

## II-5.2 : PAR UNE DECISION DU 4 MAI 2010, LA COMMISSION EUROPEENNE A ACCEPTE LES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR LA SOCIETE ENERGETIQUE ALLEMANDE E.ON D'OUVRIR DAVANTAGE A SES CONCURRENTS L'ACCES A SON RESEAU DE TRANSPORT DE GAZ.

Vendredi 21 mai 2010, par Marie-Anne Frison-Roche, Managing Editor and Director of the RLR

### INFORMATION A RETENIR :

La commission européenne a mené en 2007 une enquête sectorielle sur le fonctionnement concurrentiel des marchés énergétiques européens en estimant que ceux-ci fonctionnent mal, notamment puisqu'ils sont peu ouverts et leurs prix trop élevés. Une procédure ouverte en décembre 2009 contre E.ON est ici close par l'engagement de celle-ci envers la commission européenne d'ouvrir à ses concurrents son réseau de transport de gaz. L'accès au réseau de transport, facilité essentielle, est le cœur du système de régulation et s'il ne se fait pas *ex ante* il peut se faire alors *ex post*, comme on le voit dans cette affaire, par une alliance entre le droit de la concurrence et le droit du contrat, l'engagement devenant une sorte de corégulation (voir infra dans le bref commentaire).

### RAPPEL DU CONTEXTE ET RESUME DU DOCUMENT :

En janvier 2007, la commission européenne a publié son rapport sectoriel sur les marchés de l'énergie en estimant que ceux-ci souffrent de dysfonctionnements concurrentiels, imputables notamment au degré élevé de concentration du marché, à l'intégration verticale de la production et de l'infrastructure de transport, ce qui entrave à la fois un accès équitable des concurrents à l'infrastructure et à des investissements suffisants pour l'infrastructure.

On sait que la commission européenne souhaite d'une façon générale la dissociation entre maîtrise de l'industrie de production et maîtrise de l'industrie de transport, mais qu'elle n'a pas pu faire prévaloir cette conception économique dans les textes du troisième *Paquet Energie*.

Cependant, comme toujours après une enquête sectorielle, elle a concrétisé ses soupçons de comportement anticoncurrentiel en ouvrant en janvier 2010 une procédure contre la société allemande d'énergie E.ON pour abus de position dominante (article 102 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne – TFUE). La Commission lui reproche principalement d'avoir fermé à son profit le marché du gaz en procédant à la réservation à long terme de la quasi-totalité des capacités d'entrée sur ses réseaux propres de transport du gaz.

Or, il ne peut guère y avoir de nouveaux entrants sur un tel marché que si l'offreur peut accéder au point d'entrée de l'infrastructure de transport de l'énergie. A l'inverse, si cet accès est limité, alors même que l'offre est compétitive, l'offreur n'aura pas la capacité de gagner de nouveaux clients et le marché ne pourra pas s'ouvrir à la concurrence.

L'entreprise poursuivie a proposé à la Commission Européenne des engagements pour répondre à ces préoccupations en s'engageant à procéder à une réduction majeure de ses réservations de

capacité d'entrée sur le réseau de gaz, ce qui ouvre de fait autant de marge d'accès pour les autres opérateurs.

La Commission, s'appuyant sur l'article 9 du règlement n° 1/2003, accepte l'engagement par la décision du 4 mai 2010, rend cet engagement juridiquement contraignant pour l'entreprise et abandonne l'enquête en cours à l'encontre d'E.ON. Cette décision de la Commission est justifiée par le fait qu'un tel engagement facilité structurellement et d'une façon décisive l'ouverture du marché allemand du gaz à la concurrence, au profit des consommateurs de gaz qu'ils soient privés ou industriels.

Le commissaire européen à la concurrence a souligné que les engagements avaient été analysés en étroite coopération avec l'autorité allemande de régulation du secteur de l'énergie (*Bundesnetzagentur*). En outre, la décision souligne que « les pénuries de capacité de transport constitue l'un des principaux obstacles à la concurrence sur le marché du gaz allemand ».

### COURT COMMENTAIRE :

Cette décision est instructive à plusieurs titres.

Tout d'abord, on mesure une nouvelle fois que les « enquêtes sectorielles » qui sont faites d'une façon unilatérales et sans que les garanties de procédure, sans que les droits fondamentaux des entreprises n'interfèrent, ne sont que le préalable à des poursuites anticoncurrentielles. C'est le cas ici en matière énergétique ; on retrouve le même mécanisme dans le secteur pharmaceutique (voir fiche III-2.1 à vérifier) ce qui constitue une difficulté quant au moment pertinent auquel doit se déclencher le respect dû aux entreprises de leur garantie fondamentales de procédure.

D'une façon plus substantielle, on voit ici très bien l'articulation harmonieuse entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation. En effet, lorsqu'un secteur est gouverné par le monopole économiquement naturel d'un réseau de transport, ici gazier, on peut l'organiser *ex ante* par un régulateur spécifique. Mais l'on peut aussi, si la régulation sectorielle n'est pas assez dynamique, utiliser l'outil *ex post* du droit de la concurrence par le biais d'une procédure pour abus de position dominante. Ce chemin inverse fut celui opéré par les Etats Unis à travers la théorie prétorienne des Facilités Essentielles construites par la Cour suprême en 1911, au sein du droit de la concurrence, avant que des régulateurs dotés de pouvoirs *ex ante* n'apparaissent. La finesse du mécanisme consiste alors à y glisser la technique de l'engagement, que le relativement récent règlement de 2003 sur la modernisation du droit de la concurrence a inséré dans les procédures concernant les pratiques anticoncurrentielles.

Or, par nature un engagement, qui n'est jamais qu'une offre faite par l'entreprise à l'autorité qui l'accepte, est un contrat, c'est-à-dire un outil *ex ante* et les textes ont pris soin de prévoir de multiples sanctions en cas de non respect dans le futur des engagements. Ainsi, il devient très logique que l'engagement dans la présente affaire soit examiné de concert par l'autorité de concurrence et par l'autorité de régulation de l'énergie, puisqu'il s'agit d'organiser le futur, perspective *ex ante*, le contrat étant certainement ce par quoi le droit de la concurrence intègre de plus en plus une perspective régulatoire.

Cette régulation par l'engagement se fait à deux, entre l'autorité de la concurrence et l'entreprise concernée et relève donc de la corégulation. Il est à ce titre remarquable le Commissaire européen à la concurrence Joachim Almunia ait dit expressément dit qu'un tel engagement constituait une solution globale

L'engagement, parce qu'il partage avec le contrat la possibilité pour les parties de dessiner les obligations, est un mode adéquat de régulation *ex ante*. On le voit ici très nettement. En effet, le droit de la concurrence est contraint de manier très radicalement sa violence, notamment par des nullités absolues, tandis que dans un engagement, un dosage très fin peut être opéré, par exemple quant aux dates d'échelonnement d'ouverture du réseau entre le propriétaires qui demeure producteur et utilisateur du réseau et ses concurrents. Ainsi, les volumes de capacité substantiels au point d'entrée du réseau gazier d'E.ON organisent l'ouverture à la concurrence. L'engagement la détaille dans le temps et prévoit un abandon de 15% des réservations faites par E.ON sur son propre réseau de transport, pour arriver à un échelonnement de la baisse de ses réservations d'octobre 2010 à octobre 2015, de la même façon que l'engagement distingue le type de réseau de gaz concerné. C'est pourquoi à partir de cette dernière date, E.ON réservera à 64% sa part de réservation de réseau de transport de gaz à faible valeur calorifique.

Grâce au caractère *ex ante* du contrat, à sa flexibilité et à sa nature casuistique, le contrat, à travers-ici la technique de l'engagement, peut être un instrument de régulation adéquat.