

# Régulation : ce que Bruxelles doit *vraiment* faire

Juin 2004

<b>Préface.....</b>	<b>7</b>
<b>Principales propositions .....</b>	<b>11</b>
<b>Régulation : ce que Bruxelles doit vraiment faire .....</b>	<b>13</b>
<b>I. La régulation de l'économie européenne ne peut se limiter à la politique de la concurrence .....</b>	<b>17</b>
1.1. La régulation : des outils nouveaux au service d'objectifs durables.....	18
1.1.1. La politique de concurrence : outil privilégié de la régulation européenne.....	22
1.1.2. La politique de concurrence n'épuise pas les besoins de régulation.....	27
1.2. Politique industrielle et concurrence : divorce ou coexistence ?.....	32
1.2.1. Politique de concurrence et politiques industrielles nationales .....	32
1.2.2. Politique de concurrence et politique industrielle européenne : le droit .....	34
1.2.3. Politique de concurrence et politique industrielle européenne : la pratique.....	36

- 1.3. Propositions : pour une approche économique de la politique de concurrence et la mobilisation des autres outils de régulation pour améliorer l'environnement des entreprises.....40
  - 1.3.1. Une approche économique de la politique de la concurrence .....40
  - 1.3.2. Mobiliser les autres outils de la régulation pour accroître la compétitivité des entreprises.....54

## **II. La conciliation du développement économique et des « préférences collectives » non marchandes nécessite une stabilisation et une clarification du cadre juridique des services d'intérêt général .....65**

- 2.1. Un cadre juridique communautaire en formation et non stabilisé .....68
  - 2.1.1. La prise en compte des objectifs non marchands est ancienne mais l'organisation des services d'intérêt économique général est une préoccupation récente .....69
  - 2.1.2. La difficile conciliation pratique des services d'intérêt général et de l'ouverture à la concurrence.....83
  - 2.1.3. Les perspectives pour l'avenir et les pistes de proposition .....91

## **III. Là où des régulations sectorielles spécifiques doivent être maintenues, le rôle de l'échelon européen doit être clarifié .....105**

- 3.1. Les domaines pour lesquels une régulation spécifique reste nécessaire .....106
  - 3.1.1. Les secteurs à économie de réseau .....106
  - 3.1.2. Les secteurs susceptibles d'engendrer des risques systémiques .....108
- 3.2. Les problématiques soulevées par la nécessité d'une régulation spécifique .....113
  - 3.2.1. Les formes de la régulation : les bons et les mauvais outils .....113
  - 3.2.2. L'efficacité de la régulation .....115
  - 3.2.3. La légitimité de la régulation.....118
- 3.3. Le rôle de l'Europe en matière de régulation sectorielle.....120
  - 3.3.1. Place de l'échelon communautaire dans les processus de régulation...120
  - 3.3.2. Les pistes pour de meilleurs schémas de régulation s'inscrivant dans un cadre européen.....122

**Conclusion.....131**

**Remerciements .....135**

Le « *moment politique* » actuel est propice à des propositions concrètes de long terme sur les grands enjeux de politique européens : l'Union européenne se dotera – on l'espère – à brève échéance d'un nouveau cadre institutionnel ; la Commission et le Parlement sont proches d'être renouvelés. Ce rapport du groupe de travail « *Régulation* » de l'Institut Montaigne, fidèle à l'esprit de l'Institut et de ses travaux depuis bientôt 4 ans, éclaire les choix auxquels seront sans nul doute confrontés les futurs décideurs.

La Commission Prodi a, dans sa contribution au Conseil européen de printemps de cette année, rappelé à juste titre la nécessité pour l'Europe élargie d'atteindre les objectifs de la stratégie de Lisbonne. Elle a aussi reconnu, presque à mi-parcours du processus, que la réussite n'est pas au rendez-vous : défaut de mise en œuvre, décalage de productivité avec nos grands partenaires, absence de cristallisation de ce projet au sommet et dans les opinions publiques. Pourquoi la dynamique qui a pu, en d'autres temps, assurer la réalisation du grand marché ou le lancement de la monnaie unique, n'est-elle pas suffisamment au rendez-vous ?

L'expérience nous a appris quels sont les ingrédients d'une approche qui fonctionne en Europe : un objectif fondé sur un intérêt commun bien identifié, un calendrier établi dès le départ et surtout un système d'incitations et de sanctions pour garantir cette dynamique collective. Des outils destinés à incarner les objectifs, à en mesurer la réalisation et à transformer les déclarations en étapes ponctuées d'engagements concrets doivent apparaître petit à petit. Le « *plan d'action* » pour une nouvelle régulation européenne que propose le rapport de l'Institut Montaigne peut être un tel outil, pour l'un des volets sensibles d'une problématique plus large : celle du modèle économique européen, ses spécificités, son avenir.

Le rapport évite les écueils d'un tel exercice. Il part du postulat que la clé de la compétitivité européenne n'est pas dans la libéralisation tous azimuts ou la « *concurrence entre régulations* » (ou régulateurs). En traitant des régulations communautaires dites « *sectorielles* » (les directives sur l'énergie ou les télécommunications), il pose la question centrale pour cet échelon pertinent qu'est l'Europe : la régulation de nouveaux monopoles privés, dont la décision en matière d'antitrust concernant Microsoft a montré toute la complexité.

L'Institut Montaigne a enfin le mérite, dans ce texte, de rappeler aux décideurs européens de poursuivre le travail en cours. Dans le domaine clé de services publics, la Commission a déjà anticipé sur certaines de ses propositions, en proposant par exemple l'adoption d'un instrument d'exemption au contrôle des aides d'État du financement des services publics locaux.

Mais ce programme est très incomplet, en particulier pour ce qui relève du volet de solidarité et de cohésion de ce « *modèle économique européen* » en mutation. C'est, là aussi, un des enjeux de la politique européenne.

Pascal LAMY  
*Commissaire européen au commerce*

## PRINCIPALES PROPOSITIONS

- Mise en œuvre d'une nouvelle politique de concurrence qui ne se limite pas au contrôle des risques de renforcement du pouvoir des entreprises, surtout lorsque les marchés sont mondiaux, mais qui tienne compte des gains économiques (« *efficacités* ») que peuvent générer les fusions et certaines coopérations entre entreprises.
- Inclusion dans les objectifs de la politique commerciale européenne du thème des subventions afin que, dans les délais les plus brefs possibles, les pays non membres de l'Union européenne s'astreignent à un contrôle des aides d'État aussi rigoureux que celui que l'Europe impose à ses propres entreprises.
- Renforcement des moyens de Bruxelles pour parfaire l'ouverture à la concurrence des anciens monopoles publics tout en renforçant les garanties d'accès des plus défavorisés sur le plan social et territorial, qui fonde la spécificité du « *modèle européen* ».

## RÉGULATION : CE QUE BRUXELLES DOIT VRAIMENT FAIRE

L'affaire Alstom, le refus de la fusion Schneider/Legrand, la panne d'électricité géante en Italie, les déboires de l'industrie textile européenne sont, pour certains, autant de révélateurs d'une Europe trop « *libérale* », pas assez protectrice des intérêts économiques et sociaux des États membres. L'Europe aurait failli, et notre économie souffrirait d'un « *trop d'Europe* », dont nous devrions nous affranchir en subventionnant nos entreprises ou en nous libérant du corset des 3 % de déficit budgétaire. Pour d'autres, en revanche, les potentialités de l'Europe ne sont pas assez exploitées et plaident pour une initiative européenne de croissance, la mise en place de ressources budgétaires communes, voire une gestion « *active* » de l'euro.

Pour le groupe de travail « *régulation* » de l'Institut Montaigne, la question n'est pas de savoir s'il y a trop ou trop peu d'Europe. Les enjeux se situent ailleurs : l'économie et les entreprises européennes ne souffrent pas d'une insuffisance ou d'un excès de *réglementation*, mais d'un déficit de *régulation*.

Depuis sa naissance, l'Europe est écartelée entre une approche visant d'abord à la constitution d'une zone de libre échange et à l'ouverture du marché et une approche plus intégrée de « *construction* » d'un marché dans laquelle l'Europe définirait des règles communes pour encadrer le fonctionnement de ces marchés et mettrait en œuvre des politiques communes.

*L'économie et les entreprises européennes ne souffrent pas d'une insuffisance ou d'un excès de réglementation, mais d'un déficit de régulation*

Libéralisation et définition de règles communes n'ont pas avancé au même pas. Le marché européen est maintenant pleinement ouvert, mais il n'est pas pour autant construit. Certains commentateurs y ont vu une différence fondamentale entre une *intégration négative* – l'élimination des obstacles à la libre circulation – relativement aisée à mettre en œuvre, et une *intégration positive* – un transfert de compétences au niveau européen afin de répondre à des préoccupations communes – nécessairement plus difficile à mener<sup>1</sup>. Le fameux effet d'entraînement de l'une vers l'autre, cher à Jean Monnet, serait long à se produire, voire n'existerait pas.

<sup>1</sup> Cette distinction, due au prix Nobel d'économie Jan Tinbergen, constitue une grille de lecture de la construction européenne largement utilisée.

Cependant, un marché ne fonctionne qu'avec des règles et des disciplines. Celles-là même qui lui permettent à la fois d'être porteur de développement économique et d'intégrer les préoccupations non économiques comme, par exemple, l'accès de tous aux services essentiels ou la protection de l'environnement et des consommateurs.

À l'instar de l'interventionnisme qui a prouvé ses limites, notamment en France, le laissez-faire absolu n'est pas envisageable. Ceci n'est pas contradictoire avec l'économie du marché. Comme l'écrit Monique Cantosperber<sup>2</sup>, le libéralisme n'est pas le laissez-faire<sup>3</sup>. Bien au contraire, « *la justification conceptuelle de la régulation est issue de la pensée libérale* »<sup>4</sup>. La défense des libertés du citoyen, du consommateur et de l'entrepreneur contre tout abus (abus d'autorité du gouvernement, abus de sa force par un citoyen ou un entrepreneur en position de domination) nécessite, en effet, qu'existent et que soient appliquées des règles de droit et des sanctions. Être régulée est une condition ordinaire pour l'économie.

<sup>2</sup> Cf. son dernier ouvrage « *Les règles de la liberté* », Plon, 2003, ainsi que le cahier n° 7 de la revue *En temps réel*, 2003.

<sup>3</sup> Cf. Stiglitz « *Le laissez-faire est le laissez-unfaire...* »

<sup>4</sup> Cf. l'avant-propos des « *Principes de politique* » de Benjamin Constant, écrits en 1815 : « *une Constitution est la garantie de la liberté d'un peuple* ».

Forts de ce constat, les membres du groupe de travail ont souhaité réfléchir au rôle spécifique de l'Europe en matière de régulation. Ils ont d'abord examiné l'efficacité des outils horizontaux de régulation économique et, au premier chef, la politique de concurrence qui a été largement communautarisée par le Traité de Rome. Ils ont ensuite analysé la manière dont les objectifs « *d'intérêt général* » qui constituent l'un des traits distinctifs du « *modèle européen* », étaient pris en compte. Le groupe s'est enfin attaché à déterminer le rôle spécifique de l'échelon européen dans les secteurs qui, pour des raisons économiques ou systémiques, nécessitent une régulation particulière.

Sur la base de cette réflexion, le groupe de travail est parvenu à trois conclusions :

- **une vraie régulation de l'économie européenne est nécessaire et elle ne peut se limiter à la politique de la concurrence ;**
- **la conciliation du développement économique et des « *préférences collectives* » non marchandes, objectif légitime de la régulation, nécessite une clarification et une stabilisation du cadre juridique des services d'intérêt général ;**
- **là où des régulations sectorielles spécifiques doivent être maintenues, le rôle de l'échelon européen doit être clarifié.**

## LA RÉGULATION DE L'ÉCONOMIE EUROPÉENNE NE PEUT SE LIMITER À LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Pour identifier correctement « *les besoins de régulation* » de l'économie européenne, il importe au préalable de bien comprendre ce que recouvre le concept de régulation, ainsi que le caractère central de la politique de concurrence comme outil privilégié de la régulation.

À l'analyse, si la politique de concurrence a bien la place qui doit être la sienne dans le système européen de régulation, cet outil ne peut répondre à tous les défis auxquels les entreprises et l'économie européenne sont confrontées. Deux enseignements peuvent être tirés de ce constat :

- la nécessité de repenser la politique de concurrence sous un angle davantage économique et moins juridique ;
- l'exigence d'une mobilisation au plan européen des autres outils de régulation existants pour améliorer l'environnement des entreprises.

### 1.1. La régulation : des outils nouveaux au service d'objectifs durables

Le concept de régulation, qui provient de l'anglais, est apparu à la fin des années 1980 dans un contexte très particulier : celui des premières initiatives de libéralisation (transport aérien et télécommunications aux États-Unis, énergie et transport au Royaume-Uni) des ères Reagan et Thatcher. Se développe alors une nouvelle conception de l'intervention économique de l'État visant à favoriser le développement économique. Il ne faut plus intervenir directement, en réglementant ou en détenant le capital d'entreprises en monopole, mais au contraire, il convient de se désengager de ces entreprises, de privatiser les entreprises publiques, de casser les monopoles et de laisser jouer le libre jeu du marché. À terme, lorsque l'État se sera complètement désengagé, son action devrait se résumer à assurer un accès équitable au marché pour tous les opérateurs.

La « *politique industrielle* », le développement volontariste de certains secteurs, l'intervention directe dans l'économie, la réglementation et la promotion de champions nationaux auraient donc fait leur temps. La priorité serait maintenant d'assurer la « *régulation* » du marché, c'est-à-dire de définir les normes minimales

nécessaires à son bon fonctionnement. Et cette activité de régulation devrait de préférence être exercée en dehors de la sphère gouvernementale *stricto sensu*, par des « *agences de régulation* » indépendantes, voire par les acteurs économiques eux-mêmes (auto-régulation).

La situation en France illustre ce changement de perspective. Il y a moins de quinze ans, La Poste était une direction d'administration centrale, l'ensemble des industries de réseau (électricité, gaz, télécommunications, transport ferroviaire), ainsi que certains secteurs stratégiques (armement, nucléaire, banque...) étaient dominés par des entreprises publiques, souvent en situation de monopole. Le monopole de la télévision lui-même se perpétua jusqu'en 1985. Aujourd'hui, l'efficacité de l'État actionnaire est considérée comme douteuse et l'État se désengage du capital de la plupart de ces entreprises. Ces marchés ont été ouverts à la concurrence et sont, pour la plupart, désormais encadrés par des autorités de régulation indépendantes. La gestion de portefeuille de l'État elle-même est à présent réalisée par une agence, l'agence des participations de l'État, qui met en œuvre une politique active (vente des titres Thomson, Renault...).

L'enjeu n'est pas ici de questionner le bien-fondé des initiatives de libéralisation et de

désengagement de l'État conduites par l'ensemble des gouvernements européens depuis deux décennies. Ces initiatives s'appuient sur différentes théories économiques<sup>5</sup> venues contester l'implication étatique et définir un nouveau mode d'organisation des industries de réseau (théorie des marchés contestables). Elles constituent le contexte dans lequel il convient aujourd'hui d'organiser au mieux l'action publique.

Au demeurant, politique industrielle ou régulation du marché, années 1970 ou années 2000, ce sont surtout les modes d'intervention et les moyens de l'action publique qui ont changé, mais les objectifs des États sont toujours les mêmes : aujourd'hui comme hier, il s'agit de s'assurer que le développement économique est maximal et l'économie compétitive, dans le respect des préférences collectives (sociales, environnementales, etc.).

<sup>5</sup> École des choix publics, qui conteste que l'État soit un garant de l'intérêt général, théorie de la capture du pouvoir politique par les dirigeants d'entreprises nationalisées, théorie de la bureaucratie – l'objectif au sein de l'État est la maximisation de son pouvoir et non l'efficacité, théorie des droits de propriété – une entreprise qui n'est pas sanctionnée par le marché est nécessairement moins efficace, théorie de la liberté d'entreprendre – considérée comme un droit fondamental des citoyens...

Réguler l'économie européenne signifie donc mobiliser efficacement tous les instruments à la disposition des acteurs publics, quels qu'ils soient, nationaux ou européens, agences ou gouvernements, dans le but de pallier les déficiences du marché (*market failures*), lorsque celui-ci ne s'autorégule pas, c'est-à-dire n'atteint pas spontanément les objectifs socio-économiques, quels qu'ils soient, qui sont ceux des populations européennes.

*Réguler signifie mobiliser efficacement tous les instruments pour pallier les déficiences du marché lorsque celui-ci n'atteint pas spontanément les objectifs socio-économiques qui sont ceux des populations européennes*

L'analyse de la construction européenne sous un angle rétrospectif met en évidence la volonté, sans cesse réaffirmée, des responsables européens de poursuivre un tel objectif. La manifestation la plus forte de cette volonté réside dans la mise en place, dès la signature du Traité de Rome et dans le prolongement des législations adoptées après 1945 dans la plupart des grands pays européens, d'une politique cohérente de la concurrence. Pour autant, le diagnostic que l'on peut faire aujourd'hui de « *l'approche européenne de la régulation* » montre que le modèle retenu est encore perfectible.

### 1.1.1. La politique de concurrence : outil privilégié de la régulation européenne

#### ► Une apparition relativement tardive

Aux États-Unis, la politique de concurrence a plus d'un siècle d'existence. Elle a été organisée à la suite de la crise économique de 1883, qui favorisa la constitution de trusts. Dès 1890, les États-Unis ont interdit les ententes (section 1 du *Sherman act*) et les abus de position dominante (section 2). En 1911, la *Standard oil* et *American Tobacco* ont été condamnées. En 1914, avec le *Clayton act* et le *FTC act*, un contrôle des concentrations a été mis en place et une agence indépendante dotée d'un pouvoir judiciaire, la *Federal Trade Commission* (FTC), a été créée.

L'Europe a attendu plus d'un demi-siècle supplémentaire avant de s'engager dans une politique de concurrence organisée. C'est lors de la signature du Traité de Rome que les États membres ont choisi de se doter d'une politique de concurrence commune, très complète et très intégrée, afin de garantir le bon fonctionnement du marché commun. Cette démarche repose alors sur un postulat simple : la suppression des entraves « *publiques* » aux échanges (quotas, droits de douane, réglementations discriminantes) ne permet pas d'assurer le bon fonction-

nement du libre-échange si subsistent des entraves « *privées* » (ententes, abus de position dominante, etc.).

#### ► Une approche spécifique de la politique de concurrence

L'origine de la politique de concurrence européenne est donc différente de celle mise en œuvre dans d'autres pays, notamment les États-Unis. Ceux-ci y voient uniquement un

*Au-delà de l'efficacité économique, l'Europe fait de la politique de concurrence un outil d'intégration économique*

instrument de l'efficacité économique, voire de manière plus restrictive, un outil de défense du consommateur ; l'Europe en fait également un outil d'intégration éco-

nomique, objectif complémentaire qui peut parfois être contradictoire. Pensée comme un complément indispensable à la politique de marché intérieur, la politique européenne de concurrence présente de ce fait trois grandes particularités :

■ son champ s'étend au contrôle des aides d'État : la politique de concurrence vise non seulement à contrôler les ententes et les concentrations et à interdire les abus de position dominante, mais également à contrôler les aides d'État, qui sont en principe interdites dès lors qu'elles faussent ou menacent

de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. L'Europe est, de ce fait, la seule région au monde à contrôler les subventions et soutiens publics aux entreprises ;

■ son organisation repose sur la centralisation et l'absence de judiciarisation : la mise en œuvre de la politique de concurrence est centralisée au niveau européen dès lors qu'il existe un impact sur le commerce européen. Elle incombe à la Commission européenne censée intégrer dans ses décisions, mieux que ne le ferait une juridiction, les enjeux « *collatéraux* », notamment en matière de cohérence avec les autres politiques européennes, au nombre desquelles la préservation du marché unique tient une place prépondérante. Au contraire, aux États-Unis, ce sont les tribunaux traditionnels qui jugent des affaires de concurrence et le rôle de l'investigation et de l'accusation est tenu par la division *antitrust* du *Department of Justice* ainsi que par une autorité administrative indépendante, la *Federal Trade Commission* ;

■ sa mise en œuvre repose sur une approche très juridique des marchés : en matière de contrôle des concentrations, la Communauté a aujourd'hui une conception dite « *structuraliste* ». Attentive uniquement à la structure du marché, celle-ci interdit toute diminution

du niveau de concurrence, toute création ou renforcement d'une position dominante. Au contraire, les États-Unis adoptent une approche dite « *comportementaliste* », consistant à faire un bilan coûts/avantages de la concentration<sup>6</sup> tenant compte notamment des éventuels gains d'efficience pour le consommateur final (économies d'échelle et incitations à l'innovation éventuelles). Ceci explique notamment que, dans le cas GE/Honeywell, la Commission européenne a rendu en 2001 un jugement (négatif) différent des autorités américaines. Cette approche est notamment liée à la volonté de la Commission d'exercer un contrôle rigoureux sur les situations de position dominante *ex ante* au moment des fusions, plutôt que de devoir examiner *ex post* les éventuels abus de position dominante, plus difficiles à déceler.

Ces spécificités de la politique de concurrence européenne sont aujourd'hui contestées : ne faut-il pas, assouplir le contrôle des aides d'État pour mieux prendre en compte les objectifs économiques, industriels et sociaux ?

<sup>6</sup> Ce bilan coût/avantages reste cependant limité à la sphère de l'analyse concurrentielle. En d'autres termes, la prise en compte des « *efficacités* » est limitée aux cas où aucune diminution substantielle de la concurrence ne risque d'intervenir.

La Commission ayant été récemment déjugée plusieurs fois par la Cour de justice, ne convient-il pas de plus décentraliser le contrôle des concentrations, comme cela vient d'être fait pour les ententes et les abus de position dominante, de rapprocher les concepts européens de ceux des États-Unis, voire de confier le contrôle des concentrations à une agence indépendante ou encore aux juges de droit commun du droit communautaire ?

En ce qui concerne les différences de pratique entre Europe et États-Unis, tant au niveau des concepts que du degré de judiciarisation et de centralisation des procédures, le présent rapport ne rentrera pas dans le débat en raison de sa complexité technique. Ces questions mériteraient, en effet, de faire l'objet d'une analyse séparée.

Mais, au-delà des spécificités de l'approche européenne de la politique de concurrence, la situation de l'économie européenne appelle un double constat :

- **la politique de concurrence ne peut suffire seule à garantir un bon fonctionnement du marché ;**
- **l'articulation entre les enjeux de concurrence et de développement industriel n'est pas stabilisée.**

### **1.1.2. La politique de concurrence n'épuise pas les besoins de régulation**

#### ➤ **Concurrence et efficacité économique**

D'après la théorie économique classique, le libre jeu de la concurrence assure que le bien être de la collectivité sera maximal. Toutefois, cela n'est vrai que dans des hypothèses très restrictives. Quatre conditions cumulatives doivent être réunies :

- la structure de marché doit être véritablement concurrentielle, sans qu'une ou plusieurs sociétés ne dominent le marché et n'aient ainsi un pouvoir sur les prix ;
- il ne doit pas y avoir de coûts fixes ni d'économies d'échelle trop importants ;
- tous les agents doivent bénéficier de la même information ;
- il ne doit pas exister d'externalité, autrement dit les agents économiques doivent maîtriser l'ensemble des paramètres dont dépend leur bien-être.

En pratique, bien entendu, ces conditions ne sont presque jamais réalisées. Le marché est en effet de plus en plus souvent réduit à un petit nombre de producteurs (aéronautique, aluminium, ciment, etc.).

Par ailleurs, pour certains produits, des coûts fixes et des économies d'échelle importants

existent (transport d'électricité à très haute tension, transport de gaz sur longue distance, développement de l'énergie nucléaire, industries à fort contenu en innovation). Dans ce cas, la concurrence n'est pas nécessairement la configuration la plus efficace économiquement, et un monopole peut constituer la meilleure solution, car il permet plus facilement de rentabiliser des investissements importants (R&D, infrastructures lourdes, etc.). Ce monopole doit toutefois être suffisamment contrôlé pour que la collectivité puisse s'assurer qu'il n'adopte pas un comportement sous-efficace (hausse des prix, restriction des quantités, etc.).

De plus, l'information dont disposent les agents est souvent inégale ou asymétrique. C'est le cas, par exemple, sur les marchés financiers où certains opérateurs peuvent disposer d'informations privilégiées, ou dans le domaine de l'assurance ou du crédit où le producteur ne connaît en général pas toutes les caractéristiques du consommateur.

Enfin, de nombreuses externalités sont présentes, qui influent sur le bien-être des agents sans que ceux-ci ne puissent individuellement les contrôler ; cet impact peut être négatif (pollution, congestions dans les transports, etc.) ou positif, notamment dans le cas de

biens publics (qualité des infrastructures de transport, du système éducatif ou du système de santé, de l'information sur les entreprises).

### ► **La politique de concurrence, nécessaire mais pas suffisante**

Dès lors, si la politique de concurrence est indispensable, elle n'est pas suffisante pour garantir que les quatre pré-requis formulés précédemment sont réalisés :

- assurer une structure de marché concurrentielle peut nécessiter une régulation *ex ante* et pas seulement *ex post* (politique de concurrence) ; c'est le cas notamment dans les secteurs non matures car nouvellement libéralisés, où un opérateur reste fortement dominant, et où il peut être souhaitable par exemple de contrôler avant leur application les tarifs ainsi que les clauses des contrats de vente (cf. télécoms) ;

- la présence d'économies d'échelle et de coûts fixes peut justifier l'existence de monopoles, qu'il convient de réguler notamment en contrôlant leurs tarifs ainsi que leurs conditions de vente, ou encore plaider pour certaines concentrations ; dans les industries de réseau, les agences de régulation cumulent cette fonction et la précédente ;

- limiter les asymétries d'information suppose une intervention publique ; ainsi sur

les marchés financiers, les régulateurs boursiers (Autorité des Marchés Financiers en France) contrôlent-ils les informations fournies par les entreprises ; par ailleurs, la Communauté européenne étudie actuellement la possibilité d'établir des normes relatives aux analystes financiers, pour s'assurer que les analystes faisant partie de banques d'affaires ne profitent pas d'informations privilégiées ;

■ pour que les externalités soient « *internalisées* », c'est-à-dire prises en compte par les agents dans leurs décisions, une action publique est également nécessaire. En matière d'environnement et de pollution, l'État peut légitimement imposer des réglementations (sécurité maritime), créer une fiscalité (fiscalité énergétique), ou encore mettre en place des marchés de droit à polluer (rejets de gaz à effet de serre) pour contraindre ou inciter les entreprises à prendre en compte les coûts environnementaux. En ce qui concerne les biens publics, les collectivités publiques doivent parfois participer à leur financement lorsque leur intérêt social dépasse leur rentabilité économique pure telle qu'elle est perçue par le marché (infrastructures, etc.). De même, parce que la stabilité du système bancaire constitue un bien public, l'Europe réglemente les ratios prudentiels des établissements bancaires.

Au total, la simple mise en œuvre de la politique de concurrence n'est pas suffisante, et cela même dans des secteurs matures. Ainsi la faillite d'Enron, dont le coût pour ses créanciers ainsi que ses employés fut très important, ne provient pas d'un problème de concurrence (Enron intervenait dans un secteur, le négoce énergétique aux États-Unis, certes assez jeune mais qui présentait une structure concurrentielle relativement satisfaisante), mais de l'inadaptation de normes comptables en vigueur qui ne permettaient pas de déceler les risques en cause. De même, le maintien en activité de pétroliers à coque simple provient du fait que les armateurs ne prennent pas en compte, ou tout au moins pas suffisamment, les conséquences environnementales d'un éventuel naufrage.

*La simple mise en œuvre de la politique de concurrence n'est pas suffisante, et cela même dans des secteurs matures*

**Ces éléments militent pour une démarche européenne de régulation allant au-delà de la politique de concurrence. Ils plaident surtout en faveur d'une évolution des esprits, encore fortement marqués par l'idée que la seule ouverture des marchés est la condition suffisante pour le développement économique.**

## 1.2. Politique industrielle et concurrence : divorce ou coexistence ?

### 1.2.1. Politique de concurrence et politiques industrielles nationales

Le débat autour du lien existant entre politique de concurrence et politique industrielle est très ancien.

À titre préalable, il doit être rappelé que c'est l'application du droit communautaire, et notamment de la politique de concurrence européenne, qui explique largement le repli des politiques industrielles nationales durant ces vingt dernières années :

■ le principe général d'interdiction des aides d'État, ainsi que la nécessaire notification *ex ante* des régimes d'aides, ont conduit les États

*C'est l'application du droit communautaire qui explique largement le repli des politiques industrielles nationales durant ces vingt dernières années*

membres à réduire fortement leur volume d'aides et à les réorienter vers des aides dites « *horizontales* », plus facilement compatibles avec le droit communautaire. En outre, les

États membres ont fait de la diminution du volume d'aides un objectif politique, affirmé notamment aux conseils européens de Stockholm en 2001 et Séville en 2002 ; la diminution des aides continue à un rythme

rapide (82 Mds€ en 2000 contre 105 Mds€ en 1998) ;

■ le contrôle des aides d'État, ainsi que l'application du principe de libre circulation des capitaux, ont également conduit à diminuer l'implication directe des États dans le secteur productif : restriction du champ des *golden shares* permettant aux États de garder un pouvoir de veto au conseil d'administration des entreprises privatisées<sup>7</sup>, remise en cause du statut public de certaines entreprises (cf. EDF) du fait des conséquences sur leurs conditions de refinancement, etc. ;

■ l'interdiction des subventions croisées entre secteur concurrentiel et service d'intérêt général, dont le contrôle est facilité par l'application de la directive transparence qui oblige les opérateurs à tenir des comptabilités séparées ;

■ l'ouverture des marchés publics aux entreprises européennes au-dessus d'un certain seuil (directives de 1993), ce qui interdit, de fait, les politiques d'achat public actives voire les pratiques, plus ou moins avouées, de « *préférences nationales* » ;

■ la Commission a choisi, dans la plupart des industries de réseau, de ne pas mettre en œuvre

<sup>7</sup> D'après les arrêts de la CJCE des 4 juin 2002 et 13 mai 2003, ces dispositifs peuvent être admis pour des entreprises agissant dans les domaines des services d'intérêt général ou stratégique, si l'État peut arguer de raisons impérieuses d'intérêt général, et sous réserve de proportionnalité.

l'article 86 du Traité de Rome, qui lui permet de supprimer les droits spéciaux et exclusifs dès lors qu'ils nuisent aux règles de concurrence, hormis dans le domaine des télécommunications (directive de 1990) ; toutefois, des directives de libéralisation ont ouvert progressivement à la concurrence le secteur postal, l'électricité et le gaz, ainsi que les transports.

### 1.2.2. Politique de concurrence et politique industrielle européenne : le droit

Pour autant, la politique de concurrence européenne n'est pas complètement étrangère à toute considération s'approchant de la politique industrielle. Le traité prévoit en effet la possibilité d'exemptions aux principes d'interdiction des ententes et des aides d'État. Ainsi, les ententes peuvent être autorisées dès lors qu'elles contribuent à « *améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence* ». Les accords de recherche et développement font ainsi l'objet d'une exemption, en Europe de même qu'aux États-Unis.

La distribution et le service après-vente dans le domaine des automobiles font également l'objet d'une exemption par catégorie.

En matière d'aides d'État, le traité prévoit que les secteurs du transport et de l'agriculture disposent de régimes spécifiques. Il permet également au Conseil, sur proposition de la Commission, d'autoriser certaines catégories d'aides d'État. Le règlement

*La politique de concurrence n'est pas complètement étrangère à toute considération s'approchant de la politique industrielle*

multisectoriel de 2002 définit ainsi un régime spécifique pour les aides au secteur de la construction automobile et des fibres synthétiques ; ce régime spécifique devrait à moyen terme être étendu à une liste de secteurs en surcapacité. Un règlement de 1998 fixe également des règles *ad hoc* pour la construction navale. Par ailleurs, la Commission a édicté des lignes directrices, qui fixent, pour certaines catégories d'aides, les conditions auxquelles ces aides peuvent être autorisées. Il s'agit notamment des aides à la restructuration, aux grands projets d'investissement, à la recherche et au développement, aux PME, au capital risque, au transport maritime, des aides environnementales, des aides régionales, à la construction navale, aux fibres synthétiques, à la production d'automobiles... Ainsi,

les aides au sauvetage des entreprises ne sont pas interdites ; ne sont interdites que les aides récurrentes à des entreprises qui ne sont pas structurellement viables. La Commission a également établi des lignes directrices en ce qui concerne les coûts échoués<sup>8</sup> dans le domaine électrique, ces aides peuvent avoir un impact majeur sur la structure industrielle future du secteur électrique.

En outre, le traité communautaire exempté, dans son article 296, l'industrie de défense de la politique de concurrence, ce qui a notamment permis d'approuver la constitution de la société EADS malgré les conséquences de cette fusion sur la structure concurrentielle de différents marchés.

### 1.2.3. Politique de concurrence et politique industrielle européenne : la pratique

Enfin, en marge des textes, la Commission utilise parfois des décisions ponctuelles dans le

<sup>8</sup> Aides publiques aux opérateurs historiques venant compenser des engagements contractés avec les gouvernements, engagements qui n'auraient pas été acceptés sur des marchés concurrentiels : construction de centrales dans des zones peu développées pour maintenir l'emploi, investissements dans le nucléaire, ventes d'électricité à un coût inférieur au coût moyen...

domaine de la concurrence pour prendre position et suggérer des modifications de structure industrielle. La Commission fait parfois pratiquement elle-même du « meccano industriel »

La Commission fait parfois pratiquement elle-même du « meccano industriel »

qu'elle-même du « meccano industriel ». Le Commissaire européen à la concurrence, Mario Monti, a ainsi déclaré en septembre 2003 que le rapprochement des compagnies aériennes KLM et Air France serait examiné dans « un esprit constructif, parce que nous voyons la nécessité de davantage de consolidation ». De la même manière, la Commission s'est félicitée, après avoir interdit la fusion Volvo/Scania, d'avoir favorisé un rapprochement entre Volvo et Renault Véhicules Industriels dont la dimension communautaire lui paraissait plus forte que l'opération initialement projetée.

Le développement de la pratique des engagements (*remedies*) pris par les entreprises pour qu'une opération (principalement de fusion) soit considérée comme compatible avec le droit communautaire a également fourni à la Commission un levier supplémentaire dans le domaine industriel. Si la Commission ne peut, en principe, dicter aux entreprises les engagements qu'elles doivent prendre, elle le fait souvent implicitement, voire explicitement :

- dans la décision de concentration EnBW / EDF, l'opération a été autorisée en contrepartie

d'un renforcement d'un concurrent potentiel d'EDF, la Compagnie nationale du Rhône ;

■ dans la décision ENBW/Hidrocantabrico, les parties (RTE, pour le compte d'EDF), avec le soutien des États français et espagnols se sont engagés à construire de nouvelles infrastructures électriques transfrontalières, pour obtenir le feu vert de Bruxelles ;

■ dans le cas de l'aide d'État à Alstom, où le plan final a été véritablement négocié avec la Commission, M. Monti n'a pas caché qu'un désinvestissement au profit de Siemens pourrait faciliter un compromis avec la Commission européenne.

Ces engagements négociés avec la Commission portent souvent sur des désinvestissements ou des mises à disposition de technologies ou de brevets, qui modèlent ensuite le paysage industriel pour de nombreuses années.

Si les enjeux industriels ne sont donc pas ignorés dans les procédures communautaires, beaucoup regrettent néanmoins que la poli-

*Beaucoup regrettent que la politique de concurrence ne prenne pas en compte plus explicitement et de manière plus systématique des objectifs de politique industrielle*

tique de concurrence ne prenne pas en compte plus explicitement et de manière plus systématique des objectifs de politique industrielle. Ceci permettrait notam-

ment de favoriser le maintien d'acteurs européens sur les marchés, et de faciliter la création de champions nationaux (cf. les critiques après les refus des fusions ATR/de Havilland ou Schneider/Legrand).

Ces critiques se fondent notamment sur l'exemple américain, où les aides d'État ne sont pas interdites, où le contrôle des concentrations est sensiblement plus accommodant car il tient compte des économies d'échelle potentielles, et où le pouvoir politique garde *de facto* une influence sur la mise en œuvre de la politique de concurrence. Ainsi il y a quelques mois, le Sénat a bloqué un projet de réforme des règles de concentration du secteur des médias, que l'exécutif (la Maison blanche) voulait assouplir : le projet visait à autoriser les grands *networks* nationaux à toucher jusqu'à 45 % de l'audience nationale et non plus seulement 35 % comme c'est le cas aujourd'hui.

**À partir de ce double constat d'insuffisance de la politique de concurrence et de mauvaise articulation entre enjeux de concurrence et enjeux industriels, le groupe de travail a formulé une double série de recommandations tenant à la conduite de la politique de la concurrence, et aux autres outils de la régulation.**

### **1.3. Propositions : pour une approche économique de la politique de concurrence et la mobilisation des autres outils de régulation pour améliorer l'environnement des entreprises**

En ce qui concerne l'organisation générale de la régulation en Europe, et avant même d'examiner les questions liées à la conciliation compétitivité/missions d'intérêt général, et aux modalités des régulations sectorielles qui restent nécessaires, les recommandations du groupe de travail sont de deux ordres :

- privilégier une approche « *économique* » de la politique de concurrence ;
- mobiliser les outils « *horizontaux* » de régulation.

#### **1.3.1. Une approche économique de la politique de la concurrence**

L'annulation successive par le juge européen de plusieurs décisions par lesquelles la Commission avait interdit des fusions (Schneider/Legrand, Tetra-Laval/Sidel, Airtour/ FirstChoice)<sup>9</sup> a suscité un vaste débat sur l'adaptation de la politique européenne de concurrence. Ce débat est en cours. Sans souhaiter entrer, dans le cadre de

<sup>9</sup> Bien que ces annulations aient été prononcées sur le fondement d'erreurs d'appréciation de la situation concurrentielle des marchés ou de fautes de procédures et non en raison de préoccupations de politique industrielle.

ce rapport, dans le détail des aménagements et réorganisations du dispositif de contrôle qui seraient souhaitables, le groupe de travail souhaite néanmoins mettre en lumière quelques grandes propositions d'action destinées à faire de la politique de la concurrence un outil efficace de régulation au service de l'économie européenne.

Ces propositions consistent à :

- **recentrer le contrôle des aides d'État sur les interventions publiques qui faussent de manière grave la concurrence ;**
- **concentrer la politique de concurrence sur les pratiques anti-concurrentielles les plus manifestes.**

À ces orientations, relatives à l'outil européen de contrôle de la concurrence, s'ajoute également la nécessité de promouvoir une discipline et une coopération internationale en matière de lutte contre les atteintes les plus manifestes à la concurrence.

#### **► Recentrer le contrôle des aides d'État sur les interventions publiques qui faussent de manière grave la concurrence**

##### *Maintenir le contrôle des aides d'État*

Le groupe de travail ne pense pas, comme cela a pu être avancé par certains commentateurs

lors de l'affaire Alstom, que le contrôle des aides d'État handicape l'économie européenne dans la concurrence internationale. Il y a, au contraire, de bonnes raisons à vouloir préserver cet outil dont la mise en place date du Traité de Rome :

■ **raisons politiques d'abord** : l'interdiction des soutiens publics abusifs aux entreprises est un élément important de consolidation du marché intérieur : cela permet d'éviter que l'abaissement des barrières douanières ne soit compensé par l'érection de nouvelles barrières résultant de subventions ou d'aides plus ou moins discrètes aux entreprises nationales. Ce qui était vrai hier dans l'Europe à 6 ou à 15, le sera encore plus demain dans l'Europe à 25 qui accueillera des pays dont les entreprises ont longtemps vécu sous perfusion publique ;

■ **raisons économiques ensuite** : si la réduction des aides d'État peut être un moyen efficace pour contribuer à la réduction des déficits publics, elle est surtout nécessaire dans certaines situations pour garantir une concurrence équitable entre les entreprises et pour permettre la restructuration normale de l'économie.

Le contrôle des aides d'État doit donc être préservé, mais deux raisons au moins justifient qu'il soit recentré sur les seuls soutiens pouvant affecter sensiblement la concurrence intra-communautaire.

En premier lieu, il doit être rappelé que *l'Europe est la seule région au monde à s'être dotée d'un véritable contrôle des aides d'État*. Les autres pays ne sont soumis, pour ceux qui ont signé ces accords,

*Le contrôle des aides d'État doit être préservé mais recentré sur les seuls soutiens pouvant affecter sensiblement la concurrence intra-communautaire*

qu'aux seules règles de l'OMC en matière de subventions. Pour ces pays, les seuls soutiens publics interdits sont ceux qui sont destinés à

favoriser les exportations et qui sont à l'origine d'un préjudice grave pour les entreprises étrangères. Encore faut-il préciser que certains secteurs, comme l'agriculture, échappent encore totalement à ces disciplines internationales. Le champ est étroit. Il permet certes à l'Europe de s'attaquer aux subventions coréennes à la construction navale qui sont une menace mortelle pour l'industrie européenne. En revanche, il ne permet pas de contester les soutiens publics massifs accordés par les États-Unis à leurs compagnies aériennes.

En second lieu, l'histoire économique récente de l'Europe a montré que des aides transitoires et bien calibrées pouvaient être le moyen de sauver des entreprises viables. L'Europe a-t-elle eu tort d'accepter les soutiens passés à Renault ou Air France qui sont aujourd'hui des entreprises florissantes ? A-t-elle eu raison d'interdire au gouvernement belge d'assister la Sabena aujourd'hui disparue ?

### *Rééquilibrer le contrôle des aides d'État*

Le groupe de travail ne souhaite pas répondre à ces questions qui soulèvent des problématiques complexes. Il souhaite simplement, à ce stade, formuler une triple recommandation destinée à rééquilibrer le contrôle futur des aides d'État dans le sens d'une meilleure prise en compte des réalités économiques :

■ **engager une réflexion globale sur les règles concernant les aides d'État aux entreprises en difficulté.** L'idée n'est pas de maintenir artificiellement en vie des entreprises dont il est établi qu'elles n'ont plus aucune forme de viabilité. L'objectif est, au contraire, de ne pas compliquer par des règles et des délais trop stricts, la phase de restructuration de l'entreprise en difficulté, de permettre des actions de soutien public immédiat, pour autant qu'ils soient réversibles, de ne pas compromettre un processus de rétablissement de confiance avec les marchés par l'application rigide de textes qui n'ont, eux-mêmes, pas été conçus pour répondre à ces situations mais plutôt pour contrôler les aides publiques dans la vie normale de l'entreprise. À ce titre, il serait opportun que la Commission réexamine, à la lumière des cas récents qu'elle a eu à traiter, les lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration ;

■ **limiter le contrôle aux aides d'État qui affectent réellement la concurrence intra-communautaire.** La Commission a pris l'habitude, au fil du temps, de soumettre à son contrôle tout soutien public accordé dans un secteur ouvert à la concurrence intra-communautaire sans chercher à s'interroger sur les effets réels des mesures qu'elle cherche à contrôler. Ainsi, en est-on arrivé à l'examen par les autorités communautaires de la subvention d'une commune allemande à la piscine municipale sous prétexte que cette subvention pouvait affecter le tourisme européen. Sans même qu'il soit nécessaire d'aller jusqu'à des cas aussi extrêmes, il serait souhaitable, à la fois en termes de bon usage des moyens publics et de pertinence du contrôle, que la Commission démontre, dans chacune de ses décisions, la nature et la portée de l'effet sur les échanges intra-communautaires des mesures incriminées. La mise en œuvre d'une telle recommandation est évidemment difficile. Elle nécessitera probablement au préalable une réflexion sur les outils permettant d'assurer un tel recentrage du contrôle communautaire, qu'il s'agisse de l'adoption des règles d'exemption, d'un assouplissement des critères « *de minimis* » en deçà desquels la Commission renonce au contrôle, ou d'indicateurs plus qualitatifs sur le taux de pénétration des importations ou les volumes d'échanges ;

■ **mieux utiliser les possibilités offertes par le droit existant (art. 81.3 et 87.3.e du Traité) pour définir des régimes adaptés pour certains types d'aides d'État (ou même d'ententes).** Aujourd'hui, le Conseil légifère très peu, que ce soit en matière d'aides d'État ou d'ententes ; le plus souvent, il donne délégation à la Commission<sup>10</sup>, qui procède ensuite généralement par *soft law* (lignes directrices). Si le Conseil intervenait plus dans ce domaine, la réactivité de la norme communautaire en serait certes diminuée, mais les priorités implicites de politique industrielle contenues dans la politique de concurrence deviendraient plus explicites et plus légitimes ;

■ **proposer un renforcement des règles de l'OMC sur le contrôle des subventions ;** l'Europe ne peut à l'évidence pas imposer son contrôle des aides d'État au reste du monde. Il pourrait en revanche être utile d'envisager, dans le cadre du cycle de négociations en cours, le moyen d'améliorer la lutte contre les subventions qui faussent de manière évidente la concurrence internationale. Les difficultés rencontrées par l'Europe pour obliger les États-Unis à remettre en cause leur système de subventions à l'exportation (*Foreign Sales*

<sup>10</sup> Un règlement du 7 mai 1998 du Conseil a autorisé la Commission à légiférer pour les aides aux PME, à la R&D, à l'emploi, à l'environnement, mais la Commission continue à procéder par communications.

*Corporations*) démontrent l'importance d'une telle réflexion. Le groupe de travail est évidemment conscient, qu'après l'échec de la conférence ministérielle de Cancun, les thèmes des négociations OMC visant à encadrer les marchés et non pas seulement à les ouvrir, ont moins de chances d'aboutir à un consensus à brève échéance. Il considère néanmoins que la promotion de ces thèmes doit être poursuivie sans relâche.

► **Concentrer la politique de concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus manifestes**

À l'initiative de M. Monti, Commissaire européen à la Concurrence, une vaste réforme de la politique de Concurrence européenne a été engagée. Cette réforme se traduira à la fois par une nouvelle organisation du contrôle des ententes reposant notamment sur l'abandon de l'obligation de notification préalable des accords entre entreprises et la décentralisation du contrôle, une refonte du règlement sur le contrôle des concentrations destiné à corriger certaines rigidités dénoncées par les entreprises, et enfin par une réorganisation des services de la Commission destinée, en particulier, à organiser un véritable contrôle de qualité interne, bien léger jusqu'alors. Le groupe ne souhaite pas, dans le cadre de ce

rapport, porter un jugement d'ensemble sur cette réforme dont les effets ne pourront être appréciés qu'avec le temps.

L'objectif est de mettre en lumière les grandes orientations stratégiques qui pourraient structurer la politique de concurrence européenne dans les années à venir pour assurer que les instruments existants sont bien utilisés dans le but d'une régulation efficace de l'économie européenne.

*Rééquilibrer l'usage des instruments de contrôle en faveur du contrôle a posteriori*

**Le premier objectif pourrait être de rééquilibrer l'usage des instruments de contrôle en s'appuyant prioritairement sur la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles avérées plutôt que d'interdire les rapprochements d'entreprises avant qu'ils aient pu produire leurs effets.**

L'examen comparé des politiques européenne et américaine de la concurrence montre que *là où les États-Unis exercent une vigilance particulière sur les abus de position dominante ou les pratiques de cartels, l'Europe cherche pour sa part à limiter au maximum la formation des positions dominantes au travers des fusions d'entreprises.* Même si en apparence, hormis l'affaire GE/Honeywell, les

décisions des autorités européenne et américaine de concurrence sont dans l'ensemble convergentes, l'examen attentif des conditions posées par la Commission européenne pour valider une fusion (désinvestissements, etc.) dénote une grande sévérité de l'autorité européenne. À l'inverse, la Commission, faute peut-être de moyens suffisants, n'a pas été jusqu'à présent en mesure de traquer les pratiques de cartels ou à contraindre les entreprises abusant de leur position dominante dans des proportions comparables à ce qui se fait aux États-Unis. Ce déséquilibre s'est certes atténué récemment avec les décisions spectaculaires prises par la Commission en 2001 et 2002 (cartel des vitamines, etc.) grâce en particulier aux nouvelles règles sur la clémence. Il reste que la faiblesse des moyens de la Commission ne peut lui permettre de conduire sur le long terme une politique aussi efficace que celle existant outre-atlantique.

Un renforcement de la lutte contre les abus de position dominante et les ententes les plus anti-concurrentielles, qui s'accompagnerait d'un plus grand pragmatisme dans l'exercice du contrôle des concentrations serait pourtant souhaitable à plusieurs titres :

- en premier lieu, la détection *ex ante* des problèmes de concurrence que pourrait soulever une fusion est un exercice délicat qui présuppose l'adoption par le nouveau groupe de com-

portements anti-concurrentiels, notamment en matière de politique de prix. Cette spéculation implique nécessairement une forte dose de subjectivité. C'est d'ailleurs tout le sens des arrêts récents du juge communautaire à l'encontre de la Commission, arrêts par lesquels il lui a fait grief de ne pas suffisamment prouvé les effets anticoncurrentiels dont elle présume ;

- en second lieu, plusieurs secteurs de l'économie européenne (secteur bancaire, pharmaceutique, industrie automobile, etc.) sont encore peu concentrés et pourraient avoir à se restructurer dans un avenir proche pour pouvoir faire face à armes égales à la concurrence internationale.

Afin de faciliter un tel rééquilibrage de la politique européenne de concurrence, plusieurs pistes pourraient être envisagées :

- **il serait nécessaire que la Commission prenne véritablement, et de bonne foi,**

*Un renforcement de la lutte contre les abus de position dominante et les ententes, et un plus grand pragmatisme dans l'exercice du contrôle des concentrations*

**en compte les efficiences que peut générer une fusion** (économies d'échelle, mise en commun des efforts de recherche, effet de taille nécessaire sur les marchés interna-

tionaux, etc.). L'aménagement en cours des textes devrait faciliter une telle prise en compte. La clef réside malgré tout dans la mise en œuvre

de ces dispositions. Il faut espérer que le renforcement des moyens d'analyse économique que la Commission vient de décider y contribuera ;

- **la Commission devrait concentrer son action sur les seules concentrations aboutissant à la création ou au renforcement d'une position dominante.**

Le récent assouplissement du « *test de dominance* », destiné notamment à prendre en compte les cas de formation d'un oligopole dit non collusif dans lesquels la fusion risque d'inciter les acteurs à coordonner leur comportement, ne devrait conduire à des interdictions ou des « *remèdes* » qu'à la condition que la Commission apporte des éléments extrêmement forts pour avancer que l'opération est susceptible de soulever des problèmes de concurrence ;

- **la Commission devrait renforcer son analyse économique des marchés pertinents** ce qui l'amènera logiquement à reconnaître beaucoup plus fréquemment qu'elle ne le fait aujourd'hui que les marchés sont très souvent européens voire mondiaux, et non plus seulement nationaux, du fait de la constitution progressive du marché intérieur.

*Promouvoir des règles internationales minimales en matière de concurrence*

**Parallèlement à ce rééquilibrage « interne » de la politique de concurrence européenne,**

**les autorités communautaires devraient continuer à promouvoir l'édiction de règles et de disciplines internationales en matière de concurrence.** Il n'est pas acceptable que l'Europe s'oppose, par exemple, à la fusion de deux de ses constructeurs automobiles ou bien encore condamne lourdement ses producteurs de ciment pour entente illégale si, dans le même temps, les concurrents japonais ou coréens de ces entreprises européennes peuvent se livrer sans crainte, sur leur propre territoire, à des pratiques analogues.

La formation, en cours, d'un réseau international des autorités de concurrence est, de ce point de vue, une initiative heureuse. Mais elle ne saurait suffire. Un accord international de plein exercice noué dans le cadre de l'OMC dont le principe a été posé par la réunion ministérielle de Doha qui a ouvert le cycle de négociations en cours, serait le seul moyen de généraliser la mise en place dans chaque État d'une législation concurrentielle et d'une autorité pour la mettre en œuvre. Un tel accord permettrait également d'organiser les modalités d'une coopération internationale pour lutter contre les cartels les plus graves, dont les premières victimes sont, en général, les pays en développement.

Compte tenu de ces éléments, la recommandation du groupe de travail est de :

■ **maintenir l'objectif d'un accord « concurrence » à conclure dans le cadre du cycle de négociations en cours.** Si la tentation a pu être grande, après l'échec de la conférence de Cancun, de renoncer à ce projet, le groupe de travail considère qu'un tel abandon affaiblirait fortement le schéma européen et international de régulation car il traduirait la renonciation à une forme nécessaire d'encadrement des forces de marché ;

■ **compte tenu des réticences manifestées par plusieurs États, notamment dans le monde en développement, à la perspective d'un tel accord, une voie envisageable pourrait être de se limiter, dans un premier temps, à nouer dans le cadre OMC un accord général.** Cet accord poserait simplement le principe d'une généralisation des législations de concurrence et des échanges d'information entre autorités nationales. Parallèlement à cet accord général, un accord permettant d'organiser une coopération plus structurée serait négocié entre ceux des États qui sont prêts à aller de l'avant.

Pour l'Europe, l'intérêt est clair. Il est de faire en sorte que la régulation concurrentielle s'organise sur la base géographique la plus large possible, de manière à garantir que les entreprises européennes ne soient pas placées en

situation de handicap par rapport à celles des pays tiers dans la compétition internationale.

### **1.3.2. Mobiliser les autres outils de la régulation pour accroître la compétitivité des entreprises**

Dire que la politique de concurrence européenne ne doit pas incorporer d'objectif de politique industrielle ne signifie pas que l'Europe ne doit pas, par ailleurs, mener des actions volontaristes en faveur de la compétitivité de l'économie et des entreprises européennes. L'intervention de l'Europe dans le domaine industriel ne doit pas se limiter à l'application de la politique de concurrence ainsi qu'à la réalisation du marché commun et de la monnaie unique<sup>11</sup>.

#### **► Europe et politiques actives en faveur de la compétitivité**

Initialement, la notion de compétitivité était absente du Traité de Rome. En pratique, la Communauté a œuvré en faveur de la compétitivité par la réalisation du marché intérieur, qui devait apporter un surcroît de croissance par une concurrence accrue et une

<sup>11</sup> Cf. Elie Cohen et Jean-Hervé Lorenzi, *Politiques industrielles pour l'Europe*, Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2000.

meilleure fluidité des marchés du travail et des capitaux. Le marché intérieur est aujourd'hui une réalité, même si des restrictions aux échanges existent encore dans le domaine des services. Le commerce intra-européen s'est fortement développé, notamment en ce qui concerne les échanges intra-branches, et les écarts de prix à l'intérieur de l'Europe, ainsi qu'entre l'Europe et les prix mondiaux, ont fortement diminué. La Commission a estimé que le marché intérieur avait procuré à l'économie européenne en 2002 1,8 % de croissance en plus, et 1,5 % d'emploi en plus. Cela a été rendu possible grâce aux 2 000 directives d'harmonisation adoptées et aux procédures d'infraction mises en œuvre par la Commission à l'égard des États membres qui maintenaient des obstacles aux échanges.

L'amélioration de la compétitivité a donc longtemps été pensée au niveau européen comme provenant uniquement de la mise en œuvre du marché intérieur<sup>12</sup>. Des initiatives de promotion active de la compétitivité se

*L'intervention de l'Europe dans le domaine industriel ne doit pas se limiter à l'application de la politique de concurrence ainsi qu'à la réalisation du marché commun et de la monnaie unique*

<sup>12</sup> Cf. Martin Bangemann, « Une politique industrielle dans un environnement ouvert et concurrentiel », 1992.

sont toutefois développées à partir des années 1970, notamment dans le domaine de la recherche et développement<sup>13</sup>.

Historiquement, si l'on met à part les actions entreprises dans le cadre de la CECA et, surtout, de l'Euratom (qui a permis la mise en place du Centre commun de recherches), ce n'est qu'avec l'Acte unique de 1986 qu'ont été posées, au niveau des traités, les premières bases légales d'une action communautaire dans le domaine de la recherche et développement<sup>14</sup>. Le Traité de Maastricht (1992)<sup>15</sup> a ensuite

<sup>13</sup> Art. 308 TCE ex 235, qui prévoit que le Conseil des ministres peut prendre des dispositions « nécessaires pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet ».

<sup>14</sup> Titre VI intitulé « La recherche et le développement de la technologie » et article 130F qui affirme que « la Communauté a pour objectif de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté et de favoriser la compétitivité internationale, ainsi que de promouvoir les actions de recherche jugées nécessaires au titre d'autres chapitres du présent traité ». Il n'en demeure pas moins que, sans attendre cette consécration par les traités, l'Union européenne avait lancé, dès 1984, un premier programme-cadre de recherche et développement doté de moyens financiers significatifs.

<sup>15</sup> Article 130N qui prévoit que « la Communauté peut créer des entreprises communes ou tout autre structure nécessaire à bonne exécution des programmes de recherche, de développement technologique et de démonstration communautaire » ; article 31 qui donne mission à la Communauté pour « le renforcement de la compétitivité de l'industrie de la Communauté ».

donné pour mission générale à la Communauté de renforcer la compétitivité industrielle, il a instauré un système de financement des réseaux de transport européen et a créé un titre spécifique sur l'industrie (article 157). Dans ce titre, il est prévu que les États membres et la Communauté doivent accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels, encourager un environnement favorable à l'initiative et à la coopération entre les entreprises, et favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique.

Toutefois, le Traité de Maastricht pose le principe d'une double subsidiarité :

■ par rapport au marché tout d'abord : ces initiatives doivent s'inscrire dans un système de marchés ouverts et concurrentiels, sans introduire de distorsions de concurrence sur le marché communautaire ;

■ par rapport aux autres politiques européennes ensuite : l'action de la Communauté en faveur de la compétitivité ne dispose pas d'autres outils propres que la coordination entre les États membres et l'appui des actions des États membres (à la majorité qualifiée depuis le traité de Nice) ; cette action doit donc passer prioritairement par les autres politiques communautaires.

La critique qui peut être adressée à cette démarche est que, sous prétexte de subsidiarité et de renonciation à l'interventionnisme passé, l'Europe risque de laisser l'environnement des entreprises se dégrader, soit que des rigidités existantes ne soient pas traitées, soit que l'hétérogénéité des règles ne soit pas attaquée, soit encore que les ressources nécessaires ne soient pas mobilisées vers les projets d'intérêt commun.

### ► **Privilégier les mesures en faveur de l'amélioration de l'environnement des entreprises**

L'action de l'Europe dans le domaine de la promotion de la compétitivité européenne n'est certes pas inexistante. À la suite du Conseil européen de Lisbonne en mars 2000 qui a voulu faire de l'Europe la région la plus compétitive au monde en 2010, différentes actions ont été engagées ou intensifiées :

- achèvement du marché intérieur des services financiers ainsi que des industries de réseau afin de diminuer les prix et d'inciter à l'innovation dans ces secteurs ;
- incitation à l'innovation en facilitant la mobilité des chercheurs ainsi que l'investissement dans le capital risque ;
- harmonisation du droit des entreprises, création du statut de la société européenne,

harmonisation de la fiscalité des fusions, harmonisation des normes comptables ;

- diminution des charges administratives liées au marché intérieur (initiative SLIM, dispositifs d'alerte rapide...).

À ces mesures portant sur l'environnement des entreprises se sont ajoutées des interventions plus directes de la Communauté, au travers du programme cadre sur la recherche, des financements des réseaux trans-européens, ainsi que des fonds structurels, qui interviennent pour une part importante dans l'adaptation de l'industrie. Par ailleurs, l'Europe (même si, souvent, il ne s'agit pas toujours de l'Union européenne *stricto sensu*) est parfois directement opérateur, au travers du CERN pour l'industrie nucléaire, de Galileo pour le GPS, de l'ESA dans le domaine spatial, etc.

Chacun de ces outils européens, que ce soit la libéralisation des services financiers ou le programme cadre de recherche et de développement, mériterait une analyse détaillée spécifique. Il n'est pas dans l'objet de ce rapport de conduire une telle analyse. Néanmoins, à ce stade, le groupe de travail souhaite faire part de deux convictions fortes :

- **lorsque l'Union dépasse le cadre des politiques d'environnement des entreprises et intervient plus directement en faveur de**

**la compétitivité, ces initiatives sont souvent difficiles à mettre en œuvre du fait des priorités économiques très hétérogènes des États membres, et des principes *de facto* appliqués par beaucoup d'États membres tels que le juste retour** ; de ce fait, les financements communautaires que sont le PCRD, les RTE et les fonds structurels relèvent plus de l'effet d'aubaine pour les États membres que d'une véritable politique européenne cohérente (cf. la récente initiative de relance, qui pourrait, faute de moyens budgétaires suffisants et en raison de la difficulté à sélectionner les projets, être enterrée) ; certains demandent donc aujourd'hui la renationalisation de tout ou partie de ces politiques ;

■ plusieurs initiatives sectorielles sont apparues récemment :

– la défense : dans le domaine aéronautique, EADS a été constitué en 1999 ; la concentration dans le domaine militaire se poursuit aujourd'hui ; par ailleurs, de nombreux programmes d'armement communs existent, notamment entre la France et l'Allemagne, et les nombreuses initiatives en faveur d'une politique d'armement commune (définition des besoins, cahiers des charges communs, appels d'offre-unique) des années 1990-2000 devraient revêtir bientôt une plus grande ampleur avec la création d'une agence européenne de l'armement, de la

recherche et des capacités militaires, pour identifier les besoins, définir les mesures permettant de les satisfaire, renforcer la base industrielle et technologique, et définir une politique européenne des capacités et de l'armement ; cette mesure a été proposée par le sommet des quatre du 29 avril 2003 ; elle a été reprise dans le projet de Constitution, et le principe en a été acté au Conseil européen de Thessalonique pour une date de création effective en 2004 ;

– le textile : l'Union, premier exportateur mondial, va devoir faire face à la fois à l'élargissement, qui va augmenter de 25 % le nombre d'employés dans ce secteur, et à la suppression en janvier 2005 des quotas du fait de l'accord multilatéral conclu dans le cadre de l'OMC ; la Commission a donc proposé le 28 octobre 2003 de lancer un programme spécifique, mobilisant à la fois le programme cadre de recherche, des ressources en faveur de l'éducation et la formation, la politique régionale, ainsi que la politique commerciale, notamment à l'égard des pays de la Méditerranée ; des consultations vont être menées avant la mise en œuvre pratique de ce programme ;

– le spatial : un plan d'action a été présenté par la Commission européenne le 11 novembre 2003, après un travail conjoint avec l'Agence spatiale européenne ; ce plan pro-

pose un accroissement substantiel des dépenses en faveur de l'espace ; il pose le principe de la création d'un programme spatial européen pluriannuel qui déterminera les priorités, sur une base quinquennale, en ce qui concerne la recherche, le développement des infrastructures, les services et la technologie ; il convient de consolider la base scientifique, et d'investir dans de nouvelles infrastructures.

Le secteur de l'armement est spécifique, car les questions purement économiques se combinent à des motivations stratégiques. Dans ce secteur, l'existence de champions nationaux ou, mieux, européens peut avoir un intérêt économique (rentabilisation de dépenses de recherche et développement très élevées), mais également stratégique (indépendance nationale, instrument de négociation vis-à-vis des États tiers).

Toutefois, **en ce qui concerne les autres secteurs économiques, il convient de privilégier les mesures horizontales par rapport à des mesures sectorielles.** Un accord s'était fait à la fin des années 1980 et au début des années 1990, tant au niveau national que communautaire, pour ne pas poursuivre les politiques industrielles sectorielles, et préférer des politiques en faveur d'un environnement

compétitif des entreprises. La France, qui avait jusque-là tenté d'exporter son modèle de développement économique et avait proposé que l'Europe développe des politiques sectorielles fortes, a en effet changé de position à partir du milieu des années 1980. Il est vrai que l'État n'est ni légitime, ni compétent, pour mener une politique d'intervention sectorielle par la commande publique, les aides ou encore la promotion de champions nationaux. Cela devrait rester une ligne directrice de l'action communautaire, ce qui n'exclut pas une amélioration et un approfondissement des politiques horizontales<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Sur le débat entre tenants d'une politique industrielle d'orientation sectorielle et promoteurs d'une politique industrielle horizontale, cf. Cohen et Lorenzi (2000), p. 135 et suivantes.

---

**LA CONCILIATION DU  
DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE  
ET DES « PRÉFÉRENCES  
COLLECTIVES » NON  
MARCHANDES NÉCESSITE  
UNE STABILISATION ET  
UNE CLARIFICATION DU CADRE  
JURIDIQUE DES SERVICES  
D'INTÉRÊT GÉNÉRAL**

La mise en œuvre du marché intérieur et la politique de concurrence visent à améliorer la compétitivité de l'économie européenne par le libre-échange et le bon fonctionnement des marchés. Néanmoins, cet objectif strictement économique doit nécessairement être concilié avec les « *préférences collectives* » exprimées par les Européens : préservation de l'environnement et de la santé publique, éducation de qualité pour tous, desserte harmonieuse du territoire dans le domaine de l'énergie et des télécommunications, etc.

En théorie, il n'y a pas de contradiction entre objectifs économiques et préférences collectives, et le libre fonctionnement des marchés ainsi que le jeu de la concurrence devraient

conduire naturellement à une organisation économique offrant un bénéfice maximal pour la société et prenant en compte ces préférences collectives.

Toutefois, ce n'est pas toujours le cas. Notamment, la fourniture de certains services

*L'objectif strictement économique de compétitivité doit être concilié avec les préférences collectives exprimées par les Européens*

dans certaines zones géographiques et pour certains types de publics peut être considérée comme non rentable par le marché et donc ne pas être développée,

alors même qu'elle présente un intérêt pour la collectivité. Cet état de fait a conduit les autorités publiques des États membres à intervenir dans le fonctionnement de certains marchés pour compléter, aiguillonner ou encadrer l'initiative privée.

Cette intervention dans le libre fonctionnement des marchés peut porter atteinte aux principes communautaires du marché intérieur et de la concurrence. La conciliation entre règles communautaires et intervention des États, entre objectifs strictement économiques et préférences collectives, pose donc aujourd'hui problème. Ceci a notamment conduit la Commission européenne à publier en 2003 un « *Livre vert* » sur le sujet et à lancer une vaste consultation publique.

La problématique d'ensemble est la suivante : comment s'assurer, alors que les préférences collectives des Européens ne sont pas nécessairement homogènes, dans un contexte de réalisation progressive du marché intérieur et notamment de libéralisation des industries de réseau, que les objectifs d'intérêt général propres à chaque société peuvent être pris en compte, tout en perturbant le moins possible le fonctionnement des marchés ?

Cette question est aujourd'hui un élément central dans le débat politique au niveau européen, mais également au plan international, notamment dans le cadre de l'OMC. Beaucoup critiquent en effet l'impact des règles OMC sur les préférences collectives des États membres de cette organisation, tant dans le domaine culturel, environnemental que social, etc. : le libre-échange entraînerait un nivellement par le bas des normes sociales, et rendrait plus difficile la défense d'un modèle culturel national ou régional. Par ailleurs, l'encadrement des normes techniques (prohibition des normes ayant un effet discriminatoire à l'encontre des produits importés) restreindrait les marges de manœuvre des États pour définir des normes sanitaires, environnementales... protectrices du consommateur et de l'environnement. Ces problématiques, qui soulèvent en fait la question plus

générale du modèle de « *globalisation* » vers lequel tendre, ne sont pas abordées dans le présent rapport.

Une clarification progressive du droit communautaire a été opérée ces dernières années, dans le sens d'une meilleure prise en compte des objectifs d'intérêt général. Toutefois, le droit communautaire sur ces questions reste peu stabilisé et laisse d'importantes marges d'incertitude, qui rendent nécessaires une clarification.

## **2.1. Un cadre juridique communautaire en formation et non stabilisé**

L'Europe ne se limite pas à la réalisation du marché intérieur, à la politique de concurrence et à l'amélioration de la compétitivité des entreprises, et elle n'empêche pas la prise en compte des objectifs non marchands. Bien au contraire, une bonne partie de l'activité normative communautaire consiste à réglementer les marchés, au plan européen, pour s'assurer que les objectifs d'intérêt général sont convenablement pris en compte. En outre, le droit communautaire permet aux États membres de continuer à prendre de telles mesures. Toutefois, en ce qui concerne cette interven-

tion plus directe des États sur les marchés, des conflits continuent d'exister entre droit national et droit communautaire.

### **2.1.1. La prise en compte des objectifs non marchands est ancienne mais l'organisation des services d'intérêt économique général est une préoccupation récente**

#### **► Le contrôle des réglementations nationales limitant les échanges et la libre concurrence**

L'analyse courante consistant à opposer de manière rigide et absolue concurrence et objectifs non marchands n'est pas fondée. Il peut tout d'abord arriver que les objectifs non marchands coïncident exactement avec les principes de concurrence et de libre-échange. Ainsi dans le domaine culturel, la pluralité des médias passe par un contrôle efficace des ententes et des concentrations dans le secteur audiovisuel. Dans le domaine sportif également, l'objectif de libre accès des citoyens européens aux événements sportifs majeurs suppose *a minima* des conditions concurrentielles équitables sur le marché des droits de diffusion des événements sportifs (cf. récente affaire Premier league/B Sky B).

Il doit ensuite être reconnu que les règles communautaires mettant en place le marché intérieur ainsi que la politique de concurrence ont visé, dès l'origine, à concilier libre-échange et libre fonctionnement des marchés d'une part, et préférences collectives d'autre part.

Ainsi, l'article 30 du Traité de Rome prévoit que des restrictions aux échanges peuvent être mises en place par les États, dès lors qu'elles sont justifiées par « *des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux...* ».

La jurisprudence de la Cour a confirmé cette orientation. Ainsi, dans le fameux arrêt *Cassis de Dijon* de 1979, lorsque la Cour a donné une impulsion essentielle à la réalisation du marché intérieur en créant le concept de reconnaissance mutuelle<sup>17</sup>, elle a permis aux États membres de limiter l'application de ce

<sup>17</sup> En l'absence de réglementation commune au niveau européen sur une norme technique, il appartient aux États membres d'adopter, au plan national, de telles normes. Toutefois, pour que ces normes nationales ne constituent pas une entrave aux échanges, le principe de reconnaissance mutuelle prévoit qu'un pays ne peut refuser sur son sol des biens produits par un autre État membre et conformes à la norme adoptée par celui-ci.

principe, et donc de refuser l'importation d'un bien produit dans un autre État membre, dès lors qu'une telle mesure est nécessaire pour « *satisfaire à des exigences impérieuses* » telles que la protection de la santé publique ou la défense des consommateurs<sup>18</sup>.

Le droit communautaire n'interdit donc pas aux États de définir des normes nationales en matière de sécurité des produits ou de respect de l'environnement, par exemple ; il interdit uniquement d'adopter des règles qui établiraient une discrimination entre les États, ou qui ne seraient pas proportionnées aux objectifs poursuivis. Le contrôle de proportionnalité de la Cour de justice de la Communauté européenne a ainsi conduit celle-ci à considérer comme conforme aux Traités, pour l'essentiel, la réglementation française sur le livre. La Cour a en effet considéré que les restrictions

*Les règles communautaires ont visé, dès l'origine, à concilier libre-échange et libre fonctionnement des marchés d'une part, et préférences collectives d'autre part*

<sup>18</sup> Sous différentes formulations (motif d'intérêt général, raisons impérieuses d'intérêt général), la CJCE a étendu l'application de ce raisonnement de la libre circulation des biens à la libre prestation de services (CJCE 1991 *Säger et Dennemeyer*) et à la liberté d'établissement (CJCE 1993 *Dieter Krauss*).

au libre-échange étaient proportionnées à l'objectif poursuivi, à savoir la protection des petites librairies, indispensable à la diversité culturelle dès lors que le livre constitue toujours le premier vecteur culturel. De même, la Cour a considéré que la réglementation française interdisant les publicités pour des marques de tabac dans certaines manifestations sportives, si elle constituait une entrave au principe de libre prestation de services dans le domaine de la publicité, était proportionnée à l'objectif de santé publique<sup>19</sup>. Enfin, la Cour a validé la loi italienne établissant des quotas linguistiques à la radio italienne, comme ne constituant pas une atteinte disproportionnée à la libre prestation de services, compte tenu de l'objectif culturel d'intérêt général visé par cette loi.

De même, en matière de libre circulation des capitaux, le droit communautaire n'interdit pas toute restriction, mais uniquement celles qui seraient discriminatoires ou non proportionnées aux objectifs poursuivis. Ainsi par exemple lorsque la Cour a été amenée à statuer sur les *golden shares*<sup>20</sup> de certains États

<sup>19</sup> Depuis lors, l'Union européenne s'est dotée de sa propre réglementation en la matière.

<sup>20</sup> Les *golden shares* permettent aux États, dans d'anciennes entreprises publiques partiellement ou totalement privatisées, de conserver un droit de regard sur les décisions de l'entreprise (composition du capital...).

dans le domaine énergétique ou aéroportuaire, elle n'a pas prononcé de condamnation de principe de ces dispositifs qui viennent le plus souvent restreindre la libre circulation des capitaux. Elle a uniquement apprécié si ces mesures étaient proportionnées aux objectifs (légitimes) des États (dans le cas d'espèce, la sécurité d'approvisionnement énergétique ou la qualité de la desserte aérienne nationale).

### ► L'inscription directe des préférences collectives dans le droit communautaire

Il arrive également que la Communauté définit elle-même des normes (environnementales, sociales, sanitaires...) harmonisées grâce notamment aux compétences sectorielles<sup>21</sup> dont elle dispose (compétence environnementale, sociale, culturelle...). C'est ainsi par exemple que la Communauté s'est dotée d'un grand nombre de normes techniques harmonisées, notamment dans le domaine des activités

<sup>21</sup> Les articles 2 et 3 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) assignent à celle-ci des objectifs de caractère non marchand (niveau d'emploi et de protection sociale élevé, niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement...) et lui donnent compétence pour définir une politique dans le domaine de l'environnement et dans le domaine social, ainsi que pour contribuer à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé et au renforcement de la protection des consommateurs.

polluantes ou de la sécurité alimentaire, qui limitent la liberté des échanges, pour des motifs d'intérêt général (ordre public, protection de l'environnement...). La directive « *télévisions sans frontières* » de 1989, modifiée en 1997, qui libéralise la radiodiffusion en Europe, permet aux États d'intervenir notamment dans deux cas : pour s'assurer de la retransmission d'événements qu'ils jugent d'une importance majeure pour la société, et s'il y a violation manifeste, grave et répétée de la protection des mineurs et de l'interdiction d'inciter à la haine. De même, le règlement de janvier 2002 sur la législation alimentaire, outre le fait qu'il consacre dans le droit communautaire le principe de précaution, permet également à la Communauté, ainsi qu'aux États membres, en cas de risque sérieux pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement, de prendre des mesures d'urgence (retrait du marché, suspension des importations).

Enfin, en ce qui concerne la politique de concurrence, les règles ont été adaptées afin de prendre en compte certains objectifs non marchands. Ainsi en est-il des lignes directrices (notamment dans le domaine de l'environnement<sup>22</sup> et de la promotion des

<sup>22</sup> Les aides en matière d'économie d'énergie ainsi que de production combinée sont autorisées, dès lors que l'impact positif sur l'environnement est démontré, et dans certaines limites.

énergies renouvelables) qui définissent les critères que doivent remplir les dispositifs d'aides publiques horizontales. Par ailleurs, sont admises aux termes des Traités différentes catégories d'aides, dont celles destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

### ► **Le contrôle des interventions directes des États dans le système productif : l'émergence du concept de service d'intérêt économique général**

Le droit communautaire n'empêche donc pas les États d'intervenir de manière réglementaire, en définissant des normes, pour encadrer certaines activités et s'assurer de la prise en compte de certains objectifs non marchands. La relation avec le droit communautaire est cependant plus complexe et difficile en ce qui concerne les interventions directes de l'État dans le système productif, soit par le biais d'entreprises publiques, soit en encadrant l'initiative privée, pour s'assurer que des services qui sont identifiés comme d'intérêt général sont convenablement mis à disposition des citoyens.

L'article 295 du Traité pose le principe de la neutralité du droit communautaire au regard du régime de propriété (public ou privé) des entreprises. Toutefois, cette liberté des États membres de nationaliser ou de privatiser les entreprises relevant de leur juridiction fait l'objet d'une interprétation minimaliste de la part tant de la Commission que de la Cour<sup>23</sup>, selon lesquelles les règles du Traité, notamment en matière de libre circulation et de concurrence, s'appliquent de manière identique aux entreprises privées et publiques.

Par ailleurs, le Traité affirme que les entreprises publiques ainsi que les entreprises titulaires de droits exclusifs (monopoles accordés par les États : concessions exclusives à des entreprises privées) ou spéciaux (licences...) doivent se conformer au droit de la concurrence (interdiction des abus de position dominante notamment). Enfin, les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général) sont soumises aux règles du droit communautaire, « *dans les*

<sup>23</sup> Cf. CJCE 1982 France, Italie et Royaume-Uni contre Commission.

*limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie*<sup>24</sup> ». Pour faire respecter ces principes, la Commission dispose (art. 86§3) d'un pouvoir de décision autonome.

Jusqu'à la fin des années 1980, ces dispositions ont fait l'objet de peu d'applications pratiques. Les autorités communautaires n'interféraient pas dans les différents dispositifs mis en place par les États pour assurer la réalisation des objectifs d'intérêt général qu'ils s'étaient assignés : desserte universelle du territoire et péréquation tarifaire pour le courrier et le téléphone par création d'un monopole public ou encore subvention croisée entre secteurs peu rentables et secteurs rentables ; fiabilité des réseaux par intégration verticale dans le domaine énergétique et création de monopoles publics ou privés régionaux, voire nationaux ; sécurité d'approvisionnement grâce à la conclusion de contrats exclusifs de

<sup>24</sup> La pratique de cet alinéa par la CJCE a changé au cours du temps. Relativement rigide initialement (il faut que la mission d'intérêt général soit réellement rendue impossible pour pouvoir déroger au droit commun communautaire : CJCE 1985 British Telecom), elle est devenue plus souple (il faut uniquement que l'exercice de la mission ne soit plus possible dans des conditions économiquement acceptables, CJCE 2001 Poste Italienne).

très long terme avec les pays producteurs d'énergie...

Toutefois, deux évolutions importantes ont rompu ce fragile équilibre :

■ la libéralisation des industries de réseau, commencée dans le secteur des télécoms en 1990 et qui a gagné depuis le secteur postal (1997), énergétique (1996 pour l'électricité, 1998 pour le gaz) et du transport ferroviaire (1991 et surtout 2001) ; cette libéralisation repose sur le principe de l'ouverture à la concurrence des segments de marché qui ne sont pas en situation de monopole naturel (production d'électricité, distribution finale d'électricité et de gaz, exploitation des services de transport ferroviaires...), et de la séparation des entreprises intégrées verticalement lorsque existent des infrastructures physiques importantes ; de ce fait, tous les financements des objectifs d'intérêt général par subventions croisées et/ou par le biais d'un opérateur public en situation de monopole deviennent plus difficiles, voire impossibles ;

■ la mise en œuvre de manière plus approfondie et plus volontariste de la politique de concurrence par la Commission européenne à l'égard des entreprises visées à l'article 86 ; c'est ainsi par exemple qu'en 2003 la Commission a qualifié d'aide d'État la garan-

tie implicite accordée par l'État français aux emprunts d'EDF<sup>25</sup>, et obtenu qu'il soit mis un terme à cette garantie au travers d'un changement du statut d'EDF.

Cette intervention plus prégnante du droit communautaire dans le domaine des services d'intérêt général a suscité en réaction des demandes en faveur d'un renforcement des garanties juridiques de leur pérennité. Au début des années 1990, la Cour, sur la base de la notion de service d'intérêt économique général et de l'article 86 du Traité, a construit une doctrine protectrice des services d'intérêt général. Elle a ainsi affirmé (Corbeau, 1993 et Commune d'Almelo, 1994<sup>26</sup>) que les obligations définies par les États pouvaient justifier des dérogations aux règles de concurrence (notamment subventions croisées entre des

<sup>25</sup> En contrepartie, la Commission européenne a saisi la CJCE à l'encontre de l'Espagne et de l'Italie pour leurs « décrets anti EDF », limitant dans le secteur énergétique les droits de vote détenus par une entreprise publique (2 % en Italie et 3 % en Espagne), ces mesures violant le principe de libre circulation des capitaux dans l'Union.

<sup>26</sup> La CJCE a affirmé qu'il est possible de déroger aux règles de concurrence dès lors que cela est nécessaire pour assurer l'accomplissement de la mission particulière conférée. En particulier, les subventions croisées et l'interdiction de l'écrémage par des concurrents peuvent être admis dans le secteur postal (Corbeau), de même que l'existence d'un monopole d'importation de l'électricité (Commune d'Almelo).

segments de marché concurrentiels et des segments où une entreprise dispose de droits exclusifs<sup>27</sup>).

La Commission, dans ses communications de 1996 et 2000 sur les services d'intérêt général, a également affirmé la nécessité de ne pas porter atteinte aux finalités de ces services. Le Parlement européen a, quant à lui dans une résolution de 1997, souligné que ces services constituaient un « *élément essentiel de la cohésion économique et sociale* ».

Par ailleurs, depuis le traité d'Amsterdam<sup>28</sup>, les services d'intérêt économique général font l'objet d'un article *ad hoc*, qui reconnaît « *la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi que le rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union* » (article 16).

À Nice, les États membres ont adopté une déclaration qui souligne le lien entre services

<sup>27</sup> La directive transparence (cf. *supra*) permet en théorie de repérer de telles subventions croisées.

<sup>28</sup> La Commission avait proposé que soit ajouté à l'article 3 de l'actuel TCE une référence à la compétence de la Communauté pour « *contribuer à la promotion des services d'intérêt général* », mais la création d'un article 16 *ad hoc* a été préférée par la Conférence intergouvernementale (CIG).

d'intérêt économique général, et modèle social européen. Cette déclaration demande que soit assurée une plus grande sécurité juridique à ces services dans l'application du droit de la concurrence. Sur cette base, la Commission a proposé au mois d'octobre 2001 que le contenu exact du concept soit précisé dans une directive cadre, que soit réalisée une évaluation des performances dans les États membres, et qu'une méthodologie d'étude au titre des aides d'État soit définie. Le Conseil européen a approuvé en décembre 2001 ces orientations.

Enfin, le projet de Constitution établi par la Convention a proposé de donner une base juridique à une telle directive-cadre, en reprenant, dans l'article III-6, l'article 16 actuel<sup>29</sup>,

<sup>29</sup> « *Eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions.* »

et en y ajoutant que « *la loi européenne définit les principes et les conditions [d'exercice des services d'intérêt économique général]* ». Ce point semble pouvoir faire l'objet d'un consensus entre les États membres. Il convient toutefois de remarquer que cette avancée a été assortie de deux garde-fous, à l'article III-17<sup>30</sup>. En outre, le Parlement européen a récemment adopté une résolution, à la suite du rapport Herzog qui ne reprend pas à son compte l'idée d'une directive. Il reste que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée de manière solennelle par les trois institutions communautaires en décembre 2002, et à laquelle le projet de Constitution donne valeur constitutionnelle, fait de l'accès à ces services un droit<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> « *Si des dispositions prises dans les cas prévus aux articles III-6 et III-34 ont pour effet de fausser les conditions de la concurrence dans le marché intérieur, la Commission examine avec l'État intéressé les conditions dans lesquelles ces dispositions peuvent être adaptées aux règles établies par la Constitution.*

*Par dérogation à la procédure prévue aux articles III-265 et III-266, la Commission ou tout État membre peut saisir directement la Cour de justice, s'il estime qu'un autre État membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus aux articles III-6 et III-34. La Cour de justice statue à huis clos.* »

<sup>31</sup> Article II-36 du projet de Constitution : « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.* »

### **2.1.2. La difficile conciliation pratique des services d'intérêt général et de l'ouverture à la concurrence**

#### **➤ Règles de concurrence et services d'intérêt économique général : des conflits potentiels**

Conformément au principe de subsidiarité, c'est toujours au niveau national que les services d'intérêt général sont définis, organisés, financés et contrôlés.

Néanmoins, la Communauté intervient fortement. En ce qui concerne les industries de réseau (énergie, service postal, télécommunications), les directives sectorielles qui ont libéralisé ces secteurs ont précisé comment devait désormais être financé le « *service universel* », i.e. les prestations élémentaires qui doivent être fournies à chaque usager : possibilité de continuer à pratiquer des subventions croisées dans le secteur postal, financement du surcoût dû au service universel par répartition sur tous les opérateurs pour les télécommunications...

Par ailleurs, conformément à l'article 86 du Traité, les règles de concurrence de droit commun s'appliquent aux entreprises titulaires de droits exclusifs ou spéciaux ou de services d'intérêt économique général.

Enfin, comme cela a déjà été rappelé *supra*, les règles de concurrence de droit commun (interdiction des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État) sont mises en œuvre de manière plus systématique, y compris pour ces services<sup>32</sup>.

Très concrètement, cet état de fait pose aujourd'hui plusieurs problèmes distincts<sup>33</sup> :

*Trois questions sont posées : le niveau auquel sont définis les SIEG et le service universel, et les contraintes pesant sur le choix du prestataire et le mode de financement*

■ la question de la définition de ce que doit être le service universel ; cette définition est aujourd'hui dans la plupart des cas laissée aux États membres, voire à leurs collectivités locales (transports, télécom-

munications<sup>34</sup>, énergie, distribution d'eau...) ; la question est aujourd'hui posée de la pertinence d'un tel dispositif, dès lors que dans certains cas le marché est européen : ne serait-il pas plus efficace économiquement d'avoir une seule définition harmonisée au niveau européen ?

■ une fois les obligations de service universel définies, comment s'assurer de leur réalisation ? deux choix successifs doivent être effectués : le choix du (ou des) prestataire(s) chargé(s) de la réalisation du service, le choix du financement de ce service, dont l'exploitation est en général déficitaire ; comme cela a déjà été explicité *supra*, ces deux opérations se font sous le contrôle du droit communautaire : la procédure de choix, s'il n'y a pas recours aux marchés publics, doit être transparente, non discriminatoire et proportionnée, et la compensation ne doit pas constituer une aide d'État incompatible avec le droit communautaire.

<sup>32</sup> Cf. arrêts CJCE 1974 Giuseppe Sacchi, et 1988 Bodson : les États membres peuvent parfaitement accorder des droits exclusifs à un opérateur, pour des considérations d'intérêt public de nature non économique ; mais les dispositions du Traité restent valables, notamment en matière d'aides d'État et d'abus de position dominante.

<sup>33</sup> Cf. le rapport de la Commission sur les aides d'État et les SIEG, réalisé pour le Conseil européen de Laeken en décembre 2001 à la suite de l'arrêt CJCE Ferring, qui identifie 5 questions : liberté laissée aux États dans la définition des SIEG, champ d'application des règles aides d'État, transparence dans les relations entreprises/État, modalités de sélection des entreprises titulaires d'un SIEG, et financement du service universel.

<sup>34</sup> Dans le domaine des télécommunications, l'étendue du service universel est laissée à l'appréciation de l'État membre, qui peut inclure la cohésion sociale, l'aménagement du territoire, et/ou la protection du consommateur. Il est ainsi permis aux États, comme cela est prévu en France, d'imposer la desserte de l'ensemble du territoire, à un prix unique. Mais seules les missions limitativement énumérées dans les directives peuvent donner lieu à une compensation financière prélevée sur les autres opérateurs.

*La mise en œuvre des règles de la politique de concurrence peut donc dans certains cas entrer en conflit avec la réalisation d'un objectif d'intérêt général.* L'objectif de sécurité énergétique en offre un exemple. À l'heure actuelle, alors que la Communauté est compétente pour prendre des mesures en cas de difficultés d'approvisionnement en produits énergétiques (article 100), elle n'exerce pas cette compétence, et les directives de libéralisation des secteurs électrique et gazier laissent aux États membres le soin de prendre en compte cet objectif. Des conflits d'objectif avec la politique de concurrence peuvent surgir à trois niveaux au moins :

- le contrôle des aides d'État, qui peut empêcher les aides publiques aux infrastructures. Le Traité prévoit de tenir compte pour les aides d'État des exigences de cohésion économique et sociale et des missions d'intérêt général, qui peuvent comprendre la sécurité énergétique ; toutefois, la Commission a récemment renforcé son contrôle en considérant les aides aux infrastructures comme des aides d'État soumises à son autorisation (gazoduc et électrification rurale en Espagne, câble Suède / Finlande, réseau gazier en Irlande et Grèce) ;
- l'interdiction des ententes et abus de position dominante, qui peut notamment rendre difficile la conclusion de contrats d'approvi-

sionnement de long terme, sur lesquels repose largement la sécurité énergétique des pays dépendants sur le plan énergétique. Au terme d'une enquête antitrust visant à améliorer la concurrence sur le marché européen du gaz, la Commission européenne a ainsi obtenu la renégociation du contrat de long terme entre Gazprom, le producteur de gaz russe, et ENI, le distributeur italien. Si la durée de ces contrats n'a finalement pas été critiquée par la Commission, qui a uniquement exigé l'abandon des clauses territoriales restrictives, cette affaire a rendu difficiles les relations entre l'Europe et la Russie (et avec l'Algérie) sur les questions énergétiques ;

- le contrôle des concentrations qui est exercé dans un cadre juridique ne permettant pas ou mal la prise en compte économique et sociale des opérations envisagées.

### ► Une situation juridique qui reste à clarifier

Sur les deux questions du choix du prestataire et du financement, la jurisprudence de la Cour a apporté récemment des éclaircissements importants<sup>35</sup> au travers notamment du fameux arrêt « *Altmark* » : ne constituent pas

<sup>35</sup> Notamment arrêts *Preussen Elektra* de mars 2001, *Ferring* de novembre 2001, et *Altmark* de juillet 2003, qui constituent un revirement par rapport à l'arrêt TPI FFSA de 1997.

des aides d'État les mécanismes de financement des services économiques d'intérêt général, dès lors que quatre conditions cumulatives sont remplies :

■ l'entreprise bénéficiaire doit être chargée d'une obligation de service public clairement définie ;

■ le calcul de la compensation doit être établi selon des paramètres objectifs et transparents pour éviter un avantage concurrentiel pour le bénéficiaire ;

■ la compensation doit être limitée aux coûts occasionnés en ne permettant qu'un bénéfice raisonnable ;

■ si la sélection de l'entreprise n'est pas opérée dans le respect des règles relatives aux marchés publics, la compensation doit être calculée selon une analyse des coûts d'une entreprise normalement gérée.

*La simplicité formelle des critères applicables aux modes de financement masque la difficulté de leur mise en pratique*

En d'autres termes, lorsque l'entreprise est choisie sur des critères objectifs et transparents, et que la compensation est proportionnée aux surcoûts encourus, il ne s'agit pas d'une aide d'État, et l'État membre concerné n'est donc pas dans l'obligation de notifier celle-ci à la Commission européenne. Dit de manière encore plus concise, la compensation des sur-

coûts liés à l'accomplissement des missions d'intérêt général (fonds de compensation, subvention directe de l'État...) n'est pas une aide d'État (c'est ce que proposait le rapport Langen du Parlement européen en 2001).

La simplicité formelle de ces critères a pour contrepartie la très grande difficulté de leur mise en pratique. Notamment, qu'est-ce qu'une entreprise « *normalement gérée* » ou un « *bénéfice raisonnable* » ?

Plus difficile encore, comment identifier les « *coûts occasionnés* » par la mission confiée à l'opérateur ? Il est clair qu'il convient de raisonner en coût net<sup>36</sup>, mais comment chiffrer les éventuels avantages retirés de la fourniture de la prestation, et quels sont les concepts de coûts qui doivent être utilisés ici<sup>37</sup> ? Il semble relativement raisonnable de retenir un

<sup>36</sup> Net des éventuels avantages retirés de l'exercice de la mission d'intérêt général : produit d'appel pour d'autres prestations... (cf. dans le cas des télécommunications la directive « *service universel* » du 24 avril 2002 ; cf. également récemment l'examen par la Commission des redevances télévisives dans différents États membres, qui ont été reconnues compatibles avec le Traité dès lors que leur montant n'était pas supérieur au coût supplémentaire net du service public).

<sup>37</sup> Cf. Toledano, *Pour une transparence des coûts*, in La lettre de Confrontations Europe n° 61 avril-mai 2003, qui cite notamment les coûts moyens incrémentaux de long terme dans le domaine des télécommunications.

concept de coût évité, mais celui-ci est très difficile à déterminer précisément *ex nihilo*, et même à mesurer. La mesure du coût d'une activité précise au sein d'une entreprise nécessite en effet l'existence d'une comptabilité analytique d'une fiabilité satisfaisante<sup>38</sup>.

Du fait de la très forte incertitude juridique pesant sur l'application de ces règles, l'absence de qualification d'aide d'État des compensations de service public pourrait constituer une sorte de piège pour les États membres. En effet, si ceux-ci considèrent à tort qu'une compensation remplit les critères ci-dessus, et qu'ils décident de ne pas la notifier à la Commission, la compensation versée à l'opérateur pourra être déclarée illégale à tout moment par une cour nationale ou communautaire, et pourrait alors être sujette à reversement. Ceci pourrait mettre en danger l'équilibre économique du prestataire :

- la réalisation de certains objectifs d'intérêt général nécessite une intervention au plan

<sup>38</sup> Il n'existe pas de « règles » en matière de comptabilité analytique (en France le plan comptable général actuellement en vigueur n'évoque pas la comptabilité analytique), et l'élaboration d'un tel outil repose toujours sur des conventions nécessairement arbitraires (clés de répartition des frais de structure partagés par plusieurs activités...). La mise au point, au niveau communautaire, d'un référentiel en la matière pourrait être utilement engagée (cf. contribution de l'AFEC – Association française d'étude de la concurrence – au Livre vert de la Commission européenne).

communautaire, notamment en matière d'interconnexion de réseaux, une coordination entre les acteurs nationaux, voire une intervention directe au niveau communautaire : l'action de la Communauté dans ce domaine est-elle aujourd'hui efficace ?

### 2.1.3. Les perspectives pour l'avenir et les pistes de proposition

#### ► La nécessaire adaptation à un nouveau contexte sur le plan national

Les opinions publiques européennes, et notamment française, sont sensibles à la qualité du « *service public* », et au-delà de l'ensemble des « *commodités essentielles* » que constituent une eau et une énergie relativement bon marché, des transports fiables et rapides... En outre, il est aujourd'hui largement établi que ces biens publics constituent des facteurs de croissance et d'attractivité d'une économie. Il importe donc de s'assurer qu'à l'avenir les services d'intérêt général resteront de bonne qualité en Europe, ce qui suppose notamment d'organiser les conditions nécessaires à leur financement pérenne.

Comme cela a déjà été mentionné en introduction, l'objectif n'est pas ici de critiquer les initiatives de ces dernières années en faveur de

la réalisation du marché intérieur, du contrôle des situations concurrentielles et de la libéra-

*Il s'agit moins de déréguler que de promouvoir des régulations efficaces, permettant de tirer pleinement parti de ce contexte nouveau qui s'impose à la France*

lisation, ni d'apprécier leur impact sur la qualité des SIEG. En revanche, ces réalisations constituent des éléments de contexte qui bouleversent les

pratiques des dernières années, tout particulièrement en France.

À ce titre, encore une fois, il s'agit moins de déréguler que de promouvoir des régulations efficaces, permettant de tirer pleinement parti de ce contexte nouveau qui s'impose à la France. Il va de soi, néanmoins, que l'objectif, légitime, de la régulation ne saurait servir de prétexte au maintien de réglementations lourdes dont la logique n'est pas démontrée. La démarche de « *régulation* » doit intégrer une phase d'audit des contraintes juridiques afin d'alléger le cadre existant là où il peut l'être.

Quelles sont les règles qui permettront de maintenir, voire d'améliorer la sécurité d'approvisionnement électrique et gazière dans un contexte d'ouverture du marché européen, de mise en concurrence et de changement de statut des opérateurs historiques ? Quelles sont

les règles qui permettront demain d'améliorer la qualité du service postal tout en préservant la péréquation tarifaire et la desserte de l'ensemble du territoire ? Comment promouvoir, au meilleur coût, une desserte aérienne, ferroviaire et routière fiable correspondant aux besoins de l'économie et des populations, tout en tenant compte des contraintes du droit communautaire ?

Répondre efficacement à ces questions passe sans aucun doute tout d'abord par des évolutions au plan national. Pour profiter pleinement de la logique nouvelle de transparence dans les procédures et dans les coûts affichés, de libéralisation et de séparation des entreprises intégrées verticalement, il faut en tirer toutes les conséquences. L'expérience de ces dernières années montre que *la France a toujours fini par donner raison aux demandes de ses partenaires* (libéralisation des industries de réseau, ouverture du capital des anciens opérateurs historiques...), *mais après avoir opposé des résistances de principe qui ont eu un coût politique certain.*

Il est clair que, pour des raisons sociales notamment, une telle évolution nécessite du temps, et qu'il serait difficile à la France de passer rapidement d'un modèle à un autre.

Néanmoins, il est souhaitable que la France, sur le plan interne, aille jusqu'au bout de la démarche et notamment qu'elle favorise une plus grande clarté dans l'intervention d'opérateurs publics ou titulaires de droits exclusifs ou spéciaux dans les secteurs concurrentiels.

**À ce titre, il conviendrait que la France transpose rapidement la directive transparence et la mette en œuvre efficacement. Cette démarche permettra de mettre à plat, sur la base d'informations objectives, différentes situations dans lesquelles des opérateurs, souvent publics, pratiquent des subventions croisées entre différentes activités et ainsi perturbent le fonctionnement de la concurrence.**

**Les missions d'intérêt général confiées aux opérateurs historiques (Poste et SNCF notamment) gagneraient par ailleurs à être définies de manière plus précise, ce qui permettrait de « revisiter » ces missions et de prendre en compte les besoins nouveaux ayant pu apparaître.** À titre d'exemple, il serait utile de répondre clairement à la question de l'opportunité de confier à la filiale bancaire de la Poste, des missions d'intérêt général, et si oui lesquelles : la Poste doit-elle assurer un service bancaire universel au profit des populations les plus

fragiles ? Sa filiale bancaire doit-elle contribuer à la mission territoriale de l'établissement postal ? Selon les réponses qui sont données à ces questions, les charges de l'établissement, et même son organisation, varieront fortement. Au passage, le débat public français y gagnerait en clarté.

### ► **Sur le plan communautaire, la consolidation de l'édifice juridique en cours de construction**

Sur le plan communautaire, la France a tout à gagner à une clarification du cadre juridique. Elle a d'ailleurs toujours eu une attitude très offensive sur ces questions, insistant notamment aux conseils européens de Nice et de Barcelone pour qu'un accord de principe soit trouvé autour de la rédaction d'une directive cadre sur le sujet.

La consultation autour du Livre vert de la Commission (qui fait suite aux deux communications de 1996 et 2000), les évolutions jurisprudentielles récentes (cf. *supra*) ainsi que la perspective, si la Constitution européenne devait être adoptée prochainement, de l'insertion d'une base juridique sur

*Il existe aujourd'hui une fenêtre d'opportunité pour concrétiser la promesse faite à Nice de l'adoption d'une directive cadre*

ce sujet<sup>39</sup>, créent aujourd'hui une fenêtre d'opportunité pour concrétiser la promesse faite à Nice de l'adoption d'une directive-cadre<sup>40</sup>.

Si l'on reprend les trois « *problèmes* » évoqués plus haut, les initiatives suivantes pourraient être promues :

(a) **en ce qui concerne la définition de ce que sont les services d'intérêt général et de ce que doit être le service universel, étant donné l'hétérogénéité actuelle des préférences collectives des Européens<sup>41</sup>, cette compétence doit rester du domaine de chaque État membre, en vertu du principe**

<sup>39</sup> L'indicatif utilisé à la fin de l'article III-6 du projet de Constitution (« *la loi européenne définit...* ») en fait une prescription impérative, qui pourrait donc donner lieu à un recours en carence si la Commission ne présentait pas de proposition en ce sens, ou si le Conseil refusait d'examiner le texte. Toutefois, un tel recours en carence ne pourrait en pratique venir que du Parlement européen, dont la Commission économique et monétaire a refusé le 15 décembre 2003 par 19 voix contre 17 de se prononcer en faveur d'une directive cadre.

<sup>40</sup> Pour preuve les débats ayant eu lieu en 2003 et 2004 en commission économique et monétaire puis en session plénière au Parlement européen autour du rapport du député européen Ph. Herzog sur les services d'intérêt général, dans le cadre de la consultation lancée par la Commission autour de son Livre vert.

<sup>41</sup> Pour une illustration de cette hétérogénéité, cf. notamment Thiry, *Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne*, in Conseil d'État, rapport public 1999.

**de subsidiarité** ; les débats ayant eu lieu au Parlement européen, tant autour du rapport Langen<sup>42</sup> de 2001 que du rapport Herzog, montrent par exemple que l'Allemagne n'est pas prête à diminuer l'autonomie de ses échelons locaux (Länder notamment) en matière de définition et de gestion des services d'intérêt général ; d'autres États membres ont d'autres préférences collectives qu'ils ne veulent pas sacrifier. C'est pourquoi tout au plus est-il possible :

- i. de définir quelques grands principes communs tels que l'universalité et l'égalité d'accès, la continuité, la sûreté et la sécurité, l'adaptabilité, la qualité, l'efficacité, l'accessibilité tarifaire, la sécurité d'approvisionnement, et la protection des usagers, des consommateurs et de l'environnement<sup>43</sup> ;
- ii. de clarifier ce qui peut être qualifié d'intérêt général et ce qui ne l'est pas ; même si

<sup>42</sup> Le rapport Langen de 2001, largement inspiré par les autorités locales allemandes, commence ainsi : « *Le Parlement européen partage la conception de la Commission, selon laquelle "la responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d'intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local"* » ; il rappelle également « *que les autorités locales doivent conserver le libre choix du mode de gestion des services d'intérêt général dont elles sont responsables, et que cette liberté comprend le droit de recourir à une gestion directe ou à une gestion déléguée de ces services* ».

<sup>43</sup> En tout état de cause, la jurisprudence de la CJCE a d'ores et déjà reconnu les grands principes traditionnels du service public (cf. en droit français les célèbres lois de Rolland : adaptabilité, continuité, égalité).

des critères ont été établis (cf. *supra*), la pratique de la Commission et de la Cour en la matière mérite sans doute d'être encadrée ;

(b) **en ce qui concerne la mise en œuvre de ces priorités, il convient d'améliorer la sécurité juridique en stabilisant la jurisprudence de la Cour et en lui donnant une portée effective** ; pour ce faire, il semble nécessaire de procéder par une directive cadre transversale ou toute autre base juridique permettant d'organiser un cadre stable et lisible, et non plus seulement par des directives sectorielles ; deux approches sont ici envisageables :

- i. il pourrait être envisagé d'harmoniser et d'unifier les modes de financement des services d'intérêt général, par exemple en interdisant les subventions croisées et en autorisant uniquement les fonds de compensation, alimentés par les autorités publiques et/ou les opérateurs ; le rapport Langen condamnait ainsi le principe même du financement par subventions croisées ;
- ii. cette approche ne semble toutefois pas s'attaquer au problème essentiel ; il n'existe pas véritablement de mode de financement supérieur aux autres ; en revanche, tous nécessitent pour être convenablement mis en œuvre une connaissance précise des coûts des opérateurs ; dès lors, la priorité semble devoir être :

- de **définir une doctrine en matière de coûts**, pour pouvoir appliquer de manière fiable la jurisprudence Altmark (qui pourrait être inscrite dans le droit positif par le biais d'un règlement d'exemption<sup>44</sup>) : quelles définitions de coûts retenir suivant les cas (coût incrémental, coût évité...) et comment les évaluer en pratique<sup>45</sup> ? comment estimer les gains issus de l'exercice d'une mission d'intérêt général et/ou d'un droit exclusif<sup>46</sup> ? en la matière, les défini-

<sup>44</sup> Le 18 février 2004, la Commission européenne a dévoilé ses propositions : un projet de décision d'exemption de l'obligation de notification préalable pour les « *financements publics à petite échelle* » (seuils restant à définir), et un « *encadrement* » reprenant les critères de l'arrêt Altmark (sous forme vraisemblablement de lignes directrices) pour les « *financements à grande échelle* », qui restent soumis à notification préalable.

<sup>45</sup> Cf. le débat autour du coût de la desserte des zones rurales en téléphonie fixe. Aujourd'hui, l'ART française se fonde sur le coût du réseau téléphonique en cuivre de France Télécom, alors que d'autres technologies (radio notamment) pourraient être plus efficaces et donc diminuer le coût de près de 100 M d'euros par an.

<sup>46</sup> Pour illustrer la difficulté de mesurer ces avantages induits, cf. le récent débat autour des avantages pour France Télécom d'être chargé du service universel : l'ART calcule les avantages en termes d'image de marque en interrogeant les consommateurs sur leur connaissance des missions de service universel de France Télécom, alors que le régulateur britannique se fonde sur le coût d'une campagne publicitaire de grande ampleur. Le cabinet Tera propose également de prendre en compte les avantages financiers (titrisation des factures d'abonnés) et marketing (données d'utilisation du téléphone). L'ART trouve 113 M d'euros par an, Tera 240.

tions les plus simples possibles doivent être retenues, pour tenter de minimiser les coûts de régulation. Il serait, à ce titre, opportun de réfléchir à des principes communs en matière de comptabilité analytique ;

- **de clarifier les autres concepts contenus dans la jurisprudence** (bénéfice raisonnable, entreprise normalement gérée) ;
- **de s'assurer de la transposition et de la mise en œuvre concrète de la directive transparence par les États membres ;**

iii. une fois ce préalable de la connaissance des coûts acquis, il conviendrait de **s'assurer que la pratique des États membres est efficace** ; en effet, s'il n'apparaît pas souhaitable d'harmoniser les conditions d'exercice et de financement, il semble légitime, en contrepartie des aménagements concédés dans la mise en œuvre du droit communautaire, d'évaluer l'efficacité des politiques mises en œuvre par les États membres ; à ce titre, il pourrait être utile de revenir aux termes des conclusions du Conseil européen de décembre 2001, qui avait validé les orientations proposées par la Commission en octobre 2001, et notamment l'éventualité d'une évaluation des performances des SIEG

*Il semble légitime d'évaluer l'efficacité des politiques mises en œuvre par les États membres*

dans les États membres ; cette évaluation était également réclamée par le Parlement européen dans le rapport Langen de 2001 ; elle semble d'autant plus indispensable, comme l'a souligné la Commission dans son Livre vert, dans la perspective de l'élargissement ; pour ce faire, plusieurs options sont envisageables :

- la réalisation de rapports, par la Commission ou par un organisme *ad hoc*<sup>47</sup> ; il n'est toutefois pas certain qu'une telle démarche serait d'un effet très important (cf. les rapports que la Commission réalise sur le degré de libéralisation dans les secteurs énergétiques dans les différents États membres) ;
- la mise en place d'une démarche proche des « *coordinations ouvertes* » existant notamment dans le domaine de l'emploi, dans laquelle chaque État membre, après avoir défini et présenté lui-même quelles sont ses priorités d'intérêt général, présenterait chaque année les résultats obtenus, pour chaque principe énoncé dans la directive cadre (cf. *supra* : l'universalité et l'égalité d'accès, la continuité, la sûreté et la sécurité, l'adapta-

<sup>47</sup> Cf. les « *observatoires sectoriels* » mentionnés par le rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës remis en juillet 2003 à la ministre déléguée aux Affaires européennes.

bilité, la qualité, l'efficacité, l'accessibilité tarifaire...), ainsi que les mesures envisagées pour les améliorer<sup>48</sup> ; ces rapports seraient communiqués aux autres États membres et le Conseil examinerait la qualité des politiques nationales menées, sur la base des analyses de la Commission ; des recommandations non contraignantes pourraient être adressées par le Conseil à la majorité qualifiée aux États membres.

- iv. En outre, **il conviendra de veiller à adapter, autant qu'il est nécessaire et sans délai, la doctrine en matière de concurrence aux exigences inhérentes à ces priorités d'intérêt général** ; dans le cas des réseaux de téléphonie mobile de troisième génération, la Commission a réagi rapidement en permettant les partages d'infrastructure, afin de faciliter le développement de ces nouveaux services ; en revanche, en ce qui concerne l'exemple précédemment décrit sur la sécurité énergétique (contrats d'approvisionnement de long terme), il est pas certain que la politique de concurrence ne fait pas entrave à la sécurité énergétique de l'Europe ;

<sup>48</sup> Il conviendrait de créer une coordination ouverte *ad hoc*, et non seulement d'exploiter le cadre fourni par le processus de Cardiff, comme le proposait la Commission dans sa communication de 2000 sur les SIG.

**(c) en ce qui concerne les objectifs d'intérêt général qui nécessitent une intervention au plan communautaire, une piste de proposition peut être avancée : coordonner, s'il y a lieu, les initiatives nationales, et intervenir au niveau communautaire en tant que de besoin** ; à cet égard, l'exemple de la sécurité énergétique est particulièrement intéressant : cet objectif d'intérêt général nécessite incontestablement, dans un contexte de marché énergétique unique, une coordination entre les États membres, afin d'éviter les comportements de passager clandestin ; la planification des capacités de production et celle de transport d'énergie doivent faire l'objet d'une coordination européenne, afin d'assurer au meilleur coût la sécurité énergétique de l'ensemble de l'Europe ; différentes solutions, plus ou moins ambitieuses, sont envisageables<sup>49</sup> :

- i. une revue et une coordination des planifications nationales, le cas échéant sous la forme d'une coordination ouverte ;
- ii. une piste plus volontariste, dans laquelle une intervention au plan communautaire

<sup>49</sup> La proposition de directive adoptée par la Commission le 10 décembre 2003 apparaît à cet égard insuffisamment ambitieuse, puisqu'elle prévoit uniquement la communication par les États membres de leurs plans énergétiques, ainsi que la création d'une procédure de « *déclaration d'intérêt public européen* ».

serait décidée, à partir d'un financement solidaire des États membres<sup>50</sup>.

Au-delà de cette mission de coordination, la Commission pourrait utilement développer une fonction d'évaluation de la mise en œuvre des missions d'intérêt général par les États membres. Sans remettre en cause la compétence dans la définition et l'organisation de ces missions, la Commission pourrait néanmoins conduire une fonction « *d'audit* » de ces missions, au travers de l'examen annuel de rapports des États membres sur leurs propres activités. Un tel examen externe peut faciliter la diffusion des meilleures pratiques et encourager la prise en compte de critères de performance dans l'exercice des missions d'intérêt général.

<sup>50</sup> Cf. l'exemple du marché énergétique nordique (financement des infrastructures transfrontalières à partir des bénéfices réalisés grâce à l'existence de différentiels de prix entre les États), ou celui du récent règlement communautaire sur les tarifs d'interconnexion, qui prévoit que les bénéfices réalisés sur les interconnexions transfrontalières, au-delà d'un bénéfice raisonnable, devront être réinvestis dans le développement des infrastructures.

### III

## LÀ OÙ DES RÉGULATIONS SECTORIELLES SPÉCIFIQUES DOIVENT ÊTRE MAINTENUES, LE RÔLE DE L'ECHELON EUROPÉEN DOIT ÊTRE CLARIFIÉ

Comme il a été indiqué plus haut, la seule application de la politique de concurrence, même enrichie d'une mobilisation des autres outils de régulation économique, n'est pas toujours suffisante pour permettre un fonctionnement satisfaisant des marchés. Dans les secteurs anciennement organisés en monopoles publics où dans lesquels l'importance des réseaux ou les économies d'échelle ne permettent pas la seule application des règles de concurrence, une régulation spécifique reste nécessaire.

Le groupe de travail n'a pas cherché à analyser l'efficacité des mécanismes de régulation qui se sont récemment développés en Europe au travers des directives de libéralisation, de la normalisation du statut des opérateurs historiques et de la mise en place d'autorités de régulation indépendantes. L'objectif du groupe a plutôt été d'évaluer le rôle que devait jouer l'échelon européen, en pratique la Commission européenne, dans l'organisation et la mise en œuvre de ces régulations sectorielles.

Après avoir brièvement recensé les domaines dans lesquels une régulation spécifique reste nécessaire et les risques auxquels ces régulations spécifiques étaient confrontées, le groupe a tenté de décrire le rôle de l'échelon européen en matière de régulation sectorielle et de proposer des pistes d'action pour une amélioration, dans un cadre européen, des schémas de régulation existants.

### **3.1. Les domaines pour lesquels une régulation spécifique reste nécessaire**

Le groupe a délibérément écarté de son étude les cas dans lesquels une régulation était rendue nécessaire par des considérations « *non économiques* » telles que la santé publique, la sécurité alimentaire, ou l'ordre public. Abstraction faite de ces cas particuliers, une régulation spécifique reste nécessaire dans deux cas de figure :

- les secteurs à économie de réseau,
- les secteurs susceptibles d'engendrer des risques systémiques.

#### **3.1.1. Les secteurs à économie de réseau**

Beaucoup a déjà été écrit sur ces secteurs (énergie, télécommunications, services postaux, transports ferroviaires...) caractérisés, pour ce qui concerne les infrastructures, par

des coûts non récupérables importants, des rendements d'échelle croissants et un coût moyen décroissant.

L'ouverture à la concurrence de ces secteurs a été l'une des politiques les plus actives de l'Union européenne au cours des années 1990. Sur la base d'une série de directives sectorielles, cette politique a conduit à une profonde reconfiguration du paysage européen dans les secteurs concernés avec en particulier :

- l'ouverture à la concurrence de la fourniture d'électricité et de gaz à toutes les entreprises dès juillet 2004 et aux particuliers dès 2007 ;
- la mise en concurrence, en principe déjà effective, des services postaux pour tous les plis de plus de 100 grammes, les lettres inférieures à ce seuil devant faire l'objet d'une nouvelle proposition de directive avant 2006 ;
- la pleine libéralisation du secteur des télécommunications ;
- l'ouverture à la concurrence du fret ferroviaire.

Parallèlement à ces ouvertures, la régulation de ces secteurs nécessitée par les contraintes de leur fonctionnement en réseau a été prise en compte dans le cadre des directives de libéralisation précitées. Schématiquement, la méthode qui a été retenue est assez simple.

Elle a consisté :

- d'abord à déterminer le domaine du monopole naturel, c'est-à-dire les segments de marché sur lesquels le monopole reste la solution la plus efficace au vu des structures de coût ;
- ensuite à réguler ces segments monopolistiques, ce qui revient principalement à assurer l'absence de subventions croisées entre ces segments et les segments concurrentiels, à veiller au caractère transparent et non discriminatoire de la tarification des facilités essentielles et à assurer la disponibilité effective de ces infrastructures ;
- enfin à assurer sur le segment concurrentiel une concurrence réelle et à organiser la surveillance du respect de cette exigence.

### **3.1.2. Les secteurs susceptibles d'engendrer des risques systémiques**

Par « *risque systémique* », le groupe a entendu viser les cas où une défaillance éventuelle de l'un des opérateurs peut entraîner des conséquences en chaîne au-delà de cet opérateur, vers l'ensemble du secteur et, éventuellement du pays dans lequel cette défaillance se produit. Le secteur énergétique est à l'évidence l'une des illustrations les plus claires de ce risque. Les pannes géantes qu'ont connues la Californie ou l'Italie ont, plus que toutes les théories, mis en évidence l'exigence d'une régulation stricte de ce secteur.

Le secteur financier est un autre exemple de secteur susceptible de soulever des risques systémiques. Sous l'effet, en particulier, de la libéralisation des mouvements de capitaux, de l'introduction de l'euro et de l'influence grandissante des fonds spéculatifs sur les marchés européens, les risques systémiques liés à une régulation imparfaite de ces activités se sont fortement accrus. Ce constat a mené à la conclusion selon laquelle, pour diminuer ces risques, une intégration et une régulation des marchés de valeurs mobilières, pensées à l'échelon européen, étaient nécessaires.

Cette nécessité est notamment clairement apparue en matière d'infrastructures de marché. Les activités post-marché constituent, en effet, une activité particulièrement sensible. Selon la Banque de France, les infrastructures post-marché ont un rôle essentiel : « *Dans la chaîne de traitement des titres, les fonctions de compensation et de règlement-livraison, assurées par les infrastructures post-marché, sont essentielles à la bonne fin des opérations de négociation d'actifs financiers. Elles font de ces infrastructures des vecteurs potentiels de déstabilisation du système financier en cas de dysfonctionnement.* »

Le souci d'une régulation organisée dans un cadre européen s'est également manifesté par

d'autres aspects comme l'information financière. Dans la perspective de l'élaboration d'un cadre juridique global organisant le marché financier communautaire, la Commission a mis en œuvre un plan d'action pour les services financiers dès 1999. Il doit d'ailleurs être souligné que ce plan a été mis en œuvre pour l'essentiel de ses dispositions, ce qui est un succès pour les institutions européennes. Dans le cadre de ce plan d'action, dont l'objectif est d'élaborer un cadre réglementaire et prudentiel pour que les marchés européens réalisent leurs potentialités en toute sécurité, de nombreux textes ont d'ores et déjà été élaborés.

Parce que l'information constitue un facteur déterminant pour la protection des investisseurs et l'harmonisation des conditions d'accès aux marchés, une directive a été adoptée le 15 juillet 2003, sur les prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé situé ou opérant sur le territoire d'un État membre. Elle impose que toute admission de valeurs mobilières à la négociation soit subordonnée à la publication d'un prospectus.

Parmi les autres volets de ce plan, il doit être noté que le Conseil et le Parlement devraient

adopter prochainement une directive sur la transparence.

Tous ces éléments traduisent la volonté d'accompagner l'ouverture et l'intégration des marchés financiers européens, de règles communes permettant à la fois d'améliorer l'efficacité de ces marchés, ce qui est la fonction première de la régulation, mais également de limiter les risques systémiques.

*Accompagner l'ouverture et l'intégration des marchés européens de règles communes permettant à la fois d'améliorer l'efficacité de ces marchés et de limiter les risques systémiques*

C'est dans le cadre d'une réflexion sur les méthodes de définition des normes applicables au marché spécifique des valeurs mobilières que le comité Lamfalussy propose un renouvellement de la méthode législative. Selon cette méthode, la Commission est habilitée par des directives posant les principes cadres à prendre pendant quatre ans des mesures d'exécution. À l'expiration de ce délai, elle doit procéder à l'évaluation des progrès réalisés et le cas échéant proposer une nouvelle directive afin d'être mandatée pour de nouvelles mesures. Dans sa prise de décision la Commission est assistée d'un comité des États membres et d'un comité des régulateurs nationaux. Ce dernier participe égale-

ment au contrôle des transpositions nationales des normes communautaires.

Il reste que si cette méthode, dont le groupe n'a pas souhaité évaluer précisément les mérites, peut faciliter l'adoption de certains textes techniques, elle ne répond pas à la question plus fondamentale de la supervision bancaire et financière en Europe. Le Traité de Maastricht qui a fixé les règles de l'euro et créé la BCE et le système monétaire européen de banques centrales, est resté ambigu sur cette question essentielle.

Cette ambiguïté n'a pas véritablement été levée depuis. La poursuite du processus d'intégration de la sphère bancaire et financière européenne nécessitera pourtant une clarification des responsabilités si l'on souhaite pouvoir se prémunir contre des « *défaillances de régulation* » qui résulteraient d'activités transfrontalières mal appréhendées par les régulateurs nationaux.

*La poursuite du processus d'intégration de la sphère bancaire et financière européenne nécessitera une clarification des responsabilités*

Dans son examen des régulations sectorielles spécifiques devant être maintenues pour les raisons décrites ci-dessus, le groupe de travail a tenté d'identifier les principales faiblesses ou

problématiques communes aux différents schémas de régulation existants.

### **3.2. Les problématiques soulevées par la nécessité d'une régulation spécifique**

Les schémas de régulation étant maintenant en place depuis plusieurs années dans la plupart des secteurs évoqués ci-dessus, une première évaluation de l'efficacité des dispositifs en vigueur est possible. Sans avoir la prétention de conduire une telle évaluation, le groupe de travail s'est du moins attaché à identifier les principales problématiques soulevées par ces mécanismes afin de pouvoir définir une grille de critères à partir de laquelle la responsabilité de l'échelon communautaire devrait être établie.

Les principaux défis mis en lumière par le groupe tiennent aux formes de la régulation, à son efficacité et à sa légitimité.

#### **3.2.1. Les formes de la régulation : les bons et les mauvais outils**

L'opinion du groupe est que le choix des modalités de la régulation importe moins que l'existence même de cette régulation pour

encadrer les forces du marché, dans les secteurs où cela est nécessaire, et que le choix du niveau auquel cette régulation s'exerce.

Pour autant, il n'est pas contestable que certains schémas traditionnels sont aujourd'hui périmés. Ainsi est-il permis de douter que la détention majoritaire par l'État du capital d'une entreprise à seule fin de réguler le secteur dans lequel cette entreprise exerce son activité, soit opportune. Au moins est-il nécessaire, lorsque l'État détient de telles participations, que les rôles de propriétaire et de régulateur qui lui incombent alors soient clairement séparés. La création, en France, d'une Agence des participations est une initiative qui, de ce point de vue, va dans la bonne direction.

Si la forme *a priori* la plus adaptée de régulation sectorielle est la mise en place d'une autorité indépendante dotée de compétences élargies, le groupe n'est en revanche pas d'avis que toute régulation ne peut se concevoir que si elle est organisée en dehors de l'appareil administratif de l'État. Dans la mesure où elle est correctement organisée et présente les garanties nécessaires, la séparation des fonctions n'implique pas nécessairement la séparation des structures. Il importe, en revanche, que le schéma retenu, puisse faire la preuve de son efficacité.

### 3.2.2. L'efficacité de la régulation

Plusieurs phénomènes sont susceptibles, à ce titre, de nuire à l'efficacité de la régulation telle qu'elle est prévue dans différents secteurs.

#### ► Risque de régulation « nominale »

Ce risque est en général lié au travers consistant à mettre en place des instruments de régulation sans se soucier, en parallèle, de définir clairement les objectifs de résultats devant être assignés aux régulateurs.

Un autre travers réside dans l'insuffisante clarification des missions et des responsabilités de chaque autorité. Même si à bien des égards, les schémas de régulation mis en place en France sont plus satisfaisants en termes d'efficacité qu'en Allemagne ou en Espagne, le secteur des télécoms et de l'audiovisuel français illustre, dans une certaine mesure, le risque que la régulation perde de son efficacité du fait d'une définition incertaine des objectifs. Dès 1996, la France a en effet choisi de multiplier les « *autorités réglementaires* » en leur allouant de nombreux moyens tant financiers qu'humains. Coexistent à côté du ministère en charge des Télécoms, l'ART, le CSA, l'AFNL et la CNIL. Cette multiplication d'instances distinctes est source d'opacité et d'incertitude quant à la répartition des compétences.

À l'opposé, au Royaume-Uni, les autorités de régulation en matière de télécommunication et de technologie de l'information ont fusionné par souci d'efficacité et de réduction des coûts, et ce schéma se traduit, semble-t-il, par de bons résultats.

### ► Risque d'instrumentalisation

Malgré une séparation institutionnelle des fonctions de régulateur et d'opérateur organisée par le droit communautaire dans les industries de réseau nouvellement libéralisées, le poids des opérateurs historiques reste souvent trop important pour que les doutes quant à l'indépendance des régulateurs soient toujours totalement levés.

En matière de télécoms par exemple, les rivalités de compétence déjà analysées peuvent conduire à instrumentaliser les autorités de régulation et donc à les décrédibiliser. Il semble en avoir été ainsi lorsque l'ART ayant commandé un rapport sur le régime applicable aux réseaux câblés distribuant des services audiovisuels, a ignoré l'avis du CSA alors que les câblo-opérateurs sont soumis par la loi du 30 septembre 1986 à la régulation du CSA, et repris les revendications de ces derniers sans vraiment tenir compte des avis des municipalités ayant conventionné les réseaux

et des éditeurs de services qui en assurent le contenu.

Enfin, une autre forme d'instrumentalisation se trouve dans le risque de *forum shopping* des autorités de régulation par les opérateurs. Ainsi tel ou tel régulateur pourrait être préféré en fonction de ses positions antérieures, ce qui peut correspondre à l'intérêt immédiat de telle ou telle entreprise mais peut difficilement contribuer à la clarification des règles et du cadre juridique dans lequel ces entreprises évoluent.

### ► Risque de réactivité

Un manque de réactivité est à craindre lorsque de multiples autorités de régulation coexistent avec des missions mal définies ou un manque de pouvoir effectif et de puissance d'action.

Afin de garantir la réactivité des régulateurs, il faut s'atteler à leurs donner plus de moyens et plus d'autonomie et d'indépendance. L'exemple à suivre serait alors celui de la nouvelle AMF (Autorité des Marchés Financiers regroupant la COB et le CMF) qui gagne en puissance et donc en réactivité grâce à des moyens financiers accrus par une nouvelle autonomie budgétaire, une per-

*Augmenter le nombre et la fréquence des obligations d'évaluation auxquelles sont soumises les autorités de régulation*

sonnalité morale lui permettant d'ester en justice et d'exercer des droits propres, et un champ de compétences mieux délimité.

Un moyen de remédier à une éventuelle absence de réactivité serait également d'augmenter le nombre et la fréquence des obligations d'évaluation auxquelles sont soumises les autorités de régulation. Dans des secteurs soumis à une forte évolution technique, il est important que les régulateurs suivent en adaptant leurs règles à temps pour devancer les problématiques des opérateurs.

### 3.2.3. La légitimité de la régulation

Pour asseoir l'action des régulateurs vis-à-vis des opérateurs nationaux ou étrangers, il est important qu'ils aient une légitimité propre en plus de leur simple existence légale. À quoi se mesure la légitimité d'un régulateur ? Pour le Conseil économique et social, trois indicateurs doivent être pris en compte : les missions, la composition et la représentativité des collèges et le contrôle et la transparence des décisions. Le Conseil économique et social propose des solutions pour améliorer ces trois points :

- quant aux missions : les autorités de régulation devraient procéder à l'examen systématique des « *trous de régulation* » afin de proposer des adaptations législatives ou

réglementaires nécessaires. Elles devraient également veiller à une cohérence d'ensemble de leurs différentes actions. Et enfin elles devraient être soumises à une évaluation par un organe indépendant, cette évaluation pourrait ensuite être publiée ;

- quant à la composition et la représentativité des collèges : il serait bénéfique d'associer des profils juridiques, économiques, sociaux et professionnels afin d'obtenir une meilleure correspondance entre l'autorité de régulation et les opérateurs d'un secteur. Cette composition permettrait en effet de donner plus de place aux intérêts des divers acteurs et de déboucher sur une régulation plus adaptée ;

- quant au contrôle des décisions : le Conseil économique et social propose notamment l'élaboration d'une charte commune des règles de fonctionnement des autorités administratives indépendantes formant « *un tronc commun (...) favorisant la transparence, la compréhension le contrôle par le Parlement des objets qu'il a créés afin de renforcer la légitimité des autorités administratives indépendantes* ».

L'application de cette grille d'analyse permettrait certainement de renforcer la légitimité des instances de régulation existantes. La transposition de cette grille à l'échelon communautaire nécessite quant à elle l'invention de formules et de schémas nouveaux.

### 3.3. Le rôle de l'Europe en matière de régulation sectorielle

L'implication de l'Union européenne et sa responsabilité incidente dans le processus de régulation, sont multiformes. L'Union européenne, qui intervient comme législateur, a d'ores et déjà des responsabilités directes en matière de régulation, responsabilités qui devraient s'accroître à l'avenir parallèlement à l'ouverture et l'intégration des marchés. Afin de mesurer les pistes de réforme envisageables, il importe au préalable de clarifier la place actuelle de l'échelon européen par rapport aux autres niveaux politiques et administratifs.

#### 3.3.1. Place de l'échelon communautaire dans les processus de régulation

Pour des raisons autant économiques (existence d'opérateurs historiques le plus souvent publics ; cloisonnement géographique des marchés) que politiques (considérations stratégiques ou d'indépendance nationale soulevées par la gestion de l'énergie, des transports ou des communications), la régulation des secteurs progressivement soumis aux règles du marché s'est d'abord organisée dans un cadre national. Même si les modèles retenus ont été marqués par une forte similitude d'un pays et d'un secteur à l'autre avec l'érection

d'autorités administratives indépendantes en charge de la régulation au moins tarifaire du secteur, l'échelon de base reste en général aujourd'hui l'État-nation.

À l'autre extrême de ce spectre, une régulation internationale s'organise avec l'émergence, lors de l'*Uruguay Round*, de la fonction « régulatrice » de l'OMC : le renforcement des règles communes en matière de défense commerciale, les pouvoirs contraignants de l'organe de règlement des différends ou la signature d'accords sectoriels intégrant des dispositions « régulatrices » comme l'accord « télécoms » de 1997, sont autant de signes que la régulation a vocation, de manière croissante, à être pensée au plan international. À ce titre, l'orientation, visible à la suite de la conférence de Cancun, vers une « mise entre parenthèses » des thèmes régulateurs de l'OMC comme la concurrence, les règles d'investissement et de marchés publics, ne peut être comprise que comme un coup d'arrêt à ce processus de régulation internationale.

L'échelon européen, quant à lui, n'a pas eu à souffrir d'une contestation aussi forte de sa fonction régulatrice. La politique de libéralisation, amorcée dans les années 80 avec l'achèvement du grand marché intérieur et accélérée dans les années 1990 avec l'ouverture à la

concurrence des anciens monopoles publics, n'a été consensuelle entre les États membres que parce que l'ouverture des marchés s'est accompagnée de leur organisation, au travers de dispositifs de régulation. Cette approche équilibrée a été conceptualisée *a posteriori* avec l'idée de « *l'Europe, laboratoire de la régulation* ».

Si dans ce cadre, l'Union européenne a joué un rôle régulateur important, les différentes composantes de cette fonction n'ont pas été clairement identifiées ni distinguées à ce stade.

### 3.3.2. Les pistes pour de meilleurs schémas de régulation s'inscrivant dans un cadre européen

Au vu de l'expérience d'une décennie de dérégulation organisée dans un cadre européen, le rôle de l'échelon communautaire dans la régulation sectorielle européenne peut se définir sur quatre plans distincts :

- renforcer la cohérence de la politique de concurrence et des politiques sectorielles ;
- poursuivre l'adaptation du cadre législatif des marchés régulés ;
- favoriser l'émergence d'une régulation européenne directe dans les secteurs ayant atteint une intégration suffisante ;
- développer une fonction de régulation des

régulateurs nationaux là où le maintien de ces derniers est justifié.

### ► Renforcer la cohérence de la politique de concurrence et de politiques sectorielles

Le groupe de travail n'est pas d'avis que la politique de concurrence doit être « *instrumentalisée* » pour servir

*L'action communautaire en matière de concurrence d'une part et de régulation d'autre part a pu manquer de cohérence*

des objectifs de régulation. Comme il a été indiqué plus haut, *il n'est pas souhaitable d'assigner à la politique de concurrence des objectifs multiples qui pourraient être contradictoires les uns avec les autres.*

Pour autant, l'action communautaire en matière de concurrence d'une part et de régulation, d'autre part, a pu manquer de cohérence, jusqu'à présent du fait d'une insuffisante coordination des services en charge de ces deux domaines ou d'une ignorance, par les services de la concurrence, des responsabilités européennes en matière de régulation.

Le groupe n'est certes pas d'avis que l'intervention directe de la politique de concurrence à des fins d'organisation des marchés soit souhaitable. Ainsi, l'interventionnisme dont a

fait montre la DG concurrence lors de l'affaire EDF/EnBW en 2000, dans le cadre de laquelle des cessions de capacités de production sans rapport avec les problèmes de concurrence soulevés par l'opération ont été imposées aux parties, ne peut être cité en exemple de politique avisée.

En revanche, les services de la concurrence devraient intégrer, dans l'intérêt d'une politique de concurrence efficace, les objectifs communautaires de régulation dans leur action.

Deux exemples permettent d'illustrer cette problématique :

- en matière de télécommunications, la mise en place des réseaux UMTS, extrêmement coûteuse pour les opérateurs, a amené ces derniers à envisager des pratiques de partage et de mutualisation de certains coûts. Le réflexe naturel de la DG concurrence a été de s'opposer à de telles pratiques derrière lesquelles elle craignait le développement d'accords contraires aux règles de concurrence. En agissant de la sorte, la Commission prenait en fait le risque d'affaiblir les nouveaux entrants, par définition financièrement plus fragiles que les opérateurs historiques, et de conforter la position des acteurs dominants mieux à même de reporter les coûts de la mise en place des ces nouveaux réseaux ;

- la Commission est par ailleurs confrontée à la problématique des retraites des agents des secteurs anciennement sous monopole public. Une lecture stricte des règles de concurrence, notamment en matière d'aides d'État, l'amènerait à s'opposer à toute réforme susceptible de conférer un avantage aux opérateurs historiques ou d'impliquer un apport de fonds publics. Une telle lecture aurait pourtant l'inconvénient de freiner *de facto* l'ouverture de ces marchés, soit en maintenant des mécanismes de garanties publiques au profit des opérateurs existants, seul moyen de leur permettre de faire place à des charges de retraite en général exorbitantes du droit commun, soit en assujettissant les nouveaux entrants à des charges de retraites elles-mêmes très élevées destinées à assurer le respect des engagements pris en faveur de l'ensemble des salariés du secteur.

Cette problématique devrait conduire la Commission à intégrer l'objectif d'ouverture et de régulation du secteur en cause dans son examen des réformes de retraites qui lui sont soumises. C'est cette approche que la Commission a retenue dans sa décision récente sur la transformation du statut d'EDF. Il serait utile que cette logique soit étendue aux autres cas comparables.

### ► Poursuivre l'adaptation du cadre législatif des secteurs régulés

Comme il a été indiqué plus haut, l'Union européenne a adopté, dans les années 90, une première série de tests ouvrant et organisant les marchés anciennement régis sous monopole public. Le secteur de télécommunications, dans lequel les évolutions technologiques sont les plus rapides, a déjà fait l'objet d'une seconde génération de textes (« *second paquet télécoms* »).

Dans les autres secteurs, l'expérience des premières années de mise en œuvre des nouveaux cadres ainsi que les problèmes mis en lumière notamment en termes d'efficacité de la régulation, justifient qu'une nouvelle réflexion soit ouverte en vue d'une adaptation des cadres existants.

Sans vouloir entrer dans le détail, secteur par secteur, des adaptations nécessaires, le groupe de travail considère que cet objectif nécessitait la définition par la Commission d'une méthode consistant à :

■ **évaluer secteur par secteur les résultats déjà obtenus et à analyser les raisons des échecs éventuels.** À titre d'exemple, il serait utile que la Commission analyse les raisons pour lesquelles la forte ouverture théorique des marchés de l'électricité s'est concrète-

ment accompagnée d'une ouverture très limitée ;

■ **organiser une consultation large de tous les acteurs intéressés à la régulation de ces secteurs** (régulateurs, opérateurs, nouveaux entrants, utilisateurs, associations de consommateurs...) afin de mettre en lumière les marges de progrès et les risques associés à l'ouverture et à l'intégration des marchés en cause ;

■ **évaluer au cas par cas, à la lumière de ces travaux préparatoires, le type de réformes devant être envisagées.** Dans certains cas, en particulier lorsque les marchés auront atteint un degré d'intégration suffisant, il sera peut-être nécessaire d'envisager une organisation de la régulation au niveau communautaire et non plus au niveau national ; dans les autres cas, l'évaluation de la mise en œuvre de la régulation pourrait mettre en lumière la nécessité du maintien de régulations nationales mais de « *l'enrichissement* » de ces régulations par le renforcement du rôle de l'échelon communautaire.

### ► Adapter le niveau de la régulation au degré d'ouverture des marchés

Si l'organisation de la régulation en Europe repose encore largement, aujourd'hui, sur les échelons nationaux, une coopération/coordination a commencé à se mettre en place dans la plupart des secteurs.

Le cas le plus poussé est probablement celui de l'électricité et du gaz avec les forums de Madrid et de Florence qui associent les différents opérateurs aux autorités publiques nationales et communautaires. La Commission a en outre créé un « groupe des régulateurs » dans l'électricité et le gaz (décision du 11 novembre 2003).

*Le caractère peu structuré de la coordination entre les régulateurs nationaux est un obstacle à l'efficacité de la régulation*

Dans les autres secteurs, la Commission, au travers des règles de comitologie classique, anime une coopération et un échange d'informations qui restent encore perfectibles.

L'opinion du groupe de travail est que le caractère peu structuré de cette coordination est un obstacle à l'efficacité de la régulation future de ces marchés.

La régulation doit être organisée au plan communautaire lorsque les marchés sont suffisamment intégrés, ce qui n'est le cas aujourd'hui d'aucun des secteurs concernés en Europe. Le jour où cette situation aura suffisamment évolué, il sera nécessaire que la Commission propose un schéma qui pourrait s'inspirer soit du domaine monétaire avec le système européen des banques centrales soit

du domaine de la concurrence avec le réseau européen des autorités de concurrence. Le point important est alors que l'entité communautaire ait des prérogatives suffisantes pour impulser cette régulation, voire résoudre les conflits de compétence dans le cas de problèmes transfrontaliers.

Tant que les marchés ne seront pas suffisamment ouverts et intégrés, la régulation devra rester organisée au plan national. Il n'en reste pas moins que même dans ces cas de figure, l'échelon communautaire a un rôle important qui devrait être formalisé sur au moins deux plans :

■ **d'une part, assurer une bonne coordination de l'action des régulateurs nationaux en favorisant de manière systématique l'échange d'information ;**

■ **d'autre part, assurer un rôle d'évaluation de l'action des régulateurs et des résultats de la régulation.** Une méthode pour procéder à cette évaluation serait, sur le modèle de la coordination des politiques économiques, de réaliser un examen annuel de la situation et des progrès réalisés sur la base de rapports établis par chaque pays. Cet exercice pourrait favoriser l'émergence d'une logique de pression des pairs et d'échanges d'expériences sur les performances et les difficultés rencontrées par les différents régulateurs.

Il serait en outre utile que cette fonction « *d'audit* » des autorités nationales de régulation, qui pourrait être confiée à la Commission, s'étende également aux autorités nationales de concurrence. La politique de décentralisation du contrôle des ententes et abus de position dominante qui sera mise en œuvre après le 1<sup>er</sup> mai 2004 suppose de pouvoir s'assurer que chaque autorité nationale atteindra des standards de qualité suffisants pour pouvoir assumer ces nouvelles responsabilités. Cette exigence est d'autant plus impérative que du fait de l'élargissement, des autorités de concurrence jeunes et encore inexpérimentées participeront à ce processus.

## C O N C L U S I O N

**A** l'heure où la globalisation fait l'objet d'un débat de plus en plus vif, le rôle de l'échelon européen n'est pas encore très lisible pour les citoyens de l'Union. Entre une Europe « *laboratoire de la globalisation* », une Europe « *rempart contre la globalisation* », voire pour certains une Europe « *passoire* », l'hésitation et toujours de mise – et d'ailleurs légitime – en l'absence de choix clairement tranchés et assumés. Ces choix, ce sont les futurs responsables européens – nouveaux parlementaires et nouveaux commissaires – qui *devront* les opérer. Et effectivement, ils en ont le devoir.

Ils en ont également les moyens. De multiples leviers peuvent en effet être actionnés par les futurs décideurs. Le groupe de travail « *Régulation* » de l'Institut Montaigne en a identifié trois :

- Mise en œuvre d'une nouvelle politique de concurrence qui ne se limite pas au contrôle des risques de renforcement du pouvoir des entreprises, surtout lorsque les marchés sont mondiaux, mais qui tienne compte des gains économiques (« *efficacités* ») que peuvent générer les fusions et certaines coopérations entre entreprises.
- Inclusion dans les objectifs de la politique commerciale européenne du thème des subventions afin que, dans les délais les plus brefs

possibles, les pays non membres de l'Union européenne s'astreignent à un contrôle des aides d'État aussi rigoureux que celui de l'Europe impose à ses propres entreprises.

■ Renforcement des moyens de Bruxelles pour parfaire l'ouverture à la concurrence des anciens monopoles publics tout en renforçant les garanties d'accès des plus défavorisés sur le plan social et territorial, qui fonde la spécificité du « *modèle européen* ».

**Ces mesures**, si elles sont adoptées, **dote- raient l'Europe d'outils qui lui permet- traient de mieux réguler l'économie**. Mais au-delà de l'aspect technique, leur adoption constituerait également un signal politique clair adressé au reste du monde par les dirigeants européens. Celui du choix volon- tariste, résolument assumé, en faveur d'un modèle de régulation dont le but est claire- ment de défendre le consommateur, mais **tout en aidant sans complexe les entre- prises européennes à faire face à une concurrence internationale exacerbée**.

De vœux pieux, le souhait exprimé par les dirigeants européens à l'occasion du Conseil européen de Lisbonne en mars 2000 – « *faire de l'Europe la région la plus compétitive du monde dès 2010* » – deviendrait alors un objectif réaliste.

L'enjeu, faut-il le rappeler, est majeur. Au-delà même du succès du modèle européen, c'est peut être tout simplement de l'avenir de l'Union en tant qu'acteur global qu'il s'agit...

L'Institut Montaigne tient à remercier particulièrement les personnes suivantes pour leur contribution :

- Antoine Gosset-Grainville, président du groupe de travail
- Guillaume Sarlat, rapporteur du groupe de travail
- Jacques François-Poncet
- Vincent Grivet
- Jean-Yves Ollier
- Philippe Rincazaux
- Gérard Thulliez
- Jean-Paul Tran Thiet
- Éric Veve

