

COLLÈGE D'EUROPE  
CAMPUS DE BRUGES  
DÉPARTEMENT DE DROIT

**Le contrôle des concentrations dans le secteur de  
l'énergie :  
Un outil au service du processus de libéralisation ?**

Directeur : **Prof. D. GERADIN**

Mémoire présenté par  
**Jennifer BOUDET**  
Pour le  
Diplôme d'Etudes Juridiques  
Européennes Approfondies

Année académique 2008 - 2009

## ***“Déclaration sur l’honneur***

*Je déclare sur l’honneur que ce mémoire a été écrit de ma main, sans aide extérieure non autorisée, qu’il n’a été présenté auparavant dans aucune autre institution pour évaluation, et qu’il n’a jamais été publié, dans sa totalité ou en partie. Toutes parties, mots ou idées, aussi limités soient-ils, y compris des tableaux, graphiques, cartes etc. qui sont empruntés ou qui font référence à d’autres sources bibliographiques sont présentés comme tel, sans exception aucune.”*

Nombre de mots : 14 816

## **MOTS CLES**

Energie

Contrôle des concentrations

Libéralisation

Intérêts légitimes

Remèdes

Champions nationaux

Oligopole

## ABSTRACT

La réalisation du marché intérieur de l'énergie constitue le moyen de diminuer le coût de l'énergie pour les consommateurs tout en assurant d'autres objectifs tels que la sécurité d'approvisionnement. Toutefois, les marchés européens du gaz et de l'électricité connaissent de nombreuses défaillances identifiées par la Commission dans son rapport résultant d'une enquête sectorielle lancée en 2005. La concentration des marchés constitue une des défaillances contre laquelle la Commission entend lutter. Les Directives de libéralisation ne suffisant pas, elle prône une application renforcée du droit de la concurrence, en particulier du droit du contrôle des concentrations. L'objet de cette étude est dès lors d'analyser l'utilisation de ces règles dans le cadre du processus de libéralisation des marchés énergétiques en Europe.

Après une brève explication de la vague de concentrations ayant eu lieu dans le secteur énergétique depuis le commencement de la libéralisation et du contexte qui l'entoure, nous nous intéresserons à l'utilisation des règles du contrôle des concentrations. Cette étude tente de mettre en exergue l'utilisation orientée de ses règles. Les Etats membres tout d'abord tendent à favoriser les opérations de concentrations se produisant entre des entreprises nationales tout en posant des obstacles aux opérations impliquant l'entrée sur leurs territoires d'acteurs étrangers. La possibilité que leur offre le règlement CE sur les concentrations d'invoquer certains intérêts légitimes leur permet d'interdire ou de poser des conditions à de telles opérations.

La Commission quant à elle favorise les concentrations de nature transfrontalière afin d'aider à la réalisation du marché intérieur et au développement de l'aspect concurrentiel de ce marché. Pour ce faire, elle a recours à un outil particulier : les remèdes. De tels rapprochements entre entreprises favorisant le marché intérieur, il n'est pas dans l'intérêt de la Commission de les interdire. Les remèdes permettent d'éliminer les effets négatifs qui pourraient résulter d'une opération de concentration. Cette étude propose une analyse des différents remèdes ayant été acceptés par la Commission afin de résoudre un problème de concurrence. Nous verrons que le plus souvent une combinaison de différents remèdes est proposée.

Cette étude fait ressortir le caractère politique de l'utilisation des règles relatives au contrôle des concentrations. Les Etats font preuve d'une volonté affirmée de protéger leurs « champions nationaux », ravivant le spectre du protectionnisme économique ne faisant pas bonne figure dans le cadre de la construction européenne. La Commission de son côté semble accepter des remèdes n'apparaissant pas toujours nécessaires au rétablissement de la situation pré-concentration, ce qui laisse entrevoir un dessein à plus long terme de structuration du marché européen de l'énergie.

La conclusion à laquelle cette étude parvient indique que ces politiques, si elles ont permis l'accroissement de la concurrence au niveau national, n'ont pas conduit à la mise en place d'une structure du marché concurrentielle au niveau européen mais de type oligopolistique.

## ABBREVIATIONS

<i>CE</i>	Communautés européennes
<i>CJCE</i>	Cour de Justice des Communautés européennes
<i>C.M.L.Rev</i>	Common Market Law Review
<i>CNE</i>	Comisión Nacional de Energía
<i>DG</i>	Direction Générale
<i>ECMR</i>	European Merger Control Regulation
<i>EU</i>	European Union
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>Recueil</i>	Recueil de jurisprudence
<i>TPI</i>	Tribunal de Première Instance

# SOMMAIRE

<b>1</b>	<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>LES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ENERGIE : LE RESULTAT DU PROCESSUS DE LIBERALISATION ? .....</b>	<b>3</b>
<b>2.1</b>	<b>Une forte vague de concentrations: l'adaptation des entreprises .....</b>	<b>3</b>
2.1.1	Contexte des monopoles nationaux.....	3
2.1.2	Difficultés liées aux particularités du secteur de l'énergie.....	4
<b>2.2</b>	<b>Des formes variées.....</b>	<b>5</b>
2.2.1	Des types différents.....	5
2.2.2	Des objectifs diversifiés .....	6
2.2.2.1	Elargissement des marchés géographiques .....	7
2.2.2.2	Elargissement des marchés de produits.....	8
<b>3</b>	<b>L'UTILISATION DES REGLES DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ENERGIE.....</b>	<b>9</b>
<b>3.1</b>	<b>La tentative de limitation des conséquences de la libéralisation par les Etats membres : la protection des champions nationaux.....</b>	<b>9</b>
3.1.1	La règle des deux tiers.....	10
3.1.2	L'invocation de l'article 21 § 4 du Règlement .....	12
3.1.2.1	La définition des intérêts légitimes .....	12
3.1.2.2	L'invocation des intérêts légitimes dans le secteur de l'énergie .....	15
3.1.2.2.1	La <i>Saga Endesa</i> .....	15
3.1.2.2.2	Le contrôle de l'invocation des intérêts légitimes .....	17
3.1.2.2.2.1	La réaction de la Commission européenne.....	17
3.1.2.2.2.2	La réaction du juge communautaire .....	19

<b>3.2</b>	<b>La tentative d'accélération du processus de libéralisation par la Commission: le recours aux « remèdes » .....</b>	<b>21</b>
3.2.1	Explication des mesures correctives .....	21
3.2.1.1	Une appréciation globale de leur rôle .....	21
3.2.1.2	La classification traditionnelle des remèdes .....	22
3.2.1.3	La particularité du secteur de l'énergie : un secteur en voie de libéralisation .....	23
3.2.2	L'activisme de la Commission .....	26
3.2.2.1	Les différents types de remèdes .....	26
3.2.2.1.1	La cession : un remède structurel essentiel .....	26
3.2.2.1.2	Les programmes de cession d'énergie .....	28
3.2.2.1.3	Les remèdes comportementaux d'accès .....	31
3.2.2.1.4	Les engagements relatifs aux contrats .....	32
3.2.2.2	Les « remedy packages » : illustration de l'activisme de la Commission .....	33
3.2.2.3	L'approche dynamique de la Commission .....	34
3.2.3	La critique de la pratique décisionnelle de la Commission .....	35
3.2.3.1	Des remèdes complexes .....	35
3.2.3.2	La raison d'être des remèdes : un statu quo respecté ? .....	37
3.2.3.3	Rôle quasi-régulateur de la Commission ? .....	39
<b>4</b>	<b>ANALYSE DES CONSEQUENCES SUR LE MARCHE EUROPEEN DE L'UTILISATION DES REGLES DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS .....</b>	<b>41</b>
4.1	La création de champions nationaux et/ou paneuropéens .....	41
4.2	Vers un oligopole européen ? .....	43
<b>5</b>	<b>CONCLUSION .....</b>	<b>45</b>
<b>6</b>	<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>47</b>

# 1 INTRODUCTION

L'annonce par le groupe énergétique suédois Vattenfall de son acquisition du néerlandais Nuon en février 2009 est une illustration de la vigueur des opérations de concentrations dans le secteur de l'énergie. Cette annonce suit de peu celle de l'acquisition d'une autre entreprise néerlandaise, Essent, par la compagnie RWE numéro deux sur le marché allemand de l'énergie<sup>1</sup>. Ces rachats par des compagnies étrangères d'entreprises nationales font l'objet de vives critiques aux Pays-Bas, d'autant qu'ils font suite à une tentative de création d'un champion national au travers une fusion avortée entre Nuon et Essent<sup>2</sup>.

Bien que cet épisode démontre l'actualité du thème des concentrations dans le secteur de l'énergie, pourquoi ce sujet mérite-t-il que l'on s'y intéresse ? En 2007, la Commission a publié son rapport final sur l'enquête sectorielle lancée sur les marchés du gaz et de l'électricité<sup>3</sup>. La forte concentration des marchés est identifiée comme l'une des défaillances essentielles qu'il convient de solutionner afin que la concurrence fonctionne et que la « *libéralisation puisse porter ses fruits* »<sup>4</sup>. Dans cette optique, la Commission indique qu'« *une intervention de la Communauté en vertu du règlement sur les concentrations [est] cruciale* »<sup>5</sup>.

L'étude de l'utilisation des règles du contrôle des concentrations est d'autant plus essentielle que, ces règles étant d'application *ex ante*, leur influence sur le développement du secteur énergétique peut être déterminante. La politique choisie par la Commission ainsi que par les Etats membres revêt une importance capitale ; les risques en cas de mauvaise analyse ou de choix erroné étant forts.

---

<sup>1</sup> Communiqué de Presse de Vattenfall, « Nuon and Vattenfall join forces to create a leading European energy company », 23 février 2009, disponible sur :

[http://www.vattenfall.com/www/vf\\_com/vf\\_com/370103press/558539press/index.jsp?pmid=99421](http://www.vattenfall.com/www/vf_com/vf_com/370103press/558539press/index.jsp?pmid=99421)

<sup>2</sup> *Ibid*

<sup>3</sup> Communication de la Commission, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 - Non publié au Journal officiel

<sup>4</sup> *Ibid*, point 4.

<sup>5</sup> *Ibid*, point 42.

Outre le rôle fondamental de la Commission, le processus de libéralisation implique des bouleversements majeurs pour les Etats en ce qui concerne la gestion des entreprises, une ouverture à la concurrence devant se substituer au maintien des monopoles. Un fort activisme de la part des Etats a été observé. S'ils ne cherchent pas tellement à repousser la libéralisation, ils souhaitent en atténuer les effets potentiellement négatifs pour leurs entreprises. Les compagnies énergétiques sont vitales pour un Etat que ce soit en termes de sécurité d'approvisionnement ou d'opinion publique.

Dans un premier temps, il semble opportun de dresser un tableau général du mouvement de rapprochement des entreprises qui a pris forme depuis le commencement de la phase de libéralisation afin d'en comprendre le contexte.

La partie suivante constitue l'analyse principale de cette étude en ce qu'elle porte sur l'utilisation des règles du contrôle des concentrations. En premier lieu nous essaierons de démontrer que la politique de la Commission consiste à utiliser ces règles, si ce n'est comme un moyen direct, du moins comme un soutien au processus de libéralisation. Puis, nous nous intéresserons aux Etats qui, quant à eux, tentent de protéger leurs marchés nationaux des compagnies étrangères tout en encourageant leurs entreprises à conquérir d'autres marchés.

En dernier lieu, nous analyserons les conséquences à plus long terme de ces politiques en termes d'ouverture à la concurrence et de réalisation du marché intérieur.

## **2 LES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ENERGIE : LE RESULTAT DU PROCESSUS DE LIBERALISATION ?**

De façon anticipée, avant même le début de la libéralisation du secteur énergétique, les compagnies ont entrepris de nombreuses concentrations qui caractérisent aujourd'hui ce secteur.

### **2.1 Une forte vague de concentrations: l'adaptation des entreprises**

Ces dernières années ont constitué une période prospère pour certaines entreprises énergétiques. En prévision de la mise en place du processus de libéralisation ou en réaction à ce dernier, les entreprises actives sur ces marchés se sont fortement rapprochées, créant ainsi une vague de concentrations sans précédent. Si différentes raisons expliquent ce phénomène, nous allons voir que les entreprises ont tenté de s'adapter à l'accroissement de la concurrence à la fois au niveau national et européen. Cette nécessaire adaptation résulte principalement des caractéristiques particulières que présente ce secteur.

#### **2.1.1 Contexte des monopoles nationaux**

Le secteur de l'énergie constitue une industrie de réseau au même titre que les télécommunications ou encore le secteur postal. L'organisation de ces industries autour d'une entreprise verticalement intégrée, bien souvent contrôlée par l'Etat, était, dans la période pré-libéralisation, dominante. Cette entreprise disposait de droits exclusifs et/ou spéciaux. Il s'agissait du mode d'organisation traditionnel des industries de réseau et ce pour diverses raisons liées notamment à leurs particularités. Malgré tout, de nombreux

marchés distincts restaient identifiables tels que le marché de la production, du transport et de la distribution en gros ou au détail.

Dans les années quatre-vingt, un changement majeur s'est opéré. Le fonctionnement de cette forme de gestion fut remis en cause au vu notamment de la médiocrité de la performance de certains monopoles nationaux, de la faible qualité des produits et du coût élevé de ceux-ci. La décision d'entamer le processus de libéralisation fut prise. L'espoir était de transformer ces entreprises en acteurs compétitifs ainsi que d'inciter de nouveaux opérateurs à entrer. L'objectif consistait également à développer le commerce transfrontalier afin d'améliorer la sécurité, la flexibilité ainsi que la qualité de l'offre. Cette libéralisation s'est traduite par une application combinée des règles de concurrence et de régulation. Elles ont constitué des outils aux mains notamment de la Commission pour rendre ce secteur concurrentiel.

La situation pré-libéralisation se caractérise ainsi par l'existence de marchés nationaux isolés les uns des autres. Les directives de libéralisation prescrivent dès lors l'abolition des monopoles nationaux pour les marchés du gaz et de l'électricité. Elles prévoient également un cadre permettant l'entrée de nouveaux acteurs sur les marchés, l'accès aux infrastructures et le libre choix des consommateurs.

### **2.1.2 Difficultés liées aux particularités du secteur de l'énergie**

Le secteur énergétique présente certaines caractéristiques expliquant la persistance de l'intervention étatique. Elles tiennent en premier lieu au fait qu'il s'agit d'une industrie de réseau. A ce titre, l'intervention étatique a longtemps été justifiée. P. CAMERON, a classé ces caractéristiques comme suit. Tout d'abord, ces activités s'effectuent sur plusieurs phases dont certaines restent aujourd'hui des monopoles naturels telles les activités de transport et de distribution. Il est ainsi préférable et plus profitable d'un point de vue économique qu'une seule entreprise soit chargée des activités concernées plutôt que de les ouvrir à la concurrence. Cela s'explique notamment par l'existence d'importants « sunk costs » mais aussi par les fortes économies d'échelle et de gamme. Ensuite, il considère que l'énergie constitue un

secteur essentiel pour la collectivité mais aussi stratégique pour l'Etat. Enfin, les industries de gaz et d'électricité sont d'une grande complexité technique et nécessitent de larges investissements ce qui contribue à la création de barrières à l'entrée des marchés<sup>6</sup>.

A côté de ces raisons liées au caractère d'entreprises de réseau, l'intervention étatique repose également sur des raisons liées au secteur en lui-même. Tout d'abord, les marchés énergétiques sont de façon traditionnelle considérés comme des marchés nationaux. Cela s'explique en particulier par les difficultés de transport transfrontalier. Lors de leur construction, les interconnecteurs, liant les pays les uns avec les autres aux frontières, n'ont été prévus que pour accueillir une faible capacité dans des cas particuliers et non pour un commerce intense. Enfin, l'enjeu de la sécurité d'approvisionnement constitue un facteur majeur de cette politique interventionniste. Les risques liés à la dépendance de nombreux pays européens du gaz provenant de l'extérieur de la Communauté doivent rester limités.

## **2.2 Des formes variées**

Le règlement CE sur les concentrations<sup>7</sup>, ci-après le règlement, reconnaît différentes formes d'opérations comme constitutives de concentrations et entrant donc dans son champ d'application. Après un bref rappel de ces différentes formes, nous verrons que ces opérations répondent à des objectifs variés.

### **2.2.1 Des types différents**

De façon classique les opérations de concentration sont classées en trois groupes distincts. Une concentration est dite horizontale lorsqu'elle implique des entreprises opérant au même stade économique. Elle a pour conséquence immédiate la réduction du

---

<sup>6</sup> P.D. CAMERON, *Competition in energy markets, law and regulation in the European Union*, second edition, Oxford, 2007, p.6.

<sup>7</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004

nombre d'opérateurs sur le marché considéré. Le risque d'atteinte à la concurrence s'en trouve alors renforcé. En effet une concentration élevée sur un marché comporte notamment un risque accru de collusion qu'elle soit expresse ou tacite entre ces opérateurs.

Lorsque les parties à une concentration sont actives à des niveaux économiques différents, on parle d'opération verticale. Le risque se situe ici dans la possibilité que détiendra la nouvelle entité de limiter l'accès de ses concurrents à des marchés ou à des sources d'approvisionnement<sup>8</sup>.

Enfin une concentration peut prendre une forme conglomérale lorsqu'elle s'effectue entre des entreprises non concurrentes et opérant sur des marchés différents mais souvent qualifiés de voisins. L'intérêt pour une entreprise de prendre part à une telle opération réside dans la possibilité d'augmenter sa gamme de produits et dès lors, son pouvoir de marché<sup>9</sup>.

Quant à l'opération de concentration elle-même, une explication détaillée de sa définition dépasserait le cadre de notre analyse. L'article 3 du règlement 130/2004<sup>10</sup> définit ce concept. Une concentration peut prendre la forme d'une fusion qu'il s'agisse d'une fusion-acquisition, d'une fusion-absorption ou encore d'une fusion-scission. Elle peut également se concrétiser au travers une prise de contrôle exclusif se caractérisant par un « *changement de contrôle durable par l'exercice d'une influence déterminante sur une entreprise indépendante* »<sup>11</sup> ou conjoint. Enfin, les parties peuvent décider de créer une entreprise commune.

### **2.2.2 Des objectifs diversifiés**

Les entreprises ont dû s'adapter aux nouvelles conditions des marchés. Une restructuration devait leur permettre de rester actives à long terme tout en renforçant leur position sur ces marchés. Deux tendances fortes ont pu être observées au travers ces concentrations.

---

<sup>8</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2008, p.309.

<sup>9</sup> *Ibid*

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 139/2004, préc. Note 7, art. 3

<sup>11</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, préc. Note 8, p.311.

### 2.2.2.1 *Elargissement des marchés géographiques*

La construction d'un marché unique de l'énergie implique l'émergence d'entreprises actives sur différents marchés géographiques voire sur le territoire européen dans son entièreté. Cet élément est d'une importance particulière dans le secteur énergétique pour lequel nous avons vu que les transactions transfrontalières sont encore réduites. Il faut toutefois noter que la tendance actuelle voit une augmentation du nombre de ces concentrations. Le rachat de l'entreprise hongroise MOL par l'opérateur allemand E.ON<sup>12</sup> ainsi que la tentative de rachat par ce dernier de l'entreprise espagnole Endesa illustrent ce phénomène<sup>13</sup>.

Dans les grands Etats comme l'Allemagne ou la France, les entreprises historiques possédaient de fait dès avant le commencement du processus de libéralisation un monopole sur les marchés énergétiques. Elles disposaient dès lors de moyens importants qui leur ont permis de mener la politique de rachat intensif que l'on connaît. Cette politique d'élargissement géographique leur a permis d'être prêtes à faire face à un accroissement de la concurrence au niveau européen. Leur présence hors de leurs territoires nationaux leur a assuré une assise plus importante sur le marché européen ainsi qu'un pouvoir de marché renforcé. Les opérateurs historiques principalement ont donc pu se renforcer afin, par la suite, d'être plus résistants aux potentiels rachats.

Si nous verrons que certaines opérations illustrent un mouvement de création d'entreprises réellement paneuropéennes, telles que les affaires *E.ON/MOL*<sup>14</sup> ou *E.ON/Endesa*<sup>15</sup>, une série de concentrations illustrent quant à elles une tendance différente. L'affaire *GDF/Suez*<sup>16</sup> par exemple nous évoque immédiatement le terme

---

<sup>12</sup> Décision de la Commission 2006/622/CE du 21 décembre 2005, aff. COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, JO L 253 du 16 septembre 2006, p.20.

<sup>13</sup> Décision de la Commission C2006/114/06 du 25 avril 2006, aff. COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, JO C 114 du 16 mai 2006, p.4.

<sup>14</sup> Préc. Note 12

<sup>15</sup> Préc. Note 13

<sup>16</sup> Décision de la Commission 2007/194/CE du 14 novembre 2006, aff. COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*, JO L 88 du 29 mars 2007, p.47.

« champion national ». Ces entreprises entament bien une opération de renforcement mais qui se cantonne principalement à leur territoire national<sup>17</sup>.

### ***2.2.2.2 Elargissement des marchés de produits***

En parallèle d'un élargissement géographique, les entreprises ont également débuté un élargissement de leurs activités. Depuis le début du XXIème siècle, les compagnies actives sur les marchés électriques ont principalement ciblé les entreprises gazières et inversement. Ce phénomène caractérise un mouvement de convergence. Une telle décision présente un intérêt de nature économique ; les entreprises accroissent leurs activités et leur gamme de produits<sup>18</sup>. L'achat par une compagnie électrique d'une entreprise fournissant du gaz lui permet de s'assurer une sécurité de fourniture de gaz, matière première de plus en plus utilisée dans la production d'électricité. La concentration entre l'opérateur de gaz danois DONG et deux entreprises danoises actives sur les marchés électriques Elsam et E2<sup>19</sup> illustre cette volonté de diversification des activités.

La question se pose de savoir pourquoi les entreprises préfèrent fusionner plutôt que de construire de nouvelles infrastructures. La raison tient certainement aux risques liés à l'incertitude régnant sur les marchés énergétiques, incertitudes de la demande ainsi que des prix. La convergence des activités permet également aux entreprises gazières de réduire les incertitudes liées à leur demande.

---

<sup>17</sup> S. VERDE, "Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the EU merger policy", *Energy policy*, n° 36, 2008, p.1132.

<sup>18</sup> *Ibid*, p.1126 – 1127.

<sup>19</sup> Décision de la Commission 2007/353/CE du 14 mars 2006, aff. COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*, JO L 133 du 25 mai 2007, p.24; Voir également *E.ON/MOL*, préc. Note 12

### **3 L'UTILISATION DES REGLES DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ENERGIE**

L'utilisation des règles relatives au contrôle des concentrations semble se diriger dans deux sens totalement opposés. Si la Commission propose une utilisation de ces règles aux fins de libéralisation du secteur de l'énergie, les Etats membres, toujours retissant à l'idée d'ouverture de ces marchés, tentent de maintenir les intérêts des entreprises nationales ou, du moins, d'éviter l'arrivée d'opérateurs étrangers sur leur territoire.

#### **3.1 La tentative de limitation des conséquences de la libéralisation par les Etats membres : la protection des champions nationaux**

Selon A.G. SOARES, la notion de « champion national » recouvre deux réalités. Elle peut faire référence à l'intervention d'un gouvernement à l'appui d'une concentration entre deux entreprises nationales. Elle fait également référence à l'intervention étatique dont l'objectif est d'empêcher ou du moins de limiter l'acquisition d'une entreprise nationale par une entreprise étrangère<sup>20</sup>. Les décisions des dirigeants ayant un fort impact sur la perception de l'Europe par la société civile, cette question pose un défi relatif à la légitimité de la Communauté et des règles qu'elle édicte. Nous allons nous intéresser à deux types de règles, la seconde faisant l'objet de plus amples développements.

---

<sup>20</sup> A.G. SOARES, « "National Champions" Rhetoric in European Law *Or the many faces of protectionism* », *World Competition*, n°31(3), 2008, p.358.

### 3.1.1 La règle des deux tiers

Les règles relatives à la répartition des compétences en matière de concurrence sont primordiales pour le bon fonctionnement du système. Elles sont d'autant plus importantes que l'on se situe dans un secteur des plus sensibles, en phase de libéralisation. Du point de vue national, une intervention étatique dans les opérations de réorganisation des entreprises semble légitime.

Le règlement CE sur les concentrations prévoit ainsi un certain nombre de seuils au-delà desquels l'opération est dite de dimension communautaire<sup>21</sup>. Lorsque l'opération présente une telle dimension, le principe est celui de la compétence exclusive de la Commission<sup>22</sup> au titre du principe du guichet unique. Toutefois les Etats membres n'ont eu de cesse d'opposer une certaine réticence à cette exclusivité. Lors de la révision dudit règlement en 1997 et 2004, les négociations n'ont pas abouti à la baisse de ces seuils, baisse qui aurait eu pour conséquence l'élargissement du champ de compétence de la Commission.

La règle des deux-tiers illustre cette résistance étatique. Le règlement précise en son article premier paragraphes 2 et 3 qu'« *une concentration est de dimension communautaire [...] à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre* »<sup>23</sup>. Dans une telle hypothèse, en exception à la compétence de la Commission, ce sont les règles nationales qui trouvent à s'appliquer.

L'existence et l'application de cette règle soulèvent des inquiétudes. Les Etats décident d'opérations impliquant de larges compagnies dont le chiffre d'affaires atteint les seuils leur conférant une dimension communautaire. Cette réserve de compétence étatique peut en effet conduire à une application des règles nationales par une autorité nationale alors même que les implications transfrontalières de l'opération en cause sont fortes notamment dans les secteurs en phase de libéralisation<sup>24</sup>. C'est la raison pour laquelle l'intervention étatique peut être considérée comme une méthode de protection

---

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> Règlement (CE) n° 139/2004, préc. Note 7, Art. 1<sup>er</sup>

<sup>23</sup> *Ibid*

<sup>24</sup> A.G. SOARES, préc. Note 20, p.356.

des champions nationaux, notamment lorsque l'Etat occupe une place majeure au sein de la Communauté et que les entreprises concernées sont importantes.

Deux affaires récentes illustrent l'invocation par les Etats de cette règle. La proposition de fusion entre l'opérateur allemand sur le marché de l'électricité E.ON, et Ruhrgas, l'importateur et l'opérateur de transmission de gaz naturel dominant en Allemagne, a donné lieu à une décision de refus de l'autorité de concurrence allemande<sup>25</sup>; les parties réalisant plus des deux tiers de leurs chiffres d'affaires en Allemagne, la Commission n'a pu intervenir. Des doutes peuvent être soulevés quant à la pertinence de cette compétence nationale dans la mesure où l'Allemagne constitue le marché de l'énergie le plus important d'Europe et que ce pays détient une place stratégique centrale du fait de son positionnement géographique au sein de la Communauté<sup>26</sup>. Le gouvernement allemand est intervenu par la suite en délivrant une autorisation ministérielle au motif que l'intérêt général, lié notamment à l'accroissement de la compétitivité sur les marchés internationaux et à la sécurité d'approvisionnement, l'emportait sur les éventuelles restrictions concurrentielles<sup>27</sup>.

Une seconde affaire porte sur l'offre de rachat par Gas Natural de l'entreprise Endesa. Bien que le cas ait été référé à l'autorité espagnole, Endesa s'adressa à la Commission considérant que l'affaire relevait de sa compétence, les conditions de la règle des deux tiers n'étant pas remplies. La Commission considéra que la concentration n'avait pas de dimension communautaire et ne relevait donc pas de sa compétence<sup>28</sup>. Le calcul des seuils représente également une difficulté souvent relevée dans l'application de cette règle. Alors que des effets sur la concurrence au niveau communautaire semblaient évidents, l'affaire fut analysée au niveau national, bénéficiant du soutien gouvernemental.

Enfin, cette règle n'a-t-elle pas potentiellement un impact sur les choix opérés par les entreprises ? Lors de la prise de décision d'une entreprise d'effectuer une offre de rachat d'une autre entreprise, la première pourrait déterminer sa cible de façon à ce

---

<sup>25</sup> Décision du Bundeskartellamt 4000-U-109/01 du 21 janvier 2002, *E.ON/Ruhrgas*

<sup>26</sup> P.D. CAMERON, préc. Note 6, p.384.

<sup>27</sup> *Ibid*, p.384-385.

<sup>28</sup> Décision de la Commission du 15 novembre 2005, aff. COMP/M.3986, *Gas Natural/Endesa*, JO C 22 du 28 janvier 2006, p.21.

que cela soit l'autorité nationale qui soit compétente. Cette règle aurait ainsi un impact direct sur la vie des entreprises.

Ainsi, cette règle constitue un outil de « protectionnisme économique » permettant aux Etats de protéger et de renforcer leurs entreprises nationales. Il s'agit du moins pour les gouvernements d'intervenir plus facilement dans ces affaires. De plus pour les entreprises, il est plus facile d'influencer les choix nationaux que ceux de la Commission. Ainsi, l'entreprise Endesa ne souhaitant pas être absorbée par Gas Natural a cherché à obtenir la compétence de la Commission afin d'éviter que son affaire soit traitée au niveau national, le rachat bénéficiant du soutien gouvernemental.

### **3.1.2 L'invocation de l'article 21 §4 du Règlement<sup>29</sup>**

L'invocation de cet article requiert une attention plus particulière que celle de la règle des deux-tiers dans la mesure où celle-ci ne laisse pas de marge de flexibilité à la Commission, contrairement à l'article 21 §4 du règlement. Si les Etats membres ont la possibilité d'intervenir au travers l'invocation des règles de compétence, ils le peuvent également à un stade ultérieur alors même que l'opération concernée a une dimension communautaire et que la Commission est déjà intervenue.

#### ***3.1.2.1 La définition des intérêts légitimes***

Les Etats membres disposent d'un moyen de recouvrer le contrôle d'une opération de concentration de dimension communautaire en l'interdisant ou en y ajoutant des conditions supplémentaires. L'article 21 du règlement interdit l'application par les Etats de leurs règles nationales aux concentrations de dimension communautaire<sup>30</sup>. L'intérêt de cet article tient notamment dans son paragraphe 4 qui énonce en son alinéa premier que :

---

<sup>29</sup> Règlement (CE) n° 139/2004, préc. Note 7, Art. 21 §4

<sup>30</sup> *Ibid*, art. 21 §3

« Les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement [...] »<sup>31</sup>.

Les Etats peuvent dès lors invoquer des intérêts autres que concurrentiels. Cet article<sup>32</sup> dresse une liste assez « restrictive »<sup>33</sup> d'intérêts considérés comme légitimes. Il s'agit de la sécurité publique, de la pluralité des médias ainsi que des règles prudentielles. Au-delà de ces intérêts dits « *intérêts reconnus* »<sup>34</sup>, les Etats membres peuvent, sous certaines conditions, invoquer « *tout autre intérêt public* »<sup>35</sup>.

Toutefois, la Commission a encadré le recours par les Etats membres à cet article de deux façons distinctes. En premier lieu, cet article offre à la Commission une base juridique à son intervention. La liberté offerte aux Etats membres n'est pas illimitée. Tout d'abord, les Etats doivent respecter certaines conditions de forme. Lorsque les Etats invoquent un intérêt autre que les trois intérêts prévus dans cet article, ils se trouvent dans l'obligation de communiquer à la Commission les mesures envisagées avant leur adoption. Elle devra se prononcer sur leur « *compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire* »<sup>36</sup>.

La situation est toutefois différente lorsqu'ils souhaitent protéger un intérêt reconnu. Le régime applicable ne prévoit pas d'obligation de notification préalable, et ce alors même que les mesures « *sont susceptibles d'entraver ou d'interdire la réalisation d'une concentration de dimension communautaire [...]* »<sup>37</sup>. Toutefois en ce qui concerne cette catégorie d'intérêts, la Commission est allée plus loin que la lettre du règlement. Elle a admis que, pour assurer l'effet utile de l'article 21 paragraphe 4 alinéa 3, lu en conjonction avec l'article 10 du traité CE relatif au principe de coopération loyale, les autorités nationales devaient sous certaines conditions lui notifier les

---

<sup>31</sup> *Ibid*, art. 21 §4 alinéa 1

<sup>32</sup> *Ibid*, art. 21 §4 alinéa 2

<sup>33</sup> S. GRANDO, O. DEBOUZY, « La Commission européenne concurrencée », *Constructif*, n° 19, Février 2008, [http://www.constructif.fr/Article\\_37\\_66\\_466/La\\_Commission\\_europeenne\\_concurrencee.html](http://www.constructif.fr/Article_37_66_466/La_Commission_europeenne_concurrencee.html)

<sup>34</sup> Cf. à titre d'exemple Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006, IP/06/1265

<sup>35</sup> Règlement (CE) n° 139/2004, préc. Note 7, art. 21 §4 alinéa 3

<sup>36</sup> *Ibid*

<sup>37</sup> cf. IP/06/1265, préc. Note 34 ; cf. Décision de la Commission du 5 décembre 2007, aff. COMP/M.4685, *Enel/Acciona/endesa*, point 23.

mesures<sup>38</sup>. Cela sera le cas lorsqu'il existe des doutes sérieux quant au fait de savoir si les mesures nationales qui sont susceptibles d'affecter une opération de concentration de dimension communautaire, poursuivent effectivement un but de protection d'un intérêt reconnu et/ou sont compatibles avec les principes de proportionnalité et de non-discrimination<sup>39</sup>. Cet article implique donc également le respect de règles d'ordre substantiel. La Commission indique que ces mesures, mêmes lorsque des intérêts reconnus sont concernés, doivent être « *nécessaires et proportionnées pour protéger des intérêts qui sont compatibles avec tous les aspects du droit communautaire* »<sup>40</sup>.

En second lieu, outre ces limitations textuelles, la Commission a également encadré de son propre chef la possibilité d'invocation d'intérêts légitimes. Elle a tout d'abord retenu une définition restrictive de la notion d'intérêt légitime. En raison du caractère dérogatoire de cette possibilité, la Commission considère qu'une interprétation stricte est nécessaire. Il s'agit ici d'une application classique de la jurisprudence communautaire ; la notion d'intérêt légitime constituant une notion autonome, les Etats ne peuvent unilatéralement lui attribuer un sens particulier<sup>41</sup>.

Dans le secteur de l'énergie, l'intérêt généralement invoqué est celui de la sécurité d'approvisionnement. La Cour de justice a reconnu dans l'arrêt *Campus Oil* que « *le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique* »<sup>42</sup>. En effet la Commission a posé une autre limitation. Elle considère qu'un Etat membre ne peut invoquer un intérêt telle la protection de sa politique économique générale en tant que justification d'un obstacle à une liberté économique reconnue par le traité CE<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Décision de la Commission du 26 septembre 2006, aff. COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*, point 25, cf. Décision de la Commission du 20 juillet 1999, aff. COMP/M.1616 (*référé*), *BSCH/Champalimaud*, points 65-67: "In order to ensure the effect utile of Article 21(4) of the Merger Regulation, read in conjunction with Article 10 EC (obligation of loyal cooperation), the same shall apply in case of serious doubts as to whether national measures liable to prohibit, submit to conditions or prejudice a concentration with a Community dimension genuinely aim to protect a "recognised interest" and/or comply with the principles of proportionality and non discrimination".

<sup>39</sup> *E.ON/Endesa*, préc. Note 38, point 25.

<sup>40</sup> Cf. Communiqué de presse de la Commission du 29 novembre 2006, IP/06/1649

<sup>41</sup> *Enel/Acciona/Endesa*, préc. Note 37, point 57 ; CJCE du 4 juin 2002, *Commission c/ Belgique*, aff. C-503/99, Rec. p.4809, point47.

<sup>42</sup> CJCE du 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, Rec. p.2727, point 35.

<sup>43</sup> *Enel/Acciona/Endesa*, préc. Note 37, Point 110

Toutefois, en ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement, elle précise qu'il doit s'agir d'une « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »<sup>44</sup>. La question se pose de savoir si cet intérêt peut être soulevé de façon générale ou s'il ne peut l'être seulement en temps de crise comme le suggère la Cour de Justice qui énonce qu'« [i]l convient donc de vérifier si les entraves résultant de la réglementation en cause permettent d'assurer dans l'État membre concerné, en cas de menace réelle et grave, un approvisionnement minimal en produits pétroliers et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin »<sup>45</sup>.

Enfin, la Commission a admis la possibilité pour les États de recourir à la régulation. Toutefois, les mesures doivent s'inscrire dans le cadre réglementaire applicable afin de réguler le comportement des acteurs sur le marché, et non avoir pour objet de réguler l'opération de concentration en cause<sup>46</sup>.

### ***3.1.2.2 L'invocation des intérêts légitimes dans le secteur de l'énergie***

L'affaire Endesa constitue un parfait exemple de l'invocation des intérêts légitimes, invocation à laquelle les institutions communautaires ont vivement réagi.

#### ***3.1.2.2.1 La Saga Endesa***

En 2005, l'opérateur espagnol Gas Natural lançait une offre publique d'achat hostile sur l'entreprise espagnole Endesa. L'opération fut traitée par l'autorité de concurrence espagnole<sup>47</sup> qui s'y opposa estimant qu'elle résulterait en un degré plus élevé de concentration au sein des marchés nationaux de gaz et d'électricité<sup>48</sup>. Malgré

---

<sup>44</sup> CJCE du 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99, Rec. p.4781, point 48.

<sup>45</sup> *Ibid.*, point 49.

<sup>46</sup> Décision de la Commission du 27 janvier 1999, aff. COMP/M.1346, *EDF/London Electricity*, JO C 92 du 1<sup>er</sup> avril 1999, p.10, point 8.

<sup>47</sup> *cf. supra*, page 11

<sup>48</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, décision du 5 janvier 2006

cette opposition, le gouvernement espagnol intervint afin de l'autoriser<sup>49</sup> sans doute motivé par le fait que l'opération concernait deux acteurs nationaux dont le rapprochement aurait permis la création d'un opérateur national actif sur les marchés à la fois du gaz et de l'électricité.

L'Etat intervint une seconde fois pour tenter cette fois-ci de faire échouer, ou du moins pour encadrer, le rachat par une entreprise étrangère de la compagnie nationale Endesa. A la suite de l'annonce d'une offre plus intéressante au rachat d'Endesa par E.ON, les autorités espagnoles adoptèrent une mesure<sup>50</sup> renforçant les attributions du régulateur espagnol de l'énergie, la CNE<sup>51</sup>, soumettant l'acquisition par une entreprise de plus de dix pourcent du capital d'une compagnie active dans un secteur régulé à son approbation préalable. En juillet 2006, cette concentration fut soumise à dix-neuf conditions<sup>52</sup>.

Considérant cette mesure contraire à l'article 21 du règlement, la Commission prit une décision<sup>53</sup> qu'elle dû réitérer après que le ministre espagnol de l'industrie ait imposé de nouvelles conditions à ce rachat dans le cadre d'un recours administratif à l'encontre de la décision de la CNE<sup>54</sup>. La Commission relève que grâce à ses nouveaux pouvoirs la CNE devait examiner toute opération de concentration pendant mais non celles déjà autorisées. En pratique la seule opération concernée était l'offre de rachat d'Endesa par E.ON et non l'offre de Gas Natural<sup>55</sup>. Les autorités espagnoles ont été averties qu'elles se devaient de notifier à la Commission les mesures que la CNE pensait adopter afin qu'elle se prononce sur leur compatibilité au regard des principes de droit communautaire. Les autorités espagnoles ont quant à elles considéré que les mesures prises par la CNE ne faisaient pas l'objet de la clause de *stand-still* prévue à l'article 21 paragraphe 4<sup>56</sup>. En effet, l'Espagne se fondait sur le principe de la sécurité d'approvisionnement par référence à l'un des « intérêts reconnus », la sécurité publique.

---

<sup>49</sup> S. VERDE, préc. Note 17, p.1129.

<sup>50</sup> Décret royal 4/2006 du 24 février 2006, modifiant les fonctions de la Commission Nationale de l'Energie, cf. *E.ON/Endesa*, préc. Note 38, point 11; approuvé par le Parlement espagnol le 23 mars 2006, cf. S. VERDE, préc. Note 17, p.1129.

<sup>51</sup> Comisión Nacional de Energía

<sup>52</sup> Décision de la CNE du 27 juillet 2006

<sup>53</sup> *E.ON/Endesa*, préc. Note 38

<sup>54</sup> cf. IP/06/1649, préc. Note 40

<sup>55</sup> *E.ON/Endesa*, préc. Note 38, point 13.

<sup>56</sup> *Ibid*, point 27.

Or, selon la Commission il existait des doutes sur leur véritable objectif de protection de cet intérêt et sur leur compatibilité avec les principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement. Les autorités espagnoles auraient dès lors dû notifier les mesures et ce même s'il s'agissait de protéger un intérêt reconnu<sup>57</sup>.

Ces deux affaires illustrent l'intervention directe des Etats membres dans le but tout d'abord de freiner, voire d'empêcher, le rachat par une entreprise étrangère d'un acteur national et ensuite de faciliter les concentrations entre entreprises nationales.

### ***3.1.2.2.2 Le contrôle de l'invocation des intérêts légitimes***

Comme nous l'avons vu, la Commission exerce un contrôle assez strict sur l'invocation de ces intérêts. Le juge communautaire a approuvé un tel contrôle.

#### **3.1.2.2.1 La réaction de la Commission européenne**

Selon N. PETIT, deux situations se prêtent à l'invocation d'intérêts non concurrentiels. Dans le premier cas, les Etats les soulèvent dans un but juridictionnel. Ils souhaitent obtenir compétence pour juger d'une concentration ou retirer à la Commission sa compétence. Dans un second cas, ils seront invoqués dans le but d'influencer la Commission dans son appréciation d'une opération<sup>58</sup>.

Les affaires relatives à l'entreprise Endesa s'inscrivent clairement dans le premier cas énoncé ci-dessus. Le renforcement par l'Espagne des pouvoirs de la CNE et les conditions attachées par cette dernière aux concentrations illustrent la volonté de l'Etat d'intervenir dans une affaire pourtant de dimension communautaire et alors même que la concentration avait été approuvée par la Commission<sup>59</sup>. Celle-ci se livre à une appréciation de ces mesures au regard des provisions du traité CE dans son ensemble et

---

<sup>57</sup> *Ibid*, point 34.

<sup>58</sup> N. PETIT, « Non-competition concerns under the ECMR – An overview », *Concurrences*, n° 4, 2008, p.182 à 183.

<sup>59</sup> *E.ON/Endesa*, préc. Note 13

en particulier au regard des règles relatives au libre établissement, à la libre prestation de service ou encore à la libre circulation des capitaux.

Nous avons vu que la Commission avait ouvert une procédure à l'encontre de l'Espagne pour infraction aux règles relatives à la libre circulation des capitaux et au droit d'établissement<sup>60</sup>. Elle lui adressa un avis motivé marquant le véritable commencement de la procédure en manquement d'Etat<sup>61</sup>. Selon elle, l'Espagne aurait ainsi violé l'article 21 et ce à deux titres. Tout d'abord, les mesures prises par la CNE auraient dû lui être communiquées de façon préalable<sup>62</sup>. Ensuite, la Commission considère que les conditions dont est assortie l'autorisation donnée par la CNE violent les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux et celles relatives à la liberté d'établissement<sup>63</sup>. Elle adopta par la suite une décision similaire<sup>64</sup> à l'encontre des conditions imposées par le ministre espagnol<sup>65</sup>. Finalement la Commission a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes en mars 2007 au motif de la non-cessation par l'Espagne de sa violation des règles communautaires.

Le retrait de son offre par E.ON et la décision des entreprises Enel et Acciona de racheter Endesa ont marqué une nouvelle étape dans cette saga. La CNE a autorisé l'opération sous conditions, conditions dont certaines étaient, selon la Commission, contraires aux règles relatives à la libre circulation des capitaux, des marchandises et à la liberté d'établissement<sup>66</sup>. La Commission émet les mêmes reproches à l'égard de l'Espagne que dans l'affaire que nous venons d'analyser. Ainsi le Gouvernement considère qu'aucune notification n'était nécessaire alors que la Commission, ayant un doute sur le véritable objectif de ces mesures et sur leur proportionnalité, affirme le contraire. Elle ajoute que, puisque dans ses précédentes décisions datant de juillet et décembre 2006, elle avait considéré que les mesures prises par la CNE auraient dû être

---

<sup>60</sup> IP/06/1265, préc. Note 34

<sup>61</sup> Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006, IP/06/1264

<sup>62</sup> Cf. supra page 16

<sup>63</sup> Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), JO C 325 du 24 décembre 2002, Art. 43 et 56

<sup>64</sup> Décision de la Commission du 20 décembre 2006, aff. COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*

<sup>65</sup> Cf. supra note 54

<sup>66</sup> *Enel/Acciona/Endesa*, préc. Note 37

notifiées, et dans la mesure où l'Espagne n'avait pas contesté ces décisions, celles-ci étaient devenues définitives<sup>67</sup>, l'Espagne ne pouvant plus soulever ce moyen.

Cette affaire *Endesa* illustre l'activisme de la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations. Elle confirme une certaine méfiance de sa part par rapport aux intérêts soulevés par les Etats membres, ou du moins à la manière dont ils le sont. Elle démontre également l'attitude non-coopérative des Etats.

### 3.1.2.2.2 La réaction du juge communautaire

Les affaires de concentrations ne donnent pas souvent lieu à une décision des juridictions communautaires. La nécessité de réaliser les opérations dans des délais courts réduit la potentialité des recours. Toutefois la perspective est différente dans la mesure où il s'agit des suites d'un recours en manquement instigué par la Commission à l'encontre de l'Espagne. Malgré les décisions de la Commission<sup>68</sup>, les autorités espagnoles sont restées passives, ne mettant pas en œuvre l'obligation de suppression de certaines conditions imposées aux parties à la concentration entre E.ON et Endesa. Au vu de cette inaction, la Commission a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes, en application de la procédure de l'article 226 CE<sup>69</sup>. Dans son arrêt la Cour a condamné l'Espagne pour non-exécution des décisions de la Commission<sup>70</sup> estimant que « *dans une situation où l'État membre n'a pas communiqué les intérêts protégés par les mesures nationales qu'il a prises, il est inévitable que la Commission examine si lesdites mesures sont justifiées par l'un des intérêts prévus à l'article 21, paragraphe 4, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations* »<sup>71</sup>. La Cour semble dès lors confirmer le raisonnement suivi par la Commission selon lequel, en pratique, toute mesure nationale peut et doit être contrôlée de façon plus ou moins approfondie par la Commission, et ce même s'il s'agit de protéger un intérêt reconnu.

---

<sup>67</sup> *Ibid*, points 44 à 48.

<sup>68</sup> *E.ON/Endesa*, préc. Note 38 et Note 64

<sup>69</sup> Traité instituant la Communauté européenne, préc. Note63 , art. 226

<sup>70</sup> CJCE 6 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-196/07, non encore publié au *Recueil*

<sup>71</sup> *Ibid*, point 37.

Cette solution a également été suivie par le Tribunal de Première Instance<sup>72</sup> saisi d'une demande de suspension provisoire de l'application de la décision de la Commission relative au rachat conjoint d'Endesa par Enel et Acciona<sup>73</sup>. Il ressort de ce jugement que, lorsqu'il adopte une mesure, un Etat ne peut échapper à l'obligation de notification simplement en arguant du caractère légitime de l'intérêt dont la protection est recherchée. La mesure devra également être proportionnée et non-discriminatoire pour que l'obligation de notification ne soit pas violée<sup>74</sup>.

Le juge communautaire semble donc venir au soutien de la Commission en acceptant la réduction de la marge discrétionnaire des Etats en allant au-delà du texte du règlement CE sur les concentrations. Le rôle du juge communautaire est décisif puisqu'en déclarant une mesure nationale contraire aux règles du Traité, il facilite de manière indirecte la réalisation de la concentration<sup>75</sup>.

Ce contentieux laisse transparaître l'importance de l'article 21 §4 du règlement en particulier dans les secteurs sensibles telle l'énergie dans lesquels les Etats seront plus enclin à intervenir lors d'une opération de concentration concernant une entreprise nationale.

---

<sup>72</sup> TPI 30 avril 2008, *Espagne c/ Commission*, aff. T-65/08(référé), non encore publié au *Recueil*

<sup>73</sup> *Enel/Acciona/Endesa*, préc. Note 37

<sup>74</sup> D. GERARD, "Protectionist threats against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of Article 21 ECMR", *C.M.L.Rev*, vol. 45, fascicule 4, 2008, p. 987.

<sup>75</sup> G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University press, 2007, p.306.

## **3.2 La tentative d'accélération du processus de libéralisation par la Commission: le recours aux « remèdes »**

Si la plupart des opérations de concentrations ne posent pas de difficultés du point de vue concurrentiel, certaines laissent entrevoir des problèmes. La Commission n'interdit toutefois que rarement une telle opération sur les marchés de l'énergie, préférant les autoriser sous conditions.

### **3.2.1 Explication des mesures correctives**

Les mesures correctives sont un outil classique du droit des concentrations, qui présente toutefois certaines caractéristiques lorsqu'elles sont appliquées en matière d'énergie.

#### ***3.2.1.1 Une appréciation globale de leur rôle***

Deux possibilités s'offrent à la Commission si elle estime qu'une concentration pose un problème de concurrence. Un refus constitue une mesure radicale parfois inefficace du point de vue du bien-être des consommateurs, voire de celui de la société. Bien que permettant d'éviter l'apparition d'effets anticoncurrentiels, il aura également pour conséquence de restreindre les potentiels effets pro-concurrentiels du rapprochement entre entreprises. Si un problème de concurrence est suspecté, les parties pourront tenter de sauver leur opération en proposant à la Commission des engagements. Elle pourra alors « *prendre une décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun après modifications apportées par les parties* »<sup>76</sup>. Si celles-ci sont déclarées suffisantes, l'opération pourra avoir lieu, permettant aux consommateurs de bénéficier des bienfaits qui en découlent sans souffrir des effets anticoncurrentiels. La décision de la Commission sera assortie de charges et de conditions « *destinées à*

---

<sup>76</sup> Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, JO C 267 du 22 octobre 2008, point 1.

*assurer que les entreprises concernées se conforment aux engagements* »<sup>77</sup>. Elles constituent la traduction des engagements des parties<sup>78</sup>.

En phase I, si la Commission constate que la concentration « *soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun* »<sup>79</sup>, elle doit engager la procédure. Le règlement prévoit que les engagements présentés en première phase seront acceptés « *lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu* »<sup>80</sup>. L'enquête et l'analyse est beaucoup plus approfondie lorsque des engagements sont proposés en phase II. La Commission peut prendre une décision de compatibilité<sup>81</sup> après que les parties aient apporté des modifications, si la concentration n'entrave « *pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* »<sup>82</sup>.

### **3.2.1.2 La classification traditionnelle des remèdes**

De façon classique, les remèdes sont classés en deux catégories. En premier lieu, les remèdes structurels ont pour but de restaurer la structure de marché telle qu'elle existait avant l'opération de concentration<sup>83</sup>. L'intervention directe sur la structure du marché va ainsi permettre de maintenir ou de restaurer la concurrence. Ils se caractérisent par leur irréversibilité. Toutefois, leur succès dépend en partie du choix de l'acquéreur de la partie cédée. La cession est considérée comme le remède structurel le plus efficace dans la mesure où elle aide à créer ou à renforcer un concurrent<sup>84</sup>, prévenant ainsi l'accroissement d'un pouvoir de marché.

---

<sup>77</sup> Règlement (CE) n° 139/2004, préc. Note 7, art. 8 §2

<sup>78</sup> F. BLANC, J. S. BRUECKNER, C. RAKOVSKY, « Claude RAKOVSKY : EC Merger Remedies », *Concurrences*, n°1-2009, n°23235, p.3 ; Disponible sur : [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

<sup>79</sup> Règlement (CE) n° 139/2004, préc. Note 7, art. 6 §1 c)

<sup>80</sup> *Ibid*, considérant 30.

<sup>81</sup> *Ibid*, art. 8 §2

<sup>82</sup> *Ibid*, art. 2 §2

<sup>83</sup> S. DAVIES ET B. LYONS, *Mergers and Merger remedies in the EU: Assessing the consequences for competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p.13.

<sup>84</sup> Communication sur les remèdes de 2008, préc. Note 76, point 22.

La seconde catégorie regroupe les remèdes dits comportementaux dont l'objectif consiste à contrôler les effets de changements intervenus sur la structure du marché<sup>85</sup>. Il s'agit donc d'intervenir cette fois-ci sur le comportement des acteurs. Ainsi, les remèdes peuvent prévoir une obligation de se comporter d'une certaine façon telle que l'obligation de donner accès à certaines infrastructures ou technologies. Cela pourra être le cas si, en conséquence d'une concentration verticale, les entreprises détiennent un bien considéré comme essentiel. L'autorité de concurrence devra s'assurer que l'accès est fourni dans des conditions non discriminatoires et à un prix raisonnable.

Ces solutions sont attractives dans la mesure où elles se caractérisent par une forte flexibilité. Néanmoins, l'exigence de contrôle de l'application de ces engagements en fait un remède complexe et moins facile à mettre en œuvre.

Bien que certains auteurs considèrent cette classification comme étant trop simplificatrice<sup>86</sup>, elle apparaît comme une distinction pragmatique et suffisante pour l'exercice qui nous occupe. Toutefois, une catégorie intermédiaire se dessine : les remèdes quasi-structurels. Ils n'ont pas pour objet d'agir directement sur la structure du marché mais ils ont souvent des conséquences à long terme. A titre d'exemple, on pense à l'octroi d'une licence exclusive au travers de laquelle l'entreprise conservera la propriété mais ne pourra disposer de certaines ressources<sup>87</sup>.

### ***3.2.1.3 La particularité du secteur de l'énergie : un secteur en voie de libéralisation***

P. CAMERON considère que les mesures correctives prises dans le secteur de l'énergie ont essentiellement deux préoccupations à savoir la réduction du pouvoir de

---

<sup>85</sup> S. DAVIES ET B. LYONS, préc. Note 83, p.13.

<sup>86</sup> F. LÉVÊQUE, « The Conduct v Structural remedies Controversy: an irrelevant dichotomy of Antitrust Policy Instrument », CERNA, Working Paper, Mai 2000, dans S. PAPON, « Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A case-by-Case Analysis », E.C.L.R, issue 1, 2009, p.37: « *This conduct vs. Structural remedies controversy is based on an over-simplifying and confusing classification of antitrust policy instruments* ».

<sup>87</sup> M. CHATELIN et S. SCHIPPERS, « Netherlands: Merger Control », *The European Antitrust Review*, Global Competition Review, 2009, p.155.

marché des entreprises concernées et le renforcement ou la création de l'accès au marché<sup>88</sup>.

Le contexte de la libéralisation est un élément essentiel à prendre en considération lorsque l'on analyse les décisions de la Commission dans lesquelles des engagements ont été proposés. Nous avons vu que les marchés énergétiques se caractérisent par une forte concentration et des liens techniquement difficiles entre territoires nationaux. La Commission a ainsi vu dans les mesures correctives un moyen de faire avancer plus rapidement la libéralisation du secteur.

Ayant rapidement pris conscience du fait que les entreprises avaient initié des opérations de restructuration afin de pouvoir se positionner sur les marchés en cours de libéralisation, elle n'a interdit une concentration dans le secteur énergétique qu'à une seule reprise<sup>89</sup>. L'intérêt du marché commun plaide pour une autorisation sous conditions en cas de problème de concurrence plutôt qu'un simple refus de tels rapprochements.

Le processus de libéralisation crée une difficulté supplémentaire. Les remèdes proposés par les parties doivent en effet préserver non pas seulement la concurrence actuelle très réduite, mais bien la concurrence future appelée à se développer grâce à la libéralisation. Dans le même temps, les mesures doivent être proportionnées au risque encouru. La difficulté réside ainsi dans le fait qu'il faut à la fois prévoir l'ampleur future du développement de la concurrence sur un marché particulier mais aussi l'impact de la concentration.

Les actions menées par la Commission démontrent l'importance qu'elle accorde à l'outil des mesures correctives. En premier lieu, la DG concurrence a mené une étude relative aux mesures correctives<sup>90</sup> afin d'évaluer la pratique de ces mesures et leur efficacité. En 2008, la Commission a adopté une nouvelle Communication relative aux

---

<sup>88</sup> P.D. CAMERON, préc. Note 6, p.408.

<sup>89</sup> Décision de la Commission du 9 décembre 2004, aff. COMP/M.3440, *ENI/EDP/GDP*, JO L 302 du 19 novembre 2005, p.69.

<sup>90</sup> Merger Remedies Study, Commission européenne, DG Concurrence, octobre 2005, disponible sur : [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remedies\\_study.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remedies_study.pdf)

mesures correctives<sup>91</sup>. L'intérêt de ce texte réside dans le fait qu'il prend en compte différentes évolutions<sup>92</sup> afin de fournir de meilleures indications sur l'élaboration mais également sur la mise en œuvre et la surveillance des engagements. Si ce document ne change pas de façon substantielle la pratique actuelle de la Commission, il a pour objectif de la codifier afin de guider les parties notamment lors de l'élaboration de leur proposition de remèdes. La commissaire à la Concurrence N. KROES a d'ailleurs énoncé que le but de ce document était « *d'assurer le recours à des mesures correctives encore plus efficaces à l'avenir* »<sup>93</sup>.

Si cette Communication s'applique à toutes les concentrations, le secteur énergétique semble constituer une sorte de laboratoire d'expérimentation. Certaines opérations sont citées à titre illustratif comme l'affaire *ENI/EDP/GDP*<sup>94</sup> relative au possible refus des engagements lorsque la Commission se trouve dans l'impossibilité de déterminer leur efficacité<sup>95</sup>. Les affaires *DONG/Elsam/Energi E2*<sup>96</sup> et *E.ON/MOL*<sup>97</sup> illustrent les remèdes de types structurels<sup>98</sup> ainsi que les mesures relatives aux considérations d'accès<sup>99</sup>. L'affaire *GDF/Suez*<sup>100</sup> est citée dans la partie relative au mandataire dont le rôle de surveillance de la mise en œuvre des remèdes est réaffirmé.

Une clarification majeure apportée par cette nouvelle Communication en application de la jurisprudence du Tribunal de Première Instance<sup>101</sup> en matière d'énergie porte sur la charge de la preuve. Elle indique qu'« *il incombe à la Commission d'établir si une concentration, telle que modifiée par les engagements valablement proposés, doit ou non être déclarée incompatible avec le marché commun parce qu'elle crée, en dépit des engagements, une entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective* »<sup>102</sup>.

---

<sup>91</sup> Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, JO C 68 du 2 mars 2001, p.3, remplacée par la Communication sur les remèdes, préc. Note 76

<sup>92</sup> A savoir la Merger Remedies Study, préc. Note 90, les changements intervenus suite à la révision du règlement CE sur les concentrations notamment au regard du test applicable ; l'évolution jurisprudentielle.

<sup>93</sup> Communiqué de presse de la Commission du 22 octobre 2008, IP/08/1567

<sup>94</sup> *ENI/EDP/GDP*, préc. Note 89

<sup>95</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note76, point 14.

<sup>96</sup> Préc. Note 19

<sup>97</sup> Préc. Note 13

<sup>98</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note76, point 17.

<sup>99</sup> *Ibid*, point 63.

<sup>100</sup> *Ibid*, point 123; *GDF/Suez*, préc. Note 16

<sup>101</sup> TPI 21 septembre 2005, *EDP c/ Commission*, aff. T-87/05, Rec. p.II-3745.

<sup>102</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note 76, point 8.

La Communication précédente prévoyait que les parties devaient démontrer que les mesures correctives permettaient d'éliminer les problèmes de concurrence identifiés<sup>103</sup>.

Ces références multiples aux affaires les plus récentes démontrent toute l'actualité et l'importance du thème des remèdes dans le secteur énergétique. Les engagements pris dans ce secteur ont donc servi de « *benchmark* » à la Commission pour évaluer la définition ainsi que la mise en œuvre de ces mesures correctives.

### **3.2.2 L'activisme de la Commission**

De façon générale la Commission a exprimé sa préférence pour les remèdes structurels. Toutefois, les particularités du secteur énergétique supportent le recours éventuel aux remèdes comportementaux ; le processus de libéralisation en cours rendant flexibilité et adaptabilité des remèdes essentielles.

#### ***3.2.2.1 Les différents types de remèdes***

Il s'agit ici de dresser un tableau non exhaustif des remèdes auxquels la Commission a eu le plus souvent affaire dans le secteur de l'énergie. On peut observer les rapports qu'ils entretiennent les uns par rapport aux autres.

##### ***3.2.2.1.1 La cession : un remède structurel essentiel***

Selon la Commission, la cession d'une activité constitue « *le moyen le plus efficace de préserver* »<sup>104</sup> la concurrence. L'objectif d'un tel engagement est de « *créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants* »<sup>105</sup>. Dans sa Communication, la Commission indique que dans le cas de problème de concurrence au niveau horizontal, la cession

---

<sup>103</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note 91, point 6.

<sup>104</sup> *Ibid*, point 22

<sup>105</sup> *Ibid*

constituait l'engagement le plus approprié. Toutefois en cas de difficultés d'ordre vertical ou congloméral, ce type de remède pourrait également constituer une solution adéquate. La concentration entre E.ON et MOL est d'ailleurs citée à titre illustratif<sup>106</sup>.

Le terme cession recouvre différentes réalités. Il peut tout d'abord s'agir d'une cession d'actifs, l'entreprise devant se séparer de l'une de ses activités. Ainsi la société DONG a proposé de céder la plus large de ses infrastructures de stockage. Ce remède fut accepté par la Commission qui y a vu un moyen d'établir un second opérateur actif sur le marché danois du stockage de gaz ainsi que de renforcer l'effet de séparation des infrastructures<sup>107</sup>. Il constitue un exemple de séparation entre la possession d'infrastructures et des activités sur le marché de gros<sup>108</sup>.

En second lieu, ce remède peut concerner la cession par l'entreprise concernée de participations qu'elle détient dans une entreprise concurrente afin d'éliminer les liens entre les compagnies. Il va donc s'agir de cession de parts ou, à titre exceptionnel, de « *la renonciation aux droits liés aux parts minoritaires chez un concurrent* »<sup>109</sup>. La Commission a donné son accord à la concentration entre GDF, opérateur historique dans le secteur du gaz en France, et Suez, une entreprise belge en 2006<sup>110</sup>. Ces deux entités se caractérisaient par leur intégration verticale ainsi que leurs activités sur les marchés voisins, chacune étant présente sur le marché national de l'autre. Cette affaire soulevait des problèmes concurrentiels à la fois horizontaux et verticaux tels que la réduction de la pression concurrentielle exercée par ces entreprises l'une sur l'autre. En outre, elle aurait eu pour conséquence de renforcer la position dominante de la nouvelle entité, du fait de l'existence de fortes barrières à l'entrée. En conséquence le degré de concentration sur les marchés belge et français se serait accru. Les remèdes proposés étaient en ligne avec les résultats de l'enquête sectorielle selon laquelle il était nécessaire de rechercher des solutions structurelles<sup>111</sup>. Suez mais également GDF ont accepté, entre autres, de céder à des tiers leur participation dans l'entreprise Distrigaz pour la première et SPE pour la seconde. Une solution similaire avait été proposée par

---

<sup>106</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note 76, point 17.

<sup>107</sup> DONG/Elsam/Direct E2, préc. Note 19

<sup>108</sup> N. BROMFIELD et M. LEVITT, « Merger Control in Energy Transactions », *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control*, 2008, Global legal Group, p18, www.iclg.co.uk

<sup>109</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note 76, point 59.

<sup>110</sup> GDF/Suez, préc. Note 16

<sup>111</sup> Communiqué de presse de la Commission du 14 novembre 2006, IP/06/1558

les parties dans l'affaire *E.ON/MOL*<sup>112</sup>. Dans son analyse des engagements de scission de l'actionnariat, la Commission met en exergue le rôle d'un tel remède à savoir « *la dissolution du lien structurel entre les parties* »<sup>113</sup>. En conséquence, cette scission permet d'éliminer « *les motifs qu'aurait MOL E&P d'adopter un comportement discriminatoire vis-à-vis des futurs exploitants potentiels de sites de stockage de gaz* »<sup>114</sup>.

Malgré l'intérêt que présentent ces remèdes, certaines faiblesses ont été identifiées. Ainsi, l'entreprise devant céder une partie de ses activités aura souvent tendance à choisir un acheteur ne pouvant pas raisonnablement être considéré comme un concurrent dangereux pour elle. Pour pallier cette difficulté pratique, la Communication accentue le rôle fondamental joué par le choix de l'acquéreur potentiel dans le cadre d'une cession. Ce texte évoque les conditions relatives à l'acquéreur, son « *caractère approprié* »<sup>115</sup> ainsi que son identification. De plus, les parties à la concentration pourront proposer un acquéreur que la Commission approuvera ou refusera. La Commission examinera la situation de l'acquéreur en fonction « *de l'objet des engagements* »<sup>116</sup>. L'objectif de cette mesure est de s'assurer que l'acheteur sera en position, dès l'achat, d'exercer une concurrence effective sur le marché concerné afin de rendre les engagements pris par les partis efficaces.

### **3.2.2.1.2 Les programmes de cession d'énergie**

Certaines opérations de concentrations dans le secteur énergétique donnent lieu à un engagement des parties de type spécifique. Il s'agit de la cession aux concurrents souvent potentiels de volumes/de capacités de production d'énergie pour une certaine durée. La facilitation de l'entrée de concurrents sur le marché constitue l'objectif principal de ce remède. En pratique il est parfois difficile pour les parties de proposer une cession au sens structurel, notamment lorsqu'aucune entité n'atteint une taille

---

<sup>112</sup> Préc. Note 12

<sup>113</sup> *Ibid*, point 763.

<sup>114</sup> *Ibid*, point 764.

<sup>115</sup> *Ibid*, point 47.

<sup>116</sup> *Ibid*, point 102.

suffisante pour pouvoir agir de façon indépendante sur le marché<sup>117</sup> ou s'il apparaît difficile de trouver un acheteur capable d'exercer une réelle contrainte concurrentielle sur le marché. Dans une telle situation la Commission accepte des remèdes parfois dénommés quasi-structurels : les programmes de cession de gaz ou d'électricité. Dans ce dernier cas, on parle de capacités virtuelles de production (Virtual Power Plants). Un tel remède consiste en l'engagement temporaire de l'entreprise concernée à donner accès aux concurrents à des capacités de production et ce afin de réduire les barrières à l'entrée et d'accroître la flexibilité sur les marchés de gros, l'acheteur pouvant par la suite utiliser lui-même l'électricité ou la revendre. En ce qui concerne le gaz, il s'agit pour l'entreprise d'en céder un certain volume pendant un nombre d'années déterminé.

Ces programmes de cession d'énergie facilitent l'entrée de concurrents dans la mesure où le plus souvent l'entité résultant de la concentration détient une position dominante sur l'accès aux ressources ou possède les capacités de production. Ainsi, ces programmes permettent à cette entité de conserver la propriété de ses installations/de ses ressources tout en fournissant aux nouveaux entrants les moyens de débiter leur activité plus rapidement et à moindre coût. Les concurrents ont la possibilité de se constituer une base de clientèle sans avoir à faire des investissements très coûteux tels que la construction d'une centrale électrique ou l'achat à long terme de contrats gaziers. Ce type de remède a été proposé pour la première fois par les entreprises E.ON et MOL avec pour objectif de mettre du gaz à disposition sur le marché de gros. E.ON s'est ainsi engagée à en céder de larges volumes pendant une durée de huit ans.

Malgré l'attrait de ce remède et sa prise d'importance conséquente, certaines difficultés sont apparues dans son élaboration mais également dans sa mise en œuvre. En ce qui concerne son élaboration, les volumes d'énergie ou les capacités de production cédés doivent être suffisants pour remédier au problème de concurrence. Il s'agit de donner une chance réelle aux acheteurs de s'implanter sur le marché et d'exercer une pression concurrentielle concrète sur la nouvelle entité. Quant à la durée, elle doit également être suffisante pour que la structure du marché et les conditions évoluent vers une concurrence effective. Toutefois, il faut également tenir compte des

---

<sup>117</sup> V. LANDES, « Remedies in energy mergers », dans C. JONES (ed.), *EU energy law, EU Competition Law and Energy Markets*, Vol. II, Claeys & Casteels, Leuven, 2<sup>nd</sup> édition, 2007, p.512.

intérêts de l'entreprise issue de la concentration afin de ne pas la pénaliser de façon excessive en imposant une durée trop longue et/ou un volume trop important. Or le droit de la concurrence et en particulier le droit du contrôle des concentrations ne devrait pas poursuivre un tel objectif.

Ensuite, ce programme requiert pour sa mise en œuvre une surveillance accrue par les autorités de concurrence, surveillance qui nécessite des moyens financiers et humains importants dont les autorités, notamment la Commission, ne disposent pas toujours.

Une autre difficulté réside dans le mode de cessions d'énergie. Elles peuvent s'effectuer de deux façons différentes à savoir par contrats bilatéraux ou par voie d'enchères. Cette dernière méthode limite les risques de discrimination, toute entreprise ayant la possibilité de participer aux enchères. Toutefois, des doutes ont été soulevés. La mise en place d'enchères de façon répétée présenterait le risque que la nouvelle entité issue de la concentration ne maintienne des prix élevés<sup>118</sup>, l'enchère la plus haute remportant le contrat.

Enfin, l'efficacité pratique de ces programmes requiert la mise en place de garanties. Il faudra notamment s'assurer que le ou les acheteurs ont accès au réseau de transport ainsi qu'aux infrastructures de stockage. De même les clients doivent pouvoir être libérés de leurs obligations contractuelles par rapport à l'entreprise concernée afin que les nouveaux entrants puissent se constituer une base de clientèle. Ainsi, dans l'affaire *DONG/Elsam/E2*<sup>119</sup>, l'entreprise DONG s'est engagée à céder des volumes à ses concurrents correspondant à environ dix pourcent de la demande nationale danoise chaque année pendant sept ans. Ce remède s'accompagnait d'une clause libératoire dont l'objectif était de permettre aux clients de renégocier à la baisse leurs obligations d'achats auprès de DONG lorsqu'ils « *acquièrent des quantités de gaz directement dans le cadre du programme de cession de gaz ou auprès de fournisseurs qui acquièrent les quantités de gaz correspondantes dans le cadre de ce programme* »<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> G. FEDERICO, « European electricity mergers Understanding unilateral effects », *European Competition Seminar*, Amsterdam, 5 juin 2008

<sup>119</sup> Préc. Note 19

<sup>120</sup> *Ibid*, point 734.

La Commission a également précisé l'importance de l'existence d'une clause de révision accompagnant ces programmes rappelant que « [l]'expérience a montré que pour qu'un programme de «cession de gaz» fonctionne, il était important de pouvoir revoir ses modalités de mise en œuvre, afin de résoudre les difficultés rencontrées dans l'exécution pratique du programme »<sup>121</sup>. Les conditions de la cession peuvent faire l'objet d'une réévaluation en fonction de l'évolution de la situation concurrentielle des marchés. On remarque ici l'avantage de la flexibilité que présentent les remèdes comportementaux par rapport aux remèdes structurels, la situation réelle des marchés pouvant être appréciée afin de réaliser les adaptations nécessaires.

### **3.2.2.1.3 Les remèdes comportementaux d'accès**

Lorsqu'une entreprise est verticalement intégrée, elle a naturellement un incitant à tenter de limiter l'accès de ses concurrents aux infrastructures dont ils ont besoin afin d'exercer leur activité. Pour ce faire l'entreprise pourra soit tout simplement refuser cet accès ou bien, de façon moins directe, l'accorder mais à des prix élevés, à des conditions discriminatoires. Les remèdes comportementaux permettent d'éliminer ce risque sans toutefois obliger l'entreprise propriétaire des infrastructures à les céder.

Dans le secteur de l'énergie, la Commission a accepté deux grands types de remèdes appartenant à cette catégorie<sup>122</sup>. Il peut d'abord s'agir d'une obligation de donner l'accès à une infrastructure. Ainsi dans la concentration entre les entreprises MOL et E.ON, celle-ci s'est engagée à fournir l'accès aux infrastructures de stockage et ce à un prix régulé. La Commission a considéré que cet engagement était suffisant pour « *accorder un accès effectif et non discriminatoire aux capacités de stockage pour les volumes de gaz en cause* »<sup>123</sup>. Sans accès aux infrastructures de stockage et de transport, les programmes de cession de gaz ne pourraient en pratique être mis en œuvre et seraient dès lors ineffectifs.

Dans un second temps, la Commission a accepté l'engagement des parties de libérer ou d'augmenter les capacités des interconnecteurs. Comme nous l'avons vu, ces

---

<sup>121</sup> Préc. Note 12, point 797.

<sup>122</sup> V. LANDES, préc. Note 117, p.518 à 525.

<sup>123</sup> E.ON/MOL, préc. Note 12, point 818.

derniers n'ayant pas été construits pour être utilisés à des fins commerciales, leurs capacités sont réduites et souvent très faiblement disponibles pour les concurrents. Les entreprises propriétaires ont ainsi un incitant à conserver les capacités pour leur propre usage. Ce remède a été utilisé dans les affaires *VEBA/VIAG*<sup>124</sup> ou encore *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*<sup>125</sup>. On pense également à l'engagement dans l'affaire *GDF/Suez*<sup>126</sup> de réaliser des investissements sur les marchés français et belge afin d'améliorer les infrastructures, pour à terme améliorer la concurrence sur ces marchés.

#### 3.2.2.1.4 Les engagements relatifs aux contrats

Il existe un autre remède, proche des programmes de cession d'énergie : les programmes de cession de contrats. Ce remède permettant d'éliminer les risques de comportements discriminatoires et anticoncurrentiels qu'aurait pu adopter la nouvelle entité, il a été accepté pour pallier les problèmes de concurrence posés par le rapprochement entre MOL et E.ON, cette dernière s'étant engagée à céder la « *moitié de contrat de fourniture de gaz de dix ans conclu avec MOL E&P* »<sup>127</sup>. L'avantage de ce remède est qu'il procure à l'acheteur une source d'approvisionnement pour une période suffisamment longue lui permettant de se développer de manière effective sur le marché concerné<sup>128</sup>.

La cession de contrat se rapproche d'un remède structurel en ce sens qu'elle est définitive mais une difficulté subsiste. Le consentement des deux parties au contrat étant requis, cela signifie qu'un tiers à l'opération de concentration sera concerné de façon directe par ce remède<sup>129</sup>. Ce transfert devra donc être négocié.

Le second remède relatif aux contrats et mis en œuvre dans le secteur de l'énergie est la terminaison des contrats d'achat à long terme. Il s'agit ici de permettre

---

<sup>124</sup> Décision de la Commission 2001/519/CE du 13 juin 2000, aff. COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*, JO L 188 du 10 juillet 2001, p.1.

<sup>125</sup> Décision de la Commission 2004/135/CE du 26 septembre 2001, aff. COMP/M.2434, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, JO L 48 du 18 février 2004, p.86.

<sup>126</sup> Préc. Note 16

<sup>127</sup> Communiqué de presse de la Commission du 21 décembre 2005, IP/05/1658

<sup>128</sup> V. LANDES, préc. Note 117, p.528.

<sup>129</sup> P.D. CAMERON, préc. Note 6, p.410.

aux clients de l'entreprise concernée de terminer de façon anticipée leurs contrats de fourniture de gaz, souvent des contrats à long terme<sup>130</sup>. Un tel remède permet lui aussi de rendre effectif d'autres engagements. Même si l'entrée de concurrents est facilitée, l'existence de contrats de fourniture à long terme rend illusoire toute possibilité de développement de la concurrence.

### ***3.2.2.2 Les « remedy packages » : illustration de l'activisme de la Commission***

Si les différentes catégories de remèdes ont été analysées séparément, il serait incorrect de les considérer comme indépendantes les unes des autres lors de leur évaluation. Les affaires de concentration dans le secteur de l'énergie illustrent l'acceptation par la Commission de combinaisons de remèdes, dénommées « remedy packages ».

La Commission a exprimé à plusieurs reprises sa préférence pour les remèdes structurels qui permettent une solution claire et facile à mettre en œuvre, ne nécessitant pas de surveillance. En pratique, la plupart du temps une combinaison de différents remèdes de nature à la fois structurelle et comportementale ou quasi-structurelle est proposée par les parties. Comme nous l'avons vu les engagements comportementaux ou quasi-structurels permettent souvent de compléter les engagements de cession en ce sens que sans eux, ces derniers ne donneraient pas en pratique la possibilité à la concurrence de se développer de façon satisfaisante<sup>131</sup>. Les engagements structurels ne permettent pas la flexibilité nécessaire à une industrie en voie de libéralisation. Les autres types de remèdes injectent de la flexibilité dans les marchés permettant ainsi de prendre en compte l'état d'avancement de la libéralisation et l'état concurrentiel des marchés.

Malgré cette apparente prééminence des remèdes structurels, le Tribunal de Première Instance semble considérer que ceux-ci ne sont pas le seul moyen de remédier aux difficultés de concurrence posées par une opération de concentration. Il énonce que

---

<sup>130</sup> Cf. *DONG/Elsam/E2*, préc. Note 19

<sup>131</sup> Cf. supra pages 32-33.

«les engagements comportementaux ne sont pas insuffisants de par leur nature pour empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante et doivent être appréciés au cas par cas au même titre que les engagements structureaux »<sup>132</sup>. Ainsi, il apparaît erroné de considérer que les parties doivent dans chaque cas proposer des remèdes structurels, les remèdes comportementaux n'étant que complémentaires<sup>133</sup>.

Enfin les remèdes proposés par les parties aux concentrations dans le secteur de l'énergie vont souvent loin et concernent de nombreux aspects de la concentration. La doctrine, ainsi que la Commission, emploie les termes de «*far-reaching remedies* »<sup>134</sup>. Ils sont de plus souvent considérés comme innovants<sup>135</sup>. On pense notamment à l'engagement de céder des capacités de transmission des interconnecteurs ou d'en augmenter les capacités.

### 3.2.2.3 L'approche dynamique de la Commission

De nombreux commentateurs<sup>136</sup> soulignent le caractère dynamique de l'approche suivie par la Commission dans son appréciation des remèdes proposés par les parties. L'état d'avancement du processus de libéralisation dans les Etats membres est pris en compte afin que les mesures soient adaptées au contexte particulier du marché concerné. Des raisons techniques, économiques ou politiques peuvent justifier une mise en œuvre de la libéralisation plus ou moins rapide. Etant donné le rôle des mesures correctives, il apparaît qu'une appréciation purement statique des effets de la concentration mènerait la Commission, dans de nombreux cas, à bloquer l'opération. Une analyse dynamique au contraire permet de considérer tous les aspects de l'opération. Si des effets positifs apparaissent, il semble inopportun à la Commission d'interdire l'opération à condition bien évidemment que les aspects négatifs soient

---

<sup>132</sup> EDP c/ Commission, préc. Note 101, point 100.

<sup>133</sup> V. LANDES, préc. Note 117, p.498.

<sup>134</sup> Cf. IP/06/1558, préc. Note 111, déclaration de N. KROES

<sup>135</sup> C. BARTOK, S. MOONEN, P. LAHBABI, A. PAOLICCH, et M. DE LA MANO, « A combination of gas release programmes and ownership unbundling as remedy to a problematic energy merger: E.ON / MOL », *Competition Policy Newsletter*, n°1, 2006, p.78.

<sup>136</sup> M. ALBERS, « The New EU Directives on Energy Liberalization from a Competition point of view », in P.D. CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, 2005, p.53.

éliminés ou compensés par les mesures correctives. L'affaire *E.ON/MOL*<sup>137</sup> illustre la prise en compte de ces éléments par la Commission qui « *a analysé le marché à la fois dans le cadre réglementaire hongrois en vigueur et dans ce que deviendra probablement ce cadre à l'avenir, lorsque les marchés du gaz et de l'électricité auront été entièrement déréglementés en juillet 2007* »<sup>138</sup>. De même dans l'affaire *DONG/Elsam/E2*<sup>139</sup>, le degré de libéralisation du marché danois à cette époque ainsi que le cadre réglementaire en place ont été pris en considération.

Une telle approche des difficultés de concurrence pouvant naître de l'opération proposée ainsi que l'évaluation des remèdes n'en semblent que plus pertinentes. Ainsi les remèdes acceptés par la Commission « *contribute to integrate European gas markets without compromising the objective of ensuring that significant quantities of gas would be released in Denmark in order to solve the antitrust concerns raised by the transaction* »<sup>140</sup>.

### **3.2.3 La critique de la pratique décisionnelle de la Commission**

L'action de la Commission a fait l'objet de nombreuses critiques en particulier sa dérive vers l'adoption d'un comportement proche de celui d'un régulateur sectoriel.

#### ***3.2.3.1 Des remèdes complexes***

La Communication sur les mesures correctives précise que les engagements pris par les parties doivent « *être complets et efficaces à tous points de vue. Ils doivent en outre pouvoir être exécutés de façon effective et dans des délais rapides [...]* »<sup>141</sup>. Malgré cette affirmation de la part de la Commission, la question de l'efficacité des remèdes reste débattue.

---

<sup>137</sup> Préc. Note 12

<sup>138</sup> IP/05/1658, préc. Note 127

<sup>139</sup> Préc. Note 19

<sup>140</sup> V. LANDES, préc. Note 117, p.518.

<sup>141</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note 76, point 9.

Pourtant, d'un point de vue économique, cette question est centrale : les remèdes proposés vont-ils permettre de résoudre les problèmes de concurrence résultant de l'opération en cours? Les affaires *VEBA/VIAG*<sup>142</sup> et *Verbund/EnergieAllianz*<sup>143</sup> ont retenu l'attention de certains commentateurs qui soulignent le manque d'efficacité des remèdes<sup>144</sup>. La mise en œuvre des engagements n'aurait pas eu sur la structure du marché les effets escomptés.

Selon A. CHRISTIANSEN, deux facteurs déterminants conduisent à ce potentiel manque d'efficacité des remèdes. Tout d'abord, l'évaluation d'une opération de concentration contient inévitablement une marge d'incertitude importante dans la mesure où elle donne lieu à des spéculations relatives au développement futur des marchés. Cela semble particulièrement pertinent en ce qui concerne l'énergie, une industrie dont la libéralisation n'est pas encore achevée, les marchés pouvant dès lors rapidement évoluer.

Il note en second lieu la difficulté liée à l'asymétrie d'information et aux différents incitants qu'ont les entreprises concernées. Celles-ci peuvent adopter une stratégie visant à amoindrir l'efficacité de ces remèdes. Par exemple il peut s'agir pour elles de choisir l'acquéreur des activités cédées dans un sens qui les avantage<sup>145</sup>.

Il semble que cela soit la raison pour laquelle les remèdes deviennent de plus en plus complexes et affinés. Souvent ces combinaisons sont qualifiées de « *complex and innovative packages* »<sup>146</sup>. Toutefois, C. RAKOVSKY<sup>147</sup> n'estime pas que les remèdes deviennent de plus en plus complexes. Il ajoute que « [a]lthough we would not reject a remedy simply due to its complexity, we might well reject a proposal if it appears that its effective implementation is doubtful »<sup>148</sup>. Cette citation indique que l'amélioration de la conception des remèdes permettra certainement d'en améliorer l'efficacité.

---

<sup>142</sup> Préc. Note 124

<sup>143</sup> Décision de la Commission du 11 juin 2003, aff. COMP/M.2947, *Verbund/EnergieAllianz*, JO L 092 du 30 mars 2004, p.91

<sup>144</sup> A. CHRISTIANSEN, « Regulation and EU Merger Control in the liberalized electricity sector », 2005, Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=870551>

<sup>145</sup> *Ibid*, p.13-14.

<sup>146</sup> C. BARTOK, S. MOONEN, P. LAHBABI, A. PAOLICCH, et M. DE LA MANO, préc. Note 135, p.78.

<sup>147</sup> En tant que Chef d'Unité "Antitrust and Merger Policy and Scrutiny", DG Concurrence, Bruxelles

<sup>148</sup> C. RAKOVSKY, préc. Note 78, p.3

L'appréciation de leur efficacité a posteriori reste toutefois délicate. D'ailleurs il semble que la Commission ait pris note de cette difficulté. Tout d'abord, une enquête relative aux remèdes dans le cadre des concentrations a été lancée. La question de leur effectivité occupe une partie de l'étude<sup>149</sup>. De plus, alors que l'on pouvait penser qu'elle faisait preuve de bonne volonté à l'égard des remèdes proposés par les parties, les remaniant toutefois quand nécessaire, la Commission a refusé l'acquisition par les entreprises EDP et ENI de l'opérateur portugais GDP<sup>150</sup> les mesures correctives étant insuffisantes.

### 3.2.3.2 *La raison d'être des remèdes : un statu quo respecté ?*

Le point 30 du règlement énonce que les « *engagements devraient être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement* »<sup>151</sup>. Les remèdes proposés par les parties devraient avoir pour seul objet la résolution du problème de concurrence posé par la concentration. Or, une large partie de la doctrine considère que la Commission accepte régulièrement des engagements allant au-delà de ce qui est nécessaire à la résolution des problèmes identifiés. Elle violerait ainsi le règlement communautaire en outrepassant les pouvoirs qu'il lui attribue.

M. PIERGIOVANNI opère une distinction entre deux types de remèdes ayant été acceptés par la Commission. Tout d'abord il considère ceux dont l'objectif est simplement de restaurer une concurrence effective sur les marchés. Puis, il analyse ceux qui visent davantage à réguler le marché<sup>152</sup>. Même s'il revient aux parties de proposer des engagements, la Commission souhaiterait ainsi qu'ils aient une portée plus large que simplement remédier à un problème spécifique. On peut ainsi penser qu'il existe un risque que, dans un souci de rapidité et de certitude d'obtenir une autorisation, les entreprises proposent des remèdes allant parfois très loin, au-delà de la résolution du problème de concurrence.

---

<sup>149</sup> Merger Remedies Study, cf. p.126 – 139.

<sup>150</sup> ENI/EDP/GDP, préc. Note89 ; confirmée par le juge communautaire : EDP c/ Commission, préc. Note 101

<sup>151</sup> Règlement CE sur les concentrations, préc. Note 7, point 30.

<sup>152</sup> M. PIERGIOVANNI, « EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An analysis of the European Commission's Decisional Practice on Remedies », *Journal of Network Industries*, Volume 4, n°3, 2003, p.227.

Dans l'affaire *VEBA/VIAG*<sup>153</sup>, un des remèdes semble ne pas être nécessaire pour remédier au problème identifié. La Commission a voulu éviter la création d'un duopole et par la même d'une position dominante collective. Pour cela un remède structurel permettant l'apparition d'un troisième acteur a été proposé. Mais un autre objectif était poursuivi à savoir l'accroissement des exportations en provenance des pays scandinaves vers l'Allemagne. Ainsi le remède structurel a été associé à la cession de capacités, ce paquet de remèdes permettant d'aider à la création du marché intérieur de l'énergie en favorisant les échanges transfrontaliers<sup>154</sup>. Dans l'affaire *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*<sup>155</sup>, la Commission a considéré que des remèdes devaient être proposés alors même que les entreprises dont les positions dominantes étaient renforcées n'étaient pas les entreprises parties à l'opération de concentration. Dans l'affaire *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*<sup>156</sup>, alors que cela semble ne pas avoir de réel rapport avec le problème de concurrence en cause, la Commission accepte l'engagement d'augmenter les capacités commerciales de l'interconnecteur situé entre la France et l'Espagne. Elle constate que « [l]a capacité commerciale de l'interconnecteur franco-espagnol est déjà réduite, ce qui constitue une barrière pour les importations espagnoles d'électricité et a pour effet d'isoler le marché des autres marchés d'électricité continentaux, au détriment de la clientèle »<sup>157</sup>. M. PIERGIOVANNI considère que ce remède a non seulement servi à réduire le nombre de concurrents sur le marché mais également « to mitigate the isolation of the Spanish electricity market, and to increase the chance of foreign suppliers entering the market »<sup>158</sup>. L'objectif de la Commission était donc bien d'ouvrir encore un peu plus les marchés à la concurrence, de créer cette concurrence ainsi que d'assurer le développement du marché européen de l'énergie.

Pourtant le rôle que le règlement CE sur les concentrations assigne à la Commission est bien de respecter le statu quo ; le marché doit, en application des engagements des parties, revenir à sa situation pré-concentration. Il ne revient pas à la Commission de créer de la concurrence là où il n'y en avait pas auparavant. D'ailleurs

---

<sup>153</sup> *VEBA/VIAG*, préc. Note 124

<sup>154</sup> G. MONTI, préc. Note 75, p.475.

<sup>155</sup> Décision de la Commission du 19 mars 2002, aff. COMP/M.2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, JO C 114 du 15 mai 2002, p.23 ; point 57

<sup>156</sup> Préc. Note 125

<sup>157</sup> Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2001, IP/01/1320

<sup>158</sup> M. PIERGIOVANNI, préc. Note 152, p.254.

un parallèle peut être dressé avec l'arrêt du Tribunal de Première instance dans l'affaire *EDP contre Commission*<sup>159</sup>. Alors que le Portugal bénéficiait d'une dérogation lui permettant de conserver un marché monopolistique jusqu'en 2007, la Commission avait considéré que la concentration renforçait la position dominante des entreprises en cause. Le Tribunal ne l'a pas suivi sur ce point particulier en indiquant que l'entreprise étant en monopole, le critère du renforcement de la position dominante ne pouvait être rempli. Ainsi, « aucune concurrence effective ne saurait être entravée par la concentration »<sup>160</sup>.

Il semble que la Commission, en utilisant ses pouvoirs pour accélérer le processus de libéralisation et de création du marché intérieur<sup>161</sup>, ne dépasse le cadre du règlement. Une difficulté réside dans le fait que la Commission ne craint pas vraiment l'appréciation du juge communautaire. La nécessité de délais brefs en matière de concentrations a pour conséquence une saisine très rare du juge. Ainsi la Commission se sent libre d'utiliser l'outil des remèdes pour achever ses objectifs, objectifs qu'elle ne pourrait que difficilement atteindre à travers la voie législative.

### 3.2.3.3 Rôle quasi-régulateur de la Commission ?

La déclaration faite par N. KROES à la suite de la décision relative au rachat de MOL par E.ON illustre sa détermination à accélérer la libéralisation du secteur énergétique, notamment au travers l'utilisation des règles du contrôle des concentrations. Elle énonce qu'elle est « convaincue que l'ensemble de mesures correctives adopté dans ce dossier permettra à la concurrence de se développer sur les marchés hongrois du gaz et de l'électricité. La démarche qu'a adoptée la Commission est le reflet de son engagement à garantir qu'une concurrence effective se développe sur les marchés de l'énergie nouvellement déréglementés »<sup>162</sup>. Elle ajoute que l'enquête sectorielle<sup>163</sup> a démontré le fonctionnement insatisfaisant des marchés de l'énergie. Ainsi, « la Commission, tout en soutenant l'intégration du secteur de l'énergie à l'échelle

---

<sup>159</sup> *EDP c/ Commission*, préc. Note 101

<sup>160</sup> Communiqué de presse n° 80/05 du TPI du 21 septembre 2005

<sup>161</sup> G. MONTI, préc. Note 75, p. 476.

<sup>162</sup> IP/05/1658, préc. Note 127

<sup>163</sup> Communication de la Commission sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité, Préc. Note 3

*européenne et sa restructuration, doit veiller à ce que tout problème de concurrence soit résolu et à ce que les consommateurs soient protégés»<sup>164</sup>.*

S'il est évident qu'à travers cette pratique la Commission poursuit un but légitime, à savoir l'ouverture des marchés à la concurrence, le règlement CE sur les concentrations ne semble pas constituer l'instrument le plus approprié<sup>165</sup>. Sa politique apparaît très interventionniste amenant les commentateurs à la qualifier de « *quasi-régulation* »<sup>166</sup>. G. MONTI indique que les remèdes « *turn the Commission into an industry regulator which uses its powers to improve the way markets work* »<sup>167</sup>. Or, cela ne va pas sans poser de problème. La Commission ne possède pas une connaissance du secteur énergétique équivalente à celle d'un véritable régulateur sectoriel ce qui crée un risque de mauvaise appréhension des marchés et d'application de solutions inappropriées. De plus la Commission poursuit un but autre, celui de la réalisation du marché intérieur. Les moyens d'y parvenir peuvent entrer en contradiction avec l'objectif de concurrence. La pratique en matière de remèdes illustre la difficulté de cet exercice de balance des intérêts en cause.

G. MONTI souligne également que « *[t]he power to impose remedies allows [the Commission] to regulate markets in a detailed manner, a process achieved through negotiation with the parties to the merger* »<sup>168</sup>. Selon lui cela pourrait démontrer une tentative de la Commission de reprendre le contrôle sur le choix des remèdes. S'il revient aux parties de proposer des engagements<sup>169</sup>, en pratique la Commission exerce certainement un pouvoir d'influence très fort. La publication des Communications sur les remèdes en tant que guide pour les parties constitue une illustration de ce phénomène. Elles sont très détaillées, la liberté des parties étant ainsi fortement encadrée.

---

<sup>164</sup> *Ibid*

<sup>165</sup> M. PIERGIOVANNI, préc. Note 152, p.266.

<sup>166</sup> L. HANCHER et R. DE VLAM, « Merger remedies in the electricity sector », dans D. GÉRADIN (Ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia, 2004, p.220.

<sup>167</sup> G. MONTI, préc. Note 75, p.476.

<sup>168</sup> *Ibid*, p.290.

<sup>169</sup> Communication sur les remèdes, préc. Note76, point 19.

## **4 ANALYSE DES CONSEQUENCES SUR LE MARCHE EUROPEEN DE L'UTILISATION DES REGLES DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS**

Le renforcement des entreprises nationales par les Etats membres et la politique d'acceptation des rapprochements entre entreprises suivie par la Commission ont eu pour conséquence la création de champions nationaux actifs sur la scène européenne et la transformation du marché européen en un marché oligopolistique.

### **4.1 La création de champions nationaux et/ou paneuropéens**

Au commencement du processus de libéralisation, les entreprises dont le monopole devait cesser disposaient d'un avantage comparatif très important, ne serait-ce que par la détention des infrastructures mais également de par leur clientèle, leur réputation et leur connaissance des marchés. Elles ont dès lors pu entreprendre une expansion de leurs marchés à la fois de produits et géographiques<sup>170</sup>. On a observé la création d'entreprises paneuropéennes actives sur une partie du marché européen.

Pourtant une tendance inverse s'est développée en parallèle. Il s'agit du renforcement sur le plan national de leurs champions nationaux par les Etats membres. Le terme « champion national » se réfère à une vision particulière de l'interaction entre la politique industrielle et la politique de concurrence. Les Etats se sont fortement impliqués dans leur gestion, notamment en matière de concentrations. Ainsi l'annonce par le gouvernement français<sup>171</sup> de la volonté de l'entreprise nationale GDF de fusionner avec l'opérateur Suez quelques jours seulement après que l'on ait entendu parler d'une possible offre publique d'achat de l'opérateur italien Enel sur Suez

---

<sup>170</sup> Cf. supra pages 6 – 8.

<sup>171</sup> Annonce par D. DE VILLEPIN alors Premier Ministre français, « Dominique de Villepin a annoncé un projet de fusion entre Gaz de France et Suez », *Le Monde*, 25 février 2006

démontre cette forte interférence politique<sup>172</sup>. S'agit-il pour autant d'une facette d'un phénomène connu sous le terme de « protectionnisme économique » ? A.G. SOARES analyse la protection des champions nationaux comme des « *hidden practices of economic protectionism* »<sup>173</sup>.

Il apparaît rationnel de vouloir qu'une entreprise se développe afin d'atteindre une taille critique lui permettant de réaliser des économies d'échelle pour qu'à terme les consommateurs en tirent un bénéfice. Toutefois, les théories économiques n'ont pas prouvé de relation systématique entre l'accroissement de la taille d'une entreprise et l'accroissement de son efficacité. En effet, il se peut qu'une entreprise efficace sur le plan national ne le soit pas sur la scène sinon mondiale, du moins européenne. Ainsi le développement inconsideré des entreprises nationales pourrait ne pas mener à l'objectif poursuivi. Certains considèrent que cela ne suffirait de toute façon pas à contrebalancer la perte de bien-être total et que cela pourrait constituer une façon indirecte pour les Etats de faire bénéficier certaines entreprises d'aides<sup>174</sup>.

Ainsi, la création ou la protection de champions nationaux par les Etats ne semblent pas convenablement s'insérer dans la politique européenne de création d'un marché européen. Peut-être est-il encore un peu excessif aujourd'hui de considérer que de telles politiques bloquent la réalisation du marché commun mais il apparaît qu'elles constituent tout de même un frein, une barrière à l'instauration d'un marché intérieur concurrentiel. Une explication possible semble tenir au fait que la Commission doit agir tout en accommodant les politiques étatiques interférant avec ses choix. Elle a besoin des Etats pour faire avancer la libéralisation et ne peut donc pas prendre le risque de rejeter toutes leurs interventions, d'autant que l'action de la Commission reste limitée notamment par les règles du règlement CE sur les concentrations.

---

<sup>172</sup> « Le marché européen de l'énergie face aux intérêts nationaux », *Eurotopics*, Revue de presse du 27 février 2006 ; Disponible sur : [http://www.eurotopics.net/fr/presseschau/archiv/archiv\\_dossier/DOSSIER2906](http://www.eurotopics.net/fr/presseschau/archiv/archiv_dossier/DOSSIER2906)

<sup>173</sup> A.G. SOARES, préc. Note 20, p.353.

<sup>174</sup> S. VERDE, préc. Note 17, p.1130.

## 4.2 Vers un oligopole européen ?

D'un point de vue général, la vague de fusions et acquisitions connue par le secteur énergétique a renforcé la concentration des marchés. La Commission, consciente de ce problème, l'a identifié dans son rapport sur le secteur énergétique<sup>175</sup>. Pourtant la politique qu'elle a menée a consisté à autoriser les concentrations en encourageant les modifications aux opérations en cas de problème de concurrence. Elle a dès lors conduit à l'émergence sur la scène européenne de larges entreprises, souvent les opérateurs historiques nationaux, les autres acteurs n'étant pas suffisamment efficaces pour rivaliser à ce niveau. Or, cette politique semble avoir ralenti la réalisation du marché intérieur. Ce sont donc les grandes entreprises françaises, italiennes ou encore allemandes qui dominent le marché<sup>176</sup>. Il ressort d'une analyse de 2003 que sur le court/moyen terme, environ sept entreprises domineront le marché de l'électricité dont EDF, E.ON et RWE<sup>177</sup>. Cela apparaît d'autant plus réaliste qu'il ne reste à l'heure actuelle que peu d'entreprises de taille réduite pouvant potentiellement être rachetées<sup>178</sup>.

Une telle structure semble déjà être mise en place au niveau européen (alors même que la concurrence au niveau national s'est accrue), les entreprises détenant un fort pouvoir de marché. Cela ne va-t-il pas justement à l'encontre des buts de la libéralisation<sup>179</sup>. Vraisemblablement le double objectif poursuivi par la Commission, à savoir la réalisation du marché commun et la poursuite de la politique de la concurrence explique en partie cet état de fait et la difficulté pour elle de trouver un équilibre entre des objectifs menant parfois à des solutions contradictoires.

En effet lorsque la Commission encourage les concentrations de nature transfrontalière, elle fait progresser le marché intérieur de l'énergie ; mais, dans un même temps, cela réduit le nombre d'acteurs sur le marché. La théorie économique indique que si ce sont des entreprises moins efficaces qui disparaissent, cela résulte du jeu normal de la concurrence, celle-ci n'ayant pas pour objectif de protéger les

---

<sup>175</sup> Communication de la Commission, préc. Note 3, point 4.

<sup>176</sup> G. MONTI, préc. Note 75, p.476.

<sup>177</sup> A. CHRISTIANSEN, préc. Note 144, p.9 - 10.

<sup>178</sup> « Power games, The final shape of the European energy market is emerging: an oligopoly », *The Economists*, 28 février 2009, p. 62.

<sup>179</sup> A. CHRISTIANSEN, préc. Note 144, p.10.

concurrents moins efficaces. Dès lors d'un point de vue concurrentiel cela ne devrait pas poser de difficultés.

Cependant, à vouloir imposer plus de concurrence au niveau européen, la Commission a semble-t-il mis en place une politique qui, sur le long terme, ne va pas conduire à une structure pleinement concurrentielle, de nombreux risques étant associés à cela. Une structure oligopolistique pourrait en effet conduire à une cartellisation des marchés. Si ce n'est pas de façon expresse, le risque est que les entreprises n'adoptent un comportement de collusion tacite. La notion d'oligopole collusif apparaît pertinente ici; du fait de la structure du marché, les entreprises auront tendance à se comporter tel un cartel, à ne pas toucher à la clientèle et aux territoires des autres entreprises. Les opérateurs ne voudront certainement pas s'engager dans des politiques concurrentielles, faisant preuve d'un certain attentisme et consolidant leur position. D'autant que, étant donné la difficulté pour les entreprises de fournir de l'énergie d'un territoire à un autre en raison des capacités limitées des interconnecteurs (la Commission agissant toutefois pour remédier à ce problème), une répartition des marchés même implicite semble probable. On peut s'attendre, si ce n'est à une hausse des prix, du moins à une fixation à un niveau supérieur au niveau concurrentiel. De plus, une structure oligopolistique comporte la menace de l'établissement d'une position dominante collective, les risques d'abus étant alors élevés.

Enfin, la création d'un tel oligopole au niveau européen risque de figer les entreprises dans leurs marchés avec pour conséquence une réduction de l'innovation et dès lors une baisse de compétitivité résultant en une perte de bien-être pour les consommateurs. Cette baisse pourrait être d'autant plus grave que si sur le marché européen les entreprises ne se concurrencent pas, elles peuvent ne pas être en mesure de réagir à l'entrée de nouveaux concurrents plus efficaces sur le marché.

## 5 CONCLUSION

L'objet de cette étude consiste à analyser la façon dont différents acteurs impliqués dans le mécanisme du contrôle des concentrations ont manipulé ces règles afin d'influencer le développement de la libéralisation du secteur énergétique. Il s'est agi d'étudier l'attitude des Etats membres ainsi que l'action de la Commission dont le rôle en matière de concentrations est majeur. En effet, en tant qu'autorité de concurrence européenne, les opérations de dimension communautaire relèvent de sa compétence. Son rôle est d'autant plus important qu'elle est à l'origine du processus de libéralisation des marchés énergétiques.

Nous avons observé que l'utilisation des règles du contrôle des concentrations comporte un aspect politique fort. D'un côté les Etats membres, au travers l'invocation d'intérêts légitimes, tentent d'empêcher ou d'ajouter des conditions à certaines opérations relevant pourtant de la compétence de la Commission. Ce comportement requiert une analyse dans le cadre d'une sorte de protectionnisme parfois dénommé « *patriotisme économique* »<sup>180</sup> tendant notamment à ce que les Etats protègent leurs entreprises nationales contre l'entrée d'acteurs étrangers sur leurs marchés tout en essayant de créer des champions nationaux.

De l'autre côté, la Commission, quant à elle, poursuit un objectif a priori simple : l'ouverture des marchés énergétiques à la concurrence et l'approfondissement du marché intérieur de l'énergie. Elle a su encourager cette concurrence en acceptant des remèdes parfois très larges, remèdes pouvant être perçus comme servant plus d'outil au service de la libéralisation que de véritables moyens de contrer les effets anticoncurrentiels découlant des concentrations.

Il apparaît que la politique d'encouragement des fusions et acquisitions entre entreprises menée par la Commission et l'action des Etats membres ont contribué à accroître la concentration sur le marché de l'énergie. Si la concurrence s'est accrue à l'intérieur des marchés nationaux traditionnellement très concentrés, le marché

---

<sup>180</sup> Concept employé notamment par D. DE VILLEPIN dans un discours prononcé le 27 juillet 2005, C. JAKUBYSZYN, « Dominique de Villepin en appelle au « patriotisme économique » », *Le Monde*, 29 juillet 2005

européen quant à lui rencontre une diminution de la concurrence, les marchés étant souvent encore considérés comme nationaux par la Commission. Ainsi, le Professeur D. HELM a indiqué, pour illustrer ce phénomène, que « *ENDESA, for example, is no longer a potential European competitor to E.ON* »<sup>181</sup>.

En tentant de poursuivre deux objectifs, à savoir l'accroissement du caractère concurrentiel des marchés et la réalisation du marché commun de l'énergie, la Commission a semble-t-il créé un marché européen encore fragmenté et désormais oligopolistique. Les bénéfices pour les consommateurs tant désirés par la Commission semblent encore constituer une perspective lointaine.

---

<sup>181</sup> D. HELM, *British Energy Policy*, Oxford, 15 août 2007, p.9; Disponible sur: [http://www.dieterhelm.co.uk/publications/British\\_EP\\_150808.pdf](http://www.dieterhelm.co.uk/publications/British_EP_150808.pdf)

## **6 BIBLIOGRAPHIE**

### **Législation**

(Par ordre chronologique)

Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), JO C 325 du 24 décembre 2002

Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004

### **Communications de la Commission**

(Par ordre chronologique)

Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, JO C 68 du 2 mars 2001, p.3

Communication de la Commission, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851, Non publié au Journal officiel

Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, JO C 267 du 22 octobre 2008, p.1

## Rapport de la Commission

Merger Remedies Study, Commission européenne, DG Concurrence, octobre 2005 ;  
Disponible sur :

[http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remedies\\_study.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remedies_study.pdf)

## Communiqués de presse

(Par ordre chronologique)

Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2001, « La Commission autorise sous conditions l'acquisition du contrôle en commun de Hidroeléctrica del Cantábrico par le groupe Villar Mir et par EnBW », IP/01/1320

Communiqué de presse de la Commission du 9 décembre 2004, « Concentrations : la Commission interdit l'acquisition de GDP par EDP et ENI », IP/04/1455

Communiqué de presse n° 80/05 du TPI du 21 septembre 2005, relatif à l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, *EDP c/ Commission*, « Le Tribunal confirme l'interdiction de l'acquisition de Gás de Portugal par Energias de Portugal et ENI ».

Communiqué de presse de la Commission du 21 décembre 2005, « 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 », IP/05/1658

Communiqué de presse de la Commission du 14 mars 2006, « Concentrations : la Commission autorise, sous réserve du respect de certaines conditions, DONG à acquérir des producteurs et fournisseurs d'électricité danois », IP/06/313

Communiqué de presse de la Commission du 25 avril 2006, « Concentrations : la Commission approuve l'acquisition d'Endesa par E.ON », IP/06/528

Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006, « Libre circulation des capitaux: la Commission demande à l'Espagne de remanier la loi modifiant les fonctions de l'autorité de régulation espagnole du gaz et de l'électricité », IP/06/1264

Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006, « Concentrations: la Commission condamne les mesures prises par le régulateur espagnol du secteur de l'énergie en ce qui concerne l'offre de rachat d'Endesa présentée par E.ON », IP/06/1265

Communiqué de presse de la Commission du 14 novembre 2006, « Concentrations : la Commission autorise la fusion de Gaz de France et de Suez, sous réserve de certaines conditions », IP/06/1558

Communiqué de presse de la Commission du 29 novembre 2006, « Concentrations: la Commission informe l'Espagne que, selon son appréciation préliminaire, les mesures prises par le ministre espagnol dans le projet de rachat d'Endesa par E.ON enfreignent le droit communautaire », IP/06/1649

Communiqué de presse de la Commission du 20 décembre 2006, « Concentrations ; la Commission conclut que les mesures prises par l'Espagne concernant le projet de rachat d'Endesa par E.ON enfreignent le droit communautaire », IP/06/1853

Communiqué de presse de la Commission du 22 octobre 2008, «Concentrations: la Commission révisé la communication sur les mesures correctives et modifie le règlement d'application du règlement sur les concentrations », IP/08/1567

## **Législation étrangère**

Décret royal 4/2006 du 24 février 2006, modifiant les fonctions de la Commission Nationale de l'Energie

## Ouvrages

(Par ordre alphabétique)

M. ALBERS, « The New EU Directives on Energy Liberalization from a Competition point of view », in P.D. CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, 2005, p.41 – 58

P.D. CAMERON, *Competition in energy markets, law and regulation in the European Union*, second edition, Oxford, 2007

S. DAVIES ET B. LYONS, *Mergers and Merger remedies in the EU: Assessing the consequences for competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007

L. HANCHER and R. DE VLAM, « Merger Remedies in the Electricity Sector », dans D. GERADIN (ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia, 2004, p.183 – 222

B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2007*, Juris Publishing, 2008

A. JONES and B. SUFRIN, *EC competition law: Text, Cases and Materials*, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford University Press, 2007

C. JONES, *EU energy law, EU Competition Law and Energy Markets*, vol. II, Claeys & Casteels, Leuven, 2<sup>nd</sup> edition, 2007

V. LANDES, « Remedies in energy mergers », dans C. JONES (ed.), *EU energy law, EU Competition Law and Energy Markets*, Vol. II, Claeys & Casteels, Leuven, 2<sup>nd</sup> edition, 2007, p.498.

P. LAROUCHE, « Legal issues concerning remedies in network industries », dans D. GERADIN (ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia, 2004, p.21 - 45

M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2008

G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University press, 2007

M.M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, I. Del GUAYO et A. RØNNE, *ENERGY LAW IN EUROPE – National, EU and International Regulation*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, 2007

L. VOGEL, *Droit européen de la concurrence 2006-2007, Tome 3 : Concentrations, Aides d'Etats*, LawLex, Paris, 2006

R. WHISH, *Competition Law*, 6<sup>th</sup> edition, Oxford Press University, 2009

## **Articles**

(Par ordre alphabétique)

C. BARTOK, S. MOONEN, P. LAHBABI, A. PAOLICCH, et M. De La Mano, « A combination of gas release programmes and ownership unbundling as remedy to a problematic energy merger: E.ON / MOL », *Competition Policy Newsletter*, n°1, 2006, p.78

M. CHATELIN et S. SCHIPPERS, « Netherlands: Merger Control », *The European Antitrust Review*, Global Competition Review, 2009, p.154 – 155

A. EZRACHI, « Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations », *World Competition*, n°29(3), 2006, p.459 – 479

D. GERARD, “Protectionist threats against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of Article 21 ECMR”, *Common Market Law Review*, vol. 45, fascicule 4, 2008, p. 987.

S. PAPON, « Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A case-by-Case Analysis », *European Competition Law Review*, issue 1, 2009, p.36 – 48

N. PETIT, « Non-competition concerns under the ECMR – An overview », *Concurrences*, n° 4, 2008, p.182 – 187

M. PIERGIOVANNI, « EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An analysis of the European Commission’s Decisional Practice on Remedies », *Journal of Network Industries*, Volume 4, n°3, 2003, p.227.

A.G. SOARES, « “National Champions” Rhetoric in European Law *Or the many faces of protectionism* », *World Competition*, n°31(3), 2008, p.353 – 368

S. VERDE, “Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the EU merger policy”, *Energy policy*, n° 36, 2008, p.1125 – 1133

A. WEITBRECHT, « EU Merger Control in 2006 – The Year in Review », *European Competition Law Review*, Vol. 28, Issue 2, 2007, p.125 – 133

C.F. ZIMMERMANN and K. TALUS, « Regulation of Electricity Markets at the EU Level », *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 17, n°1, 2007, p.12 – 22

## **Articles de journaux**

(Par ordre chronologique)

C. JAKUBYSZYN, « Dominique de Villepin en appelle au « patriotisme économique » », *Le Monde*, 29 juillet 2005

« Dominique de Villepin a annoncé un projet de fusion entre Gaz de France et Suez », *Le Monde*, 25 février 2006

« Power games, the final shape of the European energy market is emerging: an oligopoly », *The Economists*, 28 février 2009

## **Décisions de la Commission**

(Par ordre chronologique)

Décision de la Commission du 27 janvier 1999, aff. COMP/M.1346, *EDF/London Electricity*, JO C 92 du 1<sup>er</sup> avril 1999, p.10

Décision de la Commission du 20 juillet 1999, aff. COMP/M.1616 (*référé*), *BSCH/Champalimaud*

Décision de la Commission 2001/519/CE du 13 juin 2000, aff. COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*, JO L 188 du 10 juillet 2001, p.1

Décision de la Commission 2002/164/CE du 7 février 2001, aff. COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, JO L 059 du 28 février 2002, p.1

Décision de la Commission 2004/135/CE du 26 septembre 2001, aff. COMP/M.2434, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, JO L 48 du 18 février 2004, p.86

Décision de la Commission du 19 mars 2002, aff. COMP/M.2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, JO C 114 du 15 mai 2002, p.23

Décision de la Commission 2004/271/CE du 11 juin 2003, aff. COMP/M.2947, *Verbund/EnergieAllianz*, JO L 092 du 30 mars 2004, p.91

Décision de la Commission 2005/801/CE du 9 décembre 2004, aff. COMP/M.3440, *ENI/EDP/GDP*, JO L 302 du 19 novembre 2005, p.69

Décision de la Commission du 15 novembre 2005, aff. COMP/M.3986, *Gas Natural/Endesa*, JO C 22 du 28 janvier 2006, p.21

Décision de la Commission 2006/622/CE du 21 décembre 2005, aff. COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, JO L 253 du 16 septembre 2006, p.20

Décision de la Commission 2007/353/CE du 14 mars 2006, aff. COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*, JO L 133 du 25 mai 2007, p.24

Décision de la Commission 2006/114/06 du 25 avril 2006, aff. COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, JO C 114 du 16 mai 2006, p. 4

Décision de la Commission du 26 septembre 2006, aff. COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*

Décision de la Commission 2007/194/CE du 14 novembre 2006, aff. COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*, JO L 88 du 29 mars 2007, p.47

Décision de la Commission du 20 décembre 2006, aff. COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*

## **Jurisprudence**

(Par ordre chronologique)

### **Cour de Justice des Communautés européennes**

CJCE du 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, Rec. p.2727

CJCE du 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99, Rec. p.4781

CJCE du 4 juin 2002, *Commission c/ Belgique*, aff. C-503/99, Rec. p.4809

CJCE 6 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-196/07, non encore publié au *Recueil*

## **Tribunal de Première Instance**

TPI 21 septembre 2005, *EDP c/ Commission*, aff. T-87/05, Rec. p.II-3745

TPI 30 avril 2008, *Espagne c/ Commission*, aff. T-65/08(référé), non encore publié au *Recueil*

## **Juridictions étrangères**

Décision du Bundeskartellamt 4000-U-109/01 du 21 janvier 2002, *E.ON/Ruhrgas*

Tribunal de Defensa de la Competencia, decisión du 5 janvier 2006

## **Sites Internet**

(Par ordre alphabétique)

J.P. DE LA LAURENCIE, J.P. TRAN THIET, O. FREGET, C. BARTHELEMY, P. REDAELLI, I. ZENKE, A. DE CADARAN, J.B. SIPROUDHIS, M. KERBER, « Dix ans de libéralisation de l'énergie: Un bilan d'étape contrasté », *Concurrences*, n°1-2009, n°23259, Disponible sur : [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), le 3 mai 2009

A. CHRISTIANSEN, « Regulation and EU Merger Control in the liberalized electricity sector », 2005, Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=870551>, le 3 mai 2009

F. BLANC, J. S. BRUECKNER, C. RAKOVSKY, « Claude RAKOVSKY : EC Merger Remedies », *Concurrences*, n°1-2009, n°23235, Disponible sur : [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), le 3 mai 2009

N. BROMFIELD et M. LEVITT, « Merger Control in Energy Transactions », *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control*, 2008, Global legal Group, p18, [www.iclg.co.uk](http://www.iclg.co.uk), le 3 mai 2009

G. FEDERICO, « European electricity mergers Understanding unilateral effects », *European Competition Seminar*, Amsterdam, 5 juin 2008: Disponible sur: <http://www.crai.com/ecp/assets/FedericoAmsterdam5jun08.pdf>, le 3 mai 2009

P.A. GEROSKI, « Competition Policy and National Champions », *Competition Commission*, 8 March 2005, Disponible sur [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_peop/members/chair\\_speeches/pdf/geroski\\_wifo\\_vienna\\_080305.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_peop/members/chair_speeches/pdf/geroski_wifo_vienna_080305.pdf), le 3 mai 2009

S. GRANDO, O. DEBOUZY, « La Commission européenne concurrencée », *Constructif*, n° 19, Février 2008, Disponible sur : [http://www.constructif.fr/Article\\_37\\_66\\_466/La\\_Commission\\_europeenne\\_concurrencee.html](http://www.constructif.fr/Article_37_66_466/La_Commission_europeenne_concurrencee.html), le 3 mai 2009

D. HELM, *British Energy Policy*, Oxford, 15 août 2007, Disponible sur: [http://www.dieterhelm.co.uk/publications/British\\_EP\\_150808.pdf](http://www.dieterhelm.co.uk/publications/British_EP_150808.pdf), le 3 mai 2009

I. KOKKORIS, « Was there a gap in the ECMR? », *Concurrences*, N°1-2009, n°23214, Disponible sur: [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), le 3 mai 2009

Communiqué de Presse de Vattenfall, « Nuon and Vattenfall join forces to create a leading European energy company », 23 février 2009, disponible sur: [http://www.vattenfall.com/www/vf\\_com/vf\\_com/370103press/558539press/index.jsp?pmid=99421](http://www.vattenfall.com/www/vf_com/vf_com/370103press/558539press/index.jsp?pmid=99421), le 3 mai 2009

« Le marché européen de l'énergie face aux intérêts nationaux », *Eurotopics*, Revue de presse du 27 février 2006 ; Disponible sur [http://www.eurotopics.net/fr/pressechau/archiv/archiv\\_dossier/DOSSIER2906-Le-marche-europeen-de-l-energie-face-aux-interets-nationaux](http://www.eurotopics.net/fr/pressechau/archiv/archiv_dossier/DOSSIER2906-Le-marche-europeen-de-l-energie-face-aux-interets-nationaux), le 3 mai 2009