appeler politiques structurelles, et les politiques qui s'attaquent en premier lieu à la capacité de l'entreprise réglementée à refuser l'accès (comme la réglementation de l'accès), que l'on peut appeler politiques comportementales ;

Considérant que les politiques comportementales, contrairement aux politiques structurelles, n'éliminent pas l'incitation qu'a l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence ;

Considérant que, malgré tous les efforts des autorités de contrôle, les mesures réglementaires axées sur les comportements qui visent à limiter la possibilité pour une entreprise réglementée intégrée de restreindre la concurrence peuvent conduire à une moindre concurrence que cela ne serait le cas si l'entreprise réglementée n'avait pas l'incitation à restreindre la concurrence ;

Considérant que, de ce fait, l'efficience et l'efficacité de la réglementation de l'activité non concurrentielle, la capacité disponible pour assurer l'accès, le nombre d'accords en matière d'accès et la facilité avec laquelle ces accords sont conclus ainsi que le niveau global de concurrence dans l'activité concurrentielle peuvent être plus élevés, dans le cadre de politiques structurelles ;

Considérant que, dans de telles circonstances, il est d'autant plus nécessaire, pour prévenir et s'attaquer aux restrictions à la concurrence, que les autorités de concurrence disposent des instruments appropriés, en particulier de la capacité de prendre des mesures intérimaires adéquates ;

Considérant que certaines formes de séparation partielle d'une entreprise réglementée (par exemple séparation comptable ou séparation fonctionnelle) peuvent ne pas éliminer l'incitation pour l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence et donc peuvent être moins efficaces en général pour ce qui est de faciliter la concurrence que les politiques structurelles, quoiqu'elles puissent jouer un rôle important et utile en apportant leur soutien à certaines politiques comme la réglementation de l'accès ;

Reconnaissant que, dans certaines circonstances, le fait d'autoriser une entreprise réglementée opérant dans une activité non concurrentielle à opérer dans une activité concurrentielle complémentaire permet à l'entreprise réglementée d'obtenir d'importants gains d'efficience sur le plan économique ou de fournir un niveau déterminé de services universels ou de fiabilité des services ;

Reconnaissant que les décisions structurelles dans les secteurs réglementés exigent souvent des arbitrages délicats, complexes et ayant un grand retentissement, ce qui nécessite une indépendance vis-à-vis du secteur réglementé et requiert des compétences, de l'expérience et de la transparence

pour évaluer les effets sur la concurrence et comparer ces effets avec les gains d'efficience résultant de l'intégration ; et

Reconnaissant que les frontières entre les activités qui sont potentiellement concurrentielles et les activités qui peuvent être non concurrentielles sont susceptibles de changer et qu'il serait coûteux et inefficace d'ajuster continuellement le degré de séparation verticale ;

I. RECOMMANDE ce qui suit aux gouvernements Membres :

1. Lorsqu'ils sont confrontés à une situation dans laquelle l'entreprise réglementée opère simultanément ou est susceptible de le faire dans le futur, dans une activité non concurrentielle et dans une activité complémentaire potentiellement concurrentielle, les Membres devraient bien peser les bénéfices et les coûts des mesures structurelles contre les bénéfices et les coûts des mesures comportementales.

Les coûts et bénéfices à mettre en balance incluent les effets sur la concurrence, les effets sur la qualité et le coût de la réglementation, les effets sur les incitations à l'investissement des entreprises, les coûts de transition des modifications structurelles et les bénéfices économiques et d'intérêts généraux de l'intégration verticale, à la lumière des caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné.

Les coûts et bénéfices à mettre en balance devraient être ceux qui sont reconnus par l(es) autorité(s) compétente(s), y compris l'autorité de concurrence, à partir de principes définis par le Membre. Cette mise en balance devrait intervenir tout particulièrement dans le cadre de la privatisation, de la libéralisation ou de la réforme réglementaire.

2. Aux fins de la présente Recommandation :

(a) on entend par « entreprise » une entité juridique ou un groupe d'entités juridiques où le degré d'interdépendance (par exemple participations au capital) entre les entités dans le groupe est suffisant pour que ces entités soient considérées comme une seule entité au regard des lois nationales régissant les concentrations économiques ;

(b) on entend par « entreprise réglementée » une entreprise, qu'elle soit privée ou sous contrôle public, qui est soumise à une réglementation économique visant à contenir l'exercice de puissance sur le marché de la part de cette entreprise ;

(c) on entend par « activité non concurrentielle » un marché économique, défini suivant les principes de concurrence généralement acceptés, dans lequel, à la suite d'une réglementation ou des caractéristiques propres de l'offre et de la demande sur le marché, une entreprise a une puissance sur le marché substantielle et durable ;

(d) on entend par « activité concurrentielle » un marché économique, défini suivant les principes de concurrence généralement acceptés, dans lequel l'interaction entre les fournisseurs effectifs et potentiels a pour effet en pratique de limiter la puissance sur le marché d'un fournisseur quelconque ; et

(e) le terme « complémentaire » est employé dans un sens large et englobe des produits (et services) qui se renforcent mutuellement. Les produits qui sont complémentaires de l'activité non concurrentielle d'une entreprise réglementée comprennent donc (1) les produits achetés par l'entreprise auprès de fournisseurs (en amont), (2) les produits vendus par l'entreprise aux clients (en aval), et (3) d'autres produits utilisés conjointement aux produits non concurrentiels de l'entreprise, et ce lorsque la réussite des concurrents à fournir ces produits dépend de leur capacité ou de la capacité de leurs clients à avoir accès aux produits non concurrentiels.

II. CHARGE le Comité de la concurrence :

1. de faire office, à la demande des Membres concernés, de forum de consultation sur la mise en œuvre de la Recommandation ; et

2. d'examiner l'expérience des Membres dans la mise en œuvre de la Recommandation modifiée et de faire rapport au Conseil dans les trois ans sur la mise en œuvre de cette Recommandation, et sur toute éventuelle amélioration ou révision à y apporter.

III. INVITE les non-Membres à adhérer à cette Recommandation et à la mettre en œuvre.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements oeuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. L'Union européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.