

Déjeuner du Cercle des Réseaux  
européens avec Lambros Papadias,

DG concurrence

Novembre 2008

Athenora  Consulting

**La doctrine de la DG concurrence sur les questions d'abus, d'entente, de concentrations et d'aides d'Etat dans les réseaux**

La politique de la concurrence est l'un des **pilliers de la construction européenne** présente dès les origines. En effet, dès 1957 et le Traité de Rome, elle fait partie des compétences communes attribuées à la Communauté économique européenne (CEE). La Commission européenne, avec l'appui des tribunaux européens, a mis en place le cadre de la politique de la concurrence. Ce cadre a été édifié avec le souci de **promouvoir l'ouverture du marché** tout en renforçant les institutions communautaires.

L'UE est ainsi fondée depuis ses origines sur un **modèle économique ouvert de marché**, selon la conviction qu'un environnement concurrentiel favorise la croissance et la compétitivité de l'industrie et permet de créer le maximum de richesses pour toute la société. La concurrence s'est donc progressivement renforcée, contrepartie de la libre circulation des marchandises découlant de la réalisation du marché commun.

L'instauration d'une politique économique fondée sur le **principe de la libre concurrence** ne fait pas l'unanimité auprès des citoyens européens, comme l'ont notamment montré les débats sur la directive services ou le référendum de 2005. La politique de concurrence, souvent assimilée à un « libéralisme économique » est souvent décriée. Or, **elle a justement été mise en place pour lutter contre les dérives de l'économie de marché** en protégeant les consommateurs de pratiques abusives des entreprises dominantes (prix trop élevés, services dégradés, discriminations, etc.).

La politique de la concurrence se trouve donc au cœur de nombreux débats notamment en matière de services publics ou de compétitivité industrielle autour de l'enjeu suivant : **comment concilier les obligations liées au processus de libéralisation des services de réseau aux logiques d'organisation particulière de ces secteurs dont**

**le maintien des objectifs de service public** ? En effet, une des constantes de la politique de la concurrence au plan européen a été d'accompagner la libéralisation des secteurs monopolistiques nationaux.

## **I / Le cadre institutionnel de la politique de concurrence**

La définition même de la politique de concurrence peut être objet de débat, parfois avec des positions très extrêmes. Si certains la perçoivent comme un **outil**, à la disposition de la Commission européenne, chargé de promouvoir une **politique économique libérale** détruisant les services publics et interdisant aux Etats de sauver leurs industries en crise. D'autres l'analysent comme un **instrument de protection des consommateurs et de régulation des activités économiques**. Sans doute est-elle un peu des deux.

Le cadre institutionnel de la **politique de concurrence émerge à la fois des Traités** et des **nombreuses directives de libéralisation des marchés** (télécom, transport, services postaux, gaz, électricité).

La politique de la concurrence se traduit dans les faits par **deux types de règles**, celles **vis-à-vis des entreprises** (ententes, abus de position dominante, concentrations) et **celles à l'égard des interventions de l'État** (aides d'Etat, monopoles).

L'article 81 du traité interdit les **accords** entre entreprises qui peuvent affecter le commerce entre Etats membres et ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de **fausser le jeu de la concurrence** à l'intérieur du marché commun.

L'article 82 du Traité interdit aux entreprises d'exploiter de façon abusive une **position dominante** sur un marché pertinent. La position dominante d'une entreprise est une situation de puissance économique qui lui permet d'agir indépendamment du comportement de ses concurrents, de ses clients et, au final, des consommateurs. Le fait de détenir un tel pouvoir n'est pas interdit en soi. Ce que le Traité prohibe est l'abus de ce pouvoir qui consiste en son utilisation pour mettre en œuvre des pratiques prédatrices, discriminatoires ou fidélisantes ayant pour objet ou pour effet de restreindre les conditions de concurrence.

En matière de contrôle des **concentrations**, l'action de la Commission est économique et vise, en ce sens, à empêcher ou modifier des concentrations qui entraveraient une concurrence effective, notamment en renforçant une position dominante.

Au regard des règles de concurrence applicables aux Etats (articles 87 à 89 du Traité de Rome), l'accent sur la lutte contre les **aides d'Etat** témoigne d'une volonté d'approfondir le marché intérieur et de s'assurer que les Etats membres ne se renferment pas dans des logiques nationales.

La Commission définit une aide d'Etat par quatre critères cumulatifs : tout d'abord, elle doit engendrer un avantage net pour son bénéficiaire. Deuxièmement, elle doit être sélective au sens où elle vise un bénéficiaire spécifique. Troisièmement, elle doit être directement financée par des ressources publiques. Enfin, l'aide doit affecter les échanges entre les Etats membres. La Commission européenne évalue le bilan entre la distorsion de concurrence due à l'aide et la contribution de celle-ci à l'intérêt communautaire.

Par ailleurs, depuis plusieurs années, la politique de la Commission européenne est, via des **directives sectorielles**, de libéraliser les industries de réseau soumises à monopole public dans tous les domaines, télécommunications, énergie, transports, poste. Forte de sa conviction que la libéralisation est porteuse de bénéfices en termes d'amélioration de

la productivité, de réduction des coûts d'exploitation et de baisse des prix pour les consommateurs, la Commission a investi ces différents champs.

On assiste ainsi depuis les années 1990 à **la libéralisation de secteurs qui relevaient dans la plupart des États membres d'un monopole**. Dans le secteur aérien, à partir du 1er janvier 1993, les lignes internationales entre États membres ont été ouvertes à la concurrence, suivies depuis le 1er avril 1997, par les lignes internes qui ont été libéralisées. Pour le transport ferroviaire, le libre accès a été étendu au réseau trans-européen de fret ferroviaire le 1er mars 2003, et à l'ensemble du réseau international de fret en 2008. Pour les voyageurs, la libéralisation des voyages internationaux est prévue au 1er janvier 2010. Dans le domaine des télécommunications, la libéralisation a également été largement mise en œuvre, tout comme dans celui de l'électricité. La question qui se pose est celle de la compatibilité du droit communautaire en matière de concurrence et du respect des missions de service public. Comment concilier concurrence et missions de service public ?

## **II/ Faut-il une politique de la concurrence spécifique dans les industries de réseau ?**

Le secteur des industries de réseau est très réglementé suite aux processus de libéralisation. Le premier constat qui peut être fait en la matière est l'existence de **possibles conflits entre les Autorités**. En effet, alors que **les Autorités de concurrence** ont pour objectif l'efficacité ou le progrès économique et mettent l'accent sur la **régulation ex post** ; les **Autorités sectorielles** ont aussi un objectif de redistribution ou d'équité avec un accent sur la **régulation ex ante**.

Par ailleurs, de nombreuses questions se posent au regard des industries de réseau. Premièrement, **comment apprécier la coopération dans les industries de réseau ? Comment apprécier les positions dominantes ?** En effet, la tendance à la monopolisation peut se traduire par des sources d'efficacité. Comment lutter contre un acteur en position dominante, en favorisant l'apparition d'un autre acteur en position dominante ? Comment contrôler les fusions ? En effet, il semble difficile de mener une analyse prospective dans des secteurs en perpétuels changements.

La difficulté au regard de l'adaptation du droit de la concurrence aux industries de réseau consiste à introduire la concurrence dans un secteur où elle n'existait pas préalablement et à **assurer la qualité du service public dans un environnement concurrentiel**.

Le cadre concurrentiel prôné depuis l'Acte unique européen de 1986 et la libéralisation des services publics marchands depuis 1996 se sont traduits par une modification des pratiques réglementaires et par la mise en place d'autorités de régulation. Ainsi, les lois libéralisant les services publics en réseau ont mis en place des **autorités de régulation pour accompagner l'ouverture à la concurrence**. Ces autorités disposent de larges pouvoirs pour sanctionner les comportements anticoncurrentiels et des compétences étendues pour enquêter, analyser le marché et proposer au législateur des évolutions dans la réglementation.

Ces dernières sont chargées de veiller à la fois au bon fonctionnement des secteurs libéralisés et au **maintien d'obligations de service public**, ou - pour reprendre une terminologie européenne - de service universel. Le service universel se définit comme un service minimum donné, dont la qualité est spécifiée, accessible à tout utilisateur et à un prix acceptable. Le service universel peut être considéré comme un service de base dans un environnement concurrentiel.

Réaffirmés en 2001, 2003 et 2004, l'Union européenne a fixé **deux principes pour réformer les industries en réseau** : la **segmentation verticale**, qui restreint le champ du monopole aux segments de leurs activités dont les rendements sont croissants (réseaux de transport d'électricité, infrastructures ferroviaires, boucles locales des télécommunications, par exemple), et la **modification des pratiques de réglementation**, en veillant notamment aux pratiques de tarification de l'accès aux infrastructures, au respect des obligations de service public par les opérateurs et à l'absence de subventions croisées. L'un des constats que l'on peut faire est que le degré de concurrence atteint aujourd'hui n'est pas identique dans chaque secteur et il diffère également d'un pays à l'autre.

Au cœur des débats se trouve la **question de la nature juridique des compensations versées par l'État à des entreprises publiques ou privées au titre des obligations de service public**. À cet égard, la Commission européenne exerce une vigilance particulière sur ces compensations afin d'éviter une surcompensation des services d'intérêt général au moyen d'aides d'État qui auraient pour résultat de fausser la concurrence.

Afin de **concilier concurrence et missions de service public**, la **Commission européenne s'attache à déterminer précisément la nature des aides d'État compatibles** avec les dispositions du Traité.

L'articulation des articles 87 et 86.2 du TCE régissant le régime juridique du service public dans l'Union européenne a fait l'objet d'un contentieux auprès de la Cour de justice des Communautés européennes. Avec **l'arrêt Altmark de 2003**, la CJCE précise dans quels cas une compensation de service public est considérée comme une aide d'État. Pour éviter de futurs revirements de jurisprudence, la Commission a adopté, le 13 juillet 2005, une série de textes, connus sous les appellations de **« paquet Monti »** ou **« paquet Altmark »**. Mais ses dispositions n'ont pas épuisé le débat sur le contour des notions de service public.

Ainsi, si la Commission reconnaît la nécessité de maintenir certains principes au regard des obligations de service public historiquement portées par les industries de réseau, elle veille cependant à ce que les moyens mis en œuvre ne restreignent pas la concurrence et les échanges plus que nécessaire. Elle a d'ailleurs rappelé à l'occasion de sa **Communication sur les services d'intérêt général en Europe** (novembre 2007) que son approche était pragmatique, progressive et modulée en fonction des circonstances spécifiques de chaque secteur.

De son côté, le **Traité de Lisbonne rappelle la place occupée par les services d'intérêt économique général** dans la promotion de la cohésion économique, sociale et territoriale. Il prévoit également que la loi européenne respecte la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, « de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

La Commission fait également des efforts pour **renforcer la transparence** de sa politique et pour faciliter la prévisibilité de ses analyses. Elle a ainsi adopté une **communication sur la définition du marché pertinent aux fins d'application du droit communautaire de la concurrence**. La définition du marché pertinent est en effet une étape très importante de l'analyse concurrentielle dans la mesure où elle est un outil qui permet de fixer le cadre dans lequel la concurrence entre les entreprises sera évaluée. Par exemple, le marché pertinent qui est défini à la fois dans sa dimension matérielle, marché de produit ou de service, et dans sa dimension géographique permet de calculer les parts de marché des entreprises, qui fourniront un indicateur important du pouvoir de marché de ces entreprises, aux fins de l'évaluation de la position dominante ou de l'application de l'article 85 du Traité.

## Conclusion

La politique de concurrence est-elle simplement au service du libéralisme économique en Europe ? Elle a souvent été accusée de nier la possibilité de mettre en place des politiques industrielles nationales ambitieuses, de détruire les grands services publics nationaux ou, encore, de se considérer comme l'alpha et l'oméga de la politique économique en Europe.

Comment trouver le juste équilibre entre la concurrence en Europe d'une part et la nécessité d'autre part, dans un contexte concurrentiel international, de définir une **politique industrielle ambitieuse** qui passe par le maintien de « champions nationaux ». Le problème réside cependant plus dans l'incapacité des Etats à donner aux institutions communautaires des compétences dans ce domaine, c'est-à-dire à se mettre d'accord pour conduire des actions de politique industrielle au niveau européen. Ainsi, ni la DG Concurrence, ni un autre service de la Commission européenne n'est en charge d'une politique industrielle européenne.

Cependant, dans un contexte où les autorités communautaires doivent tout à la fois encourager la compétitivité européenne et veiller au libre jeu de la concurrence, **l'approche traditionnelle de la politique de la concurrence est-elle encore adaptée** ? Quel est le meilleur moyen pour aboutir au Marché unique ? Comment résoudre le problème des interconnexions, de la gestion des congestions, des régulateurs européens, du patriotisme européen ou national des entreprises ?

La question qui se pose est celle du **modèle de régulation dont les entreprises ont besoin pour se développer** face à une concurrence de plus en plus mondiale. Il faut également **mettre en cohérence la politique de concurrence et les exigences européennes en matière de changement climatique ou d'indépendance énergétique**. Comment créer des mécanismes de formation des prix qui permettent de donner un signal d'investissement dans les énergies sans émission de CO2.

Enfin, la **politique de concurrence a montré sa forte capacité d'adaptation en temps de crise**. Ainsi, confrontée à la crise financière, la Commission a adapté très rapidement sa doctrine en matière de politique de concurrence. Neelie Kroes a d'ailleurs été étroitement associée aux différents plans de sauvetage des banques européennes. Face aux risques d'effondrement du système financier, elle a immédiatement décidé d'appliquer l'article 87-3-b du traité de Rome qui valide les aides d'État visant « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ». Elle a également reçu l'habilitation de la Commission de valider seule (c'est-à-dire sans faire approuver ses décisions par le collège des 27 commissaires) ces aides d'État durant 3 mois.

Nous avons eu le plaisir d'écouter Lambros Papadias lors du déjeuner du Cercle du 12 novembre. Lambros Papadias, avocat de formation, est actif depuis quinze ans dans le domaine des réseaux en particulier dans les télécommunications.

M. Papadias nous a présenté en introduction un historique du droit de la régulation des réseaux. Passage d'une situation de monopole à la dérégulation des années 80 avec dé-intégration et apparition de nouveaux droits accès. Aujourd'hui de nouvelles questions se posent: comment gérer la multiplicité des acteurs, comment faire face à l'asymétrie de l'information, faut-il privilégier la soft ou hard régulation, contrôle ex post ou ex ante, comment sauvegarder intérêt de la société?...

Pour répondre à ces nouvelles questions, la Commission publie des livres verts et blancs et elle réunit les acteurs lors de forums ou d'auditions publiques.

Le secteur des télécommunications est souvent utilisé comme un benchmark des évolutions à venir dans les autres secteurs de réseaux. Ainsi, de la mise en place progressive d'une forme d'agence fédérale de la régulation à l'instar des Etats-Unis qui prend forme étape après étape (coordination des régulateurs nationaux, puis création d'un groupe européen des régulateurs, puis régulateur européen). La Commission souhaite détenir le pouvoir de régulation pour dépasser son pouvoir actuel de veto des décisions nationales (article 7).

En matière de fibres optiques, la doctrine qui semble prévaloir est qu'il s'agit d'un réseau indispensable, une nouvelle sorte de monopole naturel. Le réseau ne peut donc être laissé entre les seuls mains des opérateurs privés et doit être ouvert à tous. Il faut éviter les duplications inutiles et laisser les autorités publiques construire ou financer de tels réseaux. L'Europe s'écarte ainsi des Etats-Unis qui refuse l'ouverture aux tiers des réseaux de fibres privés.

Les fibres ne sont pas comparables aux mobiles, une fois installées, il ne doit pas y avoir de duplications mais accès aux tiers et possible mise en place/financement par les autorités publiques (service universel/SIEG non soumis au régime des aides d'Etat si absence de sur-compensations).

Si M. Papadias constate que le secteur de l'énergie est très différent de celui des télécommunications (non stockage,...), il pense que les mêmes évolutions sont en cours en terme de régulation européenne. Le secteur énergétique est de plus en plus européen avec l'augmentation des interconnexions. Il faut à tout prix éviter dans ce secteur le choix de modèles de court terme (spot markets) qui empêche de planifier les besoins en énergie à l'instar de ce qui s'est passé en Californie. Par ailleurs, l'arrêt Meroni ne semble pas être un obstacle à la création de régulateur européen.

En matière de transport, il faut éviter les erreurs commises au Royaume-Uni avec un trop grand nombre d'acteurs et la multiplication des accidents.