



L'analyse économique appliquée au droit



# L'utilisation des remèdes par la Commission Européenne en matière électrique : Légitimité et efficacité

Frédéric MARTY (CNRS – OFCE)

Marcelo SAGUAN (Microeconomix)

Olivier SAUTEL (Microeconomix – OFCE)

Microeconomix

SAS au capital de 44 100 €

Siren : 443 554 084 R.C.S. Paris

TVA : FR65 443 554 084

5, rue du Quatre Septembre

75002 Paris

Tél : 01 75 57 89 87

Fax : 01 75 57 89 89

Du marché électrique décentralisé à l'oligopole vertical.  
Enjeux pour les politiques de concurrence et la régulation sectorielle  
CNRS – Sophia-Antipolis, 6 novembre 2009



## Plan de la présentation

---

1. La Commission pratique-t-elle une politique d'overfixing au travers de ses remèdes?

1.1 Cadrage théorique : scalp, overfixing et broad scope

1.2 Etudes de cas : évaluation d'une tendance à l'overfixing

1. L'efficacité de la politique de remèdes en matière électrique

2.1 L'efficacité des remèdes abstraction faite de la problématique de l'overfixing

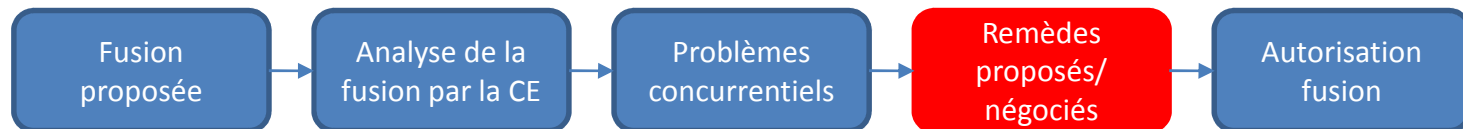
2.2 L'efficacité d'une pratique d'overfixing

## Introduction - Remèdes

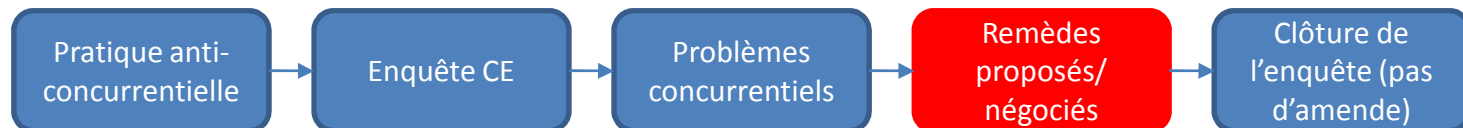
§ Remèdes: obligations proportionnées aux problèmes concurrentiels identifiés

§ Les remèdes dans l'Union européenne, deux cadres possibles:

– Cas de concentration



– Cas de contentieux (art. 82)



# Démarche

---

## § Une démarche déductive

- Recensement des cas de fusions sous conditions à partir de la base établie par Lévêque et Monturus (période 1997-2007) et de la liste de cas « Energie » donnée par la Commission (période 2007-2009) → 8 cas
- Recensement des cas de procédure contentieuse close par des engagements à partir de la liste de cas « Energie » donnée par la Commission (1999-2009) → 3 cas
- Analyse systématique de l'analyse concurrentielle de la Commission et des remèdes négociés qui y répondent

## § Un double questionnement institutionnel et économique du comportement de la Commission

- La Commission va-t-elle au-delà de son strict rôle d'autorité de concurrence ?
- Sous quelles conditions un dépassement de ce dernier améliore-t-il le bien-être ?

# 1. La Commission pratique-t-elle une politique d'overfixing à travers ses remèdes relatif au secteur électrique ?

---

## § Le rôle des remèdes dans le cadre légal

- Concentration : rétablissement de la situation initiale
- Contentieux : éviter la répétition des pratiques visées

## § La tendance de la Commission à l'overfixing

- L'autorité de concurrence empiète parfois sur le régulateur sectoriel : la tentation de la régulation de la concurrence au détriment des principes de proportionnalité et de neutralité des remèdes

## § Le traitement des remèdes dans la littérature (Farell, 2003)

- Améliorer la situation concurrentielle par rapport à la situation initiale (Overfixing)
- Profiter de l'opération notifiée pour réduire la puissance de marché d'un opérateur dominant (scalp)
- Imposer des remèdes visant à favoriser les concurrents (broad scope)

## Le cas VEBA-VIAG (concentration, 2004)

---

§ VEBA et VIAG s'associent pour former l'opérateur numéro 2 (i.e., E.On) du marché face à RWE

§ Le diagnostic de la Commission

- L'opération crée une position dominante collective
- Les liens structurels présents entre les membres du duopole et d'autres concurrents (préexistants à l'opération) diminuent encore la concurrence
- La position des membres du duopole en termes de maîtrise du réseau diminue la capacité des autres opérateurs à les concurrencer
- L'opération « empêche la création d'un marché de l'électricité qui fonctionne » !

§ Remarques

- L'analyse du problème concurrentiel est extrêmement large
- Elle englobe des problèmes qui ont peu à voir avec l'opération
- Le concept de position dominante collective est central en l'absence de position dominante de la nouvelle entité

# Les remèdes dans VEBA VIAG

---

## § Des remèdes multi-dimensionnels

- Cession des parts dans VEAG mais aussi dans BEWAG, VEW, RWE
- Changement de la tarification du réseau de transport
- Libération de capacité réservée à un point d'interconnexion

## § Un objectif manifestement plus large que la seule compensation de la disparition d'un concurrent n°3

- L'opération crée un concurrent indépendant, mais renforce également l'indépendance d'autres concurrents, ainsi que l'indépendance des membres du duopole
- Les remèdes améliorent l'accès au réseau
- Les remèdes limitent la possibilité de péréquations tarifaires
- Les remèdes permettent de « mettre tous les acteurs du marché dans des conditions de départ comparables » !
- L'approche est similaire dans EDF-EnBW

## Les citations de la décision VEBA VIAG

---

- "Ils défont les liens juridiques les plus significatifs et donc les plus pertinents pour la position concurrentielle"(§ 242)
- "ils créent un concurrent doté d'un potentiel non négligeable et libèrent d'autres concurrents de l'influence de VEBA VIAG (§ 242)
- "Les engagements améliorent encore les conditions générales de concurrence pour la vente d'électricité du niveau interconnecté" (§ 243)
- "L'indication séparée des éléments de coûts s'opposent aux péréquations tarifaires opérées par les entreprises qui sont également propriétaires de réseaux" (§ 244)
- "les engagements améliorent les conditions du marché de la vente d'électricité du niveau interconnecté de telle sorte que tous les acteurs du marché ont des conditions de départ comparables" (§ 248, souligné par nous).



## Le cas RWE-Essent (2009)

---

### § Le diagnostic de la commission

- Renforcement de la position dominante sur le marché de gros allemand
- Pas de problème au niveau de l'interconnexion

### § Les remèdes sont ciblés

- Cession du contrôle d'Essent dans SWB

### § Analyse

- Le remède est étroitement proportionné au problème identifié
- Les problématiques d'interconnexion ne sont pas approfondies et ne donnent lieu à aucun remède
- La décision rappelle que les remèdes doivent être strictement relatifs aux conséquences de l'opération
- L'approche est sensiblement différente de VEBA VIAG mais aussi des autres concentrations antérieures (EDF – EnBW, E.ON-Mol) qui présentait une analyse concurrentielle beaucoup plus large et prospective

## Le cas EON (contentieux, 2008)

---

### § Le diagnostic de la Commission

- Des pratiques de retrait de capacité destinées à augmenter les prix de détail (dans un cadre de dominance collective)
- Des pratiques de favoritisme dans les décisions d'équilibrage du réseau de transport

### § Les remèdes

- Des cessions de capacité destinées à prévenir les pratiques
- La cession du réseau de transport destinée à éviter les pratiques liés à l'équilibrage

## Le cas EON (contentieux, 2008)

---

- § Le remède de cession du réseau répond à des préoccupations plus larges que le problème concurrentiel identifié
- Les pratiques liées à l'équilibrage sont bien moins documentées
  - L'équilibrage n'est que l'un des aspects de la gestion du réseau
  - La Commission légitime le remède en soulignant que d'autres pratiques sont à craindre du fait de « la structure même de l'entreprise » (§ 87), et pointe la présence « d'un conflit d'intérêt inhérent à E.On » (§ 87)
  - La Commission semble régler un problème structurel dépassant les seules pratiques observées.

## Evaluation de la tendance à l'overfixing (I)

---

### § L'overfixing au niveau des remèdes a plusieurs sources

- La prise en compte d'insuffisances concurrentielles extérieures à l'opération (EDF – EnBW, E.On-Mol, VEBA VIAG)
- Les risques mis en avant pour justifier l'impossibilité d'un traitement classique ex-post
  - Risque de collusion tacite (VEBA VIAG),
  - Risque d'internalisation du risque de pratiques dans les décisions d'investissement du concurrent (E.On Mol, EDP GDP)
- La méfiance à l'égard de l'efficacité/des possibilités du régulateur (E.On Mol, EDF EnBW)

### § La tendance n'est pas homogène dans le temps

- Les remèdes dans le contrôles des concentrations apparaissent surtout surdimensionnés dans la première moitié de la décennie (2001-2005)
- Les remèdes dans le cadre de contentieux en revanche semblent prendre le relais de la tendance à l'overfixing

## Evaluation de la tendance à l'overfixing (II)

---

### § La pratique de la Commission est manifestement influencée par le cadre réglementaire

- L'overfixing est fort en Allemagne au moment où aucun régulateur n'existe, et ne se retrouve pas dans les cas allemands de concentration les plus récents
- En revanche, les remèdes touchant à la cession du réseau dans le cas EON semble s'inscrire dans les débats autour de l'*ownership unbundling* lié aux propositions de la Commission dans le cadre du 3<sup>ème</sup> paquet (septembre 2007)

### § La pratique de la Commission est manifestement influencée par l'évolution générale de sa politique

- Les positions dominantes collectives sont nettement mieux étayées dans les décisions postérieures au recadrage du TPICE concernant cette notion (Air Tour / First Choice...)
- L'exigence de proportionnalité des remèdes est explicitement rappelé dans les cas postérieurs aux *Guidelines* sur ce thème (2008)

## 2. L'efficacité de la politique de remèdes de la Commission européenne en matière électrique

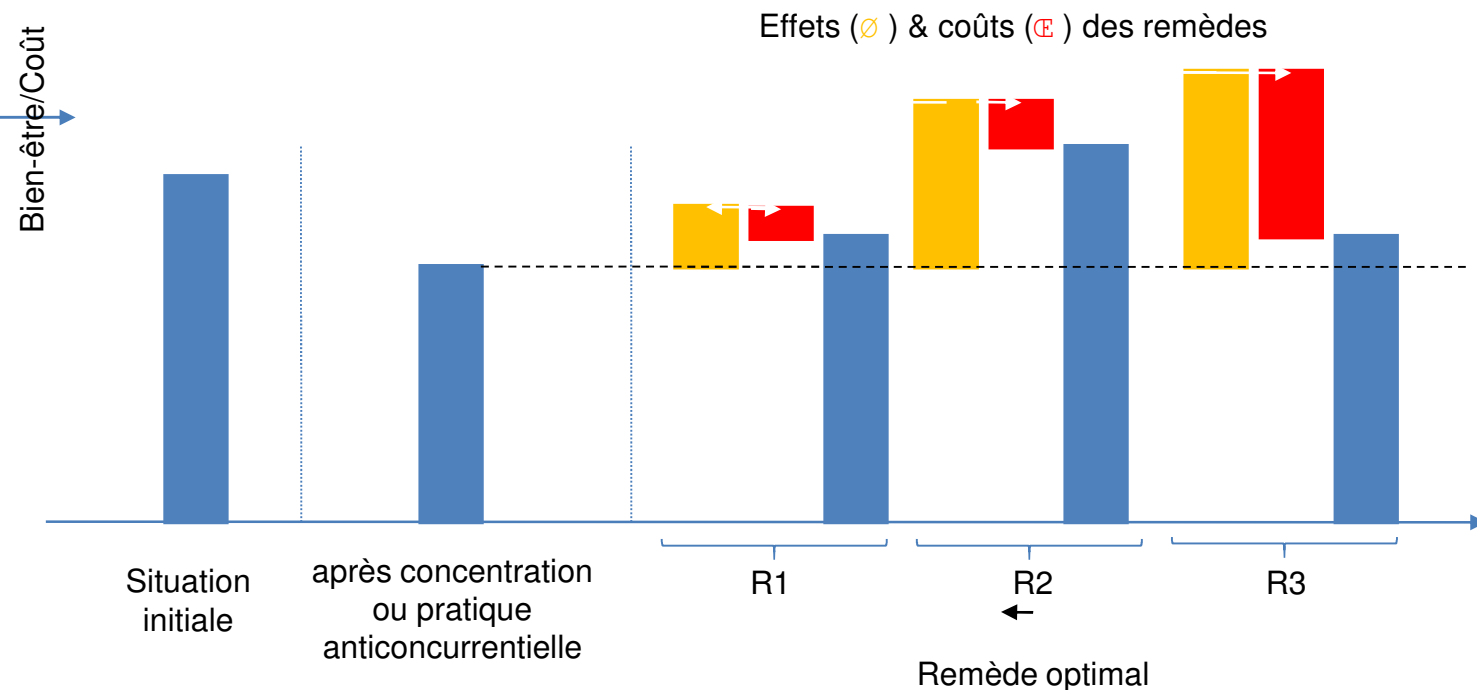
---

### § Une double question

- Efficacité absolue : la politique de remèdes a-t-elle amélioré le niveau de bien-être à la situation initiale ?
- Efficacité relative : la politique d'overfixing a-t-elle amélioré le niveau de bien-être relativement à une politique de remède limité au cadre traditionnel d'une autorité de concurrence ?

## Efficacité absolue : le choix d'un niveau de remède optimal par un régulateur omniscient

- § On suppose dans un premier temps que l'effet théorique du remède est égal à l'effet réel
- § L'autorité de concurrence est confrontée à l'arbitrage évident entre effets du remède et coûts du remède



# Efficacité absolue des remèdes et jeu stratégique

---

§ Les remèdes peuvent ne pas atteindre leur objectif théorique

§ Inefficacité due à des erreurs du régulateur

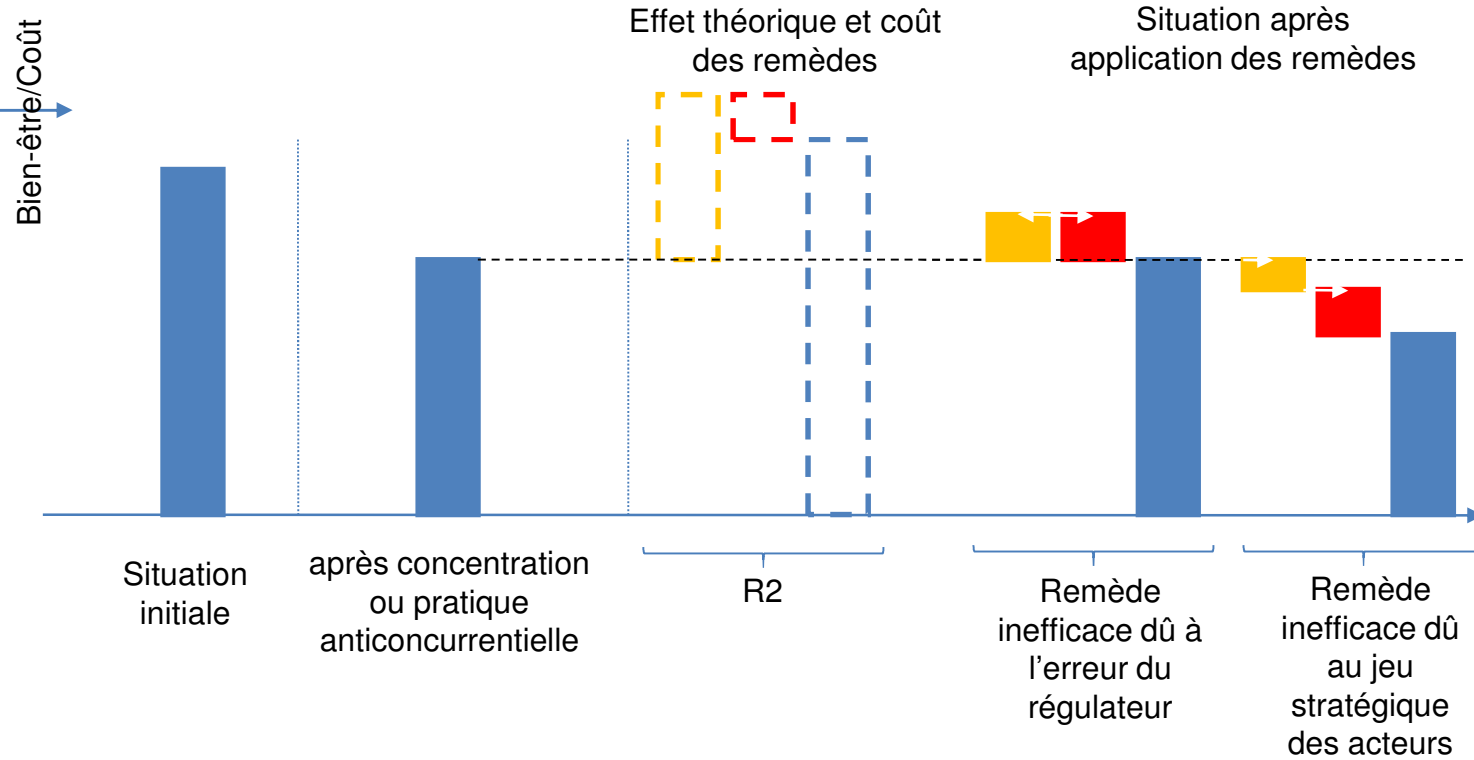
- Le remède est inefficace
  - Cas EDF – EnBW (Ausubel et Cramton, 2009) ?
- Le remède crée une inefficacité dynamique (remède anticoncurrentiel)
  - Cas du moratoire sur la construction de centrales dans EDP-GDP ?

§ Inefficacité due au jeu stratégique des acteurs

- Asymétrie d'information sur la qualité, la cohérence et la viabilité des biens vendus : le point noir de l'efficacité des remèdes (Rey, 2003)
- Capture par les tiers
- Risques de dominance collective par échanges d'actifs
  - Cas E.ON puis échange EDF-E.ON ?

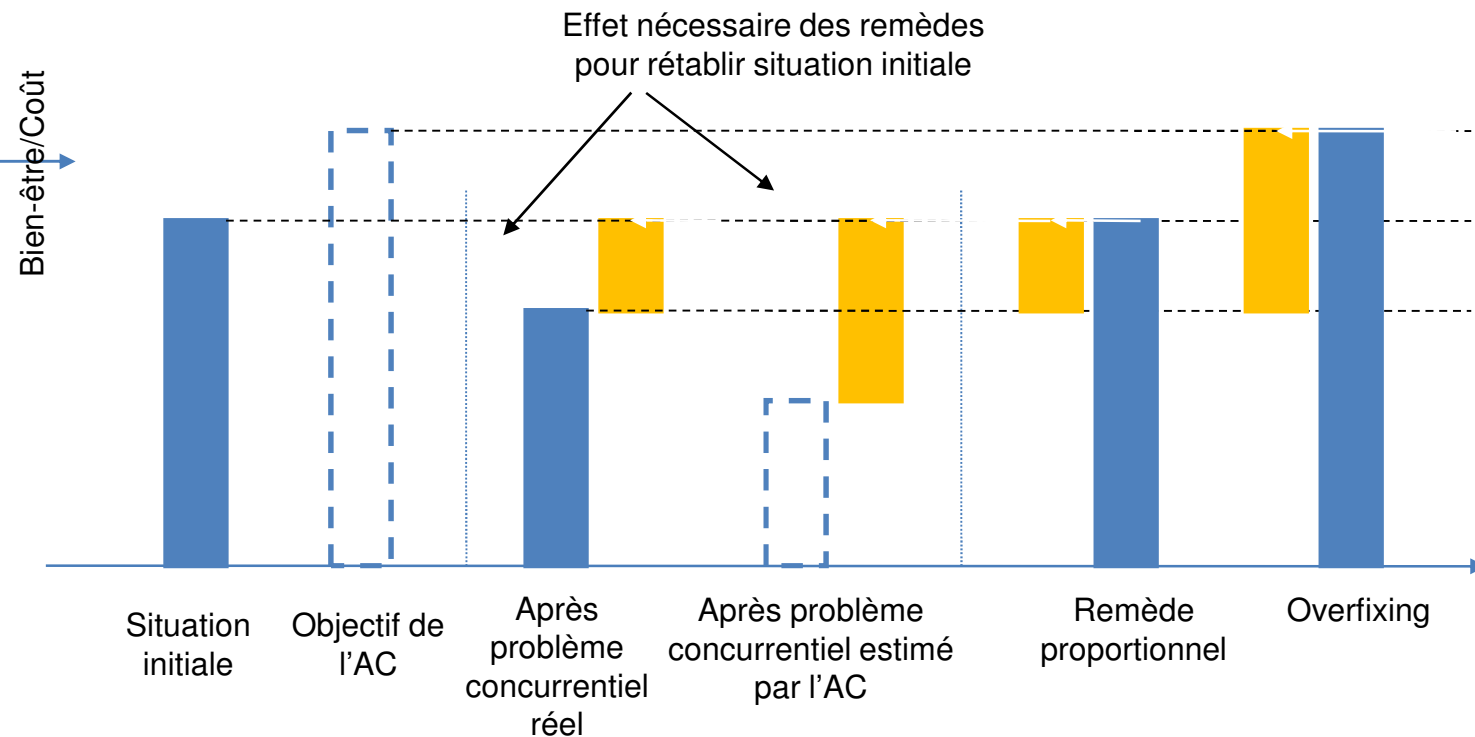


# Inefficacité des remèdes



## Efficacité relative : le cas de l'overfixing (I)

- § L'overfixing peut être vu comme la fixation par l'AC d'un objectif de bien-être supérieur à la situation initiale
- § L'AC peut surévaluer le problème concurrentiel afin de justifier des remèdes importants



## Efficacité relative : le cas de l'overfixing (II)

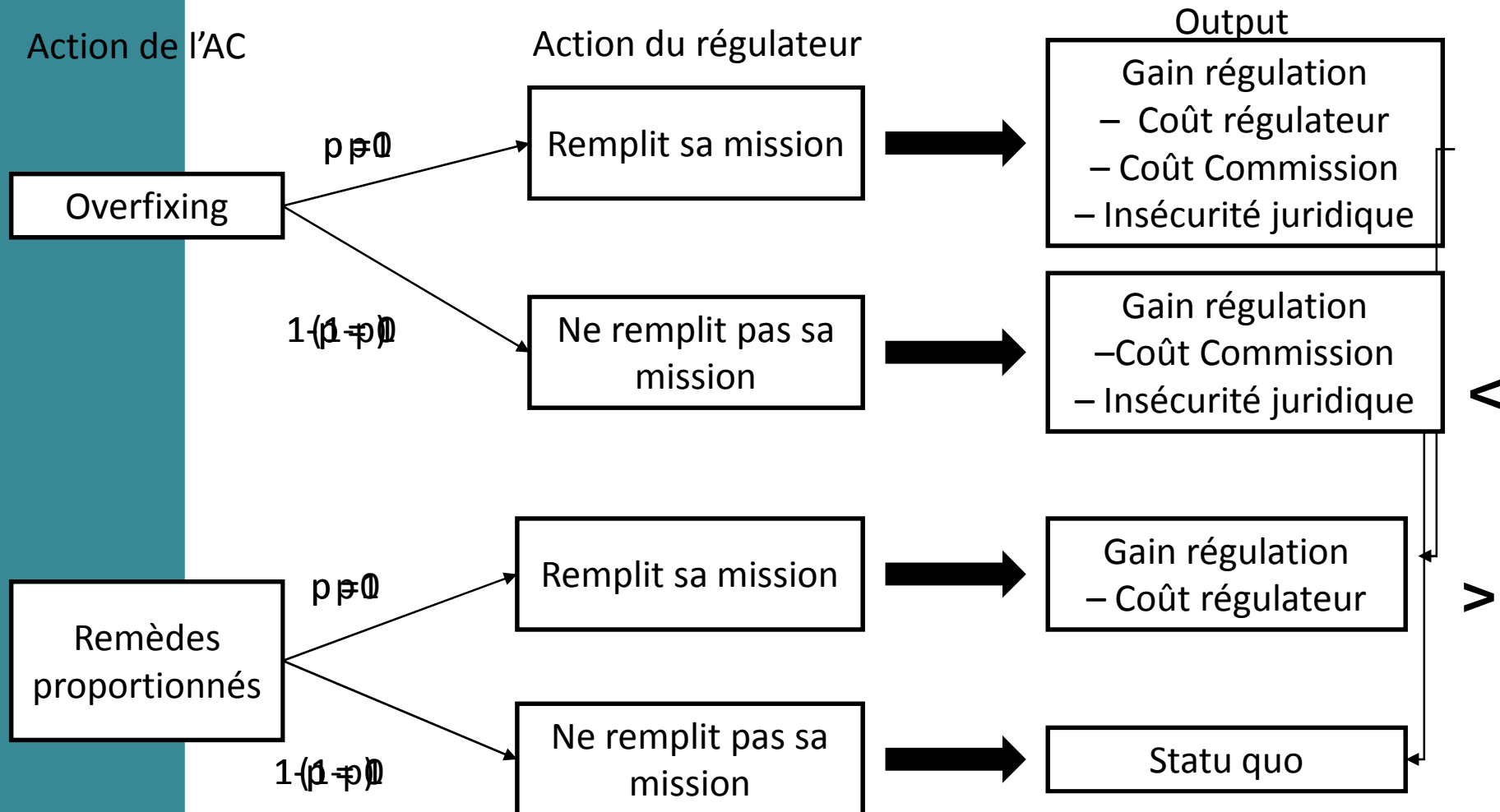
---

§ La prise en compte du rôle du régulateur en parallèle à l'AC pose la question de l'efficacité de la politique de remède, et donc de l'efficacité de l'overfixing

§ Hypothèses

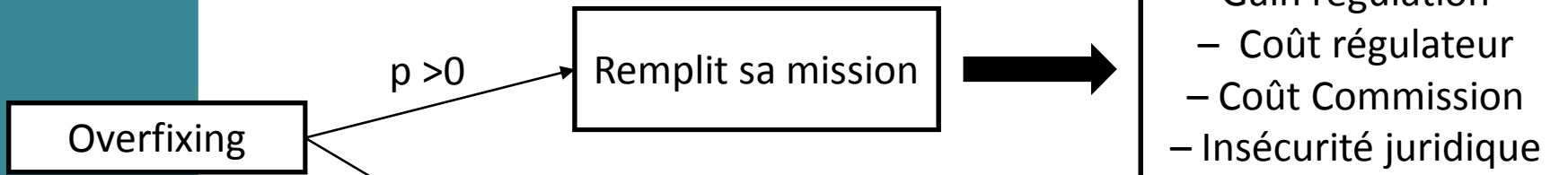
- Le ratio coût-efficacité du régulateur est meilleur que celui de l'AC (cf EON Mol)
- La duplication d'une initiative d'intensification de la concurrence n'augmente pas de manière significative le niveau de concurrence
- L'overfixing crée une insécurité juridique entraînant une renonciation à des fusions socialement désirables

## Décision d'overfixing et efficacité



## Décision d'overfixing et efficacité

Action de l'AC



$1-p > 0$

Ne remplit pas sa mission

Gain régulation

Overfixing préférable si :  
Gain régulation  $\cdot (1-p) > \text{Coût Commission} + \text{Insécurité juridique}$

Remèdes proportionnés

$p > 0$

Remplit sa mission

- Coût régulateur

$1-p > 0$

Ne remplit pas sa mission

Statu quo

## Conclusions

---

### § La question du cadrage institutionnel de l'action de la Commission vis-à-vis des régulateurs est légitime au vu des pratiques d'overfixing en matière électrique

- La tendance à l'overfixing existe de manière décroissante dans le contrôle des concentrations
- La pratique des remèdes en contentieux pourrait prendre le relais dans cette tendance de la Commission à se substituer aux régulateurs sectoriels

### § La question de l'efficacité de ce dépassement institutionnel reste ouverte

- L'efficacité absolue de la politique de remèdes en matière électrique se heurte prioritairement au risque de détournement des remèdes au profit d'une dominance collective, et des risques d'inefficacité des remèdes liés à la complexité des déterminants de marché
- L'efficacité de la tendance à l'overfixing dépend prioritairement de la probabilité d'inaction du régulateur



L'analyse économique appliquée au droit



## L'utilisation des remèdes par la Commission Européenne en matière électrique : Légitimité et efficacité

Frédéric MARTY (CNRS – OFCE)

Marcelo SAGUAN (Microeconomix)

Olivier SAUTEL (Microeconomix – OFCE)

Microeconomix

SAS au capital de 44 100 €

Siren : 443 554 084 R.C.S. Paris

TVA : FR65 443 554 084

5, rue du Quatre Septembre

75002 Paris

Tél : 01 75 57 89 87

Fax : 01 75 57 89 89

Du marché électrique décentralisé à l'oligopole vertical.  
Enjeux pour les politiques de concurrence et la régulation sectorielle  
CNRS – Sophia-Antipolis, 6 novembre 2009



Nom	Type de cas	Année	Engagement/remèdes
Eon COMP/39.388 et 39.389	Contentieux	2008	Cession réseau de transport + partie des capacités
VEBA-VIAG COMP/M.1673	Fusion	2000	Cession des parts dans VEAG pour créer un opérateur indépendant
GDF Suez COMP/M.	Fusion		Cession de Fluxys (réseau transport)
RWE Essent COMP /M. 5467	Fusion	2009	Cession des parts dans l'opérateur local de Brême
PPC COMP/38.700	Contentieux	2008	Engagement à octroyer des droits d'exploitation pour quatre gisements de lignite.



# Efficacité absolue des remèdes et jeu stratégique

---

## § Les risques de création ou de renforcement d'une situation de dominance collective au travers des remèdes

- Une dominance collective suppose
  - L'identification d'un point d'équilibre collusif
  - Une possibilité de détection d'éventuelles déviations
  - Une possibilité d'exercer des représailles
  
- Les remèdes s'ils visent principalement à limiter les risques de dominance individuelle peuvent accroître le risque de collusion tacite en renforçant la symétrie des acteurs sur le marché (Motta et al., 2003)
  - Homogénéisation du mix énergétique
  - Contacts multi-marchés