



INTRODUCTION

La rencontre est introduite par Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur de droit à l'IEP de Paris, et Claude HENRY, Professeur de sciences économiques à l'École Polytechnique.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

L'introduction du thème des *enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique* requiert d'explicitier le choix de ce sujet, de la formulation choisie pour celui-ci. Que veut-on savoir ? Tout d'abord, on cherche à comprendre, c'est-à-dire à mieux percevoir cette nouvelle manière par laquelle, dans divers pays et systèmes juridiques concurrentiels, s'organise le secteur énergétique. C'est l'intérêt du sujet en tant que tel.

Mais il s'agit aussi et principalement de tirer de cette connaissance des « enseignements ». Qu'est-ce qu'un enseignement ? Il peut y avoir un enseignement fourni par une personne à propos d'une chose, ce qui accroît donc notre compréhension de la chose elle-même. Mais ce qui est évoqué ici, c'est l'enseignement fourni par la chose elle-même, en ce que la connaissance que l'on peut en prendre nous instruit sur un autre fonctionnement que le sien propre.

Certes, l'objet d'étude est passionnant en lui-même. La référence au « secteur énergétique » est elle-même propice à réflexions. Elle souligne la différence entre un droit de la concurrence construit sur la notion de marché et un droit de la régulation davantage construit sur la notion de « secteur ».

En outre, évoquer un secteur « énergétique » postule aussi qu'au-delà des marchés distincts, l'énergie a une unité suffisante pour constituer un secteur. Sans doute l'intermodal rapproche le gaz et l'électricité. A lire les textes, notamment en droit communautaire, ceux qui régissent l'électricité et ceux qui régissent le gaz sont souvent le décalque l'un de l'autre. A l'inverse, le pétrole paraît étranger aux réflexions, alors qu'il est source indéniable d'énergie. Ainsi, la Revue de l'Énergie fait bien référence aux trois principales sources, mais les textes européens ne visent que les deux premiers. Cela tient au fait que l'Europe n'étant pas productrice de pétrole et la construction d'un marché intérieur de l'énergie devant s'appuyer sur l'organisation de la production, transport et vente de l'énergie, l'élaboration a porté principalement sur l'électricité et gaz, la régulation du pétrole étant hors de portée de la puissance européenne et donc, dans une perspective européenne, hors de la construction du secteur comme ossature du marché intérieur.

Soyons encore plus exigeants, ne nous contentons pas de la compréhension du secteur, ouvrons celle-ci sur d'autres dimensions ! Sur quelles autres choses qu'elle-

même l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique nous informe-t-elle ?

Tout d'abord, et c'est un point sur lequel il convient de demeurer ancré, l'ouverture à la concurrence enseigne qu'elle ne signifie pas en elle-même la vocation des concepteurs de faire régner la concurrence comme principe absolu : l'ouverture à la concurrence n'est pas nécessairement synonyme de libéralisation sans limite ni contrepoint. Au contraire, non seulement l'ouverture à la concurrence doit ménager pour de nombreux biens la dimension du service public, mais encore elle peut même prétendre rendre plus effective cette considération de chacun au sein d'un principe de marché, à travers par exemple la notion de « droit à l'électricité » qui a accompagné en France l'ouverture à la concurrence.

Mais dans quelle mesure peut-on tirer des enseignements plus généraux encore ? L'ampleur de l'ambition d'apprendre dépend du caractère exemplaire ou du caractère spécifique de cette ouverture. Si les présupposés et les modalités de l'ouverture du secteur ne se justifient, ne se comprennent et ne s'agencent qu'en tant qu'il s'agit de ce secteur là et pas d'un autre, alors les enseignements sont, si ce n'est faibles, du moins en creux : il ne faudrait pas tirer d'enseignements hors de l'objet lui-même. Le secteur énergétique ne serait exemplaire de rien d'autre que lui.

L'enseignement serait alors en creux : il signifierait que les solutions pour ouvrir à la concurrence du secteur énergétique ne devraient rien aux expériences des autres secteurs, et qu'il ne faudrait pas plus les extrapoler pour d'autres. L'enseignement dépendrait alors essentiellement de la technicité de l'objet éponyme du secteur : ce qu'est l'électricité, ou le gaz, ou le vent. L'évocation d'un « droit du vent » ne manquerait pas de charme.

Cette prégnance de l'objet technique, qui rend le cercle conceptuel de l'ouverture à la concurrence plus ou moins vaste, débordant ou pas de cet objet est si déterminante que l'analyse de Monsieur Alain Hautot sur *La dimension technique de l'ouverture à la concurrence* ne pouvait venir qu'en premier.

Mais l'on peut penser que le secteur énergétique perd sa spécificité et devient exemplaire de ce que pourrait être le droit et l'économie de « l'ouverture à la concurrence ». Tout d'abord, l'ouverture à la concurrence est un « passage », celui de la libéralisation. Le point de départ est donc toujours politique, celui de la décision de libéraliser. Or il existe des secteurs pour lesquels la déclaration normative suffit, alors que dans d'autres la concurrence ne trouve

d'effectivité que si elle est construite par un droit spécifique et contraignant de l'ouverture à la concurrence.

Certes, l'absence de barrière à l'entrée, donc l'ouverture à la concurrence, est le cœur du droit de la concurrence parce que l'aptitude à l'entrée et à la sortie du marché sans coût est le gage de l'ajustement des comportements à l'intérieur du marché, voire le gage de la capacité du marché à mettre fin aux comportements anticoncurrentiels par le seul effet de l'entrée ou de la sortie de concurrents. Mais dans certains secteurs, quand bien même ceux-ci auraient à terme vocation à se contenter d'un droit de la concurrence une fois atteint un degré suffisant de maturité concurrentielle, ce qui est peut-être le cas pour les télécommunications, il faut plus d'une déclaration d'ouverture à la concurrence pour que la concurrence soit. Dans bien des cas, la concurrence, ce n'est pas comme la chasse ou les réunions, il ne suffit pas de la déclarer ouverte.

Il y a donc, pour certains secteurs moins naturellement concurrentiels que d'autres (notamment parce qu'intégrant des monopoles naturels ou des facilités essentielles) un agencement technique, juridique et institutionnel (notamment par le biais d'une autorité de régulation en charge de l'ouverture à la concurrence) qui traduit la volonté politique d'ouverture. L'appareillage technique reflète alors la position politique qui a engendré la décision d'ouverture. Cette intimité entre décision politique, ouverture à la concurrence et organisation de cette ouverture explique qu'à côté de la relative unité des droits communautaires et nationaux en ce qui concerne la poursuite des comportements anticoncurrentiels, il demeure une hétérogénéité des conceptions d'ouverture à la concurrence suivant qu'on est en droit communautaire ou dans les différents droits nationaux.

Certes, ces spécificités ont tendance avec le temps à se réduire, de fait et pour un accroissement des exigences communautaires de similarité des ouvertures nationales à la concurrence, comme le montrent les projets de textes élaborés par la Commission des Communautés Européennes. Cela n'est pas tant une sorte de reprise en main que l'idée plus mécanique selon laquelle une fois l'ouverture entamée, on revient à des problématiques plus ordinaires de comportements concurrentiels, ce qui ramène vers le droit commun de la concurrence.

Ce cadre politique et normatif, les marges de manœuvre que retrouvent ainsi les législations nationales, c'est le deuxième pilier pour tirer des enseignements de l'ouverture à la concurrence. Il est sans doute davantage généralisable, au moins entre différents secteurs régulés, si ce n'est à tous les marchés de biens et services. Il est dressé par Madame Marie-Christine Jalabert, à travers son étude de *La conception communautaire de la libéralisation du secteur électrique et l'autonomie des États membres dans la mise en œuvre de la directive*.

Mais si le droit ne doit pas se contenter d'une déclaration d'ouverture à la concurrence, si le système ne peut être content de lui pour avoir simplement retiré les obstacles et barrières juridiques, il ne peut prétendre à la réussite, c'est-à-dire à l'efficacité de ses actes normatifs, que si quelque temps plus tard on peut compter de nouveaux entrants, mesurer les pertes de parts de marché tenues par les opérateurs historiques, apprécier les facilités d'accès, qualifier de prix équitables les prix d'accès pratiqués, etc.

La confrontation des résultats et des objectifs s'impose, ici plus encore qu'ailleurs car l'efficacité est le critère d'appréciation de l'ouverture à la concurrence. C'est pourquoi, après l'exposé des conceptions par Madame Marie-Christine Jalabert, il faut faire un relevé des expériences d'ouverture effective à la concurrence. L'explicitation des *Expériences d'ouverture effective à la concurrence dans les États membres et comparaison avec les États-Unis* est faite par Monsieur Etienne Snyers.

Là aussi, on peut parler d'enseignement, car par des « retours d'expérience » les concepteurs des systèmes peuvent amodier ceux-ci, dans un flux de réformes incorporant au fur et à mesure des succès, des réticences ou des impossibilités, permettant une meilleure compréhension de ce qu'est l'obtention dans le temps d'une concurrence ouverte. En cela, les nouveaux projets communautaires prétendent tirer eux aussi les enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique. L'évolution peut se faire alors soit par la possibilité même d'une consolidation de celle-ci par des procédés secondaires, soit par la prise de conscience d'un élément qui n'avait pas paru essentiel puis est apparu comme déterminant (par exemple, l'accès aux lieux de stockage du gaz). Là aussi, c'est un enseignement en creux, parce que c'est l'absence qui informe de l'importance. L'enseignement par l'échec, même s'il est cruel, est le plus efficace...

Une fois qu'on a l'alpha, c'est-à-dire la conception générale et particulière du système, et qu'on a l'oméga, c'est-à-dire la mesure des ouvertures effectives, on peut aborder le milieu. Ce milieu, ce sont les procédures et les institutions. Les procédures, les ouvertures à la concurrence en sont pleines, parfois inutiles, toujours lourdes et complexes, donnant aisément prise au contentieux. Mais on ne peut douter de leur nécessité.

Là aussi ne confondons pas. De la même façon que l'absence de barrière à l'entrée et l'ouverture à la concurrence ne doivent pas être confondues, la première étant de dimension passive et commune à tous marchés, la seconde de dimension active et propre à certains secteurs, certaines procédures de régulation concernent l'ouverture de la concurrence tandis que d'autres prennent en charge la construction du secteur proprement dit.

Certes, ouverture à la concurrence et construction du secteur sont liées puisque la qualité du secteur lui-même, par exemple la gestion et l'accès à l'infrastructure essentielle, sont des éléments-clé de l'attractivité pour des nouveaux entrants, et donc le gage d'une bonne ouverture à la concurrence. Mais il existe des procédures propres à l'ouverture même, à l'entrée même dans le secteur : c'est notamment le cas de l'attribution de droits d'exploiter, qui sont des droits d'entrée sur le marché. Cela traduit le paradoxe de l'ouverture à la concurrence de certains secteurs par rapport à l'ouverture à la concurrence des marchés ordinaires : apparemment, pour certains secteurs exemplaires, on n'ouvre bien à la concurrence que si l'on n'ouvre pas le secteur largement et sans condition de recevabilité, mais qu'on resserre immédiatement par des mécanismes de sélection. C'est pourquoi le processus des enchères est crucial aujourd'hui. Il mérite une analyse à part entière, menée par Michel Mougeot sur *L'utilisation des mécanismes d'attribution, en France et à l'étranger : l'exemple des enchères*.

Enfin, le moyen institutionnel de l'ouverture à la concurrence. Le régulateur paraît au cœur de l'ouverture

organisée à la concurrence. Son absence en Allemagne peut surprendre, parce que le régulateur tient les clés non pas de la déclaration de l'ouverture à la concurrence et de la détermination de ses conditions juridiques, mais de l'effectivité de l'ouverture et du respect véritable des prescriptions juridiques. Il est donc en charge de l'essentiel. Une ouverture à la concurrence pourrait-elle se passer d'un régulateur *ad hoc*? Le droit européen semble lui conférer de plus en plus le rôle pivot de l'ouverture à la concurrence. Le régulateur doit alors à son tour non seulement réagir à des violations des règles de l'ouverture mais encore justifier de certains résultats, voire subir un contrôle à ce titre. L'efficacité est l'aune à laquelle son action est appréciée, ce qui requiert notamment qu'il s'articule avec les autres organes de la régulation globale du secteur et se coordonne avec les autres régulateurs de l'énergie. Thierry Tuot explicitera *Le rôle et la place du régulateur sectoriel dans l'ouverture à la concurrence et l'importance de la coordination entre les régulateurs européens de l'énergie*.

Ce faisant, quand on songe au secteur électrique, on ne peut qu'être sensible aux succès mais aussi à des faits qui dépassent la notion d'échec pour basculer dans celle de catastrophe: la crise californienne, la faillite d'Enron. Le premier enseignement qu'on en tire pourrait être que l'ouverture à la concurrence est si délicate qu'il faut la confier à des personnes qui, à un titre ou à un autre, devront avoir la puissance d'anticipation de l'homme d'action, la finesse de l'horloger et la prudence du sage.

Claude HENRY, Professeur de sciences économiques à l'École Polytechnique

La concurrence est un moyen essentiel de l'efficacité productive et de la satisfaction du consommateur, mais ne constitue qu'un instrument pour atteindre ces deux objectifs. Le secteur énergétique a une particularité, qu'il partage avec un nombre suffisant de secteurs importants pour que des conclusions pertinentes puissent en être tirées: il est fortement lié au service public. Ce dernier constitue, comme la concurrence, un moyen de l'efficacité de l'économie et du bien-être de ses participants.

Le service public a été au cœur des débats lors de la transcription en droit français de la directive européenne à laquelle j'ai participé, et lors de la présentation du projet à l'Assemblée Nationale. Il a été précisément défini comme l'accès universel et égal de l'ensemble des ménages aux services. En particulier, les consommateurs les plus défavorisés doivent avoir accès à l'énergie dans des conditions compatibles avec leurs moyens, ce à quoi s'emploie la Commission de Régulation de l'Électricité. Le service public requiert aussi l'équilibre et la progression nécessaires au secteur énergétique à long terme, ce dont les forces du marché animées par la concurrence sont incapables.

Les préoccupations de service public sont fondamentales dans le fonctionnement de la concurrence en matière d'électricité, de télécommunications, et de transports notamment. J'espère donc qu'elles ne seront pas absentes de nos débats aujourd'hui.